

ÁFRÝJUNARNEFND SAMKEPPNISMÁLA

úrskurður í máli nr. 4/2014

Ice Lagoon ehf.

gegn

Samkeppniseftirlitinu

I

KRÖFUR MÁLSAÐILA

Með kærnu, dagsettri 7. ágúst 2014, hefur Ice Lagoon ehf. (hér eftir nefnt áfrýjandi), kært ákvörðun Samkeppniseftirlitsins, frá 11. júlí 2014, til áfrýjunarnefndar samkeppnismála.

Með hinni kærðu ákvörðun ákvað Samkeppniseftirlitið að hafast ekki frekar að á grundvelli kvörtunar áfrýjanda vegna ætlaðrar misnotkunar Jökulsárlóns ferðaþjónustu ehf. á markaðsráðandi stöðu sinni.

Áfrýjandi krefst þess að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi og lagt verði fyrir Samkeppniseftirlitið að taka erindi hans til áframhaldandi meðferðar og ljúka rannsókn málsins. Samkeppniseftirlitið krefst þess að hin kærða ákvörðun verði staðfest.

II

MÁLSMEDFERÐ HJÁ SAMKEPPNISEFTIRLITINU

Mál þetta varðar kvörtun áfrýjanda til Samkeppniseftirlitsins sem sett var fram í bréfi dagsettu 14. nóvember 2012. Þar kvartaði áfrýjandi undan meintri misnotkun Jökulsárlóns ferðaþjónustu ehf. á markaðsráðandi stöðu. Í erindinu er nánar tiltekið kvartað yfir verðlagningu Jökulsárlóns ferðaþjónustu ehf. á siglingum í svonefndum Zodiak bátum, synjun Einars Bjarna Einarssonar, 100% eiganda Jökulsárlóns ferðaþjónustu ehf., um aðstöðu fyrir áfrýjanda á austurbakka Jökulsárlóns í landi jarðarinnar Fells og því að Jökulsárlón ferðaþjónusta ehf. hafi reynt að torvela samkeppni með því að reyna að koma í veg fyrir notkun áfrýjanda á enska heiti Jökulsárlóns (þ.e. Ice Lagoon og Glacier Lagoon).

Áfrýjandi er fyrirtæki sem býður upp á skemmtisiglingar á Jökulsárlóni í samkeppni við Jökulsárlón ferðaþjónustu ehf. Í erindi áfrýjanda er byggt á því að keppinauturinn

sé í markaðsráðandi stöðu á markaði með siglingar á Jökulsárlóni. Er því haldið fram af hálfu áfrýjanda að Jökulsárlón ferðaþjónusta ehf. og Einar Björn Einarsson, eigandi þess félags, séu fyrirtækjasamstæða og því beri að líta á hegðun hans sem hegðun fyrirtækisins. Í erindinu segir að landfræðilegur markaður málsins sé Jökulsárlón og nánasta umhverfi og tímamarkaður sé frá maímánuði til loka septembermánaðar.

Í erindinu var höfð uppi krafa um það að Samkeppniseftirlitið tæki ákvörðun til bráðabirgða þess efnis að áfrýjandi myndi fá aðgang að Jökulsárlóni á Breiðamerkursandi. Í kjölfar erindisins tók Samkeppniseftirlitið málið til meðferðar og aflaði upplýsinga og sjónarmiða frá Jökulsárlóni ferðaþjónustu ehf., sveitarfélaginu Hornafirði og áfrýjanda.

Með ákvörðun dagsett 2. ágúst 2013 komst Samkeppniseftirlitið að þeirri niðurstöðu að áfrýjandi hefði ekki sýnt fram á brýna nauðsyn þess að ákvörðun til bráðabirgða væri tekin í málinu. Þann 11. júlí 2014 komst Samkeppniseftirlitið að þeirri niðurstöðu að málið og fordæmisgildi þess hefði ekki nægjanlega víða skírskotun til þess að réttlætanlegt væri að Samkeppniseftirlitið ráðstafaði frekari tíma í rannsóknina. Því yrði erindi áfrýjanda ekki tekið til frekari rannsóknar.

Um málsatvik að öðru leyti vísast til gagna málsins.

III

MÁLMEÐFERÐ HJÁ ÁFRÝJUNARNEFNDINNI

Greinargerð Samkeppniseftirlitsins sem svar við kæru áfrýjanda barst 15. ágúst 2014. Áfrýjanda var gefið færi á að koma að frekari athugasemdum sem hann gerði með bréfi dagsettu 26. ágúst 2014. Samkeppniseftirlitinu var þá gefið færi á að koma að frekari athugasemdum en upplýsti í tölvupósti dagsettum 1. september 2014 að það teldi ekki þörf á því. Áfrýjandi sendi nefndinni bréf dagsett 19. september 2014 ásamt fylgiskjöllum sem varða kæru áfrýjanda gagnvart sveitarfélaginu Hornafirði.

IV

RÖKSEMDIR MÁLSADILA

1. Málsástæður áfrýjanda

Af hálfu áfrýjanda er á því byggt að samkvæmt þeim viðmiðum sem koma fram í 9. gr. málsmeðferðarreglna Samkeppniseftirlitsins nr. 880/2005 þá sé ekki forsvaranlegt af hálfu Samkeppniseftirlitsins að hætta rannsókn málsins. Vísar áfrýjandi til þess að

meint brot eða samkeppnishömlur málsins séu að hans mati alvarlegar, sbr. a-lið 2. mgr. 9. gr. málsmeðferðarreglnanna. Bendir áfrýjandi meðal annars á það að keppinautur hans hafi gert allt til þess að eyða samkeppni við sig á svæðinu við Jökulsárlón. Auk þess að vísa til þeirra meintu brota sem fram koma í kæru áfrýjanda til Samkeppniseftirlitsins, dagsettri 14. nóvember 2012, sé jafnframt vísað til háttsemi keppinautar eftir þann tíma, s.s. lögbannskröfu hans á starfsemi áfrýjanda, kröfur hans um að áfrýjandi yrði fjarlægður af starfssvæðinu og þess að keppinautur hans hefði í fjölmörg skipti lagt stórum steinum á þann vegaslóða sem áfrýjandi þurfti að aka um. Jafnframt vísar áfrýjandi til þess að keppinautur hans sýni tilbúðni til þess að beita fjárhagslegum styrk sínum til þess að eignast alla jörðina Fell og eyða þar með samkeppni.

Áfrýjandi vísar til b-liðar 2. mgr. 9. gr. málsmeðferðarreglna Samkeppniseftirlitsins nr. 880/2005 þar sem fram kemur að við mat á tilefni til rannsóknar skipti máli hvort meint brot eða samkeppnishömlur varði ekki aðeins viðskiptahagsmunum kvartanda heldur geti haft víðtækari skaðleg áhrif á samkeppni. Áfrýjandi bendir á það að keppinautur hans á markaði sé með 90% markaðshlutdeild, sé það lagt til grundvallar að Jökulsárlón sé sérstakur markaður, og með margfalt meiri fjárhagsstyrk en áfrýjandi. Í kæru áfrýjanda sé tiltekið að á umræddum markaði starfi aðeins tveir aðilar. Ávallt sé skaðlegt neytendum ef aðili nái einokunarstöðu á markaði en í því samhengi sé rétt að horfa til þess að áætlað sé að um 200 þúsund manns sækji Jökulsárlón heim á hverju ári. Jafnframt hafi aðgerðir keppinautarins valdið áfrýjanda ýmsum auka kostnaði sem sé til þess fallinn að enda út í verðlagi.

Áfrýjandi vísar til c-liðar 2. mgr. 9. gr. málsmeðferðarreglnanna varðandi það að keppinautur hans hafi ekki látið af þeirri hegðun sem var tilefni erindis hans til Samkeppniseftirlitsins. Vísar hann til þess að keppinautur hans hafi þvert á mótum framið ný samkeppnisbrot sem rakin hafa verið hér að framan.

Áfrýjandi nefnir að við mat á því hvort Samkeppniseftirlitinu hafi verið heimilt að aðhafast ekki frekar í málinu beri að horfa til þess að áfrýjandi geti ekki gætt hagsmuna sinna fyrir dómstólum, sbr. d-lið 2. mgr. 9. gr. málsmeðferðarreglnanna. Vísar hann einkum til þess að hann geti ekki komið í veg fyrir að eigandi samkeppnisaðilans eignist allt það land sem um er að tefla.

Auk þessa teflir áfrýjandi því fram að viðmið 9. gr. málsmeðferðarreglnanna séu ekki tæmandi. Því beri einnig að líta til annarra atriða við mat á því hvort réttlætlegt hafi verið að hætta rannsókn. Vísar áfrýjandi m.a. til þess að í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins, dagsett 2. ágúst 2013, þar sem synjað var um ákvörðun til bráðabirgða, var tiltekið að meðferð málsins myndi halda áfram samkvæmt

almennum málsmeðferðarreglum. Telur áfrýjandi að hann hafi haft lögmætar væntingar um að Samkeppniseftirlitið myndi ljúka rannsókn málsins, sérstaklega þar sem rannsókn málsins hélt áfram í rétt tæplega ár frá þessum tímapunkti.

Áfrýjandi tiltekur að í niðurlagi ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins sé því gefinn gaumur að sveitarfélagið Hornafjörður vinni að nýju deiliskipulagi fyrir Jökulsárlón sem að sögn þess geri ráð fyrir fjölbreyttri ferðaþjónustu á austurbakka lónsins. Telur áfrýjandi að sveitarfélagið gangi á bak orða sinna, þar sem áfrýjandi hafði stöðuleyfi frá sveitarfélaginu, en í kjölfar kvörtunar frá keppinauti hans boði sveitarfélagið að starfsemi hans verði stöðvuð. Telur áfrýjandi að það hafi aldrei staðið til hjá sveitarfélaginu að liðka fyrir samkeppni heldur þvert á móti vinni það gegn samkeppni á svæðinu.

Þá nefnir áfrýjandi það jafnframt að sveitarfélagið Hornafjörður hafi gefið það út að ekki sé hægt að vinna samkvæmt hinu nýja deiliskipulagi, sem fjallað sé um í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 11. júlí 2014, vegna deilna landeigenda. Telur áfrýjandi því að umrætt deiliskipulag muni ekki liðka fyrir samkeppni, líkt og Samkeppniseftirlitið álíti.

2. Málsástæður Samkeppniseftirlitsins

Samkeppniseftirlitið bendir á að samkvæmt 3. mgr. 8. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 taki eftirlitið ákvörðun um það hvort erindi sem berist stofnuninni gefi nægar ástæður til rannsóknar. Einnig veiti ákvæðið eftirlitinu heimild til þess að raða málum í forgangsröð. Samkeppniseftirlitið vísar til þess að áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafi í úrskurðum sínum skýrt nánar inntak þeirrar heimildar sem felist í ákvæðinu sbr. úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Komi þar m.a. fram að heimild 3. mgr. 8. gr. samkeppnislaga heimili bæði að hafna því að hefja rannsókn sem og að fella rannsókn niður en beiting ákvæðisins verði að byggjast á málefnalegum sjónarmiðum og forsvaranlegri málsmeðferð.

Samkeppniseftirlitið vísar jafnframt til 9. gr. málsmeðferðarreglna eftirlitsins nr. 880/2005, sbr. reglur nr. 924/2007, þar sem fjallað sé nánar um mat eftirlitsins á tilefni til rannsóknar erinda. Í greininni sé tekið fram að við matið skuli höfð hliðsjón af málefnalegum sjónarmiðum í hverju tilviki fyrir sig og í dæmaskyni séu talin upp nokkur sjónarmið sem líta megi til við mat á tilefni til rannsóknar.

Samkeppniseftirlitið bendir á að kvörtun áfrýjanda hafi verið tekin til meðferðar, gagna og upplýsinga aflað og áfrýjanda ítrekað gefinn kostur á að koma að sínum sjónarmiðum. Jafnframt er á það bent að áfrýjandi gagnrýni ekki málsmeðferðina.

Áfrýjandi tefli fram sjónarmiðum um að ákvörðun Samkeppniseftirlitsins um það að hætta rannsókn byggist á röngum forsendum, en á það fellst eftirlitið ekki.

Samkeppniseftirlitið tekur fram að samanlögð velta þeirra tveggja aðila sem störfuðu með bátsferðir um Jökulsárlón hafi verið um 200 milljónir króna á ársgrundvelli (árin 2011 og 2012). Þótt málið hafi augljósa þýðingu fyrir atvinnustarfsemi áfrýjanda telur Samkeppniseftirlitið að umfang rekstrarins sé ekki með þeim hætti að unnt sé að halda því fram að verulegir almennir samkeppnishagsmunir kalli á frekari meðferð þess, sbr. 2. mgr. 9. gr. málsmeðferðarreglnanna. Tiltekur eftirlitið jafnframt að úrlausn um það hvort rétt sé að telja Jökulsárlón sem markað málsins hefði kallað á töluvert umfangsmeiri gagnasöfnun og efnislegt mat af hálfu Samkeppniseftirlitsins.

Jafnframt tiltekur Samkeppniseftirlitið að eignarhald á jörðinni Fell og ráðstafanir vegna þess geri það að verkum að niðurstaða málsins hafi ekki nægjanlega víðtækt fordæmisgildi til að réttlæta áframhaldandi rannsókn.

Þá vísar Samkeppniseftirlitið til þess að það hafi opinberlega vakið athygli á að málum hjá því hafi fjölgað verulega frá hruni og á sama tíma hafi fjárveitingar til hefðbundinna verkefna verið skornar umtalsvert niður. Þessi staða kalli á að heimildum 3. mgr. 8. gr. samkeppnislaga sé beitt þannig að eftirlitið geti í aðalatriðum stýrt sjálft nýtingu þess mannafla og fjármuna sem það hafi yfir að ráða til þess að sinna verkefnum sem brýnast þyki hverju sinni í því skyni að efla samkeppni. Sé því óhjákvæmilegt að forgangsraða verkefnum og vanda val þeirra mála sem tekin séu til rannsókna. Sé óhjákvæmilegt að horfa til eðlis þeirra markaða sem í hlut eigi. Fyrir liggir að atvik málsins séu um margt sérstæð hvað varði eignarréttindi á því landsvæði sem um ræði. Af því leiði að málið og fordæmi sem af þeirri niðurstöðu leiddi hefði takmarkað gildi. Jafnframt vísar Samkeppniseftirlitið til þess að sveitarfélagið Hornafjörður sé að vinna í deiliskipulagi fyrir hið umdeilda svæði sem geri ráð fyrir fjölbreyttri ferðaþjónustu, þótt ekki sé enn ljóst hver afrakstur þeirrar vinnu verði.

V

Niðurstaða

1

Samkvæmt 3. mgr. 8. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 tekur Samkeppniseftirlitið ákvörðun um það hvort erindi sem berst stofnuninni gefi nægar ástæður til rannsókna. Þar er jafnframt mælt fyrir um það að við afgreiðslu mála samkvæmt lögnum sé Samkeppniseftirlitinu heimilt að raða málum í forgangsroð.

Mat á því hvort erindi gefi tilefni til rannsóknar skal byggt á málefnalegum sjónarmiðum, sbr. m.a. 2. mgr. 9. gr. málsmeðferðarreglna Samkeppniseftirlitsins nr. 880/2005, en þar er jafnframt getið einstakra atriða sem talið er að skipt geti máli við matið. Í fyrri úrskurðum áfrýjunarnefndarinnar, sbr. t.d. nánari umfjöllun í málum nr. 4/2010, 10/2010, 2/2012, 3/2012 og 1/2014, hefur verið litið svo á að hið sama eigi að þessu leyti við um heimild til að forgangsráða málum. Það athugast að 9. gr. reglna nr. 880/2005 felur ekki í sér tæmandi talningu á þeim atriðum sem teljast málefnaleg við umrætt mat. Í úrskurðaframkvæmd áfrýjunarnefndarinnar, sbr. t.d. mál nr. 4/2012 og 1/2014, hefur Samkeppniseftirlitinu jafnframt verið talið heimilt að hætta rannsókn og fella mál niður á grundvelli 3. mgr. 8. gr. samkeppnislaga.

2

Hin kærða ákvörðun fól það í sér að rannsókn á meintri misnotkun Jökulsárlóns ferðaþjónustu ehf. á markaðsráðandi stöðu var hætt. Nánar tiltekið fólst í hinni kærðu ákvörðun að hætt var rannsókn á meintri misnotkun félagsins á markaðsráðandi stöðu, m.a. vegna verðlagningar á siglingum í svokölluðum Zodiak bátum og synjun eiganda Jökulsárlóns ferðaþjónustu ehf. um aðstöðu fyrir áfrýjanda við Jökulsárlón.

Áður en ákvörðunin var tekin aflaði Samkeppniseftirlitið upplýsinga um kæruefnið frá Jökulsárlóni ferðaþjónustu ehf., sveitarfélaginu Hornafirði og áfrýjanda sjálfum. Eftir rannsókn Samkeppniseftirlitsins á þeim gögnum og sjónarmiðum taldi eftirlitið ekki vera ástæðu til þess að halda áfram með málið. Var rannsókn Samkeppniseftirlitsins því hætt á grundvelli 3. mgr. 8. gr. samkeppnislaga.

3

Í málinu liggur fyrir að Samkeppniseftirlitið aflaði nauðsynlegra gagna um þann markað sem til skoðunar var til þess að geta áttað sig á þeirri háttsemi sem kvartað var yfir, umfangi meintra brota og samkeppnislegum áhrifum þeirra. Var það mat Samkeppniseftirlitsins að umfang rekstrarins væri ekki með þeim hætti að almennir samkeppnishagsmunir kölluðu á frekari meðferð þótt málið hefði augljósa þýðingu fyrir atvinnustarfsemi áfrýjanda. Áfrýjunarnefndin getur fallist á þessi sjónarmið. Við þetta bætist að vandamál áfrýjanda við atvinnurekstur á svæðinu virðist ekki síst stafa af því að hann skortir landrými til atvinnurekstrarins. Liggja til þess bæði eignarréttarlegar og skipulagslegar ástæður.

Þá verður ekki fallist á það með áfrýjanda að litlir möguleikar hans til að koma í veg fyrir breytingar á eignarhaldi á landi með málarekstri fyrir dómstólum, hafi þýðingu eins og mál þetta er vaxið. Loks verður ekki fallist á að áfrýjandi hafi mátt hafa lögmætar væntingar til þess að mál þetta yrði fullrannsakað.

Í ljósi þessara sjónarmiða verður ekki séð að ákvörðun Samkeppniseftirlitsins hafi verið ómálefnaleg. Er fallist á að fullnægjandi grundvöllur hafi verið fyrir þeirri ákvörðun Samkeppniseftirlitsins að aðhafast ekki frekar í málinu.

4

Áfrýjunarnefndin telur samkvæmt framangreindu að rök áfrýjanda í kæru hans hafi hvorki hnekk mat Samkeppniseftirlitsins né gefi áfrýjunarnefndinni tilefni til að fella úr gildi ákvörðun Samkeppniseftirlitsins.

Úrskurðarorð:

Kröfu áfrýjanda, um að felld verði úr gildi ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 11. júlí 2014 um að aðhafast ekki frekar vegna erindis áfrýjanda og að lagt verði fyrir Samkeppniseftirlitið að taka erindi áfrýjanda til áframhaldandi meðferðar og ljúka rannsókn málsins, er hafnað.

Reykjavík 26. september 2014

Lárus L. Blöndal

Anna Kristín Traustadóttir

Stefán Már Stefánsson