

Úrskurður

áfrýjunarnefndar samkeppnismála

í máli nr. 13/2003

Emmessís hf.

gegn

samkeppnisráði

I

Með bréfi, dags. 9. júní 2003, hefur Emmessís hf. kært ákvörðun samkeppnisráðs nr. [14/2003](#) sem tekin var þann 9. maí 2003.

Í hinni kærðu ákvörðun var talið að viðskiptasamningar Baugs hf. og Kjöríss ehf. annars vegar og Baugs hf. og Emmessíss hf. hins vegar, hindruðu samkeppni á markaðnum fyrir dreifingu á ísvörum til matvöruverslana. Á sama hátt var talið að viðskiptasamningar Kaupáss hf. og Emmessís hf., annars vegar og munnlegt samkomulag Kaupáss hf. og Kjöríss ehf. hins vegar, hindruðu samkeppni á markaðnum fyrir dreifingu á ísvörum til matvöruverslana. Taldi samkeppnisráð framangreinda samninga fara gegn 10. gr. samkeppnislaga nr. 8/1993 og vera ógilda, sbr. 1. mgr. 49 gr. laganna. Með heimild í 17. gr. samkeppnislaga beindi samkeppnisráð þeim fyrirmælum til Baugs hf. og Kaupáss hf. að við gerð viðskiptasamninga við Kjörís ehf. og Emmessís hf. yrði samanlagt að hámarki ekki ráðstafað meira en 80% af því frystirými sem ætlað væri fyrir framstillingu á ísvörum í matvöruverslunun Baugs hf. og Kaupáss hf.

Af hálfu áfrýjanda er þess krafist að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi.

Af hálfu samkeppnisráðs er þess krafist að hin kærða ákvörðun verði staðfest með vísan til forsenda hennar.

II

Málavextir eru þeir að Samkeppnisstofnun barst erindi, dags. 21. júní 2002, frá Samtökum verslunarinnar – FÍS (hér eftir nefnt FÍS). Í erindinu kvartaði FÍS, f.h. þeirra aðildarfyrirtækja sem sinna innflutningi á ís og skyldum vörum, yfir háttsemi innlendra ísframleiðenda og tveggja matvörukeðja. Fram kom í erindinu að umræddir aðilar hefðu haft með sér ólöglegt samráð og misnotað markaðsráðandi stöðu sína. Þá var kvartað yfir því að samkeppnisrekstur væri niðurgreiddur með tekjum af starfsemi sem nyti verndar. Var það mat FÍS að meint brot kynnu að fara gegn 10., 11. og 14. gr. samkeppnislaga. Í erindinu var fjallað nánar um ætluð brot í fjórum töluliðum:

- „1. Hjá þeim verslunum sem Aðföng eru birgjar fyrir hafa aðilar komið sér saman um að Kjörís skuli hafa yfir að ráða 50% af hillurými en Mjólkursamsalan 45% af rýminu. Einungis 5% rýmisins er ætlað fyrir innfluttan ís. Svo virðist því sem að með samstilltum aðgerðum sé verið að takmarka mjög markaðsaðgang innflutts íss í verslanir sem Aðföng eru birgjar fyrir.
2. Þrálátur orðrómur er um að Mjólkursamsalan veiti Bónus allt að 70% afslátt gegn því að ís framleiddur af fyrirtækinu komist í sölu hjá Bónus. Jafnframt hefur heyrst að Mjólkursamsalan hafi greitt eingreiðslu til Bónuss í þeim tilgangi að tryggja aðgengi fyrir vörur sínar í hillur Bónus verslana.
3. Í verslunum 11-11 er allt frystirými fyrir ís í eigu innlends framleiðanda. Verður ekki annað séð en þar hafi hinn innlendi framleiðandi keypt sér hillurými gagngert í þeim tilgangi að útiloka alla aðra (bæði aðrar innlendar framleiðsluvörur og innfluttan ís) frá því að geta selt 11-11 verslunum vörur sínar.
4. Fyrirtæki innan Samtaka verslunarinnar – FÍS telja sig hafa upplýsingar um að innlendir framleiðandi veiti smásöluverslunum afslátt af öðrum óskyldum framleiðsluvörum sínum gegn því að ís fái betra hillurými í verslunum.”

Samkeppnisstofnun sendi erindi FÍS til þeirra fyrirtækja sem það beindist að, þ.e. Baugi hf. sem m.a. rekur innkaupafyrirtækið Aðföng auk matvöruverslananna Bónuss, Hagkaups og 10–11, Kaupáss hf. sem rekur matvöruverslanirnar Nóatún, Krónuna og 11–11 og svo ísframleiðendanna Emmessíss hf. og Kjöríss ehf. Óskaði stofnunin eftir umsögn fyrirtækjanna um erindið auk þess sem óskað var eftir afritum af nágildandi samningum þeirra í milli um viðskipti á ísvörum. Frá ísframleiðendunum var einnig óskað eftir upplýsingum um tekjur vegna sölu á ísvörum til matvöruverslana fyrir sl. tvö ár. Í svörum fyrirtækjanna til

Samkeppnisstofnunar var því haldið fram að engar af þeim ásökunum sem fram kæmu í erindi FÍS ættu við rök að styðjast.

Málsmeðferð Samkeppnisstofnunar er að öðru leyti lýst í hinni kærðu ákvörðun og vísast til þess er þar segir.

Á fundi samkeppnisráðs 9. maí 2003 var tekin ákvörðun í máli þessu. Ákvörðunarorðin hljóða svo:

„1. gr.

Í viðskiptasamningum Baugs hf. og Kjöríss ehf. annars vegar og Baugs hf. og Emmessíss hf. hins vegar, sem báðir eru dagsettir 24. apríl 2002, kemur fram að samanlagt hefur Baugur hf. samið við umrædda ísframleiðendur um að þeir fái undir vörur sínar 95% af því frystirými sem til ráðstöfunar er undir ísvörum í matvöruverslunum Baugs hf. Umræddir samningar takmarka möguleika annarra fyrirtækja sem dreifa ísvörum í heildsölu á að bjóða verslunum Baugs hf. og þar með neytendum ísvörur til kaups og hindra því samkeppni á markaðnum fyrir dreifingu á ísvörum til matvöruverslana. Framangreindir samningar fara gegn 10. gr. samkeppnislaga nr. 8/1993 og eru ógildir, sbr. 1. mgr. 49 gr. laganna. Með heimild í 17. gr. samkeppnislaga beinir samkeppnisráð þeim fyrirmælum til Baugs hf. að við gerð viðskiptasamninga við Kjöríss ehf. og Emmessíss hf. verði samanlagt að hámarki ekki ráðstafað meira en 80% af því frystirými sem ætlað er fyrir framstillingu á ísvörum í matvöruverslunum Baugs hf.

2. gr.

Í viðskiptasamningum Kaupáss hf. og Emmessíss hf., dags. 3. júní 2002, annars vegar og munnlegu samkomulagi Kaupáss hf. og Kjöríss ehf. í tengslum við samning fyrirtækjanna frá 19. apríl 2002 hins vegar kemur fram að samanlagt hefur Kaupáss hf. samið við umrædda ísframleiðendur um að þeir fái undir vörur sínar nær allt frystirými sem til ráðstöfunar er undir ísvörum í matvöruverslunum Kaupáss hf. Umræddir samningar takmarka möguleika annarra fyrirtækja sem dreifa ísvörum í heildsölu á að bjóða verslunum Kaupáss hf. og þar með neytendum ísvörur til kaups og hindra því samkeppni á markaðnum fyrir dreifingu á ísvörum til matvöruverslana. Framangreindir samningar fara gegn 10. gr. samkeppnislaga nr. 8/1993 og eru ógildir, sbr. 1. mgr. 49 gr. laganna. Með heimild í 17. gr. samkeppnislaga beinir samkeppnisráð þeim fyrirmælum til Kaupáss hf. að við gerð viðskiptasamninga við Kjöríss ehf. og Emmessíss hf. verði samanlagt að hámarki ekki ráðstafað meira en 80% af því frystirými sem ætlað er fyrir framstillingu á ísvörum í matvöruverslunum Kaupáss hf.“

Mál þetta var flutt skriflega fyrir áfrýjunarnefndinni. Greinargerð samkeppnisráðs barst nefndinni 1. júlí 2003, athugasemdir áfrýjanda 8. júlí 2003 og samkeppnisráðs 14. júlí 2003. Þá var FÍS send kæra áfrýjanda og greinargerð samkeppnisráðs og samtökunum gefinn kostur á að tjá sig um málið en engar

athugasemdir bárust. Ennfremur var kæra áfrýjanda og greinargerð samkeppnisráðs send Baugi hf., Kaupási hf., Kjörís ehf., Samtökum verslunar og þjónustu og Samtökum iðnaðarins til kynningar. Uppkvaðning úrskurðar í máli þessu hefur dregist vegna sumarleyfa.

III

Af hálfu áfrýjanda er vísað til þess að frystirýmishlutur ráðist af því hver standi sig best í samkeppni og engu öðru. Það sé grundvallaratriði hjá eigendum verslanna að hafa samkeppnina sem mesta meðal þeirra birgja sem þeir kaupa vörur af, en með þeim hætti fái þeir best verð, þjónustu og vörur.

Áfrýjandi bendir á að samkvæmt orðanna hljóðan þýði ákvörðun samkeppnisráðs að gildandi samningar áfrýjanda og Kjöríss ehf. við Kaupás hf. og Baug hf. séu ógildir og að við gerð viðskiptasamninga Baugs hf. og Kaupás hf. við áfrýjanda og Kjörís ehf. eigi samanlagt frystirými fyrir vörur frá þessum tveimur ísframleiðendum ekki að fara yfir 80%. Hvernig þessi samanlögðu 80% eiga að skiptast á milli Kjörís ehf. og áfrýjanda sé ekki ljóst, en samkvæmt orðanna hljóðan eiga Baugur hf. og Kaupás hf. að gera samninga við þessa tvo ísframleiðendur, ekki annan heldur báða vegna þess að orðin “samanlagt frystirými” sé notað í ákvörðunarorðunum. Þá vísar áfrýjandi til þess að ekki komi fram í ákvörðunarorðunum hvort innifalið í 80% séu vörur erlendra ísframleiðenda, sem Kjörís ehf. og áfrýjandi dreifi, eða hvort bara sé átt við eigin framleiðslu, eða eigin innflutning. Þá virðist ekkert tillit vera tekið til þess í ákvörðuninni hvernig fara eigi með þá afslætti sem Baugur hf. og Kaupás hf. hafa náð fram hjá áfrýjanda á grundvelli þess að áfrýjandi fái svo og svo mikið frystirými. Ekki sé hægt að skilja ákvörðunarorð hinnar kærðu ákvörðunar öðruvísi en svo að halda eigi 20% af frystirými opnu fyrir aðra en Kjörís ehf. og áfrýjanda. Telur áfrýjandi hina kærðu ákvörðun óskiljanlega og byggða á grundvallarmisskilningi. Þegar af þeirri ástæðu telur hann að ógilda eigi hana.

Hvað varðar þá niðurstöðu samkeppnisráðs að þrátt fyrir háa markaðshlutdeild Kjöríss ehf., sé fyrirtækið ekki í markaðsráðandi stöðu þar sem að líta verði til þess efnahagslega styrkleika sem áfrýjandi hafi sem dótturfélag Mjólkursamsölnunar svf. í Reykjavík, þá vísar áfrýjandi til þess að það sé algjör fjárhagslegur aðskilnaður milli hans og Mjólkursamsölnunar svf.

Áfrýjandi telur samkeppnisráð ekki átta sig á eðli markaðins. Verslanir hafi ekki ótakmarkað rými fyrir ísvörur. Framboð og eftirspurn á frosnum matvælum sé alltaf að aukast og verslanir verði að forgangsraða þeim vörum sem boðið sé upp á. Það sé ekki hægt að þvinga þessar verslanir til að láta 20% af sínu frystiplássi undir vöru, sem alls ekki hefur selst í því magni.

Að lokum vísar áfrýjandi til þess að samningar hans við Baug hf. og Kaupás hf. hafi orðið til í samkeppni, þeir sem buðu mestan afslátt og best kjör hafi fengið frystirými fyrir sínar vörur. Þessir samningar séu uppsegjanlegir og raski ekki samkeppni.

Af hálfu samkeppnisráðs er sérstaklega vakin athygli á tildrögum ákvörðunarinnar og hvaða áhrif hún hafi á þeim mörkuðum sem hún taki til. Fram komi í hinni kærðu ákvörðun að markaðir málsins væru annars vegar heildsöludreifing á ísvörum til matvöruverslana og hins vegar sala matvöruverslana á ísvörum til neytenda. Að því er varði fyrrnefnda markaðinn hafi það verið mat ráðsins að umræddir samningar hefðu þau áhrif að aðgangur annarra keppinauta en áfrýjanda og Kjöriss ehf. að honum væru verulega takmarkaður. Þar hafi einnig haft áhrif yfirburðastaða Baugs hf. og Kaupáss hf. á síðarnefnda markaðnum en þessir aðilar séu langstærstu kaupendur á ísvörum hér á landi frá dreifingarfyrtækjum. Að þessu virtu hafi verið talið að samningarnir röskuðu samkeppni og færu gegn 10. gr. samkeppnislaga og hafi þeir því verið ógiltir. Að mati samkeppnisráðs sé ljóst að ákvörðunin mun hafa jákvæð áhrif og efla samkeppni á þeim mörkuðum sem hún muni taka til. Aðrir hugsanlegir keppinautar áfrýjanda og Kjörís ehf. munu nú eftir ákvörðunina hafa möguleika á að koma vörum sínum á framfæri við matvörukeðjurnar sem séu langmikilvægustu dreifileiðir við sölu á ísvörum til neytenda en slíkt hafi þeim ekki verið mögulegt áður nema í mjög takmörkuðum mæli.

Samkeppnisráð vísar til þess að með hinni kærðu ákvörðun leggist ráðið gegn því að með samningum sé fyrirfram og til lengri tíma nær öllu rými fyrir ísvörur í tveimur stærstu matvöruverslanakeðjum landsins ráðstafað undir ísvörur áfrýjanda og Kjörís ehf. þannig að aðrir raunverulegir og hugsanlegir keppinautar eigi ekki möguleika á að komast inn á markaðinn. Í ákvörðuninni felist hins vegar engar hömlur á því að verslanakeðjurnar kaupi eins mikið af ísvörum frá áfrýjanda og/eða Kjörís ehf. og keðjurnar telja þjóna best sínum hagsmunum. Innkaupin mega hins

vegar ekki byggja á útilokandi ákvæðum í samningum verslanakeðjanna og ísbirgjanna.

Hvað varðar þá málsástæðu áfrýjanda að við útboð sem Baugur hf. hafi staðið að vegna innkaupa fyrirtækisins á ísvörum hafi öllum fyrirtækjum verið heimil þátttaka þá bendi samkeppnisráð á að í svörum Baugs hf. til Samkeppnisstofnunar hafi komið fram að þegar Baugur hf. hafi óskað eftir verðhugmyndum frá ísframleiðendum hafi eingöngu verið haft samband við áfrýjanda og Kjörís ehf. og ekki hafi verið um eiginlegt útboð að ræða.

Hvað varðar þá málsástæðu áfrýjanda að ekki sé útskýrt í ákvörðunarorðunum hvort innifalið sé í umræddu 80% hillurými vörur erlendra framleiðenda sem áfrýjandi og Kjörís ehf. flytja inn og dreifa hér á landi auk ísvara sem áfrýjandi dreifir fyrir aðra innflytjendur, þá bendir samkeppnisráð á að ljóst sé að samkvæmt orðanna hljóðan að fyrirmæli ákvörðunarorðanna taki til allra ísvara sem áfrýjandi og Kjörís ehf. dreifi til umræddra verslana. Gildi þá einu hvort vörurnar eru framleiddar hér á landi af þeim sjálfum, þær fluttar inn erlendis frá eða seldar í umboðssölu fyrir aðra innflytjendur hér á landi.

Hvað varðar umfjöllun áfrýjanda um þann afslátt sem hann veitir Baugi hf. og Kaupási hf. á grundvelli þess frystirýmis sem honum sé úthlutað telur samkeppnisráð rétt að taka fram að það sé almennt ekki á forræði samkeppnisyfirvalda að mæla fyrir um verð, afslátt eða önnur viðskiptakjör í viðskiptum milli fyrirtækja.

Hvað varðar athugasemdir áfrýjanda þess efnis að ályktun samkeppnisráðs um efnahagslegan styrkleika hans út frá því hver sé meirihlutaeigandi séu órökstuddar, þá vísar samkeppnisráð til þess að samkvæmt 3. mgr. 4. gr. samkeppnislaga sé fyrirtækjasamstæða sambland fyrirtækja með þannig eignauppbyggingu að eitt fyrirtæki eigi svo stóran hlut í öðru fyrirtæki eða fleiri fyrirtækjum að það fari með meirihluta atkvæða. Samkeppnisráð lítur því svo á að hér sé um fyrirtækjasamstæðu að ræða sem að sjálfsögðu hafi áhrif þegar efnahagslegur styrkleiki sé metinn.

Samkeppnisráð vísar að öðru leyti til forsendna ákvörðunarinnar.

IV

Niðurstöður

1

Upphaf mál þessa eru samningar sem Emmessís hf. og Kjörís ehf. gerðu hvor í sínu lagi við matvörukeðjurnar Baug hf. og Kaupás hf. um viðskipti með ís og ísvörur þar sem umræddar matvöruverslanir úthlutuðu m.a. því frystiplássi sem þær höfðu yfir að ráða með ákveðnum hætti til Emmessíss hf. og Kjöríss ehf. Samkeppnisráð heldur því fram að með samningunum sé komið í veg fyrir að aðrir aðilar geti boðið ísvörur í verslunum Baugs hf. og Kaupás hf.

2

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála fellst á að nauðsynlegt sé að skilgreina þá markaði sem hér koma við sögu til þess að staðreyna hvort umræddir samningar feli í sér brot á 10. gr. samkeppnislaga. Í því efni þykir mega miða við þá skilgreiningu sem fram kemur í 3. tölulið II. kafla í hinni áfrýjuðu ákvörðun. Eins og þar kemur fram er rétt að leggja til grundvallar að sá vörumarkaður sem miða ber við í máli þessu sé heildsöludreifing og smásala á ísvörum í matvöruverslunum til neytenda og að landfræðilegi markaðurinn sé Ísland.

3

Áfrýjandi í máli þessu, Emmessís hf., framleiðir ís og selur til matvöruverslana auk þess sem hann flytur inn og dreifir ísvörum frá erlendu fyrirtæki. Kjörís ehf. selur sömuleiðis eigin framleiðsluvörur til matvöruverslana og flytur auk þess inn og dreifir ísvörum frá erlendu fyrirtæki. Auk þess flytja önnur fyrirtæki inn ís og selja til matvöruverslana en hlutdeild þeirra er þó lítil. Í hinum áfrýjaða úrskurði kemur fram að á árinu 2001 og 2002 hafi hlutdeild Kjörís ehf. á sölu á ísvörum til matvöruverslana verið á bilinu (55-60%) en áfrýjanda á bilinu (35-40%). Aðrar markaðsrannsóknir staðfesta í meginatriðum þessar niðurstöður. Hlutur annarra

7

mældist óverulegur. Þetta þýðir að umrædd fyrirtæki hafa yfirburðarstöðu dreifingaraðila á þeim markaði sem hér er um að tefla.

4

Samkvæmt upplýsingum sem fyrir liggja í máli þessu um stærð markaðar fyrir dagvörusölu matvöruverslana á ísvörum fyrir árið 2001 og fyrri hluta árs 2002 er hlutdeild Kaupáss hf. og Baugs hf. samanlagt a.m.k. 65% sé miðað við landið allt. Hlutdeild Samkaupa sem m.a. rekur verslanir Nettó er mun minni og hlutur annarra verslana óverulegur. Sé miðað eingöngu við höfuðborgarsvæðið er hlutdeild Kaupáss hf. og Baugs hf. enn meiri. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála er þeirrar skoðunar að umrædd hlutdeild á dagvörumarkaði gefi vísbendingu um styrk nefndra fyrirtækja m.a. við sölu á ísvörum.

5

Samningar Baugs hf. við Kjörís ehf. annars vegar og Emmessíss hf. hins vegar eru dagsettir 24. apríl 2002. Þeim var markaður gildistími í eitt ár en voru þó uppsegjanlegir með þriggja mánaða fyrirvara af hálfu hvors aðila um sig. Þar er tilgreint sem viðmið sú hundradstala af rými sem Kjörís hf. annars vegar og Emmessís hf. hins vegar skyldu fá undir ísvörur sínar í verslunum Baugs hf. Fram kemur að Baugur hf. hefur ráðstafað sem viðmið 95% af því plássi sem fyrirtækið hefur yfir að ráða til fyrrgreindra fyrirtækja, um 63-65% til Kjöríss ehf. og um 30% til Emmessíss hf. Samningur Kaupáss hf. við Kjörís ehf. er dagsettur 19. apríl 2002 en við Emmessís hf. 3. júní 2002. Í fylgiskjali I sem telja verður að eigi við um síðastgreindan samning er gert ráð fyrir því að Emmessís hf. fái ekki minna en 50% fyrir framleiðsluvörur sínar af því plássi sem alla jafna sé notað undir ís og íssósur. Í samningi Kaupáss hf. og Kjöríss ehf. er hins vegar ekki tilgreint sérstakt rými fyrir ísvörur í verslunum Kaupáss hf. en þó er ekki ágreiningur um að munnlegur samningur hafi verið í gildi milli þessara aðila sem sé sambærilegur við samning milli Kaupáss hf. og Emmessíss hf. um rými. Síðastnefndu samningarnir milli Kaupáss hf. annars vegar og Kjöríss ehf. og Emmessíss hf. hins vegar giltu einnig til eins árs með þriggja mánaða uppsagnarfresti eftir þann tíma. Ekki er fram komið að samningar þessir hafi verið gerðir í tengslum við einhvers konar samráð milli þeirra fyrirtækja sem hér koma við

8

sögu. Samningar þessir fólu í sér endurnýjun á fyrri samningum sömu aðila en voru ekki gerðir í framhaldi af almennu útboði fyrirtækjanna Baugs hf. og/eða Kaupáss hf.

6

Þó að þeir samningar sem hér koma við sögu séu ekki til komnir fyrir samstilltar aðgerðir allra umræddra fyrirtækja verður engu að síður að líta til uppsafnaðra áhrifa þeirra samkvæmt grunnforsendum 6. mgr. 13. gr. samkeppnislaga. Í því efni skiptir helst máli að fái og stórir aðilar eru á umræddum markaði bæði að því er varðar dreifingu vörunnar og smásölu hennar. Umræddir samningar ná til þessara aðila, gildistími þeirra er rúmur og þeir útiloka þar með í raun að verulegu leyti það svigrúm sem verslanir Baugs hf. og/eða Kaupáss hf. hafa til að bjóða frystirými fyrir ísvörur til annarra samkeppnisaðila sem kynnu að vilja leita inn á markaðinn. Afleiðingin er sú samkeppnisaðilar sem dreifa ísvörum er gert óeðlilega erfitt fyrir að komast inn á umræddan markað. Af þessum sökum verður að telja samningana fara í bága við 10. gr. samkeppnislaga.

7

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur að umræddir samningar séu bannaðir samkvæmt framansögðu og því ógildir að því er varðar ráðstöfun á frystirými til Kjörís ehf. og Emmessís hf. Heimilt var að grípa til aðgerða gegn umræddum samningum að þessu leyti samkvæmt 17. gr. samkeppnislaga í því skyni að ná fram sanngjarnri lausn þar sem tekið er tillit til hagsmuna samkeppnisaðila og neytenda. Að mati áfrýjunarnefndar samkeppnismála eru þær takmarkanir hæfilegar sem settar voru í ákvörðunarorðum hinnar kærðu ákvörðunar og er þá miðað við að þeim matvöruverslununum sem ákvörðunin tekur til sé óheimilt að gera viðskiptasamninga við Emmessís hf. og Kjörís ehf. þar sem ráðstafað sé fyrirfram meira en 80% af því frystirými sem ætlað er undir ísvörur.

8

Samkvæmt því sem nú hefur verið rakið má staðfesta ákvörðunarorð hinnar áfrýjuðu ákvörðunar með þeim athugasemdum sem fram koma í lið 7.

9

Úrskurðarorð

Hin kærða ákvörðun er staðfest með þeim athugasemdum sem fram koma í lið 7.

Reykjavík, 12. ágúst 2003

Stefán Már Stefánsson

Lárus L. Blöndal

Kristján Jóhannsson