

## Úrskurður

### áfrýjunarnefndar samkeppnismála

í máli nr. 4/2010

X

gegn

**Samkeppniseftirlitinu**

**I.**

Með kæru, dagsettri 12. febrúar 2010, hefur X (hér eftir nefndur áfrýjandi), kært ákvörðun Samkeppniseftirlitsins sem tilkynnt var áfrýjanda þann 22. janúar 2010. Í hinni kærðu ákvörðun komst Samkeppniseftirlitið að þeirri niðurstöðu að áfrýjandi hafi ekki sýnt fram á að líklegt væri að hegðun Lauga ehf. feli í sér brot á samkeppnislögum og að Samkeppniseftirlitið teldi ekki ástæðu til frekari skoðunar málsins.

Af hálfu áfrýjanda er þess krafist að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi og að Samkeppniseftirlitinu verði gert að rannsaka málið. Þá óskar áfrýjandi eftir nafnleynd við meðferð málsins fyrir áfrýjunarnefndinni.

Af hálfu Samkeppniseftirlitsins er þess krafist að hin kærða ákvörðun frá 22. janúar 2009 um að hafast ekkert að vegna erindis áfrýjanda verði staðfest.

**II.**

Mál þetta fjallar um kvörtun áfrýjanda til Samkeppniseftirlitsins yfir því að Laugar ehf. misnotaði markaðsráðandi stöðu sína á markaði við rekstur líkamsræktarstöðva á höfuðborgarsvæðinu en fyrirtækið rekur slíkar stöðvar undir merkjum World Class.

Áfrýjandi, sem rekur líkamsræktarstöð á höfuðborgarsvæðinu, fór þess á leit að Samkeppniseftirlitið myndi beita sér annars vegar vegna meintrar misnotkunar Lauga ehf. á markaðsráðandi stöðu sinni og hins vegar vegna meintra brota NBI hf. á álitum Samkeppniseftirlitsins nr. 3/2008 *Ákvarðanir banka og stjórnvalda um framtíð fyrirtækja á samkeppnismörkuðum*.

Í bréfi til áfrýjanda, dagsett 22. janúar 2010, hafnaði Samkeppniseftirlitið því að fjalla um erindið með vísan til 6. og 9. gr. málsmeðferðarreglna Samkeppniseftirlitsins nr. 880/2005.

### III.

Mál þetta var flutt skriflega fyrir áfrýjunarnefndinni. Greinargerð Samkeppniseftirlitsins um kæru áfrýjanda barst 22. febrúar 2010. Athugasemdir áfrýjanda við greinargerðinni bárust 25. febrúar 2010 og athugasemdir Samkeppniseftirlitsins við þeim bárust 3. mars 2010.

### IV.

#### *Málsástæður áfrýjanda*

Af hálfu áfrýjanda er að byggt á sömu málsástæðum og lagarökum og fram komu í erindi hans til Samkeppniseftirlitsins dagsettu 1. desember 2009. Áfrýjandi bendir á að þar sé fjallað ítarlega um sértæka afslætti og boð Lauga ehf. til stærri félaga og félagasamtaka um að æfa án endurgjalds. Þá sé í því erindi einnig fjallað um þátt NIB hf. í rekstri Lauga ehf., þar sem há skuld hafi verið skilin eftir á eldri kennitölu og nýr leigusamningur gerður við sömu aðila undir nýrri kennitölu með lækkuðum leigukostnaði. Áfrýjandi telur að hér sé um skýrt brot á samkeppnislögum sem og á álitum eftirlitsins nr. 3/2008 „Ákvarðanir banka og stjórnvalda um framtíð fyrirtækja á samkeppnismörkuðum“ einkum ákvæðum 2., 4. og 5. gr. Þá vísar áfrýjandi til úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 18/2009 en þar féllst áfrýjunarnefndin á þau sjónarmið að

miklar afskriftir skulda í kjölfar þess að gengið sé til nauðasamninga fæli í sér röskun á samkeppni. Áfrýjandi telur að aðgerðir NIB hf. til skuldaniðurfellinga og lækkunar rekstrarkostnaðar Lauga ehf. hafi með sambærilegum hætti valdið röskun á samkeppni á markaði fyrir líkamsræktarstöðvar.

Þá telur áfrýjandi að brot á 11. gr. samkeppnislaga sé ekki háð því að að sýnt sé fram á að sú markaðshegðun sem um ræði hafi haft skaðleg áhrif á samkeppni heldur sé nægjanlegt að líklegt sé að hún hafi slík áhrif. Í þessu sambandi bendir áfrýjandi á að Laugar ehf. sé með 60% markaðshlutdeild á markaði þeim sem um ræði. Fyrirtækið bjóði háa afslætti og jafnvel þjónustu án endurgjalds, og hljóti slík hegðun a.m.k. að teljast líkleg til að hafa áhrif á minni aðila á markaði. Eigi þetta sérstaklega við í ljósi þess að Laugar ehf. hafi yfirburðar markaðsráðandi stöðu á meðan næsti aðili á markaðnum hafi ekki nema ca. 16% markaðshlutdeild og áfrýjandi ca. 12% markaðshlutdeild.

Áfrýjandi byggir á því að ljóst sé að verðlagning undir kostnaðarverði teljist vera skaðleg undirverðlagning í sjálfu sér nema að unnt sé að færa sönnur á að hlutlægar forsendur búi að baki slíkri verðlagningu. Áfrýjandi hafi ekki aðgang að bókhaldsgögnum Lauga ehf. og geti því ekki sýnt með beinum hætti fram á að verðlagning sé með þessum hætti en það liggja fyrir að hann get ekki sjálfur rekið sig með þessari verðlagningu og því telji hann að verulegar líkur séu á því að um skaðlega undirverðlagningu sé að ræða. Beri því Samkeppniseftirlitinu að rannsaka hvort svo sé. Þá bendir áfrýjandi á að brot Lauga ehf. feli ekki einungis í sér skaðleg áhrif á viðskiptahagsmunum hans og annarra keppinauta heldur séu þau til þess fallin að valda neytendum skaða.

Áfrýjandi byggir ósk sína um nafnleynd á því að hann starfi á viðkvæmum markaði sem kalla mætti ímyndarmarkað og líkur séu á því að ef nafnleyndar sé ekki gætt geti það haft neikvæð áhrif á viðskipti hans.

Áfrýjandi telur að Samkeppniseftirlitið hafi gerst brotlegt við rannsóknarreglu 10. gr. stjórnsýslulaga með afgreiðslu sinni á kvörtun hans. Að mati áfrýjanda verði ekki séð að málið hafi fengið nokkra rannsókn hjá eftirlitinu og að með því hafi það gerst brotlegt við rannsóknarreglu stjórnsýslulaga. Þá telur áfrýjandi að sú staðreynd að ákvörðun

eftirlitsins hafi ekki verið rökstudd með nokkrum hætti feli jafnframt í sér brot á 2. mgr. 20. gr. stjórnsýslulaga.

### *Málsástæður Samkeppniseftirlitsins*

Af hálfu Samkeppniseftirlitsins er á því byggt að það sé eftirlitsstjórnvald sem sé ætlað að efla samkeppni í viðskiptum og beita þeim úrræðum sem samkeppnislög heimila í því skyni að stuðla að því að markmið laganna náist. Þannig sé aðalhlutverk samkeppnisyfirvalda fólgið í því að framfylgja þeirri stefnu sem mörkuð sé með samkeppnislögum, en ekki fyrst og fremst að leysa úr deilumálum milli fyrirtækja eða afgreiða erindi. Til þess að framfylgja stefnu laganna og sinna því eftirliti sem því sé falið sé nauðsynlegt að það geti í aðalatriðum stýrt sjálft nýtingu þess mannafla og fjármuna sem það hafi yfir að ráða til þess að sinna verkefnum sem brýnast þykja hverju sinni í því skyni að efla samkeppni.

Í 3. mgr. 8. gr. samkeppnislaga og lögskýringargögnum með því ákvæði sé Samkeppniseftirlitinu veitt heimild til að meta hvort rétt sé að taka erindi til meðferðar eða ekki. Í reglum nr. 880/2005 um málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins sé mælt fyrir um ýmis skilyrði fyrir því að mál verði tekið til meðferðar. Þá segir í málsmeðferðarreglunum að Samkeppniseftirlitið skuli meta hvort erindi sem stofnunni berist gefi nægt tilefni til þess að hefja rannsókn og málsmeðferð. Samkeppniseftirlitið hafi þannig viðtækar heimildir til að ákveða hvaða mál séu rannsökuð og í hvaða röð sé fjallað um þau hjá stofnuninni. Þá vísar Samkeppniseftirlitið til þess, að aukið verkefnaálag í kjölfar bankahruns haustið 2008, krafa um niðurskurð í starfsemi þess og lækkun fjárheimilda geri það óhjákvæmilegt af hálfu Samkeppniseftirlitsins að forgangsraða verkefnum og vanda val þeirra mála sem tekin séu til rannsóknar hverju sinni. Við mat á forgangsröðun einstakra verkefna og hvort taka beri mál til rannsóknar sé óhjákvæmilegt að horfa til mikilvægis þeirra markaða sem í hlut eiga, samhliða öðrum atriðum, s.s. eðli og alvarleik ætlaðra brota o.fl. Erindi áfrýjanda varðar hugsanlegt brot á 11. gr. samkeppnislaga á markaði er snertir rekstur líkamsræktarstöðva en með hliðsjón

af framangreindum atriðum og nauðsyn forgangsroðunar taldi Samkeppniseftirlitið ekki brýnt að taka erindi áfrýjanda til rannsóknar á þessu stigi.

Samkeppniseftirlitið bendir á varðandi fyllyrðingar um brot á álit Samkeppniseftirlitsins nr. 3/2008 að eðli málsins samkvæmt séu álit samkvæmt samkeppnislögum óbindandi að lögum, sbr. einnig úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 3/1999 *Stangveiðifélag Reykjavíkur gegn samkeppnisráði*. Sökum þessa hafi það engin réttarhrif ef farið sé gegn umræddum álitum.

Þá telur Samkeppniseftirlitið að ekki séu skýrar vísbendingar í erindi áfrýjanda um ætluð brot Lauga ehf. Þannig sé ekki útskýrt af hálfu áfrýjanda, t.d. með vísan til eigin reynslu, hvernig kostnaðaruppbygging sé á þessum markaði né rökstutt að hvaða marki viðkomandi verðlagning geti verið undir þeim kostnaðarviðmiðunum sem við eigi. Samkeppniseftirlitið telur ljóst að ef það sé rétt hjá áfrýjanda að Laugar ehf. séu markaðsráðandi geti tiltekin verðhegðun fyrirtækisins farið gegn 11. gr. samkeppnislaga en með vísan til 3. mgr. 8. gr. samkeppnislaga og allra aðstæðna telji Samkeppniseftirlitið ekki rétt að ráðast í rannsókn á ætluðum brotum Lauga ehf. á þessum tímapunkti. Samkeppniseftirlitið lítur hins vegar á erindið sem ábendingu skv. reglum nr. 880/2005 og kunní sú ábending að leiða til þess að eftirlitið taki hegðun Lauga ehf. til rannsóknar síðar að eigin frumkvæði.

Samkeppniseftirlitið telur að rannsókn á erindi áfrýjanda, fylgigögnum og viðeigandi réttarheimildum sé almennt fullnægjandi rannsókn við mat á því hvort erindi skuli tekið til meðferðar og mótmælir því að brotið hafi verið gegn rannsóknarskyldu stjórnarsýslulaga í þessu máli. Einnig mótmælir Samkeppniseftirlitið því að brotið hafi verið gegn reglum um rökstuðning stjórnvaldsákvarðana við meðferð málsins.

## V.

### Niðurstaða

Í bréfi Samkeppniseftirlitsins til áfrýjanda, dags. 22. janúar 2010, segir m.a. eftirfarandi:

„Samkeppniseftirlitið telur að í erindi yðar hafi ekki verið sýnt fram á að líklegt sé að hegðun Lauga ehf. (áður Þreks ehf.) feli í sér brot á samkeppnislögum. Með vísan til 6. og 9. gr. málsmeðferðarreglna Samkeppniseftirlitsins nr. 880.“

Tilvitnað orðalag er ekki alls kostar skýrt. Í greinargerð Samkeppniseftirlitsins til áfrýjunarnefndarinnar hefur í raun ekki verið fjallað um það álitaefni hvort áfrýjandi hafi gert líklegt að Laugar ehf. hafi brotið gegn samkeppnislögum né neitt mat lagt á þær ásakanir. Er raunar tekið þar fram að Samkeppniseftirlitið muni líta á erindið sem ábendingu sem hugsanlega kunni að leiða til rannsóknar á hegðun Lauga ehf. síðar og þá að eigin frumkvæði Samkeppniseftirlitsins.

Helst má skilja bréf Samkeppniseftirlitsins þannig að erindinu hafi verið hafnað með vísan til 6. og 9. gr. reglna um málsmeðferð fyrir Samkeppniseftirlitinu sem settar eru með stoð í 2. mgr. 8. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005. Þar er annars vegar fjallað um þær kröfur sem gera verður til erinda og hins vegar um heimild Samkeppniseftirlitsins til að forgangsraða erindum. Samkeppniseftirlitið hefur í málflutningi sínum fyrir áfrýjunarnefndinni lítið fjallað um hvaða ágallar séu á erindi áfrýjanda í skilningi 6. gr. málsmeðferðarreglnanna heldur einkum beint sjónum sínum að 9. gr. reglnanna sem fjallar um forgangsröðun erinda sem stofnuninni berast. Ákvæði 9. gr. á hins vegar ekki við nema á annað borð liggja fyrir erindi sem uppfyllir kröfur 6. gr. Er því ekki unnt að skilja afstöðu Samkeppniseftirlitsins öðru vísi en svo að erindi áfrýjanda hafi í raun rétttri verið hafnað á grundvelli þess að önnur og brynni mál eigi að hafa forgang að sinni.

Samkvæmt 3. mgr. 8. gr. samkeppnislaga tekur Samkeppniseftirlitið ákvarðanir um það hvort erindi sem berast gefi nægar ástæður til rannsóknar og því er jafnframt heimilt að raða málum í forgangsröð. Sú forgangsröðun þarf að vera byggð á málefnalegum sjónarmiðum og hafa þau m.a. verið sett fram í áður nefndri 9. gr. málsmeðferðarreglna nr. 880/2005 þótt hún sé að sönnu ekki tæmandi um þau efni.

Svo segir m.a. í 2. mgr. 9. gr. málsmeðferðarreglnanna:

“Við mat á því hvort erindi gefi tilefni til rannsóknar skal Samkeppniseftirlitið hafa hliðsjón af málefnalegum sjónarmiðum sem þykja skipta máli í hverju tilviki fyrir sig.

Eftirfarandi atriði geta m.a. skipt máli við mat Samkeppniseftirlitsins á því hvort hefja beri rannsókn:

- a. að meint brot eða samkeppnishömlur virðist vera alvarlegar,
- b. að meint brot eða samkeppnishömlur varði ekki aðeins viðskiptahagsmuni kvartanda heldur geti haft víðtækari skaðleg áhrif á samkeppni (...).”,

Rökin að baki forgangsröðun snúast um að séu ekki eru tók á að sinna öllum málum beri að láta þau mæta afgangi sem minnstu máli skipta með hliðsjón af öllum aðstæðum. Samkeppniseftirlitið ber ábyrgð á að fjármunum sé á hverjum tíma varið til brýnustu verkefna og verður að ætla að aðstaða annarra til endurskoðunar á því mati sé til muna verri en eftirlitsins sjálfs.

Samkeppniseftirlitið hefur í þessu máli reifað ítarlega að málum hefur mjög fjölgað hjá eftirlitinu og málsmeðferðartími lengst í kjölfar bankahruns. Þá hefur eftirlitinu verið gert að skera niður kostnað. Samkeppniseftirlitið hefur því ákveðið að leggja áherslu á mál er tengjast mikilvægum neytendamörkuðum s.s. matvörumarkaði og fjármálaþjónustu, sem og önnur alvarleg brot.

Áfrýjunarnefndin telur að það mat Samkeppniseftirlitsins að taka erindi áfrýjanda ekki til umfjöllunar – en líta á það sem ábendingu – sé byggt á fyllilega málefnalegum sjónarmiðum sem eiga stoð sína í undirstöðurökum 3. mgr. 8. gr. samkeppnislaga og fyrrgreindum málameðferðarreglum.

Áfrýjunarnefndin álitur að ekki hafi verið brotið gegn ákvæðum stjórnsýslulaga um rannsókn mála og rökstuðning fyrir niðurstöðu. Eins og fram kemur í málatilbúnaði Samkeppniseftirlitsins fyrir nefndinni fólst ekki í afgreiðslu þess mat á því hvort hin kærða háttsemi hefði varðað við samkeppnislög, heldur réðist afgreiðslan fyrst og fremst á mati á aðstæðum stofnunarinnar sjálfrar, alvarleika meintrar háttsemi og því að ekki væri um mikilvægan neytendamarkað að ræða. Þá er fallist á það með Samkeppniseftirlitinu að það varði ekki ógildingu ákvörðunarinnar að hún var ekki rökstudd ítarlega í upphafi. Bréf Samkeppniseftirlitsins var að vísu ekki mjög skýrt að efni til, en eins og mælt er um í 21. gr. stjórnsýslulaga hefði áfrýjandi geta óskað eftir rökstuðningi eftir á. Það gerði hann ekki.

Samkvæmt framansögðu verður því kröfum áfrýjanda um ógildingu á ákvörðun Samkeppniseftirlitsins hafnað. Fallist er á kröfu áfrýjanda um nafnleynd.

Úrskurðarorð:

Staðfest er ákvörðun Samkeppniseftirlitsins, dags. 22. janúar 2010, um að hafna því að hefja rannsókn á markaðsráðandi stöðu Lauga ehf. samkvæmt beiðni X.

Reykjavík, 17. maí 2010

Jóhannes Karl Sveinsson

Anna Kristín Traustadóttir

Stefán Már Stefánsson

Rétt endurrit staðfestir: