



SAMKEPPNISEFTIRLITIÐ

Föstudagur, 21. desember 2012

Ákvörðun nr. 34/2012

Misnotkun Sorpu bs. á markaðsráðandi stöðu sinni

Efnisyfirlit

	bls.
I. Upphaf máls og málsmeðferð	3
1. Erindi Gámaþjónustunnar	3
2. Athugasemdir Sorpu við erindi Gámaþjónustunnar	7
3. Málið tekið til meðferðar og frekari gagnaöflun.....	8
4. Andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins og athugasemdir aðila málsins í kjölfar þess	8
5. Beiðni um umsögn Sorpstöðvar Suðurlands bs.	9
II. Gildissvið samkeppnislaga	10
1. Efni kvörtunar og málsástæður Sorpu	10
2. Gildissvið samkeppnislaga og lögsaga samkeppnisyfirvalda.....	11
2.1 Sjónarmið aðila málsins	11
2.2 Mat Samkeppniseftirlitsins.....	14
2.2.1 Lagaumhverfi og starfsemi Sorpu.....	14
2.2.2 Um það hvort Sorpa sé fyrirtæki og stundi atvinnurekstur í skilningi samkeppnislaga.....	16
III. Skilgreining markaðarins og staða Sorpu	23
1. Skilgreining markaðarins	23
1.1 Vöru- og þjónustumarkaðurinn	23
1.1.1 Sjónarmið málsaðila	23
1.1.2 Mat Samkeppniseftirlitsins.....	24
1.1.2.1 Markaður fyrir flokkun og meðhöndlun úrgangs (móttökustöðvar/flokkunar-miðstöðvar).....	25
1.1.2.2 Markaður fyrir förgun úrgangs (förgunarstaður)	26
1.2 Landfræðilegi markaðurinn	27
1.2.1 Sjónarmið aðila.....	27
1.2.2 Mat Samkeppniseftirlitsins.....	28
2. Staða Sorpu á skilgreindum mörkuðum	29
2.1 Sjónarmið aðila.....	29
2.2 Mat Samkeppniseftirlitsins	29
2.2.1 Markaðshlutdeild.....	32
2.2.2 Fjárhagslegur styrkleiki og tengsl á milli markaða	33
2.2.3 Aðgangshindarnir	34
2.2.4 Niðurstaða	35



IV. Misnotkun á markaðsráðandi stöðu	36
1. Um 11. gr. samkeppnislaga	36
2. Mismunun Sorpu gagnvart viðskiptavinum.....	39
2.1 Gjaldskrár og afslættir Sorpu	40
2.2 Útboð Hafnarfjarðar á sorphirðu.....	45
2.2.1 Sjónarmið málsaðila	45
2.2.2 Mat Samkeppniseftirlitsins.....	45
2.3 Samningur Sorpu við Sorpstöð Suðurlands bs.	49
2.3.1 Sjónarmið málsaðila	49
2.3.2 Mat Samkeppniseftirlitsins.....	50
2.4 Nánar um sjónarmið Sorpu um réttlætingu fyrir auknum afslætti til eigenda (sveitarfélaga á höfuðborgarsvæðinu).....	53
2.4.1 Afslættir Sorpu til eigenda eru ekki ígildi arðs til þeirra	53
2.4.2 Afslættir Sorpu raska samkeppni.....	57
2.4.3 Afslættir Sorpu eru ekki til hagsbóta fyrir neytendur.....	58
2.4.4 Önnur lögmál gilda ekki á sorphirðumarkaði	59
2.4.5 Sjónarmið Sorpu um að einkaaðilar hafi ekki óskað eftir betri kjörum hjá byggðasamlaginu.....	60
3. Samandregin niðurstaða	60
V. Viðurlög	62
1. Sjónarmið Sorpu	62
2. Mat Samkeppniseftirlitsins	62
VI. Ákvörðunarorð	67



I. Upphaf máls og málsmeðferð

Ákvörðun þessi byggir á rannsókn Samkeppniseftirlitsins á afsláttarkerfi Sorpu bs. (hér eftir Sorpa). Tilefni rannsóknarinnar var kvörtun frá Gámaþjónustunni hf. (hér eftir Gámaþjónustan) með bréfi, dags. 10. desember 2009, um að Sorpa hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 með afsláttarkerfi byggðasamlagsins. Eftir að hafa aflað sjónarmiða og gagna frá málsaðilum birti Samkeppniseftirlitið Sorpu andmælaskjal, dags. 15. júlí 2011. Í andmælaskjalinu kom fram það frummat Samkeppniseftirlitsins að Sorpa hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með mismunandi afsláttum til viðskiptavina sinna.

Í þessum hluta verður greint nánar frá erindi Gámaþjónustunnar og málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins. Í öðrum hluta er gerð nánari grein fyrir gildissviði samkeppnislaga í málinu. Í þriðja hluta eru markaðir málsins skilgreindir og fjallað um stöðu málsaðila. Í fjórða hluta verður fjallað um brot Sorpu og í fimmta og síðasta hluta viðurlög.

1. Erindi Gámaþjónustunnar

Samkeppniseftirlitinu barst eins og fyrr segir erindi, dags. 10. desember 2009, frá Gámaþjónustunni. Þar er kvartað yfir mismunandi afsláttarkjörum á móttökugjöldum hjá Sorpu, sem annars vegar eigendur fyrirtækisins njóti og hins vegar aðrir viðskiptavinir þess. Í erindinu er þess krafist að umrædd mismunun verði bönnuð með bráðabirgðaákvörðun. Ef ekki verði fallist á að skilyrði til töku bráðabirgðaákvörðunar séu uppfyllt er þess krafist að Samkeppniseftirlitið beini þeim tilmælum til Sorpu að láta af þeirri háttsemi að veita eigendum byggðasamlagsins sérstaka afslætti þar til endanleg efnisákvörðun liggja fyrir. Að kröfu um bráðabirgðaákvörðun frágenginni er farið fram á að Samkeppniseftirlitið banni framangreinda afslætti með vísan til 10. og/eða 11. gr. samkeppnislaga, sbr. einnig 1. og 2. mgr. 16. gr. laganna. Þá segir að ef niðurstaða málsins verði sú að umræddar ákvarðanir stjórnar Sorpu um eigendaafslátt verði taldar lögmætar sé þess krafist að Gámaþjónustan fái sama afslátt á grundvelli gagnsærra reglna þar um sem byggji á umfangi viðskipta.

Í erindi Gámaþjónustunnar kemur fram að fyrirtækið starfi við söfnun, flutning og móttöku á úrgangi ásamt flokkun og endurvinnslu. Sorpa sinni sambærilegri starfsemi en reki einnig urðunarstað að Álfsnesi. Endurvinnsluefni sem Gámaþjónustan safni séu flutt í móttöku- og flokkunarstöð fyrirtækisins við Berghellu í Hafnarfirði. Endurvinnsluefni sem Sorpa safni séu hins vegar flutt í móttökustöð Sorpu í Gufunesi. Almennur óflokkaður úrgangur sé baggaður ýmist í móttökustöð Sorpu í Gufunesi eða í flokkunar- og móttökustöð Gámaþjónustunnar að Berghellu. Þaðan sé úrgangurinn fluttur til urðunar í Álfsnesi. Gerð sé sú krafa að allt sorp sem berist til Álfsness sé baggað. Gámaþjónustunni sé því nauðsynlegt að skipta við Sorpu í Álfsnesi vegna urðunar.

Þar sem Gámaþjónustan hafi yfir að ráða böggunarstað geti fyrirtækið sleppt því að fara með úrgang til böggunar í Gufunesi og farið með hann beint í Álfsnes. Því sé ljóst að móttökustöð Sorpu í Gufunesi og flokkunar- og móttökustöð Gámaþjónustunnar að Berghellu séu í samkeppni um móttöku á endurvinnanlegu efni, sem og móttöku á óendurvinnanlegu efni til böggunar.



Hins vegar hafi Sorpa einokunarstöðu við urðun á höfuðborgarsvæðinu. Það sé landfræðilega afmarkað í móttökureglum Sorpu þar sem eingöngu sé heimilt að koma með úrgang til urðunar í Álfsnesi (með eða án milligöngu í Gufunesi) ef úrgangurinn eigi uppruna sinn (hafi fallið til) á höfuðborgarsvæðinu. Á næsta markaði fyrir neðan séu Gámapjónustan og Sorpa, auk annarra aðila, í harðri samkeppni um móttöku á úrgangi. Á þeim markaði sé Sorpa stærst en á árinu 2008 hafi Sorpa ráðstafað tæplega 116 þús. tonnum frá móttökustöðinni í Gufunesi. Gámapjónustan hafi hins vegar tekið á móti 50 þús. tonnum í móttökustöð sinni í Hafnarfirði.

Með hliðsjón af framansögðu sé ljóst að Sorpa sé óhjákvæmilegur viðskiptaaðili annarra á markaði fyrir móttöku úrgangs til urðunar, þ.m.t. Gámapjónustunnar. Það skipti keppinauta Sorpu í móttöku á úrgangi miklu máli hvernig gjaldskrá Sorpu vegna urðunar sé uppbyggð. Að mati Gámapjónustunnar hafi það því mikla þýðingu fyrir keppinauta á sorphirða, að gjaldskrá Sorpu fyrir urðun sé gagnsæ, málefnaleg og hlutlæg, þannig að keppinautar á markaði fyrir móttöku og flutning á sorpi eigi sömu möguleika á að bjóða samkeppnishæft verð.

Í erindinu kemur fram að undanfarin ár hafi viðskiptavinum Sorpu, þ. á m. eigendum fyrirtækisins, verið veittur afsláttur frá auglýstri gjaldskrá samkvæmt ákveðnum reglum sem hafi tekið mið af umfangi viðskipta. Sá afsláttur sem hafi verið í boði fyrir kvartanda hafi verið 7% ef viðskipti mánaðarins næðu þremur milljónum kr. og að reikningur væri greiddur fyrir lok næsta mánaðar. Hafi Gámapjónustan talið að allir sætu við sama borð við veitingu á afsláttum. Í nóvember 2009 hafi Gámapjónustunni hins vegar orðið ljóst fyrir tilviljun að viðskiptakjör Sorpu væru mismunandi.

Þá segir að undanfarin ár hafi Gámapjónustan annast sorphirðu og tekið á móti úrgangi frá heimilum og stofnunum Hafnarfjarðarbæjar í móttökustöð sinni í Hafnarfirði á grundvelli tilboðs í sorphirðu árið 2003. Segir ennfremur að sorphirða hafi verið boðin út að nýju fyrir árin 2010-2013. Bendir kvartandi á að við lestur útboðsgagna fyrir það tímabil hafi komið í ljós að bænum, sem einum af eigendum Sorpu, hafi boðist 14% afsláttur hjá móttökustöðinni í Gufunesi að því viðbættu að greiðslufrestur til að halda afslætti sé 60 dagar í stað 30 daga sem aðrir búi við. Í fundargerð stjórnar Sorpu frá 16. nóvember 2009 komi fram að stjórn Sorpu samþykki að eigendaafsláttur verði 18% árið 2010 fyrir þann heimilúrgang sem Sorpa móttaki í móttökustöðinni í Gufunesi. Þannig hafi stjórn Sorpu einhvern tíma á árunum 2007-2009 ákveðið að bjóða eigendum sínum hærri afslátt og lengri greiðslufrest en öðrum viðskiptavinum án þess að sú ákvörðun hafi legið opinberlega fyrir. Í erindinu er vísað til fundargerðar stjórnar Sorpu þar sem fram komi að afslátturinn takmarkist við það sem kallað sé „heimilisúrgangur“. Telur Gámapjónustan að með því sé Sorpa að gera tilraun til að réttlæta háan afslátt með því að skjóta sér bak við nýja skilgreiningu sem Gámapjónustunni sé ekki kunnugt um að hafi verið til sem sérstakur gjaldflokkur í gjaldskrá Sorpu. Eigendur Sorpu skili hins vegar einkum úrgangi sem falli til við hefðbundna sorphirðu á öflokkuðum úrgangi frá heimilum.

Í erindi Gámapjónustunnar er fjallað nánar um skaðleg áhrif afsláttar til eigenda Sorpu sem „kristallist í útboði Hafnarfjarðar“. Er í því sambandi vísað til áður nefnds aukins afsláttar til eigenda Sorpu, þ.e. 14% og 18% afsláttar. Segir nánar að samkvæmt



útboðinu greiði verkkaupi (Hafnarfjarðarbær) móttökugjöldin við losun hjá Sorpu og fái samkvæmt útboðsgögnum 14% afslátt af móttökugjöldum af úrgangi sem sé fluttur í móttökustöð Sorpu í Gufunesi. Af úrgangi sem sé pressaður og baggaður hjá öðrum og fluttur til urðunar í Álfsnesi eigi hins vegar samkvæmt útboðsgögnum ekki að reikna sambærilegan afslátt til Hafnarfjarðarbæjar, þ.e.a.s. afslátturinn gildi aðeins í Gufunesi en ekki Álfsnesi. Af þessu megi vera augljóst að ekki sé gert ráð fyrir þeim möguleika að úrgangur frá heimilum og stofnunum Hafnarfjarðarbæjar verði framvegis fluttur til böggunar annars staðar en í móttökustöð Sorpu í Gufunesi til þess að sveitarfélagið njóti afsláttar. Afslátturinn sé ekki í boði fyrir Hafnarfjörð annist t.d. Gámapjónustan sorphirðuna og móttökuna í móttökustöð sinni og geti síðan flutt úrganginn beint í Álfsnes. Að mati Gámapjónustunnar sé því „*einfaldlega verið að sölsa undir móttökustöð Sorpu í Gufunesi*“ sem mest magn með afsláttartilboðum til sveitarfélaga og koma í veg fyrir að aðrar móttökustöðvar fái viðskipti, þar sem aðilar fái ekki sömu kjör ef þeir fari með úrganginn í gegnum aðrar móttökustöðvar sem geti farið með úrganginn beint í Álfsnes. Þannig sé móttöku- og flokkunarstöð Gámapjónustunnar með öðrum orðum dæmd úr leik fyrirfram í útboðsgögnum Hafnarfjarðarbæjar, þar sem ekki fáist sami afsláttur samkvæmt útboðinu, með því að fara með úrganginn í gegnum móttökustöð Gámapjónustunnar til urðunar í Álfsnesi. Er það því mat Gámapjónustunnar að með umræddum 18% afslætti sé það ætlun Sorpu að ná öllum úrgangi frá Hafnarfirði í Gufunes. Hafi því orðið grundvallarröskun á samkeppnisforsendum frá því sem verið hafi árið 2003 þegar öll fyrirtæki hafi setið við sama borð hvað varðaði mögulega afslætti í viðskiptum við Sorpu.

Í erindi Gámapjónustunnar er þessi samkeppnislega mismunun sem fyrirtækið telur vera fyrir hendi útskýrð með dæmi:

„Gjaldskrá Sorpu í Gufunesi fyrir flokk 101 er þannig að verð fyrir Hafnarfjarðabæ er 9,21 kr. pr. kg. án vsk. Innifalið í því verði er móttaka og böggun í Gufunesi, akstur í Álfsnes og urðun í Álfsnesi. Ef umbjóðandi minn kemur með baggað sorp frá eigin stöð í Hafnarfirði í Álfsnes fer það í flokk 451 og umbjóðandi minn greiðir 5,34 kg. án vsk. án afsláttar eins og til stöð í upphaflegu útboðsgögnunum eða 4,97 kr. pr. kg með 7% afslætti án vsk. Þetta verð myndi gilda hvort sem umbjóðandi minn kæmi með þetta á eigin vegum eða á reikning Hafnarfjarðarbæjar. Þarna munar 4,24 kr. pr. kg. án vsk. og þarna er umbjóðandi minn einungis búinn að greiða móttökugjöldin í Álfsnesi. (Til þess að geta boðið Hafnarfjarðarbæ sambærilega þjónustu og Sorpa þarf að auki að gera ráð fyrir verkþáttunum móttöku og böggun í Berghellu og akstri með bagga í Álfsnes. Akstur frá Sorpu í Álfsnes kostar ekki undir 2 kr. pr. kg án vsk. Ef umbjóðandi minn gerði ráð fyrir að hans akstur frá Berghellu í Álfsnes kostaði einnig 2 kr. pr. kg væru eftir 2,24 kr. (4,24-2) til þess að taka á móti og bagga hvert kg. Samkvæmt gjaldskrá Sorpu Gufunesi kostar hins vegar böggun 5,27 án vsk. pr. kg og umbjóðandi minn getur vel tekið á móti og baggað á því verði. Til þess hins vegar að eiga möguleika í samkeppninni um úrgang frá sveitarfélögunum þarf umbjóðandi minn að taka á móti og bagga fyrir 2,24 kr. pr. kg.“

Telur fyrirtækið því að með þessu sé einkaaðilum gert ómögulegt að keppa á markaðnum fyrir móttöku og flutning á úrgangi. Ef hins vegar eigendaafslátturinn myndi jafnframt



gilda á urðunarstað Sorpu þá myndi það leiðrétt skekkjuna að nokkru, þar sem keppinautar gætu þá boðið samkeppnishæft verð fyrir móttöku. Afslátturinn myndi þá standa sveitarfélögunum til boða hvort heldur úrgangurinn færi í Álfsnes í gegnum einkaaðila eða í gegnum móttökustöð Sorpu. Telur Gámaþjónustan að umrædd afsláttarkjör feli í sér óheimila verðmismunun markaðsráðandi aðila.

Í erindi Gámaþjónustunnar er einnig fjallað um samning Sorpu við Sorpstöð Suðurlands sem gerður hafi verið þann 22. maí 2009. Segir að samningurinn kveði á um að eftir lokun Kirkjuferjuhjáleigu (sem áður hafi verið urðunarstaður Sorpstöðvar Suðurlands) muni Sorpa taka við óböggðuðum óendurvinnanlegum heimilis- og rekstrarúrgangi frá Sorpstöð Suðurlands í móttökustöðinni í Gufunesi. Segir að Sorpa og Sorpstöð Suðurlands hafi gert sérstakan samning um viðskiptakjör sem séu hagstæðari en öðrum aðilum bjóðist. Eftirfarandi segir um samningskjörin í erindinu, en þau gilda jafnframt ef Gámaþjónustan flytur úrgang fyrir Sorpstöð Suðurlands:

*„Í samningi [Gámaþjónustunnar] og Sorpstöðvar Suðurlands koma fram afsláttarkjör fyrir þann úrgang sem skilað er til Sorpu bs. frá Suðurlandi. Með samningi þessum við Sorpstöð Suðurlands fær [Gámaþjónustan] t.d. afsláttinn [...]¹ kr. pr. kg sem er [...]% (([...]/11,22)*100%) = [...]%) gagnvart floknum 101 Blandaður úrgangur...“*

Þá segir að dæmi séu um meiri afslátt af einstökum úrgangsflokkum. Segir að þessi kjör standi Gámaþjónustunni eingöngu til boða ef fyrirtækið komi með sorp af Suðurlandi til móttöku í Gufunesi í gegnum samstarf við Sorpstöð Suðurlands. Þessi kjör standi ekki til boða ef Gámaþjónustan komi með úrgang sem fyrirtækið hafi safnað eða móttækið á höfuðborgarsvæðinu. Af þessu sé ljóst að Sorpa mismuni aðilum í sambærilegum viðskiptum.

Í erindinu er því haldið fram að umræddir afslættir Sorpu fari gegn 10. og 11. gr. samkeppnislaga. Í því samhengi er m.a. vísað til þess að Sorpa sé markaðsráðandi á markaði fyrir urðunarstaði á höfuðborgarsvæðinu. Þeir urðunarstaðir sem landfræðilega komi til greina séu á Mýrum, Akureyri og Fjarðarbyggð, en þeir hafi ekki getu til að taka við magninu né sé fjárhagslega skynsamlegt að flytja sorpið yfir svo langan veg. Vill kvartandi því líta á urðunarstaðinn að Álfsnesi sem svokallaða ómissandi aðstöðu. Telur Gámaþjónustan að þar sem tilteknir aðilar njóti allt að 157% hærri afsláttar heldur en Gámaþjónustan, sem sé þó einn af stærstu viðskiptavinum Sorpu, sé fyrirtækið að misnota markaðsráðandi stöðu sína. Einnig er byggt á því að afslættirnir hafi skaðleg áhrif á samkeppni í skilningi b. liðar 1. mgr. 16. gr. samkeppnislaga.

Gámaþjónustan getur þess í lok erindisins að rök Sorpu fyrir afslættinum séu m.a. þau að sveitarfélögin á höfuðborgarsvæðinu geri kröfu um að fá arð af eign sinni, þ.e. Sorpu. Í upphaflegum stofnsamningi Sorpu sé ekki að finna nein ákvæði um arðgreiðslur til eigenda en slík arðgreiðsla hafi verið tekin upp með endurskoðuðum stofnsamningi sem tekið hafi gildi þann 1. janúar 2007. Er m.a. vísað til þess að í stofnsamningnum komi

¹ Upplýsingar innan hornklofa [...] eru trúnaðarupplýsingar og verða því ekki birtar í ákvörðun þessari. Tölulegar upplýsingar kunna þó að vera birtar á tilteknu bili, t.d. [5-10]%.
6



fram í 3. gr. að af greiddu stofnfé til rekstrar skuli eigendur eiga rétt á arðgreiðslum annað hvort í formi afsláttar af viðskiptum og/eða sem tiltekið hlutfall af greiddu stofnfé. Að mati Gámaþjónustunnar er lögð áhersla á að Sorpa sé opinber aðili sem falli undir gildissvið stjórnsýslulaga. Skuli því farið að þeim lögum við töku stjórnvaldsákvarðana er varði réttindi og skyldur viðskiptavina Sorpu, m.a. um jafnræði.

2. Athugasemdir Sorpu við erindi Gámaþjónustunnar

Samkeppniseftirlitið sendi erindi Gámaþjónustunnar til Sorpu með bréfi, dags. 7. janúar 2010, þar sem óskað var umsagnar við erindið. Þá var óskað eftir nákvæmum upplýsingum um öll afsláttarkerfi Sorpu, hvaða reglur giltu um afslætti og viðskiptakjör, og á hvaða viðmiðum væri byggt við ákvörðun viðskiptakjara. Óskað var eftir því að upplýsingarnar væru sundurliðaðar eftir því hvort um væri að ræða viðskiptakjör við endurvinnslustöðvar, móttökustöðvar eða urðunarstað.

Þann 24. febrúar 2010 barst Samkeppniseftirlitinu umsögn frá Pacta lögmannsstofu f.h. Sorpu. Í umsögninni er kröfum Gámaþjónustunnar hafnað. Heldur Sorpa því fram að að sú starfsemi sem mál þetta taki til falli ekki undir gildissvið samkeppnislaga, sbr. nánari umfjöllun hér á eftir. starfsemi

Ennfremur hafnar Sorpa því að urðunarstaður fyrirtækisins í Álfsnesi sé „ómissandi aðstaða“ í skilningi samkeppnisréttar. Til þess að slíkt eigi við sé ekki nægjanlegt að aðstaðan sé ómissandi heldur verði það að vera ómögulegt eða óarðbært fyrir keppinautinn að koma sér upp slíkri aðstöðu. Sé raunhæft (arðbært) fyrir keppinautinn að koma sér upp aðstöðunni, einn eða í félagi við aðra, sé ekki um ómissandi aðstöðu að ræða í þessum skilningi. Segir að Gámaþjónustan hafi ekki sýnt fram á að það sé óraunhæft að fyrirtækið komi sér upp eigin urðunarstað auk þess sem urðunarstaður Sorpu í Álfsnesi sé ekki eini urðunarstaðurinn sem kvartandi hafi aðgang að. Bendir Sorpa í því samhengi á Sorpeyðingarstöð Suðurnesja, Sorpurðun Vesturlands hf. að Fíflholtum á Mýrum, Hulu bs. á Skógarsandi og urðun á Strönd á Rangárvöllum. Því sé urðun í Álfsnesi á engan hátt ómissandi í skilningi samkeppnislaga.

Í umsögn Sorpu er nánari umfjöllun um kvörtun Gámaþjónustunnar. Þar segir að móttökustöð Sorpu í Gufunesi hafi verið starfrækt frá árinu 1991. Móttöku- og flokkunarstöð Gámaþjónustunnar hafi í engu breytt skyldu þeirra sveitarfélaga sem standa að Sorpu til að sinna lagaskyldu um móttöku og meðhöndlun úrgangs.

Þá segir að Sorpu beri að haga gjaldskrár með þeim hætti að verktökum sé ekki mismunað og þess hafi verið gætt. Segir að grundvallarmisskilnings gæti í kvörtun Gámaþjónustunnar um afsláttarkerfi Sorpu. Annars vegar byggist afslátturinn á móttökugjöldum miðað við magn (samtals mánaðarleg viðskipti í krónum talið) og gildi afsláttur bæði í móttökustöðinni í Gufunesi og urðunarstaðnum á Álfsnesi. Magnafslættir sem þessir séu óumdeildir og viðurkenndir sem viðskiptasjónarmið. Afslættir Sorpu til eigenda sinna skipti hins vegar engu máli fyrir verktaka.



3. Málið tekið til meðferðar og frekari gagnaöflun

Þann 1. júlí 2010 ákvað Samkeppniseftirlitið að taka málið til rannsóknar. Sorpu var því með bréfi, dags. sama dag, gefinn frestur til að koma að ítarlegri sjónarmiðum vegna málsins. Í svari Sorpu, sem barst 14. júlí 2010, kom fram að fyrirtækið teldi ekki ástæðu til að koma að ítarlegri sjónarmiðum á því stigi málsins. Þann 5. júlí 2010 barst svo beiðni frá Gámaþjónustunni um umsögn Sorpu frá 24. febrúar 2010. Eftirlitið sendi andsvör Sorpu til Gámaþjónustunnar með bréfi, dags. 14. júlí 2010.

Eftir að Samkeppniseftirlitið hafði kannað hvort það teldi eitthvað óupplýst var málsaðilum tilkynnt bréfleiðis þann 21. júlí 2010 að málið yrði tekið til formlegrar efnismeðferðar, ásamt því að aðilum var tilkynnt að ekki væru forsendur til töku bráðabirgðaákvörðunar sem óskað hafði verið eftir í málinu.

Þann 2. nóvember 2010, með vísan til 19. gr. samkeppnislaga, óskaði Samkeppniseftirlitið eftir upplýsingum frá Sorpu og Gámaþjónustunni til að geta metið markaðshlutdeild þeirra á markaðnum. Óskað var eftir upplýsingum um tekjur og móttækið magn hjá móttökustöð Gámaþjónustunnar í Hafnarfirði, eftir helstu flokkum, hversu hátt hlutfall væri sent til urðunar í Álfsnesi ásamt upplýsingum um viðskipti stærstu viðskiptavina. Sorpa var beðin um allar ofangreindar upplýsingar fyrir móttökustöð samlagsins í Gufunesi en einnig var óskað eftir upplýsingum um urðunarstað þess að Álfsnesi. Gámaþjónustan sendi eftirlitinu umbeðnar upplýsingar þann 12. nóvember 2010 en Sorpa þann 19. nóvember 2010.

4. Andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins og athugasemdir aðila málsins í kjölfar þess

Þann 15. júlí 2011 var Sorpu afhent andmælaskjal ásamt lista yfir gögn málsins og veittur frestur til 15. ágúst 2011 til að koma að athugasemdum við andmælaskjalið. Með tölvubréfi, dags. 16. september 2011, óskaði lögmaður Sorpu eftir lengri fresti til að skila athugasemdum. Með svari Samkeppniseftirlitsins sama dag var fresturinn framlengdur til 23. september 2011. Athugasemdir Sorpu við andmælaskjalið bárust síðan með bréfi, dags. 23. september 2011.

Athugasemdir Sorpu við andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins voru sendar Gámaþjónustunni til umsagnar með bréfi eftirlitsins, dags. 1. nóvember 2011. Sérstaklega var óskað eftir sjónarmiðum Gámaþjónustunnar um þá málsástæðu Sorpu að starfssemi fyrirtækisins félli utan gildissviðs samkeppnislaga nr. 44/2005. Þess var óskað að umsögn Gámaþjónustunnar bærist eigi síðar en 18. nóvember 2011. Með tölvupósti, dags. 29. nóvember 2011, var fresturinn framlengdur til 5. desember 2011. Svör Gámaþjónustunnar bárust Samkeppniseftirlitinu með bréfi, dags. 5. desember 2011. Í svari Gámaþjónustunnar var lögð fram ný málsástæða um að í samningi Sorpstöðvar Suðurlands við Sorpu frá 22. maí 2009 felist ekki aðeins verðmismunun heldur einnig ólögmat samtvinnum viðskipta. Samkvæmt samningnum sé Sorpstöð Suðurlands gert skylt að skila öllu endurvinnanlegu efni til Sorpu. Þetta hafi áhrif á starfssemi Gámaþjónustunnar á Suðurlandi vegna þess að fyrirtækið verði að semja við Sorpstöð Suðurlands um urðun þess sorps sem falli til vegna starfssemi Gámaþjónustunnar á Suðurlandi. Gámaþjónustan geti því ekki boðið viðskiptavinum sínum upp á



endurvinnslutunnur vegna þess að öllu sorpi, bæði endurvinnanlegu og óendurvinnanlegu, verði að skila til Sorpu.

Með tölvubréfi, dags. 7. desember 2011, sendi Samkeppniseftirlitið Sorpu umsögn Gámaþjónustunnar til athugasemda. Sérstaklega var óskað eftir umfjöllun um nýja málsástæðu Gámaþjónustunnar um meinta samtvinnun í samningi Sorpu og Sorpstöðvar Suðurlands. Með tölvubréfi, dags. 28. desember 2011, óskaði lögmaður Sorpu eftir lengri fresti til að skila athugasemdum Sorpu. Með tölvubréfi sama dag veitti Samkeppniseftirlitið frest til 11. janúar 2012. Með tölvubréfi, dags. 9. janúar 2012, óskaði Sorpa eftir frekari fresti til að skila athugasemdum, var frestur veittur til 17. janúar 2012. Athugasemdir Sorpu bárust stofnuninni með bréfi, dags. 17. janúar 2012.

Samkeppniseftirlitið sendi Gámaþjónustunni athugasemdir Sorpu frá 17. janúar 2012 til umsagnar með bréfi, dags. 24. janúar 2012. Athugasemdir Gámaþjónustunnar bárust með bréfi, dags. 3. febrúar 2012. Í umsögn Gámaþjónustunnar kom fram að félagið óskaði ekki eftir því að Samkeppniseftirlitið tæki afstöðu til meintrar samtvinnunar vegna þess að sá þáttur málsins sé til meðferðar í öðru máli stofnunarinnar vegna erindis Íslenska gámafélagsins ehf. Samkeppniseftirlitið sendi Sorpu athugasemdir Gámaþjónustunnar til upplýsingar með bréfi, dags. 15. febrúar 2012, og veitti Sorpu tækifæri til umsagnar. Frekari athugasemdir bárust ekki frá Sorpu.

Verður gerð nánari grein fyrir sjónarmiðum og athugasemdum Sorpu og Gámaþjónustunnar vegna andmælaskjalsins í umfjöllun um form og efni þessa máls hér að neðan eftir því sem tilefni er til.

5. Beiðni um umsögn Sorpstöðvar Suðurlands bs.

Með bréfi, dags. 21. febrúar 2012, óskaði Samkeppniseftirlitið eftir sjónarmiðum Sorpstöðvar Suðurlands bs. um þann þátt málsins sem varðar meinta samtvinnun í samningi sorpstöðvarinnar og Sorpu frá 22. maí 2009. Svar barst frá sorpstöðinni með bréfi, dags. 15. mars 2012. Vísaði Sorpstöð Suðurlands alfarið til athugasemda sinna í öðru máli frá 11. og 30. nóvember 2009, í tilefni af kvörtun Íslenska gámafélagsins ehf. til Samkeppniseftirlitsins, dags. 21. október 2009.



II. Gildissvið samkeppnislaga

Í máli þessu er ágreiningur um gildissvið samkeppnislaga. Sorpa heldur því fram að byggðasamlagið heyri ekki undir samkeppnislög og því geti Samkeppniseftirlitið ekki gripið til aðgerða gagnvart því á grundvelli bannákvæða samkeppnislaga, þ.e. 10. og 11. gr. laganna eða 16. gr. laganna. Í þessum hluta verður því fjallað nánar um lagaumhverfi og starfsemi Sorpu og sjónarmið fyrirtækisins um hvort rekstur þess heyri undir samkeppnislög metin. Rétt er þó í upphafi að greina nánar frá efni kvörtunar Gámaþjónustunnar og málsástæðum Sorpu.

1. Efni kvörtunar og málsástæður Sorpu

Í máli þessu kvartar Gámaþjónustan yfir afsláttarkerfi Sorpu. Nánar tiltekið er kvartað yfir því að eigendur Sorpu, sem eru sveitarfélögin á höfuðborgarsvæðinu, fái fastan afslátt frá gjaldskrá Sorpu sem aðrir njóti ekki án tillits til umfangs viðskipta eða kostnaðar. Telur Gámaþjónustan að fyrirkomulag þetta brjóti gegn 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 þar sem Sorpa sé markaðsráðandi á markaði fyrir urðun sorps á höfuðborgarsvæðinu. Gámaþjónustan bendir sérstaklega á að með þessu sé viðskiptaaðilum mismunað með ólíkum skilmálum í sams konar viðskiptum og samkeppnisstaða þeirra þannig veikt og því komi c. liður 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga sérstaklega til skoðunar. Telur Gámaþjónustan að þessi mismunun veiki samkeppnisstöðu sína í skilningi c. liðar 2. mgr. 11. gr. í samkeppni við Sorpu um móttöku á sorpi. Gámaþjónustan telur einnig að um sé að ræða brot á 10. gr. samkeppnislaga. Þá er farið fram á að málið verði skoðað með hliðsjón af 1. gr. og 2. mgr. 16. gr. samkeppnislaga. Telur Gámaþjónustan að með því að bjóða tilteknum viðskiptavinum lægra verð á böggun en öðrum sé Sorpa að misbeita markaðsráðandi stöðu sinni á markaði um rekstur urðunarstaða og jafnvel á markaði fyrir móttöku og böggun sorps til urðunar. Með slíku fyrirkomulagi sé viðskiptum beint til Sorpu á kostnað kvartanda. Í síðari umsögn Gámaþjónustunnar við athugasemdir Sorpu við andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins kom fram ný kvörtun Gámaþjónustunnar. Lýtur hún að því að í samningi Sorpu og Sorpstöðvar Suðurlands frá 22. maí 2009 felist ólögmet samtvinnun viðskipta í skilningi 11. gr. samkeppnislaga. Ekki verður í þessu máli tekin afstaða til þess hvort um ólögmeta samtvinnun hafi verið að ræða.

Sorpa vísar til þess að fyrirtækið sé ekki í „frjálsri samkeppni“ við Gámaþjónustuna og að enginn „samkeppnismarkaður“ sé fyrir hendi. Eigendur Sorpu séu sveitarfélög sem beri víðtækar skyldur til að halda úti þeirri grunnþjónustu sem sorphirða og meðhöndlun úrgangs sé. Eigendur Sorpu hafi kosið að sinna þjónustunni með því að stofna sérstakt byggðasamlag sem veiti þjónustuna í umboði sveitarfélaganna. Skyldur Sorpu samkvæmt stofnsamningi taki til móttöku, meðhöndlunar og urðunar á heimilis- og rekstrarúrgangi. Sveitarfélögum beri einnig skylda til að starfrækja móttöku- og söfnunarstöðvar fyrir allan úrgang sem falli til hjá sveitarfélögunum. Þá telur Sorpa að þegar byggðasamlag f.h. sveitarfélaga sinni lögboðnum skyldum geti ekki komið til íhlutunar af hálfu Samkeppniseftirlitsins. Í þessu samhengi vísar Sorpa til b. liðar 1. mgr. 16. gr. samkeppnislaga um forgang sérlaga gagnvart samkeppnislögum. Sorpa mótmælir því enn fremur að byggðasamlagið stundi atvinnurekstur í skilningi samkeppnislaga. Virðist sem Sorpa byggi í því sambandi helst á því að byggðasamlagið innheimti þjónustugjald fyrir starfsemi sína sem ekki sé endurgjald í skilningi 4. gr. samkeppnislaga.



Með hliðsjón af framangreindu telur Samkeppniseftirlitið nauðsynlegt að fjalla um sjónarmið Sorpu varðandi gildissvið samkeppnislaga áður en vikið verður að efni málsins.

2. Gildissvið samkeppnislaga og lögsaga samkeppnisyfirvalda

2.1 Sjónarmið aðila málsins

Sorpa heldur því fram að Samkeppniseftirlitið geti ekki gripið til aðgerða gegn byggðasamlaginu skv. 16. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005. Því geti Samkeppniseftirlitið ekki beitt Sorpu viðurlögum vegna meintra brota Sorpu á 10. eða 11. gr. samkeppnislaga. Sorpa heldur því fram að sú starfsemi og þjónusta sem byggðasamlagið veiti byggji á mjög ítarlegu lagaumhverfi sem að sumu leyti skarist á við umhverfi samkeppnismarkaðar sem samkeppnislögum sé ætlað að vernda. Verði ekki komist hjá því að túlka þau lög sem Sorpa starfi eftir sem sérlög gagnvart samkeppnislögum sem hafi það í för með sér að samkeppnislög eigi að víkja. Samkvæmt lögum beri sveitarfélög víðtæka lögbundna skyldu til að sinna meðhöndlun úrgangs. Innan þeirrar skyldu falli hirðing, flokkun og urðun heimilissorps en sveitarfélögum beri skýr skylda til að sjá til þess að starfræktar séu móttöku- og söfnunarstöðvar fyrir allan úrgang sem falli til í sveitarfélögum. Jafnframt sé rík áhersla lögð á endurvinnslu, sbr. skýr markmið landsáætlana um meðhöndlun úrgangs.

Um gjald fyrir meðhöndlun úrgangs sé fjallað í 11. gr. laga um meðhöndlun úrgangs nr. 55/2003 en þar komi fram að rekstraraðili förgunarstaðar, t.d. Álfsnes, skuli innheimta gjald fyrir förgun úrgangs, sbr. 1. mgr. greinarinnar. Þá sé í 2. mgr. 11. gr. laganna kveðið á um heimild sveitarfélaga til að innheimta gjald fyrir alla aðra meðhöndlun úrgangs. Í 3. mgr. 11. gr. komi hins vegar fram að það gjald sem sveitarfélag eða byggðasamlag megi innheimta megi aldrei vera hærra en sem nemi kostnaði sem falli til í sveitarfélaginu við meðhöndlun úrgangs, eða aðra tengda starfssemi sem sé í samræmi við markmið laganna. Hér sé um að ræða svokallað þjónustugjald sveitarfélags og því sé Sorpa ekki rekin á forsendum markaðarins með hagnaðarsjónarmið að leiðarljósi. Því geti gjaldtaka Sorpu ekki talist fela í sér endurgjald í skilningi 1. tl. 1. mgr. 4. gr. samkeppnislaga. Ákvörðun Sorpu um að veita eigendum sínum aukinn afslátt hafi verið gerð með hagræðingarsjónarmið sveitarfélaganna og neytendavernd í huga (þ.e. til að koma í veg fyrir hækkun útsvars) og hún hafi verið í fullkomnu samræmi við heimild sveitarfélaga til að ákveða gjaldskrá eigin fyrirtækja og stofnana skv. 5. mgr. 7. gr. sveitastjórnarlaga nr. 45/1998 sem séu sérlög gagnvart samkeppnislögum.

Þá telur Sorpa að 11. gr. samkeppnislaga um bann við misnotkun á markaðsráðandi stöðu geti ekki átt við í málinu vegna þess að Sorpa hafi einungis verið að sinna lögboðnum skyldum sínum og ekki gengið lengra en meðalhófsregla segi til um. Allir viðskiptavinir Sorpu sem séu í frjálsri samkeppni njóti sömu kjara hjá byggðasamlaginu. Þessari niðurstöðu til stuðnings vísar Sorpa m.a. til ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 19/1998 *um niðurgreiðslu Reykjavíkurborgar á leikskólavist* og úrskurð áfrýjunarnefndar í sama máli nr. 11/1998, ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins nr. 69/2007 *Kvörtun vegna ákvörðunar Reykjavíkurborgar um að hefja söfnun á pappírsúrgangi í samkeppni við*



einkaaðila með því að bjóða borgarbúum svokallaðar Bláar tunnur og dóms Hæstaréttar í máli nr. 411/2007 Samkeppniseftirlitið og íslenska ríkið gegn Sálfræðingafélagi Íslands.

Sorpa heldur því einnig fram að byggðasamlagið sé ekki fyrirtæki sem stundi atvinnurekstur í skilningi 1. tl. 1. mgr. 4. gr samkeppnislaga. Því til stuðnings vitnar Sorpa til dómafordæma dómstóls ESB um að þegar opinberir aðilar sinni lögbundinni stjórnslu eða beiti opinberum valdheimildum teljist þeir ekki fyrirtæki í skilningi EES/ESB-samkeppnisréttar. Sé gerður skýr munur á því hvort um sé að ræða verkefni sem falli undir lögbundna stjórnslu eða lögbundin verkefni eða hvort um sé að ræða starfssemi á efnahagslegum grundvelli þar sem verið sé að bjóða vöru eða þjónustu til sölu á markaði. Þá gildi samkeppnisreglur ekki um starfssemi sem ekki sé af efnahagslegum toga og sé tengd framkvæmd á valdi opinbers aðila. Í þessu samhengi vísar Sorpa m.a. til dóma dómstóls ESB í máli nr. C-343/95 sem varðaði höfnina í Genóa og í máli nr. C-364/92 sem varðaði flugumferðarstjórn. Þegar Sorpa og sveitarfélögin taki ákvarðanir um fyrirkomulag meðhöndlunar úrgangs, s.s. um gjaldtöku, séu sveitarfélögin sem opinber aðili að beita því valdi sem þeim sé fengið með lögum, enda gjaldtökuskylda og heimild sveitarfélaga til að reikna sér afrakstur af starfsseminni bundin í lögum. Þá hafi í dómaframkvæmd dómstóls ESB einnig verið litið til þess hvort verkefni sé þess eðlis að það þurfi nauðsynlega að vera unnið af opinberum aðila, sbr. dóm dómstóls ESB í Job center málinu frá árinu 1997. Að mati Sorpu séu verkefni byggðasamlagsins þess eðlis að þau séu og muni alltaf að miklu leyti vera unnin af opinberum aðilum. Réttarheimildir á þessu sviði leggi margar og víðtækar skyldur á sveitarfélögin til að ná markmiðum um umhverfisvernd en sömu skyldur hvíli ekki á einkafyrirtækjum sem sinni sömu eða svipaðri þjónustu.

Sorpa telur að vísun Samkeppniseftirlitsins í andmælaskjali þess frá 15. júlí 2011, til dóms dómstóls ESB í svonefndu *Albany* máli frá árinu 1999 eigi ekki við rök að styðjast vegna þess að ekki sé hægt að bera Sorpu saman við lífeyrissjóð sem fjallað hafi verið um í því máli. Auk þess sé ekki hægt að álykta af dómnum að það skipti máli að um verkefnin ríki samkeppni í raun.

Þá hafi dómstóll ESB einnig komist að þeirri niðurstöðu í öðru máli frá árinu 2000 að meðhöndlun úrgangs geti talist vera þjónusta sem hafi almenna efnahagslega þýðingu, sér í lagi þegar þjónustan sé framkvæmd í þeim tilgangi að sporna við vandamálum af umhverfisverndarlegum toga. Þannig sé í lagi að setja upp kerfi sem feli í sér einokun við vissar aðstæður.

Loks vísar Sorpa til dóms dómstóls ESB í máli sveitarfélagsins *Amelo* frá árinu 1994 þar sem komist hafi verið að þeirri niðurstöðu að orkufyrirtæki væri ekki bundið af reglum samkeppnisréttar vegna þess að það hafi orðið að tryggja vissum landshluta aðgang að rafmagni á grundvelli almenns samnings sem gerður hefði verið á grundvelli lagaskyldu.

Að mati Gámapjónustunnar geta þau lagaákvæði sem starfssemi Sorpu byggist á ekki réttlætt að félagið misnoti markaðsráðandi stöðu sína gagnvart keppinautum. Málsástæður Sorpu um að starfssemi félagsins falli utan gildissviðs samkeppnislaga feli í sér dæmigerða vörn opinbers fyrirtækis sem starfi í samræmi við lagaramma. Samkeppnisyfirvöld og dómstólar hafi gert ríkar kröfur til sérlaga, eigi þau að undanskilja



tiltekna háttsemi lögsögu samkeppnislaga. Sérstaklega sé tekið fram í 1. mgr. 2. gr. samkeppnislaga að lögin nái yfir alla atvinnustarfsemi óháð því hvort hún sé rekin af einstaklingum, félögum, opinberum aðilum eða öðrum. Rauði þráðurinn í öllum ákvörðunum dómstóla og samkeppnisyfirvalda, þar sem fjallað sé um gildissvið samkeppnislaga, sé að sérlög verði að veita sérstaka heimild til frávíka frá samkeppnislögum. Þessu til stuðnings vísar Gámaþjónustan m.a. til úrskurða áfrýjunarnefndar samkeppnismála í málum nr. 24/1994 *Hótel Djúpavík gegn samkeppnisráði*, nr. 4/1997 *Tryggingastofnun ríkisins gegn samkeppnisráði* og nr. 1/2003 *Flugstöð Leifs Eiríkssonar hf. gegn samkeppnisráði* en niðurstaða í því máli varðandi gildissvið hafi verið staðfest með dómi Hæstaréttar í máli nr. 465/2003 *Íslenskur markaður hf. gegn Flugstöð Leifs Eiríkssonar hf. og samkeppnisráði*.

Þó að lagaákvæði kveði á um skyldu sveitarfélaga til að ákveða fyrirkomulag á meðhöndlun úrgangs feli sú staðreynd ekki í sér að Sorpu sé heimilt að rækja þau verkefni sem henni séu fengin með þeim hætti að það hafi skaðleg áhrif á samkeppni. Ljóst sé að ekkert af þeim laga- og reglugerðarákvæðum sem Sorpa starfi eftir heimili byggðasamlaginu, sem sé í markaðsráðandi stöðu, að mismuna viðskiptavinum sínum með mismunandi kjörum. Sorpa sé í þeirri viðkvæmu stöðu að vera bæði helsti viðskiptavinur og keppinautur Gámaþjónustunnar.

Gámaþjónustan telur að tilvísun Sorpu til dóms Hæstaréttar nr. 411/2007 í máli Sálfræðingafélagsins eigi ekki við í málinu enda hafi verið ljóst í því máli að ráðherra hafði verið veitt sérstök heimild með lögum um heilbrigðisþjónustu til að forgangsráða verkefnum og grípa til nauðsynlegra ráðstafana til að framfylgja þeirri stefnu.

Heimildir Sorpu til gjaldtöku í 11. gr. laga um meðhöndlun úrgangs nr. 55/2003 heimili ekki á neinn hátt að Sorpa mismuni viðskiptaaðilum þó svo að aðeins sé um heimild til gjaldtöku að ræða í 2. mgr. 11. gr. laganna. Mætti Sorpa t.d. ekki gefa einum aðila þjónustuna en innheimta gjald af öðrum. Reglurnar feli þannig ekki í sér neitt frávik frá reglum samkeppnislaga. Gámaþjónustan bendir sérstaklega á 2. ml. 2. mgr. 11. gr. laga um meðhöndlun úrgangs þar sem talin séu upp þau viðmið sem sveitarfélög megi beita þegar þau ákveði gjaldtöku vegna meðhöndlunar sorps. Þá réttlæti sjónarmið Sorpu, um að fyrirtækið sé með afslættinum að greiða arð til eigenda sinna, ekki þessa verðmismunun. Þessi tilhögun á arðgreiðslu feli í sér mismunun í skilningi samkeppnislaga auk þess sem hún fari framhjá eðlilegum leiðum við útgreiðslu arðs, m.a. vegna skattlagningar. Þá eigi réttlæting Sorpu um að afslátturinn hafi verið veittur vegna neytendasjónarmiða ekki við rök að styðjast enda hafi sértæk verðlækkun markaðsráðandi fyrirtækis seint verið talin neytendum til hagsbóta. Markmið umræddra afsláttá skipti ekki máli enda hafi þeir eða muni hafa skaðleg áhrif á samkeppni.

Af lögum um meðferð úrgangs sé alveg ljóst að hver sá sem uppfyllir skilyrði laganna og hafi gilt starfsleyfi geti rekið móttökustöð fyrir sorp. Þannig sé í lögum sjálfum gert ráð fyrir samkeppni á þessu sviði. Í þessu samhengi vísar Gámaþjónustan til dóms Hæstaréttar í máli nr. 101/1998 *Íslenska ríkið gegn Árna Ingólfssyni og gagnsök* en í því máli var litið svo á að lækniþjónustu sérfræðinga, hvort sem hún væri veitt innan eða utan sjúkrahúsa, fæli í sér atvinnustarfssemi í víðtækri merkingu.



Umfjöllun Sorpu um sjónarmið Evrópuréttarins um hvort tiltekin verkefni þurfi að vera unnin af opinberum aðilum eða ekki, sé að mati Gámaþjónustunnar á villigötum. Í því máli sem hér sé til umfjöllunar liggja fyrir að einkaaðilar sinni í reynd mörgum verkefnum á þeim sviðum sem Sorpa starfi á, m.a. á markaðnum fyrir móttöku- og flokkunarstöðvar. Því sé ljóst að ekki sé nauðsynlegt að umræddri starfssemi sé sinnt af opinberum aðilum.

2.2 Mat Samkeppniseftirlitsins

2.2.1 Lagaumhverfi og starfsemi Sorpu

Í lögum um meðhöndlun úrgangs nr. 55/2003 er fjallað um skyldur sveitarfélaga í tengslum við sorphreinsun og sorpeyðingu. Samkvæmt 5. mgr. 4. gr. laganna skal sveitarstjórn ákveða fyrirkomulag söfnunar á heimilis- og rekstrarúrgangi í sveitarfélaginu. Sveitarstjórn ber ábyrgð á flutningi heimilisúrgangs og skal sjá um að starfræktar séu móttöku- og söfnunarstöðvar fyrir úrgang sem fellur til í sveitarfélaginu. Í 1. mgr. 10. gr. segir að allur úrgangur skuli færður til meðhöndlunar í söfnunar- eða móttökustöð eftir því sem nánar er kveðið á um samkvæmt reglugerð eða samþykktum sveitarfélags. Allur úrgangur skuli fá viðeigandi meðferð áður en til förgunar komi.

Í 3. mgr. 4. gr. kemur fram að Umhverfisstofnun skuli gefa út almenna áætlun um meðhöndlun úrgangs sem gildi fyrir landið allt að fenginni umsögn Sambands íslenskra sveitarfélaga. Markmið áætlunarinnar samkvæmt lögunum er að draga markvisst úr myndun úrgangs og auka endurnotkun og endurnýtingu. Í 4. mgr. 4. gr. segir að sveitarstjórn skuli semja og staðfesta áætlun sem gildi fyrir viðkomandi svæði og skuli sú áætlun byggja á markmiðum landsáætlunar, sbr. 3. mgr. greinarinnar. Í áætluninni skuli gera grein fyrir því hvernig sveitarfélagið hyggist ná markmiðum landsáætlunar, þ.m.t. leiðum til að draga úr myndun úrgangs, til að endurnota og endurnýta úrgang, förgunarleiðum o.s.frv. Heimilt er að gera sameiginlegar áætlanir fyrir svæði einstakra sorpsamlaga og geta sveitarstjórnir falið hlutaðeigandi byggðasamlagi eða heilbrigðisnefnd að semja áætlunina. Samkvæmt lögunum eru umræddar áætlanir endurskoðaðar á þriggja ára fresti. Í 2. mgr. 11. gr. er m.a. mælt fyrir um að sveitarfélögum sé heimilt að innheimta gjald fyrir alla meðhöndlun úrgangs og tengda starfsemi sem samræmist markmiðum laganna, s.s. þróun nýrrar tækni við meðhöndlun úrgangs, rannsóknir, fræðslu og kynningarmál. Heimilt er að miða gjaldið við magn úrgangs, gerð úrgangs, losunartíðni, frágang úrgangs og aðra þætti sem áhrif hafa á kostnað við meðhöndlun úrgangs viðkomandi aðila. Þá er í lögunum fjallað nánar um veitingu starfsleyfa fyrir móttökustöðvar og meðhöndlun úrgangs. Í reglugerð nr. 737/2003 um meðhöndlun úrgangs, sem m.a. á sér stoð í lögum nr. 55/2003, er fjallað nánar um m.a. skyldur sveitarfélaga og sveitarstjórna til að ákveða fyrirkomulag söfnunar á heimilisúrgangi o.fl.

Sorpa er byggðasamlag sjö sveitarfélaga á höfuðborgarsvæðinu. Þessi sveitarfélög eru Reykjavík (66,25%), Hafnarfjörður (10,79%), Garðabær (4,75%), Bessastaðahreppur (0,75%), Kópavogur (11,57%), Seltjarnarnes (2,81%) og Mosfellsbær (3,08%).²

² Samkvæmt 94. gr. sveitarstjórnarlaga nr. 138/2011 geta sveitarfélög myndað byggðasamlag sem tekur að sér framkvæmd varanlegs samvinnuverkefnis sveitarfélaganna.



Tilgangur Sorpu samkvæmt stofnsamningi er að annast meðhöndlun úrgangs fyrir sveitarfélögin í samræmi við lög nr. 55/2003 um meðhöndlun úrgangs.³ Með öðrum orðum er hlutverk Sorpu að annast þau verkefni fyrir sveitarfélög á höfuðborgarsvæðinu sem þeim er skylt að sinna samkvæmt lögum um meðhöndlun úrgangs. Í samræmi við þetta hlutverk eru verkefni Sorpu skilgreind eftirfarandi í stofnsamningi byggðasamlagsins:

- „a) Að útvega og starfrækja urðunarstað fyrir sorp.*
- b) Byggja og reka móttökustöðvar.*
- c) Flutninga á sorpi frá móttökustöðvum.*
- d) Framleiðslu og sölu á eldsneyti og orku úr sorpi eftir því sem hagkvæmt þykir.*
- e) Vinnslu og sölu á efnum úr sorpi til endurnýtingar eftir því sem hagkvæmt þykir.*
- f) Samstarf og viðskipti við fyrirtæki er starfa á sviði endurvinnslu úrgangsefna eftir því sem hagkvæmt þykir.*
- g) Að fylgjast með tækniþróun á sviði sorpeyðingar og endurvinnslu.*
- h) Að sjá um eyðingu hættulegra úrgangsefna.*
- i) Að þróa nýjar aðferðir til þess að vinna verðmæti úr úrgangsefnum.*
- j) Að sinna kynningu á verkefnum Sorpu og gildi umhverfissjónarmiða við meðhöndlun sorps.*
- k) Gera svæðisáætlanir sbr. lagakröfur hverju sinni.*
- l) Önnur verkefni sem aðildarfélögin fela byggðasamlaginu sérstaklega.“*

Til að sinna framangreindu starfrækir Sorpa m.a. sjö endurvinnslustöðvar á höfuðborgarsvæðinu samkvæmt sérstökum þjónustusamningi við sveitarfélögin, móttöku- og flokkunarstöð í Gufunesi og urðunarstað í Álfsnesi. Á endurvinnslustöðvar geta íbúar og smærri fyrirtæki komið með úrgang til endurvinnslu og/eða förgunar. Í móttöku- og flokkunarstöð í Gufunesi er tekið á móti úrgangi frá öllu höfuðborgarsvæðinu, s.s. úrgangi frá heimilum (heimilissorpi) og iðnaðarúrgangi frá stærri fyrirtækjum. Allur þessi úrgangur er baggaður eða meðhöndlaður með öðrum hætti áður en hann er sendur áfram til förgunar eða nýtingar eftir því sem við á. Baggar, þ.e. sá hluti úrgangs sem ekki er endurnýjanlegur, er sendur frá móttökustöðinni til urðunarstaðar Sorpu í Álfsnesi (um 20 km frá Gufunesi). Sorpa hefur einnig með höndum ýmsa aðra starfsemi og verkefni sem aðallega tengjast endurvinnslu úrgangs. Sem dæmi má nefna framleiðslu jarðvegsbætiæfnis (Moltu) og rekstur Góða hirðisins þar sem nytjahlutir (aðallega húsgögn og húsbúnaður) sem skilað er á endurvinnslustöðvar Sorpu eru seldir og ágóða ráðstafað til góðgerðarmála.⁴

Fjallað er um tekjuöflun Sorpu í 9. gr. stofnsamnings byggðasamlagsins. Þar kemur fram að Sorpa innheimti gjald fyrir innvegið sorp sem tekið er við frá sorphirðu í viðkomandi sveitarfélagi og frá einkaaðilum. Gjaldið er ákveðið í gjaldskrá sem stjórn Sorpu setur. Þá er mælt fyrir um það í stofnsamningi að Sorpa hafi tekjur af sorpi sem fari til endurvinnslu sem og orku sem unnin sé úr sorpi eftir því sem hagkvæmt þygi. Einnig

³ Prósentuhlutföllin eru í samræmi við það stofnfé sem sveitarfélögin hafa lagt fram á undanförunum árum.

⁴ Umfjöllun í þessari málsgrein er byggð á upplýsingum sem fram koma á heimasíðu Sorpu, <http://www.sorpa.is>. Heimasíða skoðuð 27. apríl 2011.



kemur fram í samningnum að Sorpa hafi tekjur af gjaldi fyrir móttöku og eyðingu hættulegra úrgangsefna auk annarra tekna vegna útseldrar þjónustu. Loks segir að Sorpa hafi tekjur af arði af starfsemi hlutafélaga sem byggðasamlagið sé eigandi að.

2.2.2 Um það hvort Sorpa sé fyrirtæki og stundi atvinnurekstur í skilningi samkeppnislaga

Samkeppniseftirlitið tekur hér fram að í máli þessu kemur til álita að beita bannákvæðum samkeppnislaga, sbr. 10. og 11. gr. laganna. Einnig er í máli kvartanda vísað til 1. og 2. mgr. 16. gr. laganna. Til þess að 10. og 11. gr. samkeppnislaga eigi við verður að vera um að ræða fyrirtæki sem stundar atvinnustarfsemi í skilningi samkeppnislaga. Ber því að taka til skoðunar hvort Sorpa uppfylli það skilyrði í máli þessu.

Sorpa heldur því fram að hún falli ekki undir hugtakið fyrirtæki í skilningi 2. tl. 1. mgr. 4. gr. samkeppnislaga þar sem hún stundi ekki atvinnurekstur í skilningi 1. tl. 1. mgr. lagaákvæðisins. Því til stuðnings er m.a. vísað til greinargerðar með frumvarpi til eldri samkeppnislaga nr. 8/1993 þar sem fram hafi komið að þjónusta sem opinberir aðilar veittu, s.s. fræðslustarfsemi, heilbrigðisþjónusta og rekstur sjúkrahúsa, félagsmálastarfsemi o.þ.h. teldist ekki til atvinnustarfsemi. Sorpa telur jafnframt að þessi túlkun á atvinnustarfsemi í frumvarpi sem varð að samkeppnislögum sé í samræmi við túlkun í EES/EB-samkeppnisrétti á sama hugtaki. Í máli Sorpu er einnig vísað til þess að í fyrri málum samkeppnisyfirvalda hafi ekki verið litið svo á að stéttarfélög inntu af höndum atvinnustarfsemi í skilningi samkeppnislaga. Því hljóti sömu sjónarmið að eiga við um þjónustu sem opinber aðili veiti og sé ekki rekin í hagnaðarskyni heldur hafi eingöngu samfélagslega hagsmuni að markmiði. Þá er í þessu samhengi ennfremur tekið fram að tryggt sé að sá úrgangur sem komi til Sorpu fái meðhöndlun sem sé í þágu umhverfishagsmuna. Hlutverk Sorpu sé að „framkvæma lögbundna skyldu sveitarfélagsins í þágu almannahagsmuna með það að markmiði að stuðla að umhverfisvernd.“ Telur Sorpa með vísan til þessara sjónarmiða, og annarra sjónarmiða sem reyfuð eru hér að ofan, að byggðasamlagið sé ekki fyrirtæki og stundi ekki atvinnustarfsemi í skilningi samkeppnislaga.

Í 2. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 er fjallað um gildissvið laganna en þar segir að lög inntaki til hvers konar atvinnustarfsemi, svo sem framleiðslu, verslunar og þjónustu, án tillits til þess hvort hún er rekin af einstaklingum, félögum, opinberum aðilum eða öðrum. Í 1. tl. 1. mgr. 4. gr. samkeppnislaga er atvinnurekstur skilgreindur með þeim hætti að um sé að ræða hvers konar atvinnustarfsemi, óháð formi eignarhalds og án tillits til þeirrar vöru, þjónustu eða réttinda sem verslað eða sýslað er með gegn endurgjaldi. Í 2. tl. 1. mgr. 4. gr. laganna er hugtakið fyrirtæki skilgreint sem einstaklingur, félag, opinberir aðilar og aðrir sem stunda atvinnurekstur. Þá ber einnig að líta til þess að hugtakið fyrirtæki, sem fram kemur m.a. í 11. og 37. gr. samkeppnislaga, sækir fyrirmynd sína til EES/ESB-samkeppnisréttar.⁵ Af dómum dómstóla ESB verður ráðið að undir hugtakið fyrirtæki falli hvers konar aðilar eða einingar sem stundi atvinnustarfsemi

⁵ Hér má t.d. benda á að í athugasemdum við 2. gr. frumvarps sem varð að lögum nr. 52/2007 er fjallað um tillögur að breytingum á 37. gr. samkeppnislaga: „Í ákvæðinu er mælt fyrir um skyldu Samkeppniseftirlitsins til að leggja stjórnvaldssektir á fyrirtæki eða samtök fyrirtækja, við nánar tiltekna aðstæður. Byggist tillagan eins og núgildandi ákvæði á fyrirmyndum úr EES/EB-samkeppnisrétti.“



og ekki skipti máli hvernig einingin er fjármögnuð.⁶ Fyrirtæki í samkeppnisrétti eru þannig efnahagsleg eining (e. *economic unit*) sem samanstendur af persónulegum, hlutbundnum og óhlutbundnum þáttum, sem leitast við að ná efnahagslegu markmiði og geta haft í för með sér brot á samkeppnislöggjöf.⁷ Er því um að ræða afstætt hugtak og nauðsynlegt að meta það með hliðsjón af atvikum hvers máls fyrir sig hvort um sé að ræða fyrirtæki í framangreindum skilningi.⁸ Ekki skiptir hér máli þó reksturinn hafi ekki hagnaðarsjónarmið að leiðarljósi.⁹

Samkvæmt framansögðu má ljóst vera að opinber aðili sem hefur með höndum einhverja tegund af atvinnurekstri telst almennt séð vera fyrirtæki í skilningi samkeppnislaga. Ef opinber aðili er fyrirtæki í þessum skilningi er enginn greinarmunur að lögum gerður á því og öðrum fyrirtækjum sem falla undir ákvæði samkeppnislaga. Hið opinbera fyrirtæki er þannig t.d. bundið af bannreglum 10. og 11. gr. samkeppnislaga og getur hugsanlega sætt sektum ef það í atvinnurekstri sínum brýtur gegn þeim ákvæðum. Má í þessu sambandi vísa til ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins nr. 10/2005 *Erindi Skýrr hf. vegna misnotkunar Umferðarstofu á markaðsráðandi stöðu*.

Eins og áður sagði heldur Sorpa því fram að sjónarmið úr EES/ESB-samkeppnisrétti leiði til þess að starfsemi byggðasamlagsins/fyrirtækisins teljist vera liður í lögbundinni skyldu sveitarfélaga og því falli starfsemin utan gildissviðs samkeppnislaga. Samkeppniseftirlitið bendir hér á að fram hefur komið í dómum dómstóls ESB að þegar opinberir aðilar sinni lögbundinni stjórnýslu eða beiti opinberum valdheimildum (e. *exercise of official authority*) þá teljist þeir ekki fyrirtæki í skilningi samkeppnisréttarins.¹⁰ Við mat á því hvort um slíka lögbundna stjórnýslu sé í raun að ræða verður samkvæmt dómstóli EB að horfa til eðlis þeirra verkefna sem viðkomandi opinber aðili sinnir og eru til skoðunar í viðkomandi máli. Slík verkefni falli aðeins utan bannreglu samkeppnislaga ef þau eru í þágu almannahagsmuna og hluti af grundvallarverkefnum ríkisins (e. *a task in the public*

⁶ Sjá dóm dómstóls ESB frá 10 september 2009 í máli nr. C-97/08P *Akzo Nobel v Commission*: „*It must be observed, as a preliminary point, that Community competition law refers to the activities of undertakings (Joined Cases C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P and C-219/00 P Aalborg Portland and Others v Commission [2004] ECR I-123, paragraph 59), and that the concept of an undertaking covers any entity engaged in an economic activity, regardless of its legal status and the way in which it is financed (see, in particular, Dansk Rørindustri and Others v Commission, paragraph 112; Case C-222/04 Cassa di Risparmio di Firenze and Others [2006] ECR I-289, paragraph 107; and Case C-205/03 P FENIN v Commission, [2006] ECR I-6295, paragraph 25).*”

⁷ Sjá t.d. dóm dómstóls ESB frá 29. september 2011 í máli nr. C-521/09 *Elf Aquitaine v Commission*. Sjá einnig dóm undirréttar ESB í máli nr. T-352/94 *Mo Och Domsjo v Commission* [1998] ECR II-1989: „... Article 85 (1) of the Treaty is aimed at economic units which consist of a unitary organisation of personal, tangible and intangible elements, which pursues a specific economic aim on a long-term basis and can contribute to the commission of an infringement of the kind referred to in that provision.”

⁸ Sjá álit Jacobs aðallögsgöllumanns dómstóls ESB frá 28. janúar 1999 í máli nr. C-67/96 *Albany International v. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*: „... the Court has held that 'in competition law, the term undertaking must be understood as designating an economic unit for the purpose of the subject-matter of the agreement in question. Accordingly, the notion of 'undertaking is relative and has to be established in concreto with regard to the specific activity under scrutiny.'”

⁹ Sjá t.d. dóm dómstóls ESB í máli nr. C-67/96 *Albany International BV v SBT* [1999] ECR I-5751.

¹⁰ Sjá t.d. dóm dómstóls ESB frá 1. júlí 2008 í máli nr. C-49/07 *Motosykletistiki Omospondia Ellados v Elliniko Dimosio*: „According to the case-law of the Court of Justice, activities which fall within the exercise of public powers are not of an economic nature justifying the application of the Treaty rules of competition. According to the case-law of the Court of Justice, activities which fall within the exercise of public powers are not of an economic nature justifying the application of the Treaty rules of competition ...” Sjá einnig dóm dómstóls EB í máli nr. C-343/95 *Diego Cali & Figli Srl v Servizi ecologici porto di Genova SpA* [1997] ECR I-1547.



interest which forms part of the essential functions of the State).¹¹ Við athugun á þessu getur skipt máli að viðkomandi verkefni séu þess eðlis að þau þurfi ekki nauðsynlega að vera unnin af opinberum aðila.¹² Einnig getur haft þýðingu við mat á því hvort aðili teljist vera fyrirtæki sem stundi atvinnustarfsemi, að samkeppni ríki í raun um þau verkefni sem til athugunar eru.¹³ Ef um samkeppni er að ræða felur það í sér veigamikil rök fyrir því að um atvinnurekstur sé að ræða. Hér verður og að hafa í huga að opinber aðili getur talist vera fyrirtæki í skilningi samkeppnisréttar þó einungis hluti af verkefnum hans feli í sér atvinnurekstur.¹⁴

Lög um meðhöndlun úrgangs gera m.a. ráð fyrir því að sveitarfélög tryggi að reknar séu móttöku- og flokkunarstöðvar innan umráðasvæðis þeirra, sbr. 5. mgr. 4. gr. laganna. Lögin gera þó einnig ráð fyrir því að einkaaðilar geti veitt þessa þjónustu og fengið starfsleyfi, sbr. 5. til 8. gr. laganna. Af þessu leiðir að umrædd lög koma á engan hátt í veg fyrir það að atvinnustarfsemi og þar með samkeppni geti ríkt á þessu sviði. Í því sambandi skiptir vitaskuld máli að sá agi sem leiðir af samkeppni, og stuðlar t.d. að hagkvæmum rekstri og bættri þjónustu, er til stuðnings því að lög um meðhöndlun úrgangs nái markmiðum sínum.

Sveitarfélögum ber því að uppfylla ákveðnar skyldur samkvæmt lögum nr. 55/2003 um meðhöndlun úrgangs og rækir Sorpa það hlutverk fyrir þau sjö sveitarfélög á höfuðborgarsvæðinu sem standa að byggðasamlaginu. Ljóst er þó að mörg önnur fyrirtæki sinna verkefnum á þeim sviðum sem Sorpa starfar. Hér á eftir í umfjöllun um efni málsins verður m.a. fjallað um markaðinn fyrir rekstur flokkunarmiðstöðva þar sem Sorpa og Gámaþjónustan eru keppinautar. Sorpa keppir einnig við Gámaþjónustuna og fleiri fyrirtæki á öðrum sviðum við meðhöndlun úrgangs, s.s. margskonar endurvinnslu, kynningu o.fl. Með öðrum orðum tekur Sorpa virkan þátt í samkeppni á mörgum sviðum meðhöndlunar úrgangs og tengdrar starfsemi. Með hliðsjón af þessu er ljóst að samkeppni ríkir um stóran hluta þeirrar þjónustu sem Sorpa veitir viðskiptavinum sínum. Styður þetta að mati Samkeppniseftirlitsins þá ályktun að Sorpa sé fyrirtæki sem stundi atvinnurekstur í skilningi samkeppnislaga.

¹¹ Sjá dóm dómstóls ESB í máli nr. C-343/95 *Diego Cali & Figli Srl v Servizi ecologici porto di Genova SpA* [1997] ECR I-1547.

¹² Sjá t.d. dóm dómstóls ESB í máli nr. C-55/96 *Job Centre Coop. arl* [1997] ECR I-7119.

¹³ Sjá t.d. dóm dómstóls ESB í máli nr. C-67/96 *Albany International BV v Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie* [1999] ECR I-5751: „... implied that that organisation carried on an economic activity in competition with life assurance companies. Neither the social objective pursued, nor the fact that it was non-profit-making, nor the requirements of solidarity, nor the other rules concerning, in particular, the restrictions to which the managing organisation was subject in making investments altered the fact that the managing organisation was carrying on an economic activity.”

¹⁴ Sjá dóm dómstóls ESB frá 1. júlí 2008 í máli nr. C-49/07 *Motosykletistiki Omospondia Ellados v Elliniko Dimosio*: „...the fact that, for the exercise of part of its activities, an entity is vested with public powers does not, in itself, prevent it from being classified as an undertaking for the purposes of Community competition law in respect of the remainder of its economic activities ...” Sjá einnig dóm undirréttar ESB í máli nr. T-128/98 *Aéroports de Paris v. Commission* [2000] ECR II-3929 sem var staðfestur með dómi dómstóls ESB í máli nr. C-82/01 *Aéroports de Paris v. Commission* [2002] ECR I-9297. Dómstóllinn benti m.a. á þetta: „It must first be noted that, under Community competition law, the concept of an undertaking covers any entity engaged in an economic activity, regardless of its legal status and the way in which it is financed ... and that any activity consisting in offering goods and services on a given market is an economic activity ... Furthermore, the Treaty provisions on competition are applicable to the activities of an entity which can be severed from those in which it engages as a public authority ... It follows that the fact that ADP is a public corporation placed under the authority of the Minister responsible for civil aviation and that it manages facilities in public ownership does not in itself mean that it cannot be regarded in the present case as an undertaking for the purposes of Article 86 of the Treaty.”



Eins og áður hefur verið rakið hefur Sorpa víðtækar heimildir til tekjuöflunar sem felast í því að selja út þá þjónustu sem fyrirtækið býður upp á. Er í því sambandi m.a. miðað við magn, gerð og frágang þess úrgangs sem berst til fyrirtækisins, sbr. nánar í gjaldskrám Sorpu. Einnig innheimtir Sorpa gjald fyrir sölu á endurunnum úrgangi. Þessar heimildir hefur Sorpa ávallt haft og hefur krafist endurgjalds fyrir þjónustu sína, ýmist frá einstaklingum, fyrirtækjum eða opinberum aðilum, þá aðallega sveitarfélögum á höfuðborgarsvæðinu sem standa að Sorpu. Þá eru nær allar tekjur Sorpu tilkomnar vegna sölu á vörum og þjónustu sem fyrirtækið innir af hendi. Enn fremur er ljóst af því sem fram kemur í máli Sorpu að fyrirtækið lítur á sig sem fyrirtæki með fjölda viðskiptavina. Í bréfi sem barst Samkeppniseftirlitinu frá Sorpu 24. febrúar 2010 kemur eftirfarandi fram:

„Viðskiptavinir sem nýta sér þjónustu móttökustöðvarinnar í Gufunesi og urðunarstaðarins í Álfsnesi eru fjölmargir. Skv. bókhaldi SORPU er fjöldi einstakra kennitalna sem nýta sér þjónustu fyrirtækisins sem hér segir:

Árið 2008	3.598 viðskiptavinir
Árið 2009	2.598 viðskiptavinir

Það er mat Samkeppniseftirlitsins að af framangreindu megi ráða að starfsemi Sorpu feli í sér atvinnurekstur í skilningi samkeppnislaga. Hér skiptir einnig máli sem fyrr segir að Sorpa keppir með beinum hætti við einkafyrirtæki sem veita á mörgum sviðum svipaða þjónustu, s.s. við flokkun, endurvinnslu og böggun úrgangs. Þá stundar Sorpa markaðsstarfsemi í tengslum við þá þjónustu sem hún veitir. Gefur þetta óræka vísbendingu um að mörg af verkefnum/starfsemi Sorpu séu ekki aðeins hluti af grundvallarverkefnum sveitarfélaga heldur efnahagsleg starfsemi sem samkeppni getur ríkt um og gerir nú þegar.

Til stuðnings því að Sorpa sé ekki fyrirtæki sem stundi atvinnurekstur í skilningi samkeppnislaga heldur Sorpa því m.a. fram að þau þjónustugjöld sem byggðarsamlagið innheimti fyrir þjónustu sína séu ekki endurgjald í skilningi 4. gr. samkeppnislaga. Er í því sambandi vísað til skilgreiningar á endurgjaldi sem fram hafi komið í eldri samkeppnislögum nr. 8/1993. Þar hafi hugtakið verið verið skilgreint sem andvirði vöru og þjónustu, þ.e. hvers konar endurgreiðsla án tillits til þess hvort notað sé annað heiti, s.s. endurgjald, laun, þóknun, frakt, flutningsgjald, taxti, leiga eða því um líkt. Þjónustugjald eins og það sem Sorpa innheimti hafi hins vegar verið skilgreint sem greiðsla, venjulega peningagreiðsla sem tilteknir hópar einstaklinga og lögaðila verði að greiða hinu opinbera eða öðrum sem hafi sérstaka heimild til að taka við henni fyrir sérgreint endurgjald sem látið sé í té og sé greiðslunni ætlað að standa að hluta eða öllu leyti undir kostnaði við endurgjaldið. Opinberum aðilum sé aðeins heimilt að innheimta þjónustugjald vegna lögbundinnar starfsemi sinnar ef skýr lagaheimild sé fyrir því.

Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á að þessar skýringar Sorpu sýni fram á að það gjald sem Sorpa innheimtir af viðskiptavinum sínum fyrir þjónustu sé ekki endurgjald í skilningi samkeppnislaga. Þvert á móti styðja þessi sjónarmið ef eitthvað er þá niðurstöðu að þjónustugjöldin séu endurgjald í skilningi laganna. Þjónustugjöldin eru



einmitt andvirði þeirrar þjónustu sem fyrirtækið veitir og selur samkvæmt gjaldskrá sinni. Eins og skýrt má ráða af 4. gr. samkeppnislaga er með endurgjaldi átt við það verð eða gjald sem innheimt er fyrir vöru eða þjónustu óháð formi eignarhalds eða gerð vörunnar/þjónustunnar. Ótvírætt er því að það verð eða gjald sem Sorpa innheimtir fyrir þjónustu sína er endurgjald bæði í skilningi 4. gr. samkeppnislaga sem og í hefðbundnum skilningi þess orðs. Ekki skiptir máli í því sambandi hvort heimild til innheimtu endurgjaldsins eigi sér stoð í lögum.

Sorpa heldur því fram að vegna þess að fyrirtækið innheimti þjónustugjöld sem nemi aðeins kostnaði við veitingu þjónustunnar og geri ekki sambærilega arðsemiskröfu til rekstrarins og önnur fyrirtæki, geti byggðasamlagið ekki talist stunda atvinnurekstur í skilningi 1. tl. 1. mgr. 4. gr. samkeppnislaga. Eins fram kemur hér að ofan hefur það ekki verið talið skilgreiningaratriði í dómaframkvæmd dómstóls ESB að atvinnurekstur sé rekinn með hagnaðarsjónarmið að leiðarljósi. Þá kemur hvergi fram í samkeppnislögum að það sé skilyrði fyrir því að starfssemi teljist atvinnurekstur að starfssemin sé stunduð í hagnaðarskyni. Nefna má í þessu samhengi að Sorpa réttlætir aukinn afslátt til eigenda sinna m.a. með þeim rökum að verið sé að greiða þeim arð af fjárfestingu sinni með afslættinum. Er það einmitt til marks um að reksturinn sé stundaður með arðsemi að leiðarljósi. Fæst því ekki betur skilið en að málsástæður Sorpu séu í nokkurri mótsögn að þessu leyti. Nánar er fjallað um heimild Sorpu til að innheimta þjónustugjöld og arð af starfseminni í fjórða kafla hér að neðan.

Sorpa byggir einnig á því í málinu að ef ekki verði fallist á að byggðasamlagið sé ekki fyrirtæki í skilningi samkeppnislaga verði 10. og 11. gr. samkeppnislaga ekki beitt enda starfi byggðasamlög á grundvelli íþyngjandi skyldna sem löggjafinn hafi ákveðið með lagasetningu. Í evrópskum samkeppnisrétti sé „*vel þekkt og margstaðfest í framkvæmd*“ sú regla að þegar um sé að ræða atvinnurekstur sem tilkominn sé vegna beinnar skyldu á grundvelli lagasetningar og hafi í för með sér samkeppnishamlandi aðgerðir geti ákvæði samhljóða 10. og 11. gr. samkeppnislaga ekki átt við um þá háttsemi.

Sorpa vitnar sérstaklega til þess að dómstóll ESB hafi komist að þeirri niðurstöðu í máli *Københavns Kommune*¹⁵ að meðhöndlun úrgangs geti fallið undir að vera þjónusta sem hafi almenna efnahagslega þýðingu (e. *services of general economic interest*), sér í lagi þegar þjónustan sé framkvæmd í þeim tilgangi að sporna við vandamálum af umhverfisverndarlegum toga. Sorpa sé að veita þjónustu sem hafi almenna efnahagslega þýðingu og þegar af þeirri ástæðu eigi samkeppnisreglur ekki við um hana.

Samkeppniseftirlitið vísar til framangreindrar umfjöllunar um hugtakið fyrirtæki í skilningi samkeppnisréttarins. Þá getur eftirlitið ekki fallist á þessa túlkun Sorpu á umræddum dómi enda kemur skýrt fram í honum að þó fyrirtæki sé veittur einkaréttur til að veita ákveðna þjónustu þá megi það ekki misnota þá aðstöðu sem fyrirtækið kemst í sökum einkaréttarins. Slíkur einkaréttur feli þó óhjákvæmilega í sér takmörkun á samkeppni.¹⁶ Auk þess er ljóst að samkeppni ríkir á flestum þeim mörkuðum sem Sorpa starfar á, t.a.m. er Gámaþjónustan á meðal keppinauta Sorpu. Því er ekki um eiginlegan einkarétt

¹⁵ Dómur dómstóls ESB í máli nr. C-209/98 *Entreprenørforeningens Affalds/Miljøsektion (FFAD) v Københavns Kommune* [2000] ECR I-03743.

¹⁶ Sjá mgr. 66-67 og 82-83 í dómnum.



Sorpu að ræða. Sorpa vitnar einnig til dóms dómstóls ESB í máli *Amelo*¹⁷ þar sem komist hafi verið að þeirri niðurstöðu að orkufyrirtæki væri ekki bundið af reglum samkeppnisréttar vegna þess að það hafi orðið að tryggja vissum landshluta aðgang að rafmagni á grundvelli almenns samnings sem gerður hafði verið á grundvelli lagaskyldu. Telur Sorpa að byggðasamlagið sé í sömu stöðu og orkufyrirtækið í málinu vegna þess að Sorpa verði að taka við öllu sorpi sem myndast á söfnunarsvæði sveitarfélaganna sem eiga Sorpu. Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á þessa túlkun Sorpu á dómnum enda kemur fram í honum að samkeppnisreglur gildi um þann þátt rekstrar orkufyrirtækisins sem snúi að skyldu þess til að tryggja ákveðnum aðilum rafmagn, nema að því marki sem nauðsynlegt sé að undanþiggja fyrirtækið samkeppnisreglum til að það geti veitt þá þjónustu sem því er skylt að lögum að veita.¹⁸ Ekki er unnt að fallast á að sú mismunun sem Sorpa er sökuð um í máli þessu geti talist vera nauðsynleg svo byggðasamlagið geti sinnt lögbundnum skyldum sínum, sbr. nánari umfjöllun hér að neðan.

Þá er það mat Sorpu að á grundvelli EES-samningsins hvíli sú skylda á opinberum eftirlitsaðilum að taka tillit til umhverfshagsmuna við framkvæmd stefnumótandi lagasetningar. Þetta eigi ekki síst við um framkvæmd samkeppnislaga. Í þessu sambandi vísar Sorpa til samkeppnisskýrslu Evrópusambandsins frá árinu 1993 þar sem m.a. komi fram að samkeppnisstefna sambandsins verði að taka mið af umhverfisþáttum.

Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á þá túlkun Sorpu að samspil umhverfisstefnu Evrópusambandsins og EES/ESB-samkeppnisréttar leiði til þess að bannákvæði samkeppnislaga eigi ekki við um háttsemi Sorpu. Hér að framan hafa verið rakin þau sjónarmið sem sett hafa verið fram í EES/ESB-samkeppnisrétti um það hvenær opinber verkefni teljast vera atvinnurekstur í skilningi samkeppnislaga og falla undir bannreglur laganna. Ef þeir opinberu aðilar sem hafa með höndum að framfylgja umhverfisstefnu starfa jafnframt í samkeppni við einkafyrirtæki eins og að framan hefur verið lýst í tilviki Sorpu fellur starfsemi þeirra undir bannákvæði samkeppnislaga.

Hvað varðar samspil samkeppnis- og umhverfisstefnu bendir Samkeppniseftirlitið á að árið 2010 gáfu samkeppniseftirlit á Norðurlöndunum út skýrslu nr. 1/2010 *Competition Policy and Green Growth – Interactions and challenges*. Í þeirri skýrslu kemur skýrt fram að samkeppni geti með ýmsum hætti stutt við umhverfisstefnu. Þá er bent á að samkeppnisreglur taki almennt til atvinnustarfsemi á þessu sviði og gæta verði að því að ráðstafanir til að vernda umhverfið geri ekki markaðsráðandi fyrirtækjum kleift að

¹⁷ Dómur dómstóls ESB nr. C-393/92 *Municipality of Almelo and others v NV Energiebedrijf Ijsselmij* [1994] ECR I-01477.

¹⁸ Sjá mgr. 46 og 49 í dómnum: „Article 90(2) of the Treaty provides that undertakings entrusted with the operation of services of general economic interest may be exempted from the application of the competition rules contained in the Treaty in so far as it is necessary to impose restrictions on competition, or even to exclude all competition, from other economic operators in order to ensure the performance of the particular tasks assigned to them (see the judgment in Case C-320/91 *Corbeau* [1993] ECR I-2533, paragraph 14).
[...]

Restrictions on competition from other economic operators must be allowed in so far as they are necessary in order to enable the undertaking entrusted with such a task of general interest to perform it. In that regard, it is necessary to take into consideration the economic conditions in which the undertaking operates, in particular the costs which it has to bear and the legislation, particularly concerning the environment, to which it is subject.”



misnota stöðu sína.¹⁹ Svipaðar áherslur hafa komið fram af hálfu framkvæmdastjórnar ESB.²⁰ Er því ekki unnt að fallast á þessa málsástæðu Sorpu.

Sorpa vísar til greinargerðar með frumvarpi til eldri samkeppnislaga nr. 8/1993 þar sem fram hafi komið að þjónusta sem opinberir aðilar veittu, s.s. fræðslustarfsemi, heilbrigðisþjónusta og rekstur sjúkrahúsa, félagsmálastarfsemi o.þ.h. teldist ekki til atvinnustarfsemi. Þessi tilvísun Sorpu hefur ekki þýðingu í málinu. Nægir í því sambandi að vísa til úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 12/1994 *Heilbrigðis- og tryggingamálaráðuneytið gegn samkeppnisráði*. Í því máli taldi áfrýjunarnefnd að skýrt væri skv. 2. gr. samkeppnislaga að heilbrigðisþjónusta félli undir gildissvið samkeppnislaga og gætu ummæli í lögskýringagögnum ekki breytt því.

Samkvæmt því sem að ofan er rakið er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að starfsemi Sorpu sé atvinnurekstur í skilningi samkeppnislaga sem falli m.a. undir gildissvið 10. og 11. gr. laganna. Á mörgum sviðum í starfsemi Sorpu eru aðrir keppnautar sem bjóða einnig sömu eða sambærilega þjónustu. Þá eru nær allar tekjur Sorpu tilkomnar vegna seldrar þjónustu til fjölda viðskiptavina. Sorpa telst því vera fyrirtæki sem tekur þátt í atvinnurekstri í skilningi samkeppnislaga.

¹⁹ Sjá t.d. bls. 8: „And even where a particular environmental scheme may be endorsed by the authorities, this may not be used as an excuse for practices involving abuse of dominance.”

²⁰ Sjá t.d. skýrslu samkeppnisdeildar framkvæmdastjórnar ESB „Concerning Issues of Competition in Waste Management Systems” (2005): „This Paper sets forth a number of competition issues in the waste management. The main competition policy objectives that are put forward in this Paper may be summarized as follows:

- Preventing anti-competitive practices such as, e.g., market sharing, price fixing and the exchange of other sensitive information.
- Ensuring choices between several waste management systems for the companies obligated under national legislation to recycle their waste.
- Avoiding exclusive arrangements of all kinds without solid and convincing economic justification thus allowing for increased competition and lower prices.

14. These objectives must be achieved bearing in mind that in the waste management area competition policy is closely intertwined with environmental goals. On the one hand, efficient waste management policy relies on functioning markets and, therefore, competition policy can contribute to better environmental policy. On the other hand, adopting efficient, market-based instruments to achieve environmental objectives also ensures that competition problems, once a wastemanagement scheme is in place, are reduced to a minimum.”



III. Skilgreining markaðarins og staða Sorpu

Samkvæmt 11. gr. samkeppnislaga er misnotkun eins eða fleiri fyrirtækja á markaðsráðandi stöðu bönnuð. Til þess að hegðun fyrirtækis geti fallið undir 11. gr. samkeppnislaga verður fyrirtækið eðli málsins samkvæmt að vera markaðsráðandi. Við mat á því hvort Sorpa hafi markaðsráðandi stöðu á viðkomandi markaði verður að líta til tveggja þátta. Í fyrsta lagi verður að skilgreina þann markað sem um er að ræða. Þetta er frumskilyrði því markaðsyfirlit geta aðeins átt sér stað í tengslum við sölu eða kaup á tiltekinni vöru eða þjónustu. Því næst verður að meta markaðslegan styrk þess aðila sem um er fjallað.

1. Skilgreining markaðarins

Í 4. gr. samkeppnislaga segir að markaður sé sölusvæði vöru og staðgengdarvöru og/eða sölusvæði þjónustu og staðgengdarþjónustu. Staðgengdarvara og staðgengdarþjónusta er skilgreind sem sú vara eða þjónusta sem að fullu eða verulegu leyti getur komið í stað annarrar. Hagfræðileg rök leiða til þess að líta verður á viðkomandi markað frá tveimur sjónarhornum; annars vegar vöru- eða þjónustumarkaðinn og hins vegar landfræðilega markaðinn.

1.1 Vöru- og þjónustumarkaðurinn

1.1.1 Sjónarmið málsaðila

Sorpa leggur áherslu á að fyrirtækið sinni lögboðnum skyldum sveitarfélaga á starfssvæði sínu. Starfssemi Sorpu og Gámaþjónustunnar sé eðlisólík. Starfsleyfi Sorpu kveði t.d. á um heimildir til losunar á talsvert meira magni en heimildir Gámaþjónustunnar geri ráð fyrir. Sorpa verði að þjónusta þá aðila sem losa sorp á því landssvæði sem Sorpa þjónusti en Gámaþjónustan geti valið sína viðskiptavini auk þess sem Gámaþjónustan geti starfað um allt land en starfssemi Sorpu sé takmörkuð við landssvæði þeirra sveitarfélaga sem eigi Sorpu. Að mati Sorpu verði að taka tillit til þessa þegar litið sé til þess hvernig sameiginlegur markaður sé skilgreindur fyrir þá þjónustu sem Sorpa og Gámaþjónustan bjóði. Þá segir Sorpa að ólíkir úrgangsflokkar séu ekki staðgengdarvörur enda sé um ólíkar meðhöndlunaraðferðir að ræða. Móttökustöð Sorpu taki ekki alfarið við sambærilegum úrgangi og móttökustöð Gámaþjónustunnar.

Sorpa mótmælir því að til sé nokkur markaður fyrir urðun úrgangs. Sveitarfélögum sé skylt samkvæmt lögum að halda úti urðunarstað og ekkert fyrirtæki á einkamarkaði haldi úti slíkri starfssemi enda sé um að ræða einstaklega óhagkvæma rekstrareiningu. Þetta sé gríðarlega íþyngjandi starfssemi sem ekki verði unnin af hálfu annarra en opinberra aðila. Sem dæmi er nefnt að rekstraraðili á urðunarstað þurfi að vera með gilda ábyrgðartryggingu í 30 ár eftir að urðunarstað hafi verið lokað. Verkefnið sé samfélagsverkefni sem Sorpa sinni fyrir hönd sveitarfélaganna eins og tíðkist í nánast allri Vestur-Evrópu. Því sé mótmælt að einhver markaður sé fyrir urðun á úrgangi og að sveitarfélögin séu að keppa innbyrðis á þeim markaði. Með sömu rökum mætti halda því fram að félagsþjónustustofnanir sveitarfélaganna kepptu innbyrðis um skjólstaðinga eða leikskólarnir um börnin. Sorpa mótmælir þeirri staðhæfingu Gámaþjónustunnar sem ósannaðri að sveitarfélög hafi markvisst um árabil komið í veg fyrir að einkaaðilar gætu komið sér upp urðunarstað.



Í máli Gámaþjónustunnar kemur fram að fyrirtækið starfi „á markaði fyrir meðhöndlun úrgangs og endurvinnslu hér á landi.“ Segir ennfremur að Gámaþjónustan sinni fjölpættum verkefnum á sviði úrgangsmála fyrir einstaklinga, fyrirtæki og sveitarfélög víða um land. Hafi fyrirtækið lengst af sérhæft sig í söfnun, flutningi og móttöku á úrgangi en undanfarin ár hafi aukin áhersla verið lögð á flokkun og endurvinnslu. Í máli Gámaþjónustunnar segir einnig að almennur úrgangur sé baggaður í flokkunar- og móttökustöð fyrirtækisins í Hafnarfirði. Sambærileg flokkun og böggun eigi sér einnig stað í móttökustöð Sorpu í Gufunesi. Þegar sorp hafi verið baggað sé það sent til urðunar í Álfsnesi sem sé eini urðunarstaður á höfuðborgarsvæðinu en hann sé jafnframt rekinn af Sorpu.

Gámaþjónustan mótmælir þeirri fullyrðingu Sorpu að ekki sé til neinn markaður fyrir urðun úrgangs og félagið telur alrangt að ekkert félag á markaði hafi séð sér hag í að opna og reka urðunarstað. Til dæmis hafi Gámaþjónusta Vesturlands ehf. og Gámaþjónusta Akraness ehf. (nú sameinaðar í Gámaþjónustu Vesturlands ehf.) átt og rekið urðunarstað í Fíflholtum um árabíl. Sama sé að segja um Gámaþjónustu Austurlands og Sjónrás ehf. sem hafi rekið urðunarstað á Tjarnarlandi á Fljótsdalshéraði. Félögin hafi farið út í rekstur urðunarstaðanna á sínum tíma vegna þess að þau hafi talið hann hagkvæman. Sveitarfélög eigi afar erfitt með að komast að samkomulagi um staðsetningu eigin urðunarstaða en þau hafi þó markvisst komið í veg fyrir að einkaaðilar geti stofnað urðunarstaði. Því hafi einkaaðilar ekki getað komist undan þeirri kvöð að eiga viðskipti við urðunarstaði sem reknir séu af sveitarfélögum.

Í málflytningi Gámaþjónustunnar er vísað til þess að Sorpa segi í athugasemdum sínum að óhugsandi sé að komast að þeirri niðurstöðu að Sorpa sé í hlutverki fyrirtækis í atvinnustarfssemi að því er varði urðunarstaðinn á Álfsnesi. Sú fullyrðing sé byggð á þeim röksemdum að ekkert einkafyrirtæki hafi áhuga á slíkri starfssemi vegna óhagkvæmni hennar, íþyngjandi krafna um starfsábyrgðartryggingu og þeirrar staðreyndar að víðast hvar í Vestur-Evrópu sé urðun sinnt af opinberum aðilum. Ekkert þessara atriða séu hins vegar rök fyrir því að opinber aðili sem sinni urðun sé ekki fyrirtæki í atvinnustarfssemi í skilningi 4. gr. samkeppnislaga. Sú skilgreining fari eftir því hvort sýslað sé með vöru eða þjónustu gegn endurgjaldi og eftir atvikum eftir því hvort starfssemin sé undanþegin ákvæðum samkeppnislaga með sérlögum. Sú staðreynd að sveitarfélögin ein sinni umræddri starfssemi í reynd, sýni eingöngu fram á að viðkomandi opinberir aðilar njóti einokunarstöðu á umræddum markaði.

1.1.2 Mat Samkeppniseftirlitsins

Áður en vikið verður nánar að skilgreiningu vöru- og þjónustumarkaðarins í máli þessu er rétt að gera nánari grein fyrir því hvað felst í starfssemi Sorpu og annarra fyrirtækja sem starfa við meðhöndlun á úrgangi, þ.m.t. Gámaþjónustunnar, kvartanda í máli þessu. Sorpa er sem fyrr segir byggðasamlag og er tilgangur fyrirtækisins að annast móttöku og meðhöndlun úrgangs þeirra sjö sveitarfélaga á höfuðborgarsvæðinu sem eru stofnaðilar að samlaginu.²¹ Starfar fyrirtækið sem fyrr segir í samræmi við lög nr. 55/2003 um

²¹ Um er að ræða Reykjavíkurborg, Garðabæ, Hafnarfjarðarbæ, Kópavogsbæ, Mosfellsbæ, Seltjarnarnesbæ og Sveitarfélagið Álftanes.



meðhöndlun úrgangs. Sorpa rekur móttökustöð í Gufunesi þar sem tekið er á móti öllum úrgangi frá höfuðborgarsvæðinu, s.s. heimilissorpi og iðnaðarúrgangi frá fyrirtækjum. Í móttökustöðinni er úrgangurinn baggaður eða meðhöndlaður með öðrum hætti áður en hann er sendur áfram til nýtingar eða förgunar eftir því sem við á. Sá hluti úrgangs sem er baggaður er sendur til urðunar í Álfsnesi þar sem Sorpa rekur urðunarstað. Sorpa rekur einnig sjö endurvinnslustöðvar á höfuðborgarsvæðinu þar sem almenningur og minni fyrirtæki geta komið með úrgang til endurvinnslu eða eyðingar. Þá annaðist Sorpa einnig til skamms tíma eyðingu spilliefna. Mörg einkafyrirtæki starfa einnig á hinum ýmsu sviðum sorphirðu, s.s. söfnun sorps frá almenningi og fyrirtækjum, endurvinnslu og eyðingu spilliefna. Eitt af þeim er kvartandi í máli þessu, Gámaþjónustan, sem m.a. hefur sérhæft sig í söfnun úrgangs frá heimilum og fyrirtækjum auk þess sem fyrirtækið rekur móttökustöð þar sem óendurnýtanlegur úrgangur er baggaður áður en honum er komið til endanlegrar förgunar.

Af sjónarmiðum Gámaþjónustunnar um skilgreiningu markaðarins má skilja að fyrirtækið líti svo á að markaðurinn fyrir móttöku á úrgangi sé sérstakur markaður. Þeirri starfsemi sinni aðeins Gámaþjónustan með móttökustöð sinni í Hafnarfirði og Sorpa með sinni stöð í Gufunesi. Annar markaður sé hins vegar urðun á sorpi þar sem Sorpa starfi ein þar sem ekki sé heimilt að urða sorp annars staðar á höfuðborgarsvæðinu en á urðunarstað Sorpu í Álfsnesi. Sorpa byggir hins vegar á því að varðandi markað fyrir móttökustöðvar að starfsemi byggðasamlagsins annars vegar og Gámaþjónustunnar hins vegar sé eðlisólík, Sorpa þurfi að þjónustu alla sem þess óski en Gámaþjónustan geti valið sína viðskiptavini. Þá leggur Sorpa áherslu á að ekki sé til nokkur markaður fyrir urðun úrgangs enda slík starfsemi einstaklega óhagkvæm og væri gríðarlega íþyngjandi fyrir einkafyrirtæki.

Af framansögðu er ljóst að starfsemi fyrirtækja sem sinna meðhöndlun úrgangs, þ.m.t. Sorpu, er margþætt. Fyrirtækin sinna t.a.m. söfnun, flokkun, endurvinnslu, böggun, flutningi og urðun á sorpi. Þá eru einnig starfræktar brennslustöðvar á landsbyggðinni. Fyrirtæki á þessu sviði geta því starfað á mörgum ólíkum samkeppnismörkuðum allt eftir því hvaða starfsemi þau sinna. Samkeppniseftirlitið telur því að rök séu fyrir því að skipta sorpmarkaðnum í heild niður í einstaka undirmarkaði eftir eðli þeirrar þjónustu sem um ræðir í hverju tilviki. Þegar mál þetta er virt er það mat Samkeppniseftirlitsins að það varði einkum starfsemi svokallaðra móttökustöðva en móttökustöð er í 3. gr. laga nr. 55/2003 um meðhöndlun úrgangs skilgreind sem staður eða aðstaða þar sem tekið er við úrgangi til geymslu til lengri eða skemmri tíma, til umhleðslu, flokkunar eða annarrar meðhöndlunar. Þaðan fari úrgangurinn til förgunar eða nýtingar, eða honum sé fargað á staðnum. Segir jafnframt að undir móttökustöðvar falli flokkunarmiðstöðvar og förgunarstaðir. Samkeppniseftirlitið telur að í þessu máli sé rétt að skipta þjónustumörkuðum í tvo umrædda flokka eftir eðli móttökustöðva. Skal þetta útskýrt nánar.

1.1.2.1 Markaður fyrir flokkun og meðhöndlun úrgangs (móttökustöðvar/flokkunarmiðstöðvar)

Í 3. gr. laga nr. 55/2003 um meðhöndlun úrgangs er flokkunarmiðstöð skilgreind sem staður þar sem tekið er við úrgangi sem er safnað kerfisbundið til flokkunar, til endurnýtingar eða förgunar. Ljóst er að bæði móttökustöðvar Sorpu í Gufunesi og Gámaþjónustunnar í Hafnarfirði falla undir þessa skilgreiningu. Tekið er á móti úrgangi í



Þessum stöðvum og hann flokkaður eftir því hvort hann fellur til endurnýtingar eða förgunar. Sá úrgangur sem fer til förgunar er baggaður áður en hann er sendur til urðunar. Á þessum markaði keppa Gámaþjónustan og Sorpa um móttöku á úrgangi frá sveitarfélögum og fyrirtækjum. Telur Samkeppniseftirlitið því rökrétt að sú þjónusta sem boðin er á flokkunarmiðstöðvum sé sérstakur þjónustumarkaður þessa máls.

Rétt er þó að taka fram að Sorpa rekur einnig svokallaðar söfnunarstöðvar eða gámastöðvar þar sem tekið er á móti úrgangi frá almenningi og minni fyrirtækjum. Þessar stöðvar eru frábrugðnar móttöku-/flokunarmiðstöðvum að því leyti að þær taka einungis við úrgangi frá heimilum og minni fyrirtækjum. Á gámastöðvum fer heldur ekki fram böggun á úrgangi til urðunar. Að mati Samkeppniseftirlitsins er því ljóst að þjónusta gámastöðva er í eðli sínu talsvert ólík starfsemi móttökustöðva/flokunarmiðstöðva og því rökrétt að starfsemin tilheyri sitthvorum þjónustumarkaðnum. Í þessu máli er hins vegar ekki fjallað um starfsemi gámastöðva og því er ekki þörf á að fjalla um þær frekar eða þann þjónustumarkað sem þær tilheyra.

Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á þau sjónarmið Sorpu að sú þjónusta sem Gámaþjónustan býður á sinni móttökustöð sé það frábrugðin stöð Sorpu í Gufunesi að þær séu ekki á sama samkeppnismarkaði. Gámaþjónustan hefur starfsleyfi til að starfa á þessum markaði og veita sömu þjónustu að þessu leyti og Sorpa. Ljóst er að, þó skyldur Sorpu séu víðtækari, er um sömu þjónustu að ræða og eiga þessir aðila mikla möguleika á að keppa um viðskiptavinum eins og nánar verður rakið hér á eftir.

1.1.2.2 Markaður fyrir förgun úrgangs (förgunarstaður)

Í 3. gr. nefndra laga um meðhöndlun úrgangs er urðunarstaður skilgreindur sem staður þar sem tekið er við úrgangi til förgunar á eða í landi, þ. á m. urðunarstaður fyrir eigin úrgang og varanlegur staður þar sem úrgangur er geymdur til lengri tíma. Á urðunarstað er úrgangi því fargað, þ.e. umbreytt og/eða komið fyrir varanlega. Sama má segja um brennslustöðvar þar sem úrgangi er einnig fargað. Urðunarstaðir og brennslustöðvar eru því það sem nefnt er förgunarstaðir, sbr. skilgreiningu í 3. gr. laga um meðhöndlun úrgangs. Að mati Samkeppniseftirlitsins starfa því urðunarstaðir og brennslustöðvar á sama þjónustumarkaði. Hlutverk förgunarstaðar er annað en móttökustöðvar/flokunarmiðstöðvar að því leyti að á fyrrnefnda staðnum er um endanlega ráðstöfun úrgangs að ræða en á hinum síðarnefnda er úrgangur móttækinn til frekari meðhöndlunar. Þó starfsemi aðila á báðum þessum mörkuðum feli í sér móttöku á sorpi og bæði móttökustöðvar/flokunarmiðstöðvar og förgunarstaðir flokkist samkvæmt skilgreiningu nefndra laga til móttökustöðva er ljóst að þjónusta þeirra er í eðli sínu ólík. Af því ræðst markaðsskilgreiningin.

Ekki er hægt að fallast á þau sjónarmið Sorpu að ekki sé til neinn markaður fyrir urðun sorps. Líkt og fram kemur í athugasemdum Gámaþjónustunnar hafa einkafyrirtæki áður rekið urðunarstaði en undanfarið ekki fengið vilyrði til þess frá sveitarfélögum. Sú staðreynd að aðeins opinberir aðilar sinni verkefnum á þessu sviði eru ekki rök fyrir því að enginn markaður sé til fyrir urðun sorps. Heldur leiðir sú staðreynd frekar til þeirrar niðurstöðu að sveitarfélög hafi einokunarstöðu á þeim markaði. Þessu til stuðnings má sem dæmi vitna til markaðarins fyrir dreifingu raforku en á honum má líta svo á að hver dreifiveita hafi einokunarstöðu á sínu dreifisvæði bæði vegna einkaréttar til dreifingar



raforku að lögum, sbr. 13. gr. raforkulaga nr. 65/2003, og náttúrulegrar einokunar. Þá ber einnig að líta til þess að sterk staða á markaði fyrir förgun úrgangs kann að styrkja stöðu fyrirtækja á tengdum mörkuðum, t.a.m. á markaði fyrir flokkun og meðhöndlun úrgangs.

Skilgreindir markaðir þessa máls eru því annars vegar markaður fyrir flokkun og meðhöndlun úrgangs (móttökustöðvar/flokkunarmiðstöðvar) og hins vegar markaður fyrir förgun úrgangs (förgunarstaður).

1.2 Landfræðilegi markaðurinn

Til landfræðilegs markaðar telst það svæði þar sem hlutaðeigandi fyrirtæki bjóða fram vöru sína og þjónustu og eftirspurnar gætir eftir sömu vöru eða þjónustu, þar sem samkeppnisskilyrði eru nægilega lík og sem unnt er að greina frá nærliggjandi svæðum, sbr. t. d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008 *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu*. Meðal þátta sem skipta máli við mat á viðkomandi landfræðilegum markaði eru eðli og einkenni viðkomandi vöru eða þjónustu, hugsanlegar aðgangshindranir eða neytendavenjur, greinilegur munur á markaðshlutdeild fyrirtækja á viðkomandi svæði og aðliggjandi svæðum, verðmunur og flutningskostnaður.

Stærð landfræðilegs markaðar veltur m.a. á því að hvaða marki þörf er talin á því að kaupandinn sé í nálægð við seljandann. Þetta mat ræðst venjulega af því hvað einkennir vöruna/þjónustuna og viðskiptavinina, eftir hvaða leiðum sala og þjónusta fer fram svo og af eðli viðskiptanna.

1.2.1 Sjónarmið aðila

Málsaðilar setja ekki fram sérstök sjónarmið um landfræðilega afmörkun markaðar fyrir flokkun eða böggun á sorpi heldur aðeins hvað varðar urðun eða brennslu. Þannig telur Gámaþjónustan að landfræðilegur markaður fyrir urðun sé höfuðborgarsvæðið. Hann sé afmarkaður í móttökureglum Sorpu þar sem eingöngu sé heimilt að koma með úrgang til urðunar í Álfsnesi, með eða án milligöngu í móttökustöðinni í Gufunesi, ef úrgangurinn eigi uppruna sinn á höfuðborgarsvæðinu. Af umfjöllun Sorpu um að urðun í Álfsnesi sé ekki „ómissandi aðstaða“ í skilningi samkeppnisréttarins má draga þá ályktun að fyrirtækið líti svo á að landfræðilegur markaður fyrir urðun nái yfir stærra landsvæði. Þannig heldur Sorpa því fram í tengslum við þá umfjöllun að Gámaþjónustan geti einnig nýtt sér sorpbrennslu hjá Sorpeyðingastöð Suðurnesja, urðun hjá Sorpurðun Vesturlands hf. að Fíflholtum á Mýrum, hjá Hulu bs. á Skógarsandi og Strönd á Rangárvöllum. Má því ætla að Sorpa líti svo á að landfræðilegur markaður nái auk höfuðborgarsvæðisins, a.m.k. til Suðurnesja, Vesturlands og Suðurlands.

Sorpa mótmælir því að ekki geti verið raunhæft fyrir fyrirtæki eins og Gámaþjónustuna að leita annað til að urða sorp en til urðunarstaðar Sorpu í Álfsnesi. Áralöng hefð sé fyrir því að úrgangi sé ekið langa leið til förgunar. Þá sé lítið lengra að aka úrgangi frá móttökustöð Gámaþjónustunnar í Hafnarfirði til sorpbrennslu í Keflavík heldur en að aka honum til urðunar í Álfsnesi. Fullyrðing Samkeppniseftirlitsins um að þessar lausnir séu óraunhæfar vegna fjarlægðar eigi ekki við nein rök að styðjast.

Í máli Gámaþjónustunnar kemur fram það mat að landfræðilegur markaður málsins sé höfuðborgarsvæðið. Þá mótmælir Gámaþjónustan fullyrðingu Sorpu um að



Gámaþjónustan fari með úrgang frá höfuðborgarsvæðinu í Fíflholt. Sú fullyrðing sé einfaldlega röng. Þá aki Gámaþjónustan einungis sóttmenguðum úrgangi frá höfuðborgarsvæðinu til brennslu á Suðurnesjum, að kröfu Landspítala Háskólasjúkrahúss. Sorpa taki hins vegar ekki við sóttmenguðum úrgangi, þrátt fyrir hinar víðtæku skyldur félagsins.

1.2.2 Mat Samkeppniseftirlitsins

Hvað varðar landfræðilega afmörkun markaðarins fyrir flokkunarmiðstöðvar telur Samkeppniseftirlitið að landfræðilegur markaður sé höfuðborgarsvæðið. Einungis Sorpa og Gámaþjónustan reka miðstöðvar sem eiga möguleika á að bagga sorp til urðunar og eru þær sem fyrr segir báðar á höfuðborgarsvæðinu.

Samkeppniseftirlitið telur einnig að landfræðilegur markaður fyrir förgun sorps í máli þessu sé höfuðborgarsvæðið. Á því svæði er Álfsnes eini urðunarstaðurinn og hafa ekki aðrir aðilar leyfi til förgunar úrgangs á svæðinu. Þá telur Samkeppniseftirlitið ekki raunhæft að sorphirðufyrirtæki eða aðrir aðilar sem þurfa að fara með úrgang til förgunar (urðunar eða brennslu) leiti til þeirra fyrirtækja og/eða landshluta sem nefndir eru í athugasemdum Sorpu. Þessir förgunarstaðir eru í u.þ.b. einnar til þriggja klukkustunda akstursfjarlægð frá höfuðborgarsvæðinu. Þá eru þeir á engan hátt útbúnir til að taka við drjúgum hluta þess magns sorps sem fellur til á höfuðborgarsvæðinu og fer til förgunar þar en það væri forsenda þess að þeir gætu talist á sama landfræðilega markaði og urðunarstaður Sorpu í Álfsnesi og verið staðganga við þann urðunarstað.²²

Þá taka förgunarstaðir almennt ekki við úrgangi frá öðrum landsvæðum en þeim sem þeir þjónusta sérstaklega. Sveitarfélögum ber einungis skylda að lögum að taka á mót og farga úrgangi sem fellur til á þeirra athafnasvæðum. Kemur þetta t.a.m. skýrt fram í móttökureglum Sorpu sem samþykktar voru á stjórnarfundum Sorpu í nóvember 2011. Þannig kemur fram í a. lið reglnanna að einungis verði tekið á mót úrgangi sem eigi uppruna sinn á höfuðborgarsvæðinu.²³ Í b. lið reglnanna segir að Sorpa muni ekki taka við úrgangi sem eigi uppruna sinn utan höfuðborgarsvæðisins nema fyrir liggi samningar við sorpsamlög utan höfuðborgarsvæðisins um móttöku slíks úrgangs, enda sé hagræði af samningnum fyrir báða aðila.

Þá hefur það verið talin ein af forsendum þess að keppinautar tilheyri sama markaði að gagnkvæm viðskipti séu á milli markaðssvæða. Þannig þurfi að vera um umtalsvert viðskiptamagn á milli svæða að ræða.²⁴ Af öllu framangreindu er ljóst að ekki ríkir fullkomin gagnkvæmni viðskipta á milli förgunarstaðar Sorpu í Álfsnesi og annarra förgunarstaða í nágrenni höfuðborgarsvæðisins, t.d. Kölku brennslustöðvar

²² Sem dæmi má nefna að brennslustöð Sorpeyðingarstöðvar Suðurnesja s.f. í Helguvík getur brennt allt að 12.300 tonnum á ári, skv. upplýsingum af heimasíðu sameignarfélagsins. Nýtingarhlutfall brennslustöðvarinnar árið 2011 var um 75%, skv. skýrslu stjórnar á aðalfundi sameignarfélagsins þann 25. ágúst 2011. Ónýt afkastageta brennslustöðvarinnar er því um 3.070 tonn. Árið 2009 var 136.431 tonnum fargað á förgunarstað Sorpu í Álfsnesi. Ónýt afkastageta brennslustöðvarinnar árið 2010 nemur því aðeins um 2,2% af förguðum úrgangi í Álfsnesi árið 2009. <http://www.kalka.is/>. Heimasíða skoðuð 2. janúar 2012.

²³ Reglurnar er að finna í fundargerð stjórnarfundar Sorpu bs. mánudaginn 16. nóvember 2009: <http://www.sorpa.is/resources/Files/Fundargerdir/267.stjornarfundur.16.11.2009.pdf>. Heimasíða skoðuð 30. janúar 2011.

²⁴ Sjá hér t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB í máli nr. IV/M.214 DuPont/ICI.



Sorpeyðingarstöðvar Suðurnesja sf. í Helguvík. Í þessu sambandi má nefna að í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 4/2001 *Prentsmiðjan Oddi hf. og Búnaðarbanki Íslands hf. gegn samkeppnisráði* féllst áfrýjunarnefndin á það með samkeppnisráði að líta yrði til gagnkvæmra viðskipta þegar metið yrði hvort markaðurinn fyrir prentun bóka næði út fyrir landssteinana.

Með tilliti til alls ofangreinds er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að landfræðilegi markaðurinn fyrir förgun úrgangs í máli þessu sé höfuðborgarsvæðið.

2. Staða Sorpu á skilgreindum mörkuðum

Ákvæði 11. gr. samkeppnislaga á aðeins við um fyrirtæki sem eru í markaðsráðandi stöðu. Í máli þessu þarf að kanna hvort Sorpa hafi verið í slíkri stöðu á þeim tíma þegar atvik þess áttu sér stað.

2.1 Sjónarmið aðila

Í máli Gámaþjónustunnar kemur fram að almennur óflokkaður úrgangur sé baggaður ýmist í móttökustöð Sorpu í Gufunesi eða flokkunar- og móttökustöð Gámaþjónustunnar og svo fluttur til urðunar í Álfsnesi. Segir að urðunarstaðurinn á Álfsnesi sé eini urðunarstaður höfuðborgarsvæðisins og sé hann rekinn af Sorpu. Að mjög litlu leyti sé mögulegt að senda slíkan úrgang í brennslustöðina Kólku á Suðurnesjum og því sé Gámaþjónustunni nauðsyn að skipta við Sorpu í Álfsnesi. Þangað þurfi að fara með almennan óflokkaðan úrgang þar sem Sorpa hafi einokunarstöðu á markaði fyrir urðun á höfuðborgarsvæðinu. Markaðurinn sé landfræðilega afmarkaður í móttökureglum Sorpu, þar sem eingöngu sé heimilt að koma með úrgang til urðunar í Álfsnesi (með eða án milligöngu í Gufunesi) ef úrgangurinn eigi uppruna sinn (hafi fallið til) á höfuðborgarsvæðinu.

Í máli Gámaþjónustunnar kemur einnig fram að á markaði fyrir móttöku úrgangs séu Gámaþjónustan og Sorpa, auk annarra aðila, í harðri samkeppni. Sorpa sé stærst á þeim markaði og vísar Gámaþjónustan því til stuðnings að á árinu 2008 hafi verið tekið á móti rúmlega 50 þúsund tonnum af sorpi í móttökustöð þess fyrirtækis á meðan Sorpa hafi tekið á móti tæpum 116 þúsund tonnum frá móttökustöð sinni í Gufunesi á árinu.

Sorpa mótmælir því að urðunarstaður þess að Álfsnesi sé ómissandi aðstaða í skilningi samkeppnisréttarins þar sem kvartandi hafi ekki sýnt fram á að honum sé óraunhæft að koma sér upp eigin urðunarstað auk þess sem urðunarstaður Sorpu í Álfsnesi sé ekki eini urðunarstaðurinn sem kvartandi hafi aðgang að. Vísar Sorpa eins og fyrr segir á sorpbrennslustöðina á Suðurnesjum, Sorpurðun Vesturlands að Fíflholtum, Hulu bs. á Skógarsandi og urðun á Strönd á Rangárvöllum.

2.2 Mat Samkeppniseftirlitsins

Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008 *Hf Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu* kemur fram að við mat á stöðu fyrirtækja á markaði skipti mestu að huga að markaðshlutdeild og því skipulagi sem ríki á markaðnum. Í dómi Hæstaréttar Íslands frá 18. nóvember 2010 í máli nr. 188/2010 *Hagar hf. gegn Samkeppniseftirlitinu* var dómur Héraðsdóms Reykjavíkur staðfestur með vísan til



forsendna hans. Í dómi héraðsdóms kemur fram að við „mat á því hvort fyrirtæki hafi haft markaðsráðandi stöðu á skilgreindum markaði er litið til nokkurra atriða og þau metin saman:

1. Hver er markaðshlutdeild viðkomandi fyrirtækis á skilgreindum markaði og þróun hennar. Ein viðmiðun er að ef markaðshlutdeild fer yfir 50% þá eru allar líkur á að fyrirtækið hafi markaðsráðandi stöðu.
2. Litið er til markaðshlutdeildar þess fyrirtækis sem verið er að meta og hún borin saman við markaðshlutdeild annarra fyrirtækja á markaði. Ef miklu munar á markaðshlutdeild þess fyrirtækis sem stærstu hlutdeild hefur og þess fyrirtækis sem næst kemur í röðinni er líklegt að stærsta fyrirtækið hafi markaðsráðandi stöðu.
3. Þá er einnig litið til aðgangshindrana að markaði. Hér er átt við atriði á borð við lagalegar hindranir, fjárhagslegar hindranir, stærðarhagkvæmni, aðgengi að birgjum, þróað sölukerfi og þekkt vörumerki."

Fram kemur einnig að dómurinn telji að „þriðja atriðið sem nefnt er að framan, þ.e. aðgangshindranir að markaði, ráði ekki úrslitum þegar meta skal hvort stefnandi hafi verið í markaðsráðandi stöðu ...” Hins vegar geti þessi atriði skv. dómnum styrkt frekar þá niðurstöðu að fyrirtæki sé í markaðsráðandi stöðu.

Markaðshlutdeild veitir því mjög sterka vísbendingu um markaðsráðandi stöðu, sbr. einnig t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2011 *Vífilfell hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

Skilgreining 4. gr. samkeppnislaga á markaðsráðandi stöðu sækir fyrirmynd sína til EES/ESB samkeppnisréttar og er efnislega samhljóða skilgreiningu dómstóls EB á markaðsráðandi stöðu sem fram kemur m.a. í Hoffman-La Roche málinu.²⁵ Ítrekað hefur komið fram hjá dómstólum ESB að mjög há markaðshlutdeild feli ein og sér í sér sönnun á því að viðkomandi fyrirtæki sé í markaðsráðandi stöðu nema fyrir hendi séu einstakar kringumstæður sem bendi til annars. Þetta eigi við þegar fyrirtæki hafi 50% markaðshlutdeild.²⁶ Ályktunin um markaðsráðandi stöðu sem draga má af markaðshlutdeild er enn sterkari ef fyrirtæki hafa meira en 50% markaðshlutdeild.²⁷

Rétt er að hafa í huga að fyrirtæki geta einnig verið í markaðsráðandi stöðu þrátt fyrir að hafa lægri hlutdeild en 50% á viðkomandi markaði. Í úrskurði áfrýjunarnefndar

²⁵ Mál nr. 85/76 *Hoffman-La Roche v Commission* [1979] ECR 3451.

²⁶ Sjá hér t.d. dóm undirréttar ESB frá 30. janúar 2007 í máli nr. T-340/03 *France Télécom v Commission*: „... although the importance of market shares may vary from one market to another, very large shares are in themselves, and save in exceptional circumstances, evidence of the existence of a dominant position (*Hoffmann-La Roche v Commission*, paragraph 80 above, paragraph 41, and *Case T-221/95 Endemol v Commission* [1999] ECR II-1299, paragraph 134). The Court of Justice held in *Case C-62/86 AKZO v Commission* [1991] ECR I-3359, paragraph 60, that this was so in the case of a 50% market share.” Sjá ennfremur Whish, *Competition Law*, fimmta útgáfa 2003, bls. 48: „There is a legal presumption that, with 50% of the market, you have a dominant position.” Sjá einnig Faull & Nikpay, *The EC Law of Competition*, önnur útgáfa 2007, bls. 324: „Very high market shares provide in themselves virtually conclusive proof that a firm is dominant.”

²⁷ Sjá t.d. dóm undirréttar í máli nr. T-30/89 *Hilti AG v Commission* [1991] ECR II-1439 og dóm dómstóls ESB í máli nr. C-53/92P *Hilti AG v Commission* [1994] ECR I-667. Í dómum þessum var staðfest sú niðurstaða framkvæmdastjórnar ESB að markaðshlutdeild milli 70-80% væri það há að enngar frekari rannsóknar væri þörf til þess að sýna fram á viðkomandi fyrirtæki væri markaðsráðandi.



samkeppnismála í máli nr. 8/2008 *Fiskmarkaður Íslands hf. gegn Samkeppniseftirlitinu* var fyrirtæki með 42-46% markaðshlutdeild talið markaðsráðandi. Einnig hefur dómstóll EB talið að fyrirtæki sem hafa innan við 40% markaðshlutdeild geti verið í markaðsráðandi stöðu.²⁸ Sterk staða á tengdum mörkuðum hefur hér einnig áhrif.

Með viðmiðinu „*skipulag á markaðnum*“ er vísað til ýmissa ólíkra atriða sem talin eru geta gefið vísbendingar um markaðsráðandi stöðu, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2006 *Dagur Group hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Dæmi um þetta er hvort aðgangur að markaðnum sé auðveldur, hvort viðkomandi fyrirtæki sé almennt öflugt með hliðsjón af fjármagni, tækjum og framboði vöru eða þjónustu. Einnig er horft til fjölda og styrks keppinauta og fleiri atriði geta komið til skoðunar, sbr. umræddan úrskurð áfrýjunarnefndar. Varðandi styrk keppinauta ber að hafa í huga að í EES/EB-samkeppnisrétti er litið svo á að það sé vísbending um markaðsráðandi stöðu ef talsverður munur er á markaðshlutdeild viðkomandi fyrirtækis og keppinauta þess.²⁹ Litið er svo á að meira en 20% munur á markaðshlutdeild hins ætlaða ráðandi fyrirtækis og stærsta keppinautarins sé sterk vísbending um ráðandi stöðu, sérstaklega ef sá munur hefur verið fyrir hendi um talsverðan tíma.³⁰

Hafa ber í huga að í hugtakinu markaðsráðandi staða felst ekki krafa um að engin samkeppni ríki á viðkomandi markaði.³¹ Um markaðsráðandi stöðu getur þannig verið að ræða þrátt fyrir líflega samkeppni á viðkomandi markaði.³² Jafnvel þótt markaðshlutdeild viðkomandi fyrirtækis minnki á því tímabili sem til skoðunar er telst það markaðsráðandi ef hlutdeildin er eftir sem áður mjög há.³³

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála hefur ítrekað bent á að við mat á markaðsráðandi stöðu í málum sem varða brot á 11. gr. samkeppnislaga verði að líta til stöðu viðkomandi fyrirtækis eins og hún var þegar ætluð brot áttu sér stað, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008 *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn*

²⁸ Sjá dóm undirréttar ESB frá 17. desember 2003 í máli nr. T-219/99 *British Airways plc v Commission*.

²⁹ Sjá t.d. Van Bael & Bellis, *Competition Law of the European Community*, fjórða útgáfa 2005 bls. 125: „*When there is a significant gap between the market share of the potentially dominant undertaking and the market shares of its competitors, this element may be considered as confirmation of the existence of a dominant position.*”

³⁰ Sjá t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB í máli nr. COMP/M.1741 *MCI/WorldCom/Sprint*. Sjá einnig ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar í Tetra Pak II málinu, OJ 1992 L72/1. Til stuðnings því að Tetra Pak væri markaðsráðandi var m.a. vísað til þess að Tetra Pak hefði 55% markaðshlutdeild en helstu keppinautarnir höfðu hins vegar 27% og 11% markaðshlutdeild.

³¹ Sjá t.d. dóm dómstóls ESB í máli nr. 85/76 *Hoffman-La Roche v Commission* [1979] ECR 3451.

³² Sjá dóm dómstóls ESB í máli nr. 2/76 *United Brands v Commission* [1978] ECR 207. Sjá einnig dóm undirréttar ESB frá 30. janúar 2007 í máli nr. T-340/03 *France Télécom v Commission*: „*Even the existence of lively competition on a particular market does not rule out the possibility that there is a dominant position on that market ...*”

³³ Sjá dóm undirréttar ESB í sameinuðum málum nr. m.a. T-24/93 *Compagnie Maritime Belge v Commission* [1996] ECR II-1201. Sjá einnig dóm undirréttar ESB frá 30. janúar 2007 í máli nr. T-340/03 *France Télécom v Commission*. Í málinu var vísað til þess að markaðshlutdeild viðkomandi fyrirtækis (WIN) hafði á brotatímabilinu minnkað úr 72% í 63,6%. Var því haldið fram að þetta sýndi virka samkeppni á markaðnum og WIN gæti því ekki verið í markaðsráðandi stöðu. Undirréttur ESB féllst ekki á þetta: „*With regard to the fall in market shares between August and October 2002, a decline in market shares which are still very large cannot in itself constitute proof of the absence of a dominant position ... Even by proceeding on the basis of the figure put forward by WIN, WIN's market share was still in fact very high at the end of the infringement period.*”



Samkeppniseftirlitinu. Fram kemur einnig í þessum úrskurði áfrýjunarnefndar að upplýsingar um stöðu fyrirtækja eftir ætlaðan brotatíma hafi takmarkaða þýðingu.³⁴

2.2.1 Markaðshlutdeild

Þegar meta skal markaðshlutdeild er að jafnaði stuðst við upplýsingar hlutaðeigandi fyrirtækja um tekjur þeirra vegna sölu á vöru og/eða þjónustu sem um ræðir, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2006 *Flugþjónustan á Keflavíkurflugvelli ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

Til að meta markaðshlutdeild á mörkuðum fyrir flokkunarmiðstöðvar og förgunarstaði á höfuðborgarsvæðinu aflaði Samkeppniseftirlitið upplýsinga frá Gámaþjónustunni og Sorpu um tekjur og magn fyrirtækjanna vegna starfsemi á þessum mörkuðum fyrir árið 2009 og fyrstu sex mánuði ársins 2010. Í töflum 1 til 4 koma þessar upplýsingar fram ásamt markaðshlutdeild fyrir umrædd tímabil.

Tafla 1: Tekjur í þús. kr. og magn í tonnum auk markaðshlutdeildar Sorpu og Gámaþjónustunnar miðað við tekjur annars vegar og magn hins vegar vegna þjónustu flokkunarmiðstöðva árið 2009.

	Tekjur	Hlutdeild	Magn	Hlutdeild
Sorpa	[...]	[65-70]%	[...]	[65-70]%
Gámaþjónustan	[...]	[30-35]%	[...]	[30-35]%
Samtals	[...]	100%	[...]	100%

Tafla 2: Tekjur í þús. kr. og magn í tonnum auk markaðshlutdeildar Sorpu og Gámaþjónustunnar miðað við tekjur annars vegar og magn hins vegar vegna þjónustu flokkunarmiðstöðva fyrstu sex mánuði ársins 2010.

	Tekjur	Hlutdeild	Magn	Hlutdeild
Sorpa	[...]	[70-75]%	[...]	[65-70]%
Gámaþjónustan	[...]	[25-30]%	[...]	[30-35]%
Samtals	[...]	100%	[...]	100%

Tafla 3: Tekjur Sorpu í þús. kr. og magn í tonnum vegna förgunar (urðunar í Álfnesi) og eftir atvikum endurvinnslu árið 2009.

	Tekjur	Hlutdeild	Magn	Hlutdeild
Sorpa	[...]	100%	[...]	100%

Tafla 4: Tekjur Sorpu í þús. kr. og magn í tonnum vegna förgunar (urðunar í Álfnesi) og eftir atvikum endurvinnslu fyrstu sex mánuði ársins 2010.

	Tekjur	Hlutdeild	Magn	Hlutdeild
Sorpa	[...]	100%	[...]	100%

³⁴ Er sama regla lögð til grundvallar í EES/EB-samkeppniserétti. Sjá t.d. dóm undirréttar EB frá 30. janúar 2007 í máli nr. T-340/03 France Télécom v Commission: „According to the case-law, Article 82 EC refers to the position occupied by the undertaking concerned on the common market at the time when it acted in a way which is alleged to amount to an abuse ... ”



Eins og fram kemur í töflunum er Sorpa með mikla yfirburði hvað markaðshlutdeild varðar á báðum skilgreindum mörkuðum í málinu. Á markaðnum fyrir þjónustu flokkunarmiðstöðva var Sorpa með um [65-70]% hlutdeild árið 2009 hvort heldur sem miðað er við tekjur eða magn. Hlutdeild Gámaþjónustunnar var hins vegar um [30-35]%. Fyrir fyrstu sex mánuði ársins 2010 hafði Sorpa aukið hlutdeildina, sértaklega hlutdeild miðað við tekjur sem var tæplega [70-75]% fyrir umrætt tímabil. Hlutdeild Sorpu miðað við magn var hins vegar tæplega [65-70]%. Hlutur Gámaþjónustunnar á þessu tímabili var á hinn bóginn rúmlega [25-30]% miðað við tekjur og rúmlega [30-35]% miðað við magn.

Hvað varðar markaðinn fyrir förgun/urðun á sorpi er ljóst að Sorpa ríkir þar ein með 100% markaðshlutdeild. Sorpa er því með einokunarstöðu á þeim markaði á höfuðborgarsvæðinu.

Fram hefur komið að 50% markaðshlutdeild feli í sér sönnun á tilvist markaðsráðandi stöðu nema einstakar kringumstæður bendi til annars, sbr. umfjöllun hér að ofan. Ályktunin sem draga má af markaðshlutdeild um markaðsráðandi stöðu er enn sterkari ef fyrirtæki hafa meira en 50% hlutdeild. Í ljósi þessa er það mat Samkeppniseftirlitsins að markaðshlutdeild Sorpu á skilgreindum mörkuðum sé það há að hún gefi, ein og sér, sterklega til kynna að fyrirtækið sé í markaðsráðandi stöðu. Enn fremur hefur komið fram að 20% munur á markaðshlutdeild hins ætlaða ráðandi fyrirtækis og stærsta keppinautar sé sterk vísbending um ráðandi stöðu. Þessi atriði styrkja ótvírætt það mat Samkeppniseftirlitsins að Sorpa sé í markaðsráðandi stöðu á hinum skilgreindu mörkuðum. Eins og nánar verður lýst styrkja önnur atriði sem nú verður fjallað um þetta mat enn frekar.

2.2.2 Fjárhagslegur styrkleiki og tengsl á milli markaða

Við mat á því hvort fyrirtæki sé í markaðsráðandi stöðu getur efnahagslegur styrkleiki á viðmiðunartímabilinu skipt máli, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 8/2008 *Fiskmarkaður Íslands hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Sorpa er sem fyrr segir byggðasamlag og í eigu sjö sveitarfélaga á höfuðborgarsvæðinu. Sveitarfélög fá öruggar tekjur frá útsvari og öðrum lögboðnum gjöldum. Þá bera sveitarfélög sem standa að byggðasamlagi einfalda ábyrgð á skuldbindingum byggðasamlags, sbr. 8. mgr. 94. gr. sveitastjórnarlaga nr. 138/2011. Það þarf því ekki að fjölyrða um það frekar að bakland Sorpu er afar sterkt samanborið við einkarekin fyrirtæki. Rekstur Sorpu er jafnframt undanþeginn tekjuskatti, sbr. 2. tl. 4. gr. laga um tekjuskatt nr. 90/2003.

Þá er ljóst að þó Sorpa mótmæli því að vera í samkeppni við einkafyrirtæki sem koma að meðhöndlun úrgangs, hefur byggðasamlagið tekið undir að það njóti mikilla efnahagslegra yfirburða. Þannig segir t.a.m. í athugasemdum Sorpu þar sem fjallað er um mögulega veikingu hins „meinta markaðar“ vegna efnahagslegs styrks fyrirtækisins:

„Ljóst má vera að hinn meinti markaður hefur ekkert veikt með þeirri staðreynd að SORPA bs. nýtur efnahagslegs styrks af ákveðinni stærðargráðu. SORPU bs. er ómögulegt annað en vera í yfirburðastöðu hvað það varðar enda nýtur hún skattalegs hagræðis, s.s. með undanþágu frá tekjuskattsskyldu auk



Þess fjárhagslega bakhtarls sem eigendur hennar njóta í formi lögbundinna tekjustofna."

Loks framfylgir Sorpa lögboðnum skyldum sveitarfélaganna varðandi söfnun, móttöku og urðun úrgangs. Mest af þeim úrgangi sem fellur til fer á endanum í förgun. Aðeins lítill hluti af heildarmagni fer til endurvinnslu. Það styrkir því óhjákvæmilega stöðu Sorpu á markaðnum fyrir flokkunarmiðstöðvar að búa jafnframt yfir stað til að farga sorpi en þangað fer allt sorp sem ekki er endurvinnanlegt. Slíkt er til þess fallið að skapa hagkvæmni og minnka viðskiptakostnað.

Að mati Samkeppniseftirlitsins styðja þessi atriði enn frekar að Sorpa sé markaðsráðandi á skilgreindum mörkuðum.

2.2.3 Aðgangshindarnir

Við mat á því hvort fyrirtæki teljist vera í markaðsráðandi stöðu er rétt að horfa til þess hvort um sé að ræða aðgangshindranir inn á hlutaðeigandi markað sem takmarka möguleika nýrra keppinauta á að hasla sér þar völl. Aðgangshindranir eru hvers konar hindranir sem gera nýjum keppinauti erfitt að komast inn á viðkomandi markað. Þessar hindranir geta t.d. verið af lagalegum toga. Þær geta falist í nauðsyn þess að ná lágmarksstærð svo rekstur verði hagkvæmur og í miklum óendurkræfum kostnaði ef innkoma á markaðinn misheppnast. Rétt er að hafa í huga að álitamálið er ekki hvort nýr aðili *getur* hafið starfsemi á viðkomandi markaði. Álitamálið er hversu líklegt sé að inn á markaðinn komi burðugur keppinautur sem er fær um að veita fyrirtæki sem þar er fyrir nægilega virka samkeppni þannig að dregið sé verulega úr markaðsstyrk þess, sbr. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 27/2008, *Kvörtun Frostfisks ehf. yfir viðskiptaháttum fiskmarkaða*.

Að mati Samkeppniseftirlitsins eru talsverðar lagalegar hindranir að markaði fyrir móttöku óendurvinnanlegs úrgangs. Samkvæmt lögum nr. 55/2003 um meðhöndlun úrgangs er að finna almenn skilyrði og reglur fyrir rekstri móttöku- eða urðunarstaða. Í VI. kafla er svo að finna sérákvæði um urðunarstaði, þar sem finna má ítarlegri reglur. Samkvæmt 6. gr. laganna skal sækja um starfsleyfi til Umhverfisstofnunar, þar sem ákveðnar upplýsingar þurfa að koma fram um urðunarstaðinn og aðferðir við urðun. Samkvæmt 31. gr. laganna er það skilyrði fyrir starfsleyfi urðunarstaðar að rekstraraðili hafi lagt fram fullnægjandi fjárhagslega tryggingu eða ábyrgð fyrir því að uppfylltar verði þær skyldur sem starfsleyfinu fylgja. Starfsleyfistrygging skal gilda í 30 ár eftir að urðunarstað er lokað og skal fjárhæðin samræmast kostnaði við lokun urðunarstaðarins og þá tíðni vöktunar og sýnatöku sem er rætt um í 24. gr. sem Umhverfisstofnun telur fullnægjandi og miðast við 30 ára vöktunartímabil. Er því um umtalsverða fjárhagslega skuldbindingu að ræða sem rekstraraðili þarf að ráðast í strax í upphafi reksturs og þar af leiðandi töluverða hindrun að markaðnum.

Forsendur þess að unnt sé að setja á laggirnar nýjan förgunarstað eru ýmsar. Nýr förgunarstaður þarf að vera í samræmi við aðalskipulag og mögulega einnig svæðisskipulag sveitarfélags. Þá þarf að sækja um lóð sem jafnvel þarf að taka eignarnámi vegna eðlis starfseminnar. Einnig er nauðsynlegt að framkvæma umhverfismat, setja upp viðunandi varnargarða vegna mengunar og sækja um starfsleyfi



o.fl.³⁵ Reynslan hefur sýnt að sveitarfélög amast við að samþykkja urðunarstaði á landsvæðum sínum vegna lykta og útlitslýta urðunarstaða. Því til staðfestingar nægir að horfa til vandamála sveitarfélaga á Suðurlandi. Urðunarstað Sorpstöðvar Suðurlands að Kirkjuferjuháleigu var lokað vegna andstöðu íbúa og viðkomandi sveitarfélags. Sorpstöð Suðurlands hefur enn ekki tekist að finna landrými fyrir nýjan urðunarstað og því þurfa sveitarfélögin sem að byggðasamlaginu standa að fara með sorp til urðunar í Álfsnesi hjá Sorpu. Að mati Samkeppniseftirlitsins eru því umtalsverðar aðgangshindranir inn á markaðinn fyrir förgun sorps.

2.2.4 Niðurstaða

Með hliðsjón af framangreindu er það mat Samkeppniseftirlitsins að Sorpa hafi umtalsverða yfirburði yfir keppinaut sinn, Gámaþjónustuna, á markaðnum fyrir þjónustu flokkunarmiðstöðva. Í því sambandi skiptir mestu máli há markaðshlutdeild á viðmiðunartímabilinu 65-75% hvort heldur sem miðað er við tekjur eða magn. Einnig hefur í þessu sambandi áhrif að Sorpa er í eigu allra sveitarfélaga á höfuðborgarsvæðinu og miklar aðgangshindranir eru til staðar. Með hliðsjón af þessu er það mat Samkeppniseftirlitsins að Sorpa sé markaðráðandi á markaði fyrir þjónustu flokkunarmiðstöðva. Þá telur Samkeppniseftirlitið að Sorpa sé einnig markaðsráðandi á markaðnum fyrir förgun sorps á höfuðborgarsvæðinu. Þar er Sorpa með einokunarstöðu auk þess sem miklar aðgangshindranir eru að þeim markaði.

³⁵ Sjá t.d. 13. gr. skipulagslaga nr. 123/2010, lög um framkvæmd eignarnáms nr. 11/1973, lög um mat á umhverfisáhrifum nr. 106/2000 einkum 5. gr. og 12. tl. viðauka eitt og 5. gr. laga um meðhöndlun úrgangs nr. 55/2003.



IV. Misnotkun á markaðsráðandi stöðu

Í máli þessu þarf að taka afstöðu til þess hvort Sorpa bs. hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005. Fyrst verður fjallað almennt um túlkun á 11. gr. samkeppnislaga. Þá verður fjallað um túlkun c. liðar 2. mgr. 11. gr. laganna. Loks verður fjallað um mismunun Sorpu í afsláttum sem standa viðskiptavinum byggðasamlagsins til boða.

1. Um 11. gr. samkeppnislaga

Í 11. gr. samkeppnislaga er lagt bann við hvers konar misnotkun fyrirtækis á markaðsráðandi stöðu þess. Ákvæði 11 gr. eru byggð á 54. gr. EES-samningsins og við túlkun þeirra er almennt rétt að hafa einnig hliðsjón af EES/ESB-samkeppnisrétti, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008 HF. *Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu*. Túlka ber ákvæðin í tengslum við það íslenska lagaumhverfi sem það tilheyrir og með hliðsjón af markaðsaðstæðum hér á landi. Í heild sinni hljóðar 11. gr. samkeppnislaga svo:

„Misnotkun eins eða fleiri fyrirtækja á markaðsráðandi stöðu er bönnuð. Misnotkun skv. 1. mgr. getur m.a. falist í því að:

- a. beint eða óbeint sé krafist ósanngjarns kaup- eða söluverðs eða aðrir ósanngjarnir viðskiptaskilmálar settir,*
- b. settar séu takmarkanir á framleiðslu, markaði eða tækniþróun, neytendum til tjóns,*
- c. viðskiptaaðilum sé mismunað með ólíkum skilmálum í sams konar viðskiptum og samkeppnisstaða þeirra þannig veikt,*
- d. sett sé það skilyrði fyrir samningagerð að hinir viðsemjendurnir taki á sig viðbótarskuldbindingar sem tengjast ekki efni samninganna, hvorki í eðli sínu né samkvæmt viðskiptavenju.“*

Eins og fram kemur í 11. gr. er upptalningin í henni á því í hverju misnotkun geti verið fólgin ekki tæmandi, sbr. einnig t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2006 *Dagur Group hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

Í dómi Héraðsdóms Reykjavíkur, sem staðfestur var með vísan til forsendna af Hæstarétti Íslands í máli nr. 550/2007 *Árdegi hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*, segir:

„Skilgreina verður hverju sinni hvort um misnotkun er að ræða á markaðsráðandi stöðu sem er bönnuð samkvæmt 11. gr. samkeppnislaga, en í lagagreininni kemur ekki fram tæmandi talning á því hvað teljist misnotkun, eins og réttilega kemur fram í úrskurði áfrýjunarnefndarinnar.“

Í samkeppnisrétti er talið að misnotkun sé hlutlægt hugtak sem vísar til hegðunar markaðsráðandi fyrirtækis sem er til þess fallin að hafa áhrif á gerð tiltekins markaðar þar sem samkeppni er þegar takmörkuð vegna þess að á markaðnum er fyrir hendi markaðsráðandi fyrirtæki. Hegðunin felst í aðgerðum sem ekki geta talist til eðlilegrar samkeppni (e. *normal competition*) í skilningi samkeppnisréttarins. Í úrskurði



áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2006 *Flugþjónustan á Keflavíkurflugvelli ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu* segir:

„Verður almennt talið að um misnotkun á markaðsráðandi stöðu sé að ræða þegar fyrirtæki beita aðferðum á tilteknum markaði sem ekki er unnt að samrýma eðlilegri samkeppni og hindra hana eða vöxt hennar. Af framangreindu leiðir að markaðsráðandi fyrirtæki má ekki grípa til neinna aðgerða sem veikt geta keppinauta þess og þar með styrkt markaðsráðandi stöðu sína nema aðgerðirnar helgist af samkeppni á grundvelli rekstrarlegrar frammistöðu fyrirtækisins.“

Samkvæmt þessu er markaðsráðandi fyrirtæki óheimilt að styrkja stöðu sína á markaði með öðrum aðgerðum en samkeppni á grundvelli rekstrarlegrar frammistöðu fyrirtækisins (e. *competition on the merits*). Hér má einnig vísa t.d. til úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála í málum nr. 17-18/2003, 4/2007, 3/2008 og dóma dómstóla EB.³⁶

Framangreint þýðir óhjákvæmilega að möguleikar markaðsráðandi fyrirtækja til að taka þátt í samkeppni eru takmarkaðri heldur en almennt er heimilt í viðskiptum, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2011 *Vífilfell hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Hugtakið eðlileg samkeppni í framangreindum skilningi hefur því þrengri merkingu en sú samkeppni sem fyrirtæki geta stundað sem ekki eru í ráðandi stöðu. Markaðsráðandi fyrirtæki er þannig ekki heimilt að keppa á grundvelli verðlagningar nema sú samkeppni byggist á eðlilegum efnahagslegum grunni.³⁷ Það getur því verið ólöglegt fyrir markaðsráðandi fyrirtæki að grípa til ráðstafana sem almennt þykja sjálfsagðar á samkeppnismarkaði, eins og t.d. að bjóða viðskiptavinum smærri keppinautar lægra verð. Þessi regla helgast af þeirri ríku skyldu sem hvílir á markaðsráðandi fyrirtækjum, sbr. dóm Hæstaréttar Íslands frá 18. nóvember 2010 í máli nr. 188/2010 *Hagar hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

Í hinni ríku skyldu sem hvílir á markaðsráðandi fyrirtækjum í samkeppnisrétti felst að þau mega ekki grípa til neinna ráðstafana sem raskað geta með óeðlilegum hætti þeirri samkeppni sem ríkir á markaðnum eða misbeita með öðrum hætti stöðu sinni, sbr. m.a. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008 *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu*.³⁸ Umfang hinnar sérstöku skyldu sem hvílir á markaðsráðandi fyrirtækjum um að raska ekki samkeppni ræðst af atvikum í hverju máli

³⁶ Í dómi undirréttar ESB í máli nr. T-301/04 *Clearstream Banking AG v Commission* [2009] 5 CMLR 24 er dómaframkvæmdin að þessu leyti dregin saman með eftirfarandi hætti: „According to settled case-law, the concept of abuse is an objective concept relating to the behaviour of an undertaking in a dominant position which is such as to influence the structure of a market where, as a result of the very presence of the undertaking in question, the degree of competition is weakened and which, through recourse to methods different from those which condition normal competition in products or services on the basis of the transactions of commercial operators, has the effect of hindering the maintenance of the degree of competition still existing on the market or the growth of that competition.“

³⁷ Sjá t.d. Dr. Hans-Georg Kamann og Ellen Bergman, *The Granting of Rebates by Market Dominant undertakings under Article 82 of the EC Treaty*, [2005] ECLR 83. „A market dominant undertaking is not allowed to take recourse to price and rebate methods which do not constitute normal means of efficiency competition. Such methods would constitute an abuse under Article 82. EC.“

³⁸ Sjá einnig t.d. dóm dómstóls ESB í máli nr. 322/81 *Michelin v. Commission* [1983] ECR 3461.



fyrir sig.³⁹ Við nánari skilgreiningu á umræddri skyldu ber að líta til ákvæðis 1. gr. samkeppnislaga, en samkvæmt því skal markmiði laganna náð með því m.a. að vinna gegn skaðlegri fákeppni og samkeppnishömlum og að auðvelda nýjum keppinautum aðgengi að markaðnum, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 8/2008 *Fiskmarkaður Íslands hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

Má telja að skyldur fyrirtækja nái m.a. til þess að vinna ekki gegn framangreindum markmiðum samkeppnislaga, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2006. Þá ber að horfa til þess að skyldur markaðsráðandi fyrirtækja geta að öðru jöfnu verið því ríkari þeim mun sterkari sem staða þeirra á markaðnum er enda má ætla að samkeppni veikist þá að sama skapi meira, sbr. nefnda úrskurði áfrýjunarnefndar í málum nr. 17-18/2003 og 4/2007. Af þessari skyldu leiðir m.a. að markaðsráðandi fyrirtæki geta brotið 11. gr. samkeppnislaga með aðgerðum sem einar og sér fela ekki í sér misnotkun, t.d. gerð samninga.⁴⁰

Misnotkun á markaðsráðandi stöðu getur falist í hvers konar aðgerðum sem miða að því að styrkja eða verja hina ráðandi stöðu.⁴¹ Misnotkunin getur einnig verið fólgin í því að vinna gegn framangreindum markmiðum samkeppnislaga ef slíkar aðgerðir byggja ekki á eðlilegum samkeppnislegum forsendum. Misnotkun þarf því ekki að felast í því að hinni markaðsráðandi stöðu sé beitt eða að misnotkunin byggji á hinum efnahagslega styrkleika sem felst í markaðsráðandi stöðu.⁴² Kjarni þeirrar misnotkunar á markaðsráðandi stöðu sem raskar samkeppni er að hegðun markaðsráðandi fyrirtækis sé til þess fallin að hamla þeirri takmörkuðu samkeppni sem er á markaðnum eða hindra vöxt hennar.⁴³ Markaðsráðandi fyrirtæki mega þannig ekki grípa til óeðlilegra aðgerða sem miða að því að styrkja stöðu sína á markaðnum, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar í málum nr. 17-18/2003.

Ljóst er að brot á 11. gr. samkeppnislaga er ekki háð því að sýnt sé fram á skaðleg áhrif á samkeppni. Hefur áfrýjunarnefnd ítrekað byggt á þessari túlkun í úrskurðum sínum og

³⁹ Sjá t.d. dóm dómstóls ESB í máli nr. C-333/94P, *Tetra Pak v. Commission* [1996] ECR I-5951.

⁴⁰ Sjá hér t.d. dóm undirréttar ESB í máli nr. T-111/96 ITT *Promedia NV. v Commission* [1998] ECR II-2937: „It follows from the nature of the obligations imposed by Article 86 [nú 102. gr. TFEU] of the Treaty that, in specific circumstances, undertakings in a dominant position may be deprived of the right to adopt a course of conduct or take measures which are not in themselves abuses and which would even be unobjectionable if adopted or taken by non-dominant undertakings ... Thus, the conclusion of a contract or the acquisition of a right may amount to abuse for the purposes of Article 86 of the Treaty if that contract is concluded or that right is acquired by an undertaking in a dominant position.“ Sjá einnig t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB frá 15. júní 2005 í máli nr. COMP/A.37.507 *AstraZeneca*: „... conduct which may be permissible in a normal competitive situation may amount to an abuse if carried out by dominant firms. Undertakings in a dominant position may be deprived of the right to adopt a course of conduct or take measures which are not in themselves abuses and which would even be unobjectionable if adopted or taken by non-dominant undertakings.“

⁴¹ Sjá t.d. dóm undirréttar ESB í máli nr. T-128/98 *Aéroports de Paris v Commission* [2000] ECR II-3929. Sjá einnig ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB frá 15. júní 2005 í máli nr. COMP/A.37.507 *AstraZeneca*: ... „the Court of Justice has held that the strengthening of the position of an undertaking may be an abuse and prohibited under Article 82 of the Treaty, regardless of the means and procedure by which it is achieved, and even irrespective of any fault.“

⁴² Sjá hér dóm dómstóls ESB í máli nr. 6/72 *Europemballage and Continental Can v Commission* [1973] ECR 215: Í málinu benti dómstóllinn á þetta: „Such being the meaning and the scope of article 86 of the EEC treaty, the question of the link of causality ... between the dominant position and its abuse, is of no consequence, for the strengthening of the position of an undertaking may be an abuse and prohibited under article 86 of the treaty, regardless of the means and procedure by which it is achieved, ...“

⁴³ Sjá hér dóm dómstóls ESB í máli nr. 85/76 *Hoffman-La Roche v Commission* [1979] ECR 461.



hefur hún verið staðfest af dómstólum, sbr. t.d. dóm Hæstaréttar í máli nr. 550/2007 Árdegi hf. gegn Samkeppniseftirlitinu. Byggt er á sömu túlkun í EES/ESB samkeppnisrétti.⁴⁴

2. Mismunun Sorpu gagnvart viðskiptavinum

Í c. lið 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga er sérstaklega tekið fram að bann við misnotkun á markaðsráðandi stöðu taki m.a. til þess þegar „viðskiptaaðilum sé mismunað með ólíkum skilmálum í sams konar viðskiptum og samkeppnisstaða þeirra þannig veikt.“ Í athugasemdum við frumvarp það sem varð að framangreindu ákvæði segir eftirfarandi:⁴⁵

„Þessi staflíður tekur t.d. til misnotkunar sem felst í því að fyrirtæki býður sumum af viðsemjendum sínum afslætti sem ekki bjóðast öðrum sem eiga við það sams konar viðskipti. Almenn er afsláttarfyrirkomulag sem byggist á kostnaðarlegum forsendum, þ.e. verðlækkun sem grundvallast á lægri kostnaði, ekki talið hafa skaðleg áhrif á samkeppni, heldur er þvert á móti talið geta eflt virka samkeppni, byggist það á hlutlægum og sanngjörnum forsendum sem kaupendur þekkja. Afsláttur, eða verðlækkun, sem ekki byggist á slíkum sjónarmiðum, t.d. svokallaðir tryggðarafslættir, geta hins vegar haft áhrif á samkeppni milli fyrirtækja og þar með á aðgang að markaðnum. Þetta á sérstaklega við þar sem samkeppni er þegar takmörkuð, t.d. vegna markaðsráðandi fyrirtækis á viðkomandi markaði. Nauðsynlegt er að kanna í hverju einstöku tilfelli fyrir sig hvenær aðilum er mismunað með ólíkum skilmálum í skilningi ákvæðisins.“

Álykta má af framangreindu að markaðsráðandi fyrirtæki geti brotið gegn ákvæðinu ef það mismunar sambærilegum viðskiptaaðilum sínum, t.d. með afsláttum eða skilmálum, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar í máli nr. 8/2006 *Osta- og smjörsalan sf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Er markaðsráðandi fyrirtæki þannig óheimilt að vera með mismunandi verð til viðskiptavina sinna ef mismunurinn byggist á ekki á raunverulegum málefnalegum forsendum.⁴⁶

⁴⁴ Sjá t.d. dóm EFTA dómstólsins frá 18. apríl 2012 í máli nr. E-15/10: „... the argument of the applicant that ESA was required to demonstrate actual anti-competitive effects must be rejected. It was sufficient for ESA to show that the conduct in question was liable to distort competition by raising barriers to entry and, therefore, to the maintenance or growth of the competition still existing in the market. For the same reason, it is immaterial whether an “as efficient competitor” could have competed effectively with Norway Post. As ESA has correctly pointed out, it is for the competitive process to decide, without being distorted, which firms stay in the market.“ Sjá einnig dóm dómstóls ESB frá 19. apríl 2012 í máli nr. C-549/10 Tomra v Commission: „...it is therefore unnecessary to undertake an analyse of the actual effects of the rebates on competition given that, for the purposes of establishing an infringement of Article 102 TFEU, it is sufficient to demonstrate that the conduct at issue is capable of having an effect on competition, as recalled in paragraph 68 of this judgment.“

⁴⁵ Sjá athugasemdir við frumvarp sem varð að breytingarlögum nr. 107/2000 á samkeppnislögum nr. 8/1993. Ákvæði 11. gr. nógildandi samkeppnislaga er samhljóða þessu, sbr. athugasemdir við það ákvæði.

⁴⁶ Sjá t.d. dóm undirréttar ESB frá 9. september 2009 í máli nr. T-301/04 Clearstream v Commission: „Discriminatory pricing by an undertaking in a dominant position is prohibited by subparagraph (c) of the second paragraph of Article 82 EC, which refers to abuse consisting in ‘applying dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage’.

Thus, according to the case-law, an undertaking may not apply artificial price differences such as to place its customers at a disadvantage and to distort competition (Case T-83/91 Tetra Pak v Commission [1994] ECR II-755, paragraph 160, and Deutsche Bahn v Commission, paragraph 65 above, paragraph 78).“



Rökin að baki því eru þau að ef markaðsráðandi fyrirtæki mismunar sambærilegum viðskiptaaðilum þá er það til þess fallið að skekkja samkeppnisstöðu þessara viðskiptaaðila á viðkomandi markaði. Þannig er þessi háttsemi markaðsráðandi fyrirtækis til þess fallin að hafa í för með sér röskun á samkeppni milli viðskiptaaðila þess. Ekki er skilyrði fyrir broti að sýnt sé fram á skaðleg áhrif í raun.⁴⁷

Í eftirfarandi undirköflum verður fjallað nánar um gjaldskrár Sorpu og skaðleg áhrif þeirra á samkeppni annars vegar í útboði fyrir sorphirðu í Hafnarfirði og hins vegar samningi Sorpu og Sorpstöðvar Suðurlands frá 22. maí 2009.

2.1 Gjaldskrár og afslættir Sorpu

Hjá Sorpu eru í gildi gjaldskrár fyrir m.a. móttökustöðina í Gufunesi og urðunarstaðinn í Álfsnesi. Veittir eru afslættir frá þessum gjaldskrárm. Eru viðskiptakjörin eftirfarandi:

- Fyrir viðskipti að upphæð 500.000-1.000.000 kr. er veittur 3% afsláttur.
- Fyrir viðskipti að upphæð 1.000.001–5.000.000 kr. er veittur 5% afsláttur.
- Fyrir viðskipti yfir 5.000.000 kr. er veittur 7% afsláttur.

Afslættir þessir eru veittir eftir á ef viðskiptavinur hefur staðið í skilum. Þessi afsláttarkjör tóku gildi 1. desember 2009. Með gjaldskrárbreytingu sem þá var gerð var viðmið fyrir hámarksafslátt hækkað úr 3.000.000 kr. í 5.000.000 kr.

Á urðunarstaðnum í Álfsnesi gilda þessir afslættir fyrir alla aðila, bæði einstaklinga og fyrirtæki. Eina undantekningin er að eigendur Sorpu, þ.e. sveitarfélögin á höfuðborgarsvæðinu, njóta hæsta afsláttarins (7%) óháð umfangi viðskipta.

Hvað varðar móttökustöðina í Gufunesi njóta allir viðskiptavinir sömu afsláttarkjara þar nema sveitarfélögin sem standa að Sorpu. Frá 1. janúar 2010 hafa þau verið með 18% afslátt. Frá 1. janúar 2009 þar til breytingin var gerð 1. janúar 2010, voru þau með 14% afslátt. Þetta gildir þó aðeins um heimilisúrgang sem safnað er úr tunnum íbúa. Eina undantekningarnar frá þessu er að Sorpstöð Suðurlands nýtur samkvæmt sérstökum samningi um viðskiptakjör frá 30. nóvember 2009 tímastýrðra afslátta. Nánar verður fjallað um þá afslætti hér á eftir í kafla um samning Sorpu og Sorpstöðvar Suðurlands bs.

Við meðferð þessa máls veitti Sorpa yfirlit yfir þróun afsláttarkjara fyrirtækisins frá stofnun þess. Samkvæmt þeim upplýsingum voru afsláttarkjör í móttökustöðinni í Gufunesi fram til 1. júlí 2001 að mestu tímastýrð, þ.e. afslátturinn var háður því hvenær

⁴⁷ Sjá m.a. dóm dómstóls ESB í máli nr. C-95/04P British Airways v Commission [2007] ECR I-2331: „Therefore, in order for the conditions for applying subparagraph (c) of the second paragraph of Article 82 EC to be met, there must be a finding not only that the behaviour of an undertaking in a dominant market position is discriminatory, but also that it tends to distort that competitive relationship, in other words to hinder the competitive position of some of the business partners of that undertaking in relation to the others (see, to that effect, Suiker Unie, paragraphs 523 and 524).

In that respect, there is nothing to prevent discrimination between business partners who are in a relationship of competition from being regarded as being abusive as soon as the behaviour of the undertaking in a dominant position tends, having regard to the whole of the circumstances of the case, to lead to a distortion of competition between those business partners. In such a situation, it cannot be required in addition that proof be adduced of an actual quantifiable deterioration in the competitive position of the business partners taken individually.”



tíma dags viðskiptin fóru fram. Söfnunarfyritæki fengu þó 3% afslátt af mánaðarviðskiptum allt að 1.500.000 kr. Ef mánaðarviðskipti fóru umfram 1.500.000 kr. var veittur 5% afsláttur. Forsenda afsláttarins var að móttökugjöldin væru greidd eigi síðar en 30 dögum frá útgáfudegi reiknings.

Frá 1. júlí 2001 var tímastýrður afsláttur lagður af og farið yfir í það afsláttarfyrirkomulag að allir viðskiptamenn aðrir en eigendur nutu afslátta út frá fjárhæð viðskipta. Mánaðarleg viðskipti að upphæð 300.000-600.000 kr. gáfu 3% afslátt. Viðskipti að upphæð 600.001-3.000.000 kr. gáfu 5% afslátt. Ef viðskiptin fóru yfir 3.000.001 kr. var veittur 7% afsláttur. Forsendur voru þær að viðskiptavinur væri í skilum með mánaðarleg viðskipti og gilti afslátturinn bæði í móttökustöðinni og á urðunarstaðnum. Frá þessum tíma var afsláttur eigenda 7% án tillits til upphæðar viðskipta ef viðkomandi eigandi stóð í skilum með mánaðarleg viðskipti.

Þann 1. janúar 2008 voru gerðar þær breytingar að greiðslufrestur eigenda var lengdur þannig að ef greitt var innan 45 daga hélst afsláttur óskertur. Þá voru þann 1. janúar 2009 gerðar þær breytingar að afsláttur aðildarsveitarfélaganna vegna heimilisúrgangs sem barst í móttökustöð Sorpu var hækkaður í 14%. Afsláttur sveitarfélaganna fyrir annan úrgang var áfram 7% án tillits til magns. Þann 1. desember 2009 var viðmið fyrir hæsta almenna afsláttinn (7%) hækkað úr 3.000.000 kr. í 5.000.000 kr. Þann 1. janúar 2010 var svo afsláttur aðildarsveitarfélaganna á heimilissorpi hjá móttökustöðinni hækkaður úr 14% í 18%.

Samkvæmt framansögðu er ljóst að sveitarfélögin á höfuðborgarsvæðinu, sem jafnframt eru eigendur Sorpu, njóta umtalsvert betri afsláttarkjara en einstaklingar og fyrirtæki. Þá er jafnframt ljóst að munur á afsláttarkjörum milli þessara aðila, þ.e. eigenda annars vegar og annarra aðila hins vegar, hefur aukist með þeim breytingum sem gerðar voru á afsláttarkjörum Sorpu árin 2009 og 2010. Þá var afsláttur til eigenda á heimilissorpi í móttökustöðinni hækkaður í tveimur skrefum, fyrst í 14% (1. janúar 2009) og svo í 18% (1. janúar 2010). Í millitíðinni (1. desember 2009) hækkaði hins vegar viðmiðið fyrir hæsta almenna afsláttinn. Sorpa hefur sem fyrr segir bent á að þessi munur á afsláttarkjörum skýrist af því að verið sé að veita eigendum Sorpu arð í formi afslátta.

Til að meta hvort samhengi væri á milli magns og viðskiptakjara sem Sorpa hafði veitt óskaði Samkeppniseftirlitið eftir upplýsingum um tekjur og móttekið magn sundurliðað eftir 20 stærstu viðskiptavinum fyrirtækisins (að eigendum meðtöldum) fyrir árið 2009 og fyrstu sex mánuði ársins 2010. Í eftirfarandi töflum koma fram upplýsingar um þau afsláttarkjör sem þessir u.þ.b. 20 stærstu viðskiptavinir nutu hjá Sorpu. Framsetningin er þannig að sá aðili sem var með umfangsmestu viðskiptin að jafnaði á mánuði miðað við verðmæti fær gildið 1.000. Umfang viðskipta hjá öðrum er reiknað sem hlutfall af þeirri tölu. Þá koma fram í töflunni afsláttarkjör hvers viðskiptavinar. Í töflum 5 og 6 koma þessar upplýsingar fram fyrir móttökustöðina í Gufunesi fyrir umrætt tímabil.

Tafla 5: Upplýsingar um umfang viðskipta og afslátt stærstu viðskiptavina móttökustöðvar Sorpu í Gufunesi árið 2009.

Viðskiptavinur	Umfang viðskipta	Afsláttur
[Eigandi 1]	1.000	14%



Endurvinnslustöðvar ⁴⁸	462	14%
[...]	442	7%
[Eigandi 2]	250	14%
[...]	110	5%
[Eigandi 3]	91	14%
[...]	89	5%
[Eigandi 4]	75	14%
[Eigandi 5]	39	14%
[Eigandi 6]	20	14%
[...]	17	0%
[...]	15	0%
[...]	14	0%
[...]	12	0%
[...]	11	0%
[...]	11	0%
[...]	10	0%
[...]	8	0%
Staðgreitt	7	0%
[...]	7	0%

Tafla 6: Upplýsingar um umfang viðskipta og afslátt stærstu viðskiptavina móttökustöðvar Sorpu í Gufunesi fyrstu sex mánuði ársins 2010.

Viðskiptavinur	Umfang viðskipta	Afsláttur
[Eigandi 1]	1.000	18%
[...]	452	7%
Endurvinnslustöðvar	403	7%
[...]	255	7%
[Eigandi 2]	249	18%
[Eigandi 3]	101	18%
[Eigandi 4]	73	18%
[...]	65	5%
[Eigandi 5]	39	18%
[Eigandi 6]	21	18%
[...]	17	0%
[...]	17	0%
[...]	14	0%
[...]	12	0%
[...]	9	0%
[...]	9	0%
[...]	8	0%
[...]	6	0%
Staðgreitt	6	0%

⁴⁸ Endurvinnslustöðvar sem Sorpa starfrækir fyrir sveitarfélögin á höfuðborgarsvæðinu eru sex talsins. <http://www.sorpa.is/Starfsstodvar/Endurvinnslustodvar/>.



[...]	6	0%
-------	---	----

Eins og ljóst er af töflunum er ekki samræmi milli umfangs viðskipta og þess afsláttar sem viðskiptavinir hjá móttökustöð Sorpu nutu. Á þetta við um bæði umrædd tímabil. Mismunurinn birtist helst í því að eigendur fengu u.þ.b. tvöfaldan afslátt (afsláttur til eigenda var 2,6 faldur árið 2010) á við þann hámarksafslátt sem aðrir viðskiptavinir nutu. Fengu eigendur þennan afslátt óháð magni. Þannig fengu sveitarfélög með hlutfallslega mjög lítið magn eins og t.d. Garðabær, Mosfellsbær, Seltjarnarnes og Álftanes hámarksafslátt (18% árið 2010) meðan aðrir viðskiptavinir með sambærilegt magn fengu jafnvel engan afslátt. Í töflum 7 og 8 koma sambærilegar upplýsingar fram fyrir urðunarstað Sorpu í Álfsnesi.⁴⁹

Tafla 7: Upplýsingar um umfang viðskipta og afslátt stærstu viðskiptavina urðunarstaðar Sorpu í Álfsnesi árið 2009.

Viðskiptavinur	Umfang viðskipta	Afsláttur
[...]	1.000	7%
[...]	414	7%
[...]	225	5%
[...]	119	5%
[...]	99	5%
Endurvinnslustöðvar	73	5%
[...]	71	3%
[...]	64	3%
[...]	58	3%
[...]	38	3%
[...]	12	0%
[...]	10	0%
[...]	8	0%
[...]	5	0%
[...]	5	0%
[...]	5	0%
[...]	5	0%
[...]	5	0%
[Eigandi 1]	5	7%
Staðgreitt	5	0%
[Eigandi 3]	4	7%
[Eigandi 5]	2	7%

Tafla 8: Upplýsingar um umfang viðskipta og afslátt stærstu viðskiptavina urðunarstaðar Sorpu í Álfsnesi fyrstu sex mánuði ársins 2010.

Viðskiptavinur	Umfang viðskipta	Afsláttur
----------------	------------------	-----------

⁴⁹ Tekið skal fram að samkvæmt upplýsingum Sorpu er stærsti viðskiptavinur urðunarstaðarins móttökustöð Sorpu í Gufunesi. Upplýsingar um magn og verðmæti móttökustöðvarinnar eru þó ekki birtar í töflunum enda um innbyrðis viðskipti Sorpu að ræða. Þá hefur Sorpa einnig upplýst að afslættirnir séu veittir á grundvelli mánaðarviðskipta. Aðilar með mikil viðskipti í einum mánuði geti því fengið tiltekinn afslátt þó aðrir með meiri viðskipti sem dreifast jafnar yfir árið eða umrætt sex mánaða tímabil njóti ekki sömu afsláttarkjara.



[...]	1.000	7%
[...]	414	7%
[Eigandi 7]	225	5%
[...]	119	5%
[...]	99	5%
[...]	73	5%
Endurvinnslustöðvar	71	3%
[...]	64	3%
[...]	58	3%
[...]	38	3%
[...]	12	0%
[...]	10	0%
[...]	8	0%
[Eigandi 3]	5	0%
[...]	5	0%
[...]	5	0%
[...]	5	0%
[...]	5	0%
[...]	5	7%
[...]	5	0%
[Eigandi 5]	4	7%
[Eigandi 1]	2	7%

Ljóst er að ekki er eins mikill munur á afsláttarkjörum milli eigenda Sorpu annars vegar og annarra almennra viðskiptavina hins vegar á urðunarstaðnum í Álfsnesi og í móttökustöðinni. Eftir sem áður er þó ljóst að minni sveitarfélögin á höfuðborgarsvæðinu njóta hámarksafsláttar á meðan aðrir viðskiptavinir sem koma með sambærilegt magn og þau fá jafnvel engan afslátt.

Að mati Samkeppniseftirlitsins er ljóst af framangreindu að Sorpa hefur mismunað viðskiptavinum sínum í veittum afsláttum frá gjaldskrá sinni bæði á móttökustöðinni í Gufunesi og á urðunarstað í Álfsnesi.

Eins og áður segir er í 11. gr. samkeppnislaga sérstaklega tekið fram að bann við misnotkun á markaðsráðandi stöðu taki m.a. til þess þegar viðskiptaaðilum sé mismunað með ólíkum skilmálum í sams konar viðskiptum og samkeppnisstaða þeirra þannig veikt. Samkeppniseftirlitið bendir á að afsláttarfyrirkomulag sem byggir á kostnaðarlegum og hlutlægum forsendum, þ.e. verðlækkun sem grundvallast á lægri kostnaði, er að öllu jöfnu ekki talin hafa skaðleg áhrif á samkeppni.⁵⁰ Það mismunar ekki viðskiptavinum í sambærilegum viðskiptum og hefur að öðru jöfnu ekki skaðleg áhrif á samkeppni. Sorpa hefur í þessu máli ekki sýnt fram á að kostnaðarlegar forsendur réttlæti þann mismun sem er á afsláttarkjörum til eigenda annars vegar og almennra viðskiptavina hins vegar. Sorpa hefur aðeins vísað til þess að afslátturinn feli í sér ígildi arðs til eigenda

⁵⁰ Sjá t.d. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 4/2010 *Misnotkun Lyfja og heilsu hf. á markaðsráðandi stöðu sinni*.



fyrirtækisins. Gámaþjónustan hefur á hinn bóginn haldið því fram að samkeppnisstöðu fyrirtækisins á markaði fyrir flokkunarmiðstöðvar hafi verið raskað með þessum mismunandi afsláttarkjörum. Hefur fyrirtækið í því sambandi vísað til útboðs Hafnarfjarðarbæjar á sorphirðu frá ágúst 2009 fyrir árin 2010-2013 og einnig til samnings sem Sorpa hafi gert við Sorpstöð Suðurlands í maí 2009 þar sem boðin voru hærri afsláttarkjör af móttökugjöldum en almennt séu veitt hjá fyrirtækinu. Verður nú fjallað nánar um þessi atriði auk þess sem sjónarmið Sorpu um réttmæti mismunandi afsláttarkjara til eigenda verða metin.

2.2 Útboð Hafnarfjarðar á sorphirðu

2.2.1 Sjónarmið málsaðila

Í máli Sorpu kemur fram að útboð Hafnarfjarðarbæjar á sorphirðu innan sveitarfélagsins hafi verið framkvæmt á grundvelli laga um opinber innkaup nr. 84/2007. Með útboði sé ákveðin þjónusta skilgreind og aðilum á markaði gefinn kostur á að bjóða sitt lægsta verð fyrir að inna þjónustuna af hendi. Þegar opinber aðili skilgreini þjónustu í útboðsgögnum sínum hafi hann fullt frelsi til að gera það á eigin forsendum. Þannig hefði Hafnarfjarðarbær vel getað sett fram það skilyrði að bílafloti í eigu bæjarins yrði að vera notaður eða að jafnvel að starfsmenn bæjarins yrðu nýttir að einhverjum hluta. Í þessu tilviki hafi aðilum á markaði verið boðið að skila úrganginum í gegnum fyrirtæki kaupandans, þ.e. Sorpu. Það sé í raun bjóðandanum óviðkomandi hvort eða hvaða kostnað kaupandinn þurfi sjálfur að bera til að halda úti rekstri sínum. Þá bendir Sorpa á að afslættirnir séu eingöngu veittir fyrir þann úrgang sem sveitarfélögin safna sjálf frá heimilum íbúa, sem sveitarfélögin hafi öll ákveðið að sinna hvort eð er.

Gámaþjónustan heldur því fram að umrædd verðmismunun hafi skaðleg áhrif á samkeppni og fari gegn samkeppnislögum. Nánar er fjallað um sjónarmið Gámaþjónustunnar um skaðleg áhrif hér að neðan.

2.2.2 Mat Samkeppniseftirlitsins

Í máli Gámaþjónustunnar kemur fram að fyrirtækið hafi annast sorphirðu og tekið á móti úrgangi frá heimilum og stofnunum Hafnarfjarðarbæjar í móttökustöð sinni í Hafnarfirði á grundvelli útboðs frá árinu 2003. Óflokkaður úrgangur frá heimilum í Hafnarfirði hafi verið pressaður í bagga í móttöku- og flokkunarstöð Gámaþjónustunnar í Hafnarfirði og fluttur þaðan til urðunar á urðunarstað Sorpu í Álfsnesi (án viðkomu í Gufunesi).

Samkvæmt nýrri gjaldskrá Sorpu hafi Hafnarfjarðarbær þann möguleika að fara með úrganginn í móttökustöð Sorpu og fái þar aukinn afslátt frá því sem áður hafi verið, þ.e. 18% afslátt frá 1. janúar 2010. Ef hins vegar Hafnarfjarðarbær myndi taka tilboði Gámaþjónustunnar (og þar með nýta sér böggunarstöð fyrirtækisins í Hafnarfirði) fengi hvorki Gámaþjónustan né Hafnarfjarðarbær umræddan afslátt hjá Sorpu þegar sorpinu væri skilað til urðunar í Álfsnesi. Af þessu sé augljóst að mati Gámaþjónustunnar að ekki sé gert ráð fyrir þeim möguleika að úrgangur frá heimilum og stofnunum Hafnarfjarðarbæjar verði framvegis fluttur til böggunar annars staðar en í móttökustöð Sorpu í Gufunesi. Með þessu sé verið að „*sölsa undir*“ móttökustöð Sorpu sem mest magn með afsláttarboðum til sveitarfélaga og koma þannig í veg fyrir að aðrar móttökustöðvar fái viðskipti. Móttökustöð Gámaþjónustunnar sé með öðrum orðum



dæmd úr leik fyrirfram í útboðsgögnum Hafnarfjarðarbæjar þar sem ekki fáist sambærilegur afsláttur samkvæmt útboðinu með því að fara með úrganginn í gegnum móttökustöð Gámaþjónustunnar til urðunar í Álfsnesi. Að mati Gámaþjónustunnar feli þetta í sér röskun á samkeppni frá því sem var árið 2003 þegar öll fyrirtæki hafi setið við sama borð hvað varðaði mögulega afslætti hjá Sorpu.

Í erindi Gámaþjónustunnar er þetta útskýrt nánar með dæmi. Segir að gjaldskrá Sorpu í Gufunesi fyrir flokk 101 samkvæmt verðskrá (blandaður úrgangur) sé þannig að verð fyrir Hafnarfjarðarbæ sé 9,21 kr. á kg án vsk. Innifalið í því verði sé móttaka og böggun í Gufunesi, akstur í Álfsnes og urðun þar. Ef Gámaþjónustan komi með baggað sorp frá eigin stöð í Álfsnes fari það í flokk 451 samkvæmt verðskrá (baggaður úrgangur) og fyrir það sé greitt 5,34 kr. á kg án vsk. og án afsláttar eða 4,97 kr. á kg án vsk. þegar reiknað sé með 7% afslætti. Þetta verð muni gilda hvort sem Gámaþjónustan komi með sorp á eigin vegum eða á reikning Hafnarfjarðar (þ.e. ef bærinn greiði móttökugjöldin). Þarna muni 4,24 kr. á kg án vsk. og Gámaþjónustan aðeins búið að greiða móttökugjöldin í Álfsnesi. Ef Gámaþjónustan eigi að geta boðið Hafnarfjarðarbæ sambærilega þjónustu og Sorpa geri þurfi að auki að gera ráð fyrir verkþáttunum móttöku og böggun í Berghellu (móttökustöð Gámaþjónustunnar í Hafnarfirði) og akstri með bagga í Álfsnes. Akstur frá Sorpu í Álfsnes kosti ekki undir 2 kr. á kg. án vsk. Ef Gámaþjónustan geri ráð fyrir að flutningskostnaður hennar væri einnig 2 kr. þá væru eftir 2,24 kr. til þess að taka á móti og bagga hvert kg. Samkvæmt gjaldskrá Sorpu í Gufunesi kosti böggun hins vegar 5,27 kr. Gámaþjónustan telji sig geta baggað á því verði en til að eiga möguleika í samkeppni um úrgang frá sveitarfélögum sem séu eigendur Sorpu þurfi Gámaþjónustan að taka á móti og bagga fyrir 2,24 kr. á kg eins og áður segir.

Samkvæmt þessum útreikningum telur Gámaþjónustan að til að vera samkeppnishæft hafi fyrirtækið ekki mátt bjóða meira en 9,21 kr. á kg. án vsk. í umræddu útboði Hafnarfjarðarbæjar. Svo lágt tilboð leiði hins vegar til þess að Gámaþjónustan fái aðeins 2,24 kr. á kg. án vsk. fyrir verkþáttinn móttöku og böggun, þ.e. til að sinna þeirri starfsemi sem fram fari í flokkunarmiðstöð fyrirtækisins í Berghellu í Hafnarfirði. Til samanburðar er nefnt að verð Sorpu samkvæmt gjaldskrá fyrir böggun sé 5,27 kr. á kg.

Sjónarmið Gámaþjónustunnar gengur m.ö.o. út á það að hinn háí eigendaafsláttur (18%) valdi því að mismunurinn á verði Sorpu í útboðinu í móttökustöðinni í Gufunesi (9,21 kr.) annars vegar og kostnaður Gámaþjónustunnar við urðun hjá Sorpu (4,97 kr.) og akstur í Álfsnes (2,00 kr.) hins vegar sé það lítil ($9,21 - 4,97 - 2,00 = 2,24$ kr.) að flokkunarstöðin í Berghellu hafi í raun verið útilokuð frá samkeppni á þeim markaði sem hún starfar á.

Rétt er að skoða nánar hvaða áhrif það hefði haft í þessu útboði ef Hafnarfjarðarbær hefði verið með sömu afsláttarkjör og aðrir almennir viðskiptavinir í móttökustöðinni í Gufunesi. Í töflu 9 er útskýrt nánar það verð sem bauðst frá Sorpu fyrir móttöku og böggun í tengslum við útboðið og hvaða áhrif umræddur afsláttur hafði á það verð sem Gámaþjónustan gat boðið fyrir móttöku og böggun sorps, sbr. einnig nánar hér að framan (A). Til samanburðar eru sömu upplýsingar settar fram miðað við að afsláttur móttökustöðvarinnar hefði verið 7% sem er sem fyrr segir hæsti magnafsláttur sem Sorpa býður almennum viðskiptavinum (B).

Tafla 9: Áhrif mismunandi afsláttarkjara Sorpu í útboði Hafnarfjarðarbæjar



	A	B
Verð í kr./kg. fyrir móttöku, böggun og urðun með vsk. (Gjaldflokkur - 101)	13,98	13,98
Verð í kr./kg. fyrir móttöku, böggun og urðun án vsk.	11,23	11,23
Afsláttur	18%	7%
Verð í kr./kg. með afslætti án vsk.	9,21	10,45
Verð í kr./kg. fyrir urðun með vsk. (Gjaldflokkur - 451)	6,65	6,65
Verð í kr./kg. fyrir urðun án vsk.	5,34	5,34
Afsláttur	7%	7%
Verð í kr./kg. með afslætti án vsk.	4,97	4,97
Mismunur	4,24	5,48
Akstur	2,00	2,00
Niðurstaða	2,24	3,48

Af töflunni er ljóst að ef Hafnarfjarðarbær hefði notið 7% afsláttar hjá Sorpu eins og aðrir almennir viðskiptavinir með sambærilegt magn hefði það verð sem Gámaþjónustan hefði keppt við að því er varðar verkþáttinn móttaka og böggun verið 3,48 kr. á kg. án vsk. í stað 2,24 kr. Hinn aukni eigendaafsláttur (18%) gerði það að verkum að verðið sem Gámaþjónustan þurfti að keppa við (þ.e. það verð sem Hafnarfjarðarbæ bauðst hjá Sorpu) var 35% lægra en það verð sem leiddi af hæsta almenna viðskiptaafslætti Sorpu (7%). Til samanburðar má svo aftur benda á að verð Sorpu fyrir böggun samkvæmt gjaldskrá var á þessum tíma 5,27 kr. á kg. Umrætt samkeppnisverð í útboðinu (2,24 kr.) var því um 57% lægra en verð fyrir þennan þjónustupátt samkvæmt gjaldskrá Sorpu.

Með hliðsjón af framangreindu er það mat Samkeppniseftirlitsins að umræddur eigendaafsláttur Sorpu til Hafnarfjarðarbæjar sé til þess fallin að raska samkeppni á markaði fyrir rekstur flokkunarmiðstöðva þar sem Sorpa er sem fyrr segir í markaðsráðandi stöðu. Form afsláttarins til eigenda er að mati eftirlitsins til þess fallið að hvetja eigendur til að eiga bein viðskipti við flokkunarmiðstöð Sorpu í stað þess að eiga viðskipti við keppinautinn Gámaþjónustuna og þar af leiðandi að draga úr möguleikum Gámaþjónustunnar til að keppa á umræddum markaði. Í þessu sambandi er einnig mikilvægt að hafa í huga að Sorpa er með einokunarstöðu á þeim markaði sem tekur til förgunar á sorpi og Gámaþjónustan á t.a.m. ekki möguleika á að fara með baggað sorp til urðunar á aðra staði en urðunarstað Sorpu í Álfsnesi. Gámaþjónustan gat því t.d. ekki leitað til annarra aðila en Sorpu eftir hagstæðara verði fyrir förgun á sorpi. Þá er jafnframt ljóst að skömmu áður en umræddur eigendaafsláttur Sorpu var hækkaður í 18% þann 1. janúar 2010 var viðmiðið fyrir hæsta almenna afsláttinn samkvæmt gjaldskrá hækkað úr 3.000.000 kr. í 5.000.000 kr. Bendir það til þess að almennir viðskiptavinir Sorpu séu í raun látnir bera kostnaðinn (eða a.m.k. hluta hans) við hinn háa eigendaafslátt.

Sorpa hefur ekki mótmælt þessum skýringum og útreikningum Gámaþjónustunnar um áhrif umræddra afsláttarkjara á möguleika þess síðarnefnda í samkeppni um útboð Hafnarfjarðarbæjar. Þvert á móti staðfesta þau gögn og skýringar sem Sorpa hefur veitt,



m.a. gjaldskrár og upplýsingar um afsláttarreglur fyrirtækisins, að hinn hái eigendaafsláttur hafi þau áhrif að Gámaþjónustan þurfi að lækka verulega það verð sem fyrirtækið býður fyrir þann hluta þjónustunnar sem er móttaka og böggun sorps.

Sorpa hefur hins vegar gert þær athugasemdir við töflu 9 að engum almennum viðskiptavinum Sorpu hafi staðið til boða leið A í töflunni. Hafnarfjarðarbær sé einn af eigendum Sorpu og með fulltrúa í stjórn fyrirtækisins. Stjórnin hafi ákveðið að kjör eigenda skyldu vera með þeim hætti sem um ræði. Sorpa mótmælir því að það verð sem fyrirtækið bjóði sé „samkeppnisverð“. Gjaldskrá Sorpu geri ekki ráð fyrir tekjuskatti eða eðlilegri hagnaðarvon fyrirtækis í atvinnurekstri. Sorpa telji því eðlilegt að bæta þessum liðum við niðurstöðu samkvæmt leið A til að útreikningarnir séu samanburðarhæfir. Nefnir Sorpa sem dæmi að ef gert væri ráð fyrir 18% tekjuskatti og 25% hagnaði væri umrætt verð 3,30 kr. á kg. ($2,24 * 1,18 * 1,25$) en ekki 2,24 kr. á kg. eins og fram kemur í töflunni.⁵¹ Segir að innifalið í þessu verði (þ.e. 3,30 kr. á kg.) sé „áætlun um tekjuskatt og hagnað“ ef löggjafinn hefði gert ráð fyrir því að Sorpa stundaði samkeppni. Miðað við þessa niðurstöðu yrði leið A (3,30 kr. á kg.) og leið B (3,48 kr. á kg.) „nær hvor annarri“.

Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á þessar skýringar Sorpu. Eins og útskýrt hefur verið hér að framan voru Sorpa og Gámaþjónustan keppinautar um verkþáttinn böggun á úrgangi fyrir Hafnarfjarðarbæ í nefndu útboði. Eins og Gámaþjónustan hefur sýnt fram á og útskýrt er nánar í töflunni veldur hinn aukni eigendaafsláttur (18%) fyrir gjaldflokk 101 (sem felur í sér móttöku, böggun og urðun) því að það verð, sem Gámaþjónustan þurfti að keppa við fyrir verkþáttinn móttaka og böggun hjá Sorpu, var aðeins 2,24 kr. á kg. Sambærilegt verð hefði sem fyrr segir verið 3,48 kr. á kg. ef afslátturinn hefði verið 7% sem er hæsti magnafsláttur sem Sorpa býður almennum viðskiptavinum.

Ekki er unnt að skilja skýringar Sorpu á annan hátt en að þeim sé ætlað að sýna fram á hvert „samkeppnisverðið“ myndi vera ef byggðasamlagið væri fyrirtæki sem starfaði á frjálsum markaði og þyrfti við verðlagningu sína að gera ráð fyrir tekjuskatti og markmiði um hagnað. Að mati Samkeppniseftirlitsins geta þessar skýringar hins vegar ekki átt við enda er veruleikinn allt annar í þessu máli en sá sem Sorpa lýsir. Eins og nánar verður útskýrt hér á eftir er Sorpu ekki heimilt að gera ráð fyrir því í verðlagningu sinni að rekstur fyrirtækisins skili hagnaði eða arði. Þá greiðir Sorpa ekki tekjuskatt. Skýringar Sorpu að þessu leyti hafa því enga þýðingu og eru síst til þess fallnar að réttlæta aukinn afslátt til eigenda. Ljóst er þó að Sorpu hefði verið í lófa lagið að koma í veg fyrir þann mismun sem um ræðir (á leiðum A og B) með því að jafna kjör aðila í sambærilegum viðskiptum. Það gerði Sorpa hins vegar ekki og framangreindar skýringar fyrirtækisins eru ekki til þess fallnar að réttlæta umrædda mismunun.

⁵¹ Í útreikningum Sorpu er reyndar gert ráð fyrir að mismunur samkvæmt leið A sé 2,21 kr. á kg. og samkvæmt leið B 3,43 kr. á kg. Helgast það af því að í útreikningum Sorpu er miðað við að virðisaukaskattur sé 25,5% en efra þrep hans var hækkað í 25,5% úr 24,5% þann 1. janúar 2010. Í útreikningum Gámaþjónustunnar sem leitast er við að skýra í töflu 9 er hins vegar miðað við 24,5% skattþrep sem var í gildi í desember 2009 þegar upphaflegt erindi fyrirtækisins barst Samkeppniseftirlitinu. Þetta leiðir til þess að verð samkvæmt útreikningum sem bárust frá Sorpu þar sem búið er að gera ráð fyrir 18% tekjuskatti og 25% hagnaði var í raun 3,25 kr. á kg. ($2,21 * 1,18 * 1,25$). Í umfjöllun hér er þó miðað við að verðið sé 3,30 kr. á kg., þ.e. byggt á forsendum Gámaþjónustunnar um fyrra hlutfall virðisaukaskatts en forsendum Sorpu um gefið tekjuskatts- og hagnaðarhlutfall.



Með hliðsjón af öllu framangreindu er það því niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að umræddur eigendaafsláttur sem hefur verið 18% frá upphafi árs 2010, hafi raskað samkeppni á milli Gámaþjónustunnar og Sorpu á markaðnum fyrir rekstur flokkunarmiðstöðva. Á þessum markaði sinnir Gámaþjónustan móttöku og böggun úrgangs í samkeppni við Sorpu. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 8/2006 sem vikið hefur verið að hér að framan var komist að þeirri niðurstöðu að Osta- og smjörsalan sf. hefði sem markaðsráðandi fyrirtæki misnotað stöðu sína þar sem sýnt þótti að það hefði boðið viðskiptaaðilum sínum ólíka skilmála í sams konar viðskiptum í skilningi c. liðar 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga. Leiddu þessir ólíku skilmálar til skerðingar á samkeppnisstöðu umræddra viðskiptaaðila, sbr. umrætt ákvæði samkeppnislaga. Eins og rökstutt er hér eftir er ekki unnt að fallast á rök Sorpu fyrir auknum afslætti til eigenda.

Í ljósi þess og alls framangreinds er það mat Samkeppniseftirlitsins að aukinn 18% afsláttur Sorpu til eigenda byggðasamlagsins mismuni aðilum í sams konar viðskiptum í skilningi c. liðar 11. gr. samkeppnislaga. Sýnt hefur verið fram á að afslátturinn byggir ekki á kostnaðarlegu hagræði og hann hefur skaðleg áhrif á þeim markaði þar sem Sorpa og Gámaþjónustan keppa, þ.e. í rekstri á flokkunarmiðstöðvum. Fer hinn aukni 18% afsláttur (áður 14%) því gegn 11. gr. samkeppnislaga.

2.3 Samningur Sorpu við Sorpstöð Suðurlands bs.

2.3.1 Sjónarmið málsaðila

Hvað varðar samning Sorpu við Sorpstöð Suðurlands kemur fram í máli Sorpu að sveitarfélögin á Suðurlandi hafi lagaskyldu til að þess að safna og meðhöndla heimilisúrgang og ráði þau jafnframt fyrirkomulagi á söfnun þess úrgangs innan sinna marka. Sambærilegum skyldum hafi aðrir viðskiptavinir Sorpu ekki að gegna. Þá sé sveitarfélögunum ekki skylt að taka gjald fyrir þjónustu (aðra en förgun), skv. 11. gr. laga um meðhöndlun úrgangs nr. 55/2003. Í þessu felist að löggjafinn hafi ákveðið það fyrirkomulag að gjaldtaka fyrir þjónustu á sviði meðhöndlunar úrgangs skuli ákvrðuð á öðrum forsendum en hefðbundnum markaðsforsendum. Sorpa hafi fullt frelsi til að ákveða að önnur sveitarfélög hafi greiðari aðgang að móttöku- og urðunarstað á vegum Sorpu en aðrir. Þannig stuðli Sorpa að því að sveitarfélög í landinu geti staðið við víðtækar lögbundnar skyldur sínar í úrgangsmálum, neytendum og samfélaginu öllu til hagsbóta. Sorpa hafi allt eins getað ákveðið að bjóða sveitarfélögum á Suðurlandi endurgjaldslausu þjónustu.

Afsláttur og gjaldfrestur sem veittur sé eigendum Sorpu og öðrum sveitarfélögum hafi engin áhrif á þau kjör sem keppinautar, á markaði um söfnun og meðhöndlun úrgangs, geti boðið viðskiptavinum sínum. Úrskurðir og dómar sem fallið hafi um afsláttarkjör á hreinum samkeppnismörkuðum hafi ekkert fordæmisgildi í máli þessu, vegna þess að sveitarfélögin séu ekki í sambærilegum viðskiptum og einkafyrirtæki á samkeppnismarkaði. Móttaka á fyrirtækjaúrgangi séu einfaldlega ekki sambærileg viðskipti.

Heimildir Sorpu í lögum til að taka gjald fyrir þjónustu séu í eðli sínu sérlög gagnvart samkeppnislögum og því falli gjaldtökuheimildir Sorpu utan gildissviðs 11. gr.



samkeppnislaga. Þá sé það vel þekkt að lárétt samstarf á milli tveggja aðila sem gert sé á forsendum umhverfisverndar og lagaskyldu falli utan reglna bandalagsréttar á sviði samkeppni (sjá fyrri athugasemdir Sorpu að ofan). Samningurinn á milli Sorpu og Sorpstöðvar Suðurlands sé af þessum toga. Sveitarfélögin á Suðurlandi geti frestað því að koma sér upp kostnaðarsömum urðunarstað á meðan samningurinn við Sorpu sé í gildi. Ekki sé hægt að komast að öðru en að um hreinan velferðarábata sé að ræða í formi minna álags á umhverfið.

Gámaþjónustan heldur því fram að fyrir liggja að Sorpstöð Suðurlands njóti sérkjara hjá Sorpu samkvæmt samningi byggðasamlaganna frá því í maí 2009, þó Sorpstöðin sé ekki á meðal eigenda Sorpu. Sá afsláttur sé ekki eingöngu bundinn við svokallaðan heimilisúrgang heldur nái hann t.d. einnig til móttöku á timbri. Þannig sé ljóst að frávik frá gjaldskrá séu veitt að geðþótta Sorpu. Gámaþjónustan hafi neyðst til að gera samning við Sorpstöð Suðurlands sem byggja á samningi Sorpu og Sorpstöðvar Suðurlands, enda bjóðist Gámaþjónustunni ekki sambærileg kjör hjá Sorpu. Frá gerð samningsins hafi allur úrgangur sem Gámaþjónustan safnar fyrir sveitarfélög á Suðurlandi og fari til urðunar verið fluttur til Sorpu á grundvelli samningsins.

2.3.2 Mat Samkeppniseftirlitsins

Sá samningur sem hér er til skoðunar milli Sorpu og Sorpstöðvar Suðurlands var gerður þann 22. maí 2009. Sorpstöð Suðurlands er byggðasamlag í eigu 13 sveitarfélaga í Árnes- og Rangárvallasýslum sem stofnað var árið 1981. Hlutverk samlagsins er að annast móttöku og sorpförgun fyrir aðildarsveitarfélög og fyrirtæki á svæðinu. Sorpstöð Suðurlands rak til skamms tíma urðunarstað að Kirkjuferjuháleigu í Ölfusi en þeim urðunarstað var lokað 1. desember 2009. Í erindi Gámaþjónustunnar segir að samningurinn við Sorpu hafi verið gerður í framhaldi þess. Segir að samningurinn kveði á um að eftir lokun Kirkjuferjuháleigu muni Sorpa taka við óbögguðum óendurvinnanlegum heimilis- og rekstrarúrgangi frá Sorpstöð Suðurlands í móttökustöðinni í Gufunesi. Í erindinu er vísað til þess að Sorpa og Sorpstöð Suðurlands hafi gert sérstakan samning um viðskiptakjör. Er í því sambandi vísað til þess að Gámaþjónustan fái [...] kr. á kg. sem nemi [...]% afslætti í flokki 101 ($([...]/11,22[\text{verð fyrir flokk 101}]) * 100\%$) sem sé blandaður úrgangur þegar flutt sé fyrir Sorpstöð Suðurlands. Þessi kjör standi eingöngu til boða þegar flutt sé fyrir Sorpstöð Suðurlands. Afsláttarkjörin standi t.a.m. ekki til boða þegar Gámaþjónustan komi með úrgang sem safnað hafi verið saman á höfðuborgarsvæðinu. Telur Gámaþjónustan að með þessum mismunandi afsláttarkjörum sé Sorpa að mismuna aðilum í sambærilegum viðskiptum sem fari gegn 11. gr. samkeppnislaga.

Sorpa hefur útskýrt afsláttarkjör til Sorpstöðvar Suðurlands þannig að Sorpu beri engin skylda til að taka við úrgangi af Suðurlandi. Hins vegar hafi þótt rétt með vísan til skyldu sveitarfélaga og staðfestar svæðisáætlunar um meðhöndlun úrgangs að líta almennt til ábyrgðar fyrirtækisins á að ná sameiginlegum markmiðum þessara tveggja sorpsamlaga sem staðfest séu í svæðisáætlun um meðhöndlun úrgangs. Stjórn Sorpu hafi ákveðið að „líta til skyldu sinnar“ en jafnframt að gera það á eins hagkvæman hátt að hagfelld væri fyrir Sorpu. Sorpstöð Suðurlands njóti sömu afsláttarkjara og aðrir, bæði í móttökustöðinni í Gufunesi og í Álfsnesi. Að auki njóti Sorpstöð Suðurlands tímastýrðra afsláttu sem miðist við „*dauðan tíma*“ í móttökustöðinni og þá sé ekki verið að „*trufla*



aðra móttöku". Afslættir Sorpstöðvar Suðurlands séu því á „jaðarkostnaði“ Sorpu. Sorpstöð Suðurlands njóti þessara tímastýrðu afslátta ekki ef fyrirtækið geti ekki skipulagt flutninga á þann hátt að þeir lendi innan skilgreindra tímamarka.

Sorpa heldur því einnig fram að um sé að ræða lárétt samtarf á milli tveggja aðila sem gert sé á grundvelli lagaskyldu og stuðli að umhverfisvernd og falli því utan gildissviðs reglna bandalagsréttar um samkeppni og einnig utan gildissviðs samkeppnislaga. Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á þessa málsástæðu Sorpu. Um umfjöllun um umhverfisvernd og samkeppnislög vísast almennt til umfjöllunar í II. hluta hér að framan. Þar er m.a. fjallað um skýrslu sem samkeppniseftirlit á Norðurlöndum gáfu sameiginlega út nr. 1/2010 *Competition Policy and Green Growth – Interactions and challenges*. Í skýrslunni kemur fram að fyrirtæki geti að uppfylltum ströngum skilyrðum beitt fyrir sig umhverfislegum ábata til að verja lárétt samstarf sitt. Varðandi mat á samstarfi þurfi að huga að meðalhófi með hliðsjón af markmiðum og raunverulegum umhverfislegum ábata samstarfsins. Þessi skilyrði eru ekki uppfyllt í tilfalli samnings Sorpstöðvar Suðurlands og Sorpu, enda ekki hægt að sjá að mismunun í afsláttum sé nauðsynleg svo umhverfislegur ábati fái af samstarfinu. Að mati Samkeppniseftirlitsins væri eðlilegt að kjör Sorpstöðvar Suðurlands hjá Sorpu færu eftir almennu afsláttakerfi byggðasamlagsins, sem byggðist á hlutlægum viðmiðum. Sá umhverfislegi ábati sem fái með samningnum skýrist, að mati Samkeppniseftirlitsins, einkum af undanþágu frá móttökureglum Sorpu sem samþykktar voru á stjórnarfundum Sorpu þann 16. nóvember 2009.⁵² Þá hafa Sorpstöð Suðurlands og Sorpa ekki sótt um og fengið undanþágu fyrir samstarfi sínu á grundvelli 15. gr. samkeppnislaga. Loks ber að taka fram, varðandi þá fullyrðingu Sorpu að byggðasamlaginu beri lagaskylda til samstarfs við Sorpstöð Suðurlands og önnur sveitarfélög á grundvelli landsáætlunar, að Sorpa tekur það sérstaklega fram á öðrum stað í athugasemdum sínum að byggðasamlaginu beri engin skylda til að taka á móti úrgangi frá öðrum landssvæðum en höfuðborgarsvæðinu, sbr. móttökureglur Sorpu.

Ekki er heldur hægt að fallast á þá málsástæðu Sorpu að byggðasamlagið hefði allt eins getað veitt Sorpstöð Suðurlands þjónustuna án endurgjalds. Ástæða þess er meðal annars sú að Sorpu er ekki heimilt að veita þjónustuna fyrir lægra verð en framkvæmd hennar kostar, sbr. 11. gr. laga nr. 55/2003 um meðhöndlun úrgangs. Nánar er fjallað um gjaldtökuheimildir Sorpu hér á eftir.

Samkeppniseftirlitið hefur skoðað umræddan samning Sorpu og Sorpstöðvar Suðurlands. Samningurinn varðar móttöku og meðhöndlun úrgangs sem upprunninn er á starfssvæði Sorpstöðvar Suðurlands og er sem fyrr segir frá 22. maí 2009. Sérstakur samningur um viðskiptakjör er hins vegar frá 25. nóvember 2009.

Þar kemur fram að almennur viðskiptaafsláttur sé 7% af öllum viðskiptum Sorpstöðvar Suðurlands óháð magni. Að auki gildi eftirfarandi afslættir í Gufunesi:

„Flokkur Afsláttur

⁵² Reglurnar er að finna í fundargerð stjórnarfundar Sorpu bs. mánudaginn 16. nóvember 2009: <http://www.sorpa.is/resources/Files/Fundargerdir/267.stjornarfundur.16.11.2009.pdf>. Heimasíða skoðuð 30. janúar 2011.



101	[...] kr/kg án vsk
250	[...] kr/kg án vsk
301	[...] kr/kg án vsk
302	[...] kr/kg án vsk"

Skilyrði fyrir þessum afsláttum samkvæmt samningnum eru að efnið sé afhent á milli kl. 7:30 og 10:00 eða á milli 15:00 og 17:00 á virkum dögum. Ljóst er samkvæmt framansögðu að tímastýrður afsláttur Sorpu til Sorpstöðvar Suðurlands í gjaldflokki 101 hefur numið [...] % miðað við að verð án vsk. í gjaldflokki hafi verið [...] kr. á kg, sbr. tafla 10 hér að neðan. Samkvæmt gjaldskrá Sorpu sem liggur fyrir í málinu frá 1. júlí 2010 var verð með vsk. í þessum flokkum í samræmi við það sem fram kemur í töflu 10. Í töflunni kemur einnig fram verð án vsk., afsláttur í kr. og afsláttur í prósentum.

Tafla 10: Tímastýrðir afslættir Sorpu til Sorpstöðvar Suðurlands

Flokkur	Tegund	Verð með vsk.	Verð án vsk.	Afsláttur í kr.	Afsláttur í %
101	Blandaður úrgangur	15,02 kr.	12,06 kr.	[...] kr.	[...] %
250	Grófur úrgangur	21,27 kr.	17,08 kr.	[...] kr.	[...] %
301	Timbur, hvítmálað og plasthúðað	13,14 kr.	10,55 kr.	[...] kr.	[...] %
302	Timbur, trjábólir og greinar	4,17 kr.	3,35 kr.	[...] kr.	[...] %

Af töflunni er ljóst að tímastýrðir afslættir Sorpu til Sorpstöðvar Suðurlands hafa verið um [...] %, mismunandi eftir tegundum úrgangs. Er þetta talsvert hærrí afsláttur en bæði eigendur Sorpu og aðrir almennir viðskiptavinir fyrirtækisins njóta.

Með vísan til framangreinds er það mat Samkeppniseftirlitsins að umræddir afslættir Sorpu til Sorpstöðvar Suðurlands feli í sér mismunun gagnvart öðrum viðskiptavinum fyrirtækisins sem njóta mun síðri kjara þótt þeir komi með sama eða meira magn á umræddum tímum dags sem getið var um hér að framan. Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á þær skýringar Sorpu að það réttlæti afsláttinn að hann sé veittur á „*dauðum tíma*“ eða að viðskiptin „*trufli ekki aðra móttöku*“ á úrgangi. Sorpa hefur ekki útskýrt hvers vegna aðrir viðskiptavinir sem koma með mun meira magn í móttökustöð Sorpu, sbr. töflur 5 og 6 hér að framan, fá ekki að njóta sömu tímastýrðu afsláttar og Sorpstöð Suðurlands. Því síður getur Samkeppniseftirlitið fallist á að það réttlæti afsláttarkjörin að þau séu „*á jaðarkostnaði*“ Sorpu. Að mati Samkeppniseftirlitsins bendir þetta til þess að Sorpa hafi aðeins tekjur upp í breytilegan kostnað vegna viðskipta við Sorpstöð Suðurlands og að tekjur vegna annarra viðskipta bæti upp hugsanlegt tap vegna viðskiptanna. Sérstaklega vekur það athygli að Sorpstöð Suðurlands býðst í sumum tilvikum betri kjör en eigendum Sorpu, þ. á m. Reykjavík sem skilar mun meira magni. Hvað sem því líður er ljóst að umræddur tímastýrður afsláttur mismunar viðskiptavinum Sorpu sem eiga sambærileg viðskipti við fyrirtækið.

Hér að framan var vikið að úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 8/2006 þar sem komist var að þeirri niðurstöðu að Osta- og smjörسالan hefði mismunað aðilum í sams konar viðskiptum og þar með brotið 11. gr. samkeppnislaga, sbr. c. lið 2. mgr. ákvæðisins. Samkeppniseftirlitið telur að hið sama eigi við varðandi mismunandi



afsláttarkjör í þessu tilviki, þ.e. til Sorpstöðvar Suðurlands annars vegar og til fyrirtækja eins og Gámaþjónustunnar o.fl. og jafnvel einnig þeirra sveitarfélaga sem standa að Sorpu hins vegar. Hinir síðarnefndu koma með meira magn til Sorpu en Sorpstöð Suðurlands. Eins og rökstutt er hér eftir er ekki unnt að fallast á rök Sorpu fyrir auknum afslætti til eigenda.

Telur Samkeppniseftirlitið því með vísan til alls framangreinds að þeir afslættir til Sorpstöðvar Suðurlands sem kveðið er á um í samningi við Sorpu frá 22. maí 2009 feli einnig í sér brot Sorpu á c. lið 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga.

2.4 Nánar um sjónarmið Sorpu um réttlætingu fyrir auknum afslætti til eigenda (sveitarfélaga á höfuðborgarsvæðinu)

Í máli þessu hefur Sorpa sett fram ýmis sjónarmið sem að mati byggðasamlagsins réttlæta mismunandi afsláttarkjör til annars vegar eigenda þess, þ.e. sveitafélaga á höfuðborgarsvæðinu, og hins vegar annarra fyrirtækja sem starfa alfarið á frjálsum markaði eins og t.d. Gámaþjónustunnar. Er hér einkum um að ræða það sjónarmið að hærri afslætti til eigenda megi réttlæta á grundvelli þess að um ígildi arðgreiðslna sé að ræða. Sorpa hafi fullt frelsi til að veita eigendum sínum umrædda afslætti með vísan til sveitarstjórnarlaga og laga nr. 55/2003 um meðhöndlun úrgangs. Þá hefur Sorpa einnig borið því við að félagið starfi ekki á samkeppnismarkaði, afslættirnir raski ekki samkeppni, þeir séu tímabundnir og veittir til að stuðla að neytendavernd og almannahagsmunum. Hér á eftir verður fjallað nánar um sjónarmið Sorpu varðandi þessi atriði o.fl. og þau metin.

2.4.1 Afslættir Sorpu til eigenda eru ekki ígildi arðs til þeirra

Sorpa hefur í málinu réttlætt hærri afslætti til eigenda á grundvelli þess að um ígildi arðgreiðslna þeim til handa sé að ræða. Heldur Sorpa því fram að byggðasamlagið hafi „*sértækar heimildir í sveitastjórnarlögum*“ til að veita eigendum þess afslátt frá gjaldskrá. Í þessu samhengi hefur Sorpa vísað til ákvæða 7. gr. þágildandi sveitarstjórnarlaga nr. 45/1998 (nú ákvæða í 3. og 60. gr. laga nr. 138/2011) þar sem fjallað er um gjaldtökuheimildir sveitarfélaga.⁵³ Í 4. mgr. 7. gr. laganna sagði að sveitarfélög skyldu hafa sjálfstæða tekjustofna og sjálfsforræði á gjaldskrá eigin fyrirtækja og stofnana til þess að mæta kostnaði við framkvæmd þeirra verkefna sem fyrirtæki og stofnanir þeirra önnuðust (nú er samhljóða ákvæði að finna í 5. tl. 3. gr. laga nr. 138/2011). Í 5. mgr. 7. gr. eldri laga (nú er svipað ákvæði í 2. mgr. 60. gr. laga nr. 138/2011) kom fram að sveitarfélög skyldu setja sér stefnu um arðgjafar- og arðgreiðslumarkmið í rekstri fyrirtækja sinna og stofnana og að þeim væri jafnframt heimilt að ákveða sér eðlilegan afrakstur af því fjármagni sem bundið væri í rekstri þeirra.

Varðandi síðarnefnda ákvæðið kemur fram í máli Sorpu að því hafi eigendur byggðasamlagsins framfylgt með ákvæðum í stofnsamningi og með ákvörðun stjórnar félagsins um afslátt til eigenda. Hvergi sé kveðið á um takmarkanir á fjárhæðum eða aðferðafræði við ákvörðun á afrakstri. Nánar segir um þetta atriði í athugasemdum Sorpu að sveitarfélög hafi fullt frelsi til að ákvarða ráðstöfun þeirra fjármuna sem heyri undir

⁵³ Ný sveitarstjórnarlög nr. 138/2011 voru samþykkt á alþingi þann 28. september 2011. Lögin tóku gildi 1. janúar 2012. Féllu þá úr gildi eldri sveitastjórnarlög nr. 45/1998.



tekjustofna þeirra. Þegar sveitarfélag ákveði að greiða sér arð af rekstri stofnunar þess eða sjálfstæðs félags sé slík arðgreiðsla framkvæmd í skjóli sjálfstjórnarréttar sveitarfélagsins. Innan þess réttar rúmist jafnframt heimild til að ákveða með hvaða aðferð arðgreiðslan fari fram. Í því tilfalli sem hér um ræði hafi eigendur Sorpu ákveðið að endurheimta fjármuni af fjárfestingu með því að veita eigendum afslátt af tilteknu þjónustugjaldi. Segir jafnframt að sú ákvörðun rúmist að öllu leyti innan fjárhagslegs sjálfstjórnunarréttar sveitarfélaga sem varinn sé í stjórnarskrá. Þá kemur fram í máli Sorpu að heimildir byggðasamlagsins til gjaldtöku séu skýrar í lögum nr. 55/2003 um meðhöndlun úrgangs, sbr. 1., 2. og 4. mgr. 11. gr. þeirra laga.

Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á þessi sjónarmið Sorpu. Í upphafi er rétt að geta þess að Sorpa vísar hér í máli sínu til ákvæða eldri sveitarstjórnarlaga. Í lögskýringargögnum með nógildandi sveitarstjórnarlögum nr. 138/2011 er að finna leiðbeiningar um túlkun eldri sveitarstjórnarlaga. Skal nú vikið nánar að þessu.

Í 3. gr. nógildandi sveitarstjórnarlaga nr. 138/2011 er fjallað um markmið og forsendur laganna. Fimmti töluliður 1. mgr. lagagreinarinnar er samhljóða 4. mgr. 7. gr. eldri laga nr. 45/1998 sem Sorpa vísar til utan þess að ákvæðið hefur verið stytt. Ekki er lengur sérstaklega tekið fram að tekjustofnum sé ætlað að „*mæta kostnaði við framkvæmd þeirra verkefna sem fyrirtæki og stofnanir annast.*“ Orðrétt hljóðar nýr töluliður, sem er hluti af forsendum laganna, svo:

„Sveitarfélög hafi sjálfstæða tekjustofna og sjálfsforræði á gjaldskráum sem þeim er heimilt að setja.“

Vegna þessa vill Samkeppniseftirlitið taka fram að þrátt fyrir að umrætt ákvæði 5. tl. 1. mgr. 3. gr. sveitastjórnarlaga sé stefnumarkandi um tekjustofna sveitarfélaga og sjálfsforræði þeirra á gjaldskráum sínum er ekki sjálfgefið að ákvæðið veiti sveitarfélögum vald til að ákveða einhliða gjaldskrár fyrir þá þjónustu sem þau veita. Má í þessu sambandi vísa til athugasemda við ákvæðið í frumvarpi til laganna en þar segir m.a. orðrétt:

„Þar sem [ákvæðið] felur hins vegar ekki í sér beina réttarreglu um gjaldskrárheimildir sveitarfélaga, eða um einstaka tekjustofna þeirra, verður að líta svo á að það lýsi fremur forsendu sem líta verði svo á að eðlilegt sé að tryggja við setningu sérлага hverju sinni. Ákvæðið byggist á sömu forsendum og búa að baki 2. mgr. 78. gr. stjórnarskrárinnar.“

Með hliðsjón af þessu er ljóst að ákvæðið veitir sveitarfélögum tæpast, eitt og sér, heimild til að ákveða gjaldskrár fyrir þjónustu sína eða stofnana eða fyrirtækja í þeirra eigu, t.d. byggðasamlaga eins og Sorpu. Í þessu máli liggur þó fyrir að það hefur verið gert með ákvæði í sérlögum nr. 55/2003 um meðhöndlun úrgangs, sbr. nánar hér á eftir.

Hvað varðar síðara atriðið, þ.e. um arð og afrakstur, þá var ákvæði um það fært í 60. gr. nýrra sveitarstjórnarlaga nr. 138/2011. Sú grein laganna fjallar um flokkun á bókhaldi og reikningsskilum sveitarfélaga. Í 2. mgr. 60. gr. segir:



„Sveitarfélögum er heimilt eftir því sem leiðir af viðkomandi lagareglum að ákveða sér eðlilegan afrakstur af því fjármagni sem er bundið í rekstri stofnana þeirra og fyrirtækja.“

Til samanburðar þá var svipað eldra ákvæði, þ.e. 5. mgr. 7. gr. laga nr. 45/1998, svo hljóðandi:

„Sveitarfélög skulu setja sér stefnu um arðgjafar- og arðgreiðslumarkmið í rekstri fyrirtækja sinna og stofnana og er heimilt að ákveða sér eðlilegan afrakstur af því fjármagni sem bundið er í rekstri þeirra.“

Vegna þeirra sjónarmiða sem Sorpa hefur sett fram er óhjákvæmilegt að líta til athugasemda við ákvæðið í frumvarpi til núgildandi laga en þar segir m.a. orðrétt:

„Í 2. mgr. 60. gr. er að finna ákvæði sem á sér efnislega samsvörun í 5. mgr. 7. gr. gildandi sveitarstjórnarlaga. Í síðarnefnda ákvæðinu er mælt fyrir um að sveitarfélög skuli setja sér stefnu um arðgjafar- og arðgreiðslumarkmið í rekstri fyrirtækja sinna og stofnana og sé heimilt að ákveða sér eðlilegan afrakstur af því fjármagni sem bundið er í rekstri þeirra. Reynslan sýnir að misskilningur hefur í ákveðnum tilvikum verið uppi um þýðingu þessa ákvæðis. Til nánari skýringar er rétt að taka fram að í 2. mgr. 78. gr. stjórnarskrárinnar, sbr. 2. mgr. 16. gr. stjórnarskipunarlaga, nr. 97/1995, er mælt fyrir um að tekjustofnar sveitarfélaga skuli ákveðnir með lögum svo og réttur þeirra til að ákveða hvort og hvernig þeir eru nýttir. Af þessu ákvæði, lögmætisreglu stjórnarsýsluréttar, svo og til hliðsjónar 77. gr. stjórnarskrárinnar, sbr. 15. gr. stjórnarskipunarlaga, nr. 97/1995, leiðir að heimildir sveitarfélaga til ákvörðunar um arðgreiðslumarkmið af rekstri stofnana sveitarfélaga geta ekki ráðist af almennu stefnumörkunarákvæði eins og 5. mgr. 7. gr. gildandi sveitarstjórnarlaga er. Hér þurfa almennt til að koma skýrari lögbundnar heimildir um gjaldtöku og grundvöll hennar þó eftir atvikum kunnri aðrar heimildir að geta verið gildur lagalegur grundvöllur að gjaldtöku. Ákvæði 5. mgr. 7. gr. sveitarstjórnarlaga ræður sem slíkt engu um það hvaða sjónarmiðum sveitarfélög eða fyrirtæki þeirra geta byggt á við töku gjalda fyrir þá þjónustu eða starfsemi sem fram fer á þeirra vegum. Kemur þetta skýrlega fram í athugasemdum sem fylgdu því frumvarpi sem síðan varð að gildandi sveitarstjórnarlögum. Engu að síður getur umrædd regla falið í sér mikilvæga leiðbeiningu. Hér er því lagt til að hún haldi gildi sínu og verði að 2. mgr. 60. gr., en þó með líttillega breyttu orðalagi, sem vísar til þess að sveitarfélögum sé heimilt að taka sér arð úr fyrirtækjum og stofnunum ef heimild til þess er fyrir hendi í sérlögum eða leiðir af rekstrarformi viðkomandi fyrirtækis. Þessi breyting hefur engin áhrif á gjaldskrár fyrirtækja eða stofnana sveitarfélaga en ætti hins vegar að minnka líkur á þeim misskilningi að ákvarðanir um að hefðbundin þjónustugjöld, sem að lögum er almennt aðeins heimilt að miða við þann kostnað sem af veitingu þjónustu hlýst, megi ráðast af sjónarmiðum um greiðslu arðs. Ef leyfa á slík sjónarmið á annað borð sem grundvöll við ákvörðun um gjaldtöku verður til að koma mun skýrari lagaheimild en 2. mgr. þessa ákvæðis felur í sér.“



Áréttað skal að í þessari tillögu felst ekki að sveitarfélög geti ekki áskilið sér arð af rekstri fyrirtækja sinna og stofnana. Í þessu felst einvörðungu árétting þess að slíkar heimildir munu hér eftir sem hingað til einvörðungu ráðast af þeim sérlögum sem um viðkomandi rekstur gilda á hverjum tíma. Ákvæði 5. mgr. 7. gr. sveitarstjórnarlaga getur, að gættum ákvæðum stjórnarskrárinnar, ekki talist viðhlítandi heimild í því efni, og heldur ekki sú tillaga sem hér er sett fram."

Með hliðsjón af þessu er ljóst að hvorki nógildandi 2. mgr. 60. gr. sveitarstjórnarlaga né ákvæði 5. mgr. 7. gr. eldri laga veitir sveitarfélögum eða fyrirtækjum í þeirra eigu, s.s. byggðasamlögum, heimild til að reikna eigendum arð af rekstri nema sérlög kveði skýrt á um slíkt. Arðgreiðslur verða aldrei ákvarðaðar á grundvelli svo almennra stefnumarkandi ákvæða. Af þessu leiðir að mati Samkeppniseftirlitsins að ekki er unnt að fallast á að umrætt ákvæði sveitarstjórnarlaga veiti Sorpu heimild til að veita eigendum sínum arð af starfsemi byggðasamlagsins. Jafnframt er ljóst af tilvitnuðum lögskýringum að sú breyting sem var gerð á orðalagi ákvæðisins var til að koma í veg fyrir misskilning um að svo væri. Þetta þýðir einnig að Sorpa getur ekki með vísan til sveitastjórnarlaga, þ.e. einkum þessa ákvæðis, réttlætt að eigendum séu veittir hærri afslættir en öðrum viðskiptavinum byggðasamlagsins stendur til boða. Eigandaafslættir Sorpu verða því með öðrum orðum ekki réttlættir á grundvelli þess að um lögmætar arðgreiðslur sé að ræða. Til þess þurfa að koma til skýr ákvæði sérlaga.

Eins og áður hefur verið vikið að hefur Sorpa einnig vísað, máli sínu til stuðnings, til gjaldtökuákvæðis 11. gr. laga nr. 55/2003 sem eru sérlög um meðferð úrgangs. Rétt er því að taka til skoðunar hvort ákvæðið heimili umræddar arðgreiðslur og feli þá hugsanlega í sér réttlætingu fyrir umræddum afsláttum. Í 11. gr. laganna er mælt fyrir um það hvernig sveitarfélög, í þessu tilviki Sorpa sem er sá aðili sem annast framkvæmd laganna fyrir sveitarfélög á höfuðborgarsvæðinu, eigi að haga gjaldtöku sinni fyrir þá þjónustu sem byggðasamlagið veitir. Í lagaákvæðinu sem ber yfirskriftina gjald fyrir meðhöndlun úrgangs segir:

„Rekstraraðili förgunarstaðar, hvort sem um er að ræða sveitarfélag, byggðasamlag eða einkaaðila, skal innheimta gjald fyrir förgun úrgangs.

Gjaldið skal nægja fyrir öllum kostnaði við förgun úrgangsins, þ.m.t. uppsetningu og rekstur viðkomandi förgunarstaðar. Þar sem úrgangur er urðaður skal gjaldið einnig að svo miklu leyti sem unnt er standa undir kostnaði sem fylgir því að setja fjárhagslega tryggingu eða jafngildi hennar, [sbr. 31. gr.], áætluðum kostnaði við lokun staðarins og nauðsynlegu eftirliti í kjölfar lokunar í 30 ár. Ákvæði þetta gildir þó ekki um rekstraraðila sem aðeins annast förgun á eigin úrgangi á framleiðslustað, sbr. 3. mgr. 5. gr.

Sveitarfélögum er heimilt að innheimta gjald fyrir alla meðhöndlun úrgangs og tengda starfsemi sem samræmist markmiðum laga þessara, svo sem þróun nýrrar tækni við meðhöndlun úrgangs, rannsóknir, fræðslu og kynningarmál. Heimilt er að miða gjaldið við magn úrgangs, gerð úrgangs, losunartíðni, frágang úrgangs og aðra þætti sem áhrif hafa á kostnað við



meðhöndlun úrgangs viðkomandi aðila. Sveitarfélagi er einnig heimilt að ákveða gjaldið sem fast gjald á hverja fasteignareiningu miðað við fjölda sörpílata og/eða þjónustustig.

Gjald sem sveitarfélag eða byggðasamlag innheimtir skal þó aldrei vera hærra en nemur þeim kostnaði sem fellur til í sveitarfélaginu við meðhöndlun úrgangs og tengda starfsemi sem samræmist markmiðum laga þessara.

Sveitarfélögum er heimilt að fela stjórn byggðasamlags að ákvarða framangreint gjald. Sveitarfélag eða viðkomandi byggðasamlag skal láta birta gjaldskrá í B-deild Stjórnartíðinda. Gjaldið má innheimta með aðför."

Ljóst er af framangreindu lagaákvæði að gjald fyrir alla meðhöndlun úrgangs og tengda starfsemi skal miða við magn, gerð, losunartíðni og frágang úrgangs og aðra þætti sem áhrif hafa á kostnað við meðhöndlun úrgangs hjá viðkomandi aðila. Ekki er því unnt að skilja ákvæðið öðruvísi en svo að Sorpu sé beinlínis óheimilt á grundvelli lagaákvæðisins að mismuna aðilum á grundvelli t.d. magns eða annarra atriða sem hafa áhrif á kostnað. Þá má gjaldið ekki vera hærra en sá kostnaður sem fellur til við meðhöndlun úrgangs. Með öðrum orðum er því gjaldtökunni ekki ætlað að standa undir arðgreiðslum til eigenda Sorpu sem eru sem fyrr segir sveitarfélög á höfuðborgarsvæðinu. Er því ljóst að Sorpa getur ekki réttlætt umrædda afslætti á grundvelli þess að um arðgreiðslur til eigenda sé að ræða enda gætu þær ekki komið til með lögmætum hætti nema skýrt ákvæði í lögum myndu heimila þær. Slíkt ákvæði er ekki að finna í lögum nr. 55/2003 um meðhöndlun úrgangs eða öðrum lögum eða reglum sem varða starfsemi Sorpu. Er því ekki unnt að fallast á lög nr. 55/2003 veiti heimild til arðgreiðslna í formi þeirra afsláttu sem um ræðir í máli þessu.

Samkeppniseftirlitið vill þó taka fram að jafnvel þó Sorpu væri heimilt að veita eigendum sínum arð af rekstri byggðasamlagsins væri það afar óeðlilegt að slíkur arður yrði greiddur út í formi afsláttu sem jafnframt hefur verið sýnt fram á að raski samkeppni á markaði þar sem Sorpa stundar samkeppnisrekstur eins og áður hefur verið fjallað um.

2.4.2 Afslættir Sorpu raska samkeppni

Sorpa hefur í máli sínu haldið því fram að afslættirnir hafi ekki skaðleg áhrif á „*hinn meinta samkeppnismarkað*“. Þau einkafyrirtæki sem séu í „*frjálsri samkeppni*“ njóti öll sömu viðskiptakjara miðað við magn. Þá fái Sorpa ekki séð að auknir eigendaafslættir sem veittir séu tímabundið hafi til langframa „*styrkjandi áhrif á markaðsráðandi stöðu byggðasamlagsins eða veiki samkeppni að nokkru marki*.“ Hinn „*meinti markaður*“ hafi ekki veikst þó Sorpa njóti efnahagslegs styrks í krafti stærðar sinnar og skattahagræðis.

Eins og rökstutt var hér að framan er ekki skilyrði fyrir broti á c. lið 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga að sýnt sé fram á raunveruleg skaðleg áhrif á samkeppni. Dugar í því sambandi að fyrir liggja að háttsemin hafi verið til þess fallin að raska samkeppni. Liggja fyrir raunveruleg skaðleg áhrif hefur það áhrif á alvarleika brots og þar með viðurlög.

Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á þessi sjónarmið Sorpu um áhrif aðgerða fyrirtækisins. Rökstutt hefur verið hér að framan með hvaða hætti afslættir Sorpu voru til



Þess fallnir að raska samkeppni með alvarlegum hætti, m.a. hvernig sú samkeppnisröskun birtist í nefndu útboði Hafnarfjarðarbæjar á sorphirðu og í samningi Sorpu við Sorpsamlag Suðurlands. Skiptir hér verulegu máli að afsláttirnir byggja ekki á kostnaðarlegu magnhagræði. Þá hefur í töflu 9 hér að framan og í umfjöllun um þær upplýsingar sem þar eru settar fram verið sýnt fram á hvernig afslátturinn takmarkaði möguleika Gámaþjónustunnar á að taka þátt í samkeppni við Sorpu á markaði fyrir rekstur flokkunarmiðstöðva (móttöku og böggun sorps) í tengslum við umrætt útboð Hafnarfjarðarbæjar. Afslátturinn hefur því skaðleg áhrif á samkeppnismarkað þessa máls og er til þess fallinn að styrkja mikla yfirburði Sorpu sem var með u.þ.b. 65-75% markaðshlutdeild á þeim markaði á viðmiðunartímabilum málsins, þ.e. markaði fyrir rekstur flokkunarmiðstöðva. Að sama skapi veikir hann Gámaþjónustuna (með u.þ.b. 25-35% hlutdeild) sem er eini keppinatur Sorpu á markaðnum. Með öðrum orðum eru afsláttirnir til þess fallnir að ógna verulega þeirri takmörkuðu samkeppni sem ríkir á markaðnum.

Þá er örðugt að skilja hvað Sorpa á við með að afsláttirnir séu tímabundnir. Ljóst er að umræddur 18% afsláttur hefur gilt allt frá 1. janúar 2010 og áður, þ.e. frá 1. janúar 2008 fram til 1. janúar 2010 var afslátturinn 14%. Engin staðfesting hefur komið fram í máli Sorpu um að afslátturinn hafi verið lagður af eða lækkaður. Hafa þessi auknu afsláttarkjör til eigenda Sorpu því verið í gildi í nærri fimm ár. Rétt er þó að taka fram að jafnvel þó afslátturinn hefði verið tímabundinn þýðir það ekki að hann sé samþýðanlegur 11. gr. samkeppnislaga. Sýnt hefur verið fram á skaðleg áhrif afsláttarins á samkeppni og eiga þau við jafnvel þó hann hefði aðeins gilt í skamman tíma, sbr. umfjöllun hér að framan. Að mati Samkeppniseftirlitsins er hins vegar ljóst að afsláttirnir hafa lengi verið í gildi og það eykur skaðleg áhrif þeirra.

Þá er ekki unnt að fallast á það með Sorpu að þar sem öll einkafyrirtæki njóti sömu kjara í viðskiptum sínum við Sorpu hafi afslátturinn ekki skaðleg áhrif á samkeppni. Eins og áður hefur verið rakið snýst mál þetta um samkeppni Sorpu og Gámaþjónustunnar á markaði fyrir rekstur móttökustöðva (móttöku og böggun sorps). Það leiðréttir því engan vegin þær samkeppnishömlur sem afslátturinn hefur í för með sér að öll einkafyrirtæki njóti sömu afsláttarkjara. Við þetta má bæta að Sorpa hefur með engu móti reynt að sýna fram á að afslátturinn byggist á kostnaðarlegu hagræði sem tengist viðskiptum eigenda við fyrirtækið. Þvert á móti má ráða af skýringum Sorpu að afslátturinn sé einungis byggður á því að um viðskipti við eigendur sé að ræða og því ekki verið hugsað til kostnaðarlegs hagræðis við ákvörðun hans.

2.4.3 Afsláttir Sorpu eru ekki til hagsbóta fyrir neytendur

Í máli Sorpu hefur komið fram að ákvörðun um afsláttina hafi verið tekin á þeim tíma sem mikil krafa hafi verið um hagræðingu í rekstri þeirra sveitarfélaga sem standi að byggðasamlaginu. Hafi afsláttirnir því verið veittir í stað þess t.d. að sveitarfélögin myndu auka útsvarsgreiðslur. Ákvörðun um afsláttarkjörin hafi því verið tekin á grundvelli almannahagsmuna og með hliðsjón af hagsmunum neytenda og á grundvelli heimildar í lögum. Er það einnig mat Sorpu að sú neytendavernd sem afsláttirnir feli í sér sé í samræmi við markmið bannákvæðis 11. gr. samkeppnislaga.



Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á að þessi sjónarmið séu til þess fallin að réttlæta umrædda afslætti. Hér að framan hefur verið sýnt fram á að afslættirnir raska samkeppni á skilgreindum markaði. Markmið samkeppnislaga er að efla virka samkeppni í viðskiptum og þar með vinna að hagkvæmri nýtingu framleiðsluþátta þjóðfélagsins, sbr. 1. mgr. 1. gr. laga. Markmiði þessu skal ná m.a. með því að vinna gegn skaðlegri fákeppni og samkeppnishömlum. Er með þessu markmiði gengið út frá þeirri almennu forsendu að virk samkeppni leiði til mestrar skilvirkni, bestu þjónustu og hagstæðasta verði almenningi til hagsbóta. Þegar markaðsráðandi fyrirtæki grípa til aðgerða sem hafa skaðleg áhrif á samkeppni stuðla þær því ekki að bættum almannahagsmunum heldur þvert á móti skaða þær hagsmuni neytenda og þjóðfélagsins alls. Þegar tekjupörf sveitarfélaga er mætt með því að fyrirtæki eða byggðasamlög í þeirra eigu grípa til aðgerða sem raska samkeppni á mörkuðum þar sem einnig starfa einkafyrirtæki eru slíkar aðgerðir ekki í samræmi við markmið samkeppnislaga. Þá hefur verið sýnt fram á í þessu máli að aðgerðir Sorpu, þ.e. aukinn afsáttur til eigenda, fara gegn 11. gr. samkeppnislaga. Einnig er ljóst að afslættirnir sem sagðir eru ígildi arðgreiðslna til eigenda Sorpu eiga sér ekki lagastoð, hvorki með vísan til ákvæða sveitastjórnarlaga nr. 138/2011 né laga nr. 55/2003 um meðhöndlun úrgangs. Ekki er því unnt að fallast á það sjónarmið Sorpu að umræddir afslætti eða arðgreiðslur byggðasamlagsins sé unnt að réttlæta á grundvelli almannahagsmuna eða neytendaverndar.

2.4.4 Önnur lögmál gilda ekki á sorphirðumarkaði

Sorpa hefur í máli sínu lagt áherslu á að hinn „meinti markaður lúti allt öðrum lögmálum en hefðbundinn og frjáls samkeppnismarkaður“ enda sú þjónusta sem um ræði lögbundin og veitt á grundvelli „allsherjarhagsmuna samfélagsins“. Aðrir aðilar en Sorpa á markaðnum njóti þeirra forréttinda að geta valið sér viðskiptavini og innheimt af þeim gjald í samræmi við arðsemismarkmið á meðan Sorpa verði að þjónusta alla á sínu landsvæði á grundvelli þjónustugjalda. Túlka verður meinta misnotkun aðila eins og Sorpu þröngt vegna þess að slíkir aðilar komist ekki hjá því að vera í markaðsráðandi stöðu og hafa í starfsemi sinni skaðleg áhrif á samkeppni að einhverju leyti, m.a. vegna þröngra gjaldtökuheimilda sinna.

Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á þetta. Eins og rökstutt hefur verið hér að framan felur starfsemi Sorpu í sér atvinnurekstur í skilningi samkeppnislaga. Á þeim samkeppnismarkaði sem um ræðir í þessu máli keppir Sorpa við Gámaþjónustuna. Þá keppir Sorpa við önnur einkafyrirtæki á mörgum sviðum við meðhöndlun úrgangs, s.s. við flokkun og endurvinnslu. Ennfremur er ljóst að Sorpa stundar markaðsstarfsemi í tengslum við þá þjónustu sem hún veitir og eru nær allar tekjur Sorpu tilkomnar vegna seldrar þjónustu til fjölda viðskiptavina. Stór hluti af starfsemi Sorpu er því ekki aðeins hluti af grundvallarverkefnum sveitarfélaga heldur er um að ræða starfsemi sem samkeppni ríkir um. Starfsemi Sorpu fellur því að þessu leyti undir ákvæði samkeppnislaga og gilda því ekki „önnur lögmál“ um hana en annan almennan fyrirtækjarekstur. Hvað varðar það sjónarmið Sorpu að aðrir aðilar „njóti forréttinda“ að geta sett sér arðsemismarkmið sem Sorpa geti ekki þá telur Samkeppniseftirlitið það í nokkurri mótsögn við þau sjónarmið byggðasamlagsins sem rakin hafa verið hér að framan um að því sé heimilt að greiða út arð í gegnum aukna afslætti til eigenda. Nánar hefur verið fjallað um þessi atriði í umfjöllun um gildissvið samkeppnislaga hér að framan og vísast til þeirrar umfjöllunar.



2.4.5 Sjónarmið Sorpu um að einkaaðilar hafi ekki óskað eftir betri kjörum hjá byggðasamlaginu

Í málinu hefur Sorpa haldið því fram að það sé ósannað að fyrirtækjum standi ekki til boða sambærilegir afslættir og þeim sem eigendur Sorpu og Sorpstöðvar Suðurlands njóti. Sorpu beri engin skylda til að bjóða afslætti að eigin frumkvæði. Gámaþjónustan hafi t.a.m. ekki haft fyrir því að kanna hvort félagið ætti rétt á auknum afslætti hjá byggðasamlaginu. Gámaþjónustan hefur mótmælt þessu og bent á að viðskiptakjör eigenda Sorpu hafi ekki verið öðrum kunn. Í athugasemdum fyrirtækisins kemur fram að „[h]vorki almenni afslátturinn, sem hæstur getur orðið 7% né 18% eigendaafsláttur, var auglýstur fyrr en Gámaþjónustan kærði til Samkeppniseftirlitsins í desember 2009.“ Forsvarsmenn Gámaþjónustunnar hafi staðið í þeirri trú að allir sætu við sama borð við veitingu afsláttar og ekki haft hugmynd um hinn aukna eigendaafslátt fyrr en útboðsgögn í útboði Hafnarfjarðarbæjar hafi verið gerð opinber í nóvember 2009.

Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á þessar skýringar Sorpu og telur þær reyndar sæta furðu þar sem þær eru í mótsögn við aðrar málsástæður byggðasamlagsins þar sem lögð hefur verið áhersla á að réttlæta betri kjör til eigenda, sbr. t.d. umfjöllun hér að framan um að aukinn afsláttur hafi verið ígildi arðgreiðslna til eigenda o.fl. Hvað varðar kjörin í samningi við Sorpstöð Suðurlands hefur Sorpa vísað til sérstakra skyldna sinna samkvæmt landsáætlun og samvinnu sorpsamlaga. Er því ekki trúverðugt að aðrir aðilar (s.s. einkafyrirtæki á sviði sorphirðu eins og Gámaþjónustan) hefðu getað fengið sambærileg kjör og eigendur Sorpu og/eða Sorpstöð Suðurlands jafnvel þó þau hefðu óskað eftir því. Þá er jafnframt ljóst að við meðferð þessa máls hefur ekki verið gerður reki að því af hálfu Sorpu að jafna kjör viðskiptavina byggðasamlagsins. Það magntengda afsláttarkerfi sem var í gildi þegar upphaflegt erindi barst í desember 2009 er sem fyrr segir enn í gildi fyrir aðra aðila en eigendur Sorpu og Sorpsamlag Suðurlands.⁵⁴ Afsláttarkjör þessara aðila miðast því ekki við birta gjaldskrá og gildandi viðskiptaafslætti og eru ekki í tengslum við magn viðskipta. Þá er ljóst að Gámaþjónustan vissi ekki af eigendaafslætti Sorpu fyrr en fyrirtækinu bárust gögn vegna útboðs Hafnarfjarðarbæjar á sorphirðu í ágúst 2009. Nánar er fjallað um gjaldskrá og afslætti Sorpu hér að framan og vísast einnig til þeirrar umfjöllunar um þetta atriði.

3. Samandregin niðurstaða

Í öðrum hluta þessarar ákvörðunar er fjallað um gildissvið samkeppnislaga gagnvart þeim lögum sem rekstur Sorpu fellur undir og komist að þeirri niðurstöðu að samkeppnislög nr. 44/2005 giltu um starfssemi byggðasamlagsins. Í þriðja hluta eru markaðir málsins skilgreindir og komist að þeirri niðurstöðu að þjónustumarkaðir þess eru annars vegar þjónusta móttökustöðva (flokkun og meðhöndlun sorps) og hins vegar urðun eða endanleg förgun úrgangs. Landfræðilegur markaður er skilgreindur sem mörk þeirra sveitarfélaga á höfuðborgarsvæðinu sem standa að Sorpu. Komist er að þeirri niðurstöðu að Sorpa sé markaðsráðandi á báðum skilgreindum þjónustumörkuðum. Hlutdeild Sorpu var u.þ.b. 70% á viðmiðunartímabilunum á markaði fyrir rekstur

⁵⁴ Upplýsingar um afslættina er að finna á heimasíðu Sorpu: <http://sorpa.is/Um-SORPU/THjonusta/Komid-i-vidskipti/>. Heimasíða skoðuð 4. janúar 2012.



móttökustöðva og á markaði fyrir förgun úrgangs er Sorpa með einokunarstöðu. Í fjórða hluta er fjallað um misnotkun Sorpu á markaðsráðandi stöðu. Komist er að þeirri niðurstöðu að aukinn afsláttur (18%) til eigenda Sorpu fari gegn c. lið 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga. Sýnt er fram á að afslátturinn var til þess fallinn að raska samkeppni á markaði fyrir flokkun og meðhöndlun úrgangs þar sem Sorpa og Gámaþjónustan eru keppinautar. Einnig er sýnt fram á að aukinn afsláttur Sorpu til Sorpstöðvar Suðurlands fari gegn sama lagaákvæði. Ljóst er að afslættirnir byggja ekki á kostnaðarlegu hagræði byggðasamlagsins. Það er einnig niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að ein megin réttlættingarástæða Sorpu fyrir auknum afslætti, þ.e. að um ígildi arðgreiðslu til eigenda sé að ræða, eigi sér ekki lagastoð. Hér að framan hefur verið sýnt fram á að arðgreiðslurnar eiga sér hvorki stoð í sveitarstjórnarlögnum nr. 138/2011 né í lögum nr. 55/2003 um meðhöndlun úrgangs né í reglum sem settar hafa verið á grundvelli þessara laga. Þá er það mat Samkeppniseftirlitsins að jafnvel þó Sorpu væri heimilt að greiða eigendum sínum arð þá væri afar óeðlilegt að það sé gert í formi afslátta sem hafa skaðleg áhrif á mörkuðum þar sem Sorpa er í samkeppni við einkafyrirtæki. Þá er ekki unnt að fallast á að afslættirnir séu til þess fallnir að tryggja almannahagsmuni eða bæta hag neytenda.

Fyrir liggur því í málinu að Sorpa misnotaði markaðsráðandi stöðu sína og braut þar með gegn 11. gr. samkeppnislaga.



V. Viðurlög

Í þessum kafla verður fjallað um ákvæði 37. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 og hugað að þeim sjónarmiðum sem líta verður til við ákvörðun viðurlaga í málinu.

1. Sjónarmið Sorpu

Eins og kemur fram hér að ofan heldur Sorpa því fram að starfsemi þess falli ekki undir gildissvið samkeppnislaga og til vara að fyrirtækið hafi ekki brotið gegn samkeppnislögum. Sorpa hefur ekki sett fram sérstök sjónarmið um mögulegar stjórnvaldssektir.

2. Mat Samkeppniseftirlitsins

Í 37. gr. samkeppnislaga segir að Samkeppniseftirlitið leggi stjórnvaldssektir á fyrirtæki sem brjóti m.a. gegn bannreglum samkeppnislaga nema brotið teljist óverulegt eða af öðrum ástæðum sé ekki talin þörf á slíkum sektum til að stuðla að og efla virka samkeppni. Eins og leiðir af orðalagi 1. mgr. 37. gr. er tilgangur ákvæðisins sá að varnaðaráhrif sekta stuðli að framkvæmd samkeppnislaga og þar með að aukinni samkeppni, sbr. einnig úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 10/2011 *Síminn hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Meginreglan er sú að stjórnvaldssektir eru lagðar á ef brot á bannreglum laganna eiga sér stað, sbr. dóm Hæstaréttar frá 9. febrúar 2012 í máli nr. 205/2011 *Samkeppniseftirlitið gegn Icelandair ehf.*

Í 37. gr. samkeppnislaga kemur m.a. fram að sektir geti numið allt að 10% af veltu síðasta almanaksárs hjá því fyrirtæki eða samtökum fyrirtækja sem aðild eiga að samkeppnishömlunum. Við ákvörðun sekta ber skv. ákvæðinu að hafa hliðsjón af eðli og umfangi samkeppnishamlna og hvað þær hafa staðið lengi. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2006 *Dagur Group hf. gegn Samkeppniseftirlitinu* segir að hér sé ekki um að ræða tæmandi talningu á þeim atriðum sem horfa má til við álagningu sekta. Hefur áfrýjunarnefndin talið að það megi einnig líta t.d. til stærðar fyrirtækja sem teljast brotleg, huglægrar afstöðu stjórnenda, hagnaðarsjónarmiða og eldri brota á samkeppnislögum, sbr. einnig úrskurð áfrýjunarnefndar í máli nr. 3/2008 *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu*. Eins og lögskýringargögn bera skýrlega með sér er eðlilegt að túlka ákvæðið með hliðsjón af EES/ESB-samkeppnisrétti.⁵⁵

Samkeppniseftirlitið bendir einnig á að Hæstiréttur hefur talið að bannregla 11. gr. samkeppnislaga sé ekki of óljós til að ákvörðun viðurlaga verði reist á henni, sbr. dóm Hæstaréttar í máli nr. 323/2003 *Skífan hf. gegn samkeppnisráði*. Líta má einnig til þess að dómstólar ESB hafa talið að ætlað flókið eðli tiltekinnar misnotkunar á markaðsráðandi stöðu eða ný túlkun á samkeppnisreglum geti ekki leitt til lækkunar sekta.⁵⁶ Þannig á það ekki að hafa áhrif til lækkunar sekta að í máli þessu sé

⁵⁵ Í athugasemdum við 2. gr. frumvarps sem varð að lögum nr. 52/2007 er fjallað um tillögur að breytingum á 37. gr. samkeppnislaga: „Í ákvæðinu er mælt fyrir um skyldu Samkeppniseftirlitsins til að leggja stjórnvaldssektir á fyrirtæki eða samtök fyrirtækja, við nánar tilteknar aðstæður. Byggist tillagan eins og núgildandi ákvæði á fyrirmyndum úr EES/EB-samkeppnisrétti.“

⁵⁶ Sjá dóm dómstóls ESB frá 6. desember 2012 í máli nr. C-457/10 *AstraZeneca v Commission* þar sem því var hafnað að lækka sekt sökum þess að í ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar í málinu var í fyrsta sinn komist að



byggðasamslag sveitarfélags í fyrsta sinn sektað fyrir brot gegn bannreglum samkeppnislaga. Bannreglur samkeppnislaga gilda með sama hætti gagnvart markaðsráðandi fyrirtækjum í eigu annars vegar opinberra aðila og hins vegar í eigu einkaaðila.

Í máli þessu liggur fyrir að Sorpa, sem markaðsráðandi fyrirtæki, hefur mismunað keppinautum sínum með ólíkum afsláttarkjörum sem ekki byggjast á hlutlægum forsendum. Ekki hefur verið sýnt fram á hlutlægar eða málefnalegar ástæður sem réttlætt geta háttsemi Sorpu. Rökstutt hefur verið að þessi háttsemi Sorpu hafi farið gegn 11. gr. samkeppnislaga og að hún hafi verið til þess fallin að viðhalda og styrkja með óeðlilegum hætti stöðu Sorpu á markaðnum fyrir flokkun og meðhöndlun úrgangs og einnig óbeint á markaðnum fyrir förgun úrgangs. Af umfjöllun hér að framan er ljóst að brot Sorpu hafa þegar haft neikvæð áhrif á markaðinn, m.a. komið í veg fyrir að kvartanda í máli þessu, Gámaþjónustunni, hafi verið unnt að bjóða samkeppnishæft verð fyrir móttöku og böggun á úrgangi sem safnað er í tengslum við útboð Hafnarfjarðarbæjar á sorphirðu.

Framangreind brot Sorpu á 11. gr. samkeppnislaga eru óhjákvæmilega alvarleg í eðli sínu. Því er að mati Samkeppniseftirlitsins nauðsynlegt að sekta fyrir umrædd brot í samræmi við ákvæði 37. gr. samkeppnislaga.

Eins og áfrýjunarnefnd samkeppnismála hefur bent á getur huglæg afstaða þeirra sem hlut eiga að broti skipt máli við mat á fjárhæð sekta, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar í máli nr. 8/2008. Samkeppniseftirlitið vísar hér til þess að í samkeppnisrétti er talið að brot sé framið af ásetningi þegar viðkomandi aðila mátti vera ljóst að aðgerðum hans var ætlað að raska samkeppni. Ekki er skilyrði að viðkomandi hafi verið það ljóst að aðgerðir hans fælu í sér brot á samkeppnisreglum.⁵⁷ Skýr ásetningur getur falið í sér rök fyrir hækkun sekta en ekki er hins vegar sjálfgefið að brot framin af gáleysi eigi að leiða til lægri sekta en ella.⁵⁸ Er það mat Samkeppniseftirlitsins að Sorpu hafi mátt vera ljóst að þessi háttsemin hafi verið til þess fallin að hafa neikvæð samkeppnisleg áhrif á markað málsins. Skiptir í því sambandi máli sú yfirburðarstaða sem Sorpa nýtur á mörkuðum málsins. Af þessu leiðir að ekki eru sérstök rök til að lækka sekt vegna huglægrar afstöðu

þeirri niðurstöðu að tiltekin háttsemi fæli í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Sjá einnig dóm dómstólsins í máli nr. C-333/94P *Tetra Pak v Commission* [1996] ECR I-5951. Í því máli hélt fyrirtæki sem misnotað hafði markaðsráðandi stöðu sína því fram að lækka ætti sekt þess vegna þess að engin fordæmi væru fyrir túlkun framkvæmdastjórnar EB á samkeppnisreglum í málinu og að brotið byggði á flóknu mati. Hvorki dómstóll EB né undirrétturinn féllst á þetta: „ ... the Court of First Instance weighed the seriousness of the infringement against the circumstances invoked by Tetra Pak. It considered that, even if in some respects defining the relevant product markets and the scope of Article 86 may have been a matter of some complexity, Tetra Pak could not have been unaware, given its quasi-monopoly on the aseptic markets and its leading position on the non-aseptic markets, that the practices in issue contravened the rules in the Treaty. The Court of First Instance concluded that the manifest nature and particular gravity of the restrictions on competition resulting from the abuses in question justified upholding the fine, notwithstanding the allegedly unprecedented nature of certain legal assessments in the contested decision. By that reasoning, the Court of First Instance dealt adequately with Tetra Pak's argument based on the mitigating circumstances on which it could rely. The fifth plea in law must therefore also be dismissed.”

⁵⁷ Sjá t.d. dóm undirréttar EB í sameinuðum málum nr. T-202, 204 og 207/98 *Tate & Lyle, British Sugar plc and Napier Brown plc v Commission* [2001] 5 CLMR 22: „It is settled case-law that, for an infringement of the competition rules of the Treaty to be regarded as having been committed intentionally, it is not necessary for an undertaking to have been aware that it was infringing those rules. It is sufficient that it could not have been unaware that its conduct was aimed at restricting competition.”

⁵⁸ Sjá t.d. dóm dómstóls EB í máli nr. C-137/95P *SPO v Commission* [1996] ECR I-1611.



fyrirsvarsmanna Sorpu. Hins vegar er ekki ástæða til hækkunar sektar vegna huglægra atriða.

Sorpa heldur því m.a. fram að háttsemi fyrirtækisins hafi ekki haft nein skaðleg áhrif á samkeppni á mörkuðum málsins. Samkeppniseftirlitið vísar í þessu tilliti til þess að ákvæði 37. gr. samkeppnislaga gera ekki samkvæmt orðalagi sínu þá kröfu að sektir séu metnar með hliðsjón af þeim áhrifum sem viðkomandi ráðstöfun hefði í reynd haft á markaðnum. Af þessu leiðir að bæði er heimilt og eðlilegt, í því skyni að skapa varnaðaráhrif, að leggja á stjórnvaldssektir vegna brots á bannreglum samkeppnislaga þrátt fyrir að ekki sé sýnt fram á samkeppnislegan skaða, t.d. að verð hafi hækkað eða keppinautur hafi hrökklast út af markaðnum, sbr. t.d. dóm Hæstaréttar í máli nr. 550/2007 *Árdegi hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.⁵⁹ Er þetta sama regla og gildir í EES/ESB-samkeppnisrétti.⁶⁰ Hefur komið skýrt fram að ekki sé við mat á sektum þörf á að horfa til þess að brot hafi ekki skilað viðkomandi fyrirtæki hagnaði eða öðrum ávinningi. Eftir sem áður sé rétt að leggja á sektir til að tryggja varnaðaráhrif.⁶¹ Ef hins vegar „sýnt er fram á að ólögmæt aðgerð hafi komist til framkvæmda getur það haft áhrif til hækkunar sekta“, eins og segir í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008. Skipta ber mati á áhrifum af samkeppnislagabroti í tvennt. Annars vegar skal líta til þess hvort tiltekið brot hafi verið framkvæmt. Dæmi um þetta er ef ólögmætur samningur markaðsráðandi fyrirtækis kemst til framkvæmda, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 1/2002 *Skífan hf. gegn samkeppnisráði*. Hins vegar skal líta til þess hvort framkvæmdin hafi leitt af sér bein áhrif á markaðnum, t.d. á verð vöru eða þjónustu eða á keppinaut.⁶² Báðar þessar tegundir af áhrifum af broti geta falið í sér rök til hækkunar á sektum.

⁵⁹ Í dómnum var staðfest niðurstaða áfrýjunarnefndar og Héraðsdóms Reykjavíkur um sektir með vísan m.a. til þess að brot Skífunnar hf. voru umfangsmikil, alvarleg og stóðu lengi. Í dómi héraðsdóms sagði: „Þá er af hálfu stefnanda vísað til þess að ekkert bendi til þess að meint samkeppnisbrot stefnanda hafi haft í för með sér skaðlegar afleiðingar en líta verði meðal annars til áhrifa af broti þegar alvarleiki þess er metinn. Áhrifin í þessu tilviki verði að teljast óveruleg sem hljóti að draga úr alvarleika brotsins. Ummæli og framsetning í ákvörðun stefnda, sem áfrýjunarnefndin virtist staðfesta, að ósannað sé að meint brot hafi haft í för með sér beinar skaðlegar afleiðingar, verði að skilja þannig að stefndi og áfrýjunarnefndin líti svo á að meint brot hafi ekki haft nein skaðleg áhrif á markaðinn. Hér verður að telja að áfrýjunarnefndin hafi litið svo á að háttsemi stefnanda væri til þess fallin að hafa umtalsverð áhrif enda segir í úrskurði nefndarinnar að fyrirsvarsmönnum stefnanda hafi mátt vera ljóst að af samningunum kynni að leiða röskun á samkeppni og að umfang samkeppnishamla hafi verið verulegt, eins og áður er komið fram. Verður ekki fallist á að mat nefndarinnar á alvarleika brotanna hafi verið rangt, enda hefur ekki verið sýnt fram á það af hálfu stefnanda. Þegar litið er til þessa verður ekki fallist á framangreind rök stefnanda og er þessari málsástæðu hans því hafnað.“

⁶⁰ Sjá hér t.d. dóm undirréttar ESB frá 30. september 2003 í máli nr. T-203/01 Michelin v Commission: „... the applicant states that, in the contested decision ... the Commission based its assessment of the seriousness of the infringement on its alleged effects, without carrying out a detailed analysis. It maintains that the Commission made a serious error of assessment in evaluating the alleged effects of the infringement for the purpose of determining its seriousness. The applicant, submits that the practices complained of never had the anti-competitive effects which the Commission alleges. The Court notes that, in the contested decision, the Commission did not examine the specific effects of the abusive practices. Nor was it required to do so ... It is true that, in recitals 355 to 357 of the contested decision, the Commission speculated on the effects of the abusive conduct. However, the seriousness of the infringement was established by reference to the nature and the object of the abusive conduct. ... it is clear from settled case-law ... that factors relating to the object of a course of conduct may be more significant for the purposes of setting the amount of the fine than those relating to its effects.“ (áherslubreyting Samkeppniseftirlitsins).

⁶¹ Sjá t.d. dóm undirréttar ESB í máli nr. T-213/00 CMA CGM and others v Commission [2003] ECR II913: „...the fact that an undertaking did not benefit from an infringement cannot, according to the case-law, preclude the imposition of a fine, since otherwise it would cease to have a deterrent effect ... It follows that, contrary to Senator Lines' argument, the Commission is not required, in order to fix fines, to establish that the infringement brought about an unlawful advantage for the undertakings concerned, or to take into consideration any lack of benefit from the infringement“

⁶² Af úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 14/2001 má ráða að gerður er greinarmunur annars vegar á því hvort tiltekið samráð hafi komist til framkvæmda og hins vegar hvort samráðið hafi haft bein áhrif á



Eins og ítarlega hefur verið rakið hér að framan var hinni ólögmætu háttsemi Sorpu hrint í framkvæmd og hafði hún með þeim hætti áhrif á markaðnum. Eins og áður segir fól hún í sér óhlutlæga mismunun á milli viðskiptavina Sorpu með auknum afsláttum til eigenda byggðasamlagsins og Sorpstöðvar Suðurlands bs.

Þegar metið er hvaða fjárhæð stjórnvaldssekt eigi að nema er eðlilegt að horfa til heildarveltu hins brotlega aðila og þeirrar samstæðu sem hann tilheyrir. Einnig getur verið rétt að horfa til veltu á þeim markaði þar sem brotið átti sér stað.⁶³ Eins og framangreind umfjöllun ber með sér hefur ólögmæt mismunun Sorpu sem fól í sér mismunandi viðskiptakjör til viðskiptavina a.m.k. átt sér stað frá því á árinu 2009. Sorpa hefur ekki látið af þeirri háttsemi sem mál þetta varðar þrátt fyrir rannsókn Samkeppniseftirlitsins og andmælaskjal eftirlitsins frá 15. júlí 2011 þar sem komist var að þeirri frumniðurstöðu að byggðasamlagið hafi gerst brotlegt við 11. gr. samkeppnislaga. Þessi atriði horfa til þyngingar viðurlaga.

Sorpa er markaðsráðandi á þeim mörkuðum sem skilgreindir hafa verið í máli þessu. Heildarvelta Sorpu, var 1,8 ma. kr. á árinu 2009 (upphaf brots) en þ.a. var velta Sorpu á markaði fyrir förgun úrgangs [...] millj. kr. og [...] millj. kr. á markaðnum fyrir flokkun og meðhöndlun úrgangs. Heildarvelta Sorpu var 1,8 ma. kr. á árinu 2010 en þ.a. var velta Sorpu á markaði fyrir förgun úrgangs fyrstu sex mánuði ársins [...] millj. kr. og [...] millj. kr. á markaðnum fyrir flokkun og meðhöndlun úrgangs. Velta Sorpu árið 2011 var tæplega 2 ma. kr.

Með vísan til alls framangreinds telur Samkeppniseftirlitið hæfilegt að leggja kr. 45.000.000 (fjörutíu og fimm milljónir kr.) sekt á Sorpu bs. vegna brota byggðasamlagsins gegn 11. gr. samkeppnislaga.

Í a. lið 1. mgr. 16. gr. samkeppnislaga segir að Samkeppniseftirlitið geti gripið til aðgerða gegn samningum, skilmálum og hvers konar athöfnum sem brjóta í bága við m.a. bannákvæði samkeppnislaga. Í 2. mgr. 16. gr. segir að aðgerðir Samkeppniseftirlitsins geti falið í sér hverjar þær ráðstafanir sem nauðsynlegar eru til að efla samkeppni, stöðva brot eða bregðast við athöfnum opinberra aðila sem kunna að hafa skaðleg áhrif á samkeppni.

verð (verðáhrif). Sjá hér einnig t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar EB í *Zinc Phosphate Cartel* málinu [2003] 5 CMLR 14: „... the actual impact of a complex of agreements in the market depends on, first whether these arrangements were implemented and, secondly, whether the implementation of these arrangements produced an effect in the market.”

⁶³ Skýrt hefur komið fram í EES/ESB-rétti að heimilt sé að horfa til bæði heildarveltu og veltu á viðkomandi markaði en ekki eigi að gefa þessum viðmiðunum of mikið vægi. Sjá t.d. dóm undirréttar EB í máli nr. T-77/92 *Parker Pen v Commission* [1994] II-549: „It is permissible to have regard both to the total turnover of the undertaking, which gives an indication, albeit approximate and imperfect, of the size of the undertaking and of its economic power, and to the turnover accounted for by the goods in respect of which the infringement was committed, which gives an indication of the scale of the infringement. It follows that it is important not to attribute to any of those figures a significance which is disproportionate in relation to the other factors relevant to an assessment and, consequently, that an appropriate fine cannot be fixed merely by a simple calculation based on the total turnover ...”



Í máli þessu er að mati Samkeppniseftirlitsins þörf á að beita 16. gr. samkeppnislaga til að skapa aukna samkeppni á skilgreindum markaði þessa máls. Fyrir liggur að Sorpa hefur ekki gripið til neinna aðgerða til að leiðrétta þann mismun sem er á afsláttarkjörum viðskiptavina og fjallað hefur verið um í ákvörðun þessari. Með heimild í 2. mgr. 16. samkeppnislaga beinir Samkeppniseftirlitið því þeim fyrirmælum til Sorpu að endurskoða gjaldskrá fyrir þjónustu sína. Skulu viðskiptakjör í nýrri gjaldskrá vera almenn, gagnsæ og hlutlæg þannig að aðilar sem eiga í samskonar viðskiptum við Sorpu njóti sömu kjara.

Samkvæmt 33. gr. samkeppnislaga eru samningar sem brjóta í bága við bannákvæði samkeppnislaga ógildir. Samkvæmt framansögðu er ljóst að samningi Sorpu við Sorpstöð Suðurlands er að finna ákvæði sem fela í sér viðskiptakjör sem fara gegn 11. gr. samkeppnislaga og geta því ekki haldið gildi sínu, sbr. 33. gr. laganna. Rétt er því að beina einnig þeim fyrirmælum til Sorpu að tryggja að ekki sé starfað eftir samningum sem fara gegn samkeppnislögum.



VI. Ákvörðunarorð:

„Sorpa bs. braut gegn 11. gr. samkeppnislaga með þeirri háttsemi sem nánar er lýst í ákvörðun þessari.

Með heimild í 37. gr. samkeppnislaga mælir Samkeppniseftirlitið fyrir um að Sorpa bs. greiði stjórnvaldssekt að fjárhæð kr. 45.000.000 (fjörutíu og fimm milljónir króna) vegna þessara brota.

Sektin skal greiðast í ríkissjóð eigi síðar en einum mánuði eftir dagsetningu þessarar ákvörðunar. Sé sektin ekki greidd innan þess tíma skal greiða dráttarvexti af fjárhæð sektarinnar, sbr. 2. mgr. 37. gr. samkeppnislaga.

Með heimild í 2. mgr. 16. gr. samkeppnislaga beinir Samkeppniseftirlitið eftirfarandi fyrirmælum til Sorpu bs.:

- **Sorpa bs. skal endurskoða gjaldskrá fyrir þjónustu sína. Viðskiptakjör í nýrri gjaldskrá skulu vera almenn, gagnsæ og hlutlæg þannig að aðilar sem eiga í samskonar viðskiptum við Sorpu bs. njóti sömu kjara.**

Sorpa bs. skal tryggja að kjör og aðrir skilmálar í viðskiptasamningum fyrirtækisins séu í samræmi við 11. gr. samkeppnislaga. Framkvæmd þessara fyrirmæla skal vera lokið eigi síðar en átta vikum frá dagsetningu þessarar ákvörðunar og skal Sorpa bs. upplýsa Samkeppniseftirlitið um framkvæmd fyrirmælanna fyrir sama tímamark.“

Samkeppniseftirlitið

Páll Gunnar Pálsson