

D Ó M U R

Héraðsdóms Reykjaness, þriðjudaginn 22. mars 2016, í máli nr. E-100/2013:

Norvik hf.

(Friðrik Hirst Friðriksson hdl.)

gegn

Högum hf.

(Þórður Bogason hrl.)

Mál þetta er höfðað með birtingu stefnu 18. desember 2012 og tekið til dóms 23. febrúar 2016. Stefnandi er Norvik hf., Bíldshöfða 20, Reykjavík, en stefndi er Hagar hf., Hagasmára 1, Kópavogi.

Stefnandi krefst þess aðallega að stefnda verði gert að greiða stefnanda 218.726.487 krónur með vöxtum samkvæmt 1. mgr. 8. gr. laga um vexti og verðtryggingu nr. 38/2001 frá 1. janúar 2009 til 30. janúar 2013 en dráttarvöxtum samkvæmt 1. mgr. 6. gr. sömu laga frá þeim degi til greiðsludags.

Fyrsta varakrafa stefnanda er að stefnda verði gert að greiða stefnanda 134.647.052 krónur með vöxtum samkvæmt 1. mgr. 8. gr. laga um vexti og verðtryggingu nr. 38/2001 frá 1. maí 2006 til 30. janúar 2013 en dráttarvöxtum samkvæmt 1. mgr. 6. gr. sömu laga frá þeim degi til greiðsludags.

Önnur varakrafa stefnanda er að stefnda verði gert að greiða stefnanda 67.918.110 krónur með vöxtum samkvæmt 1. mgr. 8. gr. laga um vexti og verðtryggingu nr. 38/2001 frá 1. janúar 2009 til 30. janúar 2013 en dráttarvöxtum samkvæmt 1. mgr. 6. gr. sömu laga frá þeim degi til greiðsludags.

Þriðja varakrafa stefnanda er að stefnda verði gert að greiða stefnanda 51.451.381 krónur með vöxtum samkvæmt 1. mgr. 8. gr. laga um vexti og verðtryggingu nr. 38/2001 frá 1. maí 2006 til 30. janúar 2013 en dráttarvöxtum samkvæmt 1. mgr. 6. gr. sömu laga frá þeim degi til greiðsludags.

Þrautavarakrafa stefnanda er sú að stefnda verði gert að greiða stefnanda skaðabætur að álitum auk vaxta og dráttarvaxta að mati dómsins.

Í öllum tilvikum er krafist málskostnaðar að skaðlausu úr hendi stefnda samkvæmt framlögðum málskostnaðarreikningi eða að mati dómsins.

Af hálfu stefnda er þess krafist að hann verði sýknaður af öllum kröfum stefnanda en til vara að dómkröfur stefnanda verði lækkaðar stórlega. Þá krefst stefndi málskostnaðar úr hendi stefnanda.

Tildrög málsins eru þau að hinn 26. febrúar 2005 tilkynnti verslunin Krónan allt að 25% verðlækkun á algengustu flokkum dagvara. Daginn eftir var því lýst yfir af hálfu stefnda, sem meðal annars rekur verslunarkenninguna Bónus, að Bónus „myndi verja vígi sitt“ og standa við þá verðstefnu sína að bjóða ávallt lægsta verðið á markaðnum hverju sinni. Næsta dag var greint frá því í fjölmiðlum að verðstríð væri skolið á milli lágvöruverðsverslana á höfuðborgarsvæðinu en um var að ræða Bónus og Krónuna sem og verslanirnar Kaskó og Nettó sem reknar eru af Samkaupum hf. Verðstríðið stóð yfir fram á mitt ár 2006 og var í hámarki frá febrúarlokum 2005 og fram í september sama ár. Verðstríðinu fylgdi mikil verðlækkun á ýmsum dagvörflokkum, svo sem brauðmeti og ávöxtum, en mest gætti hennar í verðlagningu á mjólkurvörum og fór verð á mjólk jafnvel niður í 0 krónur á tímabili í verslunum Bónuss, Kaskó og Nettó.

Kaupás ehf., sem var eigandi Krónunnar, er upphaflegur stefnandi málsins en í tengslum við sölu félagsins framseldi Kaupás ehf. kröfu þá sem mál þetta fjallar um til Norvikur hf. Kröfuframsalið er dagsett 23. ágúst 2013 og bókað var um aðilaskiptin í þinghaldi 13. september 2013.

Í ljósi framkominna ábendinga ákvað Samkeppniseftirlitið að hefja rannsókn á því hvort stefndi hefði með háttsemi sinni í tengslum við umrætt verðstríð brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 um bann við misnotkun á markaðsráðandi stöðu, þ.á m. í formi skaðlegrar undirverðlagningar. Laut rannsóknin að lögmæti verðlagningar stefnda á mjólkurvörum í verslunum Bónuss á árunum 2005 og 2006 en 17 mest seldu mjólkurvörurnar á rannsóknartímabilinu, sem rannsóknin tók til, eru eftirfarandi:

Nýmjólk í 1/1 l umbúðum, Nýmjólk í 1 ½ l umbúðum, Léttmjólk í 1/1 l umbúðum, Léttmjólk í 1 ½ l umbúðum, Fjörmjólk í 1/1 l umbúðum, Kókómjólk í 1/4 l umbúðum, AB mjólk í 1/1 l umbúðum, Létt AB mjólk í 1/1 l umbúðum, G mjólk í 1/1 l umbúðum, Undanrenna í 1/1 l umbúðum, Súrmjólk í 1/1 l umbúðum, Skyrdrykkur mangó í 330 ml umbúðum, Skyrdrykkur jarðarberja í 330 ml umbúðum, Skyrdrykkur vanillu í 330 ml umbúðum, Rjómi í ½ l umbúðum, Rjómi í ¼ l umbúðum, Matreiðslurjómi í ½ l umbúðum.

Rannsókn Samkeppniseftirlitsins beindist jafnframt að öðrum tegundum mjólkurvara. Hinn 7. júní 2006 sendi Samkeppniseftirlitið stefnda, stefnanda og Samkaupum hf., eignarhaldsfélögum stærstu verslanakeðja landsins, erindi þar sem óskað var eftir upplýsingum og gögnum í þeim tilgangi að varpa ljósi á verðmyndun á ákveðnum dagvörum meðan á verðstríðinu stóð og kanna stöðu þriggja stærstu eignarhaldsfélaga verslanakeðja á matvörumarkaðnum. Óskaði Samkeppniseftirlitið jafnframt eftir upplýsingum frá smærri aðilum á markaðnum

um heildarveltu viðkomandi aðila, sundurliðaða í sölu sérvara og dagvara. Auk þess aflaði Samkeppniseftirlitið ýmissa gagna og upplýsinga jafnt frá aðilum á matvörumarkaðnum sem og stjórnvöldum fyrir árin 2004, 2005 og 2006.

Hinn 19. desember 2008 tók Samkeppniseftirlitið ákvörðun í máli nr. 64/2008 þar sem staðfest voru brot stefnda gegn 11. gr. samkeppnislaga, og sama ákvæði eldri laga nr. 8/1993, á tímabilinu febrúar 2005 til maí 2006. Í ákvörðuninni var talið að stefndi hefði á nefndu tímabili misnotað markaðsráðandi stöðu sína á markaðnum með aðgerðum sem beindust gegn keppinautum félagsins á þeim markaði og fólust í ólögmætri undirverðlagningu á mjólk og mjólkurvörum í verslunum Bónuss. Var það mat Samkeppniseftirlitsins að háttsemin hefði verið til þess fallin að viðhalda og styrkja með ólögmætum hætti stöðu stefnda á hinum skilgreinda markaði og jafnframt útiloka helstu keppinauta frá honum, þ.m.t. Krónuna. Aðgerðir stefnda fólust nánar tiltekið í því meðal annars að það verð sem keppinautar buðu á markaðnum var ekki aðeins jafnað, heldur lækkaði Bónus sitt verð ítrekað niður fyrir verð keppinautanna þar til verð Bónuss var jafnvel aðeins lítið brot af nettóinnkaupsverði viðkomandi vöru. Skaðleg áhrif slíkrar hegðunar markaðsráðandi aðila voru talin þau að keppinautar stefnda myndu til lengri tíma skirrast við að efna til verðsamkeppni við stefnda en slíkt var talið hafa takmarkandi áhrif á möguleika minni keppinauta, þ.m.t. stefnanda, til að eflast á markaðnum. Í þessu fólst að stefnandi tryggði stöðu sína til aukinnar markaðshlutdeildar og voru aðgerðirnar taldar hindra keppinautana í því að afla sér frekari viðskipta og viðhéldu því og styrktu markaðsráðandi stöðu stefnda. Samkeppniseftirlitið komst að þeirri niðurstöðu að aðgerðirnar hefðu verið til þess fallnar að valda keppinautum samkeppnislegu tjóni og gerði stefnda að greiða sekt að fjárhæð 315.000.000 króna vegna brotanna.

Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins kemur fram að heildarframlegð af sölu mjólkurvara í verslunum Bónuss hafi verið neikvæð yfir tímabilið janúar 2005 til maí 2006. Átti það sérstaklega við um 17 mest seldu mjólkurvörurnar. Framlegð af sölu á mjólkurvörunum hafi verið jákvæð fyrstu tvo mánuði ársins 2005, a.m.k. ef miðað er við sölu á 17 mest seldu mjólkurvörunum. Eftir að verðstríðið hófst hafi hins vegar orðið verulegt tap af þessum vörum sem náði hámarki um mitt ár 2005. Umræddar vörur hafi verið seldar með umtalsverðu tapi það sem eftir var af árinu 2005 og allt til loka rannsóknartímabilsins í maí 2006. Þá segir í ákvörðuninni að hámarksframlegð af sölu á einstökum vöruflokkum á tímabilinu hafi verið lítil í flestum tilvikum og jafnvel neikvæð, en lágmarksframlegðin í öllum tilvikum neikvæð og þar að auki um umtalsvert tap að ræða í flestum tilvikum. Var talið að undirverðlagning á mjólkurvörum í verslunum Bónuss á rannsóknartímabilinu hafi kostað stefnda um 700.000.000 króna en framlegðartap af þeim hafi numið um

337.000.000 króna.

Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins var kærð til áfrýjunarnefndar samkeppnismála sem staðfesti hana með úrskurði 4. mars 2009 í máli nr. 2/2009. Í framhaldi af úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála höfðaði stefndi dómsmál gegn Samkeppniseftirlitinu og íslenska ríkinu þar sem þess var aðallega krafist að úrskurðurinn yrði felldur úr gildi en til vara að sektin, sem stefnda var gert að greiða, yrði lækkuð eða felld niður. Með dómi Héraðsdóms Reykjavíkur 19. febrúar 2010 voru Samkeppniseftirlitið og íslenska ríkið sýknuð af kröfum stefnda og jafnframt staðfest niðurstaða Samkeppniseftirlitsins og áfrýjunarnefndar samkeppnismála um að stefndi hefði brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með ofangreindum aðgerðum. Dómi héraðsdóms var áfrýjað til Hæstaréttar sem staðfesti hann með vísan til forsendna með dómi 18. nóvember 2010 í máli nr. 188/2010.

Með bréfi stefnanda 3. júní 2009 krafði stefnandi stefnda um skaðabætur á grundvelli úrskurðar Samkeppniseftirlitsins.

Í tilefni af framangreindu ákvað stefnandi að leita réttar síns gagnvart stefnda, og á dómþingi Héraðsdóms Reykjavíkur 5. febrúar 2009 voru dómkvaddir matsmenn til að meta ætlað tjón stefnanda vegna misnotkunar stefnda á markaðsráðandi stöðu sinni. Matsmenn skiluðu ekki matsgerð fyrir en 14. desember 2011. Matsgerðin, einkum forsendur hennar, var að mati stefnanda haldin slíkum annmörkum að ekki er á henni byggt af hálfu stefnanda. Með beiðni 30. janúar 2013 óskaði stefnandi á nýi eftir dómkvaðningu matsmanns og var D, löggiltur endurskoðandi, dómkvaddur 13. september 2013. Matsgerð hans er dagsett 10. mars 2015. Að beiðni stefnda var D dómkvaddur á ný 11. september 2015 og er seinni matsgerð hans dagsett 3. febrúar 2016.

Við aðalmeðferð gáfu skýrslur A, B, C og D.

II

Í dómkvaðningu varðandi matsgerð 10. mars 2015 var matsmaður beðinn um að skoða bókhald matsbeiðanda og lýsa og láta í té rökstudda álitsgerð um eftirfarandi atriði:

„Matsliður A (aðalkrafa í stefnu)

1. Hvort unnt sé að komast að því með skoðun á bókhaldi matsbeiðanda að mismunurinn á kostnaðarverði og söluverði mjólkurvara (neikvæð framlegð) sem seldar voru í verslunum Krónunnar á tímabilinu 1. mars 2005 til 31. desember 2008 nemi samtals kr. 233.351.961 krónu.

2. Ef svarið við spurningu 1 er neitandi, hver er mismunur á kostnaðarverði og söluverði (neikvæð framlegð) mjólkurvara sem seldar voru í verslunum

Krónunnar á tímabilinu 1. mars 2005 – 31. desember 2008?

Matsmaður miði við að „mjólkurvörur“ í spurningum 1 og 2 séu allar þær mjólkurvörur sem seldar voru í Krónunni undir kostnaðarverði á einhverjum hluta tímabilanna 1. mars 2005 til 30. apríl 2006 annars vegar og 1. maí 2006 til 31. desember 2008 hins vegar. Samkvæmt úttekt matsbeiðanda er um að ræða samtals 378 vörutegundir á fyrra tímabilinu og 484 á síðara tímabilinu, sbr. yfirlit yfir þessar vörur á dskj. nr. 7, en telji matsmaður þær vera færri skal hann miða útreikninga við þær vörur. Við útreikning á mismun kostnaðarverðs og söluverðs í spurningum 1 og 2 skal einvörðungu taka mið af þeim sölum þar sem viðkomandi vörur eru seldar undir kostnaðarverði á umræddum tímabilum.

Matsliður B (fyrsta varakrafa í stefnu)

3. Hvort unnt sé að komast að því með skoðun á bókhaldi matsbeiðanda að mismunurinn á kostnaðarverði og söluverði mjólkurvara (neikvæð framlegð) sem seldar voru í verslunum Krónunnar á tímabilinu 1. mars 2005 til 30. apríl 2006 nemi samtals kr. 139.973.907 krónum.

4. Ef svarið við spurningu 3 er neitandi, hver er mismunur á kostnaðarverði og söluverði (neikvæð framlegð) mjólkurvara sem seldar voru í verslunum Krónunnar á tímabilinu 1. mars 2005 til 30. apríl 2006?

Matsmaður miði við að „mjólkurvörur“ í spurningum 3 og 4 séu allar þær mjólkurvörur sem seldar voru í Krónunni undir kostnaðarverði á einhverjum hluta tímabilsins 1. mars 2005 til 30. apríl 2006. Samkvæmt úttekt matsbeiðanda er um að ræða samtals 378 vörutegundir, sbr. yfirlit yfir þessar vörur í dskj. nr. 7, en telji matsmaður þær vera færri skal hann miða útreikninga við þær vörur. Við útreikning á mismun kostnaðarverðs og söluverðs í spurningum 3 og 4 skal einvörðungu tekið mið af þeim sölum þar sem viðkomandi vörur eru seldar undir kostnaðarverði á umræddu tímabili.

Matsliður C (önnur varakrafa í stefnu)

5. Hvort unnt sé að komast að því með skoðun á bókhaldi matsbeiðanda að mismunurinn á kostnaðarverði og söluverði 17 mest seldu mjólkurvaranna (neikvæð framlegð) í verslunum Krónunnar á tímabilinu 1. mars 2005 til 31. desember 2008 nemi samtals 68.251.270.

6. Ef svarið við spurningu 5 er neitandi, hver er mismunur á kostnaðarverði og söluverði (neikvæð framlegð) 17 mest seldu mjólkurvaranna í verslunum Krónunnar á tímabilinu 1. mars 2005 til 31. desember 2008?

Matsmaður miði við að „17 mest seldu mjólkurvörurnar“ í spurningum 5 og 6 séu þær mjólkurvörur sem fjallað er sérstaklega um í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 64/2008, frá 19. desember 2008, sbr. dskj. nr. 4, og rannsókn eftirlitsins tók einkum til, sbr. einnig yfirlit yfir þessar vörur á dskj. nr. 7 og í kafla 1.3 í stefnu á dskj. nr. 1. Við útreikning á mismun kostnaðarverðs og söluverðs í spurningum 5 og 6 skal einvörðungu tekið mið af þeim sölum þar sem viðkomandi vörur eru seldar undir kostnaðarverði á umræddu tímabili, þ.e. annars vegar 1. mars 2005 til 30. apríl 2006 og hins vegar 1. maí 2006 til 31. desember 2008.

Matsliður D (þriðja varakrafa í stefnu)

7. Hvort unnt sé að komast að því með skoðun á bókhaldi matsbeiðanda að mismunurinn á kostnaðarverði og söluverði 17 mest seldu mjólkurvaranna (neikvæð framlegð) í verslunum Krónunnar á tímabilinu 1. mars 2005 til 30. apríl 2006 nemi samtals 51.478.366 krónum.

8. Ef svarið við spurningu 7 er neitandi, hver er mismunur á kostnaðarverði og söluverði (neikvæða framlegð) 17 mest seldu mjólkurvaranna í verslunum Krónunnar á tímabilinu 1. mars 2005 til 30. apríl 2006?

Matsmaður miði við að „17 mest seldu mjólkurvörurnar“ í spurningum 7 og 8 séu þær mjólkurvörur sem fjallað er um í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 64/2008, frá 19. desember 2008, sbr. dskj. nr. 4, og rannsókn eftirlitsins tók einkum til, sbr. einnig yfirlit yfir þessar vörur á dskj. nr. 7 og í kafla 1.3 í stefnu á dskj. nr. 1. Við útreikning á mismun kostnaðarverðs og söluverðs í spurningum 7 og 8 skal einvörðungu tekið mið af þeim sölum þar sem viðkomandi vörur eru seldar undir kostnaðarverði á umræddu tímabili, þ.e. 1. mars 2005 til 30. apríl 2006.“

Í matsgerð segir að verkefni matsmanns hafi fyrst og fremst falist í að sannreyna heild gagna með samanburði á niðurstöðum ársreikninga 2005, 2006, 2007 og 2008 og fjárhæðum í fjárhagsbókhaldi. Sannreyna að heildarniðurstöðum úr sölukerfi beri saman við bókfærðar fjárhæðir í fjárhagsbókhaldi. Sannreyna með úrtaki á söluframlum að þeim beri saman við niðurstöður viðkomandi sölukvittana og jafnframt að sannreyna að skráð kostnaðarverð umræddra vara í sölukerfi sé í samræmi við einingaverð samkvæmt innkaupareikningum. Framkvæma endurreikning á þeim niðurstöðum sem stefnandi hefur lagt til grundvallar í málarekstri sínum fyrir héraðsdómi og sannreyna nákvæmni þeirra.

Þá segir matsmaður að samkvæmt matsbeiðni skuli við útreikning á mismun kostnaðarverðs og söluverðs umræddra vara einvörðungu tekið mið af þeim sölum þar sem viðkomandi vörur eru seldar undir kostnaðarverði á umræddum tímabilum.

Samkvæmt upplýsingum forráðamanna stefnanda hafi niðurstöður stefnanda við útreikning á tjóni sínu verið byggðar á því að leggja saman neikvæða framlegð af dagssölum einstakra vörunúmera á umræddum tímabilum. Með öðrum orðum ef framlegð af dagssölu tiltekins vörunúmers var í heild neikvæð hafi framlegð þess dags verið tekin inn í samtölu tímabilsins. Ef framlegð af dagssölu tiltekins vörunúmers var hins vegar í heild jákvæð hafi hún ekki verið tekin með í samtölu tímabilsins. Endurreikningur matsmanns byggist á þessum sömu forsendum.

Niðurstaða matsmanns er eftirfarandi:

„*Matsliður A (aðalkrafa í stefnu)*

1. *Hvort unnt sé að komast að því með skoðun á bókhaldi matsbeiðanda að mismunurinn á kostnaðarverði og söluverði mjólkurvara (neikvæð framlegð) sem seldar voru í verslunum Krónunnar á tímabilinu 1. mars 2005 til 31. desember 2008 nemi samtals kr. 233.351.961 krónu.*

○ Við vinnu sína skoðaði matsmaður meðal annars bókhald matsbeiðanda og ýmis undirgögn þess. Gengið var úr skugga um að heildarniðurstöður fjárhagsbókhalds skiluðu sér í ársreikninga umræddra ára en þeir eru endurskoðaðir og áritaðir án fyrirvara. Heild gagna í sölukerfi var sannreynd með samanburði við fjárhæðir í fjárhagsbókhaldi. Úrtakskönnun á færslum í sölukerfi og samanburður við kassakvittanir sýndi að upplýsingum bar undantekningalaust saman. Jafnframt voru skráð kostnaðarverð vegna sömu sölufærslna borin saman við innkaupanótur vegna þeirra vara. Niðurstaða þeirrar skoðunar var sömuleiðis sú að skráning kostnaðarverðs vara í sölukerfið væri gerð með samræmdum hætti og í samræmi við tilgreind einingaverð á innkaupanótum að teknu tilliti til afsláttá. Það er því álit matsmanns að þær upplýsingar úr sölukerfi matsbeiðanda sem endurreikningur framlegðar viðkomandi vara á umræddu tímabili byggir á séu í meginatriðum traustar og áreiðanlegar.

○ Niðurstaða endurútreiknings á neikvæðri framlegð viðkomandi vara í verslunum Krónunnar á tímabilinu 1. mars til 31. desember 2008 reyndist kr. 231.744.438 eða kr. 1.607.522 lægri fjárhæð en samkvæmt dskj. nr. 7. Frávikið er aðeins 0,7%.

○ Ef horft er framhjá neikvæðri framlegð þeirra vara sem tæplega geta talist mjólkurvörur fæst að neikvæð framlegð mjólkurvara á tímabilinu nemur alls kr. 218.726.487 (sjá samantekt í viðauka, bls. 25).

○ Samkvæmt niðurstöðu endurreiknings reyndust nokkru færri vörutegundir með neikvæða framlegð en samkvæmt dskj. nr. 7. Neikvæð framlegð þessara

vörutegunda samkvæmt dómsskjali er í flestum tilvikum óveruleg og því eru heildaráhrifin hverfandi. Heildarfjöldi vörunúmera í dómsskjali er tilgreindur 551. Svo virðist sem sá fjöldi sé oftalinn um 17 og eigi að vera 534. Heildarfjöldi vörunúmera með neikvæða framlegð samkvæmt endurreikningi var 504. ...

Matsliður B (fyrsta varakrafa í stefnu)

3. *Hvort unnt sé að komast að því með skoðun á bókhaldi matsbeiðanda að mismunurinn á kostnaðarverði og söluverði mjólkurvara (neikvæð framlegð) sem seldar voru í verslunum Krónunnar á tímabilinu 1. mars 2005 til 30. apríl 2006 nemi samtals kr. 139.973.907 krónur.*

○ Vísað er til svars við spurningu nr. 1 um rökstuðning fyrir áreiðanleika þeirra gagna sem endurreikningur byggir á.

○ Samkvæmt endurreikningi nam samanlögð neikvæð framlegð viðkomandi vara í verslunum Krónunnar á tímabilinu 1. mars 2005 til 30. apríl 2006 alls kr. 139.826.640 eða kr. 147.267 lægri fjárhæð en samkvæmt dskj. nr. 7. Frávikið er aðeins 0,1%.

○ Ef horft er framhjá neikvæðri framlegð þeirra vara sem tæplega geta talist mjólkurvörur fæst að neikvæð framlegð mjólkurvara á tímabilinu nemur alls kr. 134.647.052 (sjá samantekt í viðauka, bls. 25).

○ Samkvæmt niðurstöðu endurreiknings reyndust 5 fleiri vörutegundir með neikvæða framlegð á tímabilinu en samkvæmt dskj. nr. 7. Reiknuð neikvæð framlegð þessara vörutegunda er í flestum tilvikum óveruleg og því eru heildaráhrifin hverfandi. Heildarfjöldi vörunúmera í dómsskjali er tilgreindur 378. Svo virðist sem sá fjöldi sé oftalinn um 17 og eigi að vera 361. Heildarfjöldi vörunúmera með neikvæða framlegð samkvæmt endurreikningi var 366. ...

Matsliður C (önnur varakrafa í stefnu)

5. *Hvort unnt sé að komast að því með skoðun á bókhaldi matsbeiðanda að mismunurinn á kostnaðarverði og söluverði 17 mest seldu mjólkurvaranna (neikvæð framlegð) í verslunum Krónunnar á tímabilinu 1. mars 2005 til 31. desember 2008 nemi samtals 68.251.270 krónum.*

○ Vísað er til svars við spurningu nr. 1 um rökstuðning fyrir áreiðanleika þeirra gagna sem endurreikningur byggir á.

○ Þegar talað er um 17 mest seldu mjólkurvörurnar er verið að vísa til þeirra mjólkurvara sem fjallað er um í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 64/2008. Við endurreikning er miðað við sömu vörunúmer og í dskj. nr. 7.

○ Samkvæmt endurreikningi nam samanlögð neikvæð framlegð umræddra 17 vara í verslunum Krónunnar á tímabilinu 1. mars 2005 til 31. desember 2008 alls kr. 67.918.110 eða kr. 333.160 lægri fjárhæð en samkvæmt dskj. nr. 7. Frávikið er aðeins 0,5%. ...

Matsliður D (þriðja varakrafa í stefnu)

7. *Hvort unnt sé að komast að því með skoðun á bókhaldi matsbeiðanda að mismunurinn á kostnaðarverði og söluverði 17 mest seldu mjólkurvaranna (neikvæð framlegð) í verslunum Krónunnar á tímabilinu 1. mars 2005 til 30. apríl 2006 nemi samtals 51.478.366 krónum.*

○ Vísað er til svars við spurningu nr. 1 um rökstuðning fyrir áreiðanleika þeirra gagna sem endurreikningur byggir á.

○ Þegar talað er um 17 mest seldu mjólkurvörurnar er verið að vísa til þeirra mjólkurvara sem fjallað er um í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 64/2008. Við endurreikning er miðað við sömu vörunúmer og í dskj. nr. 7.

○ Samkvæmt endurreikningi nam samanlögð neikvæð framlegð umræddra 17 vara í verslunum Krónunnar á tímabilinu 1. mars 2005 til 30. apríl 2006 alls kr. 51.451.381 eða kr. 26.985 lægri fjárhæð en samkvæmt dskj. nr. 7. Frávikið er aðeins 0,05%.“

Matsmaður tekur fram að þau gögn sem framangreindur endurreikningur byggir á séu traust og að sú nálgun og þær aðferðir sem viðhafðar voru við matsvinnuna leiði fram áreiðanlegar niðurstöður um neikvæða framlegð viðkomandi vara á umræddum tímabilum í samræmi við gefnar forsendur í matsbeiðni.

Stefndi aflaði mats og segir í matsbeiðni hans 2. júní 2015 að í fyrirliggjandi mati sé einungis metin neikvæð framlegð. Ekki sé tekið tillit til jákvæðrar framlegðar og því sé ekki unnt að sannreyna hvort stefnandi hafi orðið fyrir tjóni. D, löggiltur endurskoðandi, var dómkvaddur á ný og beindi stefndi eftirfarandi spurningum til matsmanns:

„Matsmaður skal gera grein fyrir mismun á söluverði og kostnaðarverði (jákvæðri framlegð) mjólkurvara sem seldar voru í verslunum Krónunnar á tímabilinu mars 2005 til ársloka 2008. Þess er óskað að matsmaður beiti sömu aðferð og notuð var til þess að fá niðurstöðu um neikvæða framlegð mjólkurvara á sama tímabili, sbr. fyrirbyggjandi matsgerð, dags. 10. mars 2015, dskj. 30. Sú aðferð felst í því að skoða bókhald matsþola og /eða aðrar tölulegar upplýsingar í eigu matsþola, í því skyni að komast að því hver mismunur á söluverði og kostnaðarverði mjólkurvara var á framangreindu tímabili (jákvæð framlegð). Miða skal við sömu vörur og miðað er við í fyrri matsgerð og sama tímabil, sbr. dskj. 30. Nánar greinast matsliðir eftirfarandi:

- i. Matsliður A: Hver er mismunur á söluverði og kostnaðarverði (jákvæð framlegð) mjólkurvara sem seldar voru í verslunum Krónunnar á tímabilinu 1. mars 2005 – 31. desember 2008?
- ii. Matsliður B: Hver er mismunur á söluverði og kostnaðarverði (jákvæð framlegð) mjólkurvara sem seldar voru í verslunum Krónunnar á tímabilinu 1. mars 2005 – 30. apríl 2006?
- iii. Matsliður C: Hver er mismunur á söluverði og kostnaðarverði (jákvæð framlegð) 17 mest seldu mjólkurvaranna í verslunum Krónunnar á tímabilinu 1. mars 2005 – 31. desember 2008?
- iv. Matsliður D: Hver er mismunur á söluverði og kostnaðarverði (jákvæð framlegð) 17 mest seldu mjólkurvaranna í verslunum Krónunnar á tímabilinu 1. mars 2005 – 30. apríl 2006?“

Niðurstaða matsmanns er eftirfarandi:

„Matsliður A:

Hver er mismunur á söluverði og kostnaðarverði (jákvæð framlegð) mjólkurvara sem seldar voru í verslunum Krónunnar á tímabilinu 1. mars 2005 – 31. desember 2008?

- Til að sannreyna þau gögn sem útreikningar framlegðar byggjast á skoðaði matsmaður meðal annars bókhald matsbeiðanda og ýmis undirgögn þess. Gengið var úr skugga um að heildarniðurstöður fjárhagsbókhalds skiluðu sér í ársreikninga umræddra ára en þeir eru endurskoðaðir og áritaðir án fyrirvara. Heild gagna í sölukerfi var sannreynd með samanburði við fjárhæðir í fjárhagsbókhaldi. Úrtakskönnun á færslum í sölukerfi og samanburður við kassakvittanir sýndi að upplýsingum bar undantekningalaust saman. Jafnframt voru skráð kostnaðarverð

vegna sömu sölufærslna borin saman við innkaupanótur vegna þeirra vara. Niðurstaða þeirrar skoðunar var sömuleiðis sú að skráning kostnaðarverðs vara í sölukerfið væri gerð með samræmdum hætti og í samræmi við tilgreind einingaverð á innkaupanótum að teknu tilliti til afsláttá. Það er því álit matsmanns að þær upplýsingar úr sölukerfi matsbeiðanda sem útreikningur framlegðar viðkomandi vara á umræddu tímabili byggir á séu í meginatriðum traustar og áreiðanlegar.

- Niðurstaða útreikninga á samanlagðri jákvæðri framlegð viðkomandi vara í verslunum Krónunnar á tímabilinu 1. mars 2005 til 31. desember 2008 reyndist alls kr. 196.984.596. Til samanburðar reyndist endurútreikningur á neikvæðri framlegð viðkomandi vara í verslunum Krónunnar fyrir sama tímabil nema alls kr. 231.744.438, sbr. matsgjörð dags. 10. mars 2015, dskj. nr. 30.

- Ef horft er framhjá jákvæðri framlegð þeirra vara sem tæplega geta talist mjólkurvörur fæst að jákvæð framlegð mjólkurvara á tímabilinu nemur alls kr. 132.087.225 (sbr. samantekt í viðauka, bls. 28). Til samanburðar sýndi endurreikningur á neikvæðri framlegð viðkomandi vara í verslunum Krónunnar fyrir sama tímabil kr. 218.726.487, sbr. matsgjörð dags. 10. mars 2015, dskj. nr. 30.

Matsliður B:

Hver er mismunur á söluverði og kostnaðarverði (jákvæð framlegð) mjólkurvara sem seldar voru í verslunum Krónunnar á tímabilinu 1. mars 2005 – 30. apríl 2006?

- Vísað er til svars við matslið A um rökstuðning fyrir áreiðanleika þeirra gagna sem útreikningar byggja á.

- Samkvæmt útreikningum nemur samanlögð jákvæð framlegð viðkomandi vara í verslunum Krónunnar á tímabilinu 1. mars 2005 til 30. apríl 2006 alls kr. 39.649.590. Til samanburðar reyndist endurútreikningur á neikvæðri framlegð viðkomandi vara í verslunum Krónunnar fyrir sama tímabil nema alls kr. 139.826.640, sbr. matsgjörð dags. 10. mars 2015, dskj. nr. 30.

- Ef horft er framhjá jákvæðri framlegð þeirra vara sem tæplega geta talist mjólkurvörur fæst að jákvæð framlegð viðkomandi mjólkurvara í verslunum Krónunnar á tímabilinu nemur alls kr. 25.189.502 (sbr. samantekt í viðauka, bls. 28). Til samanburðar sýndi endurreikningur á neikvæðri framlegð viðkomandi vara í verslunum Krónunnar fyrir sama tímabil kr. 134.647.052 í neikvæða framlegð, sbr. matsgjörð dags. 10. mars 2015, dskj. nr. 30.

Matsliður C:

Hver er mismunur á söluverði og kostnaðarverði (jákvæð framlegð) 17 mest seldu mjólkurvaranna í verslunum Krónunnar á tímabilinu 1. mars 2005 – 31. desember 2008?

- Vísað er til svars við matslið A um rökstuðning fyrir áreiðanleika þeirra gagna sem útreikningar byggja á.
- Þegar talað er um 17 mest seldu mjólkurvörurnar er verið að vísa til þeirra mjólkurvara sem fjallað er um í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 64/2008. Við útreikninga á jákvæðri framlegð er miðað við sömu vörunúmer og í dskj. nr. 7.
- Samkvæmt útreikningum nemur samanlögð jákvæð framlegð umræddra 17 vara í verslunum Krónunnar á tímabilinu 1. mars 2005 til 31. desember 2008 alls kr. 4.425.157. Til samanburðar sýndi endurreikningur á neikvæðri framlegð viðkomandi vara í verslunum Krónunnar fyrir sama tímabil kr. 67.918.110 í neikvæða framlegð, sbr. matsgjörð dags. 10. mars 2015, dskj. nr. 30.

Matsliður D:

Hver er mismunur á söluverði og kostnaðarverði (jákvæð framlegð) 17 mest seldu mjólkurvaranna í verslunum Krónunnar á tímabilinu 1. mars 2005 – 30. apríl 2006?

- Vísað er til svars við matslið A um rökstuðning fyrir áreiðanleika þeirra gagna sem útreikningar byggja á.
- Þegar talað er um 17 mest seldu mjólkurvörurnar er verið að vísa til þeirra mjólkurvara sem fjallað er um í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 64/2008. Við útreikninga á jákvæðri framlegð er miðað við sömu vörunúmer og í dskj. nr. 7.
- Samkvæmt útreikningum nemur samanlögð jákvæð framlegð umræddra 17 vara í verslunum Krónunnar á tímabilinu 1. mars 2005 til 30. apríl 2006 alls kr. 111.283. Til samanburðar sýndi endurreikningur á neikvæðri framlegð viðkomandi vara í verslunum Krónunnar fyrir sama tímabil kr. 51.451.381 í neikvæða framlegð, sbr. matsgjörð dags. 10. mars 2015, dskj. nr. 30.“

III

Málsástæður og lagarök stefnanda

Almennt

Stefnandi byggir á því að stefndi hafi með ofangreindri háttsemi sinni á árunum 2005 og 2006 brotið gegn ákvæði 11. gr. samkeppnislaga sem og gegn sama ákvæði eldri samkeppnislaga nr. 8/1993 eftir því sem við á. Brot stefnda hafi beinst að verslunarkeðjunni Krónunni sem rekin hafi verið af Kaupási hf. Stefnandi hafi eignast kröfuna við framsal 23. ágúst 2013. Kröfunni sé beint að Högum hf. vegna brota sem framin hafi verið í tengslum við starfsemi verslunarkeðju hans, Bónuss, en Bónus teljist vera deild innan stefnda í skilningi laga. Málsókn stefnanda miði að því að hann fái tjón sitt bætt, bæði vegna brota stefnda á rannsóknartímabili Samkeppniseftirlitsins í ofangreindri ákvörðun þess nr. 64/2008 sem og áframhaldandi brota stefnda eftir það tímamark og fram til ársloka 2008.

Í áðurnefndum dómi Hæstaréttar í máli nr. 188/2010 hafi verið staðfest sú niðurstaða héraðsdóms að sýkna Samkeppniseftirlitið og íslenska ríkið af öllum dómkröfum stefnda sem miðuðu að því að hnekkja umræddum stjórnvaldsákvörðunum samkeppnisyfirvalda en í þeirri niðurstöðu hafi falist að ákvarðanir eftirlitsins og áfrýjunarnefndarinnar voru taldar lögum samkvæmar. Með vísan til þess telur stefnandi fullsannað að stefndi hafi brotið gegn ofangreindum ákvæðum samkeppnislaga og að ofangreindar ákvarðanir og dómsniðurstöður hafi ótvírætt sönnunargildi í máli þessu, sbr. til hliðsjónar 4. mgr. 116. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála.

Hinn skilgreindi markaður

Stefnandi byggir á því að skilgreina beri vörumarkaðinn í skilningi 11. gr. samkeppnislaga á því tímamarki sem máli skiptir með tilliti til sakarefnisins, þ.e. á brotatímabilinu, sem „sala á dagvörum í matvöruverslunum“, en með „dagvöru“ sé átt við mat- og drykkjarvörur auk hreinlætis- og snyrtivara.

Nánar tiltekið er á því byggt að einungis þær matvöruverslanir þar sem breidd vöruúrvals var nægjanleg til að uppfylla daglegar innkaupaþarfir neytenda fyrir dagvöru hafi tilheyrt hinum skilgreinda markaði þegar brot stefnda stóðu yfir. Innan hins skilgreinda markaðar hafi fallið meðal annars alhliða dagvöruverslanir eins og Bónus og Krónan. Utan markaðarins hafi hins vegar fallið sala á dagvöru í ýmsum sérvæslunum á borð við bensínstöðvar, fiskbúðir, söluturna, veitingastaði o.þ.h., enda búi slíkar verslanir ekki yfir nægu vöruúrvali til að uppfylla daglegar innkaupaþarfir neytenda í ofangreindum skilningi. Að því er varðar landfræðilegan markað byggir stefnandi á því að miða eigi við landið allt, enda hafi erlendir markaðir ekki samkeppnisleg áhrif á Íslandi. Bónus og Krónan hafi tilheyrt hinum skilgreinda markaði en Bónus hafi verið í markaðsráðandi stöðu á honum.

Framangreind markaðsskilgreining sé sú sama og lögð hafi verið til grundvallar í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 64/2008, sbr. og úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 2/2009 og dóm Hæstaréttar í máli nr. 188/2010, sem telja verði að hafi ótvírætt sönnunargildi í þessu tilliti. Í dómi héraðsdóms í síðastnefndu máli, sem staðfestur hafi verið með vísan til forsendna, hafi verið talið að forsendur Samkeppniseftirlitsins fyrir skilgreiningu markaðarins væru málefnalegar og lögmætar og staðfest sú niðurstaða eftirlitsins að markaðinn bæri að skilgreina með þeim hætti sem að framan greinir. Að sama skapi hafi verið hafnað sjónarmiðum stefnda í þá veru að sala dagvöru í sérvæslunum væri hluti af hinum skilgreinda markaði.

Markaðsráðandi staða stefnda á hinum skilgreinda markaði

Stefnandi byggir enn fremur á því, eins og lagt hafi verið til grundvallar í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 64/2008 og úrskurði áfrýjunarnefndar

samkeppnismála nr. 2/2009, sbr. dóm Hæstaréttar í máli nr. 188/2010, að stefndi hafi verið í markaðsráðandi stöðu á hinum skilgreinda markaði fyrir dagvörur í matvöruverslunum þegar verðstríðið stóð yfir á árunum 2005 og 2006 og brot stefnda hófust. Jafnframt að stefndi hafi viðhaldið þeirri stöðu og brotin haldið áfram a.m.k. til ársloka 2008. Samkvæmt því sem fram komi í ofangreindum úrlausnum samkeppnisyfirvalda og dómstóla, sem á sé byggt í máli þessu, hafi markaðshlutdeild stefnda á hinum skilgreinda markaði verið um eða yfir 50% á árunum 2005 og 2006 en þar af hafi Bónus verið langstærsta verslunarkeðjan með um 34% markaðshlutdeild. Byggist sú niðurstaða meðal annars á gögnum um heildartekjur stærstu verslanakeðja landsins auk sambærilegra upplýsinga frá smærri aðilum á markaðnum. Þá styðjist hún við upplýsingar frá ríkisskattstjóra sem aflað hafi verið til að meta stærð þeirra verslana sem eftir stóðu. Til samanburðar hafi markaðshlutdeild matvöruverslana stefnanda á hinum skilgreinda markaði verið samtals 21-22% en þar af hafi Krónan verið með 7%.

Samkvæmt meginreglum samkeppnisréttar og dómaframkvæmd sé fyrirtæki alla jafna í markaðsráðandi stöðu hafi það 50% eða meiri markaðshlutdeild á viðkomandi markaði. Að virtri markaðshlutdeild stefnda á hinum skilgreinda markaði verði að telja fullljóst að stefndi, og þar með Bónus, hafi verið í markaðsráðandi stöðu á markaðnum á brotatímabilinu. Til styrktar því sé einnig á það bent, svo sem nánar greini í framangreindum úrlausnum samkeppnisyfirvalda og dómstóla, að markaðshlutdeild stefnda á hinu umrædda tímabili hafi verið mun meiri en helstu samkeppnisaðila stefnda og hafi munurinn á stefnda og næststærsta fyrirtækinu verið 20-25 prósentustig.

Til stuðnings framangreindu vísar stefnandi ennfremur til stærðarhagkvæmni og efnahagslegs styrkleika stefnda og hagræðingar sem stefndi hafði af rekstri birgða- og dreifingarhússins Aðfanga. Að því er varðar efnahagslegan styrkleika stefnda hafi hann verið mun meiri en efnahagslegur styrkleiki helstu samkeppnisaðila á markaði á brotatímabilinu og gildi þá einu hvort litið sé til heildareigna eða á eigið fé stefnda í samanburði við stefnanda og Samkaup hf. á árunum 2004, 2005 og 2006. Hvað varði innkaup sé ljóst að stefndi hafi notið lóðréttar samþættingar þar sem stefnandi átti fyrrnefnt birgða- og dreifingarhús, Aðföng. Til viðbótar þessu sé á það bent að samkeppnisyfirvöld hafi þrisvar áður talið stefnda, þá Baug hf., vera í markaðsráðandi stöðu, síðast á árinu 2002, og jafnframt litið á stefnda og Baug hf. sem eitt og sama fyrirtækið í skilningi samkeppnislaga. Hafi athugun Samkeppniseftirlitsins eftir þann tíma ennfremur leitt í ljós að stefndi hafi frá þeim tíma styrkt stöðu sína verulega og markaðshlutdeild hans verið meira en tvöfalt hærri en stefnanda, næst stærsta keppinautar hans, á landinu öllu og höfuðborgarsvæðinu. Loks sé rétt að benda á,

líkt og fram kom í niðurstöðu héraðsdóms, sbr. dóm Hæstaréttar í máli nr. 188/2010, að jafnvel þótt lagt væri til grundvallar að sala dagvöru á bensínstöðvum heyrði undir hinn skilgreinda markað fengi það engu breytt um markaðsráðandi stöðu stefnda en samkvæmt forsendum dómsins virðist hlutdeild bensínstöðva hafa verið mjög lítil sem hlutfall af heildarveltu stefnda á umræddu tímabili.

Samkvæmt framangreindu, og að öðru leyti með vísan til upplýsinga og röksemda í ofangreindum úrlausnum samkeppnisyfirvalda og dómstóla sem telja verði að hafi fullt sönnunargildi í málinu, telur stefnandi engan vafa leika á því að stefndi hafi verið í markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir dagvörur í matvöruverslunum fyrir landið í heild á brotatímabilinu, þ.e. annars vegar frá 1. mars 2005 til 30. apríl 2006, þegar verðstríðið sem slíkt stóð yfir, og hins vegar frá lokum þess tímabils og fram til ársloka 2008. Þótt rannsókn Samkeppniseftirlitsins í ofangreindu máli hafi einungis náð til fyrrnefnda tímabilsins sé ljóst að mati stefnanda að ekkert gefi tilefni til að ætla að markaðsráðandi staða stefnda hafi breyst eftir það tímamark. Í þessu sambandi bendir stefnandi á að eins og fram komi í umræddri ákvörðun Samkeppniseftirlitsins hafi markaðshlutdeild stefnda aðeins farið vaxandi á árunum 2000-2006 en markaðshlutdeild stefnanda lítið breyst. Að öllu framangreindu virtu verði því að telja að löglíkur séu fyrir því að stefndi hafi áfram verið í markaðsráðandi stöðu eftir 30. apríl 2006 og a.m.k. fram til ársloka 2008 og hvílir á stefnda að hnekkja því.

Misnotkun stefnda á markaðsráðandi stöðu

Þá byggir stefnandi á því, líkt og lagt hafi verið til grundvallar í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 64/2008 og úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 2/2009, sbr. dóm Hæstaréttar í máli nr. 188/2010, að stefndi hafi misnotað markaðsráðandi stöðu sína á hinum skilgreinda markaði með skaðlegri, umfangsmikilli og langvarandi undirverðlagningu á mjólk og mjólkurvörum á tímabilinu frá febrúar 2005 til maí 2006. Að auki telur stefnandi ljóst að umrædd brot stefnda hafi varað um mun lengri tíma eða a.m.k. alveg til ársloka 2008, enda hafi undirverðlagning á mjólkurvörum enn verið til staðar í verslunum Bónuss á síðastgreindu tímamarki. Samkvæmt framansögðu miðist skaðabótakrafa stefnanda aðallega við tjón hans vegna brota stefnda á tímabilinu 1. mars 2005 til 31. desember 2008.

Af 11. gr. samkeppnislaga leiði að fyrirtæki með markaðsráðandi stöðu á viðkomandi markaði sé óheimilt að selja vöru undir breytilegum kostnaði, þ.e. kostnaði sem hlýst af því að bjóða viðkomandi vöru og telst ekki til fasts kostnaðar í starfsemi seljandans. Undirverðlagning geti falið í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu jafnvel þótt hún taki aðeins til hluta þeirra vara sem seldar eru á hinum skilgreinda markaði. Almennt sé lítið svo á að um ólögmetna

undirverðlagningu sé að ræða þegar markaðsráðandi fyrirtæki selji vöru á verði sem er lægra en nemur meðaltali breytilegs kostnaðar hennar en þegar svo hátti til sé fyrirtækið í raun að greiða með vörunni. Sama máli gegni þegar markaðsráðandi fyrirtæki selji vöru á verði sem sé yfir meðaltali breytilegs kostnaðar en undir meðaltali heildarkostnaðar. Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 64/2008 hafi breytilegur kostnaður verið fundinn út með því að miða við innkaupsverð stefnda á viðkomandi vörum. Sú viðmiðun hafi þó ekki náð til ýmissa kostnaðarliða, sem myndu almennt teljast til breytilegs kostnaðar, og hafi hún því verið ívilnandi fyrir stefnda. Á þessa kostnaðarviðmiðun hafi verið fallist af hálfu áfrýjunarnefndar samkeppnismála í úrskurði hennar nr. 2/2009 og í dómi Hæstaréttar í máli nr. 188/2010 og sé á henni byggt af hálfu stefnanda í máli þessu.

Eins og staðfest sé í ofangreindum úrlausnum samkeppnisyfirvalda og dómstóla hafi stefndi selt mjólkurvörur undir innkaupsverði á tímabilinu frá febrúar 2005 til maí 2006. Jafnframt liggi fyrir að undirverðlagning stefnda á mjólk og mjólkurvörum á því tímabili hafi kostað stefnda um 700.000.000 króna en framlegðartap af þeim numið um 337.000.000 króna og séu dæmi um að stefndi hafi selt vörur fyrir eina krónu eða jafnvel gefið þær. Umfang aðgerða stefnda hafi því verið verulegt. Leiki þannig enginn vafi á því að verðlagning stefnda á mjólkurvörum hafi verið langt undir breytilegum kostnaði, bæði samkvæmt viðmiðun Samkeppniseftirlitsins í ofangreindum málum og almennri skilgreiningu á slíkum kostnaði. Stefnandi telur sýnt að brot stefnda hafi varað um mun lengri tíma, eða a.m.k. alveg til ársloka 2008, en skaðabótakrafa stefnanda taki til þess tímabils í heild. Að auki sé rétt að benda á að þótt málatilbúnaður stefnanda miðist við undirverðlagningu á mjólkurvörum sé ljóst að mati stefnanda að hún hafi einnig náð til fjölda annarra dagvara sem Krónan hafi haft til sölu.

Samkvæmt framansögðu, og með vísan til tilvitnaðra úrlausna samkeppnisyfirvalda og dómstóla, telur stefnandi ljóst að stefndi hafi á viðmiðunartímabilinu 1. mars 2005 til 31. desember 2008 misnotað markaðsráðandi stöðu sína með því að beita skaðlegri og ólögmætri undirverðlagningu á mjólkurvörum og að sú háttsemi hafi falið í sér brot gegn 11. gr. samkeppnislaga.

Skilyrði skaðabótaábyrgðar

Á því er byggt að stefndi sé skaðabótaskyldur gagnvart stefnanda vegna framangreindra brota gegn samkeppnislögum. Skaðabótakrafa stefnanda sé reist á almennum reglum skaðabótaréttar utan samninga, einkum sakarreglunni og reglunni um vinnuveitandaábyrgð, þ.e. ábyrgð á saknæmri og ólögmætri háttsemi starfsmanna. Umrædd brot hafi valdið stefnanda verulegu fjártjóni sem telja verði að stefndi beri ábyrgð á, enda sé skaðabótakröfu réttilega beint að honum vegna

broti í tengslum við starfsemi Bónuss. Að mati stefnanda leiki enginn vafi á því að öll skilyrði skaðabótaábyrgðar teljist uppfyllt eins og hér stendur á.

Á því er byggt að sú háttsemi stefnda, sem að framan er lýst og fól í sér brot gegn 11. gr. samkeppnislaga, hafi verið saknæm og ólögmet og að stefnda hafi verið eða mátt vera ljóst að yfirgnæfandi líkur væru á að hún ylli stefnanda fjártjóni, svo sem raun varð á, og hafi stefndi þannig bakað sér skaðabótaábyrgð gagnvart stefnanda.

Sem fyrr segir hafi hinar ólögmetu aðgerðir falist í því að verð í matvöruverslun stefnda, Bónus, hafi ítrekað verið lækkuð niður fyrir verð keppinautanna þar til verð Bónuss var jafnvel aðeins lítið brot af nettó innkaupsverði viðkomandi vöru. Eins og fram komi í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 64/2008, sbr. og úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 2/2009 og dóm Hæstaréttar í máli nr. 188/2010, og sem byggt sé á af hálfu stefnanda, hafi þessi háttsemi stefnda haft skaðleg áhrif á markaðinn og keppinauta hans. Hún hafi beinst einkum að verslun stefnanda, Krónunni. Brotin hafi varðað mjög umfangsmikil viðskipti á mikilvægum markaði. Fram sé komið að aðgerðir stefnda kostuðu hann um 700.000.000 króna, en undirverðlagningin hafi ekki aðeins tekið til mjólkurvara, heldur einnig til fjölmargra annarra dagvara. Brotin hafi jafnframt verið sérstaklega alvarleg þar sem þau hafi sýnilega verið til þess fallin að fæla samkeppnisaðila Bónuss frá því að efna til samkeppni við stefnda til skemmri og lengri tíma lítið, einkum aðrar lágvöruverðsverslanir á borð við Krónuna. Að auki hafi þau takmarkað möguleika minni keppinauta á að styrkja sig í sessi á markaðnum og hindrað innkomu nýrra aðila á hann en um leið styrkt markaðsráðandi stöðu stefnda. Þau hafi líka verið alls ósamrýmanleg þeim ríku skyldum sem hvíli á stefnda sem markaðsráðandi fyrirtæki og langt umfram heimild hans til að mæta samkeppni. Þá er á því byggt af hálfu stefnanda, eins og lagt er til grundvallar í ofangreindum úrlausnum samkeppnisyfirvalda og dómstóla, að framangreind brot stefnda teljist saknæm háttsemi, enda hafi honum ekki getað dulist að umfangsmikil undirverðlagning félagsins hafi verið til þess fallin að raska samkeppni með alvarlegum hætti og valda stefnanda fjártjóni. Þá hafi það ótvírætt verið markmið stefnda að veikja keppinauta félagsins og þá helst aðrar lágvöruverslanir sem veita Bónus hvað mesta samkeppni, þ.m.t. verslun stefnanda Krónuna. Á því er þannig byggt að brotin hafi verið framin af ásetningi, í öllu falli teljist þau framin af gáleysi, en hvort um sig nægi til að stefndi verði talinn bótaskyldur gagnvart stefnanda.

Samkvæmt framansögðu, og að öðru leyti með vísan til forsendna ofangreindra úrlausna samkeppnisyfirvalda og dómstóla, sé engum vafa undirorpið að mati stefnanda að ofangreind háttsemi stefnda teljist ólögmet, enda hafi hún

brotið í bága við samkeppnislög. Jafnframt leiki enginn vafi á því, með vísan til alls þess sem að framan greinir, að háttsemi stefnda uppfylli það skilyrði skaðabótaskyldu að teljast saknæm en beita beri sérstaklega ströngu sakarmati um stefnda vegna þeirra ríku skyldna sem á honum hvíli sem markaðsráðandi fyrirtæki.

Stefnandi byggir á því að hin saknæma og ólögmeta háttsemi stefnda hafi valdið stefnanda verulegu fjártjóni. Hinar ólögmetu verðlækkunarir í rekstri Bónuss hafi verið svar við verðlækkun stefnanda í rekstri Krónunnar í febrúar 2005. Tilgangur verðlækkanna hafi verið að auka til frambúðar markaðshlutdeild Krónunnar á hlutaðeigandi mörkuðum og um leið heildarframlegð í rekstri Krónunnar, þ.e. af sölu allra vara, þó að ljóst væri að verðlækkunin kynni að hafa í för með sér tímabundna lækkun á framlegð viðkomandi vara. Fyrirtækjum, sem ekki séu í markaðsráðandi stöðu, sé fyllilega heimilt að grípa til slíkra aðgerða til að freista þess að auka markaðshlutdeild og efnahagslegan styrk sinn til frambúðar og stuðla jafnframt að virkri samkeppni á markaði. Á hinn bóginn sé markaðsráðandi aðila óheimilt að mæta slíkri aðgerð með skaðlegri undirverðlagningu, líkt og stefndi gerði, eða annarri háttsemi sem 11. gr. samkeppnislaga leggi bann við. Með því að virða að vettugi nefnda bannreglu samkeppnislaga hafi stefndi komið í veg fyrir að lögmæt markaðsaðgerð stefnanda næði fram að ganga og hindrað jafnframt mögulega aukningu á markaðshlutdeild stefnanda sem markaðsaðgerðin hafi miðað að. Um leið hafi stefndi knúið stefnanda til að fylgja stöðugt í fótspor stefnda með enn frekari verðlækkunum í verslunum Krónunnar og yfir miklum mun lengri tíma en til stóð í upphafi, enda hafi ella blasað við að stefndi myndi ná til sín umtalsverðri markaðshlutdeild á kostnað stefnanda. Tjón stefnanda, sem stafi af því að hann var knúinn til að lækka verð Krónunnar og selja vörur undir kostnaðarverði yfir langt skeið, sé þannig í beinu orsakasamhengi við brot stefnda og um leið sennileg afleiðing háttsemi hans, enda hafi stefnda mátt vera fullljóst að með háttsemi sinni þvingaði hann stefnanda til að bregðast við með verðlækkunum af sinni hálfu með tilheyrandi fjárhagslegu tjóni fyrir stefnanda.

Kröfugerð stefnanda

Kröfugerð stefnanda greinist í aðalkröfu og þrjár varakröfur að tilteknum fjárhæðum og taki hver krafa til mismunandi tímabila og vöruflokka. Að aðal- og varakröfum frágengnum sé gerð þrautavarakrafa um skaðabætur að álitum. Aðal- og varakröfur stefnanda séu á því byggðar að tjón hans af háttsemi stefnda svari að lágmarki til mismunar milli tekna af sölu mjólkurvara og kostnaðarverðs þeirra (neikvæð framlegð), enda hafi stefnandi verið knúinn til að selja umræddar vörur undir kostnaðarverði vegna aðgerða stefnda. Tjón stefnanda miðist við neikvæða framlegð af umræddum vörum yfir tímabilið frá upphafi verðstríðsins 1. mars 2005

og fram til loka árs 2008, enda ljóst að brot stefnda og skaðleg áhrif verðstríðsins hafi varað löngu eftir að það sem slíkt leið undir lok eða a.m.k. fram til síðarnefnda tímamarksins. Fjárhæð aðalkröfu og annarrar varakröfu miðist við það tímabil í heild sinni en fyrsta og þriðja varakrafa taki til tímabilsins þegar verðstríðið stóð yfir og sem rannsókn Samkeppniseftirlitsins laut að, þ.e. 1. mars 2005 til 30. apríl 2006.

Aðalkrafa og fyrsta varakrafa séu byggðar á því að verðlækkarnir, sem stefnandi þurfti að grípa til vegna ólögmætra aðgerða stefnda, hafi sem fyrr segir ekki aðeins tekið til 17 stærstu mjólkurvaranna sem rannsókn Samkeppniseftirlitsins í ofangreindu máli beindist fyrst og fremst að, heldur hafi þær, líkt og fram komi í ákvörðun stofnunarinnar, einnig náð til annarra tegunda mjólkurvara. Í samræmi við það miðist aðalkrafa og fyrsta varakrafa við allar mjólkurvörur sem Krónan seldi undir kostnaðarverði (með neikvæðri framlegð) einhvern tímann á viðmiðunartímabili, nánar eins og í matsgerð greinir. Önnur og þriðja varakrafa stefnanda miðist á hinn bóginn við 17 mest seldu mjólkurvörurnar sem rannsókn Samkeppniseftirlitsins beindist einkum að. Við útreikning á tjóni vegna sölu viðkomandi vara (neikvæðrar framlegðar) sé eingöngu tekið tillit til viðskipta þar sem þær voru seldar undir kostnaðarverði, þ.e. með neikvæðri framlegð.

Stefnandi telur framangreinda viðmiðun sanngjarnan og áreiðanlegan mælikvarða á fjártjón stefnanda sem sannanlega hafi leitt af samkeppnisbrotunum.

Með vísan til þess sem að framan er rakið krefst stefnandi í *aðalkröfu* skaðabóta úr hendi stefnda eða sem nemur neikvæðri framlegð af öllum mjólkurvörum sem Krónan seldi einhvern tímann undir kostnaðarverði (með neikvæðri framlegð) vegna ólögmætra aðgerða stefnda á tímabilinu 1. mars 2005 til 31. desember 2008. Í samræmi við niðurstöðu matsmanns krefst stefnandi 218.726.487 króna í aðalkröfu.

Verði ekki fallist á að miða beri við ofangreint tímabil við afmörkun tjónsfjárhæðar, þ.e. 1. mars 2005 til 31. desember 2008, byggir stefnandi á því í *fyrstu varakröfu* að stefndi beri í öllu falli ábyrgð á tjóni stefnanda sem varð á tímabilinu 1. mars 2005 til 30. apríl 2006, eða því tímabili sem rannsókn Samkeppniseftirlitsins náði yfir. Krafan tekur til sömu vöruflokka og aðalkrafa hér að framan. Samkvæmt matsgerð nemi neikvæð framlegð í fyrstu varkröfu 134.647.052 krónum. Að öðru leyti byggist þessi krafa á sömu forsendum og aðalkrafa að breyttu breytanda.

Með vísan til þess sem að framan er rakið krefst stefnandi í *annarri varakröfu* skaðabóta að fjárhæð 67.918.110 krónur, eða sem nemur neikvæðri framlegð af 17 mest seldu mjólkurvörunum, sem Krónan seldi einhvern tímann

undir kostnaðarverði (með neikvæðri framlegð) vegna ólögmætra aðgerða stefnda á tímabilinu 1. mars 2005 til 31. desember 2008. Að öðru leyti byggist þessi krafa á sömu forsendum og aðalkrafa og fyrsta varakrafa að breyttu breytanda.

Verði ekki fallist á að miða beri við ofangreint tímabil við afmörkun tjónsfjárhæðar, þ.e. 1. mars 2005 til 31. desember 2008, byggir stefnandi á því í *þriðju varakröfu* að stefndi beri í öllu falli ábyrgð á tjóni stefnanda sem varð á tímabilinu 1. mars 2005 til 30. apríl 2006 eða því tímabili sem rannsókn Samkeppniseftirlitsins náði yfir. Krafan taki til sömu vöruflokka og önnur varakrafa hér að framan. Neikvæð framlegð fyrir þetta tímabil nemi 51.451.381 krónu. Að öðru leyti byggist þessi krafa á sömu forsendum og aðalkrafa og aðrar varakröfur stefnanda að breyttu breytanda.

Verði talið að stefnanda hafi ekki tekist að sýna fram á umfang fjártjóns vegna brota stefnda er á því byggt til þrautavara að þar sem stefnandi hafi í öllu falli gert ljóst að hann hafi orðið fyrir tjóni, þótt umfang þess liggi ekki einhlítt fyrir, beri að ákveða bótafjárhæð að álitum. Dómaframkvæmd sýni að sú leið verði farin í tilvikum þar sem örðugt sé að sannreyna nákvæma upphæð fjártjóns. Ljóst sé að brot af því tagi sem hér um ræðir valdi samkeppnisaðilum óhjákvæmilega tjóni. Stefnandi telur sig hafa sýnt fram á að háttsemi stefnda hafi verið saknæm og ólögmæt og valdið sér tjóni og að stefnda hafi mátt vera það ljóst. Stefnandi telur háttsemi stefnda hafa leitt til skertra viðskipta og framtíðarviðskipta, einkum í rekstri Krónunnar. Þá beri, við mat á fjárhæð skaðabóta að álitum, ekki einvörðungu að miða við hugsanlegar beinar afleiðingar verðstríðsins sem slíks, heldur einnig þær afleiðingar sem það kann að hafa haft á afkomu Krónunnar til lengri tíma litið.

Sönnunarreglur

Stefnandi telur að þau gögn sem gerð sé grein fyrir hér að framan, þ.m.t. úrlausnir samkeppnisyfirvalda og dómstóla, sem og önnur gögn málsins, sýni nægilega fram á að aðgerðir stefnda hafi verið saknæmar og ólögmætar og að þær hafi sannanlega valdið stefnanda fjártjóni. Án tillits til þess telur stefnandi að í ljósi hinna grófu og ólögmætu ásetningsbrota stefnda og með vísan til varnaðaráhrifa samkeppnisreglna sé sanngjarnt og eðlilegt að sönnunarbyrði um einstök skilyrði skaðabótaábyrgðar sé lögð á stefnda eða í öllu falli að dregið sé úr kröfum til sönnunar þar að lútandi, einkum hvað snertir nánara umfang tjóns stefnanda. Ekki sé fært að gera aðrar og meiri kröfur til stefnanda um sönnun en að hann grípi til sanngjarnra ráðstafana sem honum séu tiltækar til að renna stoðum undir skaðabótakröfu sína, en ella væri hætt við að réttarúrræði af þessum meiði væru brotaþolum ónothæf.

Vextir

Stefnandi krefst vaxta af skaðabótakröfu samkvæmt 1. mgr. 8. gr. laga nr. 38/2001 um vexti og verðtryggingu. Er á því byggt að brot stefnda hafi staðið yfir samfelld frá upphafi verðstríðsins í febrúarlok 2005 og til ársloka 2008. Í samræmi við það byggir stefnandi á því að skaðabótavextir skuli reiknast frá 1. janúar 2009 eða frá lokum brotatímabilsins sem skaðabótakrafa tekur til (aðalkrafa og önnur varakrafa). Í fyrstu og þriðju varakröfu sé á hinn bóginn gerð krafa um vexti frá lokum verðstríðsins sem slíks, þ.e. frá 1. maí 2006. Í tilviki þrautavarakröfu sé einnig gerð krafa um skaðabótavexti samkvæmt ofangreindu lagaákvæði frá 31. desember 2008 en í öllu falli öðru tímamarki að mati dómsins. Í öllum kröfuliðum er gerð krafa um dráttarvexti samkvæmt 1. mgr. 6. gr. laga nr. 38/2001 frá þingfestingardegi 23. janúar 2013, sbr. 9. gr. sömu laga, en í öllu falli frá öðru tímamarki að mati dómsins.

Lagarök

Stefnandi byggir kröfu sína á almennum reglum skaðabótaréttar. Jafnframt er byggt á sjónarmiðum skaðabótaréttar og samkeppnisréttar um mat á sönnun og sönnunarbyrði í málum vegna samkeppnisbrota, einkum að því er varðar umfang tjóns. Í þessu samhengi er jafnframt byggt á ákvæðum samkeppnislaga nr. 44/2005, einkum 11. gr. þeirra, sem og 11. gr. eldri samkeppnislaga nr. 8/1993 þar sem við á. Krafa um skaðabótavexti byggist á 8. gr. laga nr. 38/2001 um vexti og verðtryggingu. Dráttarvaxtakrafa stefnanda er byggð á III. kafla laga nr. 38/2001 um vexti og verðtryggingu, sbr. 1. mgr. 6. gr. og 9. gr. laganna. Einnig vísast til 11. og 12. gr. tilvitnaðra laga. Málskostnaðarkrafa stefnanda byggist á 1. mgr. 129. gr. og 130. gr. laga um meðferð einkamála nr. 91/1991.

IV

Málsástæður og lagarök stefnda

Aðildarskorur stefnda

Stefndi krefst í fyrsta lagi sýknu á grundvelli aðildarskorts, sbr. 2. mgr. 16. gr. laga um meðferð einkamála nr. 91/1991. Málshöfðun stefnanda sé beint gegn stefnda sem aðila samkeppnismálsins sem hafi leitt af sér ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 64/2008. Stefndi Hagar hf. hafnar því hins vegar að kröfu um skaðabætur sé réttilega beint að honum. Öll fyrirtæki sem séu í eigu stefnda séu sjálfstæð fyrirtæki. Bónus sé t.a.m. firma með sérstaka kennitölu. Fyrirtækið Bónus hafi á tíma verðstríðsins verið sjálfstæður aðili með eigin framkvæmdastjóra. Fyrirtækið og framkvæmdastjóri þess hafi tekið sjálfstæðar ákvarðanir um verðstefnu og verðlagningu í verslunum fyrirtækisins. Það hafi hvorki forstjóri né stjórn stefnda gert. Kröfu um skaðabætur verði því ekki beint að stefnda Högum hf. og honum verði ekki gert að sæta skaðabótaábyrgð sökum þessa. Sem firma með sjálfstæðan rekstur geti Bónus átt réttindi og borið skyldur í lagalegu tilliti með

vísan til laga nr. 42/1903 um verslanaskrár, firmu og prókúruumboð. Fyrirtækið Bónus sé sjálfstætt í sínum daglega rekstri. Framkvæmdastjóri þess stýri fyrirtækinu og taki allar ákvarðanir varðandi daglegan rekstur Bónuss, þ.m.t. verðákvarðanir ásamt sínum undirmönnum. Þannig keppi t.d. fyrirtækin Bónus og Hagkaup innbyrðis. Bónus hafi þannig sjálfstæða aðild og því sé stefnu ranglega beint að stefnda Högum hf.

Þessari málsástæðu stefnda hafi verið hafnað við málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins á hendur stefnda á sínum tíma á grundvelli 4. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 sem heimili samkeppnisfyrvöldum að skilgreina atvinnurekstur og fyrirtæki með allt öðrum hætti en á öðrum réttarsviðum. Samkeppniseftirlitinu hafi því verið samkvæmt samkeppnislögum heimilt að beina sektarákvörðun sinni að stefnda sem móðurfélagi Bónuss, þar sem fyrirtækin teldust ein „efnahagsleg eining“.

Framangreind skilgreining á hugtakinu fyrirtæki sé hins vegar bundin við stjórnarsýsluhlið samkeppnismála. Hún gildi ekki á öðrum réttarsviðum. Geti einkaaðili því ekki sjálfkrafa beint bótakröfu sinni að móðurfyrirtæki sem þurft hafi að sæta sektarákvörðun samkeppnisfyrvalda vegna háttsemi dótturfélags þótt fyrirtækin teljist hluti af sömu efnahagslegu einingunni í samkeppnisréttarlegum skilningi. Kröfu um skaðabætur verði að beina að þeim aðila er viðhafði háttsemina. Í þessu tilviki Bónus.

Auk framangreinds sé stefndi sjálfur ekki lengur beinn eigandi fyrirtækisins Bónus. Árið 2010 hafi stefnda verið skipt upp í fleiri fyrirtæki. Nýtt félag hafi orðið til sem heiti Hagar verslanir ehf. Það sé í eigu stefnda. Inn í Haga verslanir ehf. hafi runnið allar eignir, skuldir, réttindi og skyldur vegna fyrirtækja, annarra en 10-11, sem áður hafi verið í eigu stefnda Haga hf., þar á meðal rekstur Bónuss. Skaðabótakrafa stefnanda sé byggð á háttsemi Bónuss eingöngu. Rekstur 10-11 sé nú í eigu þriðja aðila og Högum óviðkomandi. Ef skaðabótakrafan gegn stefnda er reist á einhvers konar sjónarmiðum um ábyrgð móðurfélags eða eiganda sé ekki rétt að beina henni að stefnda. Sé henni ekki beint að Bónus beri í öllu falli að beina henni að Högum verslunum ehf. sem nú sé eigandi og beri óskipta ábyrgð á Bónus og hafi yfirtekið allar skuldbindingar stefnda vegna þessa og annarra atriða vegna reksturs Bónuss. Þegar af framangreindum ástæðum beri að sýkna stefnda.

Skilyrði skaðabótakröfu

Stefnandi byggi kröfu sína á sakarreglunni. Til að skaðabótaskylda stofnist á grundvelli hennar þurfi háttsemi að vera ólögmat og saknæm, auk þess að hafa verið þess eðlis að hún hafi valdið tjóni. Meintur tjónþoli beri sönnunarbyrði um þessi atriði. Þá sé skilyrði skaðabótaábyrgðar að tjónþoli sýni fram á eðli og umfang tjóns. Nauðsynlegt sé að öllum skilyrðum sakarreglunnar sé fullnægt. Að

öðrum kosti sé skaðabótaskylda ekki fyrir hendi í skilningi sakarreglunnar. Stefndi byggir sýknukröfu sína á því að verulega skorti á að stefnandi hafi sýnt fram á að skilyrði sakarreglunnar séu uppfyllt í málinu. Ósannað sé að háttsemi stefnda hafi verið saknæm. Umfang og eðli meints tjóns sé ósannað og vanreifað. Algerlega sé ósannað að stefnandi hafi orðið fyrir tjóni eða hvert meint tjón hans sé af völdum stefnda. Leiða megi af dómi Hæstaréttar Íslands í máli nr. 245/2009 að ekki síðri kröfur skuli gerðar í skaðabótamálum vegna samkeppnislagabrota en öðrum skaðabótamálum um skilyrði fyrir sönnun skaðabótaskyldrar háttsemi og meint tjón. Dómurinn staðfesti að ekki nægi til skaðabótaskyldu að samkeppnisyfirvöld hafi talið tiltekna háttsemi brjóta gegn samkeppnislögum.

Saknæmisskilyrði ekki fyrir hendi

Gera verði skýran greinarmun á saknæmisskilyrðum vegna brota á samkeppnislögum annars vegar og vegna skaðabótaskyldrar háttsemi hins vegar. Til þess að aðili teljist brotlegur gegn ákvæðum samkeppnislaga nr. 44/2005 nægi að telja megi háttsemi hans til þess fallna að valda tjóni. Ekki þurfi að hafa hlotist tjón af tiltekinni háttsemi. Ekki sé heldur nauðsynlegt að leiða í ljós að sá sem talinn sé brotlegur við samkeppnislög hafi haft ásetning til að brjóta gegn samkeppnislögum eða að valda tjóni, t.d. útiloka samkeppnisaðila. Í raun skipti saknæmi ekki höfuðmáli í samkeppnisrétti, þ.e.a.s. hvort aðili hafi brotið gegn samkeppnislögum af ásetningi eða gáleysi, fremur sé byggt á hlutlægum atriðum.

Í máli, sem höfðað sé til heimtu skaðabóta vegna háttsemi sem talin hefur verið andstæð samkeppnislögum, sé hins vegar grundvallaratriði að sýna fram á og sanna að saknæmisskilyrði séu uppfyllt. Niðurstaða samkeppnismáls, sem skaðabótamál byggist á, hafi samkvæmt framangreindu ekkert sönnunargildi um saknæmi. Meta verði sjálfstætt í skaðabótamáli hvort meintur tjónvaldur hafi valdið skaðabótaskyldu tjóni af ásetningi eða með gáleysi. Stefndi byggir á því í þessu máli að ósannað sé að saknæmisskilyrði séu uppfyllt og ekkert í umræddu samkeppnismáli styðji fullyrðingar stefnda um saknæmi m.t.t. bótaskyldu.

Grundvallaratriði um skilyrði saknæmis í málinu sé sú staðreynd að það feli ekki í öllum tilvikum í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu ef markaðsráðandi aðili lækkar verð til að mæta samkeppni. Um það hafi oft verið fjallað í íslenskum samkeppnisrétti. Viðurkennt sé að markaðsráðandi fyrirtækjum sé heimilt að mæta samkeppni af afli, með hliðsjón af hagrænum aðstæðum hverju sinni, og nái skyldur markaðsráðandi fyrirtækja ekki til þess að hlífa fyrirtækjum á viðkomandi markaði sem ekki geti staðist eðlilega samkeppni. Markaðsráðandi fyrirtæki sé t.d. að ákveðnu marki heimilt að bregðast við og verja viðskiptahagsmuni sína þegar á það sé ráðist.

Í ljósi þess að ekki sé í öllum tilvikum óheimilt fyrir markaðsráðandi aðila að bregðast við samkeppni og lækka verð verði að mati stefnda að gera sérstaklega ríkar kröfur til þess að sýnt sé fram á að sagnæmisskilyrði séu fyrir hendi þegar krafist sé skaðabóta fyrir slíka háttsemi. Óumdeilt sé að stefnandi hóf sjálfur hið svonefnda verðstríð með tilkynningu um allt að 25% verðlækkun í febrúar 2005. Í þeirri tilkynningu hafi komið fram að markmið stefnanda væri að auka verðsamkeppni og að verðlækkanirnar væru m.a. til höfuðs verslunum stefnda. Í þessu máli beri að líta til þess að viðbrögð stefnda við atlögu stefnanda hafi verið hófleg og varfærin, m.a. með tilliti til efnahagslegs styrks beggja aðila. Í öllum rekstri geti það gerst að selja þurfi ákveðnar vörur með tapi á einhverjum tíma. Ljóst hafi verið allan tímann í verðstríðinu að rekstargrundvelli hvorugs aðila, stefnanda og stefnda, hafi verið stefnt í hættu. Verð hafi aðeins verið lækkað til jafns við verð stefnanda á afmörkuðum vörum, og eingöngu í verslunum Bónuss, sem viðbragð við yfirlýsingu hans og neytendur notið góðs af. Alltaf hafi verið litið svo á að um mjög tímabundnar verðlækkanir væri að ræða og framkvæmdastjóri Bónuss lýsti því oft yfir opinberlega. Í ljósi þessa og með tilliti til þess að markaðsráðandi staða stefnda hafi ekki verið augljós á þessum tíma hafi stefndi talið sér fullkomlega heimilt að grípa til þeirra ráðstafana sem raun varð á.

Stefndi hafi talið sér heimilt að grípa til þeirra varnarviðbragða sem hann gerði, sbr. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 17/2010 frá 21. maí 2010 í máli Mjólkursamsölnunnar gegn Mjólku ehf. Efnahagslegur munur og styrkur stefnda og stefnanda hafi hins vegar verið þannig að fjárhæðirnar, sem aðilar töpuðu í verðstríðinu, hafi í hæsta máta verið hóflegur kostnaður í eðlilegri samkeppni og viðbrögð stefnda ekki verið reist á órökréttum efnahagslegum rökum. Enginn þeirra aðila, sem tóku þátt í verðstríðinu, hafi stefnt efnahagslegum grundvelli sínum í hættu með þessu stríði. Í þessu sambandi bendir stefndi á að áætluð velta stefnanda á þessu tímabili hafi verið um 17-18 milljarðar króna. Ýtrasta skaðabótakrafa stefnanda vegna málsins nemi því um 1% af ársveltu hans en ætla megi að framlegð stefnanda sé á bilinu 17-23%. Engar forsendur séu þess vegna fyrir því að halda því fram að hið stutta og snarpa verðstríð hafi verið efnahagsleg rökleysa og þar með augljóslega sagnæm háttsemi. Sé því mótmælt sem röngu og ósönnuðu.

Í ljósi framangreinds verði að ganga út frá því að stefndi hafði engan ásetning um að valda stefnanda skaðabótaskyldu tjóni, enda hafi stefndi talið háttsemi sína fullkomlega lögmæta. Stefndi geti ekki borið ábyrgð á neikvæðri framlegð á vörusölu stefnanda. Þá verði stefnda ekki gert að bera ábyrgð á meintu tjóni stefnanda á grundvelli þess að hann hafi af gáleysi valdið honum skaðabótaskyldu tjóni. Í gáleysi felist að tjónvaldur sýni ekki af sér þá varfærni, umhyggju og aðgæslu sem honum hafi borið að gera. Tjónvaldur hafi átt að gera

sér grein fyrir því að háttsemi hans fæli í sér hættu á tjóni og honum hefði borið að leiða hugann að hættueiginleikum háttseminnar. Þegar þessi almenna skilgreining á gáleysi sé borin saman við aðdraganda verðstríðsins, háttsemi stefnanda sjálfs og síðar stefnda og annarra samkeppnisaðila, sem og heimildir markaðsráðandi fyrirtækja til að svara samkeppni, blasi við að stefndi hafi ekki verið valdur að meintu tjóni stefnanda með gáleysislegri hegðun. Fyrir liggir að aðgerðum stefnanda hafi verið m.a. beint að stefnda og búist hafi verið við viðbrögðum af hans hálfu. Stefnandi hafi búið sig undir að tapa peningum í verðstíði í kjölfar verðlækkana sinna og hann kallaði á verðstríð. Í því ljósi sé útilokað að stefndi hafi sýnt af sér hegðun sem telja megi saknæma.

Af framangreindum ástæðum skorti með öllu saknæmisskilyrði fyrir skaðabótakröfu stefnanda. Beri þar af leiðandi að hafna kröfum stefnanda og sýkna stefnda.

Umfang meints tjóns stefnanda ósannað

Allar skaðabótakröfur stefnanda byggist einfaldlega á neikvæðri framlegð vörusölu í verslunum Krónunnar, mismunandi eftir fjölda vara og tímabilum. Meint tjón stefnanda sé því rökstutt þannig að allt tap stefnanda af því að selja þær vörur, sem við sé miðað í hverri bótakröfu fyrir sig á umræddu viðmiðunartímabili, sé á ábyrgð stefnda. Stefndi mótmælir þessu eindregið. Umfang meints tjóns stefnanda sé algerlega ósannað.

Aðalkrafa stefnanda byggist á því að stefnda beri að bæta stefnanda alla neikvæða framlegð á öllum seldum mjólkurvörum í Krónunni á tímabilinu 1. mars 2005 til 31. desember 2008. Stefndi mótmælir bæði því að stefnandi geti krafist skaðabóta fyrir annað tímabil en það sem rannsókn Samkeppniseftirlitsins tók yfir sem og því að skaðabótakrafa stefnanda geti byggst á neikvæðri framlegð á öðrum vörum en þeim sem rannsókn Samkeppniseftirlitsins náði til. Skaðabótakrafa stefnanda byggist alfarið á háttsemi sem fjallað sé um í rannsókn Samkeppniseftirlitsins. Sú rannsókn og ákvörðun hafi tekið til sölu á 17 tilteknum tegundum mjólkurvara frá 1. mars 2005 til 30. apríl 2006.

Ósannað sé af hálfu stefnanda að hin ólögmæta háttsemi hafi náð til fleiri vörutegunda en þeirra 17 sem mál Samkeppniseftirlitsins fjalli um og einnig að sú háttsemi sem stefnandi byggir mál sitt á hafi tekið yfir lengra tímabil en það sem um ræðir í nefndu samkeppnismáli. Meint tjón stefnanda fyrir fleiri vörur en þær 17, sem ákvörðun Samkeppniseftirlitsins fjallar um, sem og fyrir lengra tímabil, sé algerlega ósannað. Þá sé óljóst og ósannað að stefnandi og stefndi hafi selt sömu mjólkurvörur á umræddu tímabili. Neikvæð framlegð stefnanda gæti því allt eins byggst á vörum sem stefndi hafi aldrei selt. Með vísan til þessa beri að hafna þessum kröfum stefnanda.

Með sömu rökum mótmælir stefndi 1. og 2. varakröfu stefnanda. Í 3. varakröfu sinni geri stefnandi kröfu um bætur vegna neikvæðrar framlegðar á þeim 17 tegundum mjólkurvara sem Samkeppniseftirlitið skoðaði í rannsókn sinni vegna rannsóknartímabils Samkeppniseftirlitsins. Stefndi hafnar einnig skaðabótakröfu vegna þessa tímabils og vegna þessara vara, enda ósannað og órökstutt að stefndi beri nokkra ábyrgð á neikvæðri framlegð stefnanda eða að hvaða marki. Útilokað sé að stefnandi geti borið ábyrgð á allri neikvæðri framlegð varanna.

Þá hafnar stefndi þrautavarakröfu stefnanda um bótafjárhæð að álitum. Stefndi hafi alls ekki gert líklegt að hann hafi orðið fyrir tjóni af völdum stefnda. Vísar stefndi til fyrri röksemda vaðandi það. Því beri að hafna kröfunni og sýkna stefnda.

Hvað varði umfang meints tjóns vísar stefndi til þess að ákvörðun Samkeppniseftirlitsins hafi ekkert fjallað um hvaða tjóni stefnandi hafi orðið fyrir af völdum háttsemi stefnda. Algerlega sé litið framhjá því í kröfugerð stefnanda að stefndi hafi fjarri því verið eini samkeppnisaðili hans sem tók þátt í verðstríðinu. Mikill fjöldi aðila sé á dag- og matvörumarkaðnum sem ákvörðunin fjalli um. Raunar sé eðlilegt að líta svo á að ólíklegast sé að stefnandi hafi orðið fyrir skaðabótaskyldu tjóni í málinu, enda hafi hann ætlað sér að auka verðsamkeppni með verðlækkunum sínum og hluti af þeim áformum hans hafi verið að tapa fjármunum. Margir aðrir en stefndi hafi tekið þátt í verðstríðinu og tekið þar með áskorun stefnanda um verðsamkeppni. Ómögulegt sé að halda því fram að stefndi beri þrátt fyrir það einn ábyrgð á neikvæðri framlegð stefnanda. Fyrir liggir að stefndi hafi ekki alltaf verið með lægstu verðin.

Stefndi byggir á því að hefði hann ekki lækkað verð sín séu mestar líkur á að aðrir aðilar, s.s. Samkaup, hefðu gert það. Allt að einu sé ljóst að stefnandi hefði selt vörur með neikvæðri framlegð. Þar sem aðrir aðilar töldust ekki markaðsráðandi hefði þeim verið heimilt að lækka verð langt niður fyrir kostnaðarverð vara og verðstríðið jafnvel staðið lengur. Ósannað og óupplýst sé hvaða áhrif það hafi á skaðabótakröfu stefnanda að fjöldi annarra aðila sé á markaðnum sem þátt hafi tekið í verðstríðinu. Í öllu falli sé ljóst að umfang meints tjóns stefnanda sé með öllu ósannað og vanreifað og engin skilyrði til að fallast á skaðabótakröfur hans.

Tjón ósannað. Eðli tjóns

Stefndi byggir á að ósannað sé að stefnandi hafi orðið fyrir tjóni. Hann hafi tekið þá ákvörðun að lækka vöruverð um 25% og það hafi hrundið af stað hinu svonefnda verðstríði. Enginn vafi geti leikið á því að með slíkum vöruverðslækkunum hóf stefnandi að selja margar vörur sínar með neikvæðri framlegð, ekki síst mjólkurvörur. Það hafi ekki verið tilviljun að verðstríðið snerist

einkum um mjólkurvörur. Stefnandi hafi vitað nákvæmlega hvert væri innkaupsverð samkeppnisaðila sinna á mjólkurvörum. Hann hafi því ákveðið að lækka verð á þeim vörum sérstaklega og það undir kostnaðarverð þeirra. Það þýddi að stefnandi hugðist selja umræddar vörur með neikvæðri framlegð um að minnsta kosti einhvern tíma. Um leið hafi hann auglýsti og tilkynnti um allt að 25% lækkun vöruverðs í Krónunni. Ætla megi að hefðu samkeppnisaðilar stefnanda ekkert aðhafst og verðstríðið svonefnda ekki brotist út hefði stefndi selt mun meira af vörum með neikvæðri framlegð en raunin varð. Þetta fái stoð í orðum eiganda stefnanda í viðtali við Morgunblaðið 24. mars 2005, að Kaupás hafi farið vel ofan í saumana á málinu áður en ákveðið hafi verið að hefja verðstríð og fyrirtækið hafi vopnað sig fyrir mikinn slag. Hafi hann sagt að þegar fyrirtækið hafi stigið fram hafi það náttúrulega fengið mjög hörð viðbrögð en hræddist þau ekki. Meira rynni úr stórri tunnu heldur en lítilli. Af orðum eiganda stefnanda sé ljóst að meðvituð ákvörðun hafi verið tekin af hálfu stefnanda um að hefja verðstríð við samkeppnisaðila sína, einkum stefnda. Ljóst megi vera af orðum eiganda stefnanda að gert hafi verið ráð fyrir því að stefnandi myndi tapa peningum og það væri hluti af áætlun sem hann hefði gert. Enginn vafi leiki á því að í orðum eiganda stefnanda felist að áætlun stefnanda hafi gengið út á að stefndi myndi tapa margfalt meira á verðstríði og gefast upp á undan minni aðilanum, stefnanda, enda væri innkaupsverð á mjólkurvörum óhagganlegt og fyrirsjáanlegt. Verðstefna Bónuss hafi m.a. gengið út á það, og gerir enn, að bjóða sama verð í öllum verslunum sínum á landinu. Þegar verðstríðið braust út og verð lækkaði niður fyrir kostnaðarverð hafi vöruverðið ekki bara lækkað í verslunum Bónuss á höfuðborgarsvæðinu, þar sem verslanir Krónunnar voru, heldur einnig á Ísafirði, Akureyri, Egilsstöðum og víðar, án þess að þar væri nokkur samkeppni frá stefnanda. Áætlanir stefnanda virðast því hafa gengið út á að stefndi myndi taka þátt í verðstríði með mjólkurvörur en það yrði skammvinnt af hálfu stefnda í ljósi stærðar hans, verðstefnu og einokunarstöðu framleiðanda mjólkurvara. Eigandi stefnanda virðist samkvæmt framangreindu ekki hafa litið á viðbrögð stefnda sem ólögsmæta háttsemi, heldur þvert á móti eitthvað sem búast mætti við. Þau væru fyrirsjáanleg, ásættanleg og í raun stefnanda í hag.

Eins og stefnandi virðist hafa gengið út frá hafi stefndi ekki verið tilbúinn til að viðhalda löngu verðstríði á dag- og matvörumarkaði. Í viðtali við útvarpsstöðina Bylgjuna hinn 10. mars 2005, þegar verðstríð hafði staðið skamman tíma, hafi Guðmundur Marteinson, framkvæmdastjóri Bónuss, sagt að almenningur hlyti að gera sér fulla grein fyrir því að ástandið væri ekki varanlegt, vöruverð væri úr öllu hófi og beinlínis heimskulegt. Ummæli sín hafi framkvæmdastjórinn ítrekað í viðtali í kvöldfréttum RÚV, hinn 12. mars 2005. Þar hafi verið rætt um að

verðlækkarnir hefðu gengið til baka og framkvæmdastjórinn þá sagt að allir hefðu mátt sjá að ofurtilboð verslunarinnar hefðu ekki getað gengið til lengdar. Þetta hafi gengið eftir því að vöruverð hafi hækkað fljótlega eftir þetta og verðstríðið fjarði út án þess að það hefði skaðað aðgang stefnanda að markaði en markmið skaðlegrar undirverðlagningar samkvæmt samkeppnisrétti sé einmitt talið vera að hindra þann aðgang og/eða styrkja stöðu markaðsráðandi fyrirtækis. Ekkert slíkt sé fyrir hendi í þessu máli. Raunar hafi staða stefnanda styrkst við þetta.

Á því er byggt af hálfu stefnda að stefnandi hafi ekki orðið fyrir tjóni af völdum stefnda. Ekki sé dregið í efa að stefnandi hafi tapað fjármunum með verðstríðinu eins og hann hafi alltaf ætlað sér. Álitamálið sé því í raun einungis það hvort háttsemi stefnda hafi valdið stefnanda tjóni umfram það sem orðið hefði ef stefndi hefði ekkert aðhafst og umfram það sem stefnandi bjóst við. Stefndi telur að hefði hann ekkert aðhafst hefði tap á sölu á þeim 17 tegundum mjólkurvara, sem skaðabótakrafa stefnanda byggist á, fyrir það tímabil sem lagt er til grundvallar, verið mun meira heldur en raunin varð. Þá hefði einfaldlega lekið meira úr litlu tunnunni og mun hraðar. Eins og rakið sé að framan bjóst stefnandi við þátttöku stefnda og virðist raunar hafa treyst á það, enda minnkaði það tap hans. Stefndi hafi þannig tekið á sig stóran hluta af því tapi sem stefnandi hafi ráðgert og undirbúið með því að selja vörur sínar undir innkaupsverði.

Ósannað sé að verðlagning stefnanda, sem leiddi til neikvæðrar framlegðar hans, hafi verið óhjákvæmileg afleiðing af völdum stefnda. Ósannað sé að stefnandi hafi neyðst til að verðleggja vörur sínar með þeim hætti sem hann gerði, s.s. til að stemma stigu við minnkandi vörusölu. Líklegast sé að verðlagning stefnanda hafi ekki lotið nokkrum sérstökum lögmálum og hafi verið ónauðsynlega lág. Það skýri neikvæða framlegð stefnanda eða a.m.k. stóran hluta hennar. Því sé ósannað að stefnandi hafi í raun orðið fyrir tjóni af völdum einhvers annars eða hvert það nákvæmlega er.

Staða stefnanda hafi styrkst með verðstríðinu

Stefndi byggir á því að staða stefnda hafi styrkst með verðstríðinu.. Ætla megi að það sé ekki síst verðstríðinu að þakka og tjón stefnanda því tæplega nokkuð. Árið 2005, þegar verðstríðið braust út, hafi markaðshlutdeild Krónunnar verið um 7%. Sú markaðshlutdeild hafi farið vaxandi jafnt og þétt og sé 15-16% samkvæmt skýrslu Samkeppniseftirlitsins um dagvörumarkaðinn frá árinu 2012 þrátt fyrir að verslanir Krónunnar séu yfir helmingi færri en verslanir Bónuss. Markaðshlutdeildin hafi vaxið á árunum 2005-2008 áður en ákvörðun Samkeppniseftirlitsins lá fyrir. Því sé ljóst að stefnandi hefur engan skaða beðið af háttsemi stefnda.

Áhættutaka og háttsemi stefnanda. Takmörkun tjóns

Stefndi byggir á því að hafna eigi kröfum stefnanda vegna hans eigin háttsemi og áhættutöku. Í fyrsta lagi sé viðurkennd sú meginregla í skaðabótarétti að áhættutaka tjónþola leysi meintan tjónvald undan ábyrgð. Áhættutaka hafi verið skilgreind sem svo að undir hana falli tilvik þegar tjónþola hefur verið ljós sú áhætta sem hann tók en hann hafi samt lagt sig eða hagsmuni sína í hættu. Þá hafi stefnandi sýnt af sér eigin sök og hafi heldur ekki leitast við að takmarka tjón sitt. Verðstríðið svonefnda hafi ekki hafist að frumkvæði stefnda. Það hafi hafist með opinberri tilkynningu stefnanda um að vöruverð í verslunum Krónunnar yrði lækkað um allt að 25%. Þannig hafi stefnandi hugsað sér að selja vörur sínar á allt að 25% lægra verði en hann gerði að jafnaði. Hann hafi þannig verið reiðubúinn að selja vörur sínar með tapi. Í yfirlýsingu stefnanda komi jafnframt fram að verðlækkunir væru framkvæmdar í því skyni að auka verðsamkeppni á matvörumarkaði, einkum við stefnda. Stefnandi hafi þannig gert sér fulla grein fyrir því að yfirlýsing hans og háttsemi myndi leiða af sér viðbrögð af hálfu stefnda. Hann hafi vitað eða mátti vita að þær aðgerðir gætu leitt til framlegðartaps sem hann leitist nú við að fá bætt. Stefnandi hafi brugðist við með því að lækka sitt vöruverð til jafns við verð stefnanda á nokkrum vörum. Það sem aðgreinir háttsemi stefnanda og stefnda sé sú skilgreining sem Samkeppniseftirlitið lagði til grundvallar í ákvörðun sinni um að stefndi hefði notið markaðsráðandi stöðu á þessum tíma. Það hafi ekki legið fyrir við upphaf verðstríðsins. Báðir aðilar hafi brugðist við með sambærilegum hætti en atriði, sem ekki lá fyrir við háttsemina, hafi ráðið því að stefndi var talinn brotlegur við samkeppnislög. Á það sé hins vegar að líta að ekki hafi verið um að ræða dæmigerða misnotkun á markaðsráðandi stöðu, heldur hafi verið um að ræða samkeppnislegt viðbragð sem stefndi hafi talið lögmætt, án þess að gera sér grein fyrir markaðsstöðu sinni og að viðbrögð hans við samkeppnislegri árás stefnanda gengju of langt að mati samkeppnisyfirvalda. Stefnandi hafi ekki verið talinn í yfirburða markaðsráðandi stöðu. Ef ekki hefði komið til að stefnandi lýsti yfir allt að 25% lækkun á vöruverði og lýst því yfir að það væri gert til höfuðs stefnda hefði væntanlega ekki brotist út verðstríð. Stefnandi hafi þannig sett sjálfan sig í þá stöðu að eiga hættu á að verða fyrir tapi og aðra í hættu á að valda honum tapi með því að lækka verð og skora beinlínis á samkeppnisaðila að gera slíkt hið sama. Sé því um áhættutöku og eigin sök stefnanda að ræða.

Stefnandi byggir á því að meint tjón hans stafi af því að hann hafi verið knúinn til að lækka verð Krónunnar og selja vörur undir kostnaðarverði um langt skeið sem sé í beinu orsakasamhengi við brot stefnda og um leið sennileg afleiðing háttsemi hans, enda hafi stefnda mátt vera fullljóst að með háttsemi sinni þvingaði hann stefnanda til að bregðast við með verðlækkunum af sinni hálfu með

tilheyrandi fjárhagslegu tjóni fyrir stefnanda. Stefndi mótmælir þessum rökum stefnda sem líti þarna með öllu framhjá þeirri staðreynd að hann hóf verðstríðið. Hann hafi þvingað stefnda með sama hætti til þess að lækka vöruverð. Það tjón sem af háttsemi stefnda varð megi rekja til háttsemi stefnanda.

Þá vísar stefndi til þess að stefnandi hafi á engan hátt leitast við að takmarka tjón sitt. Það sé að minnsta kosti ósannað. Ósannað sé að neikvæð framlegð hans hafi verið nauðsynleg viðbrögð við minnkandi vörusölu vegna verðsamkeppni frá stefnda. Stefndi telur að neikvæða framlegð stefnanda megi fyrst og fremst rekja til þess að stefnandi verðlagði vörur sínar undir innkaupsverði óháð því hvernig þær seldust og eingöngu til að taka þátt í verðstríði við stefnda og aðra keppinauta. Með öllu sé ósannað að stefnandi hafi selt mismunandi magn af mjólk eftir því hvort lítrinn af mjólk kostaði 1, 10, 20 eða 30 krónur. Ef mjólk hefði selst álíka mikið óháð þessum verðum hefði neikvæð framlegð stefnanda af sölu hennar orðið margfalt minni ef verðlagning hans hefði staðið í tengslum við eftirspurn og sölutölur. Að þessu hafi stefnanda borið að gæta en ekki gert. Skýrist það sennilega af því að ekki hafi verið um að ræða hefðbundna undirverðlagningu markaðsráðandi fyrirtækis þar sem ráðist sé á minni aðilann og vörusala hans minnki, heldur hafi verið um að ræða markaðsátak stefnanda. Það sé a.m.k. með öllu ósannað að stefnandi hafi neyðst til að verðleggja vörur sínar á því verði sem hann gerði til að bregðast við, t.d. minnkandi vörusölu. Ósannað sé að verðlagning stefnanda hafi tekið mið af nokkrum viðskiptarökum. Langlíklegast sé að vegna þessa hafi neikvæð framlegð stefnanda verið mun meiri en nokkur nauðsyn hafi borið til. Stefnandi hafi þannig á engan hátt leitast við að takmarka tjón sitt og bera ábyrgð á því.

Sönnun og sönnunarbyrði

Tjón stefnanda liggja hvorki í minni vörusölu né því að hann hafi þurft að lækka verð sín til að bregðast við háttsemi stefnda. Tjón stefnanda sé því ósannað og grundvöll fyrir skaðabótakröfu hans skorti. Í raun sé krafa stefnanda þannig byggð upp að það sé stefnda að kenna að stefnandi hafi selt færri vörur með tapi en ella hefði orðið en stefndi beri samt ábyrgð á allri neikvæðri framlegð af vörusölu stefnanda.

Stefndi mótmælir því eindregið, í ljósi niðurstöðu samkeppnisyfirvalda í málinu og með vísan til varnaðaráhrifa samkeppnisreglna, að það sé sanngjarnt og eðlilegt að sönnunarbyrði um einstök skilyrði bótaábyrgðar verði lögð á stefnda eða í öllu falli verði dregið úr kröfum til sönnunar hvað snerti nánara umfang tjóns stefnanda. Krafa stefnanda hvað þetta varðar hafi engan grundvöll. Hún sé í engu samræmi við eðlilegar og viðurkenndar reglur skaðabótaréttar, m.a. um sönnun tjóns. Engu breyti að stefndi hafi verið talinn brotlegur í máli

Samkeppniseftirlitsins á hendur honum. Sönnunarbyrðin um tjón, umfang þess og annað, hvíli á þeim sem telur sig hafa orðið fyrir tjóni vegna ólögmætrar og saknæmrar háttsemi annars. Breyti engu fyrir þá sönnunarkröfu meints tjónþola að háttsemi meints tjónvalds hafi ekki verið í samræmi við samkeppnislög.

Stefnandi telji þessa kröfu réttmæta í ljósi þess að um hafi verið að ræða gróf og ólögmæt ásetningsbrot stefnda. Stefndi hafnar því alfarið að um hafi verið að ræða ásetningsbrot sem miðuðu að því að valda stefnanda tjóni. Þvert á móti hafi stefndi ekki gert sér grein fyrir því að háttsemin kynni að stangast á við ákvæði samkeppnislaga, heldur hafi hann talið sig vera að taka þátt í eðlilegri og tímabundinni verðsamkeppni. Allir aðilar markaðarins hafi lækkað verð sín til skiptis. Það sem hafi aðgreint stöðu aðila hafi verið sú markaðshlutdeild sem stefndi naut en á það sé að líta að verðstríðið hafi verið bundið við verslanir Bónuss. Í ljósi framanritaðs hafi ekki verið um gróf brot að ræða sem stefndi hafði ásetning til að fremja og enn síður beri að færa sönnunarbyrði yfir á stefnda og gera honum að afsanna skilyrði bótaábyrgðar eða slaka á sönnunarkröfum gagnvart stefnanda sökum þessa.

Fyrning

Stefndi byggir á því að kröfur stefnanda séu fyrndar og því beri að sýkna stefnda af þeim. Atvik þau sem leiddu til ákvörðunar nr. 64/2008 hafi átt sér stað á árunum 2005-2006. Stefnandi hafi höfðað mál á hendur stefnda með birtingu stefnu hinn 18. desember 2012. Þá hafi verið liðinn rúm sex ár frá því að verðstríðinu lauk. Stefndi telur stefnanda þar með hafa glatað rétti sínum til skaðabóta megi á annað borð telja þann rétt hafa verið til staðar. Stefndi vísar til ákvæðis 9. gr. laga um fyrningu kröfuréttinda nr. 150/2007 þar sem segir að krafa um skaðabætur fyrnist á fjórum árum frá þeim degi er tjónþoli fékk nauðsynlegar upplýsingar um tjónið og þann sem ábyrgð ber á því eða bar að afla sér slíkra upplýsinga.

Samkvæmt ákvæðinu byrji fyrningarfrestur skaðabótakrafna utan samninga að líða á þeim degi er tjónþoli fékk nauðsynlegar upplýsingar um tjónið. Í ákvæðinu felist skilyrði um tvenns konar vitneskju tjónþola. Annars vegar vitneskju um tjónið og hins vegar vitneskju um þann sem ábyrgð ber á því. Í athugasemdum í greinargerð að baki ákvæðinu komi fram að miðað við framkvæmd á sambærilegu ákvæði sem hafi verið í norskum lögum frá árinu 1979 megi segja að almennt sé litið svo á að fyrningarfresturinn byrji að líða þegar tjónþoli fékk eða bar að afla sér nauðsynlegra upplýsinga um þessa þætti. Geti tjónþoli þannig ekki setið aðgerðarlaus eða borið við vanþekkingu á réttarstöðu sinni.

Líkt og fyrr greini nái sú háttsemi sem stefnandi byggir bótakröfu sína til árána 2005-2006 og ljóst sé að stefnandi taldi sig í síðasta lagi vorið 2006 hafa orðið fyrir tjóni. Stefnandi hafi mátt vera ljóst á árunum 2005-2006 að hann hafi

orðið fyrir tjóni vegna verðstríðsins, eins og kröfur hans séu settar fram, þar sem hann krefjist bóta vegna neikvæðrar framlegðar á sölu á vörum. Það sé tímamarkið sem miða verði við sem upphaf fyrningarfrests samkvæmt 9. gr. laga nr. 150/2007 um fyrningu kröfuréttinda. Breyti engu þótt ákvörðun Samkeppniseftirlitsins hafi legið fyrir hinn 19. desember 2008. Ákvörðunin hafi einungis falið í sér álit Samkeppniseftirlitsins um að stefnandi hafi brotið gegn ákvæðum samkeppnislaga. Meint tjón stefnanda hafi hins vegar legið fyrir mun fyrr. Stefnandi hafi tilkynnt í júní 2009 að gerð yrði bótakrafa að fjárhæð 1,5 milljarða króna og fengið matsmenn dómkvadda. Matsgerð hafi legið fyrir í desember 2011 en þar sem stefnandi hafi talið hana vera annmörkum háða hafi hann ákveðið að styðjast ekki við hana. Stefndi telur það ótækt að rúm sex ár líði milli tjónsatburðar og þess að stefnandi leggi fram bótakröfu sem hann telur viðunandi. Stefnandi hafi haft vitneskju um tjón sitt allt frá árinu 2006 og fyrningarfrestur byrjaði þá að líða. Tilkynning stefnanda í júní 2009 um að gerð yrði bótakrafa á hendur stefnda hafi hér enga þýðingu, enda sé slík tilkynning ekki nægjanleg til að slíta fyrningarfresti.

Um slit fyrningar sé fjallað í IV. kafla laga nr. 150/2007 um fyrningu kröfuréttinda. Í 15. gr. laganna komi fram að fyrningu sé slitið með málssókn kröfuhafa á hendur skuldara til að fá dóm fyrir kröfunni eða þegar krafist sé skuldajafnaðar fyrir dómi. Einnig sé fyrningu slitið þegar kröfuhafi höfði mál til að fá viðurkenningardóm fyrir kröfunni eða leggi málið fyrir gerðardóm samkvæmt samningi. Segi þar að sé krafan sótt fyrir dómstól sé fyrningu slitið þegar mál telst höfðað eða þegar greinargerð sé lögð fram með gagnkröfu til skuldajafnaðar. Ljóst sé að mál sé höfðað á hendur stefnda eftir að fyrningarfrestur sé liðinn og ákvæðið eigi þannig ekki við.

Samkvæmt ákvæði 16. gr. laga nr. 150/2007 um fyrningu kröfuréttinda sé fyrningu slitið þegar kröfuhafi leggur mál til ákvörðunar fyrir stjórnvald sem hefur sérstakt ákvörðunarvald til þess að ljúka deilu um ágreininginn. Þetta gildi þótt kæra megi ákvörðunina til annars stjórnvalds eða dómstóla. Kröfur, sem lagðar séu fyrir kæru- og úrskurðarnefndir, slíti jafnframt fyrningu. Sama gildi ef kæru- eða umkvörtunarnefndir hafa verið settar á fót á grundvelli fyrirmæla í lögum eða ef skuldari samþykkir að krafa sé lögð fyrir starfandi kæru- eða umkvörtunarnefnd. Í ákvæðinu felist að fyrningu sé slitið þegar tjónþoli leggur mál fyrir stjórnvald eða kæru- og úrskurðarnefndir eða samþykkir að krafa sé lögð fyrir kæru- eða umkvörtunarnefnd. Ljóst sé að Samkeppniseftirlitið hafi tekið verðstríðið á árunum 2005-2006 til skoðunar árið 2006 eftir að hafa borist ábendingar um hugsanleg brot gegn samkeppnislögum. Hafi Samkeppniseftirlitið þannig tekið ákvörðun um að hefja rannsókn og hafi hún beinst að stefnda, stefnanda og Samkaupum. Samkeppniseftirlitið hafi eftirlit með að samkeppnislögum sé fylgt og taki

ákvarðanir um rannsókn mála. Sé Samkeppniseftirlitið þannig ekki úrskurðaraðili sem taki ákvörðun í deilu milli tveggja aðila þar sem lögð sé fram kvörtun af hálfu annars eða beggja líkt og 16. gr. laganna kveði á um. Samkeppniseftirlitið sé þvert á móti aðili að málinu og verði kröfur um viðurkenningu á ólögumætri háttsemi ekki lagðar fyrir eftirlitið með þeim hætti að sá er leggur fram kröfu verði aðili að málinu og úrskurðað sé um réttarstöðu þeirra á milli. Samkeppniseftirlitið geti tekið við ábendingum um meint brot gegn samkeppnislögum en taki sjálft ákvörðun um hvort það muni aðhafast eða ekki. Fyrningu geti því ekki hafa verið slitið á grundvelli 16. gr. laganna þar sem ákvæðið eigi ekki við um Samkeppniseftirlitið.

Varakrafa um verulega lækkun dómkrafna stefnanda. Tómlæti

Til vara gerir stefndi kröfu um verulega lækkun dómkrafna stefnanda. Stefnandi hafi dregið árum saman að höfða mál og sýnt af sér vítavert tómlæti. Eins og gögn málsins beri með sér, sbr. sérstaklega kröfubréf stefnanda til stefnda hinn 3. júní 2009, séu bótakröfur stefnanda úr lausu lofti gripnar, tilhæfulausar og úr öllu hófi. Verði matsmönnum ekki kennt um þennan málatilbúnað stefnanda líkt og hann reynir að gera í stefnu. Málatilbúnaður og meðferð málsins sé alfarið á ábyrgð stefnanda.

Í ljósi aðstæðna allra, sbr. umfjöllun hér að framan, leiði tómlætisáhrif sem og ákvæði 24. gr. skaðabótalaga til þess að lækka beri stefnukröfur verulega eða fella þær niður að öllu leyti verði talið að stefndi sé að einhverju leyti bótaskyldur fyrir meintu tjóni stefnanda.

Dráttarvextir

Kröfu um dráttarvexti sé mótmælt, enda eigi stefnandi ekki kröfu á stefnda. Stefnanda hafi verið unnt fyrir mörgum árum að setja fram kröfu sína. Ljóst sé að kröfubréf stefnanda frá 2009 hafi verið tilhæfulaust og órökstutt og verði ekki notað sem viðmiðun fyrir dráttarvexti, enda byggi stefnandi ekki kröfur sínar í málinu á þeirri kröfugerð. Stefnandi telur það ótækt að rúm sex ár líði milli tjónsatburðar og þess að stefnandi leggi fram bótakröfu sem hann telur viðunandi. Sé þannig órökrétt að stefnandi geti með þessum hætti dregið það að höfða mál á hendur stefnda með tilheyrandi hækkun dráttarvaxta og verði stefnda ekki gert að bera hallann af þeim drætti. Sé þess krafist að dráttarvextir reiknist í fyrsta lagi frá þingfestingardegi málsins komi á annað borð til álita að telja að stefndi hafi valdið stefnanda einhverju tjóni.

Lagarök

Stefndi vísar til þeirra lagatiltvinnana sem fram koma í umfjöllun hér að framan og vísar um lagarök m.a. til samkeppnislaga nr. 44/2005, 16. gr. laga um meðferð einkamála nr. 91/1991 varðandi aðildarskort, til almennra reglna skaðabótaréttar um skaðabætur utan samninga, ákvæða skaðabótalaga nr. 50/1993,

almennra reglna samninga- og kröfuréttar og um málskostnað er vísað til 129. gr., sbr. 130. gr., laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála.

IV

Stefndi heldur því fram að sýkna beri hann vegna aðildarskorts, sbr. 2. mgr. 16. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála, þar sem öll fyrirtæki í eigu Haga hf. séu sjálfstæð fyrirtæki og verslunin Bónus sé firma með sérstakri kennitölu. Í öllu falli beri að beina kröfum að Högum verslunum ehf. sem nú séu eigendur Bónuss og beri óskipta ábyrgð á því félagi.

Í málinu er komið fram að firmað Bónus var stofnað 5. janúar 1999 og var Baugur hf. stofnandi með ótakmarkaða ábyrgð. Af gögnum málsins verður ekki annað ráðið en að verslunin Bónus hafi verið rekin sem deild eða afmörkuð eining innan Baugs hf. og síðar Haga hf. Engin gögn hafa af hálfu stefnda verið lögð fram um að á því tímabili sem hér um ræðir, frá mars 2005 til loka árs 2008, hafi verslunin Bónus verið rekin sem sjálfstæður lögaðili.

Þann 25. júní 2010 gerðu stjórnir Haga hf., Rekstrarfélags Tíu-ellefu ehf. og Haga verslana ehf. áætlun um skiptingu Haga hf. á grundvelli 133. gr. laga nr. 2/1995 um hlutafélög og 107. gr. laga nr. 138/1994 um einkahlutafélög. Á hluthafafundi félaganna 30. ágúst 2010 var ákveðið að skipta Högum hf. í samræmi við áður tilkynnta skiptingaráætlun stjórnar. Segir í 3. mgr. 1. gr. skiptingaráætlunarinnar að Hagar verslanir ehf. taki yfir verslanir Hagkaupa, Aðfanga, Útilífs og Hýsingar vöruhótels sem nú séu reknar sem deildir hjá Högum hf.

Skiptingaráætlunin, sem dagsett er 25. júní 2010, staðfestir því að Bónus var rekin sem deild hjá stefnda fram til 25. júní 2010 en eftir það sem deild undir Hagar verslunum ehf. Af hálfu stefnda hafa ekki, þrátt fyrir áskoranir stefnanda, verið lögð fram gögn um að Hagar verslanir ehf. hafi yfirtekið skaðabótakröfu stefnanda á hendur Högum hf. og þess er heldur ekki getið í framangreindri skiptingaráætlun. Af því leiðir að skaðabótakrafa stefnanda er ekki meðal þeirra skuldbindinga sem Hagar verslanir ehf. tóku yfir af Högum hf. Er því ekki tilefni til annars en að líta svo á að umrædd skuldbinding vegna bótakröfu stefnanda í málinu hvíli áfram á stefnda, sbr. 2. mgr. 133. gr. laga nr. 2/1995 um hlutafélög.

Ekki er deilt um í málinu að með háttsemi sinni á árunum 2005 og 2006 braut stefndi gegn ákvæðum 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005, sem gildi tóku 1. júlí 2005, og gegn sama ákvæði eldri samkeppnislaga nr. 8/1993. Í dómi Hæstaréttar 18. nóvember 2010 í máli nr. 188/2010 var staðfest sú niðurstaða héraðsdóms að sýkna Samkeppniseftirlitið og íslenska ríkið af öllum dómkröfum stefnda sem miðuðu að því að hnekkja umræddum stjórnvaldsákvörðunum samkeppnisyfirvalda en í því fólst að ákvarðanir Samkeppniseftirlitsins og

áfrýjunarnefndar voru taldar lögum samkvæmt.

Þá er í þessu máli ekki heldur deilt um skilgreiningu á markaðinum, enda er krafa stefanda miðuð við þá markaðsskilgreiningu sem lögð var til grundvallar í fyrrgreindri ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 64/2008, úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 2/2009 og dómi Hæstaréttar í máli nr. 188/2010 sem staðfesti dóm héraðsdóms með vísan til forsendna.

Loks er ekki deilt um að stefndi hafi verið í markaðsráðandi stöðu er verðstríð stóð yfir á árunum 2005 og 2006, enda var markaðshlutdeild stefnda um eða yfir 50%. En verðstríð er skilgreint sem hörð samkeppni þar sem smásalar lækka verð til að reyna að auka hlutdeild sína á viðkomandi markaði. Markaðshlutdeild Bónuss var þá um 34% en markaðshlutdeild verslana stefnanda um 21-22% en þar af var Krónan með 7% markaðshlutdeild. Stefnandi heldur því fram að stefndi hafi haft markaðsráðandi stöðu til ársloka 2008 en því er mótmælt af hálfu stefnda.

Í fyrrgreindri ákvörðun Samkeppniseftirlitsins, úrskurði áfrýjunarnefndar og dómi héraðsdóms sem staðfestur var með dómi Hæstaréttar, var komist að þeirri niðurstöðu að stefndi hefði misnotað markaðsráðandi stöðu sína á hinum skilgreinda markaði með skaðlegri og umfangsmikilli undirverðlagningu á mjólk og mjólkurvörum á tímabilinu frá febrúar 2005 til maí 2006. Stefnandi mótmælir því ekki að hann hafi misnotað markaðsráðandi stöðu sína á þessu tímabili en mótmælir kröfum stefnanda sem lúta að lengra tímabili, frá 1. mars 2005 til 31. desember 2008.

Stefnandi byggir kröfu sína á sakarreglunni. Til að skaðabótaskylda stofnist á grundvelli hennar þarf háttsemi að vera ólögmat og saknæm, auk þess að hafa valdið tjóni. Stefnandi byggir á því að verulega skorti á að þessi skilyrði sakarreglunnar séu uppfyllt í málinu og að skýran greinarmun verði að gera á saknæmisskilyrðum vegna brota á samkeppnislögum annars vegar og vegna skaðbótaskyldrar háttsemi hins vegar.

Eins og að framan er rakið var því slegið föstu í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins, úrskurði áfrýjunarnefndar og dómi héraðsdóms, sem staðfestur var með dómi Hæstaréttar, að háttsemi stefnda hafi verið brot á 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 og sama ákvæði eldri laga nr. 8/1993 og hafi haft skaðleg áhrif á markaðinn og keppinauta stefnda. Brotin vörðuðu mjög umfangsmikil viðskipti á mikilvægum markaði. Brotin voru alvarleg vegna þess að þau voru sýnilega til þess fallin að fæla samkeppnisaðila Bónuss frá því að efna til samkeppni við stefnda. Brotin hindruðu stefnanda í að styrkja sig í sessi á markaðnum og styrkti um leið markaðsráðandi stöðu stefnda. Stefnandi var heimilt að fara í verðstríð til þess að auka hlutdeild sína á markaði, enda stuðlar slíkt að

virðri samkeppni. Stefnda var hins vegar óheimilt að mæta þessari samkeppni með undirverðlagningu.

Í dómi Héraðsdóms Reykjavíkur 19. febrúar 2010, sem staðfestur var með dómi Hæstaréttar í máli nr. 188/2010 með vísan til forsenda hans, segir að dómurinn fallist á að aðgerðir stefnda hafi skaðað hagsmuni neytenda og samkeppni á matvörumarkaði til lengri tíma litið og að stefndi hafi mátt vita að aðgerðir hans færu í bága við 11. gr. samkeppnislaga. Brot stefnda á tilvitnaðri lagagrein var því saknæm háttsemi þar sem honum gat ekki dulist að umfangsmikil undirverðlagning hans var til þess fallin að raska samkeppni með alvarlegum hætti og valda stefnanda fjártjóni. Brotin höfðu það markmið að veikja keppinauta stefnda á markaðinum og voru því framin af ásetningi. Háttarni stefnda braut einnig gegn skráðum lagareglum og var því ólöglegt eins og staðfest hefur verið með framangreindri ákvörðun Samkeppniseftirlitsins, úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála og dómum héraðsdóms og Hæstaréttar.

Hin saknæma og ólöglega háttsemi stefnda olli því stefnanda tjóni. Með því að virða að vettugi bannreglu 11. gr. samkeppnislaga kom stefndi í veg fyrir að löglegt markaðsaðgerð stefnanda næði fram að ganga. Stefnandi varð því fyrir tjóni, enda átti hann ekki annars úrkosti en að selja vörur undir kostnaðarverði um langt skeið en glata ella markaðshlutdeild. Tjón hans er í beinu orsakasambandi við brot stefnda og um leið sennileg afleiðing af háttsemi hans. Stefnandi á því rétt á skaðabótum úr hendi stefnda.

Samkvæmt framangreindu liggur fyrir að stefnandi varð fyrir bótaskyldu tjóni vegna athafna stefnda. Stefnandi hefur lagt fram útreikninga og matsgerð þar sem hann gerir grein fyrir því tjóni sem hann telur sig hafa orðið fyrir. Matsgerðin telst, með óverulegum frávikum, staðfesting á útreikningum stefnda sem stefnandi hefur tekið tillit til við endanlega kröfugerð sína fyrir dómi. Útreikningar stefnanda á tjóninu byggjast á því að tjónið samsvari neikvæðri framlegð af sölu tiltekinna vara þar sem verðstríð milli aðila málsins leiddi til þess að stefnandi sá sig knúinn til að selja tilteknar vörur undir kostnaðarverði um langt skeið, en glata ella markaðshlutdeild til stefnda. Dómurinn fellst á þetta grunnsjónarmið stefnanda. Aðferðin er síst til þess fallin að ofmeta tjónið. Bæði er að ekki er gerð krafa vegna annars beins kostnaðar en innkaupsverðs og svo hitt að stefnandi hefur væntanlega einnig orðið fyrir tjóni, í formi minni framlegðar en ella, í tilfellum þar sem vöruverð hefur þó gefið jákvæða framlegð í ofangreindum skilningi.

Dómurinn fellst ekki á þau sjónarmið stefnda að hugsanlegar hagsbætur, sem stefnandi hafði af meintri aukningu á markaðshlutdeild, eigi að koma stefnda til góða með einhvers konar lækkun á bótum. Dómurinn fellst ekki heldur á það sjónarmið stefnda að draga beri frá samanlagðri neikvæðri framlegð þeirra vara,

sem verðstríð var um, þá jákvæðu framlegð sem stefnandi hafði af þeim sömu vörum einstaka daga á verðstríðstímabilinu. Það er eðlilegt ástand að stefnandi hafi jafnan jákvæða framlegð af vörusölu sinni og hún dregur ekki úr þeirri neikvæðu framlegð sem varð af völdum verðstríðsins.

Eftir stendur að ákvarða hvaða tímabil hin saknæma og ólögmeta háttsemi stefnda stóð yfir og hvaða vörur teljast hafa orðið bitbein í verðstríðinu. Hvað tímabilið varðar þá standa ekki rök til þess að miða einungis við það tímabil né þær vörur sem rannsókn samkeppnisyfirvalda tók til. Rökrétt er að líta fremur til tölulegra gagna sem sýna hvenær brotunum linnti. Í matsgjörð D, löggilts endurskoðanda, dags. 10. mars 2015, tekur hann saman tölulegar upplýsingar um útreikning á mismuni kostnaðarverðs og söliverðs vara sem seldar voru undir kostnaðarverði á tilteknum tímabilum. Þar kemur fram að neikvæð framlegð allra þeirra vara sem hann skoðaði og seldar voru undir kostnaðarverði var 26,1% af söliverði tímabilið 1. mars 2005 til 30. apríl 2006 en 7,4% á tímabilinu frá 1. maí 2006 til 31. desember 2008. Þegar horft er til alls tímabilsins 1. mars 2005 til 31. desember 2008 nam neikvæð framlegð umræddra vara að meðaltali 13,0% þá daga sem þær voru seldar undir kostnaðarverði. Þótt verulega hafi dregið úr verðstríði og neikvæðri framlegð eftir 30. apríl 2006 verður ekki framhjá því horft að það ástand var samt sem áður sannanlega til staðar áfram í verulegum mæli til og með desember 2008. Það er því mat dómsins að leggja eigi tímabilið mars 2005 til desember 2008 til grundvallar við úrlausn málsins.

Þá telst sannað að verðstríðið var mun umfangsmeira en hvað varðar þær 17 þýðingarmiklu mjólkurvörutegundir sem rannsókn samkeppnisyfirvalda tók til eins og glöggt má sjá af áðurnefndri matsgjörð. Þar kemur m.a. fram að neikvæð framlegð af öðrum mjólkurvörum sem seldar voru undir kostnaðarverði en þeim 17 áður nefndu var 25,4% tímabilið 1. mars 2005 til 30. apríl 2006 en 8,8% á tímabilinu frá 1. maí 2006 til 31. desember 2008. Þegar horft er til alls tímabilsins 1. mars 2005 til 31. desember 2008 nam neikvæð framlegð umræddra vara að meðaltali 13,6% þá daga sem þær voru seldar undir kostnaðarverði og var framlegðartapið einnig verulegt í krónum talið. Að lokum skiptir ekki máli að mati dómsins hvort um var að ræða mjólkurvörutegundir eða aðrar vörutegundir. Stefnandi hefur á hinn bóginn fallið frá bótakröfu hvað varðar aðrar vörur en mjólkurvörur.

Af hálfu stefnda er því haldið fram að krafa stefnanda sé fyrnd. Bótakrafa vegna ólögmetrar háttsemi, sem varir yfir ákveðið tímabil, stofnast í lok tímabilsins. Ólögmetri undirverðlagningu stefnda lauk ekki fyrr en ákvörðun Samkeppniseftirlits nr. 64/2008 var tekin 19. desember 2008. Stefna í málinu var birt stefnda 18. desember 2012, innan þess frests sem 3. gr. laga nr. 150/2007 um

fyrningu kröfuréttinda tiltekur, sbr. 15. gr. laganna. Verður því ekki fallist á með stefnda að krafa stefnanda sé fyrnd.

Þá er ekki hald í þeirri málsástæðu stefnda að stefnandi hafi glatað rétti sínum fyrir tómlætis sakir. Stefnandi gerði reka að því að leita réttar síns þegar úrskurður Samkeppniseftirlits lá fyrir í lok árs 2008. Í því skyni óskaði hann eftir dómkvaðningu matsmanna til að meta tjón sitt með beiðni 21. júlí 2009. Matsgerð var ekki skilað fyrir en í lok árs 2011 og að sögn stefnanda var hún haldin slíkum göllum að ekki var unnt að byggja á henni. Þetta mál var síðan höfðað ári síðar.

Samkvæmt öllu framansögðu er það niðurstaða dómsins að taka aðalkröfu stefnanda til greina. Vextir dæmast eins og krafist er samkvæmt 1. mgr. 8. gr. laga nr. 38/2001 frá 1. janúar 2009, frá lokum brotatímabilsins sem skaðabótakrafa stefnanda tekur til, en samkvæmt 1. mgr. 6. gr. laganna, sbr. 9. gr., frá þingfestingardegi 30. janúar 2013 til greiðsludags.

Eftir þessari niðurstöðu málsins verður stefndi dæmdur til að greiða stefnanda málskostnað sem þykir hæfilega ákveðinn 12.500.000 krónur og er þá tekið tillit til kostnaðar stefnanda vegna öflunar matsgerðar svo og virðisaukaskatts á málflutningsþóknun.

Gunnar Aðalsteinsson héraðsdómari, Birkir Leósson, löggiltur endurskoðandi, og Einar S. Hálfðánarson, hrl. og löggiltur endurskoðandi, dæma mál þetta.

Dómsorð

Stefndi, Hagar hf., greiði stefnanda, Norvik hf., 218.726.487 krónur með vöxtum samkvæmt 1. mgr. 8. gr. laga um vexti og verðtryggingu nr. 38/2001 frá 1. janúar 2009 til 30. janúar 2013 en með dráttarvöxtum samkvæm 1. mgr. 6. gr. sömu laga frá þeim degi til greiðsludags.

Stefndi greiði stefnanda 12.500.000 krónur í málskostnað.

Gunnar Aðalsteinsson
Birkir Leósson
Einar S. Hálfðánarson