

D Ó M U R

Héraðsdóms Reykjavíkur 19. febrúar 2010 í máli nr. E-7649/2009:

Hagar hf.

(Þórður Bogason hrl.)

gegn

Samkeppniseftirlitinu og

íslenska ríkinu

(Gizur Bergsteinsson hdl.)

Mál þetta, sem dómtekið var 12. janúar sl., var höfðað 16. júní sl. af Högum hf., Hagasmára 1, Kópavogi, gegn Samkeppniseftirlitinu, Borgartúni 26, Reykjavík, og íslenska ríkinu, Sölvhólsgötu 7, Reykjavík.

Kröfur stefnanda eru þessar:

1. Á hendur stefnda Samkeppniseftirlitinu er krafist að felldur verði úr gildi úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála, frá 4. mars 2009 í málinu nr. 2/2009, Hagar hf. gegn Samkeppniseftirlitinu. Til vara er þess krafist að úrskurðinum verði breytt á þann veg að felld verði niður að öllu leyti stjórnvaldssekt er stefnanda var gert að greiða, að fjárhæð 315.000.000 króna, eða sektarfjárhæðin lækkuð stórlega að mati dómsins.

2. Á hendur stefnda íslenska ríkinu er aðallega krafist, en til vara á hendur stefnda Samkeppniseftirlitinu:

A. Að felld verði úr gildi ákvörðun Fjársýslu ríkisins, sbr. úrskurð fjármála ráðuneytisins 1. apríl 2009, um að gera stefnanda að greiða dráttarvexti af sektar fjárhæð þeirri sem stefnanda var gert að greiða með úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 2/2009, og að íslenska ríkinu, en til vara Samkeppniseftirlitinu, verði gert að endurgreiða stefnanda 22.833.125 krónur ásamt dráttarvöxtum samkvæmt 1. mgr. 6. gr. laga nr. 38/2001 frá 2. apríl 2009 til greiðsludags.

B. Að stefnda íslenska ríkinu, en til vara stefnda Samkeppniseftirlitinu, verði gert að endurgreiða stefnanda ofgreidda stjórnvaldssekt, sbr. 1. lið kröfugerðar þessarar á hendur stefnda Samkeppniseftirlitinu, ásamt dráttarvöxtum samkvæmt 1. mgr. 6. gr. laga nr. 38/2001 frá 2. apríl 2009 til greiðsludags.

3. Á hendur báðum stefndu er þess krafist að þeir verði dæmdir til að greiða stefnanda málskostnað að mati dómsins.

Af hálfu stefnda Samkeppniseftirlitsins er krafist sýknu af kröfum stefnanda og að stefnanda verði gert að greiða stefnda málskostnað.

Af hálfu stefnda íslenska ríkisins er krafist sýknu af kröfum stefnanda og að stefnanda verði gert að greiða stefnda málskostnað.

Yfirlit málsatvika og ágreiningsefna

Með ákvörðun stefnda Samkeppniseftirlitsins 19. desember 2008 var stefnanda gert að greiða sekt að fjárhæð 315.000.000 króna vegna brota á 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005. Stefnandi kærði ákvörðunina til áfrýjunarnefndar samkeppnismála en hún var staðfest með úrskurði nefndarinnar 4. mars 2009. Stefnandi greiddi sektina 2. apríl s.á. ásamt dráttarvöxtum með fyrirvara um endurkröfu á hendur ríkissjóði þar sem stefnandi taldi að innheimta sektarinnar og álagning dráttarvaxta byggðist á ólögmætum sjónarmiðum og rangri túlkun laga.

Stefnandi hefur höfðað málið af þessu tilefni og krefst þess að úrskurðinn verði felldur úr gildi með vísan til þess að hann sé ólögmætur. Verði úrskurðurinn ekki felldur úr gildi er þess krafist að sektarfjárhæðin, sem ákveðin var með honum, verði felld niður eða lækkuð.

Í málinu er deilt um það hvort meðferð málsins hjá samkeppnisyfirvöldum hafi verið samkvæmt lögum. Stefnandi heldur því fram að brotið hafi verið ítrekað og með alvarlegum hætti gegn ákvæðum stjórnsýslulaga og góðum stjórnsýsluháttum. Þá hafi samkeppnisyfirvöld brotið gegn ákvæðum samkeppnislaga. Stefnandi hafi ranglega verið skilgreindur í markaðsráðandi stöðu á þeim tíma sem um ræðir og ólögmætt hafi einnig verið að telja að stefnandi hefði misnotað markaðsráðandi stöðu. Deilt er um það í málinu hvort málsástæður stefnanda, sem lúta að rökstuðningi með ákvörðun stefnda Samkeppniseftirlitsins, komist að í málinu. Af hálfu stefnda er því haldið fram að engin krafa sé gerð um ógildingu á ákvörðuninni, aðeins að úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála verði felldur úr gildi eða honum breytt. Þessu er mótmælt af hálfu stefnanda og vísað til þess að undan lögsögu dómstóla sé skilið að kveða sérstaklega á um gildi ákvarðana stefnda Samkeppniseftirlitsins. Stefnandi vísar þar til 40. gr. samkeppnislaga þar sem segir að ákvörðun Samkeppniseftirlitsins verði ekki borin undir dómstóla fyrr en úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála liggi fyrir. Kröfugerð stefnanda í

málinu sé í samræmi við þessa lagatúlkun.

Stefnandi krefst þess einnig að felld verði úr gildi sú ákvörðun Fjársýslu ríkisins, sbr. úrskurð fjármálaráðuneytisins 1. apríl 2009, að gera stefnanda að greiða dráttarvexti af sektarfjárhæðinni frá 19. desember 2008 til greiðsludags, 2. apríl 2009. Krafist er að stefnda, íslenska ríkinu, en til vara stefnda Samkeppniseftirlitinu, verði gert að endurgreiða dráttarvextina, 22.833.125 krónur, ásamt dráttarvöxtum samkvæmt 1. mgr. 6. gr. laga nr. 38/2001 frá 2. apríl 2009 til greiðsludags. Þá er þess krafist að stefnda, íslenska ríkinu, en til vara stefnda Samkeppniseftirlitinu, verði gert að endurgreiða stefnanda sektina ásamt dráttarvöxtum samkvæmt sama lagaákvæði.

Öllum kröfum stefnanda er mótmælt af hálfu stefndu sem telja allar ákvarðanir, sem um er deilt í málinu, byggðar á lögum.

Málsástæður og lagarök stefnanda

Af hálfu stefnanda er málsatvikum lýst þannig að hann eigi og reki þrjár tegundir verslanakeðja sem starfi á dag- og matvörumarkaði, Bónus, Hagkaup og 10-11. Hver keðja sé rekin sem sjálfstætt firma og lúti sjálfstæðri stjórn, en hlutverk stefnanda sé að veita þessum fyrirtækjum aðhald og finna sameiginlega fleti sem geti leitt til hagræðingar í kostnaði og aukið tekjumöguleika fyrirtækjanna. Hver keðja sé rekin samkvæmt ákveðinni hugmyndafræði. Bónus sé lágvöruverðskeðja sem rekin hafi verið í 20 ár. Frá upphafi hafi markmiðið verið að bjóða lágsta mögulega verð á vöru. Bónus bjóði því upp á takmarkað vöruúrval, takmarkaðan opnunartíma og lágmarksþjónustu. Hagkaup sé hins vegar stórmarkaður með mikið vöruúrval, rúman opnunartíma, gæði og góða þjónustu og verð í versluninni séu hærri en í Bónus. Loks séu 10-11 verslanirnar svokallaðar þægindaverslanir, þar sem boðið sé upp á takmarkað vöruúrval en gæði og ferskleiki hafður í fyrirrúmi, auk þess sem verslanir séu opnar allan sólarhringinn.

Aðrir helstu aðilar á dag- og matvörumarkaðnum séu Kaupás og Samkaup. Kaupás reki líkt og stefnandi þrjár keðjur, Krónuna, Nóatún og 11-11. Hver þeirra sé rekin eftir svipaðri hugmyndafræði og verslanir stefnanda. Samkaup reki einnig nokkrar verslanakeðjur, m.a. Samkaup-Úrval, Samkaup-Strax, Nettó og Kaskó. Þá séu aðrir smærri aðilar á markaðnum, svo sem Fjarðarkaup, Europris og Þín verslun. Fjölmarginir aðrir aðilar selji dag- og matvöru, svo sem bensínstöðvaverslanir með breitt vöruúrval, fiskbúðir, bakarí, kjötbúðir og fleiri aðilar.

Mikil samkeppni ríki á markaðnum, enda þrýstingur jafnan mikill á rekstraraðila að matvælaverð sé ávallt sem lægst. Fáir ef nokkrir atvinnuvegir búi við álíka aðhald og matvörumarkaðurinn. Eftirlit með verðlagi stundi fjölmiðlar, neytendasamtök, launþegasamtök, samkeppnisyfirvöld, heilbrigðisyfirvöld, stjórnvöld, stjórnmalamenn og ríkisstjórnin, birgjar, keppinautar og neytendur sjálfir. Í rannsókn Hagstofunnar á neysluútgjöldum heimilanna góðærisárin 2005-2007, hafi ráðstöfunartekjur heimilanna hækkað um tæp 11%, á meðan hlutfall útgjalda heimilanna til kaupa á matvöru og drykk í matvörubúðum hafi lækkað um 1%. Langflest annað hafi hækkað í verði samhliða auknum ráðstöfunartekjum. Þetta sýni vel umfram annað það aðhald sem aðilar á markaðnum búi við.

Í febrúarlök árið 2005 hafi forsvarsmenn Kaupáss tilkynnt í fjölmiðlum áform um að lækka vöruverð í öllum verslunum Krónunnar til þess að koma á, að sögn forsvarsmanna fyrirtækisins, virkari samkeppni á matvörumarkaðnum. Verðlækkunin skyldi nema allt að 25% á helstu vörutegundum. Ljóst hafi verið að vörur, sem verðlækkunin náði til, yrðu að stórum hluta seldar undir kostnaðarverði, enda lítið svigrúm til vöruverðslækkunar á matvörumarkaði og framlegð jafnan mjög lág.

Næstu dagana á eftir hafi atburðarás hafist sem kölluð hafi verið verðstríð lágvöruverðsverslana á matvörumarkaði. Tilkynning Krónunnar hafi fengið mikla umfjöllun í fjölmiðlum og strax komið fram mikill þrýstingur frá helstu aðilum sem sinni eftirliti með markaðnum um verðlækkunir á matvöru og virka samkeppni. Verðstríðið og umræðan um það hafi staðið sem hæst frá febrúarlökum 2005 og næstu tvo mánuði þar á eftir. Þátttakendur hafi verið, auk verslana Bónuss, í eigu stefnanda, Krónan í eigu Kaupáss, lágvöruverðsverslanirnar Kaskó og Nettó í eigu Samkaupa og stórmarkaðurinn Fjarðarkaup. Um sé að ræða þær verslanir sem reglulega væru bornar saman í ýmsum verðkönnunum. Fjölmiðlar hafi flutt daglega fréttir af gangi mála.

Verðstríðinu hafi fylgt mikil verðlækkun á ýmsum dagvörum, svo sem brauðmeti og ávöxtum, en mestar á mjólkurvörum. Fljótlega hafi þó dregið úr þessu verðstríði, enda vitað að það gæti ekki gengið til lengdar. Þetta komi til dæmis fram í ummælum Guðmundar Marteinsonar, framkvæmdastjóra Bónuss, í viðtali við útvarpsstöðina Bylgjuna 10. mars 2005. Verðstríðið hefði þá staðið í tæpar tvær vikur. Hann hafi sagt að almenningur hlyti að gera sér fulla grein fyrir því að ástandið væri ekki varanlegt, vöruverð væri úr öllu velsæmi og beinlínis heimskulegt. Ummælin hafi hann ítrekað í viðtali í kvöldfréttum RÚV 12. mars s.á. Þar hafi verið rætt um að verðlækkunir hefðu gengið til baka og hafi framkvæmdastjórinn þá sagt að allir hefðu mátt sjá að ofurtilboð verslunarinnar hefðu ekki getað gengið til lengdar. Það hafi gengið eftir og verðstríðið hætt fljótt. Afleiðingin hafi orðið sú að verð á matvöru hefði hækkað jafn skarpt og það hefði lækkað, eins og sjá megi af verðkönnunum frá þessum tíma.

Rúmu ári eftir upphaf verðstríðsins, 7. júní 2006, hafi stefnanda borist erindi frá stefnda Samkeppniseftirlitinu þar sem farið var fram á ýmsar upplýsingar um verð lagningu á mjólkurvörum í verslununum Bónus, Hagkaupum og 10-11 á tilgreindu tímabili. Einnig hafi verið farið fram á ýmsar rekstrarlegar upplýsingar, svo sem um veltu og framlegð einstakra verslana, stærð þeirra o.fl. Jafnframt hafi þess verið óskað að stefnandi skilgreindi þann markað sem hann teldi sig starfa á.

Í kjölfarið hafi stefnandi átt fund með stefnda Samkeppniseftirlitinu 22. júní s.á. Á fundinum hafi stefnandi fengið þær upplýsingar, eins og fram komi í minnisblaði frá fundinum, að verið væri að framkvæma athugun almenns eðlis og kanna stöðu aðila á markaðnum, en enginn hefði áður verið skilgreindur markaðsráðandi aðili á þeim markaði sem til rannsóknar væri. Þó væri ekki útilokað að niðurstaða athugunarinnar leiddi slíkt í ljós. Minnisblaðið hafi verið sent stefnda Samkeppnis eftirlitinu til umsagnar og engar athugasemdir borist um efni þess. Stefnandi hafi svo afhent stefnda allar umbeðnar upplýsingar með bréfi 9. ágúst s.á. og vísað til minnisblaðsins.

Prettán mánuðum eftir afhendingu gagnanna, 5. nóvember 2007, hafi stefnanda borist andmælaskjal stefnda Samkeppniseftirlitsins vegna ætlaðra brota á markaðs ráðandi stöðu. Fram komi í bréfi, sem fylgt hafi, að sjálfstæð rannsókn stefnda Samkeppniseftirlitsins hafi byrjað í júní 2006 og hafi því staðið yfir í rúma 16 mánuði. Í andmælaskjalinu, sem hafi verið á annað hundrað síður, komi fram alvarlegar ásakanir á hendur stefnanda um vísvitandi brot gegn 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 um misnotkun á markaðsráðandi stöðu með stórfelldri undirverðlagningu á mjólkurvörum í Bónus. Fram komi að stefnandi hafi ráðist að keppinautum á markaði með það augljósa markmið að eyða allri samkeppni af matvörumarkaði í skjóli yfirburðastöðu sinnar á markaðnum. Stefnanda hafi verið veittur fimm vikna frestur til að skila andmælum sem skyldu berast eigi síðar en mánudaginn 10. desember s.á. Tíu dögum síðar hafi stefndi framkvæmt húsleit hjá stefnanda og Bónus, vegna annars máls, þó vegna gruns um brot gegn sama lagaákvæði, 11. gr. samkeppnislaga. Eftir nokkurt þóf hafi stefnandi fengið frest til 1. febrúar 2008 til að skila andmælum. Þar hafi verið gerðar alvarlegar athugasemdir við málsmeðferðina, málavaxtalýsingu og niðurstöður um ætluð brot stefnanda.

Eftir hádegi föstudaginn 19. desember 2008, er jólaverslun hafi staðið sem hæst, hafi ákvörðun stefnda Samkeppniseftirlitsins borist á skrifstofu lögmanns stefnanda. Lögmanninum hafi ekki gefist færi á að tilkynna forsvarsmönnum stefnanda um ákvörðunina áður en hún birtist í helstu fjölmiðlum. Efni hennar hafi verið á þá leið að stefnandi hefði brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með misnotkun á markaðsráðandi stöðu sinni á matvörumarkaði með stórfelldri undirverðlagningu á mjólkurvörum. Stefnanda hafi verið gert að greiða 315 milljóna króna stjórnvaldssekt vegna brotanna. Í ákvörðuninni hafi í veigamiklum atriðum verið horfið frá skilgreiningum í andmælaskjali stefnda Samkeppnisstofnunar frá 5. nóvember 2007, augsýnilega vegna athugasemda stefnanda. Niðurstaðan hafi þó verið hin sama, að stefnandi hefði með þátttöku í verðstríðinu svonefnda, haft það að markmiði að skaða samkeppni og veita keppinautum sínum ráðningu.

Stefnandi hafi kært ákvörðunina til áfrýjunarnefndar samkeppnismála sem hafi staðfest hana með úrskurði 4. mars 2009. Stefnandi sé afar ósáttur við rökstuðning ákvörðunar stefnda Samkeppniseftirlitsins og stjórnsýslulega meðferð þess. Við meðferð málsins hafi verið brotið gegn samkeppnislögum, stjórnsýslulögum og góðum stjórnsýsluháttum í veigamiklum atriðum. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafi ekki verið í neinni aðstöðu til að endurskoða málið með fullnægjandi hætti á þeim skamma tíma sem hún hafi haft. Nefndin hafi bersýnilega misskilið mikilvæga þætti málsins og staðfest ákvörðunina að mestu með vísan til forsendna. Af þessum sökum telji stefnandi að brýnt sé að fá úrlausn dómstóla um lögmæti ákvörðunarinnar með heimild í 41. gr. samkeppnislaga og sé málið höfðað vegna þess.

I. Ólögmæt málsmeðferð.

Stefnandi byggir kröfuna um að úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála verði felldur úr gildi á því að málsmeðferð stefnda Samkeppniseftirlitsins hafi verið ólögmæt. Brotið hafi verið ítrekað og með alvarlegum hætti gegn fjölmörgum

ákvæðum stjórnarsýslulaga. Gróflega hafi verið brotið gegn reglum um málshraða og skyldu stjórnvalds til að rannsaka mál, samræmis og jafnræðis hafi ekki verið gætt í lagalegu tilliti, brotið hafi verið gegn meðalhófsreglu á ýmsan hátt og andmælaréttur ekki veittur lögum samkvæmt. Þá hafi ítrekað verið brotið gegn upplýsingarétti stefnanda. Þessi málsmeðferð stefnda Samkeppniseftirlitsins brjóti svo gegn stjórnarsýslulögum og góðum stjórnarsýsluháttum að hún sé ein og sér grundvöllur ógildingar ákvörðunarinnar.

Samkvæmt 9. gr. stjórnarsýslulaga skuli taka ákvarðanir í málum eins fljótt og unnt sé. Frá því að verðstríðið hófst og þar til úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála lá fyrir hafi liðið rétt fjögur ár. Stefnda Samkeppniseftirlitið hafi ekki gætt að því að grípa strax til aðgerða. Fyrsta erindið frá stefnda hafi komið rúmu ári eftir að verðstríðið hófst, þrátt fyrir mikla þjóðfélagsumræðu um það, og mánuðum eftir að því lauk. Stefnda Samkeppniseftirlitið hafi jafnan tekið sér um eitt ár til að fjalla um málið milli þess sem stefnanda hafi gefist kostur á að tjá sig um það. Stefndanda hafi yfirleitt ekki verið ætlaður lengri frestur en 3-4 vikur í senn. Þessi málsmeðferð hafi brotið gegn 9. gr. stjórnarsýslulaga.

Samkvæmt 10. gr. stjórnarsýslulaga skuli stjórnvald sjá til þess að mál sé nægilega upplýst áður en ákvörðun er tekin í því. Verulega hafi skort á að þessi fyrirmæli hefðu verið virt við meðferð málsins. Í ákvörðuninni sé byggt á fjölda fullyrðinga um stærð markaðarins og eðli hans, starfsemi stefnanda og keppinauta hans og fleiri atriði, án nokkurrar rannsóknar. Margar þessara fullyrðinga fái ekki staðist og þær virtust á engan hátt hafa verið staðreyndar af stefnda Samkeppniseftirlitinu.

Fullyrðingar stefnda Samkeppniseftirlitsins um kaupendastyrk stefnanda í gegnum innkaupafyrirtækið Aðföng standist ekki. Engra upplýsinga hafi verið aflað um starfsemi Aðfanga, hvorki hjá stefnanda né Aðföngum. Fullyrt sé af hálfu stefnda Samkeppniseftirlitsins, án rannsóknar, að stefnandi nyti samkeppnisforskots með innkaupastyrk Aðfanga. Helstu samkeppnisaðilar stefnanda hafi þó keypt vörur í gegnum jafnstóran aðila (Búr) og samkeppnisforskot stefnanda því ekkert. Forsendur stefnda Samkeppniseftirlitsins um svonefnda nútíma verslunarhætti og kaupendahegðun neytenda standist heldur ekki. Í ákvörðuninni séu fullyrðingar um að nútíma verslunarhættir hafi þróast þannig að fólk geri nú stærri innkaup og sjaldnar. Þessi fullyrðing stangist fullkomlega á við reynslu og þekkingu forsvars manna stefnanda sem telji að fólk geri innkaup sín nú þvert á móti oft og kaupi minna í einu. Þarna sé um að ræða afar mikilvægt atriði sem snúið sé á haus til að nota gegn stefnanda. Ástæða þess virtist sú að tilfinning og huglægt mat starfsmanna stefnda Samkeppniseftirlitsins hafi frekar en staðreyndir verið látið ráða við ákvarðanatöku stefnda.

Þá hafi stefnda Samkeppniseftirlitið byggt á að vöruúrval bensínstöðva verslana sé allt öðruvísi en í klukkubúðum án þess að nokkur athugun hafi farið fram á því. Fullyrt sé að vöruúrval bensínstöðvaverslana sé takmarkaðra en klukkubúða og því séu bensínstöðvaverslanir ekki hluti af markaðnum. Einnig segi þar að vöruúrval dagvara í verslunum olíufélaganna sé eftir sem áður mun minna en í matvöruverslunum og tæpast svo mikið að neytendur geti uppfyllt daglegar innkaupabarfir sínar þar. Þessi fullyrðing stefnda Samkeppniseftirlitsins sé röng og ekki hafi verið upplýst um þá rannsókn sem fullyrðingin sé byggð á.

Viðurkennt sé í greinargerð stefnda Samkeppniseftirlitsins til áfrýjunarnefndar samkeppnismála að vöruframboð á bensínstöðvum og klukkubúðum kunni að vera sambærilegt eftir að stefnandi hafði rekið fyrri fullyrðingar í ákvörðuninni ofan í stefnda með sönnunargögnum. Fullyrt sé án nokkurrar rannsóknar að verslanir séu minni og vöruframboð í þeim minna en þetta sé rangt.

Annað dæmi um fullyrðingu í ákvörðun stefnda Samkeppniseftirlitsins sé að þjónusta veitingastaða snúist fyrst og fremst um tilreidda afurð til neyslu, en þjónusta matvöruverslana snúist í mun ríkara mæli um að kaupendur tilreiði matinn sjálfir. Óumdeilt sé að matvöruverslanir, einkum klukkubúðir, selji mikið af tilreiddum mat. Fullyrðing stefnda Samkeppniseftirlitsins styðjist ekki við neina rannsókn. Niðurstaðan stangist auk þess á við sjónarmið um að skilgreina markað út frá eftirspurnarhlíð. Báðir aðilar selji sömu vöruna og teljist því í samkeppni. Engu breyti að annar selji fleiri vörur en bara tilreiddan mat.

Þá sé fullyrt í greinargerð stefnda Samkeppniseftirlitsins til áfrýjunar nefndarinnar að ef mögulegt hefði verið að fara í ítarlega greiningu á íslenska matvörumarkaðnum hefði hlutdeild stefnanda orðið enn hærri en fram komi í ákvörðuninni. Þessi fullyrðing stefnda Samkeppniseftirlitsins sanni að málið hafi ekki verið rannsakað nægilega áður en ákvörðun var tekin.

Loks komi fram í greinargerð stefnda Samkeppniseftirlitsins til áfrýjunar nefndarinnar að ef bensínstöðvaverslanir hefðu verið teknar með í útreikning á heildarstærð markaðarins hefði velta Select-stöðva Shell verið tekin með í veltutölum stefnanda þar sem stefnandi hafi átt Shell á þessum tíma. Fram komi að gera megi ráð fyrir því að markaðshlutdeild stefnanda yrði svipuð, óháð því hvort verslanir bensínstöðva yrðu skilgreindar sem hluti af dagvörumarkaði. Ágiskun stefnda, um að gera megi ráð fyrir þessu, sé röng þar sem á því virtist byggt að markaðshlutdeild Shell hafi verið 50%. Hér sé enn eitt dæmið þar sem mikilvægar málsástæður séu látnar ráðast af ágiskunum einum saman eða ómálefnalegum rökum.

Með framangreindu hafi verið rakin nokkur dæmi um brot á rannsóknarskyldu í málinu. Í rannsóknarreglu 10. gr. stjórnsýslulaga felist m.a. að því tilfinnanlegri eða meira íþyngjandi sem ákvörðun sé, þeim mun strangari kröfur væru gerðar til stjórnvalds að ganga úr skugga um að upplýsingar sem búi að baki ákvörðun séu sannar og réttar. Þessari frumskyldu hafi stefndi algerlega brugðist í málinu og byggt á fjölda atriða til stuðnings ákvörðun sinni án þess að staðreyna upplýsingarnar. Margar fullyrðingar, sem byggt sé á, séu beinlínis rangar sem telja verði afleiðingu þess að ekki hafi verið gengið úr skugga um hvort þær gætu staðist. Í ljósi þess hversu tilfinnanleg og íþyngjandi ákvörðunin sé gagnvart stefnanda verði að telja brot stefnda Samkeppniseftirlitsins gegn 10. gr. stjórnsýslulaga alvarlegt og grundvöll til ógildingar ákvörðunarinnar.

Stefnda Samkeppniseftirlitið hafi brotið gegn jafnræðisreglunni, sbr. 1. mgr. 11. gr. stjórnsýslulaga, þar sem segi að við úrlausn mála skuli stjórnvöld gæta samræmis og jafnræðis í lagalegu tilliti. Samkeppnisyfirvöld hafi áður fjallað um matvörumarkaðinn, sbr. t.d. skýrslu samkeppnisyfirvalda, „Matvörumarkaðurinn – verðlagsþróun í smásölu 1996-2000“. Við þá athugun hafi samkeppnisyfirvöld

stuðst við mælingar Hagstofunnar en mælingar hennar væru bestu og í reynd einu óyggjandi gögn sem hægt væri að byggja á (birt á vef samkeppnisyrvalda 10. maí 2001). Þrátt fyrir það hafi stefnda Samkeppniseftirlitið nú talið í máli þessu að gögn Hagstofunnar væru ónothæfur mælikvarði. Gögn Hagstofunnar renni sterkum stöðum undir sjónarmið stefnanda varðandi markaðshlutdeild. Að auki verði að líta til þess að samkeppnisyrvöld hafi í fyrri ákvörðunum sínum ekki talið rétt að beita sektum í málum þar sem reyni á lagaleg atriði í fyrsta sinn. Í málinu hafi verið lögð þung stjórnsýsluviðurlög á stefnanda, þrátt fyrir að ekki hafi áður komið sambærilegt mál til kasta samkeppnisyrvalda. Þetta sé brot gegn jafnræðisreglu stjórnsýslulaga, þar sem ekki hafi verið gætt samræmis og jafnræðis í lagalegu tilliti.

Meðalhófsregla 12. gr. stjórnsýslulaga kveði í meginatriðum á um það að stjórnvald skuli því aðeins taka íþyngjandi ákvörðun þegar lögmatu markmiði, sem að er stefnt, verði ekki náð með öðru og vægara móti. Skuli þess þá gætt að ekki sé farið strangar í sakirnar en nauðsyn beri til. Engin tilraun hafi verið gerð til að rök styðja hvers vegna ekki hefði komið að gagni að beita öðru úrræði en sektum, þegar haft er í huga að liðið var hátt á fjórða ár frá því að meint brot áttu sér stað og málið hið fyrsta sinnar tegundar. Stefnandi hafi vakið athygli á að því markmiði, sem stefnda Samkeppniseftirlitið hafi augljóslega haft í málinu, mætti vel ná fram án þess að beita íþyngjandi sektum og þannig mætti virða reglur um meðalhóf. Þau sjónarmið stefnanda hafi ekki verið virt viðlits.

Samkvæmt 13. gr. stjórnsýslulaga skuli aðili eiga þess kost að tjá sig um efni máls áður en stjórnvald tekur ákvörðun í því, enda liggi ekki fyrir í gögnum málsins afstaða hans og rök fyrir henni eða slíkt sé augljóslega óþarft. Góðir stjórnsýsluhættir byggðust á því að andmælaréttur væri í heiðri hafður, sérstaklega þegar um jafn íþyngjandi stjórnvaldsákvarðanir væri að ræða og þá sem hér sé krafist ógildingar á. Þessum lagafyrirmælum hafi stefnda Samkeppniseftirlitið brotið gegn með ýmsum hætti.

Stefnda Samkeppniseftirlitið hafi sent stefnanda andmælaskjal í málinu í nóvember 2007. Í andmælaskjalinu komi fram ýmis sjónarmið sem byggst hafi á skýrslu breskra samkeppnisyrvalda um eðli breska matvörumarkaðarins. Sjónarmiðin hafi verið heimfærð á íslenska markaðinn. Þessum vinnubrögðum hafi stefnandi harðlega mótmælt og bent á að um gjörólíka hluti væri að ræða. Í sjálfri ákvörðun málsins hafi hins vegar ekki lengur verið byggt á bresku skýrslunni, sem þó hafi verið grundvöllur andmælaskjalsins. Í staðinn hafi stefnda Samkeppniseftirlitið byggt ákvörðunina á persónulegum skoðunum starfsmanna sinna um íslenska matvörumarkaðinn. Hér hafi því verið um grundvallarbreytingu á málinu að ræða sem kallað hafi á nýjan andmælarétt um atriði sem hefði verið svo snar þáttur í andmælaskjalinu. Stefnandi hafi ekki fengið tækifæri til að andmæla þessum nýju sjónarmiðum áður en þau voru lögð til grundvallar sjálfri ákvörðuninni í málinu og þar með hafi andmælaréttur hans verið skertur með ólögmatum hætti.

Áfrýjunarnefndin hafi ekki komist yfir að endurskoða málið og gögn þess á þeim sex vikum sem hún hafi haft til að afla sjónarmiða aðila og komast að niðurstöðu, sbr. 1. mgr. 9. gr. samkeppnislaga. Afleiðingin hafi orðið sú að málið hafi enn sem áður byggst að verulegu leyti á ómálefnalegum sjónarmiðum, svo sem huglægu mati starfsmanna stefnda Samkeppniseftirlitsins í stað rannsókna og staðreynda.

Samkvæmt 15. gr. stjórnslulaga eigi aðili máls rétt á að kynna sér skjöl og önnur gögn er málið varði. Stefnandi hafi ítrekað farið fram á gögn málsins sem verði að líta á sem grunn gögn í málinu og stefnda Samkeppniseftirlitið hafi byggt á um markaðshlutdeild aðila. Stefnandi hafi hins vegar ávallt fengið synjun þrátt fyrir að sérstaklega brýnt hafi verið að hann fengi að kynna sér þessi grunn gögn að baki mati stefnda Samkeppniseftirlitsins á stærð markaðarins, enda haldi stefnandi því fram að tölur og útreikningar, sem ákvörðun af hálfu stefnda Samkeppniseftirlitsins byggðist á, fái ekki staðist. Í ljósi þess að stefnanda hafi ítrekað verið synjað um aðgang að mikilvægum gögnum málsins hafi verið brotið gróflega á upplýsingarétti hans og andmælarétti. Í 15. gr. stjórnslulaga felist að hafi stjórnvaldsákvörðun verið tekin og aðila verið synjað um að kynna sér þýðingarmikil gögn máls sé ákvörðunin almennt haldin verulegum annmarka, enda sé réttur aðila til að koma að sjónarmiðum sínum, leiðréttu upplýsingar og verja hagsmuni sína áður en ákvörðun er tekin með því að engu gerður.

Í bókun sem lögð var fram af hálfu stefnanda í þinghaldi 3. nóvember sl. kemur fram að andmælaréttur stefnanda hefði verið skertur þar sem stefnandi hefði ekki fengið aðgang að gögnum sem aflað var með húsleit 15. nóvember 2007. Af hálfu stefnda hafi verið vísað til þess að þeirra hefði verið aflað vegna rannsóknar á öðru máli. Þessi gögn hafi verið lögð fram í málinu 24. september sl. og sé framlagningu þeirra mótmælt sem þýðingarlausum fyrir sönnunarfærslu stefnda um markaðshlutdeild stefnanda.

Um önnur stjórnsluréttarleg atriði vísi stefnandi til þess að ákvörðunin hafi verið kunngjörð stefnanda föstudaginn 19. desember 2008. Samkvæmt 1. mgr. 9. gr. samkeppnislaga hafi stefnandi haft fjórar vikur til að kæra ákvörðunina til áfrýjunarnefndar samkeppnismála, eða til 16. janúar 2009. Sá frestur hafi ekkert framlengst þrátt fyrir jól og áramót. Strax eftir helgina, hinn 23. desember 2008, hafi stefnanda borist annað bréf. Með því hafi verið farið fram á gríðarlega umfangsmiklar upplýsingar nokkur ár aftur í tímann. Frestur til að skila umbeðnum upplýsingum til stefnda Samkeppniseftirlitsins, að viðlögðum viðurlögum, hafi verið til 16. janúar 2009. Samkvæmt þessu hafi stefnda Samkeppniseftirlitið lagt annað verulega íþyngjandi mál á herðar stefnanda meðan stefnandi vann að áfrýjun þessa máls. Með þessu hafi réttaröryggi stefnanda verið skert verulega, bæði þegar haft er í huga að innan hins lögbundna fjögurra vikna kærufrests lentu langar stórhátíðir, en einnig vegna þess að stefnanda hafi á sama tíma verið gert að safna og skila rekstrarupplýsingum síðustu ára til Samkeppniseftirlitsins að viðlögðum refsingum. Stefnda Samkeppniseftirlitið hafi með þessu ekki haft góða stjórnsluhætti í heiðri er leiði til ógildingar ákvörðunarinnar.

Brot gegn stjórnslulögum séu misalvarleg og varði ekki öll ógildingu stjórnvaldsákvörðunar. Í þessu máli hafi þó verið brotið gegn flestum mikilvægustu ákvæðum stjórnslulaga. Brotin teljist alvarleg, sérstaklega í ljósi þess hversu íþyngjandi ákvörðun málsins sé. Það sé stefnanda verulega íþyngjandi að vera úrskurðaður sem markaðsráðandi aðili, enda hefti það viðskiptafrelsi hans gríðarlega. Í ofanálæg hafi stefnanda verið gert að greiða 315 milljóna króna sekt, sem hafi enn aukið á það hversu íþyngjandi ákvörðunin reyndist stefnanda, einkum í því árferði sem nú ríki. Vegferð stefnda Samkeppniseftirlitsins að þessari niðurstöðu sé vörðuð alvarlegum ágöllum í stjórnsluréttarlegu tilliti, byggð á ólögmetum og annarlegum sjónarmiðum, væntanlega til þess að ná fram

fyrirframgefinni niðurstöðu. Farið hafi verið á svig við helstu og mikilvægustu ákvæði stjórnarsýslulaga. Vönduð málsmeðferð sé almennt talin forsenda þess að mál verði nægjanlega upplýst og að þar með skapist nauðsynlegur grundvöllur þess að unnt verði að taka rétta og málefnalega ákvörðun. Í málinu hafi verulega skort á að eftir þessum sjálfsögðu og eðlilegu sjónarmiðum hafi verið farið. Af þeim sökum verði ekki hjá því komist að ógilda ákvörðun málsins.

II. Markaðsráðandi staða.

Aðalkrafa stefnanda, um að felldur verði úr gildi úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála, sé einnig byggð á því að stefnandi sé ekki markaðsráðandi fyrirtæki í skilningi samkeppnislaga.

Stefnda Samkeppniseftirlitið hafi komist að þeirri niðurstöðu í ákvörðun sinni að stefnandi væri markaðsráðandi fyrirtæki á dag- og matvörumarkaði. Ástæður fyrir því væru þær að markaðshlutdeild stefnanda væri um 50% sem veitti vísbendingu um markaðsráðandi stöðu. Þá styrkti það niðurstöðu um markaðsráðandi stöðu stefnanda að móðurfélag stefnanda, Baugur Group hf. (nú þrotabú), hefði gríðarlegan efnahagslegan styrk í samanburði við móðurfélög samkeppnisaðila. Einnig væri rekstur innkaupafyrirtækis stefnanda, Aðfanga, til marks um markaðsráðandi stöðu stefnanda, sem og stærðarhagkvæmni og kaupendastyrkur. Þá hafi stefnda Samkeppniseftirlitið talið að aðgangshindranir að markaðnum væru miklar, sem þýddi að nýir aðilar ættu í erfiðleikum með að hasla sér völl á markaðnum.

Stefnandi vísi til þess að heildarstærð markaðarins ráðist af eftirtöldum atriðum og skilgreiningum. Hugtakið markaðsráðandi staða sé skilgreint í 4. tl. 1. mgr. 4. gr. samkeppnislaga. Þar segi að markaðsráðandi staða sé það þegar fyrirtæki hafi þann efnahagslega styrkleika að geta hindrað virka samkeppni á þeim markaði sem máli skipti og geti að verulegu leyti starfað án þess að taka tillit til keppinauta, viðskiptavina og neytenda. Ákvörðun um það hvort stefnandi geti talist markaðs ráðandi velti á þessari skýru og ótvíræðu skilgreiningu samkeppnislaga. Því þurfi að greina hvort stefnandi hafi haft þann efnahagslega styrkleika að hann hafi getað hindrað eðlilega samkeppni og að verulegu leyti hagað sér þannig á markaðnum að hann hafi hvorki þurft að taka tillit til keppinauta sinna né viðskiptavina og ekki heldur til neytenda. Ómögulegt sé að skilgreina stefnanda sem markaðsráðandi samkvæmt samkeppnislögum, enda sé hann ekki í þeirri stöðu að geta hagað sér án tillits til keppinauta, viðskiptavina eða neytenda. Einnig sé grundvallaratriði að skilgreina fyrst um hve stóran markað sé að ræða, en ágreiningur milli málsaðila um það sé verulegur. Ágreiningslaust sé að markaðurinn sé skilgreindur sem dag- og matvara á landsvísu.

Stefnandi hafi frá upphafi skilgreint markað málsins þannig að verslanir hans keppi við alla þá aðila sem á annað borð selji þá vöru sem teljist til hins skilgreinda markaðar, þ.e. dag- og matvöru. Stefnda Samkeppniseftirlitið hafi þrengt skilgreiningu markaðarins með ómálefnalegum og ólögætum hætti með því að undanskilja veltu aðila á markaðnum sem sannanlega starfi á honum í samkeppni við verslanir stefnanda. Stefnda hafi því ekki horft á markaðinn út frá eftirspurnarhlið. Sem dæmi um þetta sé að velta bensinstöðvaverslana í matvöru sé

undanskilin í ákvörðun stefnda þegar stærð markaðarins er metin, þrátt fyrir að markaðurinn sé skilgreindur sem dag- og matvara. Bensínstöðvaverslanir og verslanir 10-11 séu í beinni samkeppni á markaði, enda nánast sama vöruúrval í báðum verslunum. Í báðum tilvikum sé um þægindaverslun að ræða sem neytendur komi við í þegar eitthvað smáræði vanti á heimilið. Eini munurinn á þessum tveimur verslunum sé að önnur selji einnig bensín og olíuvörur. Meðalinnkaup viðskiptavinar 10-11 sé sem dæmi þrír hlutir í körfu. Sé horft á staðgöngu út frá eftirspurnarhlið, eins og jafnan sé gert í samkeppnismálum, sé augljóst að bensínstöðvaverslanir, sem selji matvöru, og verslanir 10-11 teljist í beinni samkeppni. Forsvarsmenn olíuverslana hafi jafnvel lýst því yfir að þeir telji verslanir sínar starfa á matvörumarkaði og á heimasíðu olíufélaganna væru viðskiptavinir hvattir til að kaupa inn fyrir heimilið á þjónustustöðvum þeirra, enda fáist þar allar nauðsynjar. Stefnandi hafi látið Capacent framkvæma skoðanakönnun í apríl 2009 um verslunarhætti einstaklinga. Þar hafi komið í ljós að 63% fólks á aldrinum 16-24 ára hefðu keypt dagvöru á bensínstöðvum á sl. þremur mánuðum. Í ákvörðun stefnda komi fram að enginn kaupir dagvöru á bensínstöðvum og sé það fullyrt án nokkurrar sérstakrar athugunar eða rannsókna. Á grundvelli þess mats hafi matvöruvelta bensínstöðva verið undanskilin í ákvörðun stefnda, sem óneitanlega hækki markaðshlutdeild stefnanda verulega og gefi ranga mynd af henni. Með sama hætti hafi stefndi undanskilið sérsverslanir eins og fiskbúðir, bakarí og kjötbúðir, sem allar selji matvöru eins og mjólkurvörur, kjötvörur, fisk, brauð o.fl. Ekki hafi verið rétt af hálfu stefnda að undanskilja svo stóran hluta markaðarins án nokkurra markverðra raka. Hefði velta bensínstöðvaverslana í dag- og matvöru verið tekin með í mati á stærð heildarmarkaðarins hefði markaðshlutdeild stefnanda lækkað verulega og enn meira ef sérsverslanir með dag- og matvöru hefðu verið teknar með. Markaðshlutdeild stefnanda hefði þá einungis numið ríflega 30% af heildarmarkaðnum.

Þar sem markaðshlutdeild sé talin vísbending um markaðsráðandi stöðu þegar hún sé 50% samkvæmt fræðikenningum virtist það hafa skipt stefnda Samkeppniseftirlitið miklu máli að ákvarða markaðshlutdeild stefnanda 50% eða hærrí. Hins vegar sé ljóst að ef eðlilega og málefnalega hefði verið staðið að skilgreiningu markaðarins og rannsóknarreglan í heiðri höfð, væri markaðshlutdeild stefnanda ekki nein vísbending um markaðsráðandi stöðu. Fleira hefði þurft að koma til og þau sjónarmið hefðu þurft að styrkja verulega þá niðurstöðu að um markaðsráðandi stöðu stefnanda væri að ræða. Önnur sjónarmið, sem stefnda hafi talið styrkja þá niðurstöðu að stefnandi væri markaðsráðandi, væru ómálefnaleg og röng og gefi ekki vísbendingar um markaðsráðandi stöðu stefnanda.

Reikna megi hlutdeild á markaði eftir nokkrum leiðum sem þó gefi allar sömu niðurstöðu að frátalinni aðferðarfræði stefnda Samkeppniseftirlitsins. Samanburður á veltu stefnanda við heildarstærð markaðarins fari eftir mismunandi heimildum. Í heildarstærð markaðarins í töflunni að neðan sé hvorki tekin með velta bensínstöðvaverslana né sérsverslana, svo sem bakarí og fiskbúða.

Óumdeild velta stefnanda árið 2005 hafi verið 29.000 milljónir króna. Heildarstærð markaðarins á viðmiðunartímabilinu eftir mismunandi aðferðum sé þessi:

Aðferðarfræði	Heildarstærð markaðar (í milljónum króna)	Markaðshlutdeild stefnanda
Rannsókn á útgjöldum heimilanna	72.000	40%
Upplýsingar frá Hagstofunni	74.200	39%
Rannsóknarsetur verslunarinnar	72.900	39,7%
Mat Samkeppniseftirlitsins	57.900	50%

Þarna sjáist gríðarlegur munur á tölum stefnda Samkeppniseftirlitsins og öllum öðrum mælikvörðum um heildarstærð markaðarins. Væru veltutölur bensínstöðva og sérverslana inni í framangreindum tölum blasi við að markaðshlutdeild stefnanda myndi lækka enn frekar og einungis nema rúmlega 30%.

Stefnda Samkeppniseftirlitið hafi hafnað athugasemdum stefnanda um að réttast sé að byggja á tölum Hagstofunnar, þrátt fyrir þá staðreynd að í athugasemdum Samkeppnisstofnunar, sem birtar voru á vef samkeppnisyrvalda 10. maí 2001, komi fram að upplýsingar frá Hagstofu Íslands væru „besti og í reynd eini óyggjandi mælikvarðinn“ og „vænta mætti að þær væru hvað nákvæmastar“. Athugasemdirnar hafi verið birtar í kjölfar gagnrýni Baugs hf. á skýrslu stofnunarinnar, Matvörumarkaðurinn - verðlagsþróun í smásölu 1996-2000, þar sem gagnrýnt hafi verið að ekki hefði verið aflað og byggt á tölfræðigögnum frá fyrirtækinu sjálfu. Því virtist í besta falli vera tilviljunarkennt á hvaða upplýsingum samkeppnisyrfirvöld byggðu. Stefnda Samkeppniseftirlitið hafi hafnað beiðni stefnanda um aðgang að gögnum og upplýsingum um aðferðarfræði sem notuð hafi verið við ákvarðanatökuna um stærð markaðarins. Yfirvöld geti ekki valið af hentisemi gögn til að styðja sitt mál og neitað málsaðila um aðgang að þeim. Við endurskoðun dómsvalda á stjórnvaldsákvörðun, líkt og þessari, sé eðlilegt að sönnunarbyrði á þeim fullyrðingum sem stjórnvöld byggi á sé lögð á þau en ekki þann sem sæti íþyngjandi stjórnvaldsákvörðun.

Efnahagslegur styrkur komi einnig til viðmiðunar við mat á því hvort fyrirtæki sé í markaðsráðandi stöðu. Í ákvörðuninni sé byggt á því að upplýsingar um eigið fé og heildareignir móðurfélags stefnanda, Baugs Group hf., hafi á viðmiðunartímabili ákvörðunarinnar, sýnt að stefnandi hafi haft mun meiri efnahagslegan styrkleika en keppinautarnir. Stefnda Samkeppniseftirlitið hafi ekki byggt upplýsingarnar á ársreikningi Baugs Group hf., heldur yfirlýsingum á heimasíðu Baugs Group hf. um ágæti félagsins. Í andmælum sínum hafi stefnandi bent á að notkun á veltutölu á heimasíðunni væri villandi, því hún væri samanlögð

velta þeirra fyrirtækja sem Baugur Group hf. ætti einhvern hlut í, óháð stærð, og væri einungis birt þar í kynningarskyni. Veltutalan endurspeglar á engan hátt raunverulega veltu Baugs Group hf. Í sumum tilvikum ætti Baugur Group hf. jafnvel mjög lítinn hlut í viðkomandi fyrirtæki. Þar af leiðandi væri yfirmáta ómálefnalegt að leggja veltu slíkra fjárfestinga Baugs Group hf. til grundvallar ákvörðun um að efnahagslegur styrkleiki stefnanda væri mikill. Þrátt fyrir þetta hafi stefndi talið málefnalegt að styðjast við þessar upplýsingar í stað þess að nota veltutölur og eigið fé eins og fram komi í ársreikningi félagsins. Sú viðmiðun hljóti þó að vera sú eina rökrétta. Stefnda Samkeppniseftirlitið hefði byggt á skammtímasjónarmiðum en stefnandi hefði, hvorki þá né nú, byggt á efnahagsstyrk Baugs Group hf. sem hafi verið tekið til gjaldþrotaskipta í mars 2009. Engar vísbendingar væru um að móðurfélög keppinauta stefnanda séu þannig stödd. Auk þess eigi sjónarmiðið, um efnahagslegan styrkleika sem vísbending um markaðsráðandi stöðu, eingöngu við ef fyrirtæki hafi beinlínis aðgang að miklu fjármagni. Lykilatriði í kenningunni um misnotkun á markaðsráðandi stöðu sé að fyrirtækið sé reiðubúið að beita fjármunum annarra til að hindra innkomu nýs aðila eða hrekja keppinauta af markaði. Til þess verði fyrirtækið að hafa ótakmarkaðan aðgang að þeim fjármunum og samkeppnisfyrirvöld verði að sanna að fyrirtækið hafi greiðan aðgang að fjármagni móðurfélagsins. Ekki nægi að benda á að meintur fjárhagsstyrkur móðurfélagsins geti verið fyrir hendi, ef dótturfélagið hafi engan aðgang að fjármunum þess. Stefndi hafi sönnunarbyrði fyrir þessu en hafi ekki sannað það, enda hafi stefnandi hvorki haft aðgang að fjármunum móðurfélags síns né sóst eftir slíku. Sjónarmiðum stefnda um efnahagslegan styrkleika stefnanda hafi því verið ranglega og ómálefnalega beitt og teljist ólögmætur grundvöllur ákvörðunarinnar.

Um starfrækslu birgðahússins Aðfanga og kaupendastyrk meti stefndi það svo að vöruhúsið og tengd starfsemi hafi veitt verslunarkeðjum stefnanda umtalsvert forskot á matvörumarkaðnum og styrkt markaðsráðandi stöðu stefnanda. Með samræmingu innkaupa fyrir Hagkaup, Bónus og 10-11 undir þaki Aðfanga næði stefnandi miklu hagræði, m.a. með auknum magnafsláttum, lægri flutningsgjöldum, meiri veltuhraða og minna birgðarými. Þetta sé fullyrt án nokkurrar rannsóknar, t.a.m. um það hver hagræðingin sé í raun og veru.

Viðskipti stefnanda við Aðföng séu um þriðjungur af vörukaupum hans í mat- og dagvöru. Við ákvarðanatöku stefnda sé byggt á því að um miklu hærra hlutfall væri að ræða, án þess að það hafi verið kannað sérstaklega. Lítið sé gert úr hlut vöruhússins Búrs, í sameiginlegri eigu keppinautanna Kaupáss og Samkaupa. Á umræddum tíma hafi Búr sinnt sameiginlegum innkaupum fyrir keppinauta stefnanda, Kaupás, Samkaup, Kaupfélag Héraðsbúa og Kaupfélag Borgnesinga. Búr hafi að minnsta kosti þá ekki verið minna innkaupafyrirtæki en Aðföng og því með sambærilegan kaupendastyrk í innkaupum. Í ákvörðun stefnda Samkeppniseftirlitsins komi fram að velta stefnanda árið 2006 hafi verið 35 milljarðar en sameiginleg velta Samkaupa og Kaupáss allt að 31 milljarður. Ef birgðahúsin útvegi viðskipavinum sínum svipað hlutfall vöru sé munurinn á kaupendastyrk birgðahúsanna um 10% og hugsanlega minni. Af þessu sé ljóst að rekstur Aðfanga hafi ekki veitt stefnanda samkeppnislegt forskot á keppinauta sína sem skiptu við Búr. Ótækt sé að slá öðru föstu án nokkurrar sérstakrar rannsóknar. Stefndi hafni með öllu staðlausum tilbúningi stefnda Samkeppniseftirlitsins um kaupendastyrk stefnanda umfram keppinauta hans vegna viðskipta stefnanda við Aðföng. Þetta sjónarmið í ákvörðun stefnda sé ómálefnalegt og því ólögmætur

grundvöllur ákvörðunarinnar.

Aðgangshindranir að dag- og matvörumarkaðnum telji stefnda Samkeppnis eftirlitið miklar, einkum með vísan til kaupendastyrks og breytinga á verslunarháttum. Hvorki komi fram í ákvörðuninni hvað átt sé við með breytingum á verslunarháttum né að rannsóknir hafi verið framkvæmdar af hálfu stefnda í því sambandi. Sem dæmi um aðgangshindranir að markaðnum hafi stefndi talið að Europris hefði hrökklast af markaði, þrátt fyrir að fyrirtækið hafi fjölgað verslunum sínum um 100%, úr þremur í sex, meðan leyst var úr málinu. Nýir aðilar hafi í hyggju að hefja verslunarrekstur á markaðnum. Þegar litið sé til þróunar sl. 20 ár, frá þeim tíma þegar Bónus hóf rekstur, sé fjarstæða að telja miklar aðgangs hindranir að dag- og matvörumarkaðnum. Fyrir 20 árum hafi Bónus verið lítið fyrir tæki, en hafi átt árangursríka innkomu á markaðinn. Þróunin hafi líka verið sú að ný fyrirtæki hafi hafið rekstur en önnur horfið af markaði. Markaðurinn sé því mjög virkur og alls ekki lokaður. Ekkert bendi til þess að önnur fyrirtæki eigi ekki sömu möguleika á að hasla sér völl á þessum markaði. Takmarkaður aðgangur að húsnæði til verslunarreksturs hafi mögulega átt við á 1-2 ára tímabili (2006 til 2007), en ekki í dag, þegar nóg framboð sé af atvinnuhúsnæði. Stefnandi mótmæli að aðgangshindranir séu að markaðnum, enda hafi sjónarmið stefnda um þær byggst á því hvernig ástandið var á einhverjum tíma árið 2007, í stað þess að horfa til lengra tímabils, eins og eðlilegt hefði verið að gera. Engar lagalegar hindranir væru í vegi nýs aðila sem vilji hefja rekstur mat- og dagvöruverslunar. Stefnda Samkeppniseftirlitið hafi hér sem fyrir beitt ólögætum sjónarmiðum um þennan þátt sem leiði til ógildingar ákvörðunarinnar.

Að þessu virtu sé ljóst að stór hluti veltu markaðarins hafi með ómálefnalegum hætti verið undanskilinn í ákvörðun stefnda Samkeppniseftirlitsins. Hvað sem öllum andmælum stefnanda líði virtist sem niðurstaða í málinu hafi verið fyrir fram gefin og rök stefnda Samkeppniseftirlitsins löguð að henni. Það skekki niðurstöður um markaðshlutdeild verulega. Stefnandi hafi lagt fram ýmsa útreikninga hlutlausra aðila sem sýni að markaðshlutdeild hans sé í raun miklu lægri en fram komi í ákvörðun stefnda Samkeppniseftirlitsins. Þeir útreikningar stangist allir á við niðurstöður stefnda. Ekkert sé vitað um forsendur útreikninga stefnda á markaðshlutdeild en stefnda hafi neitað stefnanda um upplýsingar um það hvernig markaðshlutdeild hafi verið reiknuð. Aðrir þættir, sem byggt hafi verið á til stuðnings því að stefnandi væri markaðsráðandi, væru bæði rangir og ómálefnalegir. Ekki hafi verið byggt á málefnalegum rannsóknum heldur vísað til nútíma verslunarhátta, þróunar í verslunarháttum o.þ.h. án allra rannsókna, sem stangist á við áratuga reynslu og upplifun forsvarsmanna stefnanda af störfum í verslunarrekstri. Ákvörðun um að skilgreina stefnanda sem markaðsráðandi fyrirtæki hafi verið röng og hún stangist á við öll gögn sem fyrir liggi.

Á stefnda Samkeppniseftirlitinu hvíli að sýna fram á og sanna að 4. gr. samkeppnis laga eigi við um stefnanda og sanna að staða stefnanda væri slík að hann gæti þrátt fyrir allt starfað án tillits til keppinauta, viðskiptavina og neytenda. Stefnda Samkeppniseftirlitið hafi ekki sinnt þeirri skyldu, heldur hafi það litið fram hjá hinni lagalegu skilgreiningu samkeppnislaga á markaðsráðandi stöðu og það hafi ekki rökstutt að 4. gr. laganna ætti við um stefnanda. Stefnda hafi því brotið samkeppnislög gagnvart stefnanda. Af þeim sökum verði ekki byggt á því að stefnandi sé markaðsráðandi aðili. Þar sem stefnandi teljist ekki markaðsráðandi í skilningi 4. gr. samkeppnislaga geti verðlagning stefnanda á mjólkurvörum ekki

talist brot gegn 11. gr. laganna. Hin umdeilda ákvörðun teljist því ólögmat og beri að fella hana úr gildi.

III. Misnotkun á markaðsráðandi stöðu.

Varðandi hina meintu misnotkun á markaðsráðandi stöðu vísi stefnandi til þess að hann geti ekki talist vera markaðsráðandi á dag- og matvörumarkaði, enda hafi fyrirtækið ekkert svigrúm til að hegða sér sem slíkt, sbr. 4. gr. samkeppnislaga. Stefnandi sé með innan við 40% markaðshlutdeild. Í ákvörðun stefnda Samkeppnis eftirlitsins sé stefnandi hins vegar skilgreindur sem markaðsráðandi aðili og þar sé fjallað um hvernig stefnandi hafi misnotað meinta markaðsráðandi stöðu sína. Sjónarmiðin sem þar sé byggt á séu með öllu óviðundandi og sérlega aðfinnsluverð.

Undirverðlagning sé ekki skilgreind í lögum en ákvörðun stefnda Samkeppnis eftirlitsins sé byggð á að stefnandi hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með skaðlegri undirverðlagningu. Verðlagning undir kostnaðarverði sé almennt hluti af rekstri smásöluverslana um allan heim. Hvorki sé í lagagreininni né annars staðar í samkeppnislögum minnst á að óheimilt sé að undirverðleggja vörur, hvað þá á hvaða sjónarmiðum mat á því hvort það teljist heimilt eða ekki skuli byggjast. Stefnda Samkeppniseftirlitið hafi rökstutt ákvörðun sína með því að vísa til þess að hugtakið misnotkun vísi til hegðunar sem ekki geti talist til eðlilegrar samkeppni (e. normal competition) í samkeppnisrétti. Meginreglan sé hins vegar sú að engan megi beita refsingu nema háttsemin sé skilgreind í lögum (nulla poena sine lege). Þessi meginregla gildi í öllum réttarríkjum og hún komi til dæmis fram í 69. gr. stjórnarskrárinnar nr. 33/1944. Þegar stefnda Samkeppniseftirlitið leggi á stjórnvaldssekt samkvæmt 37. gr. laga nr. 44/2005 sé beitt refsikenndum viðurlögum. Þar af leiðandi hafi borið við meðferð málsins að gæta allra þeirra sjónarmiða sem við eigi þegar refsikenndum viðurlögum er beitt og óheimilt sé að grundvalla refsingu á ólögfestum og óskilgreindum hugtökum eins og „skaðleg undirverðlagning“ og „brot gegn eðlilegri samkeppni“. Undirverðlagning, skaðleg eða ekki, og þau sjónarmið sem samkeppnisyfirvöld noti til grundvallar ákvörðunum í slíkum málum, svo sem „brot gegn eðlilegri samkeppni“, séu ekki skilgreind háttsemi í lögum. Slík háttsemi geti því ekki talist andlag viðurlaga, enda bryti það gegn stjórnarskrá og meginreglum laga. Megin réttarheimildir í ákvörðun stefnda Samkeppniseftirlitsins séu ákvæði Rómarsáttmálans og fordæmi Evrópudómstólsins og framkvæmdastjórnar Evrópusambandsins með vísan til ákvæða 53. og 54. gr. EES-samningsins. Eftir sem áður beri að líta til íslenskra laga og meginreglna við beitingu samkeppnislaga og viðurlagaákvæða þeirra. Íslenskir aðilar lúti ekki beinni lögsögu framkvæmdastjórnar Evrópusambandsins eða Evrópudómstólsins. Þar af leiðandi sé ómálefnalegt að byggja eingöngu á viðmiðunum sem sett væru fram á þeim vettvangi, en líta algerlega fram hjá íslenskum lögum og öðrum réttarheimildum. Þegar af þessari ástæðu sé ákvörðun stefnda Samkeppniseftirlitsins ógild.

Þá eigi hlutlægar réttlætningarástæður ávallt að koma til greina. Almennt sé skoðað hvort slíkar ástæður heimili markaðsráðandi fyrirtæki að verðleggja vörur undir kostnaði. Aðferðarfræði stefnda Samkeppniseftirlitsins í hinni umdeildu ákvörðun byggðist á því að finna skurðpunkt til að miða við varðandi það hvort undir verðlagning stefnanda hafi verið skaðleg eða ekki og var ákveðið að hann væri

innkaupsverð vöru. Ástæðan fyrir því sé sú að hefðbundið sé að miða skurðpunktinn við svonefndan breytilegan kostnað vöru, þ.e. innkaupsverð hennar að viðbættum öðrum kostaði við að selja hana. Ef vara er seld undir þessum breytilega kostnaði teljist hún undirverðlögð. Stefnda Samkeppniseftirlitið hafi hins vegar talið vandkvæðum bundið að finna hver væri breytilegur kostnaður, á t.d. einum lítra af mjólk, þ.e. húsaleigukostnaður, launakostnaður o.þ.h. Til einföldunar hafi því einungis verið miðað við innkaupsverð vörunnar, sem hafi verið auðvelt að finna út, en breytilega kostnaðinum sleppt. Stefnda Samkeppniseftirlitið hafi svo komist að þeirri niðurstöðu að ef vara reyndist hafa verið seld undir innkaupsverði (skurðpunkti í málinu) væri um að ræða svo alvarlega undirverðlagningu að hún félli undir það að vera skaðleg undirverðlagning og misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Engu skipti þótt stefnandi hafi reynt að benda á hlutlægar réttlætningar ástæður sem viðurkenndar væru í samkeppnisrétti.

Stefnda Samkeppniseftirlitið hafi talið að þar sem upplýst væri að 17 tilteknar mjólkurvörur hefðu verið seldar undir innkaupsverði í Bónus þyrfti ekki að sanna ásetning stefnanda. Talið hafi verið að allar líkur væru á að stefnandi hefði ekki haft aðra ástæðu fyrir verðlagningunni en að eyða samkeppni af markaðnum og að ásetningur um það hlyti að hafa verið einlægur þar sem nokkrar vörur hafi verið seldar með tapi á tímabilinu. Hlutlægar réttlætningarástæður stefnanda hafi því ekki komist að þar sem stefnda Samkeppniseftirlitið hafi ekki talið þörf á að taka þær til athugunar.

Einu hlutlægu réttlætningarástæðurnar sem stefnda Samkeppniseftirlitið hafi talið að kæmu til greina vegna undirverðlagningar væru þær að vara væri að komast á síðasta sölundag eða um sérstakt tímabundið kynningartilboð væri að ræða. Stefndandi mótmæli því en mun fleiri réttlætningarástæður komi til greina. Markaðsráðandi fyrirtæki sé heimilt að beita sértækum lækkunum ef samkeppnisaðili lækki verð. Einnig megi horfa til þess að aðgerðir stefnanda hafi einkennst af því að gætt hafi verið meðalhófs. Verð hafi einungis verið lækkað á sömu vörutegundum og samkeppnisaðilarnir hafi lækkað verð á í nokkrum verslunum en alls ekki öllum, t.d. ekki í Hagkaupum og 10-11. Stefndandi hafi aldrei haft frumkvæði að verðlækkun undir innkaupsverð, heldur aðeins brugðist málefnalega við verðlækkunum keppinauta. Verðlækkanir hafi einungis staðið yfir í afar stuttan tíma. Öll þessi sjónarmið séu talin góðar og gildar hlutlægar réttlætningarástæður í málum er varði undirverðlagningu í samkeppnisrétti. Ekkert tillit hafi verið tekið til þessara sjónarmiða af hálfu stefnda.

Áður en málið hófst hafi stefndandi aldrei verið skilgreindur markaðsráðandi aðili. Slíkt hljóti að vega þungt. Á fundi, sem stefndandi hafi óskað eftir með stefnda Samkeppniseftirlitinu 22. júní 2006, hafi komið fram þær skýringar að rannsókn hefði verið hrundið af stað til að skoða stærð markaðarins og hlutdeild aðila á honum, en til þessa hafi enginn einn aðili verið skilgreindur markaðsráðandi. Stofnunin hafi haldið hinu gagnstæða fram undir rekstri málsins fyrir áfrýjunarnefndinni og því sagt nefndinni ósatt um grundvallaratriði málsins. Minnisblaðið frá fundinum 26. júní s.á. sé óræk sönnun þess.

Aldrei áður hefði verið gerð heildstæð rannsókn á dag- og matvörumarkaðnum til að skilgreina markaðshlutdeild þeirra sem á honum starfi. Aðilar á markaðnum hefðu því ekki haft vissu um stöðu sína á markaðnum og takmörk sín á grundvelli ákvæða samkeppnislaga. Ekki sé við öðru að búast en að fyrirtæki á markaði

bregðist við samkeppnisréttarlegri áskorun, eins og þegar Krónan boðaði allt að 25% lækkun á vöruverðum sínum í febrúar 2005. A þeim tíma hafi stefnandi ekki verið í þeirri stöðu sem lýst sé í 4. gr. samkeppnislaga. Ekki fyrir en einu og hálfu ári eftir að verðstríðið hófst hafi stefnda Samkeppniseftirlitið skipti sér af málinu, en þá hafi verðstríðinu verið löngu lokið án nokkurra sérstakra afleiðinga fyrir keppinauta Bónuss eða neytendur. Þó hafi Kaupás nú krafist þess að stefnandi viðurkenndi skaðabótaskyldu sína vegna ólögmætrar undirverðlagningar og vísi til ákvörðunar stefnda Samkeppniseftirlitsins kröfu sinni til stuðnings. Krafan hafi verið sett fram þrátt fyrir að Kaupás hefði hrundið verðstríðinu af stað.

Tölur sýni að álagning á matvöru hafi ekki hækkað umfram það sem hún hafi verið fyrir verðstríðið. Aðilar hafi því ekki endurheimt kostnað sinn af verðstríðinu, eins og stefnda Samkeppniseftirlitið fullyrði án þess að kanna það eða rannsaka sérstaklega.

Stefnandi hafi bent á undir rekstri málsins að markaðsráðandi fyrirtæki geti réttlætt undirverðlagningu með vísan til verðstefnu sinnar hafi hún verið í gildi um lengri tíma og einnig til að svara samkeppni ef á fyrirtækið er ráðist. Stefnda Samkeppniseftirlitið hafi ávallt hunsað að fjalla um þessar athugasemdir. Verðstefnan, „Bónus býður betur“, sem hafi verið höfð að leiðarljósi í 20 ár, hafi verið loforð til neytenda um að bjóða þeim ávallt sem hagstæðust kjör. Verðstefnan sé nú þyrnir í augum samkeppnisyfirvalda og metin sem skilaboð til keppinauta um að halda sig á mottunni, og þannig notuð til að byggja undir þá ákvörðun að stefnandi hafi brotið samkeppnislög. Stefnandi mótmæli að verðstefnan hafi breyst úr loforði til neytenda í hótun til keppinauta. Verslunin Europris auglýsi t.d. með slagorðinu „hvergi betra verð“. Í dag sé þetta ekki túlkað sem hótun til keppinauta. Væri fyrirtækið skyndilega skilgreint markaðsráðandi yrði slagorðið að öllum líkindum ekki lengur auglýsing heldur hótun. Þetta sjónarmið gegn stefnanda í ákvörðuninni sé ómálefnalegt, ólögmætt og alvarlegur ágalli á málinu.

Stefnandi mótmæli aðferðum sem hafi ranglega verið beitt við ákvörðun á skaðlegri undirverðlagningu. Sala á mjólkurvörum undir innkaupsverði hefði einungis átt sér stað í Bónus í afmarkaðan tíma, en mjólkurvörur í öðrum verslunum stefnanda (Hagkaupum og 10-11) hafi áfram verið seldar með álagningu. Hins vegar hafi velta allra verslana stefnanda samanlagt verið notuð til að ákvarða markaðshlutdeild á markaðnum. Rétt hefði verið að taka einnig með í reikninginn verð á mjólkurvörum í öllum verslunum stefnanda, en ekki bara Bónus. Annars væri verið að bera saman allar verslanir stefnanda hvað markaðshlutdeild varði, en bara eina verslun hvað sölu undir kostnaði varði, m.ö.o. fullkomlega ósambærilega hluti.

Ef meðaltalsverð á mjólkurvörum í Bónus, Hagkaup og 10-11 hefði verið reiknað á tímabilinu hefði komið í ljós að mjólkurvörur hafi að meðaltali í raun ekki verið seldar undir innkaupsverði og grundvöllur ákvörðunar stefnda því brostinn. Ef fullyrðing stefnda Samkeppniseftirlitsins væri sönn, um að stefnandi hefði ætlað sér að bola keppinautum sínum af markaði með skaðlegri undirverðlagningu, hefði hann væntanlega ekki bara lækkað verð í einni verslun á nokkrum vörutegundum, heldur fleiri vörum í mörgum eða öllum verslunum sínum. Það hafi hins vegar ekki verið gert. Stefnda Samkeppniseftirlitið hafi beðið um gögn um verðlagningu í öllum verslunum stefnanda, en hafi bara notað verðlagningu þeirra í Bónus, þrátt fyrir að nota veltu mjólkurvara frá öllum verslunum stefnanda til að ákvarða

markaðshlutdeild hans. Undirverðlagningin hafi aðeins náð til lítils hluta markaðarins, en skilgreiningin til hans alls. Með þessum rökum stefnda mætti ákvarða sölu á einni vöru í einni verslun sem skaðlega undirverðlagningu. Það sé fjarstæða hvernig sem á væri litið. Þessi nálgun stefnda eigi sér ekki neina stoð í lögum eða fordæmum og sé hún því ólögmat. Ekki hafi verið tekin afstaða til þessara ábendinga stefnanda undir rekstri stjórnsýslumálsins.

Stefnda Samkeppniseftirlitið telji staðgöngu milli allra verslananna. Ef einangra eigi verðlagningu 17 mjólkurvörutegunda í Bónus og álíta hana skaðlega undirverðlagningu hljóti að þurfa að bera saman einungis veltuna í Bónus á tímabilinu við afganginn af markaðnum eða sölu á sömu 17 tegundum af mjólkurvörum í öllum verslunum stefnanda. Hvorugt hafi verið gert heldur notast við nýja nálgun sem engin fordæmi væru fyrir. Þetta sé hvað skýrasta dæmið í málinu um ólögmeta og ómálefnalega aðferðarfræði, sem valdi því að ákvörðunina beri að fella úr gildi, en ágallinn sé alvarlegur.

IV. Viðurlagaákvörðun.

Af hálfu stefnanda er vísað til þess að þar sem hann geti hvorki talist markaðsráðandi né hafi hann misnotað meinta markaðsráðandi stöðu sína beri þegar af þeirri ástæðu að fella úr gildi ákvörðun um að beita stefnanda stjórnvaldssekt.

Stefnandi telji viðurlagaákvörðun stefnda Samkeppniseftirlitsins sérstaklega athugaverða. Meint brot stefnanda hafi falist í því að ein verslunarkerðja á hans vegum hafi tekið þátt í verðstríði á matvörumarkaði með verðlækkunum á nauðsynjavörum, sem staðið hafi í verulega afmarkaðan tíma, hvorki samkeppnis aðilum né neytendum til tjóns heldur ávinnings.

Samkvæmt b-lið 1. mgr. 37. gr. samkeppnislaga leggi stefnda Samkeppnis eftirlitið stjórnvaldssektir á fyrirtæki eða samtök fyrirtækja sem brjóti gegn banni samkvæmt 11. gr. laganna. Samkvæmt 2. mgr. sömu lagagreinar geti sektir numið allt að 10% af heildarveltu síðasta rekstrarárs hjá hverju því fyrirtæki eða samtökum fyrirtækja sem aðild eigi að broti. Samkvæmt 4. mgr. 37. gr. laganna megi falla frá sektarákvörðun, teljist brot óverulegt eða af öðrum ástæðum, sé ekki talin þörf á slíkum sektum til að stuðla að og efla virka samkeppni.

Undir rekstri stjórnsýslumálsins hafi stefnandi lagt þunga áherslu á að ekki væri ástæða til að beita sérstökum viðurlögum í málinu, ef niðurstaðan yrði á annað borð sú, að stefnandi teldist hafa brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga. Vísað hafi verið til þess að fyrirtækinu hafi verið ómögulegt að átta sig á því að það væri markaðs ráðandi aðili, enda hefði það aldrei verið skilgreint sem slíkt. Íslensk lög og reglur veiti engar leiðbeiningar um það hvernig markaðsráðandi fyrirtæki sé heimilt að verðleggja vörur sínar. Öll sjónarmið, sem liggja að baki ákvörðuninni, séu studd með vísan til erlendra fræðirita, sem ekki séu til á bókasöfnum héraendis, og hiklaust á þeim byggt, eða til fordæma stjórnvalda og dómstóla, sem enga lögsögu hafi hér á landi. Þess utan hafi stefnda Samkeppniseftirlitið neitað að veita stefnanda leiðbeiningar um þessi atriði, þrátt fyrir beiðni stefnanda um það. Þar sem um fordæmalaus ákvörðun sé að ræða, sem byggji eingöngu á erlendum

fræðikenningum og fordæmum, hafi verið óheimilt að gera stefnanda refsingu í málinu og því beri að fella hana úr gildi.

Við ákvörðun viðurlaga sé stefnda Samkeppniseftirlitið bundið af 12. gr. stjórnsýslulaga um meðalhóf. Samkvæmt lagagreininni skuli stjórnvald því aðeins taka íþyngjandi ákvörðun þegar lögmætu markmiði, sem að er stefnt, verði ekki náð með öðru og vægara móti. Þess skuli þá gætt að ekki sé farið strangar í sakirnar en nauðsyn beri til. Ákvörðun um að leggja 315 milljóna króna sekt á stefnanda hafi brotið gegn framangreindu lagaákvæði með tvennum hætti. Annars vegar hefði vel komið til greina að ná markmiði ákvörðunarinnar án sektarálagningar og hins vegar að beita vægara úrræði en 315 milljóna króna sekt. Stefnda Samkeppniseftirlitinu hafi borið að rökstyðja hvers vegna vægara úrræði hefði ekki komið að gagni, svo sem einungis að ákvarða stefnanda markaðsráðandi í stað þess að leggja jafnframt mörg hundruð milljóna króna sekt á hann, sem sé hæsta stjórnvaldssekt sem lögð hafi verið á aðila stjórnsýslumáls vegna brota gegn 11. gr. samkeppnislaga. Þá hafi stefnda Samkeppniseftirlitinu borið að rökstyðja hvers vegna ekki hafi komið til álita að falla frá sektarákvörðun í málinu á grundvelli 4. mgr. 37. gr. samkeppnislaga í ljósi þess að málið sé hið fyrsta sinnar tegundar og aðstæður allar mjög sérstakar. Með þessu hafi stefnda Samkeppniseftirlitið brotið gegn 12. gr. stjórnsýslulaga og samkeppnislögum. Af þeim sökum sé sektarálagningin ólögmæt og beri að fella hana úr gildi.

Kröfu um ógildingu ákvörðunar áfrýjunarnefndar samkeppnismála og breyt ingu á henni sé beint að stefnda Samkeppniseftirlitinu, sbr. 41. gr. samkeppnislaga og dómvenju. Niðurfelling sektarfjárhæðar feli í sér endurgreiðslu til stefnanda af hálfu ríkisins og sé því íslenska ríkinu stefnt, en Samkeppniseftirlitinu til vara til að endurgreiða þá fjármuni sem stefnandi hafi greitt með fyrirvara vegna ólögmætrar stjórnvaldssektar ásamt dráttarvöxtum frá greiðsludegi, sbr. til hliðsjónar meginreglu 4. mgr. 114. gr. laga nr. 90/2003 um tekjuskatt.

Krafa stefnanda um lækkun sektarfjárhæðar sé byggð á því að hin meintu brot hafi staðið stutt yfir, þau hafi einungis átt sér stað í einni verslun stefnanda og þeim hafi lokið rúmum þremur árum áður en ákvörðun í málinu var tekin. Meint brot hafi farið fram fyrir opnum tjöldum og engin leynd hafi verið yfir verðákvörðunum Bónuss, heldur hafi þær blasað við öllum og verið ræddar opinberlega af forsvarsmönnum í fjölmiðlum og skýrðar jafnóðum. Af hálfu samkeppnisyfirvalda hafi ekki verið ljóstrað upp um aðgerðir sem hafi farið leynt eða framkvæmdar í þeim tilgangi að koma samkeppnisaðila út af markaði, eins og t.d. eigi við í tilvitnuðum erlendum dómafordæmum. Það eigi að leiða til þess, þótt komist verði að þeirri ólíklegu niðurstöðu að um misbeitingu á markaðsráðandi stöðu hafi verið að ræða, að viðurlögin verði lækkuð stórkostlega, enda séu þau verulega íþyngjandi fyrir stefnanda.

V. Krafa um endurgreiðslu dráttarvaxta.

Stefnandi krefjist þess að ákvörðun um álagningu dráttarvaxta verði felld úr gildi. Tveimur dögum eftir að úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála lá fyrir, föstudaginn 6. mars 2009, hafi stefnanda borist bréf frá Fjársýslu ríkisins ásamt greiðsluseðli með kröfu á stefnanda að fjárhæð 315.000.000 króna. Gjaldtagi var

sagður 19. desember 2008 en eindagi mánuði síðar. Stefnandi hafi ávallt mótmælt að leggja eigi dráttarvexti á sektarfjárhæðina, sbr. bréf lögmans stefnanda í mars 2009 þar sem þess hafi verið krafist að dráttarvextir á sektina yrðu felldir niður. Þeirri málaleitan hafi fjármálaráðuneytið hafnað formlega með bréfi 1. apríl s.á. Stefnandi hafi því greitt sektina með dráttarvöxtum, en greiðslan á þeim og sektinni hafi verið með fyrirvara um endurgreiðslu.

Stefnandi byggir kröfu sína um niðurfellingu dráttarvaxta og endurgreiðslu þeirra á því að sektarfjárhæðar í stjórnarsýslumálum almennt verði ekki krafist fyrir en endanleg afgreiðsla liggja fyrir á stjórnarsýslustigi og að túlkun stefnda íslenska ríkisins feli í sér ójafnræði og meinbugi á lögum. Túlka beri ákvæði 2. mgr. 37. gr. samkeppnislaga á þann hátt að dráttarvextir af sektarfjárhæð byrji ekki að reiknast fyrir en mánuður er liðinn frá því afgreiðsla æðra stjórnvalds liggja fyrir, enda sé það á valdi áfrýjunarnefndar samkeppnismála að fella niður eða lækka stjórnvaldssektir sem stefnda Samkeppniseftirlitið ákvarði. Greiðsluseðill hafi ekki verið sendur stefnanda fyrir en úrskurður áfrýjunarnefndar lá fyrir. Áfrýjunarnefndin hafi í fyrri fordæmum sínum, eftir gildistöku laga nr. 52/2007, kveðið á um gjalddaga ef hann er lengri en einn mánuður, sbr. t.d. úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008, þar sem gjalddagi var ákveðinn tveimur mánuðum eftir úrskurður áfrýjunarnefndar. Þetta hafi ekki verið gert í tilviki stefnanda. Þegar ekki sé veittur sérstakur greiðslufrestur hjá áfrýjunarnefndinni gildi lögákveðinn eins mánaðar greiðslufrestur, sbr. 2. mgr. 37. gr. samkeppnislaga. Því hafi verið óheimilt að krefja stefnanda um dráttarvexti frá 19. desember 2008. Krefjast hafi mátt dráttarvaxta í fyrsta lagi einum mánuði eftir úrskurður áfrýjunarnefndar, 4. apríl 2009. Sektin hafi verið greidd 2. apríl s.á. og því ólöglegt að innheimta dráttarvexti. Því beri að fella úr gildi ákvörðun Fjársýslu ríkisins um að innheimta dráttarvexti af sektarfjárhæðinni og staðfestingu fjármálaráðuneytisins á þessari ákvörðun og dæma stefnda íslenska ríkið til að endurgreiða stefnanda fjárhæðina ásamt dráttarvöxtum, óháð úrslitum málsins að öðru leyti. Samkeppniseftirlitnu sé stefnt til vara vegna þessarar kröfu.

Í stefnu sé því lýst að stefnandi áskilji sér rétt til að koma með nýjar máls ástæður, svo sem um vanhæfi Samkeppniseftirlitsins eða einstakra starfsmanna þess til meðferðar málsins, sbr. 3. gr. stjórnarsýslulaga. Í bókun stefnanda, sem lögð var fram í þinghaldi 3. nóvember sl. er vísað til þessa fyrirvara og sagt að stefnandi byggir aðalkröfu sína um ógildingu úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála á því að Gylfi Magnússon, sem hafi verið formaður stjórnar stefnda og hafi tekið þátt í að staðfesta ákvörðun stefnda gegn stefnanda, hafi verið vanhæfur til að taka þátt í afgreiðslu málsins. Gylfi hafi á árunum 2000 til 2003 setið í stjórn helsta samkeppnisaðila stefnanda, Kaupáss hf., og hafi þar meðal annars gegnt stöðu varaformanns stjórnar. Kaupás hf. hafi haft beina hagsmuni af niðurstöðu málsins gegn stefnanda og því hafi Gylfa borið að víkja sæti þegar stjórn stefnda staðfesti ákvörðunina á fundi sínum, sbr. einkum 6. tl. 1. mgr. 3. gr. stjórnarsýslulaga. Einnig sé byggt á vanhæfi Guðmundar Sigurðssonar, aðstoðarforstjóra stefnda. Hann hafi tekið þátt í meðferð málsins á stjórnarsýslustigi þess og hafi meðal annars setið fundi með stefnanda fyrir hönd stefnda og fund stjórnar stefnda þar sem ákvörðunin var tekin. Guðmundur sé svo tengdur Jóni Helga Guðmundssyni, aðaleiganda Kaupáss hf., að hann geti ekki talist hæfur til þátttöku í meðferð mála er varði meginkeppinauta fyrirtækja í eigu Jóns Helga, sbr. einkum 6. tl. 1. mgr. 3. gr. stjórnarsýslulaga.

Um lagarök vísi stefnandi til samkeppnislaga nr. 44/2005, aðallega 4. gr., 11. gr., 37. gr. og 41. gr., og til stjórnarsýslulaga nr. 37/1993. Um grunn dráttarvaxta kröfunnar vísi stefnandi til 1. mgr. 6. gr. laga um vexti og verðtryggingu nr. 38/2001. Um upphafstíma dráttarvaxta vísi stefnandi til 5. gr. sömu laga. Einnig sé vísað til meginreglu 4. mgr. 114. gr. laga um tekjuskatt nr. 90/2003. Um málskostnað vísi stefnandi til 129., sbr. 130. gr. laga um meðferð einkamála nr. 91/1991.

Málsástæður og lagarök stefnda Samkeppniseftirlitsins

Af hálfu stefnda Samkeppniseftirlitsins er vísað til aðdraganda málsins þegar stefnandi ákvað að lækka verð bæði á mjólk og mjólkurvörum í verslunum Bónuss á árunum 2005-2006. Stefnandi hafi boðið þessar vörur til sölu á verði sem hafi verið umtalsvert lægra en kostnaðarverð þeirra og í einhverjum tilvikum hafi viðskiptavinir Bónuss fengið mjólkina ókeypis. Í tilefni af þessu hafi stefnda Samkeppniseftirlitið hafið athugun á aðgerðum einstakra aðila á matvörumarkaði, meðal annars hvernig verðlagningu á mjólk og mjólkurvörum væri háttað.

Með bréfi 7. júní 2006 hafi stefndi óskað eftir upplýsingum og gögnum frá helstu aðilum á matvörumarkaði, þar á meðal stefnanda. Í bréfinu komi fram að stefndi hafi ákveðið að taka til athugunar hvort verðlagning matvöruverslana, sem hugsanlega væru í markaðsráðandi stöðu, samræmdist ákvæðum samkeppnislaga, einkum 11. gr. laganna. Í tilefni af bréfinu hafi stefnandi óskað eftir því að eiga fund með stefnda sem var haldinn 22. júní s.á. Á fundinum hafi stefndi gert grein fyrir tilefni athugunar sinnar og svarað fyrirspurnum stefnanda um hana. Stefnandi hafi óskað eftir viðbótarfresti til að veita umbeðin gögn og upplýsingar og hafi stefndi samþykkt það. Upplýsingar frá stefnanda ásamt gögnum hafi borist með bréfi 9. ágúst s.á.

Stefndi hafi, með bréfi 5. september s.á. til smærri aðila á matvörumarkaði, óskað eftir upplýsingum um veltu. Með bréfi 15. desember s.á. hafi stefndi óskað eftir upplýsingum frá ríkisskattstjóra um aðra aðila á markaðnum. Stefnandi hafi samið andmælaskjal í samræmi við 17. gr. reglna um málsmeðferð stefnda til að stuðla að því að málið væri að fullu upplýst og til að auðvelda stefnanda að nýta andmælarétt sinn. Með bréfi stefnda 5. nóvember 2007 hafi stefnandi verið boðið að tjá sig um efni andmælaskjalsins og frestur til þess ákveðinn 10. desember s.á. Með bréfi 12. nóvember s.á. hafi stefnandi óskað eftir að fá aðgang að gögnum málsins og að frestur til að gera athugasemdir við andmælaskjalið yrði framlengdur til 15. apríl 2008. Með bréfi 20. nóvember 2007 hafi afrit af umbeðnum gögnum verið send stefnanda að því undanskildu að ekki hafi verið veittur aðgangur að gögnum frá samkeppnisaðilum stefnanda sem innihéldu viðkvæmar trúnaðar upplýsingar, sbr. 17. gr. stjórnarsýslulaga og 16. gr. reglna nr. 880/2005 um málsmeðferð stefnda. Því hafi verið hafnað að veita frest til 15. apríl 2008 en frestur veittur til 11. janúar s.á.

Stefnandi hafi krafist þess 29. nóvember 2007 að stefndi drægi andmælaskjalið til baka með vísan til þess að stefndi hefði hafið athugun á öðru máli tengdu stefnanda sem lyti að sömu háttseminni. Með bréfi stefnda 4. desember

s.á. hafi kröfu stefnanda verið hafnað. Stefnandi hafi kært ákvörðunina til áfrýjunarnefndar samkeppnismála sem hafi vísað kærinni frá með úrskurði 11. janúar 2008.

Stefnandi hafi óskað eftir frekari fresti til að skila athugasemdum. Stefndi hafi fallist á að framlengja frest stefnanda til 1. febrúar s.á. Athugasemdir stefnanda við andmælaskjalið hafi borist með bréfi þann dag.

Að lokinni ítarlegri athugun á stöðu stefnanda og aðgerðum hans hafi stefndi komist að þeirri niðurstöðu með ákvörðun 19. desember 2008 að stefnandi hafi með nánar tilteknum aðgerðum á markaði fyrir sölu á dagvöru í matvöruverslunum brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga. Í ákvörðun stefnda komi fram að stefnandi sé markaðsráðandi á markaði fyrir sölu á dagvöru í matvöruverslunum. Athugun stefnda á verðlagningu stefnanda á öllum helstu mjólkurvörum í verslunum Bónuss á tímabilinu janúar 2005 fram í maí 2006 hafi leitt í ljós að verðið hafi verið langt undir breytilegum kostnaði. Ekki hafi verið sýnt fram á sérstakar hlutlægar eða málefnalegar ástæður sem réttlætt gætu verðlagninguna. Í henni hafi því falist ólögmæt verðlækkun sem hafi verið ætlað að draga úr samkeppni frá keppinautum stefnanda á matvörumarkaði. Verðlagningin hafi verið í ósamræmi við þá ríku skyldu sem hvíli á stefnanda að raska ekki samkeppni. Enda þótt neytendur njóti þess til skamms tíma að fá vöru eða þjónustu á mjög lágu verði leiði slík ólögmæt verðlækkun markaðsráðandi aðila til lengri tíma litið til hærra verðs til neytenda, minni gæða og þess að valkostum fækki. Með aðgerðunum hafi stefnandi í raun fest í sessi það orðspor sitt að engum keppinauti myndi líðast til frambúðar að bjóða neytendum vörur á lægra verði en boðið sé í verslunum Bónuss. Hegðunin sé til þess fallin að draga úr líkum á því að keppinautar Bónuss efni í framtíðinni til verðsamkeppni við verslanir fyrirtækisins. Þetta sé til þess fallið að auka enn frekar skaðleg áhrif aðgerða stefnanda. Því sé það niðurstaða stefnda að verðlagning stefnanda á mjólkurvörum í verslunum Bónuss hafi falið sér ólögmæta undirverð lagningu og farið gegn 11. gr. samkeppnislaga. Með vísan til þessa hafi stefnanda verið gert að greiða 315.000.000 króna í stjórnvaldssekt.

Með bréfi 7. janúar 2009 hafi stefnandi óskað eftir öllum gögnum sem lögju til grundvallar útreikningum stefnda á stærð markaðarins og markaðshlutdeild stefnanda. Einnig hafi stefnandi óskað eftir öllum útreikningum. Þessari beiðni hefði verið sýnað með bréfi stefnda 12. sama mánaðar með vísan til þess að gögn og útreikningar, sem stefnandi óskaði eftir, hefðu að geyma viðkvæmar viðskiptalegar upplýsingar sem féllu undir undanþáguákvæði 17. gr. stjórnsýslulaga, sbr. einnig 5. gr. upplýsingalaga nr. 50/1996.

Með kærnu 16. janúar 2009 hafi stefnandi skotið ákvörðun stefnda til áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Með úrskurði 4. mars s.á. hafi nefndin staðfest ákvörðun stefnda.

Stefnandi hafi óskað eftir því með tölvuskeyti til Fjársýslu ríkisins 9. mars s.á. að greiðsluseðill vegna sektarfjárhæðarinnar yrði afturkallaður og að stefnanda yrði veittur tveggja mánaða frestur til greiðslu sektarinnar en ella til 4. apríl sama árs án þess að hún bæri dráttarvexti. Með tölvuskeyti Fjársýslu ríkisins 19. sama mánaðar hafi erindi stefnanda verið sýnað.

Með bréfi til fjármálaráðuneytisins 20. mars s.á. hafi stefnandi óskað eftir heimild til að leggja fram bankaábyrgð fyrir greiðslu sektarinnar en því hafi verið hafnað með bréfi ráðuneytisins 1. apríl s.á. Með bréfi til Tollstjóra 2. apríl s.á., sem fylgt hafi ávísun stefnanda, hafi stefnandi lýst því að hann greiddi sektarfjárhæðina ásamt dráttarvöxtum með fyrirvara um lögmæti hvors tveggja sektarinnar og dráttarvaxtanna.

Krafa stefnda um sýknu sé reist á því að ákvörðun stefnda 19. desember 2008 og úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála 4. mars 2009 séu í samræmi við 11. gr. og önnur ákvæði samkeppnislaga. Einnig sé hún reist á því að meðferð málsins fyrir stefnda og nefndinni hafi verið í samræmi við meginreglur stjórnarsýsluréttar og stjórnarsýslulög. Stefndi mótmæli málsástæðum og yfirlýsingum stefnanda um að ákvörðun stefnda, úrskurður nefndarinnar og meðferð málsins hafi ekki verið í samræmi við lög og reglur. Þá mótmæli stefndi málsástæðum stefnanda, sem eingöngu snerti rökstuðning með ákvörðun stefnda, þar sem engin krafa sé gerð um ógildingu þeirrar ákvörðunar. Í málinu sé aðeins krafist að úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála verði felldur úr gildi eða honum breytt.

I. Meint brot á málsmeðferðarreglum.

Krafa stefnanda sé í fyrsta lagi reist á því að málsmeðferð samkeppnisyfirvalda hafi ekki verið í samræmi við stjórnarsýslulög og vandaða stjórnarsýsluhætti.

Stefndi mótmæli þeirri málsástæðu stefnanda sem rangri og þýðingarlausri að ákvörðun hefði átt að taka fyrir og að meðferð málsins hafi tekið fjögur ár. Einnig mótmæli stefndi því að meðferð á málinu hefði brotið gegn málshraðareglu 9. gr. stjórnarsýslulaga.

Athugun stefnda á því hvort verðlagning matvöruverslana, sem hugsanlega væru í markaðsráðandi stöðu, samræmdist ákvæðum samkeppnislaga, hafi hafist 7. júní 2006. Athugunin hafi leitt til þess frummats stefnda að stefnandi hefði verið í markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir sölu á dagvöru í matvöruverslunum og að aðgerðir hans hefðu brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga sem legði bann við því að markaðsráðandi fyrirtæki misnoti slíka stöðu. Þetta frummat stefnda hafi verið kynnt stefnanda í andmælaskjali 5. nóvember 2007. Stefndi hafi síðan veitt stefnanda tvívegis viðbótarfrest til að gera grein fyrir afstöðu sinni. Að fengnum athugasemdum stefnanda hafi stefndi tekið ákvörðun í málinu 19. desember 2008. Þess vegna sé rangt að ýja að því að málið hafi tekið fjögur ár. Burt séð frá því geti ætlað brot á 9. gr. stjórnarsýslulaga ekki leitt til ógildis úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Málinu hafi lokið með álagningu stjórnvaldssektar, en heimild til slíks falli ekki niður fyrir en að sjö árum liðnum frá því að háttsemi lauk, sbr. 1. mgr. 37. gr. a. samkeppnislaga. Stefndi mótmæli því að hann hefði ekki aflað nægilegra upplýsinga og brotið gegn rannsóknarreglu 10. gr. stjórnarsýslulaga. Við meðferð málsins hafi stefndi aflað fjölmargra gagna um íslenska matvörumarkaðinn, þar á meðal frá öllum aðilum sem störfuðu á honum. Leitaði hafi verið eftir viðhorfi stærstu verslanakeðja landsins til markaðarins eða markaða sem þær teldu sig starfa á. Á grundvelli mats á þessum gögnum hafi stefndi síðan gert grein fyrir frummati sínu í andmælaskjal með 104 blaðsíðum. Þá hafi stefnandi

fengið aðgang að öllum gögnum málsins nema þeim sem í voru trúnaðarupplýsingar. Stefnandi hafi því fengið tækifæri til að tjá sig um alla megin þætti málsins og að benda á mögulegan misskilning, leiðréttu upplýsingar og leggja fram ný gögn. Í ákvörðun stefnda og úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála sé með rökstuddum hætti tekin afstaða til allra sjónarmiða stefnanda. Rannsókn málsins hafi því verið vönduð og fullnægjandi. Stefndi mótmæli því að hann hafi engra upplýsinga aflað um starfsemi Aðfanga, hvorki hjá stefnanda né



fyrirtækinu. Stefndi hafi aflað umfangsmikilla upplýsinga í málinu, ekki aðeins frá stefnanda heldur jafnframt frá samkeppnisaðilum hans. Stefndi og forveri hans, Samkeppnisstofnun, hafi einnig aflað upplýsinga um matvörumarkaðinn í tengslum við mörg eldri mál og skýrslna sem snerti þann markað. Stefndi búi þess vegna yfir upplýsingum og þekkingu á mörkuðum hér á landi sem sérfræðistjórnvald. Í andmælaskjali stefnda sé rökstutt að innkaupa- og birgðafyrirtækið Aðföng styrki stöðu stefnanda. Í athugasemdum stefnanda hafi ekki verið bent á neinar villur eða misskilning í umfjöllun stefnda heldur tekið undir að því fylgi „*hagræði að reka slíkt vöruhús og það skil[i] sér í lægra vöruverði til neytenda*“. Stefnandi líti því sjálfur svo á að þetta hagræði styrki stöðu hans, enda þótt sumir af samkeppnisaðilum hans njóti sambærilegs hagræðis.

Stefndi mótmæli því að í ákvörðun stefnda séu fullyrðingar um nútíma verslunar hætti og kaupendahegðun, sem byggðust aðeins á huglægu mati starfsmanna stefnda, en hér sé um misskilning að ræða. Ákveðið hafi verið að skilgreina markað málsins sem sölu á dagvöru í matvöruverslunum. Engin áhrif hafi haft á úrslit málsins þótt fram komi í ákvörðun stefnda að rök væru fyrir því að skipta matvörumarkaðnum í stórinnskaup annars vegar og viðbótarinnskaup hins vegar, enda hafi það ekki verið gert.

Stefndi mótmæli því að hann hafi viðurkennt í greinargerð sinni til áfrýjunar nefndar samkeppnismála að vöruúrval bensinstöðva og klukkubúða sé sambærilegt. Þarna hafi stefnandi slitið úr samhengi orð greinargerðarinnar, en þau eigi við um atvik sem hafi átt sér stað eftir að stefndi tók ákvörðun sína. Á þeim tíma sem hér skipti máli hafi verið alkunna meðal þeirra sem þá hafi starfað á markaðnum að vöruúrval bensinstöðva hafi verið takmarkaðra en í svonefndum klukkubúðum. Þess vegna hafi sala á dagvöru í bensinstöðvum ekki verið talin hluti markaðarins. Stefnandi hafi ekki andmælt þessari staðhæfingu í athugasemdum sínum við andmælaskjal stefnda og hafi heldur ekki sýnt fram á að á þeim tíma er atvik máls þessa áttu sér stað hafi vöruúrval bensinstöðva verið þannig að það fullnægði þörf neytenda að geta keypt á einum stað allar helstu dagvörur sem þeir þurfi til heimilishalds.

Stefnandi vísi til þess að í ákvörðun stefnda séu fullyrðingar um að þjónusta veitingastaða sé ólík þjónustu klukkubúða sem ekki byggðust á rannsókn stefnda og stönguðust á við að markaður málsins sé skilgreindur út frá eftirspurnarlið. Stefndi mótmæli þessu en hann hafi aflað fullnægjandi upplýsinga til að skilgreina markað málsins, meðal annars frá aðilum á markaði. Í ákvörðun stefnda sé ítarlega rökstutt að markaðurinn sé skilgreindur út frá eftirspurnarlið, þ.e. út frá sjónarhóli neytenda. Sýnt sé fram á að matvöruverslanir fullnægi þeirri þörf neytenda að geta keypt á einum stað allar helstu dagvörur sem þeir þurfi til heimilishalds. Það geti neytendur ekki gert á veitingastöðum eða bensinstöðvum. Þjónusta matvöruverslana fullnægi

Því öðrum þörfum neytenda en veitingastaðir, sérværslanir og bensínstöðvar geri. Í EES/EB-samkeppnisrétti hafi sama niðurstaða ítrekað verið lögð til grundvallar í málum sem varði matvörumarkaðinn.

Stefndi mótmæli því að rannsókn á markaðshlutdeild stefnanda hafi verið áfátt. Í ákvörðun stefnda sé rökstutt að markaður málsins sé sala á dagvöru í matvöru verslunum. Fullnægjandi og vönduð rannsókn hafi farið fram á markaðshlutdeild stefnanda. Stefndi hafi fært fram fullnægjandi rök fyrir ályktun sinni um að skipting á matvörumarkaðinum í undirmarkaði leiddi til enn hærri hlutdeildar stefnanda. Stefndi hafi hins vegar ekki þurft að reikna nákvæmlega út þá hlutdeild stefnanda þar sem slík markaðsskilgreining hafi ekki verið lögð til grundvallar í málinu.

Stefnda Samkeppniseftirlitið hafi sýnt fram á að velta bensínstöðva vegna sölu á dagvöru hafi verið takmörkuð í samanburði við matvöruverslanir og því hefði það óveruleg áhrif á markaðshlutdeild stefnanda þótt hlutdeild þeirra væri tekin með. En jafnvel þótt hún væri tekin með hefði það ekki áhrif þar sem Skeljungur hefði verið undir yfirlýðingum stefnanda þegar atvik málsins áttu sér stað. Þrátt fyrir það hefði stefnandi ekki bætt sölu Skeljungs á dagvöru við sölu í matvöruverslunum sínum og sé því ósamkvæmur sjálfum sér í röksemdum um þetta atriði.

Stefnandi haldi því fram að stefnda Samkeppniseftirlitið hafi ekki gætt jafnræðis og samræmis við meðferð málsins og brotið jafnræðisreglu 11. gr. stjórnsýslulaga. Stefndi vísi til þess að í skýrslu sinni árið 2001 um matvörumarkaðinn 1996-2000 hafi samkeppnisyfirlit tekið fram að mælingar Hagstofu Íslands væru einu óyggjandi gögnin sem hægt væri að byggja á. Stefndi haldi því fram að stefndi telji að mælingar Hagstofunnar væru nú hins vegar ónothæfar. Stefndi mótmæli þessari málsástæðu stefnanda svo og þeirri staðhæfingu stefnanda að stefndi hafi ekki gætt samræmis í umfjöllun um matvörumarkaðinn í máli þessu annars vegar og í skýrslu samkeppnisyfirlitvalda um matvörumarkaðinn 2001 hins vegar. Staðhæfingar stefnanda séu reistar á misskilningi. Mælingar Hagstofunnar, sem samkeppnisyfirlit hafi stuðst við í umræddri skýrslu, varði verðþróun á mat- og drykkjarvörum. Þær upplýsingar Hagstofunnar sem stefnandi vísi til varði hins vegar flokkun á heildartekjum fyrirtækja í atvinnugreinaflokkum. Upplýsingarnar séu því allt annars eðlis. Þær upplýsingar sem stefnandi vísi til séu settar fram í öðrum tilgangi en að greina tekjur á skilgreindum samkeppnismörkuðum og nýtist þess vegna ekki til að reikna út markaðshlutdeild. Þessar upplýsingar endurspeglu ekki raunverulega markaðshlutdeild matvöruverslana, eins og útskýrt sé í greinargerð stefnda til áfrýjunarnefndar samkeppnismála.

Stefndi mótmæli því að samkeppnisyfirlit hafi í eldri málum ekki talið rétt að beita sektum þegar reyni á lagaatriði í fyrsta sinn. Stefndi geti ekki borið fyrir sig að þekkja ekki lög og reglur. Þá sé ekki um nýtt lagaatriði að ræða þar sem fyrir hafi legið skýr afstaða löggjafar- og framkvæmdarvalds um beitingu 11. gr. samkeppnislaga að þessu leyti. Í athugasemdum í frumvarpi til laga um breytingu á samkeppnislögum, sem urðu að lögum nr. 107/2000, sé sérstaklega tekið fram að markaðsráðandi fyrirtæki geti misnotað stöðu sína með undirverðlagningu. Á þessari reglu sé einnig byggt í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í málum nr. 17-18/2003.

Stefndi haldi því fram að stefndi hafi enga tilraun gert til að rökstyðja hvers vegna ekki hafi komið til greina að beita öðru úrræði en sektum vegna brota

stefnanda. Með þessu hafi stefndi brotið meðalhófsreglu 12. gr. stjórnsýslulaga. Stefndi mótmæli þessari málsástæðu. Málið sé ekki hið fyrsta sinnar tegundar hér á landi og um sé að ræða mjög alvarleg brot á samkeppnislögum. Stefnda beri því að leggja sekt á stefnanda í samræmi við 1. mgr. 37. gr. samkeppnislaga enda eigi undanþáguákvæði 1. ml. 4. mgr. 37. gr. laganna ekki við. Sektir skapi bæði almenn og sérstök varnaðaráhrif og séu mikilvægt tæki til að tryggja að fyrirtæki fari að samkeppnislögum. Þessum varnaðaráhrifum verði ekki náð nema með því að leggja sekt á stefnanda sem hæfi hinu alvarlega broti.

Stefndi mótmæli því að hafa ekki gætt að lagafyrirmælum um að veita aðila máls kost á að tjá sig um efni þess áður en ákvörðun var tekin í því, sbr. 13. gr. stjórn sýslulaga. Í andmælarétti samkvæmt IV. kafla laganna felist að aðili máls eigi rétt á að fá upplýsingar um að mál hans sé til meðferðar, fá aðgang að gögnum máls og tjá sig um efni þess áður en ákvörðun er tekin í því. Aðili máls eigi hins vegar almennt ekki rétt á að fá upplýsingar um rökstuðning eða túlkun á lögum áður en ákvörðun er tekin. Stefndi hafi verið gefinn kostur á að tjá sig um efni málsins með því að gera athugasemdir við ítarlegt andmælaskjal þar sem komið hafi fram frummat stefnda á öllum helstu atriðum málsins.

Stefnandi haldi því fram að andmælaskjal stefnda Samkeppniseftirlitsins byggist á sjónarmiðum úr skýrslu breskra samkeppnisyfirvalda sem hafi verið heimfærð á íslenskan matvörumarkað. Við meðferð málsins hafi stefndi haft hliðsjón af framkvæmd í erlendum samkeppnisrétti, eins og í öðrum málum, og metið hvort aðstæður væru svipaðar. Þar sem stærð verslana hafi ekki verið sambærileg hér á landi og erlendis hafi ekki verið talin ástæða til að skipta matvörumarkaðnum í undirmarkaði. Stefndi hafi haft fulla vitneskju um þetta atriði og átt þess kost að tjá sig um það. Stefndi mótmæli því að þetta verklag sé í andstöðu við lög.

Stefnda Samkeppniseftirlitið mótmæli því að í ákvörðun þess sé byggt á persónulegum skoðunum starfsmanna hans um íslenskan matvörumarkað en ekki áður nefndri skýrslu breskra samkeppnisyfirvalda. Þótt stefndi hafi bent á það í andmælaskjali sínu að fræðileg rök kynnu að standa til þess að skipta matvöruverslunum í verslanir fyrir stórinnskaup annars vegar og viðbótarinnskaup hins vegar hafi markaðurinn verið skilgreindur sem sala á dagvöru í matvöruverslunum, líkt og gert hafi verið í eldri ákvörðunum samkeppnisyfirvalda hér á landi.

Í andmælaskjali stefnda hafi verið bent á að samkeppnisyfirvöld hafi í eldri málum skilgreint markaðinn sem sölu á dagvöru í matvöruverslunum. Tekið hafi verið tillit til sjónarmiða stefnanda og komist að þeirri niðurstöðu að miða áfram við sömu skilgreiningu. Stefndi hafi fengið að tjá sig um alla þætti mögulegrar markaðs skilgreiningar og gera grein fyrir öllum sjónarmiðum sínum að þessu leyti fyrir áfrýjunarnefnd samkeppnismála.

Stefnandi vísi einnig til að áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafi ekki komist yfir að skoða gögn málsins á þeim sex vikum sem hún hafi haft til að afla sjónarmiða og komast að niðurstöðu. Þessari málsástæðu stefnanda sé mótmælt sem rangri og ósannaðri.

Stefnandi haldi því fram að hann hafi ekki fengið aðgang að gögnum málsins og með því hafi stefndi brotið gegn upplýsingarétti hans samkvæmt 15. gr. stjórnsýslulaga. Með því að fá ekki aðgang að gögnum hafi stefndi ekki getað

staðreynt útreikninga á markaðshlutdeild hans. Stefndi mótmæli þessari málsástæðu stefnanda sem þýðingarlausri. Stefnanda hafi verið boðið að gera athugasemdir við andmælaskjal 5. nóvember 2007, en í því hafi meðal annars verið gerð grein fyrir markaðshlutdeild stefnanda og samkeppnisaðila hans. Andmælaskjalinu hafi fylgt listi um gögn málsins, en gögn frá samkeppnisaðilum stefnanda, sem hafi innihaldið viðskiptaupplýsingar, hafi hins vegar verið merkt sem trúnaðarmál í samræmi við 17. gr. stjórnslulaga. Með bréfi 12. nóvember 2007 hafi stefnandi óskað eftir afriti af þeim gögnum sem tilgreind voru á listanum. Bréfi stefnda til stefnanda 20. nóvember 2007 hafi fylgt afrit af gögnum málsins að undanskildum þeim gögnum sem merkt voru sem trúnaðarmál. Stefnandi hafi ekki gert athugasemdir við þessa ákvörðun stefnda, hvorki í athugasemdum sínum við andmælaskjalið né í öðrum bréfaskriftum sínum við stefnda. Stefnandi hafi ákveðið að nýta ekki rétt sinn til að bera synjun um aðgang að gögnum sem innihéldu trúnaðarupplýsingar undir áfrýjunarnefnd samkeppnismála.

Stefnandi haldi því fram að stefndi hafi ekki gætt vandaðra stjórnsluhátta með því að birta ákvörðun sína 19. desember 2008. Stefndi mótmæli þessari málsástæðu, enda hafi stefnda borið að tilkynna stefnanda um ákvörðun sína um leið og hún lá fyrir, sbr. 1. mgr. 20. gr. stjórnslulaga.

II. Markaðsráðandi staða.

Krafa stefnanda sé í öðru lagi reist á því að hann hafi ekki verið í markaðsráðandi stöðu á því tímabili er atvik málsins áttu sér stað. Stefndi mótmæli þessari málsástæðu stefnanda þar sem stefnandi hafi verið í markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir sölu á dagvöru í matvöruverslunum á umræddu tímabili. Stefnandi



hafi haft um 60% markaðshlutdeild á höfuðborgarsvæðinu og um 50% hlutdeild á landinu öllu á árunum 2005 og 2006. Þegar af þessari ástæðu hafi stefnandi verið í markaðsráðandi stöðu. Þá hafi samkeppnisyfirvöld þrisvar áður talið stefnanda, þá Baug, vera í markaðsráðandi stöðu, síðast á árinu 2002. Athugun stefnda hafi leitt í ljós að stefnandi hafi frá þeim tíma verulega styrkt stöðu sína. Markaðshlutdeild stefnanda sé meira en tvöfalt hærri en næsta keppinautar hans, Kaupáss, á landinu öllu og höfuðborgarsvæðinu. Engum blöðum sé um það að fletta að stefnandi sé í markaðsráðandi stöðu.

Við úrlausn málsins hafi verið lagt til grundvallar að markaður málsins sé „sala á dagvörum í matvöruverslunum“. Dagvörur séu mat- og drykkjarvörur auk hrein lætis- og snyrtivara. Stefndi mótmæli því að hann hafi þrengt skilgreiningu markaðarins með „ómálefnalegum og ólögætum hætti með því að undanskilja veltu aðila á markaðnum sem sannanlega starfa á honum í samkeppni við verslanir stefnanda“. Í ákvörðun stefnda sé ítarlega rökstutt að markaðurinn sé skilgreindur út frá eftirspurn, þ.e. út frá sjónarhóli neytenda. Einkenni matvöruverslana sé mikið framboð af dagvörum. Í ákvörðun stefnda sé sýnt fram á að matvöruverslanir fullnægi þeirri þörf neytenda að geta keypt á einum stað allar helstu dagvörur sem þurfi til heimilishalds. Það geti neytendur t.d. ekki gert á veitingastöðum eða hjá fisksala. Þó bensínstöðvar selji víska flokka dagvöru sé vöruúrval þeirra mun takmarkaðra en almennra matvöruverslana. Þjónusta matvöruverslana fullnægi því öðrum þörfum neytenda en veitingastaðir, sérsverslanir og bensínstöðvar.

Sérverslanir og bensínstöðvar falli því utan markaðarins. Þessi niðurstaða sé í samræmi við eldri úrlausnir hér á landi og erlendis.

Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála og ákvörðun stefnda sé litið til matvörumarkaðarins eins og hann hafi verið á brotatímabilinu, þ.e. árunum 2005 og 2006. Á þeim tíma hafi engar bensínstöðvar fullnægt þörf neytenda fyrir heildar innkaup á dagvörum. Stefndi mótmæli sem þýðingarlausum yfirlýsingum og málsástæðum stefnanda byggðum á atvikum sem síðar kunni að hafa komið til, þar á meðal könnunum. Enga þýðingu hafi fyrir gildi úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála hvort í dag kunni að vera minni munur á bensínstöðvum og nýjum 10-11 verslunum. Þá skipti engu máli um gildi úrskurðarins hverjar séu neysluvenjur ungmenna í dag þótt það gæti haft þýðingu í nýju máli þar sem aðgerðir á markaði í dag væru til athugunar.



Stefndi mótmæli því einnig að í ákvörðun hans sé byggt á því að „*enginn kaupir dagvöru á bensínstöðvum*“. Byggt sé á því að vöruúrval bensínstöðva á dagvörum sé miklum mun minna en matvöruverslana. Bensínstöðvar fullnægi ekki neysluþörf heimila og teljist því ekki hluti þess markaðar sem matvöruverslanir starfi á.

Stefnandi haldi því fram að niðurstaða um markaðshlutdeild keppinauta stefnanda sé röng en því mótmæli stefnda Samkeppniseftirlitið. Það hafi sent fyrirspurnir til allra aðila sem reki matvöruverslanir á Íslandi þar sem óskað hafi verið eftir því að tekjur þeirra væru sundurliðaðar eftir því hvort um væri að ræða sölu á dagvöru eða sérvöru. Heimild stefnanda til að krefjast þessara upplýsinga sé í 19. gr. samkeppnislaga en samkvæmt 41. gr. b laganna sé refsivert að veita rangar upplýsingar. Upplýsinga um tekjur minnstu verslana hafi verið aflað frá Ríkisskattstjóra. Svör hafi borist frá öllum þessum aðilum, meðal annars stefnanda sem telji rétt að byggja á sínum eigin upplýsingum við mat á markaðshlutdeild. Stefnandi hafni því hins vegar að stefndi styðjist við upplýsingar keppinauta sinna án þess að færa fyrir því nokkur rök. Stefndi vísi til gagna, sem hald hafi verið lagt á við húsleit hjá stefnanda, en hafi ekki verið skoðuð fyrir en eftir að úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála lá fyrir. Þar komi skýrt fram að stefnandi telji að hann hafi mjög sterka stöðu á markaðnum og líti svo á að þær aðgerðir sem um ræðir í máli þessu hafi styrkt stöðu hans og sett keppinauta hans „í þrönga stöðu“.

Stefnandi haldi því fram að gríðarlegur munur sé á þeirri heildarveltu sem stefndi hafi stuðst við annars vegar og veltu samkvæmt öðrum mælikvörðum (Hagstofu og Rannsóknarseturs verslunarinnar) hins vegar. Stefndi mótmæli þessari málsástæðu stefnanda. Að því er snerti upplýsingar Hagstofu Íslands (74.000 milljónir króna) varpi þær ekki réttu ljósi á heildarstærð þess markaðar sem skilgreindur hafi verið í málinu. Hvað varði rannsókn á útgjöldum heimila (72.000 milljónir króna) sé velta bensínstöðva og sérverslana með matvörur, t.d. kjöt- og fiskbúða, ekki undanskilin, eins og stefnandi haldi fram. Upplýsingar frá Rannsóknarsetri verslunarinnar á heildarstærð markaðarins (72.900 milljónir króna) séu ekki þær sömu og stefnandi hafi fengið þaðan og noti í kynningum sínum á markaðshlutdeild.

Við mat á markaðshlutdeild hafi legið til grundvallar upplýsingar um veltu matvöruverslana vegna sölu á dagvöru. Þessara upplýsinga hafi verið aflað beint frá verslunum, þ.á m. stefnanda, en velta hans hafi verið 29 milljarðar króna. Sambærileg „óumdeild velta“ annarra matvöruverslana hafi verið 28,9 milljarðar króna og

heildarstærð markaðarins því 57,9 milljarðar króna. Hlutdeild stefnanda hafi því verið um 50% á landinu öllu en um 60% á höfuðborgarsvæðinu.



Stefndi mótmæli því að það sé „tilviljunarkennt“ hvaða upplýsingar samkeppnis yfirvöld noti, eins og stefnandi haldi fram. Ummæli forsvarsmanna stefnanda og önnur gögn frá stefnanda sýni að stefnandi hafi sjálfur litið svo á að markaðs hlutdeild hans væri í kringum 50% á landinu öllu þegar atvik þessa máls áttu sér stað. Stefnandi leggi áherslu á háa hlutdeild sína samanborðið við helstu samkeppnisaðila, eins og fram komi í gögnum sem stefndi hafi lagt hald á við húsleit hjá stefnanda 15. nóvember 2007. Þessi gögn hafi verið lögð fram í málinu í ljósi staðhæfinga stefnanda þótt þau hafi ekki verið hluti af gögnum stjórnisýslumálsins. Í kynningu Finns Árnasonar, forstjóra stefnanda, sem fylgt hafi tölvuskeyti hans 29. september 2005 komi fram að markaðshlutdeild stefnanda sé 51,74% miðað við tæplega 29 milljarða króna veltu. Í kynningunni segi að stuðst sé við upplýsingar frá Rannsóknarsetri verslunarinnar. Samkvæmt því hafi Rannsóknarsetrið talið heildarveltu á markaðnum vera um 56 milljarða króna, ólíkt því sem stefnandi haldi fram. Í kynningu forstjórans, sem fylgt hafi tölvuskeyti hans 5. desember 2005, komi fram að markaðshlutdeild stefnanda sé 51% miðað við að heildarvelta á markaðnum sé 56-58 milljarðar króna. Í kynningu forstjórans, sem fylgt hafi tölvuskeyti hans 22. maí 2006, komi fram að stefnandi sé með 50% hlutdeild í matvöru miðað 55-57 milljarða króna heildarveltu á markaðnum. Í kynningu, sem fylgt hafi tölvupósti forstjóra stefnanda 31. janúar 2007, segi meðal annars: „Hagar today“, „Strong position on the food market with 52% market share. Operating with three different brands.“ Í kynningu Lárusar Óskarssonar, framkvæmdastjóra Aðfanga, birgðahúss stefnanda, sem fylgt hafi tölvuskeyti hans 27. júní 2007, komi fram að hlutdeild Bónuss, Hagkaups og 10-11 sé samtals 51%.

Af framangreindum gögnum sé ljóst að stefnandi hafi talið markaðshlutdeild sína vera um 51-52% á þeim tíma sem atvik máls þessa áttu sér stað. Þetta sé í samræmi við þá niðurstöðu sem stefndi hafi komist að eftir að hafa aflað gagna frá öllum fyrirtækjum sem starfi á matvörumarkaði. Samtímagögn, sem stafi frá stefnanda, hafi ríkt sönnunargildi við mat á því hvort hann hafi verið í markaðsráðandi stöðu, sbr. t.d. dóm Hæstaréttar Íslands 19. febrúar 2004 í máli nr. 323/2003, *Skífan hf. gegn samkeppnisráði*.




Stefnandi haldi því fram að upplýsingar um heildareignir og eigið fé móðurfélags stefnanda í ákvörðun stefnda hafi ekki verið byggðar á upplýsingum í ársreikningum heldur yfirlýsingum á heimasíðu. Stefndi mótmæli þessu sem röngu. Í töflum 18-21 í ákvörðun stefnda sé yfirlit yfir heildareignir og eigið fé stefnanda og helstu keppnauta hans annars vegar og heildareignir og eigið fé Baugs Group og Norvikur (móðurfélags Kaupáss) hins vegar fyrir árin 2004, 2005 og 2006. Upplýsingar sem þar komi fram séu fengnar úr ársreikningum viðkomandi félaga sem aflað hafi verið frá þeim. Upplýsingar um heildartekjur þeirra félaga sem Baugur Group hafi haft yfirráð yfir hafi ekki komið fram í ársreikningum Baugs Group. Þegar fyrirspurn þessa efnis var beint til félagsins hafi svörin verið afar ótrúverðug. Upplýsingar um veltu fyrirtækja í eigu Baugs Group hafi hins vegar verið á heimasíðu þess félags og hafi verið miðað við hana í ákvörðuninni. Hvað sem þessu líði sé ótvírætt að framangreindar upplýsingar sem Baugur Group hafi birt opinberlega styðji að sú samstæða sem stefnandi tilheyrði hafi verið

efnahagslega mjög sterk á því tímabili er atvik málsins áttu sér stað. Upplýsingar um eigið fé og heildareignir stefnanda og Baugs Group sýni enn fremur að stefnandi hafi haft mun meiri efnahagslegan styrkleika en samkeppnisaðilar hans. Enga þýðingu hafi við úrlausn málsins hvernig rekstur móðurfélags stefnanda hafi þróast eftir að brotin áttu sér stað.

Stefndi mótmæli því að nauðsynlegt sé að sýna fram á að stefnandi hafi haft greiðan aðgang að fjármunum frá móðurfélagi sínu. Í samkeppnisrétti sé þess ekki krafist að sýnt sé fram á að markaðsráðandi fyrirtæki hafi yfir að ráða tilteknu fjár magni við mat á því hvort aðgerðir þess feli í sér brot gegn 11. gr. samkeppnislaga. Í ákvörðun sinni hafi stefndi engu að síður bent á fjárhagslegan styrkleika móðurfélags stefnanda.

Stefnandi vísi til þess að í ákvörðun sinni hafi stefndi staðhæft án nokkurrar rannsóknar að fyrirtækið Aðföng fæli í sér hagræðingu o.fl. Stefndi mótmæli þessari málsástæðu stefnanda. Í athugunum samkeppnisyfirvalda á matvörumarkaðnum hafi áður verið fjallað ítarlega um rekstur birgðahúsa, svo sem í skýrslu samkeppnisyfirvalda um matvörumarkaðinn frá árinu 2001. Stefndi mótmæli því að hann hafi ekki haft neina þekkingu á rekstri Aðfanga eða birgðahúsa á dagvörumarkaði. Í andmælaskjali hafi að miklu leyti verið stuðst við fyrirliggjandi upplýsingar um Aðföng og þess vænst að ef grundvallarbreytingar hefðu orðið á starfseminni yrði þess getið í athugasemdum stefnanda. Engar athugasemdir hafi verið gerðar heldur fullyrt þvert á móti að Aðföng fæli í sér hagræðingu sem stuðlaði að lægra vöruverði. Stefnandi hafi þannig tekið undir sömu atriði og stefndi hafi byggt á. Í athugasemdunum sé tekið fram að rekstur vöruhúss sé „*nauðsynlegur þáttur í nútíma rekstri verslana á dag- og matvörumarkaði*“. Stefndi hafi mátt treysta lýsingu stefnanda á mikilvægi Aðfanga og byggja ákvörðun sína á því að rekstur þess fæli í sér hagræðingu fyrir verslanir stefnanda. Stefndi mótmæli þess vegna að athugun hans hafi að þessu leyti verið

 ábótavant. Í stefnu sé því haldið fram að stefndi byggi á því í ákvörðun sinni að



miklu hærra hlutfall en þriðjungur af vörukaupum stefnanda í „mat- og dagvöru“ færi fram í gegnum Aðföng. Stefndi mótmæli þessari staðhæfingu sem rangri. Þessu sé hvergi haldið fram í ákvörðuninni. Þar segi að flestir innflytjendur og framleiðendur á þurrvöru dreifi vörum sínum í gegnum birgðahúsin. Enda þótt hlutfall þurrvöru kunnist vera um þriðjungur af heildarflokki dagvara dragi það ekki úr mikilvægi Aðfanga fyrir stefnanda.

Í stefnu sé því haldið fram að stefndi hafi í ákvörðun sinni gert lítið úr hlut vöruhússins Búrs sem hafi á þeim tíma verið í sameiginlegri eigu keppinautanna, Kaupáss, Samkaupa og fleiri aðila. Stefndi mótmæli þessari staðhæfingu sem rangri. Í ákvörðuninni sé tekið fram að starfsemi Búrs auki að öllum líkindum samkeppnishæfni þeirra aðila sem að því stæðu. Á hinn bóginn sé bent á að Búr væri ekki í sömu stöðu og Aðföng til að nýta kosti lóðréttrar samþættingar. Vísað hafi verið meðal annars til þess að Kaupás hafi í kjölfar verðstríðs matvöruverslana á árunum 2005 og 2006 fært töluverðan hluta af innkaupum sínum frá Búri til að hagræða í rekstri og gera Kaupás samkeppnishæfari.

Stefndi mótmæli því sem röngu að hann hafi í ákvörðun sinni haldið því fram að Europris hafi hrökklast af markaði þegar fyrirtækið hafi í reynd fjölgað verslunum

sínum úr þremur í sex. Verslanir Europrís bjóði upp á mun takmarkaðra vöruúrval en almennar matvöruverslanir. Þær bjóði ekki lengur upp á stóra mikilvæga vörflokka eins og mjólkurvörur, brauð, ferskt grænmeti og kjötvörur, sem sé forsenda þess að neytendur geti fullnægt daglegum neysluþörfum sínum. Áherslur Europrís hafi því breyst verulega frá því að fyrsta verslunin var opnuð árið 2002 með það í huga að efna til verðsamkeppni á matvörumarkaði. Verslanir Europrís hafi þess vegna hrökklast af markaðnum og skipti því ekki máli hvort verslunum fyrirtækisins hafi fjölgað á liðnum árum.

Stefndi mótmæli því sem stefnandi haldi fram að upphaf starfsemi Bónuss fyrir 20 árum sýni að takmarkaðar aðgangshindranir séu að markaðnum. Aðstæður á markaðnum hafi verið allt aðrar þá en núna. Stefnandi sé með 50-55% hlutdeild á landinu öllu og um 60% hlutdeild á höfuðborgarsvæðinu. Þessari hlutdeild hafi stefnandi og forverar hans haldið í langan tíma á meðan hlutdeild samkeppnisaðila hafi almennt minnkað eða staðið í stað. Nýir keppnautar hafi ekki náð að hasla sér völl síðastliðin 10-15 ár. Þetta sé til marks um miklar aðgangshindranir. Stefnandi mótmæli því að atvik, sem hafi átt sér stað eftir að stefnandi braut gegn 11. gr.

Samkeppnislaga, um samkeppni og aðgang að húsnæði á árinu 2009, skipti hér máli. Þar fyrir utan hafi engin samkeppni hafist. Í ákvörðun stefnda sé engin umfjöllun um aðgang að húsnæði.

III. Misnotkun á markaðsráðandi stöðu.

Krafa stefnanda sé í þriðja lagi reist á því að hann hafi ekki misnotað markaðsráðandi stöðu sína, en stefndi mótmæli því. Stefnandi hafi brugðist við verðsamkeppni samkeppnisaðila sinna með mjög harkalegum aðgerðum sem leitt hafi til þess að markaðsráðandi staða hans styrktist. Aðgerðir stefnanda hafi meðal annars falist í því að selja mjólk og mjólkurvörur í verslunum Bónuss á verði sem hafi verið langt undir breytilegum kostnaði. Aðgerðirnar hafi verið til þess fallnar að fæla samkeppnisaðila Bónuss frá því að efna til verðsamkeppni við verslanir fyrirtækisins í framtíðinni og þær hafi brotið í bága við 11. gr. samkeppnislaga.

Stefndi mótmæli þeirri málsástæðu stefnanda sem þýðingarlausri að undir verðlagning sé hluti af starfsemi smásöluverslana um allan heim. Með 11. gr. samkeppnislaga sé lagt bann við því að markaðsráðandi fyrirtæki grípi til undirverðlagningar, ekki síst á viðkvæmum mörkuðum eins og matvörumarkaði. Þótt hugtakið undirverðlagning sé ekki skilgreint í íslenskum lögum og ekki tiltekin sjónar mið, sem eigi að líta til við mat á því hvort um undirverðlagningu sé að ræða, eða að engum megi refsá nema heimild sé til þess í lögum, þá skipti það ekki máli fyrir það sem hér um ræði. Ákvæði 11. gr. samkeppnislaga feli í sér vísireglu um hegðun markaðsráðandi fyrirtækis og þar sé ekki tæmandi lýsing á háttsemi sem geti talist brot á ákvæðinu. Þess í stað sé bönnuð öll misnotkun á markaðsráðandi stöðu og nefnd dæmi um hvað í því geti falist. Hæstiréttur hafi hafnað því að ákvæði 11. gr. þágildandi samkeppnislaga væri of óljóst til að ákvörðun viðurlaga yrði reist á henni, sbr. dóm Hæstaréttar 19. febrúar 2004 í máli nr. 323/2003, Skífan hf. gegn samkeppnisráði. Í dómi Hæstaréttar 2. október 2008 í máli nr. 640/2007, *Flughjónustan Keflavíkurflugvelli ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu*, sé talið að ákvæðið næði yfir tilvik enda þótt þess sé ekki berum orðum getið í ákvæðinu, þ.e.

Þanni við sértækri verðlækkun markaðsráðandi fyrirtækis. Þá vísi stefndi til dóms Hæstaréttar 2. október 2008 í máli nr. 550/2007, *Árdegi hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Lagaákvæðið sé orðað með mjög áþekkingum hætti og samskonar bannreglur í samkeppnislögum hinna Norðurlandanna og annarra Evrópuþjóða. Engar úrlausnir séu hins vegar um að slík ákvæði fullnægi ekki kröfum um skýrleika refsheimilda í stjórnarskrá og mannréttindasáttmála Evrópu.

Stefnandi hafi mátt vita að undirverðlagning markaðsráðandi fyrirtækis gæti strítt gegn 11. gr. samkeppnislaga. Þetta komi skýrt fram í athugasemdum með frumvarpi sem varð að lögum nr. 107/2000. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 17-18/2003 (og í ítarlegri ákvörðun samkeppnisráðs í því máli) sé útskýrt með nákvæmum hætti í hverju slíkt brot gæti falist. Stefnandi hafi beitt þeim viðmiðum í ákvörðun sinni og áfrýjunarnefnd samkeppnismála staðfest þá niðurstöðu.

Stefnandi haldi því fram að stefnda hafi verið óheimilt að byggja eingöngu á viðmiðunum sem fram komi í EES/EB-samkeppnisrétti og „líta algerlega framhjá íslenskum lögum“. Stefnandi mótmæli þessari málsástæðu sem rangri og þýðingarlausri. Í ákvörðun stefnda og úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála sé 11. gr. samkeppnislaga skýrð í samræmi við lögskýringargögn og réttarheimildir og einnig höfð hliðsjón af framkvæmd í EES/EB-rétti við túlkunina, enda sé ákvæðið efnislega samhljóða 54. gr. EES-samningsins og 82. gr. Rómarsáttmálans. Í frumvarpi því sem varð að lögum nr. 107/2000 hafi verið sérstaklega miðað við að ákvæðið væri skýrt í samræmi við þessar fyrirmyndir. Stefnandi hafi borið að hafa hliðsjón af EES/EB-samkeppnisrétti í málum þar sem lögð er á sekt vegna brota á 11. gr. samkeppnislaga.

Stefndi mótmæli því sem röngu að hafa ekki metið hvort hlutlægar réttlætningar ástæður hafi heimilað aðgerðir stefnanda. Stefnandi hafi tekið afstöðu til þess hvort undirverðlagning stefnanda verði réttlætt með því að aðgerðir stefnanda hafi falið í sér viðbrögð við aðgerðum Krónunnar, sem hafi átt frumkvæði að verðstríði fyrirtækjanna, að stefnandi hafi verið heimilt að mæta samkeppni Krónunnar og að verðstefna Bónuss hafi knúið stefnanda til að standa við loforð sitt gagnvart neytendum um að vera alltaf ódýrastir. Stefnandi hafi í ákvörðun sinni rökstutt að aðgerðirnar gætu ekki réttlætt aðgerðir stefnanda. Í ákvörðuninni sé einnig hafnað að aðrar mögulegar ástæður gætu réttlætt verðlagningu stefnanda. Staðhæfingar stefnanda um að stefndi hafi ekki metið hvort hlutlægar réttlætningarástæður hafi heimilað aðgerðir hans sé því röng. Engar málefnalegar forsendur hafi verið fyrir verðlagningu stefnanda og því um skýrt brot að ræða.



Stefnandi haldi því fram að stefndi hafi álitid það vandkvæðum bundið að finna breytilegan kostnað, t.d. á einum lítra af mjólk, þ.e. húsaleigukostnað, launakostnað o.þ.h. Til einföldunar hafi stefndi aðeins miðað við „*innkaupsverð vörunnar, sem var auðvelt að finna út en sleppt breytilega kostnaðinum*“. Á þetta sé ekki fallist, en stefndi hafi miðað við breytilegan kostnað vöru í smásölu, sem samanstandi að stærstum hluta af innkaupsverði hennar, auk annarra þátta, s.s. veltutengdri leigu, launakostnaði o.fl. Það sé því rangt að stefndi hafi í útreikningum sínum sleppt breytilegum kostnaði. Á smásölumarkaði fyrir matvöru sé innkaupsverð, að frádregnum öllum afsláttum, fullnægjandi nálgun sem meðaltal breytilegs kostnaðar. Það sé í samræmi við úrlausnir annarra samkeppnisyfirvalda sem hafi haft undirverðlagningu til skoðunar. Með því að styðjast aðeins við innkaupsverð

hafi aðrir breytilegir kostnaðarliðir verið vanmetnir. Ef þessir liðir hefðu verið teknir með hefði breytilegi kostnaður stefnanda verið hærri og undirverðlagning hans þeim mun meiri. Útreikningar stefnda hafi því verið ívilnandi fyrir stefnanda og því örðugt að átta sig á þessum athugasemdum hans. Þá mótmæli stefndi því að fyrirtæki í markaðsráðandi stöðu megi bjóða vöru á verði sem sé lægra en kostnaðarverð hennar ef samkeppnisaðilar þess lækki sitt verð.

Ákvæði 11. gr. samkeppnislaga leggi þá skyldu á herðar fyrirtækis í markaðsráðandi stöðu að grípa ekki til neinna aðgerða sem raskað geti þeirri samkeppni sem ríki á nánar tilteknum markaði, sbr. t.d. Úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2006, *Dagur Group hf. gegn Samkeppniseftirlitinu* og dóm Hæstaréttar í því máli sem áður sé vitnað til. Ólögmaett geti verið fyrir markaðsráðandi fyrirtæki að grípa til aðgerða, sem almennt þyki sjálfsagðar á samkeppnismarkaði, og alls ekki sjálfgefið að því sé að lögum heimilt að svara í nákvæmlega sömu mynt telji það vegið að sínum viðskiptahagsmunum.

Markaðsráðandi fyrirtæki sé ekki heimilt að mæta samkeppni með verðlagningu, sem feli í sér að vara sé seld undir kostnaðarverði, sbr. meðal annars úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í málum nr. 17-18/2003 og dóm undirréttar EB *France Telecom gegn framkvæmdastjórninni*. Með dómi sínum 2. apríl 2009 í máli nr. C-202/07P hafi dómstóll EB hafnað kröfu France Telecom um að dómur undirréttarins yrði felldur úr gildi. Staðhæfing stefnanda um að markaðsráðandi fyrirtæki sé heimilt að bjóða vöru til sölu á verði undir kostnaðarverði sé þess vegna röng.

 Text Box:

Stefndi mótmæli einnig staðhæfingu stefnanda um að aðgerðir stefnanda hafi einkennst af meðalhófi. Stefnandi hafi ekki jafnað verð samkeppnisaðila sinna heldur boðið betur. Þegar af þessari ástæðu hafi aldrei getað verið um að ræða eðlileg varnarviðbrögð. Þá hafi aðgerðir stefnanda staðið yfir í langan tíma en í gögnum málsins komi fram að undirverðlagningin á flestum vörutegundunum hafi staðið yfir í langan tíma. Framlegðartap vegna sölu á þessum vörutegundum hafi verið 337 milljónir króna. Af þessu sé ljóst að undirverðlagningin hafi átt sér stað samfellt í um 15 mánaða skeið. Það sé langur brotatími og forstjóri stefnanda hafi lýst því yfir að aðgerðirnar hafi kostað um 700 milljónir króna, sbr. viðtal við hann í Morgunblaðinu 19. janúar 2006. Þetta gefi skýrlega til kynna mikið umfang hinna ólögmaetu aðgerða.

Stefnandi haldi því fram að hann hafi aldrei verið „*skilgreindur markaðsráðandi aðili*“, eins og segi í stefnu. Stefndi mótmæli þessari málsástæðu sem rangri og þýðingarlausri. Í skilningi samkeppnislaga sé stefnandi og forveri þess, Baugur, eitt og sama fyrirtækið. Samkeppnisyfirvöld hafi í þremur eldri málum komist að þeirri niðurstöðu að þetta fyrirtæki væri í markaðsráðandi stöðu og að fyrirtækið hefði styrkt stöðu sína síðan. Það sé því alveg ljóst að samkeppnisyfirvöld hefðu litið svo á að fyrirtækið væri markaðsráðandi. Stefnanda hafi mátt vera þetta ljóst áður en hann ákvað að grípa til þeirra aðgerða sem um ræði í málinu.

Stefndi mótmæli því að aldrei hafi verið gerð „*heildstæð rannsókn á dag- og matvörumarkaðnum til að skilgreina markaðshlutdeild aðila sem á honum starfa*“. Samkeppnisyfirvöld hafi gert ítarlega athugun á matvörumarkaðinum sem var birt í skýrslunni 2001. Í skýrslu Norrænna samkeppnisfirvalda, sem hafi komið út í

Desember 2005, hafi verið fjallað um markaðinn hér á landi, þ.m.t. markaðshlutdeild matvöruverslana á Íslandi.

Stefndi mótmæli því að hann hafi sagt áfrýjunarnefnd samkeppnismála ósatt um tilgang athugunar sinnar eins og stefnandi haldi fram. Einnig mótmæli stefndi því að hann hafi upplýst stefnanda um það á fundi 22. júní 2006 að athugun hans hefði aðeins þann tilgang að skoða stærð markaðarins og meta hlutdeild aðila. Minnisblað lögmanns stefnanda frá 26. júní 2006 sé ekki „óræk sönnun þess“, enda ekki staðfest af starfsmönnum stefnda. Þar fyrir utan komi fram í minnisblaðinu að stefndi ætli sér að leggja mat á lögmæti aðgerða stefnanda og að forstjóri stefnanda hafi sagt „að verðstríð sem væri orsök spurninga um undirverðlagningu á mjólkurvörum væri ekki að frumkvæði Haga“. Í bréfi stefnda til stefnanda 7. júní 2006 sé skýrt tekið fram að stefndi hafi ákveðið að taka til skoðunar hvort verðlagning matvöruverslana, sem hugsanlega væru í markaðsráðandi stöðu, samræmdust ákvæðum samkeppnislaga, þá einkum 11. gr. laganna.



Það sé ekki skilyrði í íslenskum og EES/EB-samkeppnisrétti að til þess að undirverðlagning markaðsráðandi fyrirtækis teljist ólögmæt þurfi að sýna fram á möguleikann til að endurheimta þann kostnað sem hljótist af slíkri verðlagningu. Staðhæfingar stefnanda um að álagning á matvöru hefði ekki hækkað hafi því enga þýðingu.

Stefndi mótmæli því að stefnandi hafi mátt grípa til undirverðlagningar með vísan til þeirrar verðstefnu sem hann hafi fylgt í verslunum sínum.

Stefnandi haldi því fram að stefndi hafi beitt rangri aðferðafræði við mat á því hvort aðgerðir hans færu gegn 11. gr. samkeppnislaga. Stefndi mótmæli þessari málsástæðu stefnanda sem rangri. Ákvæðið banni fyrirtæki, sem teljist markaðs ráðandi í sölu á tilteknum vörum, meðal annars að selja þær á verði sem er lægra en meðaltal breytilegs kostnaðar. Um brot geti verið að ræða þrátt fyrir að undir verðlagningin taki aðeins til hluta þeirrar vöru sem seld er á hinum skilgreinda markaði. Horfa verði til þess að markaðsráðandi fyrirtæki hafi ekki hag af því að undirverðlagning nái til fleiri vara eða verslana en nauðsynlegt sé til að ná hinu samkeppnishamlandi markmiði.

IV. Viðurlagaákvörðun.

Stefndi mótmæli málsástæðum og staðhæfingum stefnanda um niðurfellingu eða lækkun stjórnvaldssektar sem röngum og þýðingarlausum. Aðgerðir stefnanda hafi skaðað hagsmuni neytenda og samkeppni á matvörumarkaði til lengri tíma litíð. Stefnandi hafi mátt vita að aðgerðir hans færu gegn 11. gr. samkeppnislaga. Í ákvörðun stefnda komi fram fullnægjandi rökstuðningur fyrir því að gera stefnanda að greiða 315.000.000 króna í stjórnvaldssekt. Brotið hafi verið mjög alvarlegt og staðið yfir í langan tíma. Um einbeittan ásetning stefnanda til að endurtaka brot sín vísi stefnandi til þess sem komi fram í tölvuskeyti forstjóra stefnanda 9. júlí 2007 um að framlegð af rekstri stefnanda þurfi að vera 16-17% til að stefnandi geti átt eitthvað í „hersjóðnum“. Með aðgerðum sínum hafi stefnandi styrkt stöðu sína á

markaði og því séu engin rök til að lækka sektarfjárhæð.

V. Endurgreiðslukrafa.

Stefnda Samkeppnisstofnun krefjist sýknu af kröfu stefnanda um endurgreiðslu sektarfjárhæðar og dráttarvaxta af sektarfjárhæð með vísan til þess að það sé íslenska ríkið, en ekki stefndi, sem sé réttur aðili til að beina kröfunni gegn, sbr. 2. mgr. 16. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála. Sýknukrafan sé jafnframt reist á því að samkvæmt 2. mgr. 37. gr. samkeppnislaga, sbr. 2. gr. laga nr. 52/2007, skuli greiða dráttarvexti af fjárhæð stjórnvaldssektar sé hún ekki greidd innan mánaðar frá ákvörðun stefnda. Lagaákvæðið sé fortakslaust. Stefnandi hafi ekki greitt sektarfjárhæðina fyrir en 2. apríl 2009. Því verði að sýkna stefnda af kröfunni.

Krafa stefnda um sýknu af kröfum stefnanda styðjist við ákvæði samkeppnislaga nr. 44/2005, ákvæði stjórnssýslulaga nr. 37/1993 og meginreglur stjórnssýsluréttar. Krafa um málskostnað sé reist á ákvæðum XXI. kafla laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála.

Málsástæður og lagarök stefnda íslenska ríkisins

Af hálfu stefnda íslenska ríkisins er vísað til þess að með úrskurði 4. mars 2009 hafi áfrýjunarnefnd samkeppnismála staðfest ákvörðun stefnda Samkeppnis eftirlitsins frá 19. desember 2008 um að gera stefnanda að greiða 315.000.000 króna í stjórnvaldssekt fyrir brot á 11. gr. samkeppnislaga.

Með tölvuskeyti til Fjársýslu ríkisins 9. mars 2009 hafi stefnandi óskað eftir því að stefnanda yrði veittur tveggja mánaða frestur til greiðslu sektarinnar en ella til 4. apríl sama árs án þess að hún bæri dráttarvexti. Því hafi verið synjað með tölvuskeyti Fjársýslu ríkisins til stefnanda 19. sama mánaðar.

Með bréfi til fjármálaráðuneytisins 20. mars s.á. hafi stefnandi óskað eftir heimild til að leggja fram bankaábyrgð fyrir greiðslu sektarinnar en því hafi verið hafnað með bréfi ráðuneytisins 1. apríl s.á.

Með bréfi til Tollstjóra 2. apríl s.á., sem fylgt hafi ávísun stefnanda, hafi stefnandi tekið fram að hann greiddi sektarfjárhæðina ásamt dráttarvöxtum með fyrirvara um lögmæti hvors tveggja sektarinnar og dráttarvaxtanna.

Krafa stefnda um sýknu af kröfu stefnanda um endurgreiðslu sektarfjárhæðarinnar sé byggð á því að úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála sé gildur að lögum og lög standi ekki til að endurgreiða sektarfjárhæðina nema úrskurðurinn sé felldur úr gildi með dómi.

Krafa stefnda um sýknu af kröfu stefnanda um að felld verði úr gildi ákvörðun Fjársýslu ríkisins um að gera stefnanda að greiða dráttarvexti af áðurnefndri sektarfjárhæð, sbr. úrskurð fjármálaráðuneytisins, og að stefnda verði gert að endur greiða þá dráttarvexti sé reist á því að samkvæmt 2. mgr. 37. gr. samkeppnislaga,

sbr. 2. gr. laga nr. 52/2007 um breyting á þeim lögum, skuli greiða dráttarvexti af fjárhæð stjórnvaldssektar sé hún ekki greidd innan mánaðar frá ákvörðun Samkeppniseftirlitsins. Lagaákvæðið sé afdráttarlaust og stefndi hafi ekki heimild í lögum til að víkja frá því. Ákvörðun stefnda Samkeppniseftirlitsins í máli stefnanda hafi verið tekin 19. desember 2008 en stefnandi ekki greitt sektina fyrr en 2. apríl 2009, þ.e. u.þ.b. þremur mánuðum síðar. Því verði að sýkna stefnda af kröfu stefnanda um endurgreiðslu dráttarvaxta.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafi ekki breytt ákvörðunarorði stefnda Samkeppniseftirlitsins heldur staðfest það. Stefnandi hafi enga kröfu gert fyrir nefndinni um breytingu á gjalddaga sektarinnar eða að réttaráhrifum ákvörðunar stefnda Samkeppniseftirlitsins yrði frestað. Samkvæmt því séu engin rök til að fallast á kröfur stefnanda. Stefndi krefjist sýknu af kröfu stefnanda um dráttarvexti af endurgreiðslufjárhæðinni með vísan til þess að slík krafa eigi ekki stoð í lögum.

Krafa stefnda um sýknu af kröfum stefnanda styðjist við ákvæði samkeppnislaga nr. 44/2005, einkum 2. mgr. 37. gr. laganna, og ákvæði laga nr. 38/2001 um vexti og verðtryggingu. Krafa um málskostnað sé reist á ákvæðum XXI. kafla laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála.

Niðurstaða

Með úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála, sem stefnandi krefst að verði felldur úr gildi, var staðfest ákvörðun stefnda Samkeppniseftirlitsins 19. desember 2008 um að stefnandi hefði brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með þeim aðgerðum sem lýst er í ákvörðuninni. Einnig var staðfest sú ákvörðun að stefnandi skyldi greiða stjórnvaldssekt að fjárhæð 315.000.000 króna vegna brotsins og skyldi hún greiðast eigi síðar en einum mánuði eftir dagsetningu ákvörðunarinnar. Í rökstuðningi áfrýjunarnefndarinnar kemur fram að markaðurinn sem um ræðir sé réttilega skilgreindur af hálfu stefnda Samkeppniseftirlitsins og tekið er undir röksemdir stefnda um að stefnandi hafi haft markaðsráðandi stöðu á tímabilinu á markaðnum. Þá kemur fram í rökstuðningi nefndarinnar að stefnda Samkeppniseftirlitið hafi fært fram fullnægjandi gögn og rök fyrir því að stefnandi hafi misnotað hina markaðsráðandi stöðu sína með því að selja vörur um langan tíma á undirverði í skilningi samkeppnisréttar. Með því að krefjast þess að úrskurður áfrýjunarnefndarinnar verði felldur úr gildi er óhjákvæmilegt að stefnandi geti haft uppi málsástæður í málinu, sem varða rökstuðning sem fram kemur í ákvörðun stefnda Samkeppniseftirlitsins og staðfest var með úrskurðinum. Breytir engu í þessu sambandi þótt engin krafa sé gerð í málinu um að ákvörðunin verði sérstaklega felld úr gildi enda heldur hún gildi eða fellur úr gildi í samræmi við úrlausn dómsins um gildi úrskurðarins. Þeirri röksemd stefnda Samkeppnis eftirlitsins er því hafnað að stefnandi komi ekki að í málinu málsástæðum, sem eingöngu snerta rökstuðning með ákvörðun stefnda, á þeim grundvelli að engin krafa sé gerð um ógilding ákvörðunarinnar.

Samkvæmt e lið 1. mgr. 80. gr. laga um meðferð einkamála nr. 91/1991 skal í stefnu greina frá málsástæðum sem málsóknin er byggð á. Áskilnaður í stefnu um að stefnandi ætli að hafa uppi síðar þá málsástæðu að stefnda Samkeppniseftirlitið eða starfsmenn hennar hafi verið vanhæfir til að fjalla um málið og lýsingar á þessu

í bókun stefnanda 3. nóvember sl. er ekki í samræmi við fyrirmælin í framangreindu lagaákvæði. Með þessum málatilbúnaði stefnanda áttu stefndu þess ekki kost að taka til varna með fullnægjandi hætti varðandi þetta atriði í greinargerð. Þrátt fyrir það má ráða af gögnum málsins að stefnandi hafði efasemdir um hæfi æðstu stjórnenda stefnda Samkeppniseftirlitsins eftir að ákvörðun þess lá fyrir vegna meintra tengsla eða samskipta þeirra við aðalsamkeppnisaðila stefnanda, eins og fram kemur í bréfum lögmanns stefnanda til stefnda 14. janúar og 8. júlí 2009, áður en greinargerð stefnda var lögð fram 24. september s.á. Af gögnum málsins, skriflegum og munnlegum skýrslum fyrir dóminum, verður þó ráðið að þar er ekki um tengsl eða samskipti að ræða sem geti skipt máli varðandi hæfi þeirra sem stóðu að ákvörðun stefnda Samkeppniseftirlitsins. Með vísan til þessa kemur þetta atriði því ekki til frekari umfjöllunar í málinu.

Samkvæmt 9. gr. stjórnisýslulaga skal taka ákvarðanir í málum svo fljótt sem unnt er. Meginmálsástæða stefnanda um að þessi regla hafi verið brotin við meðferð málsins hjá samkeppnisyfirkvöldum lýtur að því að ekki hafi verið gripið strax til aðgerða þegar verðstríðið hófst og að eitt ár hafi að jafnaði liðið milli þess sem fjallað hafi verið um málið og stefnanda gefinn kostur á að tjá sig um það. Liðið hafi fjögur ár frá því að verðstríðið hófst þar til úrskurður áfrýjunarnefndarinnar lá fyrir.

Dómurinn lítur svo á að það hljóti að vera háð mati hverju sinni hve langan tíma tekur að leysa úr máli og hvað þurfi að liggja fyrir þegar ákvörðun er tekin um að hefja athugun eða rannsókn á meintum brotum á samkeppnislögum. Ákvörðun um að beita stjórnvaldssekt var tekin innan þess frests sem tiltekinn er í 37. gr. a samkeppnislaga, sbr. 3. gr. laga nr. 52/2007. Þegar virt er umfang og eðli málsins verður ekki fallist á að brotið hafi verið gegn lagafyrirmælum um málshraða við úrlausn málsins þannig að ógildingur varði á hinum umdeilda úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála.

Við mat á því hvort málið hafi verið nægilega upplýst og úrlausn þess byggð á fullnægjandi rannsóknum verður að líta til þess að margvíslegra gagna og upplýsinga var aflað frá aðilum á matvörumarkaði og stjórnvöldum fyrir árin 2004, 2005 og 2006, eins og fram kemur í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Þá er rakið í ákvörðun stefnda 19. desember 2008 að við rannsókn málsins hafi verið óskað eftir upplýsingum og gögnum frá stærstu verslanakeðjum landsins með bréfi 7. júní 2006 sem niðurstöður stefnda eru byggðar á. Einnig var óskað eftir upplýsingum og gögnum frá smærri aðilum á markaðnum með bréfi 5. september s.á. og með bréfi 15. desember s.á. var óskað eftir upplýsingum frá Ríkisskattstjóra um aðra aðila á markaðnum í þeim tilgangi að unnt væri að meta stærð markaðarins með fullnægjandi hætti. Þá kemur fram í ákvörðun stefnda að ýmissa annarra gagna hafi verið aflað, einkum gagna sem varpi ljósi á stærð matvörumarkaðarins. Einnig búi stefndi yfir upplýsingum um matvörumarkaðinn vegna fyrri athuganna. Vísað er til þess að stefndi hafi í framhaldi af skýrslu, sem kom út á árinu 2005 og unnin var af samkeppniseftirlitum á Norðurlöndunum, ráðist í allmargar athuganir á matvörumarkaði og að stefndi búi vegna fyrri athugana yfir upplýsingum um matvörumarkaðinn. Ákvörðun á markaðshlutdeild á markaðnum, sem skilgreindur var sem sala á dagvörum í matvöruverslunum fyrir landið allt, er byggð á þessum upplýsingum, eins og vikið verður að hér á eftir við úrlausn á því hvort stefnandi hafi réttilega verið metinn í markaðsráðandi stöðu á því tímabili sem hér skiptir

máli. Verður ekki fallist á þau rök stefnanda að rangar ályktanir hafi verið dregnar af gögnum málsins eða að forsendur fyrir þeim væru byggðar á ófullnægjandi upplýsingum eða gögnum, eins og haldið er fram af hálfu stefnanda. Að öllu þessu virtu verður að hafna þeirri málsástæðu stefnanda að rannsóknin hafi verið ófullnægjandi.

Af hálfu stefnanda er því haldið fram að ekki hafi verið gætt jafnræðis og samræmis við meðferð málsins og úrlausn þess. Dómurinn telur að réttar upplýsingar hafi verið notaðar þegar stærð markaðarins var reiknuð út, eins og síðar verður gerð grein fyrir. Þá fellst dómurinn ekki á þau rök stefnanda að óheimilt hafi verið að beita stjórnvaldssekt, eins og gert var í málinu, þótt ekki hafi áður reynt á sambærileg lagaleg atriði. Sjónarmiðum stefnanda um að með þessu hafi jafnræðisregla verið brotin er því hafnað. Dómurinn fellst ekki á að ólögmætt hafi verið vegna reglna um meðalhóf að beita því úrræði sem gripið var til af hálfu stefnda Samkeppniseftirlitsins samkvæmt 11. gr. samkeppnislaga, enda verður meðalhófsregla 12. gr. stjórnsýslulaga ekki túlkuð þannig að brotið hafi verið gegn henni þegar framangreindu ákvæði samkeppnislaga var beitt við meðferð og úrlausn málsins hjá samkeppnisyfirvöldum. Þessari málsástæðu stefnanda er því hafnað.

Dómurinn hafnar því að stefnandi hafi ekki notið andmælaréttar við meðferð málsins. Meginröksemd stefnanda fyrir því að brotið hafi verið gegn þessum rétti er sú að niðurstaða stefnda hafi verið reist á öðrum grunni en þeim sem komið hafi fram í andmælaskjalinu sem stefnanda var gefinn kostur á að tjá sig um. Á þetta er ekki fallist. Í andmælaskjalinu er rakið að frumniðurstaða stefnda sé sú að í verðlagningu á öllum helstu mjólkurvörum í verslunum Bónuss á skilgreindum mörkuðum á rannsóknartímabilinu, sem hafi verið langt undir breytilegum kostnaði, virtist felast ólögmæt verðlækkun. Henni hafi verið ætlað að draga úr eða eyða samkeppni og hafi verðlagningin verið í ósamræmi við þá ríku skyldu sem hvílt hafi á stefnanda að raska ekki samkeppni. Þessari málsástæðu stefnanda er því hafnað. Þá er því einnig hafnað að áfrýjunarnefndin hafi ekki getað komist að rétttri niðurstöðu í málinu á þeim tíma sem hún hafði til að leysa úr því, enda hafa ekki verið færð fyrir því fullnægjandi rök.

Samkvæmt 15. gr. stjórnsýslulaga á aðili máls rétt á að kynna sé skjöl og önnur gögn sem málið varðar. Þessu var fylgt af hálfu samkeppnisyfirvalda að öðru leyti en því að ekki var veittur aðgangur að viðskiptaupplýsingum sem stefnda Samkeppniseftirlitið taldi að meðhöndla ætti sem trúnaðarmál. Aðgangur var því takmarkaður að þeim samkvæmt 17. gr. sömu laga. Telja verður að réttilega hafi verið metið af hálfu stefnda Samkeppniseftirlitsins og áfrýjunarnefndar samkeppnismála að hagsmunir samkeppnisaðila af því að ekki yrði veittur aðgangur að umræddum gögnum væri ríkari en réttur stefnanda til aðgangs að þeim samkvæmt 15. gr. laganna. Ber með vísan til þess að hafna þeirri málsástæðu stefnanda að brotið hafi verið gegn lagagreininni með því að veita stefnanda ekki aðgang að umræddum trúnaðargögnum.

Þá er ekki fallist á að brotnar hafi verið reglur eða að réttaröryggi stefnanda hafi verið skert með því að birta ákvörðun stefnda 19. desember 2008 við þær aðstæður sem lýst er af hálfu stefnanda þannig að leiði til ógildingar úrskurðarins. Þessari málsástæðu stefnanda er því hafnað.

Í málinu er annars vegar ágreiningur um hvort stefnandi hafi á tímabilinu febrúar 2005 til maí 2006 talist markaðsráðandi í sölu á dagvörum í matvöruverslunum og hins vegar hvort stefnandi hafi misnotað markaðsráðandi stöðu sína í skilningi 11. gr. samkeppnislaga með því að bjóða matvöru undir kostnaðarverði.

Samkvæmt 1. gr. samkeppnislaga nr. 8/1993, sem í gildi voru er umrætt verðstríð hófst í febrúar 2005, er það markmið þeirra að efla virka samkeppni í viðskiptum og vinna þar með að hagkvæmri nýtingu framleiðsluþátta þjóðfélagsins. Til að ná því markmiði var meðal annars í 11. gr. þeirra laga lagt bann við því að fyrirtæki misnoti markaðsráðandi stöðu. Framangreind ákvæði eru nánast samhljóða 1. gr. og samhljóða 11. gr. núgildandi samkeppnislaga nr. 44/2005 en þau lög öðluðust gildi 1. júlí 2005. Markaðsráðandi fyrirtæki má því ekki grípa til aðgerða sem raskað geta með óeðlilegum hætti þeirri samkeppni sem er á markaði. Við mat á því hvort aðgerð verði talin ólögmæt getur markaðshlutdeild viðkomandi fyrirtækis skipt verulegu máli, enda liggur í hlutarins eðli að oft þarf lítið til að aðgerðir fyrirtækis með mikla markaðshlutdeild teljist samkeppnishamlandi. Þannig kann að vera ólögmætt ef markaðsráðandi fyrirtæki grípur til ráðstafana, sem alla jafna þykja eðlilegar á samkeppnismarkaði, t.d. bjóða viðskiptavinum sínum lægra verð en keppinautarnir.

Málsaðila greinir á um það hver sá markaður sé sem málið varðar. Í ákvörðun stefnda Samkeppniseftirlitsins og úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála er lagt til grundvallar að umræddur markaður sé sala á dagvörum í matvöruverslunum fyrir landið í heild. Með dagvöru er átt við mat- og drykkjarvörur auk hreinlætis- og snyrtivara. Hins vegar var í ákvörðun stefnda og úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála á því byggt að sérsverslanir, eins og bakarí, fiskbúðir, bensínstöðvar, söluturnar og skyndibitastaðir, falli utan hins skilgreinda markaðar. Rökin eru fyrst og fremst þau að í umræddum sérsverslunum sé breidd vöruúrvals ekki nægjanleg til að uppfylla allar daglegar innkaupaþarfir neytenda fyrir dagvöru.

Stefnandi telur framangreinda skilgreiningu á markaði ómálefnalega og ólögmæta, enda ljóst að verslanir hans keppi við alla þá aðila sem á annað borð selji þá vöru sem teljist til hins skilgreinda markaðar, þ.e. dag- og matvöru. Því standi engin rök til þess að undanskilja veltu aðila á markaðnum sem sannanlega starfi á honum í samkeppni við verslanir stefnanda. Bendir stefnandi sérstaklega á að velta bensínstöðvaverslana í matvöru sé undanskilin þrátt fyrir að markaðurinn sé skilgreindur sem dag- og matvara. Telur stefnandi að ef velta bensínstöðvaverslana í dag- og matvöru hefði verið tekin með í mati á stærð heildarmarkaðarins hefði markaðshlutdeild stefnanda lækkað verulega og enn meira ef sérsverslanir með dag- og matvöru hefðu verið teknar með.

Dómurinn fellst á markaðsskilgreiningu stefnda Samkeppniseftirlitsins og áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Við skilgreiningu á markaði verður að skoða hvert mál fyrir sig og skilgreina viðeigandi markað út frá því sem skiptir máli hverju sinni fyrir slíka skilgreiningu. Til eru staðlaðar samantektir þar sem stuðst er við atvinnu greinaskiptingu samkvæmt ÍSAT, en slíkar samantektir geta aðeins gefið vísbendingu en koma aldrei í stað skilgreiningar sem miðuð er við þann markað er um ræðir hverju sinni, ekki síst vegna þess að skráning fyrirtækja samkvæmt atvinnugreinum getur verið ónákvæm.

Skilgreining á markaði verður því að taka mið af því máli sem til umfjöllunar er hverju sinni og ekki er sjálfgefið að þó sama vara sé til sölu í mismunandi tegundum verslana sé þar með sagt að þær verslanir tilheyri sama markaði. Eins og að framan greinir byggir markaðsskilgreiningin á þeirri forsendu að aðeins þær matvöruverslanir þar sem breidd vöruúrvals er nægjanleg til að uppfylla allar daglegar innkaupaþarfir neytenda fyrir dagvöru tilheyri markaðnum. Telur dómurinn þær forsendur málefnalegar og lögmætar og að markaðurinn hafi verið skilgreindur út frá eftirspurnarhlið. Málsástæðu stefnanda, þess efnis að markaðurinn hafi ekki verið rétt skilgreindur, er því hafnað.

Stefnda Samkeppniseftirlitið og áfrýjunarnefnd samkeppnismála komust að þeirri niðurstöðu að stefnandi hafi verið í markaðsráðandi stöðu. Við mat á því hvort fyrirtæki hafi haft markaðsráðandi stöðu á skilgreindum markaði er litið til nokkurra atriða og þau metin saman:

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

Í ákvörðun stefnda Samkeppniseftirlitsins, sem staðfest var með úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála, kemur fram að við ákvörðun á markaðshlutdeild var stuðst við upplýsingar um heildartekjur stærstu verslanakeðja landsins auk sambæri legra upplýsinga frá smærri aðilum á markaðnum. Auk þessa voru fengnar upplýsingar frá Ríkisskattstjóra til að meta stærð þeirra verslana sem eftir stóðu. Niðurstaða stefnda var sú að markaðshlutdeild stefnanda á hinu umrædda tímabili hafi verið um 50% á landinu öllu og um 60% á höfuðborgarsvæðinu. Þá kemur jafnframt fram í ákvörðun stefnda að markaðshlutdeild helstu samkeppnisaðila stefnanda hafi verið mun lægri. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála komst að sambærilegri niðurstöðu.

Stefnandi mótmælir framangreindu mati á markaðshlutdeild og bendir á að fyrirliggjandi gögn, þ.e. rannsókn á útgjöldum heimilanna, upplýsingar frá Hagstofu og gögn frá Rannsóknarsetri verslunarinnar, sjá meðfylgjandi töflu, sýni fram á að aðeins stefndi komist að þeirri niðurstöðu að markaðshlutdeild stefnanda hafi verið yfir 50%.

Aðferðarfræði	Heildarstærð markaðar (í milljónum króna)	Markaðshlutdeild stefnanda
Rannsókn á útgjöldum heimilanna	72.000	40%
Upplýsingar frá Hagstofunni	74.200	39%
Rannsóknarsetur verslunarinnar	72.900	39,7%
Mat Samkeppniseftirlitsins	57.900	50%

Þá fullyrðir stefnandi að ef veltutölur bensinstöðva og sérsverslana væru teknar með í útreikninginn næmi markaðshlutdeild stefnanda einungis rúmlega 30%.

Stefnda Samkeppniseftirlitið mótmælir þessum rökum stefnanda og bendir á að framangreindar tölur frá öðum en stefnda um heildarstærð markaðar byggja ekki á sömu skilgreiningu á markaði og lögð var til grundvallar í ákvörðun stefnda og úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Þá bendir stefndi á að ef leggja ætti til grundvallar þær tölur um heildarstærð markaðar sem stefnandi vill byggja á næmi markaðshlutdeild stefnanda ekki 29 milljörðum, eins og byggt var á í ákvörðun stefnda og í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála, heldur 40 milljörðum. Væri það gert myndi markaðshlutdeild stefnanda í það minnsta verða jafnmikil og stefndi miðaði við.

Dómurinn fellst á að stefnandi hafi verið í markaðsráðandi stöðu á umræddu tímabili og hafnar þar með röksemdum stefnanda fyrir því að svo hafi ekki verið. Eins og að framan greinir aflaði stefnda Samkeppniseftirlitið gagna meðal matvöruverslana á markaði auk þess sem aflað var upplýsinga frá Ríkisskattstjóra um minni verslanir. Dómurinn metur þessar upplýsingar nægjanlega traustar til að byggt verði á þeim við úrlausn málsins. Samkvæmt þessum upplýsingum er velta á dagvörumarkaði á árinu 2005 ríflega 59 milljarðar króna og velta stefnanda tæplega 29 milljarðar eða sem nemur tæplega 49%. Ef miðað er við atvinnugreinaskiptingu samkvæmt tölum Ríkisskattstjóra, þá er heildarvelta atvinnugreinanna 52.11 og 52.12 tæplega 73 milljarðar króna og velta stefnanda 40 milljarðar króna og markaðshlutdeild samkvæmt því 55%. Í atvinnugreinaskiptingu samkvæmt ÍSAT eru fyrirtæki flokkuð samkvæmt aðalstarfsemi þeirra og ekki hægt að útiloka að tekjur af annarri starfsemi séu meðtaldar. Í málinu liggja auk þess fyrir upplýsingar þess efnis að þær tölur, um að heildarstærð markaðar sé tæplega 73 milljarðar, bendi til þess að þar að baki sé ekki einungis markaður fyrir dagvörur í matvöruverslunum heldur sé þar eftir atvikum tekin með ýmiss konar sérvara sem viðkomandi verslanir séu með til sölu. Dómurinn telur því þessi gögn benda til þess að jafnvel þó fallist yrði á mat stefnanda á heildarstærð markaðarins hefði markaðs hlutdeild stefnanda verið meiri en lögð var til grundvallar í ákvörðun stefnda Samkeppniseftirlitsins og úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála.

Auk þessa hafa verið lögð fram gögn sem stafa frá stefnanda þar sem fram kemur að markaðshlutdeild stefnanda hafi á hinu umrædda tímabili verið um eða yfir 50%. Dómurinn telur rétt að byggja á þessum upplýsingum við úrlausn málsins og að ekki skipti máli í því sambandi hvort stefnandi hafði aðgang að þeim við meðferð málsins á stjórnarsýslustigi. Þá kemur jafnframt fram í þeim gögnum að hlutdeild bensínstöðva í eigu stefnanda virðist vera mjög lítil sem hlutfall af heildarveltu stefnanda og verður að ætla samkvæmt því sem fyrir liggur í málinu að hlutdeild annarra bensínstöðva sé einnig lítil. Dómurinn fellst því ekki á að jafnvel þó sala á dagvöru á bensínstöðvum væri felld undir hinn skilgreinda markað myndi það leiða til breytinga á markaðshlutdeild stefnanda sem hefði áhrif á niðurstöðu málsins.

Hvað varðar mun á markaðshlutdeild stefnanda og annarra fyrirtækja þá liggur fyrir að markaðshlutdeild stefnanda á hinu umrædda tímabili var mun meiri en helstu samkeppnisaðila stefnanda. Þannig var munurinn á stefnanda og næststærsta fyrir tækinu 20-25 prósentustig.

Með vísan til framangreindrar umfjöllunar um fyrstu tvö atriðin, sem dómurinn telur eðlilegt að leggja til grundvallar mati á því hvort fyrirtæki hafi haft markaðsráðandi stöðu, þ.e. markaðshlutdeild og samanburð við markaðshlutdeild annarra fyrirtækja, telur dómurinn að stefnandi hafi verið í markaðsráðandi stöðu á þeim tíma sem verðstríðið stóð yfir. Þó svo að dómurinn telji að þriðja atriðið sem nefnt er að framan, þ.e. aðgangshindranir að markaði, ráði ekki úrslitum þegar meta skal hvort stefnandi hafi verið í markaðsráðandi stöðu, liggja fyrir upplýsingar um stærðarhagkvæmni og efnahagslegan styrkleika stefnanda og hagræðingu sem stefnandi hafði af rekstri birgða- og dreifingarhússins Aðfanga sem styrkja enn frekar þá niðurstöðu að stefnandi hafi verið í markaðsráðandi stöðu.

Efnahagslegur styrkleiki stefnanda var mun meiri en efnahagslegur styrkleiki helstu samkeppnisaðila á markaði á þeim tíma er verðstríðið geisaði. Gildir þá einu hvort litið er til heildareigna eða á eigið fé stefnanda í samanburði við Kaupás og Samkaup á árunum 2004, 2005 og 2006. Í báðum tilfellum er efnahagslegur styrkleiki stefnanda mun meiri en hinna félaganna tveggja. Ef borinn er saman efnahagslegur styrkleiki stefnanda og eignarhaldsfélags Kaupáss, Norvikur, er sama uppi á teningnum. Hvað varðar innkaup þá er ljóst að stefnandi naut lóðréttrar samþættingar þar sem stefnandi átti birgða- og dreifingarhúsið Aðföng. Á rannsóknartímanum áttu Kaupás, Samkaup o.fl. birgðahúsið Búr. Flestir innflytjendur og framleiðendur á þurrvörum fyrir matvöruverslanir dreifa vörum sínum til birgðahúsa sem síðan dreifa þeim áfram til matvöruverslana. Ákveðnum flokkum ferskvöru og frystivöru er einnig dreift um birgða- og dreifingarhúsin. Birgðahúsin flytja einnig inn vörur á eigin vegum. Aðföng hafa þannig aukið hagræði í rekstri með því að samræma innkaup fyrir Hagkaup, Bónus og 10-11 með auknum magnafsláttum, lægri flutningsgjöldum, meiri veltuhraða og minna birgðarými. Að öllu þessu virtu þykir stefnandi hafa haft þann efnahagslegan styrkleika að geta hindrað virka samkeppni í skilningi samkeppnislaga á þeim markaði sem skiptir máli.

Í ákvörðun stefnda Samkeppniseftirlitsins og úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnis mála var stefnandi talinn hafa gerst brotlegur við 11. gr. samkeppnislaga með því að svara samkeppni með því að grípa til umfangsmikillar undirverðlagningar á mjólkurvörum í verslunum Bónuss. Þessu er stefnandi ósammála og bendir m.a. á

að ekki sé í lagagreininni lagt bann við undirverðlagningu, enda sé verðlagning undir kostnaðarverði almennt hluti af rekstri smásöluverslana um allan heim. Þá bendir stefnandi á að markaðsráðandi fyrirtæki sé heimilt að beita undirverðlagningu með vísan til verðstefnu sinnar ef hún hefur verið í gildi um lengri tíma og einnig til að svara samkeppni ef á fyrirtækið er ráðist.

Ákvæði 11. gr. samkeppnislaga er vísiregla þar sem öll misnotkun á markaðs ráðandi stöðu er bönnuð auk þess sem þar eru tilgreind nokkur dæmi um hvað í mis notkun getur falist. Ákvæðið er því ekki tæmandi. Dómurinn telur að lagaákvæðið banni markaðsráðandi fyrirtæki að selja vöru undir breytilegum kostnaði. Þau rök stefnanda, að undirverðlagningin hafi aðeins verið svar við verðlækkun samkeppnis aðila, að stefnandi hafi aldrei átt frumkvæðið að verðlækkun og að verðlækkunin hafi aðeins tekið til sömu vörutegunda og samkeppnisaðilar hafi lækkað verð á, breyta þar engu. Þau rök stefnanda eru heldur ekki tæk að verðlækkun verði réttlætt með vísan til verðstefnu sem gilt hafi lengi. Um brot á lagaákvæðinu getur verið að ræða þrátt fyrir að undirverðlagningin taki aðeins til hluta þeirrar vöru sem seld er á hinum skilgreinda markaði.

Í málinu liggur fyrir að viðbrögð stefnanda við samkeppni voru þau að grípa til umfangsmikillar undirverðlagningar á mjólkurvörum í langan tíma. Fram hefur komið að þær aðgerðir hafi kostað stefnanda um 700 milljónir króna.

Ef vara er seld undir breytilegum kostnaði er fyrirtækið að greiða með vörunni. Stefnda Samkeppniseftirlitið, sem miðaði í ákvörðun sinni við innkaupsverð, og horfir því fram hjá öðrum breytilegum kostnaði, miðaði því við upphæð sem var undir raunverulegum breytilegum kostnaði sem er stefnanda í hag. Í málinu liggur fyrir að stefnandi seldi vörur undir innkaupsverði, t.d. var vara seld á 1 krónu eða jafnvel gefin. Söluverð vörunnar var því langt undir breytilegum kostnaði.

Dómurinn telur að með framangreindri háttsemi hafi stefnandi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga enda hafi stefnanda mátt vera það kunnugt að sem markaðsráðandi aðili á hinum skilgreina markaði bar hann ríkar skyldur. Stefndi var því óheimilt að svara samkeppni með þeim hætti sem hann gerði, enda var undirverðlagning til þess fallin að fæla samkeppnisaðila Bónus frá því að efna til samkeppni við verslanir stefnanda.

Dómurinn fellst á að aðgerðir stefnanda hafi skaðað hagsmuni neytenda og samkeppni á matvörumarkaði til lengri tíma litið og að stefnandi hafi mátt vita að aðgerðir hans færu gegn 11. gr. samkeppnislaga. Þá telur dómurinn ákvörðun stefnda Samkeppniseftirlitsins og áfrýjunarnefndar samkeppnismála rétta, þar sem komist var að þeirri niðurstöðu að vegna brota stefnanda á þessari lagagrein, beri að leggja stjórnslusekt á stefnanda og að sektin sé hæfilega ákveðin 315.000.000 króna. Við úrlausn á því horfir dómurinn einkum til þess að brot stefnanda voru sérstaklega alvarleg og stóðu yfir í langan tíma auk þess sem tillit er tekið til fjárhagsstyrkleika stefnanda á þeim tíma sem brotið var framið. Sjónarmiðum stefnanda um að fella beri sektina niður eða lækka hana er þar með hafnað.

Með vísan til alls þessa ber að sýkna stefnda Samkeppniseftirlitið af kröfu stefnanda um að úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála verði felldur úr gildi, að honum verði breytt eða að sektarfjárhæðin verði lækkuð. Samkvæmt þeirri niðurstöðu ber einnig að sýkna báða stefndu af kröfu stefnanda um endurgreiðslu

sektarinnar.

Stefnandi gerir þá kröfu að ákvörðun um álagningu dráttarvaxta verði felld úr gildi og dráttarvextir endurgreiddir þannig að stefnda íslenska ríkinu, en til vara stefnda Samkeppniseftirlitinu, verði gert að endurgreiða stefnanda 22.833.125 krónur, ásamt dráttarvöxtum samkvæmt 1. mgr. 6. gr. laga nr. 38/2001 frá 2. apríl 2009 til greiðsludags. Byggir stefnandi kröfu sína á því að ákvæði 2. mgr. 37. gr. samkeppnislaga heimili ekki að reikna dráttarvexti af sektarfjárhæð fyrir en liðinn er mánuður frá afgreiðslu æðra stjórnvalds, enda sé það á valdi áfrýjunarnefndar samkeppnismála að fella niður eða lækka stjórnvaldssektir sem stefnda Samkeppniseftirlitið ákvarði. Vísar stefnandi til þess að áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafi í fyrri fordæmum sínum, eftir gildistöku laga nr. 52/2007, kveðið á um gjalddaga, ef hann er lengri en einn mánuður. Þetta hafi hins vegar ekki verið gert í tilviki stefnanda. Stefnandi telur að þegar ekki sé veittur sérstakur greiðslufrestur hjá áfrýjunarnefndinni gildi lögákveðinn eins mánaðar greiðslufrestur, sbr. 2. mgr. 37. gr. samkeppnislaga. Því hafi verið óheimilt að krefja stefnanda um dráttarvexti frá 19. desember 2008, eins og gert var. Stefnandi telur því að krefjast hafi mátt dráttarvaxta í fyrsta lagi einum mánuði eftir úrskurð áfrýjunarnefndar, 4. apríl 2009, og þar sem sektin hafi verið greidd 2. apríl s.á. hafi verið ólöglegt að innheimta dráttarvexti.

Dómurinn fellst á þau rök stefndu að það leiði af 2. mgr. 37. gr. samkeppnislaga, sbr. 2. gr. laga nr. 52/2007 um breyting á þeim lögum, að greiða skuli dráttarvexti af fjárhæð stjórnvaldssektar sé hún ekki greidd innan mánaðar frá ákvörðun stefnda Samkeppniseftirlitsins. Um er að ræða afdráttarlaust lagaákvæði sem stefndu hafa ekki heimild til að víkja frá. Ákvörðun stefnda Samkeppniseftirlitsins í máli stefnanda var tekin 19. desember 2008 en stefnandi greiddi ekki sektina fyrir en 2. apríl 2009, þ.e. um það bil þremur mánuðum síðar. Til þess að forðast hugsanlega dráttarvaxtakröfu á meðan málið var til umfjöllunar hjá áfrýjunarnefnd samkeppnismála átti stefnandi því þann kost að greiða sektina fyrir eindaga með fyrirvara um niðurstöðu málsins hjá áfrýjunarnefndinni. Með vísan til þess sem að framan greinir ber að sýkna stefndu af kröfu stefnanda um að ákvörðun Fjársýslu ríkisins verði felld úr gildi og af kröfunni um endurgreiðslu dráttarvaxta.

Með vísan til alls framanritaðs ber að sýkna stefndu af öllum kröfum stefnanda í máli þessu.

Samkvæmt þessari niðurstöðu, og með vísan til 1. mgr. 130. gr. laga um meðferð einkamála, þykir rétt að stefnanda verði gert að greiða stefndu málskostnað og þykir sú fjárhæð hæfilega ákveðin 1.500.000 krónur til stefnda Samkeppniseftirlitsins og 250.000 krónur til stefnda íslenska ríkisins.

Málið dæmir Sigríður Ingvarsdóttir héraðsdómari ásamt meðdómsmönnum dr. Guðmundi Sigurðssyni lagaprófessor og dr. Katrínu Ólafsdóttur hagfræðingi og lektor. Dómsuppkvaðning hefur dregist vegna umfangs málsins og mikilla embættis anna dómsformanns.

D ó m s o r ð:

Stefndu, Samkeppniseftirlitið og íslenska ríkið, eru sýkn af kröfum stefnanda, Haga hf., í máli þessu.

Stefnandi greiði stefnda Samkeppniseftirlitinu 1.500.000 krónur og stefnda íslenska ríkinu 250.000 krónur í málskostnað.

Sigríður Ingvarsdóttir

Guðmundur Sigurðsson

Katrín Ólafsdóttir