

D Ó M U R

Héraðsdóms Reykjavíkur miðvikudaginn 29. febrúar 2012 í máli

nr. E-7338/2010:

Lyf og heilsa hf.

(Hákon Árnason, hrl.)

gegn

Samkeppniseftirlitinu

(Brynjar Nielsson, hrl.)

Mál þetta, sem var dómtekið 16. febrúar sl., er höfðað af Lyfjum og heilsu hf., Suðurlandsbraut 12, Reykjavík, á hendur Samkeppniseftirlitinu, Borgartúni 26, Reykjavík.

Dómkröfur stefnanda eru aðallega þær, að felldur verði úr gildi úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála frá 11. júní 2010 í máli nr. 5/2010, *Lyf og heilsa hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*, svo og ákvörðun stefnda nr. 4/2010 frá 26. febrúar 2010. Til vara er þess krafist, að ákvæði úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 5/2010, um að stefnandi skuli greiða stjórnvaldssekt að fjárhæð 100.000.000 kr., svo og ákvæði í ákvörðun stefnda nr. 4/2010, um sektir, verði felld úr gildi að öllu leyti eða sektarfjárhæðin lækkuð verulega. Í báðum tilvikum er krafist málskostnaðar úr hendi stefnda.

Af hálfu stefnda er krafist sýknu og málskostnaðar.

I

Síðla sumars árið 2007 barst Samkeppniseftirlitinu óformleg kvörtun frá Apóteki Vesturlands þess efnis, að stefnandi beitti sértækum verðlagningaraðferðum í lyfjaverslun félagsins á Akranesi með það að markmiði að hindra, að Apótek Vesturlands næði fótfestu á markaðinum. Í kvörtuninni var bent á, að umræddar aðgerðir kynnu að fara gegn 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005. Samkeppniseftirlitið ákvað í framhaldinu, að eigin frumkvæði, að taka til skoðunar, hvort stefnandi hefði með aðgerðum gegn keppinautum farið gegn ákvæðum samkeppnislaga.

Stefnandi, sem er lyfjakeðja, rekur smásöluverslanir, þar sem seld eru lyf, bæði í lausasölu og lyfseðilskyld lyf, auk annars varnings, svo sem heilsu- og snyrtivörur. Stefnandi rak 25 lyfjaverslanir árið 2007 og útibú undir merkjum Lyfja og heilsu. Einnig rak stefnandi fjórar verslanir undir nafninu Apótekarinn. Á Akranesi hefur

stefnandi starfrækt lyfjaverslun frá árinu 2000, fyrst undir merkjum Lyfja og heilsu, en síðar undir merkjum Apótekarans og var lyfjaverslun stefnanda eina starfandi lyfjaverslunin á Akranesi frá árinu 2000 til ársins 2007, en þar bjuggu tæplega sex þúsund manns árið 2007. Stefnandi var ekki með aðra starfsemi á Vesturlandi.

Undir árslok 2006 bárust fréttir af því, að lyfjafræðingurinn Ólafur Adolfsson hygðist stofna nýtt apótek á Akranesi, Apótek Vesturlands. Samkvæmt greinargerð stefnda í málinu greip stefnandi strax til aðgerða til þess að reyna að fá Ólaf til að hætta við áform sín um að stofna nýtt apótek, meðal annars með því að bjóða honum að hefja þess í stað störf hjá stefnanda. Þá hafi stefnandi einnig beitt sér gagnvart Högum hf., sem starfrækti matvöruverslun í sama húsnæði og ætlað var undir starfsemi Apóteks Vesturlands, og beitt sér fyrir því í samskiptum við heilbrigðis- og tryggingamálaráðuneytið, að Apótek Vesturlands fengi ekki lyfsöluleyfi.

Samkvæmt stefnu málsins taldi stefnandi nauðsynlegt að skoða og greina, hvernig æskilegt væri að bregðast við. Leitað hafi verið eftir óformlegum hugmyndum frá starfsmönnum félagsins og nokkrar tillögur komið fram, sem þó hafi ekki verið framkvæmdar. Af gögnum málsins má ráða, að hugmynd starfsmanns, sem fram kom í tölvupósti til framkvæmdastjóra stefnanda 7. desember 2006 hafi verið framkvæmd um innleiðingu svo kallaðs vildarklúbbs fyrir viðskiptavini í lyfjaverslun stefnanda á Akranesi. Í tölvupóstinum, sem bar yfyrskriftina „Samkeppni á Akranesi“ kom m.a. fram sú hugmynd, að taka upp vildarkúnnakerfi í versluninni. Nokkrum mánuðum síðar, í mars 2007, innleiddi stefnandi vildarklúbb fyrir viðskiptavini í versluninni. Undirbúningur hófst í lok árs 2006, en samkvæmt stefnanda hafði upphaflega verið áformað að setja kerfið upp í öllum lyfjaverslunum stefnanda. Í heildina gengu [-] einstaklingur í klúbbinn. Af þeim [-], sem þágu kortið árið 2007, voru [-] orðnir handhafar vildarkorts fyrir lok maímánaðar 2007, en á þeim tíma hafði Apótek Vesturlands ekki hafið starfsemi.

Apótek Vesturlands opnaði 30. júní 2007. Samkvæmt stefnu málsins hafði stefnandi þá frétt, að hin nýja lyfjaverslun ætlaði að bjóða upp á lyfjaverð, sem væri umtalsvert lægra en væri í boði annars staðar. Eftir opnun Apóteks Vesturlands brást stefnandi við með því að bjóða viðskiptavinum upp á afslætti, sem einungis stóðu til boða í þeirri verslun. Af forsvarsmönnum stefnanda voru þessi afslættir nefndir „baráttuafslættir.“ Við húsleit Samkeppniseftirlitsins hjá stefnanda á Akranesi, sem nánar er vikið að hér neðar, var lagt hald á lista með yfyrskriftinni „Framlegðarafslættir skv. umtali 03.07.07 Gildir í 2 vikur, síðan endurskoða,“ þar sem tilgreind voru vörunúmer og heiti [-] lausasölulyfja annars vegar og [-] lyfseðilsskyldra lyfja hins vegar. Sú verðlækkun, sem boðin var á lyfjunum á þessum tíma, fól í sér [-]% afslátt af framlegð verslunarinnar, þ.e. lyf, sem áður hafði verið selt með [-]% álagningu var með [-]% álagningu, þegar afsláttur var veittur.

Í september 2007 óskaði stefnda eftir heimild til húsleitar eftir að hafa borist ábending um að stefnandi væri að reyna að ryðja Apóteki Vesturlands af markaðinum og var húsleitin framkvæmd 14. september 2007, að undangengnum úrskurði héraðsdóms þar um.

Eftir húsleitina hófst rannsókn stefnda sem stóð yfir í um tvö og hálf ár. Á sama tíma minnkaði markaðshlutdeild stefnanda enn frekar en orðið var og var

lyfjaversluninni, undir merkjum Lyfja og heilsu, lokað og í hennar stað opnuð verslun undir merkjum Apótekarans.

Að lokinni frekari gagnaöflun og rannsókn var stefnanda sent andmælaskjal 7. apríl 2009. Í andmælaskjalinu færði stefnda rök fyrir því að stefnandi hafi verið í markaðsráðandi stöðu á markaðnum fyrir smásölu lyfja á Akranesi, þegar atvik málsins áttu sér stað og einnig að félagið hafi, ásamt Lyfju, verið í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu á höfuðborgarsvæðinu og að nán tengsl væru á milli þessara landfræðilegu markaða. Þannig hafi stóru lyfjakeðjurnar, stefnandi og Lyfja, forðast að keppa sín á milli og þess í stað beitt sér gegn minni keppinautum, sem gætu ógnað hinni sameiginlegu markaðsráðandi stöðu þeirra. Einnig kom fram, að stefnandi hafi gripið til aðgerða, sem hafi falið í sér skipulega atlögu gegn innkomu Apóteks Vesturlands. Aðgerðirnar hafi falið í sér misbeitingu á þeim efnahagslega styrk, sem félagið gat beitt á Akranesi og færu því gegn 11. gr. samkeppnislaga. Einnig var það mat stefnda, að þessar aðgerðir hafi falið í sér misnotkun á sameiginlegri markaðsráðandi stöðu stefnanda á höfuðborgarsvæðinu og hafi aðgerðirnar verið til þess fallnar að senda skýr skilaboð til annarra aðila um, að ekki myndi borga sig að reyna innkomu á þeim landfræðilega markaði a.m.k. Hafi aðgerðirnar því verið liður í því að viðhalda eða styrkja sameiginlega markaðsráðandi stöðu og færu því einnig að því leyti gegn 11. gr. samkeppnislaga.

Stefnandi sendi athugasemdir sínar til stefnda með bréfum 25. maí og 29. júní 2009, þar sem gerðar voru athugasemdir við meðferð málsins, m.a. vegna ætlaðra brota á meðalhófsreglu stjórnisýslulaga, rannsóknarreglu og jafnræðisreglunni, jafnframt var ítrekuð krafa um trúnað vegna gagna, sem haldlögð voru, gerðar athugasemdir við skilgreiningu markaðar, stöðu fyrirtækja á honum, ætlaða misnotkun á markaðsráðandi stöðu, hugsanleg viðurlög og umfjöllun stefnda um 16. gr. samkeppnislaga.

Hinn 17. nóvember 2009 var stefnanda gerð grein fyrir gögnum, sem höfðu bæst við málið og 11. desember s.á. var stefnanda sent afrit af gögnum og honum veittar tilteknar upplýsingar. Ákvörðun stefnda var birt stefnanda 26. febrúar 2010, sem fól í sér að stefnda sektaði stefnanda um 130 milljónir króna fyrir að hafa brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005. Í ákvörðuninni var fjallað ítarlega um hvaða sjónarmið yrðu lögð til grundvallar, þegar metið væri hvort fyrirtæki væru í markaðsráðandi stöðu. Niðurstaðan var sú að stefnandi, ásamt Lyfju, hafi verið í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu í smásölu lyfja á höfuðborgarsvæðinu á árinu 2007, þegar atvik málsins áttu sér stað og að það hafi haft áhrif á stöðu stefnanda á Akranesi. Auk þess hafi stefnandi verið í markaðsráðandi stöðu á staðbundna markaðnum fyrir smásölu lyfja á Akranesi á sama tíma. Þar skipti miklu hinn mikli fjárhagslegi styrkur, sem stefnandi og sú samstæða, sem fyrirtækið tilheyrði, bjó yfir á þeim tíma, sem atvik málsins áttu sér stað, auk annarra yfirburða gagnvart Apóteki Vesturlands. Var einnig vísað til þess, að stefnandi hafi gripið til aðgerða, sem hafi haft það að markmiði að raska samkeppni á Akranesi og hafi vildarkortin og framboðnir afslættir verið liður í því. Aðgerðirnar hafi verið tryggðarhvetjandi og falið í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Markaðir fyrir smásölu lyfja á Akranesi, annars vegar, og höfuðborgarsvæðinu, hins vegar, væru tengdir markaðir og því yrði að horfa til stöðu stefnanda á höfuðborgarsvæðinu við mat á stöðu hans á Akranesi. Þá hafi aðgerðirnar haft áhrif víðar en á Akranesi vegna þeirra skilaboða, sem þær sendu. Í ákvörðun stefnda er því hafnað, að aðgerðir stefnanda megi réttlæta sem eðlileg viðbrögð við aukinni samkeppni auk þess sem öðrum

sjónarmiðum stefnanda í svari við andmælabréfi er hafnað.

Stefnandi kærði ákvörðun stefnda til áfrýjunarnefndar samkeppnismála 26. mars 2010 og krafðist þess, að hún yrði felld úr gildi. Með úrskurði í máli nr. 5/2010 frá 11. júní 2010 féllst áfrýjunarnefndin á það með stefnanda, að smásölumarkaðir á lyfjum á höfuðborgarsvæðinu og á Akranesi væru ekki tengdir í skilningi samkeppnisréttar. Hins vegar féllst nefndin ekki á það með stefnanda, að hann væri ekki í markaðsráðandi stöðu á Akranesi. Benti nefndin á, að þar sem ákvörðun um hvort fyrirtæki væri í markaðsráðandi stöðu hvíldi á heildarmati, þar sem bæði markaðshlutdeild og það skipulag, sem ríkir á markaði, kæmu til skoðunar, hafi stefnandi verið í markaðsráðandi stöðu, þegar horft væri til m.a. markaðshlutdeildar, fjárhagslegra og efnahagslegra yfirburða og stærðar- og breiddarhagkvæmni vegna fjölda lyfjaverslana. Þá var ekki fallist á það með stefnanda, að aðgerðir hans væru samrýmanlegar ákvæðum samkeppnislaga. Áfrýjunarnefndin taldi, að stefnandi hefði viðhaft háttsemi, sem ekki samrýmdist skyldum markaðsráðandi fyrirtækis, og að stefnandi hefði brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 með þrenns konar háttsemi. Í fyrsta lagi með því að hafa beitt óeðlilegum þrýstingi til þess að hindra innkomu Apóteks Vesturlands. Í öðru lagi með því að bjóða upp á tryggðarhvetjandi afsláttarkerfi, þ.e. með framboði á vildarkortum. Í þriðja lagi með því að bjóða upp á framlegðarafslætti eftir innkomu Apóteks Vesturlands. Þá féllst áfrýjunarnefndin ekki á að málsmeðferðarreglur stjórnsýsluréttar hafi verið brotnar í málinu.

Samkvæmt því staðfesti áfrýjunarnefnd samkeppnismála þá ákvörðun stefnda, að stefnandi, Lyf og heilsa hf., hefði með aðgerðum sínum brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005. Sektin var hins vegar lækkuð um 30.000.000 krónur eða niður í 100.000.000 króna. Áfrýjunarnefndin tilkynnti stefnanda um úrskurðinn með tölvupósti 14. júní 2010.

Ágreiningur málsins snýst um hvort úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála sé haldinn þeim annmörkum að fella beri hann úr gildi, en m.a. er á því byggt af hálfu stefnanda að úrskurðurinn sé efnislega rangur, auk þess sem því er haldið fram af hálfu stefnanda að meginreglur stjórnsýsluréttar hafi verið brotnar við meðferð málsins hjá stefnda og áfrýjunarnefnd samkeppnismála.

II

Stefnandi byggir mál sitt einkum á því, að hann hafi ekki verið í markaðsráðandi stöðu á Akranesi og jafnvel þótt svo hafi verið þá hafi háttsemi hans hvorki haft samkeppnishamlandi áhrif né heldur verið til þess fallin að hafa slík áhrif. Þá byggir stefnandi einnig á því, að stefnda hafi brotið gegn ákvæðum stjórnsýslulaga og telur að brotin séu þess eðlis, að um annmarka sé að ræða, sem valdi ógildingu á úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála sem og ákvörðun stefnda. Að því er viðvíkur varakröfu stefnanda, þá telur hann, að sektarfjárhæðin sé ekki í samhengi við fordæmi og þann ramma, sem samkeppnislög nr. 44/2005 setji varðandi sektaákvæðanir.

Samkvæmt 10. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993 beri stjórnvaldi að sjá til þess, að mál sé nægilega upplýst áður en ákvörðun er tekin. Þessa reglu hafi stefnda brotið með

þeim hætti að það valdi ógildingu á ákvörðun þess og þar af leiðandi ógildingu á úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála, sem byggt hafi á rannsókn stefnda.

Mál, sem falli undir 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005, lúti að því að kanna tiltekna stöðu félags, þ.e. hvort félagið sé í markaðsráðandi stöðu. Rannsókn á slíkri stöðu feli ekki í sér að könnun á því, hvernig staða félags sé í samanburði við stöðu annars félags á tilteknum afmörkuðum tímapunkti, heldur verði að líta yfir rúmt tímabil. Annars sé ekki hægt að slá því föstu, að viðkomandi fyrirtæki geti hegðað sér að verulegu leyti án þess að taka tillit til annarra markaðsaðila, eins og áskilið sé í samkeppnislögum.

Rannsókn á þessum þætti málsins hafi verið verulega áfátt hjá stefnda, þar sem ein blínt hafi verið á þann tíma, sem stefnandi var eini starfandi aðilinn á markaðnum, en ekki litið til þess tíma, sem mesta þýðingu hafi haft. Það hafi verið fyrsta heila starfsárið eftir að Apótek Vesturlands hafi komið inn á markaðinn. Allt frá innkomu Apóteks Vesturlands hafi markaðshlutdeild stefnanda farið lækkandi og strax á fyrstu mánuðunum eftir innkomuna hafi hún verið komin niður í [-]% og árið 2008 niður í [-]%. Það að líta framhjá þróun markaðshlutdeildar Apóteks Vesturlands eftir innkomu leiði til þess, að niðurstaðan um stöðu stefnanda sé ekki byggð á mati á heildaraðstæðum heldur aðeins hluta af þeim aðstæðum, sem skipti máli. Þá sé enn fremur í ákvörðun stefnda og úrskurði áfrýjunarnefndarinnar vanrækt með öllu að gera greiningu á því með hvaða hætti stefnandi eigi að hafa getað hegðað sér að verulegu leyti án tillits til annarra markaðsaðila. Þannig sé ekkert mat lagt á það með hvaða hætti meint stærðar- og breiddarhagkvæmni eigi að hafa gagnast stefnanda í samkeppni á Akranesi. Áfrýjunarnefndin og stefnda fullyrði, að umrædd atriði séu fyrir hendi án þess að nokkur leið sé að finna það út frá gögnum málsins, hvernig unnt hafi verið að komast að slíkri niðurstöðu. Ekki sé að finna fullnægjandi skýringar á niðurstöðu áfrýjunarnefndarinnar né niðurstöðu stefnda í þessum efnum. Þá hafi stefnda vanrækt að rannsaka önnur veigamikil atriði í málinu. Megi þar nefna, að engin tilraun hafi verið gerð til þess að kanna áhrif verðlagningar stefnanda sumarið 2007. Það liggi og fyrir, að stefnandi hafi aðeins lækkað framlegð en afslættir hafi ekki verið af heildarverðinu, þ.e. ekki hafi verið farið undir kostnaðarverð. Álag ofan á innkaupaverð lyfja eftir verðlækkun hafi ávallt verið [-]%, sem skili tekjum upp í fastan kostnað og sé því ásættanleg álagning. Eðlilegur keppinautur ætti að geta keppt við verð, sem sé yfir kostnaðarverði, einkum þegar litið sé til þess hve litla yfirbyggingu Apótek Vesturlands hafi haft. Apótek Vesturlands hefði því vel átt að geta boðið sambærileg eða jafnvel betri verð en stefnandi, þegar litið sé til þess, að verðlagning stefnanda hafi ekki farið undir innkaupaverð lyfja.

Samkvæmt þeim fyrirspurnum, sem liggi fyrir í málinu, að sendar hafi verið til Apóteks Vesturlands, hafi aldrei verið óskað eftir upplýsingum um verðlagningu eða álagningu Apóteks Vesturlands á þeim vörum, sem verslunin hafi haft í sölu. Aðeins sé vísað til ársreiknings án þess, að sýnileg greining hafi verið gerð á raunverulegum rekstrarkostnaði Apóteks Vesturlands og rekstrartekjum. Það sé því ekkert hægt að fullyrða um, hvort verðlagning stefnanda hafi verið til þess fallin að hafa samkeppnishamlandi áhrif. Það sé eitt af frumskilyrðum þess, að verðlagning teljist ólögmæt að jafnhagkvæmur eða sambærilegur keppinautur geti ekki mætt slíkri verðlagningu. Þar sem þessi atriði liggi ekki fyrir, sé ekkert hægt að fullyrða um meint ólögmæti afsláttar sem stefnandi hafi boðið upp á sumarið 2007.

Fullyrðingar stefnda, sem áfrýjunarnefndin byggir á, eigi sér ekki stöð í gögnum málsins. Stefnda og áfrýjunarnefndin hafi því brotið gegn 10. gr. stjórnsýslulaga með rannsókn á lögmæti afsláttar stefnanda sumarið 2007 sem og meintri markaðsráðandi stöðu stefnanda á Akranesi.

Stefnandi byggir einnig á því, að stefnda og áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafi brotið gegn 11. gr. stjórnsýslulaga, nr. 37/1993, þar sem 11. gr. samkeppnislaga, nr. 44/2005, hafi ekki verið beitt með sama hætti í þessu máli og í eldra máli, þar sem atvik hafi verið með sambærilegum hætti. Rökstuðningur stefnda fyrir því, að ekki hafi verið um sambærileg mál að ræða, hafi verið með öllu ófullnægjandi. Þá hafi afgreiðsla áfrýjunarnefndar samkeppnismála að sama skapi verið ófullnægjandi.

Samkvæmt 11. gr. stjórnsýslulaga skuli stjórnvald gæta samræmis og jafnræðis við úrlausn mála í lagalegu tilliti. Sú afstaða, sem komi fram í úrskurði áfrýjunarnefndarinnar og einnig í ákvörðun stefnda, feli í sér framkvæmd sem sé ósamrýmanleg 11. gr. stjórnsýslulaga. Samkeppnisyfirvöld hafi tekið ákvarðanir í nokkrum málum, sem séu nánast eins og það mál, sem hér sé til umfjöllunar en samt hafi verið komist að mismunandi niðurstöðum. Þá séu engin fordæmi fyrir því, að sá aðili, sem hafi minni markaðshlutdeild, sé talinn markaðsráðandi. Hafi því niðurstaða áfrýjunarnefndarinnar og stefnda ekki aðeins verið fordæmalaus, heldur einnig í beinu ósamræmi við fyrri framkvæmd og túlkun á 11. gr. samkeppnislaga, sbr. einkum ákvörðun samkeppnisráðs nr. 8/2003, *Erindi Refund á Íslandi ehf. vegna misnotkunar Global Refund á Íslandi hf. á markaðsráðandi stöðu sinni og óréttmætra viðskiptahátta*, og úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 8/2003, *Refund á Íslandi ehf. gegn samkeppnisráði*. Rökstuðningur stefnda og áfrýjunarnefndar samkeppnismála fyrir því, að málin séu ósambærileg, styðji enn fremur að niðurstaða stefnda hafi verið byggð á ómálefnalegum sjónarmiðum.

Þegar vikið sé frá matskenndri stjórnsýsluframkvæmd, beri að gera það með tilteknum hætti og einungis að ákveðnum skilyrðum uppfylltum. Í fyrsta lagi verði breytingin að vera á grundvelli málefnalegra sjónarmiða, í öðru lagi verði breytingin að vera almenn og í þriðja lagi verði að taka tillit til réttmætra væntinga og kynna breytinguna og hafa í huga sjónarmið um bann við afturvirkni réttarreglna. Ljóst sé, að stefnda hafi ekki virt neitt framangreindra skilyrða.

Þegar stjórnvald hafi byggt ákvörðun á tilteknum sjónarmiðum og veitt ákveðnum sjónarmiðum aukið vægi, leiði jafnræðisreglan til þess að almennt beri að leysa úr sambærilegu máli á grundvelli sömu sjónarmiða með sömu áherslum. Mismunandi úrlausn sambærilegra mála verði að byggjast á frambærilegum og málefnalegum sjónarmiðum. Þar sem hvorki stefnda né áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafi svo mikið sem reynt að sýna fram á að málefnaleg eða frambærileg sjónarmið réttlæti mismunun í þessu máli, verði ekki annað hægt en að draga þá ályktun að slík sjónarmið séu ekki fyrir hendi.

Brot á jafnræðisreglu sé efnisannmarki sem leiði yfirleitt til þess að ákvörðun teljist ógildanleg að íslenskum rétti. Með vísan til framangreinds verði að ógilda úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála sem og ákvörðun stefnda, enda feli afgreiðsla stefnda og áfrýjunarnefndar samkeppnismála í sér brot á 11. gr. stjórnsýslulaga.

Í réttmætisreglu stjórnsýsluréttar felist að stjórnvald verði að byggja ákvörðun á málefnalegum sjónarmiðum og það leiði til ógildingar ákvörðunar, ef brotið er gegn reglunni. Um ómálefnaleg sjónarmið varðandi málsmeðferð í tilviki stefnanda, samanbórið við áðurnefnd Global Refund mál, vísar stefnandi til umfjöllunar hér að ofan, meðal annars um rannsóknareglu stjórnsýsluréttar. Brot stefnda á þessum tveimur grundvallarreglum gefi sterklega til kynna, að eitthvað annað hafi ráðið för en markmið samkeppnislaga.

Fyrirkomulag rannsókna samkeppnislagabrota sé verulega gallað, þar sem sami aðilinn rannsaki og taki ákvörðun um sekt á grundvelli eigin rannsókna. Slíkt auki verulega líkur á því, að ómálefnaleg sjónarmið ráði för. Stefnandi telur nokkur atriði styðja málsástæður hans varðandi brot á réttmætisreglunni. Í fyrsta lagi vísar stefnandi til þess, að stefnda hafi neitað að líta til þróunar markaðshlutdeildar eftir árið 2008, sem þó sanni að stefnandi hafi ekki verið markaðsráðandi. Það liggi samt fyrir að stefnda hafi aflað gagna frá Apóteki Vesturlands um veltu félagsins fram á mitt ár 2008. Í öðru lagi hafi því verið hafnað, án nokkurs haldbærs rökstuðnings, að mál stefnanda væri sambærilegt áðurnefndum málum Global Refund. Í þriðja lagi gefi aðdragandi og upphaf rannsókna tilefni til þess að draga hlutleysi stefnda í efa, þar sem rangt hafi verið farið með staðreyndir í húsleitarbeiðni og óskað eftir henni án þess, að nokkur haldbær gögn hafi legið til grundvallar. Aðeins hafi verið stuðst við einhliða fullyrðingar helsta keppinautar stefnanda. Í fjórða lagi megi benda á, að þótt sú staðreynd sé óumdeild, að stefnandi hafi verið minni aðilinn á Akranesmarkaði, þá hafi stefnda samt talið nauðsynlegt að sekta stefnanda fyrir brot á 11. gr. samkeppnislaga. Stefnandi hafi leitast sérstaklega við að rýmka hugtakið „markaðsráðandi staða“ í andstöðu við fyrri fordæmi til þess eins að geta fellt stefnanda undir 11. gr. laganna. Í fimmta lagi telur stefnandi að fjárhæð sekta, með hliðsjón af öðrum málum, gefi til kynna, að ekki hafi verið byggt á málefnalegum sjónarmiðum. [-]

Þegar litið sé heildstætt á öll framangreind atriði og hvernig komist hafi verið að þeirri niðurstöðu, að stefnandi hafi brotið gegn samkeppnislögum, þá leiki enginn vafi á því, að ómálefnaleg sjónarmið hafi legið ákvörðuninni til grundvallar. Þar sem úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála sé byggður á þessari ákvörðun, þá leiði það til þess að úrskurðurinn sé litaður af ómálefnalegum sjónarmiðum stefnda.

Stefnandi byggir aðalkröfu sína fyrst og fremst á því, að beiting 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 komi ekki til greina, þar sem stefnandi hafi ekki verið í markaðsráðandi stöðu. Í fyrsta lagi sanni markaðshlutdeild stefnanda, áður en gripið hafi verið til húsleitar, og þróunin þar á eftir, að hann hafi ekki getað hegðað sér án tillits til annarra markaðsaðila. Í öðru lagi sé regluverk markaðar fyrir smásölu lyfja þess eðlis, að það útiloki að fyrirtæki geti notið markaðsráðandi stöðu. Lagaumhverfið útiloki, að fyrirtæki geti stjórnað eftirspurn eða framboði eins og áskilið sé. Í þriðja lagi hafi skipulag markaðarins ekki veitt stefnanda þann styrkleika, sem þurfi til þess að geta talist í markaðsráðandi stöðu. Því sé sérstaklega hafnað, að stefnandi hafi haft slíka fjárhagslega yfirburði eða breiddar- og stærðarhagkvæmni, að hann hafi getað hegðað sér án tillits til annarra markaðsaðila á Akranesi.

Samkvæmt niðurstöðu áfrýjunarnefndar samkeppnismála sé markaður þessa máls smásala á lyfjum á Akranesi. Komi það skýrt fram í úrskurði nefndarinnar, að hún

hafni kenningum stefnda um meint tengsl milli höfuðborgarsvæðisins og Akranesmarkaðar. Aðstaðan á höfuðborgarsvæðinu komi þá aðeins til skoðunar við mat á því, hvort stefnandi njóti stærðar- og breiddarhagkvæmni, sem veiti honum styrk á Akranesi af því tagi, að hann geti hegðað sér án tillits til annarra markaðsaðila á Akranesi. Sú staða sé ekki fyrir hendi. Markaður málsins sé því eingöngu smásala á lyfjum á Akranesi. Aðeins skipti máli hvort stefnandi hafi verið markaðsráðandi á Akranesi, þar sem aðeins hafi verið könnuð háttsemi, sem þar hafi átt sér stað.

Ófrávíkjanlegt skilyrði fyrir beitingu 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005, sé, að fyrirtæki sé í markaðsráðandi stöðu, sbr. 4. tölul. 1. mgr. 4. gr. laganna. Fyrirtæki þurfi að hafa efnahagslegan styrkleika til þess að geta hindrað virka samkeppni á þeim markaði, sem máli skipti, og það geti að verulegu leyti starfað án þess að taka tillit til keppinauta, viðskiptavina og neytenda. Beiting stefnda og áfrýjunarnefndar samkeppnismála í þessu máli á 11. gr. laganna falli ekki að skilgreiningunni í 4. gr. þeirra.

Breytist staða fyrirtækis verulega á skömmum tíma vegna innkomu nýs keppinautar, sé það eðli málsins samkvæmt ekki markaðsráðandi miðað við skilgreiningu samkeppnislaga. Ein helsta leiðbeining við mat á markaðsstöðu sé markaðshlutdeild á viðkomandi markaði og hvernig hún breytist vegna utanaðkomandi áhrifa. Í raun sé um fyrsta þrep að ræða. Gefi markaðshlutdeild ekki til kynna, að um markaðsráðandi stöðu sé að ræða, þá hafi önnur atriði takmarkaða þýðingu. Stefnda og áfrýjunarnefndin hafi litið framhjá þessum atriðum í þessu máli.

Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála hafi nær eingöngu verið einblínt á ætlaðan fjárhagslegan styrk stefnanda gagnvart Apóteki Vesturlands, en vanrækt að líta til þess, hvort stefnandi hafi getað hegðað sér án tillits til annarra markaðsaðila eða hvort hann hafi raunverulega getað hindrað virka samkeppni. Þannig hafi ekki verið um heildarmat á aðstæðum að ræða, heldur hafi afmarkaðir þættir ráðið, sem einungis séu notaðir til þess að greina markaðsráðandi stöðu, sem þegar hafi verið staðfest með hárri markaðshlutdeild. Þessu sé öfugt farið í því máli, sem hér sé til umfjöllunar. Stefnandi telur að vanrækt hafi verið að meta stöðu hans með heildstæðum hætti og þegar af þessari ástæðu beri að taka aðalkröfu hans til greina.

Stefnandi kveður markaðshlutdeild fyrirtækis vera einn mikilvægasta mælikvarðann á það, hvort fyrirtæki sé markaðsráðandi. Hinn þátturinn sé skipulag markaðar, aðgangshindranir og eðli framboðs og eftirspurnar, þ.e. hvort skipulag markaðarins veiti ákveðnu fyrirtæki slíkt forskot, að það geti starfað að verulegu leyti án þess að verða fyrir áhrifum af aðgerðum neytenda eða keppinauta. Um tvo samverkandi þætti sé að ræða. Báðir þættirnir verði að gefa til kynna að fyrirtæki sé markaðsráðandi. Ekki sé nægilegt að benda aðeins á ákveðna þætti í skipulagi markaðarins um stöðu félagsins, ef þróun markaðshlutdeildar styður þá greiningu ekki. Þá dugi heldur ekki há markaðshlutdeild, ef skipulag markaðar leiðir til þess, að fyrirtæki geti ekki haldið stöðunni á markaðnum til lengri tíma.

Að mati stefnanda felst í því rökvilla að beita 11. gr. samkeppnislaga á tvíkeppnismarkaði. Fyrirtæki á slíkum markaði séu nauðbeygð til þess að taka verulegt tillit til keppinautarins, ella muni það fyrirtæki, sem geri það ekki, hverfa af markaði. Því geti fyrirtæki á slíkum markaði ekki verið í markaðsráðandi stöðu.

eins og hugtakið sé skilgreint í samkeppnislögum. Fyrirtæki, sem má ekki nota sömu aðgerðir og keppinauturinn, muni líka hverfa af markaði eða í öllu falli ekki hafa hvata til þess að standa í verðsamkeppni. Beiting 11. gr. samkeppnislaga á tvíkeppnismarkaði muni því á endanum hafa samkeppnishamlandi áhrif.

Tilvísanir áfrýjunarnefndar samkeppnismála til annarra fordæma, þar sem fyrirtæki með undir 50% markaðshlutdeild hafa verið talin markaðsráðandi, eigi ekki við í þessu máli, enda óumdeilt, að þar hafi viðkomandi félag verið stærsti aðilinn á markaði og þar að auki hafi ekki verið um tvíkeppnismarkað að ræða.

Þegar verið sé að skoða stöðu fyrirtækis við innkomu nýs aðila, séu það einkum þrjú tímabil, sem þurfi að kanna; hvernig staðan hafi verið fyrir innkomu, hvernig þróun hafi orðið við innkomu og hvernig þróunin hafi orðið eftir að nýja fyrirtækið hafi verið búið að vera starfandi í nokkurn tíma. Í þessu máli hafi nær eingöngu verið horft á tímabilið fyrir innkomu, sem sé með öllu ófullnægjandi. Rökin fyrir því, að ekki sé hægt að horfa á tímabilið fyrir innkomu sé, að þróun markaðarins eftir innkomu geti gefið vísbendingu um að fyrirtæki með 100% markaðshlutdeild sé ekki markaðsráðandi, ef það tapar verulegri hlutdeild eftir innkomu hins nýja fyrirtækis.

Óumdeilt sé, að markaðshlutdeild stefnanda hafi lækkað úr því að vera 100% niður í [-]% skömmu eftir innkomu Apóteks Vesturlands. Eðli málsins samkvæmt hafi hlutdeild Apóteks Vesturlands hækkað úr 0% upp í [-]% á sama tíma, enda eini keppinauturinn á viðkomandi markaði, sé miðað við markaðsskilgreiningu stefnda og áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Þannig hafi hin meinta misnotkun átt að hafa beinst gegn félagi, sem hafi náð að hrisfa til sín [-]% markaðshlutdeildar á met tíma. Tapi fyrirtæki markaðshlutdeild mjög hratt, sé það sönnun þess, að fyrirtækið skorti þann eiginleika, sem sé áskilinn í samkeppnislögum, að það geti hegðað sér án tillits til annarra markaðsaðila.

Til frekari sönnunar um að stefnandi hafi ekki verið markaðsráðandi sé gagnlegt að líta til þróunar árið 2008 og fram á árið 2009, en undir lok ársins 2009 hafi markaðshlutdeild stefnanda verið á bilinu [-]% samkvæmt áætluðu mati stefnanda. Þar sem stefnda hafi neitað að afla gagna um þróun markaðshlutdeildar, verði að byggja á mati stefnanda í þessu tilfalli. Þessi hlutdeild sýni að hinn meinti efnahaglegi styrkur hafi ekki verið fyrir hendi.

Fullyrðingar áfrýjunarnefndarinnar í úrskurðinum um að þróun markaðshlutdeildar skýrist vegna samúðar neytenda séu með öllu örökstuddar, enda hafi engin gögn verið lögð fram í málinu þessu til skýringar.

Með hliðsjón af þessu sé ljóst, að áfrýjunarnefnd samkeppnismála og stefnda hafi beitt 11. gr. samkeppnislaga í andstöðu við orðalag og inntak ákvæðisins, þar sem sú staða, sem lýst sé í 4. tölul. 1. mgr. 4. gr. samkeppnislaga, hafi ekki verið fyrir hendi og beri því að taka aðalkröfu hans til greina, enda sé ekki hægt að brjóta gegn 11. gr. samkeppnislaga, ef markaðsráðandi staða er ekki fyrir hendi.

Stefnandi byggir jafnframt á því, að aðrir þættir í skipulagi markaðarins útiloki einnig, að hann geti talist í markaðsráðandi stöðu. Markaðsyfirrád í hagfræðilegum skilningi séu almennt skilgreind sem geta fyrirtækis til þess að hækka verð yfir samkeppnisverð með hagnaði, þ.e. að þrýstingur frá samkeppnisaðila eða

neytendum leiði ekki til þess að slík hækkun sé óhagkvæm. Þannig virðist áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafa hafnað þessari málsástæðu á röngum grundvelli, þar sem segi, að samkeppnislög nái til lyfjamarkaðarins og því sé röksemdum stefnanda hafnað. Málsástæða stefnanda gangi ekki út á það, að samkeppnislög gildi ekki um lyfjamarkaðinn, heldur að þær reglur, sem fyrirtæki á markaði fyrir smásölu lyfja þurfi að lúta, leiði til þess, að fyrirtæki á markaðnum séu svipt nauðsynlegum eiginleika, sem fyrirtæki verði að hafa yfir að búa til þess að fara með markaðsyfrráð. Stefnda hafi ekki framkvæmt neina greiningu á því, hvort fyrirtæki á slíkum markaði gætu viðhaldið verðlagningu yfir samkeppnishæfu verði. Aðeins hafi verið vísað til þess, að lyfjaverslanir væru með mismunandi verðlagningu. Ekki hafi verið tekið tillit til þess, hvort álagning á lyfjum væri óeðlileg með hliðsjón af óhjákvæmilegum kostnaði, sem fylgi rekstri lyfjaverslana auk krafna um hóflega arðsemi.

Þær lagalegu takmarkanir, sem séu settar á rekstur lyfjasmásala, leiði til þess, að jafnvel þótt fyrirtæki njóti efnahagslegra yfirburða, þá geti það ekki talist vera með markaðsyfrráð. Til þess að fyrirtæki geti haft markaðsyfrráð og nýtt þau, séu það einkum tvær aðferðir, sem slík fyrirtæki geti notað til þess að beita slíkum styrk. Í fyrsta lagi að geta stillt verðlagningu eftir eigin höfði; einkum sé miðað við að halda verðlagningu yfir samkeppnishæfu verði til langs tíma. Í öðru lagi verði þau að geta stýrt framboði og þannig hækkað verð. Þegar verðlagning og framboð sé að miklu leyti ákveðin af opinberum aðila, þá séu fyrirtæki á markaði svipt þessum möguleika að hafa áhrif á verðlagningu og þar með getunni til þess að stýra verðlagningu til lengri tíma.

Lyfjasmásölum sé óheimilt að verðleggja lyfseðilskyld lyf yfir því verði, sem lyfjagreiðslunefnd ákveður, sbr. 43. gr. lyfjalaga nr. 93/1994. Lyfjagreiðslunefnd sé skylt að halda lyfjakostnaði í lágmarki og sjá til þess að lyfjaverð sé sambærilegt því, sem gerist í Danmörku, Noregi, Finnlandi og Svíþjóð, sbr. 4. gr. reglugerðar um lyfjagreiðslunefnd nr. 213/2005. Þessu til viðbótar séu takmarkanir á því, hvernig smásalar geti kynnt vörur sínar, en þeim sé t.d. bannað að kynna lyfseðilskyld lyf með auglýsingum og þar með geti þeir ekki kynnt verðlagningu, sbr. VI. kafla lyfjalaga, einkum 13. gr. þeirra. Að lokum sé smásala skylt að hafa nægilegt framboð af lyfjum í verslunum sínum, en skv. 58. gr. reglugerðar nr. 426/1997 um lyfsöluleyfi og lyfjabúðir sé lyfjabúðum skylt að hafa þau lyf í boði í verslunum sínum, sem selja megir hér á landi og hafa hæfilegar birgðir miðað við ávísanir lækna.

Sökum þess að stefnandi hafi ekki getað haft markaðsyfrráð á markaði fyrir smásölu lyfja, þá geti hann ekki hafa verið í markaðsráðandi stöðu á Akranesi. Skilyrði fyrir beitingu 11. gr. samkeppnislaga séu því ekki uppfyllt. Verði því að taka aðalkröfu stefnanda til greina á þessum grunni einnig.

Stefnandi byggir einnig á því að mat stefnda og áfrýjunarnefndarinnar á skipulagi markaðarins hafi verið áfátt. Þau atriði, sem ráðið hafi för hjá stefnda og áfrýjunarnefndinni við mat á því hvort stefnandi hafi verið markaðsráðandi á Akranesi, nægi ekki til þess að komast að slíkri niðurstöðu.

Eitt atriði, sem stefnanda þykir vert að vekja athygli á og ætti að koma til skoðunar, er hvort aðstaðan á markaði valdi því, að fyrirtæki sé óumflýjanlegur viðskiptaaðili eða að kostnaður við að skipta um viðskiptaaðila leiði til sambærilegrar niðurstöðu.

Stefnandi kveðst fullviss um, að lyfjaverslun hans njóti ekki samkeppnislegs forskots á Apótek Vesturlands í þeim mæli, að hann geti talist vera markaðsráðandi. Báðar verslanir selji sömu vörur og því sé neytendum sama á hvorn staðinn þeir fara. Stefnandi bjóði ekki upp á vörur eða þjónustu á lyfjamarkaði, sem ekki sé að finna hjá Apóteki Vesturlands. Af þeim sökum sé stefnandi ekki nauðsynlegur eða óhjákvæmilegur viðskiptaaðili á markaðnum. Í huga neytenda á Akranesi virðist þeir frekar hafa kosið að stunda viðskipti við Apótek Vesturlands, þegar lítið sé til þróunar markaðshlutdeildar. Því sé ljóst að Apótek Vesturlands hafi haft sterkari ítök gagnvart neytendum en stefnandi.

Stefnda hafi einkum byggt á þremur atriðum í ákvörðun sinni, þ.e. almennum efnahagslegum styrkleika, stöðu stefnanda á tengdum mörkuðum og að rik skylda hvíli á ráðandi fyrirtækjum að athafnir þeirra raski ekki samkeppni. Síðastnefnda atriðið hafi þó enga þýðingu við mat á því, hvort fyrirtæki sé markaðsráðandi, heldur komi aðeins til skoðunar við greiningu á því, hvort háttsemi slíks fyrirtækis sé samkeppnishamlandi.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafi ekki rökstutt það sérstaklega með hvaða hætti stefnandi hafi átt að geta talist vera markaðsráðandi, en vísað til markaðshlutdeildar, efnahagslegs styrkleika miðað við Apótek Vesturlands, breiddar- og stærðar hagkvæmni og annarra atriða, sem getið sé í ákvörðun stefnda.

Hvað varði meintan efnahagslegan styrkleika, þá sé það almenn regla, að það sé ekki bókfært mat eigna, sem hafi þýðingu við mat á styrkleika, heldur séu það skuldir og eðli eigna, sem skipti máli. Hafi mat bæði áfrýjunarnefndarinnar og stefnda á meintum efnahagslegum styrkleika því verið rangt eins og sjáist með því, að áður en ákvörðun stefnda hafi legið fyrir, hafi verið búið að taka Milestone hf. til gjaldþrotaskipta. Ástæða þess hafi fyrst og fremst verið sú, að verðmæti eigna hafi lækkað hratt á mjög skömmum tíma. Eðli eigna stefnanda og skuldsetning félagsins, sem og reyndar einnig Milestone, hafi frekar verið til þess að veikja félagið í samkeppni heldur en styrkja. Samkeppnislega séð séu það fyrirtæki, sem ekki séu bundin af skuldsetningu, sem hafi fjárhagslega yfirburði, þ.e. hafi meira svigrúm til ákvarðana.

Í úrskurði áfrýjunarnefndarinnar segi, að eigið fé Milestone hafi verið rúmlega 84 milljarðar króna í lok árs 2007 og komi þetta reyndar einnig fram í ákvörðun stefnda. Hið rétta sé, að eigið fé félagsins hafi verið umtalvert lægra eða 69 milljarðar króna eða 15 milljörðum krónum lægra. Komi þetta skýrt fram í ársreikningi Milestone, sem sé opinber og hafi verið birtur á heimasíðu Milestone. Svo virðist sem stefnda hafi stuðst við upplýsingar frá Morgunblaðinu, en stefnandi kunni engar skýringar á þessu misræmi. Ljóst sé hins vegar, að 15 milljarðar króna séu umtalsverður munur. Stefnandi kveðst hafa gert athugasemdir við, að stefnda hafi aflað upplýsinga í gegnum Morgunblaðið í stað þess að óska eftir gögnum frá Milestone beint og milliliðalaust. Stefnandi telur, að skuldsetning hans sem og Milestone leiði til þess, að hann hafi ekki haft algera fjárhagslega yfirburði gagnvart Apóteki Vesturlands. Jafnvel þótt fallist væri á, að stefnandi hefði sterkari fjárhagslega stöðu, sem draga megí í efa, þá hafi skuldsetning félagsins vegið upp á móti slíkum styrk og dregið verulega úr honum.

Hvað varði ætlaða breiddar- og stærðarhagkvæmni, þá sé það enn eitt dæmið um rangar ályktanir á stöðu stefnanda. Lyfjaverslun stefnanda á Akranesi hafi ekki haft

slíka hagkvæmni, a.m.k. ekki í slíkum mæli, að það hafi veitt versluninni forskot af því tagi, að hún hafi getað starfað án tillits til annarra markaðsaðila. Allar lyfjaverslanir verði að hafa ákveðnar lásmarksbirgðir og sérstaklega menntað starfsfólk. Því sé svigrúm til þess að njóta stærðar- og breiddarhagkvæmni óverulegt miðað við margar aðrar atvinnugreinar. Í öllu falli sé mismunurinn á milli lyfjaverslana það lítill, að verslun stefnanda á Akranesi hafi ekki notið samkeppnislegs forskots gagnvart Apóteki Vesturlands þannig að verslun hans teljist vera markaðsráðandi á Akranesi.

Hvað varði meintar aðgangshindranir, telur stefnandi, að staðreyndir málsins sýni að þær hafi ekki verið fyrir hendi á Akranesi. Umsókn Apóteks Vesturlands hafi verið mjög einföld og Apótek Vesturlands hafi ekki þurft að uppfylla ströng skilyrði til þess að hefja starfsemi. Þá hafi fjármögnun félagsins verið mjög auðveld eins og fram komi í ársreikningi félagsins.

Þrátt fyrir að stefnandi telji, að sú staðreynd ein og sér, að hann hafi tapað [-]% markaðshlutdeild á einu ári, sanni, að hann sé ekki í markaðsráðandi stöðu á Akranesi, þá sýni einnig framangreind atriði, að stefnda og áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafi metið skipulag markaðarins ranglega. Jafnvel þó stefnandi hefði almennt sterkari stöðu en Apótek Vesturlands, þá hafi þessi atriði ekki veitt honum þann styrkleika, sem sé nauðsynlegur til þess að teljast markaðsráðandi.

Þá er því mótmælt, að í gögnum málsins komi fram sú afstaða stefnanda, að hann telji sig vera markaðsráðandi. Eins og ítrekað hafi verið í kæru, þá hefði stefnda komist að þeirri niðurstöðu sumarið 2006, að stefnandi væri í sameiginlega markaðsráðandi stöðu á höfuðborgarsvæðinu og einnig ýjað að sterkri stöðu á landsbyggðinni. Það væri fráleitt, ef stefnandi horfði ekki til þessarar afstöðu stefnda, þótt hann væri henni ósammála. Það komi ekki fram í gögnum málsins, að stefnandi telji sig vera markaðsráðandi og jafnvel þótt svo væri, þá leiði skoðun stefnanda á tilteknum aðstæðum ekki til þess, að hann verði markaðsráðandi á grundvelli þeirrar skoðunar. Fyrirtæki verði ekki markaðsráðandi af því, að það telji sig vera það. Sýni staðreyndir og gögn aðra niðurstöðu, þá hafi huglæg afstaða fyrirtækisins enga þýðingu.

Með vísan til alls þessa, þá sé ljóst, að stefnandi hafi ekki haft þann efnahagslega styrkleika, sem til þurfi til að geta raskað samkeppni og starfað án tillits til annarra markaðsaðila. Beri þegar af þessari ástæðu að taka aðalkröfu hans til greina.

Stefnandi byggir á einkum því, að hann hafi ekki verið í markaðsráðandi stöðu á Akranesi og því beri að taka aðalkröfu hans til greina. Verði hins vegar ekki fallist á framangreindar málsástæður, byggir stefnandi á því að hann hafi ekki viðhaft samkeppnishamlandi háttsemi.

Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála komi fram þrjú atriði, þar sem nefndin telji, að háttsemi stefnanda hafi farið í bága við 11. gr. samkeppnislaga: Í fyrsta lagi aðgerðir til þess að koma í veg fyrir opnun lyfjaverslunar, í öðru lagi stofnun vildarklúbbs og í þriðja lagi framlegðarafslættir.

Stefnandi er þessu ekki sammála. Kveðst hann hafa tekið þátt í samkeppni með lögmaetum hætti, verðlagt þjónustu sína með hliðsjón af kostnaði og liggi ekkert fyrir um að stefnandi hafi undirboðið Apótek Vesturlands. Stefnandi hafi því ekki

gengið lengra en honum hafi verið heimilt, jafnvel þótt hann væri talinn í markaðsráðandi stöðu. Þá hafi samskipti fyrir innkomu Apótek Vesturlands verið með eðlilegum hætti og framboð vildarkorta engin áhrif haft á starfsemi Apóteks Vesturlands og mjög takmörkuð áhrif á markaðinn í heild sinni.

Stefnandi byggir á því, að jafnvel þótt hann sé talinn markaðsráðandi þá hafi háttsemi hans fyrir opnun Apóteks Vesturlands ekki verið brot gegn 11. gr. samkeppnislaga.

Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála sé vísað til tveggja atvika, sem nefndin telji hafa þýðingu vegna samskipta starfsmanna stefnanda áður en Apótek Vesturlands hafi komið inn á markaðinn; annars vegar sé vísað til þess, að stefnandi hafi boðið fyrirsvarsmanni Apóteks Vesturlands starf og að stefnandi hafi átt að hafa í hótunum við Haga hf. Hins vegar sé óljóst hvaða þýðingu önnur atvik hafi, þar sem nefndin fjalli ekkert um það, hvorki til að staðfesta þau eða hafna því, að þau hafi þýðingu við matið. Stefnandi telur hvorugt fela í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu.

Stefnda hafi einnig nefnt samskipti við heilbrigðis- og tryggingamálaráðuneytið í ákvörðun sinni, en áfrýjunarnefndin nefni ekki, hvort það hafi einhverja þýðingu. Vegna þess, að nefndin tiltaki hvorki umrætt atvik, né heldur, að vísað sé til annarra atvika, þá gangi stefnandi út frá því, að þau hafi ekki skipt máli við mat á aðgerðum fyrir opnun lyfjaverslunar Apóteks Vesturlands.

Allar umræður og þær aðgerðir, sem gripið hafi verið til, hafi miðað að því að tryggja, að lyfjaverslunin á Akranesi hefði fullnægjandi rekstrargrundvöll og gæti aflað sér viðunandi tekna.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafi talið, að útgáfa vildarkorta færi í bága við samkeppnislög, þar sem þau hafi verið liður í að raska samkeppni og að í þeim fælist samkeppnishamlandi áhrif. Í því sambandi hafi einkum verið vísað til þess, að ekki hefði verið kostnaðarlegt hagræði fólgið í vildarkortunum. Stefnandi byggir á því, að útgáfa vildarkortanna hafi ekki haft samkeppnishamlandi áhrif og notkun þeirra hafi ekki verið til þess fallin að hafa slík áhrif. Af því leiði, að ekki hafi verið um brot á 11. gr. samkeppnislaga að ræða.

Vildarkortin hafi að meginhluta til verið gefin út í apríl og maí 2007 eða löngu áður en Apótek Vesturlands hafi opnað. Sem dæmi þá hafi í heild verið gefin út [-] vildarkort árið 2007 og þar af hafi verið búið að gefa út [-] kort mánuði áður en Apótek Vesturlands hafi komið inn á markaðinn. Sé miðað við þann fjölda af viðskiptavinum, sem á markaðnum hafi verið, verði ekki hægt að segja, að þessi fjöldi hafi þýðingu fyrir markaðinn í heild og því augljóst, að framboð vildarkorta hafi engin áhrif haft á starfsemi Apóteks Vesturlands. Staðreyndin sé hins vegar sú, að aðeins brot af þeim, sem fengu kortin, hafi stundað viðskipti við stefnanda að einhverju ráði eftir innkomu Apóteks Vesturlands. Blasi því við, að tilvist og framboð þeirra hafi haft hverfandi áhrif á markaðinn.

Hvað meint útilokunaráhrif vegna vildarkortanna varði, þá verði ekki séð, að þau hafi haft slík áhrif. Þegar Apótek Vesturlands hafi komið inn á markaðinn, hafi það ekki tekið félagið nema nokkrar vikur að ná yfir [-]% markaðshlutdeild. Því sé ljóst, að mikill meirihluti markaðarins hafi ekki talið sig skuldbundinn stefnanda.

Hefðu vildarkortin haft einhver útilokunaráhrif, þá hefði Apótek Vesturlands aldrei getað náð slíkum árangri á nokkrum vikum. Beri stefnda sönnunarbyrðina fyrir því, að áhrif af aðgerð hafi samkeppnishamlandi áhrif eða sé til þess fallin að hafa slík áhrif.

Í þessu ljósi byggir stefnandi á því, að framboð vildarkortanna hafi ekki falið í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu í skilningi 11. gr. samkeppnislaga og því geti hann ekki talist hafa brotið gegn samkeppnislögum með framboði þeirra.

Stefnandi byggir einnig á því, að afslættir, sem hann veitti af lyfjaverði eftir að Apótek Vesturlands kom inn á markaðinn, séu lögmætir. Þeir hafi verið hóflegir að umfangi og aðeins tekið til brots af markaðsframboðinu. Aldrei hafi verið farið undir kostnaðarverð viðkomandi lyfs, né heldur hafi verð verið lækkað undir verð keppinautarins, að því að best verði vitað. Telur stefnandi því ljóst, að bæði stefnda og áfrýjunarnefndin byggji á því, að framboð afslátta hafi verið ólögmætt vegna tilgangs þeirra, en ekki hvort þeir hafi verið til þess fallnir að hafa samkeppnishamlandi áhrif.

Stefnandi hafnar því, sem fram komi í ákvörðun stefnda, að markmiðið með afsláttunum hafi verið að raska samkeppni. Það liggi ekkert fyrir um, að afslættirnir hefðu verið ákveðnir í þeim tilgangi. Þá hafnar stefnandi því, sem nefndin vísi til, að það sé ekkert, sem skýri tilgang afsláttanna annað en að um hafi verið að ræða atlögu að keppinaut. Stefnandi telur það ekki standast skoðun, að ekkert annað skýri tilganginn með afsláttunum. Eðlileg og venjubundin viðbrögð fyrirtækja sé að grípa til aðgerða, þegar það blasi við, að breytingar verði á samkeppnisumhverfi.

Stefnandi leggur áherslu á, að í úrskurði nefndarinnar virðist engin skoðun hafa farið fram á því, hvort verðlagning stefnanda hafi verið undir eða yfir því verði, sem Apótek Vesturlands hafi boðið upp á. Þessi skoðun hafi heldur ekki verið framkvæmd af stefnda, en það sé lykilforsenda við mat á lögmæti verðlagningar, að skoða hana með tilliti til verðlagningar keppinautar. Þá hafi heldur ekki verið framkvæmd nein skoðun á því, hvort tekjur af sölu lyfjanna hafi verið undir innkaupaverði þeirra. Staðreyndin sé sú, að aðeins hafi verið veittur afsláttur af framlegð, en ekki farið undir innkaupsverð.

Stefnandi ítrekar, að það hafi enga þýðingu, að afslættirnir hafi ekki staðið til boða annars staðar, enda séu markaðsaðstæður allt annars eðlis og það liggi fyrir að Akranes sé skilgreindur sem sérstakur markaður, þar sem samkeppnisskilyrði séu ekki þau sömu og t.d. í Reykjavík eða á Akureyri. Afslættirnir hafi verið viðbrögð við fyrirsjáanlegum samdrætti, þar sem tilgangur og markmið þeirra hafi verið að reyna að tryggja viðunandi frammistöðu í rekstri. Sá samdráttur hafi ekki átt sér stað á öðrum mörkuðum.

Þegar fyrirtæki standi frammi fyrir breytingum á rekstrarumhverfi, þá skoði það eðlilega, hvernig hægt sé að bregðast við. Hægt sé að grípa til sumra aðgerða strax, en aðrar þurfi lengri aðdraganda og undirbúning. Almennu sé til að mynda ekki ráðist í uppsagnir starfsmanna fyrr en ljóst þygi, að enginn annar kostur sé tækur í stöðunni. Þá taki slíkar aðgerðir að lágmarki þrjá mánuði að koma til framkvæmda og mikil óvissa sé um gagnsemi slíkra aðgerða. Þannig geti aukning viðskipta kallað á nýjar ráðningar og þá sé búið að glata starfsmanni með þekkingu á sviðinu, sem leiði til kostnaðar við þjálfun nýrra starfsmanna. Þar að auki sé skylda að hafa

lyfjafræðing í vinnu í lyfjaverslun og takmarkað svigrúm til þess að hagræða á þeim vettvangi. Skynsamlegri aðgerð til skemmri tíma sé að reyna að virkja eftirspurn með verðlækkun, enda muni verðhækkun auka samdrátt og þar með auka tap. Hafi það einmitt verið þetta, sem stefnandi hafi gert, og sé almennt viðurkennt að séu skynsamleg, eðlileg og rökrétt viðbrögð fyrirtækja við samdrætti í eftirspurn.

Samkeppnislögum sé ekki ætlað að koma í veg fyrir slíkar aðgerðir. Þá verði einnig að hafa í huga, að verðhækkanir á lyfjum séu takmarkaðar vegna þess að lyfjagreiðslunefnd ríkisins ákveði viðmiðunarverð á lyfseðilskyldum lyfjum, sem ekki sé hægt að fara yfir. Þannig hafi það ekki aðeins verið óskynsamlegt að hækka verð heldur nánast útilokað.

Á þessum forsendum hafi ákvörðun stefnanda byggst um verðlækkun, þ.e. að hófleg söluaukning myndi ná að vega upp lækkun framlegðar. Hafi markmiðið náðst að halda rekstrinum gangandi og því hafi ekki reynst nauðsynlegt að loka versluninni strax.

Stefnda hafi lagt mikla áherslu á tölvupóstsamskipti og talið þau sýna einhvern ímyndaðan tilgang með aðgerðunum. Skýringar stefnda á gögnum málsins eigi sér ekki stoð í þeim. Sem dæmi þá hafi verið sendur tölvupóstur 7. júlí 2007, sem stefnda hafi túlkað þannig, að í honum fælist, að stefnandi hafi ætlað að búa svo um hnútana að Apótek Vesturlands hefði ekki „úthald“ til að reka lyfjaverslun. Þessi túlkun eigi sér ekki stoð raunveruleikanum, heldur sé aðeins verið að lýsa ákveðinni stöðu og leggja fram mat á henni gagnvart Apóteki Vesturlands. Það sé ekkert í tölvupóstinum, sem segi, að stefnandi hafi ætlað að nota afslættina til þess að bregða fæti fyrir Apótek Vesturlands.

Stefnandi telur, að áfrýjunarnefndin hafi misskilið tilgang aðgerðanna. Sú fullyrðing, að afsláttur stefnanda verði ekki skýrður með öðrum hætti en sem atлага að Apóteki Vesturlands vegna samskipta starfsmanna stefnanda sé mikil einföldun á markaðslegum aðstæðum. Stefnandi kveðst hafa vitað, að Apótek Vesturlands mundi lækka verð, enda hafi verið búið að lýsa því yfir, og að til þess að verða ekki undir í samkeppni, þá yrði hann að gera slíkt hið sama að einhverju marki. Stefnanda sé útilokað að skilja með hvaða öðrum hætti hann hafi mátt bregðast við samkeppni á markaðnum, ef honum hafi ekki verið heimilt að lækka verð á broti af þeim lyfjum, sem í sölu hafi verið.

Stefnandi telur, að nægilegt sé að vísa í einn tölvupóst sem einkennandi fyrir þá staðreynd, að stefnandi hafi talið sig vera í samkeppni með eðlilegum hætti. Umrætt gagn hafi verið til áður en húsleit hafi verið framkvæmd og hafi því mikla þýðingu sem og sú staðreynd, að um innanhússamskipti hafi verið að ræða. Umræddur tölvupóstur sé frá 30. ágúst 2007 og komi frá framkvæmdastjóra stefnanda. Þar komi ljóslega fram, að tilgangur stefnanda með afsláttunum hafi verið að taka þátt í samkeppni en ekki að raska samkeppni. Þá segi, að verðlagning hafi ávallt verið yfir kostnaði og því sé um lögmæta aðgerð að ræða. Áréttu beri, að þessi tölvupóstur komi fram meðan afslættirnir hafi enn verið í gangi og tveimur vikum áður en stefnda hafi gert húsleit hjá stefnanda.

Stefnandi byggir ennfremur á því, að afsláttur, sem hann hafi veitt, hafi verið hóflegur og mjög takmarkaður að umfangi. Stefnandi hafi hvorki tekið mið af verðlagningu hjá Apóteki Vesturlands, né heldur vísitandi reynt að bjóða lægra

verð en Apótek Vesturlands. Sá skammi tími, sem afslættirnir hafi átt að gilda í upphafi, sanni að ekki hafi verið um samkeppnishamlandi aðgerð eða tilgang að ræða. Þá sé umfang afsláttanna einnig þess eðlis, að þeir hafi ekki getað haft samkeppnishamlandi áhrif. Það sé ekkert í gögnum málsins, sem styðji fullyrðingar stefnda um, að afslættirnir hafi verið ákveðnir til þess að raska samkeppni frá Apóteki Vesturlands.

Stefnandi kveðst hafa verið með [-] virk vörunúmer vegna lyfseðilskyldra lyfja og veitt afslátt af framlegð [-] lyfseðilskyldra lyfja, eða [-]% af heildarfjölda. Slíkt umfang sé ekki til þess fallið að raska samkeppni. Af þessum [-] lyfjum hafi aðeins [-] verið í hópi 200 söluhæstu lyfjanna. Af [-] virkum lyfjum í lausasölu hafi verið veittur afsláttur af [-] lyfjum.

Stefnandi hafi lækkað framlegð að hámarki um [-]% en afsláttur á álagningu hafi falið í sér að álagning lækkaði frá [-]% niður í [-]% í ákveðnum tilvikum. Það verði að áréttu, að verðlagning á lyfjunum hafi undantekningarlaust verið yfir innkaupaverði og því sé um að ræða verðlagningu, sem keppinautur eigi að geta mætt og jafnvel boðið betur. Stefnda hafi ekki gert tilraun til þess að skoða og rannsaka verðlagningu Apóteks Vesturlands árið 2007 og því sé ómögulegt fyrir stefnda, að halda því fram, að afslættirnir hafi verið samkeppnishamlandi.

Þá sé mikilvægt að hafa það í huga, að verðlagning á lyfjum sé endanlegt lyfjaverð, sem lyfsali fái greitt, en ekki hvað sjúklingur greiði, þar sem Sjúkratryggingar greiði hluta lyfjaverðs og séu það tekjur lyfsala. Því sé ekki marktækt að horfa aðeins á það verð, sem sjúklingur greiði, líkt og stefnda geri í ákvörðun sinni.

Afslættir stefnanda hafi verið mjög takmarkaðir, enda um að ræða brot af heildarframboði á markaðnum á Akranesi. Þá hafi afslættirnir aldrei verið þannig, að söluverð lyfjanna færi undir kostnaðarverð þeirra. Það sé ekkert í málinu, sem liggi fyrir um það, að afslættirnir hafi verið til þess fallnir að valda því, að Apótek Vesturlands gæti ekki skilað rekstrarhagnaði.

Verði ekki fallist á aðalkröfu stefnanda, gerir stefnandi þá kröfu, að sektir verði felldar niður eða lækkaðar verulega. Samkvæmt 37. gr. samkeppnislaga sé stefnda ekki skylt að leggja á sektir, ef brotið er gegn bannákvæðum þeirra, heldur sé aðeins um heimild að ræða. Í ákvæðinu sé einnig tekið fram, að slíkar sektir skuli ekki lagðar á, ef brot telst vera „óverulegt“ eða af öðrum ástæðum ekki talin þörf á slíkum sektum til að stuðla að og efla virka samkeppni. Stefnandi áréttar, að staða hans á Akranesi hafi versnað verulega eftir innkomu Apóteks Vesturlands og hafi þegar verið búin að hrynja áður en stefnda gerði húsleit hjá sér í september 2007. Af þeim sökum sé vandséð þörf á beitingu viðurlaga til að stuðla að og efla virka samkeppni. Þá hafi umfang afslátta verið óverulegt; sem dæmi hafi aldrei verið farið undir innkaupaverð og því hefði Apótek Vesturlands vel átt að geta boðið lægri kjör, en samt skilað viðunandi framlegð.

Sektarheimildir stjórnvalda feli í sér undantekningu frá þeirri mikilvægu grundvallarreglu, að dómstólar annist ákvörðun refsinga, jafnt fésekta sem refsivistar. Slíkar ákvarðanir séu að jafnaði teknar í formi dóma að undangenginni tryggilegri rannsókn og málshöfðun. Af þessu leiði, að gera verði ríkar kröfur til undirbúnings, efnis og rökstuðnings ákvörðunar samkeppnisyfirvalda um álagningu stjórnvaldssekta. Þá sé áriðandi, að jafnræðis sé gætt í álagningu sekta og sektir séu

ekki ákveðnar með handahófskenndum hætti, m.a. með vísan til jafnræðisreglu stjórnarsýslulaga. Ákvörðun stefnda og úrskurður áfrýjunarnefndarinnar fullnægi ekki þessum kröfum.

Því meira íþyngjandi, sem ákvörðun sé, þá verði að gera meiri kröfur til skýrleika þeirrar lagaheimildar, sem ákvörðun sé byggð á, á grundvelli lögmætisreglunnar. Stefnandi byggir á því, að eins og máli þessu sé háttað, sé í öllu falli verulegur vafi á því, hvort háttsemi stefnanda hafi fallið undir 11. gr. samkeppnislaga, enda þýði umtalsvert tap á markaðshlutdeild almennt að markaðsráðandi staða sé ekki fyrir hendi. Þennan vafa verði að skýra stefnanda í hag og fella sektir niður eða lækka þær verulega. Jafnvel þótt komist verði að þeirri niðurstöðu, að háttsemi hans fari í bága við samkeppnislög, þá sé um að ræða nýja og áður óþekkta nálgun á 11. gr. samkeppnislaga, sem ekki einu sinni þekkist úr Evrópurétti. Eðli málsins samkvæmt sé ekki um viðurkennda framkvæmd að ræða og því verði að fella sektir niður vegna þess eða lækka þær verulega. Þá byggir stefnandi einnig á því, að með ákvörðun um fjárhæð sektarinnar, hafi stefnandi brotið gegn jafnræðisreglu stjórnarsýslulaga. Þegar litið sé til fjárhæðar sekta í öðrum málum, þar sem 11. gr. samkeppnislaga hafi komið til skoðunar, sé ljóst, að sú sekt, sem lögð hafi verið á stefnanda, hafi umtalsvert meira íþyngjandi áhrif. Verði því ekki betur séð en refsing stefnanda sé meiri en almennt þekkist í sambærilegum málum. Vísar stefnandi í þessu sambandi einkum til úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 2/2009, *Hagar gegn Samkeppniseftirlitinu*, og úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 3/2008, *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu*. Þannig fái stefnandi t.d. ekki séð, hvernig unnt sé að leggja 50 milljóna króna sekt á Símann hf., sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 2/2010, *Síminn hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*, á sama tíma og ári sem stefnandi hafi fengið 100 milljón króna sekt, þegar það liggi fyrir að velta samstæðunnar, sem Síminn tilheyrði, þ.e. Skiptasamstæðunnar, hafi numið 39 milljörðum króna árið 2008, en velta samstæðu stefnanda hafi verið 6,7 milljarðar króna á sama ári. Það blasi við, að úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála brjóti gegn jafnræðisreglum stjórnarsýsluréttarins.

Það sé ljóst, að sektir, sem lagðar hafi verið á stefnanda séu margfalt hærri að hlutfalli en það, sem þekkist í framangreindum málum. Þennan mun hafi hvorki stefnda né heldur áfrýjunarnefndin reynt að útskýra eða réttlæta með fullnægjandi hætti. Meint brot stefnanda hafi verið minni að umfangi, staðið skemur yfir og haft þar að auki engin áhrif á markaðinn, sbr. þróun markaðshlutdeildar árin 2007-2009. Því sé ljóst, að ætlað brot stefnanda hafi ekki verið alvarlegra en brot annarra fyrirtækja, samt sem áður sé refsing hans hlutfallslega töluvert hærri.

Það skuli áréttað, að stefnandi hafi aldrei áður verið talinn brotlegur við samkeppnislög. Sú staðreynd sé óumdeilanleg og hafa verði það til hliðsjónar.

Skírskotun stefnda, sem og áfrýjunarnefndarinnar, um að tengja sektarfjárhæð fjárhagslegum styrkleika viðkomandi fyrirtækis vegna varnaðaráhrifa, sé engan veginn rökrétt eins og þessu máli sé háttað. Stefnandi bendir á í þessu sambandi, að Milestone, sem hafi verið móðurfélag L&H eignarhaldsfélags hf. árið 2007, sé nú gjaldþrota og þá hafi stefnandi tapað markaðnum á Akranesi að miklu leyti.

Að lokum vísar stefnandi til meðalhófsreglu 12. gr. stjórnarsýslulaga hvað varðar sektarákvörðun áfrýjunarnefndarinnar og leggur áherslu á, að meðalhófsregla 12.

gr. stjórnsýslulaga hafi þýðingu við álagningu stjórnvaldssekta. Samkvæmt henni beri að haga efni ákvörðunar þannig, að hún sé eins lítið íþyngjandi fyrir málsaðila og kostur sé til þess að ná fram því markmiði, sem að sé stefnt með ákvörðuninni. Stefnandi telur, að þegar lítið sé til stærðar þess markar, sem um ræðir, og þeirrar sektarfjárhæðar, sem er verið að fjalla um, þá fari fjárhæð hennar langt fram úr því, sem eðlilegt megi teljast. Þegar lítið sé til þess, að sú háttsemi, sem hér er til umfjöllunar, hafi aðeins tekið til Akranesmarkaðar og að velta stefnanda á þeim markaði hafi verið rétt um [-] króna árið 2007, nemi álagðar sektir tæplega [-]% af veltu stefnanda á þeim markaði, sem um ræðir. Rétt sé að geta þess, að velta stefnanda vegna sölu á lyfjum hafi þó ekki verið nema um [-] króna á Akranesi eftir innkomu Apóteks Vesturlands til ársloka 2007. Það blasi við, að slík fjárhæð sé langt umfram það, sem eðlilegt geti talist í sambærilegum málum.

Í ljósi alls ofangreinds beri að fella sektarfjárhæðina úr gildi að öllu leyti eða lækka hana verulega.

Stefnandi reisir málatilbúnað sinn einkum á ákvæðum samkeppnislaga nr. 8/1993 og nr. 44/2005, meginreglum stjórnsýsluréttar og stjórnsýslulögum nr. 37/1993. Einnig er byggt á ákvæðum lyfjalaga nr. 93/1994, reglugerðar um lyfjagreiðslunefnd nr. 213/2005 og reglugerðar um lyfsöluleyfi og lyfjabúðir nr. 426/1997.

III

Krafa stefnda um sýknu af kröfum stefnanda er reist á því, að ákvörðun þess frá 26. febrúar 2010 og úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála frá 11. júní sama ár séu í samræmi við ákvæði samkeppnislaga nr. 44/2005, einkum 11. og 37. gr. laganna. Málsmeðferð stefnda og nefndarinnar sé í samræmi við hvoru tveggja, meginreglur stjórnsýsluréttarins og ákvæði stjórnsýslulaga nr. 37/1993. Þá vísar stefnda til rökstuðnings með ákvörðun sinni máli sínu til stuðnings, greinargerðar sinnar fyrir áfrýjunarnefnd samkeppnismála og úrskurðar nefndarinnar. Öllum staðhæfingum stefnanda, sem séu í ósamræmi við úrskurð nefndarinnar og, eftir atvikum, ákvörðun stefnda sé mótmælt.

Stefnda byggir á því, að málið hafi verið nægjanlega upplýst áður en ákvörðun hafi verið tekin í því, sbr. 10. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993. Stefnda hafi aflað gagna um stöðu stefnanda og Apóteks Vesturlands, en einnig hafi verið lagt hald á gögn og tekið afrit af gögnum í húsleit í höfuðstöðvum stefnanda og í apóteki hans á Akranesi. Í stefnu sé því haldið fram, að stefnda hafi ekki aflað fullnægjandi upplýsinga í málinu og hafi því ekki metið stöðu stefnanda yfir „fleiri ár.“ Þá hafi stefnda ekki sýnt fram á með hvaða hætti stærðar- og breiddarhagkvæmni hafi nýst stefnanda í samkeppni á Akranesi. Jafnframt haldi stefnandi því fram, að stefnda hafi hvorki metið hvaða áhrif verðlagning stefnanda hafi haft á rekstur hans árið 2007, né rannsakað álagningu Apóteks Vesturlands. Á þetta sé ekki hægt að fallast.

Að því er snertir mat á stöðu stefnanda, þá liggi fyrir, að málið fjalli um aðgerðir, sem stefnandi hafi gripið til um mitt ár 2007 og undirbúninginn að þeim mánuðina og vikurnar þar á undan. Því hafi ekki aðeins verið horft til markaðshlutdeildar stefnanda eftir að Apótek Vesturlands hafi hafið starfsemi, heldur til þess, að

stefnandi hafi verið með 100% hlutdeild á Akranesi, þegar Apótek Vesturlands hafi hafið starfsemi, og meðan aðgerðirnar hafi verið undirbúnar. Hafi stefnandi notið einokunarstöðu á markaði fyrir smásölu lyfja á Akranesi frá árinu 2000. Hvað stöðu stefnanda árið 2008 snertir, þá byggir stefnda á því, að fyrst og fremst beri að líta til stöðunnar á þeim tíma, sem brot stefnanda hafi átt sér stað.

Hvað varði umfjöllun og stærðar- og breiddarhagkvæmni stefnanda, byggir stefnda m.a. á því, að það hafi hvort tveggja í ákvörðun sinni og greinargerð sinni fyrir áfrýjunarnefnd samkeppnismála rökstutt, að stefnandi hafi getað vegna þessa m.a. átt hagkvæmari innkaup á vörum og notið lægra innkaupsverðs.

Stefnda mótmælir því, að það hafi ekki metið hvaða áhrif verðlagning stefnanda hafi haft á rekstur hans sumarið 2007. Stefnda bendir á, að meðalframlegð apóteks stefnanda á Akranesi, þ.e. framlegð upp í afskriftir, fjármagnsliði og hagnað, hafi lækkað mikið og orðið neikvæð eftir að stefnandi hóf samkeppni við Apótek Vesturlands. M.ö.o. þá hafi sölutekjur ekki staðið undir rekstrartengdum kostnaði. Stefnda byggir á því, að þetta atriði sé sönnun þess, að aðgerðir stefnanda hafi ekki samræmst eðlilegri samkeppni. Í þessu sambandi vísar stefnda einnig sérstaklega til töflu í ákvörðun stefnda, sem sýni áhrif verðlagningar stefnanda sumarið 2007. Því sé ekki unnt að fallast á, að stefnandi hafi haft „ásættanlega“ álagningu við sölu á lyfjum í apóteki sínu á Akranesi sumarið 2007 eða að nýr keppinautur hafi á grundvelli eðlilegra kostnaðarforsendna getað keppt við stefnanda. Þá mótmælir stefnda því að upplýsingar um álagningu Apóteks Vesturlands, sem þýðingu hafi haft fyrir úrlausn málsins, hafi skort.

Stefnda byggir á því, að ákvörðun þess og úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála styðjist við lögmæt og málefnaleg sjónarmið. Stefnda mótmælir því, að það mál, sem stefnandi tiltaki í stefnu, sé sambærilegt máli stefnanda þannig að brotin hafi verið jafnræðisregla stjórnsýslulaga. Þótt bæði málin eigi sér hliðstæðu að því leyti, að nýr aðili hafi komið inn á markað og náð þar talsverðri markaðshlutdeild, þá séu málin ólík og snerti mismunandi markaði. Í því sambandi nægi að nefna, að gögn málsins hafi ekki bent til þess, að umrætt fyrirtæki hafi í raun getað beitt styrk sínum með þeim hætti, að það gæti hegðað sér óháð keppinauti sínum og viðskiptavinum. Stefndi hafi hins vegar verið í markaðsráðandi stöðu á höfuðborgarsvæðinu, auk þess sem efnahagslegur hvati hafi verið fyrir hann til að verja þá stöðu með því að beita styrk sínum á markaði fyrir smásölu lyfja á markaði.

Stefnda mótmælir því, að réttmætisregla stjórnsýsluréttar hafi verið brotin. Engu skipti þótt stefnandi telji galla vera á fyrirkomulagi rannsókna á samkeppnislaga brotum, enda hafi löggjafinn mælt fyrir um þá málsmeðferð, sem kveðið sé á um í samkeppnislögum og Hæstiréttur Íslands ekki talið ástæður til að gera athugasemdir við sektarákvarðanir stefnda og úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála af þessum ástæðum. Þá mótmælir stefnda því, að hlutleysi hans sé dregið í efa á grundvelli upplýsinga, sem fram hafi komið í húsleitarbeiðni. Svo virðist sem stefnandi telji, að stefnda hafi átt að afla gagna frá stefnanda áður en húsleitin hafi verið framkvæmd. Slík upplýsingabeiðni hefði getað skaðað rannsóknarhagsmunum. Í húsleitarbeiðni hafi verið rökstutt, að stefnda teldi ríkar ástæður til að ætla, að stefnandi hefði brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga. Þá hafi í ljós komið, að grunur stefnda hafi reynst á rökum reistur. Stefndi hafi brugðist við innkomu Apóteks Vesturlands með því m.a. að veita félögum í vildarklúbbi

sínum afslætti, auk þess sem hann hafi veitt svonefnda baráttuafslætti. Engu skipti þótt þeir hafi ekki náð nákvæmlega því hámarki, sem tilgreint hafi verið í húsleitarbeiðni.

Stefnandi hafi verið í markaðsráðandi stöðu á markaðinum fyrir smásölu lyfja á Akranesi, þegar stefnandi hafi gripið til þeirra aðgerða á árinu 2007, sem lýst sé í ákvörðun stefnda og úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Stefnandi haldi því hins vegar fram, að sú breyting, sem hafi orðið á markaðshlutdeild hans eftir að Apótek Vesturlands hóf starfsemi síni, að hann hafi ekki getað hegðað sér án tillits til annarra markaðsaðila. Þá haldi stefnandi því fram, að fyrirtæki, sem starfi á markaði fyrir smásölu lyfja, geti ekki haft markaðsráðandi stöðu vegna þeirrar löggjafar, sem gildi um smásölu lyfja. Skipulag markaðarins styðji heldur ekki, að hann hafi verið í slíkri stöðu. Að lokum mótmæli stefnandi því, að efnahagslegur styrkleiki hans og/eða móðurfélags hans hafi þýðingu við mat á því, hvort hann hafi verið í markaðsráðandi stöðu.

Við mat á því hvort fyrirtæki sé í markaðsráðandi stöðu beri að líta til stöðunnar á þeim tíma sem háttsemi hafi átt sér stað. Markaðshlutdeild stefnanda á markaði fyrir smásölu lyfja á Akranesi hafi verið 100% frá miðju ári 2000 til 1. ágúst 2007. Enda þótt markaðshlutdeild stefnanda hafi minnkað á síðari hluta ársins 2007, hafi stefnandi borið höfuð og herðar yfir samkeppnisaðila sinn eftir sem áður, hvað efnahagslegan styrkleika snertir. Þá hafi hann notið umtalsverðrar stærðar- og breiddarhagkvæmni í rekstri sínum og talið sjálfur, að hann væri í markaðsráðandi stöðu. Stefnda byggir á því, að stefnandi hafi nýtt sér yfirburði sína, þegar hann hafi tekið ákvörðun um, að álagning sín yrði svo lág, að sölutekjur hans hafi ekki staðið undir rekstrartengdum kostnaði. Stefnda vísar jafnframt til þess, að stefnandi hafi breytt háttsemi sinni eftir húsleit í höfuðstöðvum og lyfjaverslun hans á Akranesi. Í ákvörðun stefnda sé rökstutt, að húsleitinn hafi meðal annars haft þau áhrif, að stefnandi hafi eftir hana ekki talið sig geta nýtt sér efnahagslega yfirburði sína í samkeppni við Apótek Vesturlands. Nauðsynlegt sé að hafa áhrif húsleitarinnar í huga við mat á þeim árangri sem Apótek Vesturlands hafi náð árið 2007. Engu að síður liggi fyrir, að aðgerðir stefnanda hafi átt sér stað áður en Apótek Vesturlands hafi hafið starfsemi sína og í beinu framhaldi af því.

Stefnda mótmælir því, að markaðshlutdeild fyrirtækis, sem er í markaðsráðandi stöðu, geti ekki minnkað. Þvert á móti valdi bann 11. gr. samkeppnislaga við því, að fyrirtæki misnoti slíka stöðu því, að slík breyting á markaðshlutdeild geti átt sér stað. Verndin, sem bannið veiti samkeppnisaðilum fyrirtækja í markaðsráðandi stöðu, leiði þannig til þess, að samkeppnisaðilar þeirra geti í mörgum tilvikum aukið markaðshlutdeild á kostnað hins markaðsráðandi fyrirtækis. Það sé ótvírætt, að misnotkun á markaðsráðandi stöðu sé bönnuð, enda þótt aðeins starfi tveir aðilar á markaði. Fyrirtæki, sem starfi á markaði fyrir smásölu lyfja, geti haft markaðsráðandi stöðu, enda þótt löggjafinn og stjórnvöld setji lyfsölu ákveðnar skorður. Á markaði fyrir smásölu lyfja sé jarðvegur fyrir samkeppni og fylgi henni möguleiki á, að fyrirtæki sé í markaðsráðandi stöðu. Stefnda bendir í þessu sambandi á, að áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafi talið, að stefnandi væri í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu með Lyfju hf. á markaði fyrir smásölu lyfja á árinu 2006, sbr. úrskurð nefndarinnar frá 16. október 2006 í máli nr. 6/2006, *DAC ehf. og Lyfjaver ehf. og Lyf og heilsa hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Stefnda mótmælir því sérstaklega, að áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafi misskilið málsástæðu stefnanda fyrir nefndinni. Í greinargerð stefnda fyrir nefndinni sé

sérstaklega vikið að þeim málsástæðum, sem stefnandi hafi byggt á í þessu sambandi, og rökstutt, að fyrirtæki geti verið í markaðsráðandi stöðu á markaðinum fyrir smásölu lyfja.

Svo virðist sem stefnandi byggi á því, að það séu skilyrði þess, að fyrirtæki sé í markaðsráðandi stöðu, að það sé nauðsynlegur eða óhjákvæmilegur viðskiptaaðili á markaðinum. Stefnda mótmælir þeirri málsástæðu stefnanda.

Þá haldi stefnandi því fram, að efnahagslegur styrkleiki stefnanda hafi verið ofmetinn. Á þetta sé ekki unnt að fallast, enda gríðarlegur munur á efnahag stefnanda í samanburði við efnahag Apóteks Vesturlands. Í stefnu sé því haldið fram, að eigið fé móðurfélags stefnanda, Milestone ehf., hafi verið 69 milljarðar króna árið 2007 og að ranghermt hafi verið í úrskurði áfrýjunarnefndarinnar og ákvörðun stefnda, að eigið fé félagsins hafi verið 84 milljarðar króna. Haldi stefnandi því fram, að þessi mismunur, þ.e. 15 milljarðar króna, skýrist af því, að stefnda hafi stuðst við upplýsingar frá Morgunblaðinu, en ekki aflað upplýsinga frá stefnanda sjálfum. Stefnda mótmælir þessu sem röngu. Eins og lýst sé í greinargerð stefnda fyrir áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafi ákvörðun stefnda stuðst við upplýsingar úr ársreikningi móðurfélags stefnanda, Milestone ehf., fyrir árið 2007, en umræddur ársreikningur hafi verið afhentur ríkisskattstjóra. Sá ársreikningur, sem stefnandi leggi nú fram, þar sem fram komi, að eigið fé Milestone ehf. hafi verið 69 milljarðar króna, sé ekki ársreikningur móðurfélagsins Milestone ehf., heldur sé um að ræða ársreikning samstæðunnar í heild. Á þessu tvennu sé munur, en þess megi geta, að heildareignir samstæðunnar hafi samkvæmt þessum reikningi numið um 391 milljarði króna. Eigið fé hafi hins vegar numið 69 milljörðum króna. Þessi munur skipti hins vegar engu við mat á fjárhagslegum styrkleika stefnanda gagnvart Apóteki Vesturlands. Fjárhagslegir yfirburðir stefnanda hafi eftir sem áður verið gríðarlegir í samanburði við Apótek Vesturlands.

Stefnda mótmælir sérstaklega umfjöllun í stefnu um rökstuðning með úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Eins og fram komi í úrskurðinum vísi nefndin til „rökstuðnings sem fram kemur í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins“ til stuðnings því, að stefnandi sé í markaðsráðandi stöðu. Til stuðnings því að stefnandi hafi verið í markaðsráðandi stöðu vísar stefnda því að öðru leyti til ákvörðunar sinnar, úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála og greinargerðar sinnar fyrir nefndinni.

Stefnda byggir á því, að stefnandi hafi með aðgerðum sínum, bæði fyrir og eftir að Apótek Vesturlands hóf starfsemi sína, brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga eins og ráða megi af ákvörðun stefnda og úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Fyrirtæki í markaðsráðandi stöðu megi ekki grípa til neinna aðgerða, sem geti komið í veg fyrir, að eðlileg samkeppni ríki á viðkomandi markaði. Sú sérstaka skylda, sem hvíli á fyrirtæki í markaðsráðandi stöðu, helgist af því, að samkeppni á viðkomandi markaði sé þegar takmörkuð vegna tilvistar hins markaðsráðandi fyrirtækis. Inntak skyldunnar ráðist m.a. af 1. gr. samkeppnislaga, þar sem fram komi, að lögin hafi það markmið að efla virka samkeppni í viðskiptum og þar með vinna að hagkvæmri nýtingu framleiðsluþátta þjóðfélagsins. Þessu markmiði laganna skuli náð með því að vinna gegn óhæfilegum hindrunum og takmörkunum á frelsi í atvinnurekstri, vinna gegn skaðlegri fákeppni og samkeppnishömlum og auðvelda aðgang nýrra samkeppnisaðila að markaðnum. Fyrirtæki í markaðsráðandi stöðu sé óheimilt að grípa til aðgerða, sem samræmist ekki

framangreindu markmiði samkeppnislaga. Það sé sammerkt með þeim aðgerðum, sem teljist misnotkun á markaðsráðandi stöðu, að þær séu til þess fallnar að draga úr eða hindra vöxt þeirrar takmörkuðu samkeppni, sem ríki á viðkomandi markaði. Stefnda byggir jafnframt á því, að skyldur markaðsráðandi fyrirtækis séu þeim mun ríkari, sem staða þess á markaði sé sterkari og staða samkeppnisaðila þeirra veik.

Með þeim aðgerðum, sem stefnandi hafi gripið til áður en Apótek Vesturlands hóf starfsemi hafi stefnandi reynt að koma í veg fyrir, að eðlileg samkeppni myndaðist á markaði fyrir smásölu lyfja á Akranesi. Eins og lýst sé í ákvörðun stefnda, hafi aðgerðir stefnanda haft það markmið að koma í veg fyrir, að Apótek Vesturlands næði fótfestu á markaðinum. Þannig hafi stefnandi reynt að fá fyrirsvarsmann Apóteks Vesturlands til að hætta við áform sín um að stofna nýtt apótek og hefja þess í stað störf hjá stefnanda. Þegar það hafi ekki gengið, hafi stefnandi stungið upp á þeim möguleika að stofna annað apótek á Akranesi, sem mundi „girða alveg fyrir aðra samkeppni.“ Stefndi hafi hins vegar hætt við að hrinda þeirri hugmynd í framkvæmd sökum þess, að hann hafi talið, að hún gæti skapað „leiðinlegt umtal.“ Í kjölfarið hafi stefnandi beitt sér gagnvart Högum hf., annars vegar, og heilbrigðis- og tryggingamálaráðuneytinu, hins vegar, í því skyni að koma í veg fyrir, að Apótek Vesturlands gæti hafið starfsemi og keppt við stefnanda á markaðinum. Þegar þessar aðgerðir hafi ekki borið tilætlaðan árangur, hafi stefnandi ákveðið að grípa til markaðslegra aðgerða gegn Apóteki Vesturlands.

Þessar aðgerðir hafi ekki samræmst eðlilegri samkeppni og með þeim hafi stefnandi reynt að koma í veg fyrir, að samkeppni ríkti á markaði fyrir smásölu lyfja á Akranesi. Aðgerðirnar hafi því ekki samræmst 11. gr. samkeppnislaga.

Aðrar aðgerðir, sem stefnandi hafi gripið til, þ.e. útgáfa svo nefndra vildarkorta og afslættir, sem stefnandi hafi veitt viðskiptavinum sínum af mikilvægum lyfjum, hafi ekki samræmst eðlilegri samkeppni. Með aðgerðum sínum hafi stefnandi misnotað markaðsráðandi stöðu sína andstætt 11. gr. samkeppnislaga.

Fyrirtæki í markaðsráðandi stöðu megi ekki gera einkakaupasamninga, sem raski samkeppni. Bannið taki jafnt til formlegra skuldbindinga um einkakaup í samningi og ráðstafana, sem séu til þess fallnar að hafa sömu útilokunaráhrif, t.d. tryggðarafslátt, enda þótt slíkar ráðstafanir feli ekki í sér formlega skuldbindingu. Stefnda byggir á því, að fyrirtæki í markaðsráðandi stöðu megi ekki veita afslætti, sem tengdir séu skyldu um einkakaup eða sé ætlað að auka tryggð viðskiptavina við fyrirtækið. Þannig megi markaðsráðandi fyrirtæki ekki áætla heildarinnkaup viðskiptavinar yfir nánar tiltekið tímabil og veita afsláttarkjör í lok tímabilsins gegn því, að viðskiptavinurinn standi við hin áætluðu innkaup. Sama eigi við um afsláttarkjör, sem felist í eftirágreiðslum og séu ekki í samræmi við umfang viðskipta. Fyrirtæki í markaðsráðandi stöðu sé því óheimilt að veita afslætti eða aðra ívilnun, sem vinni með óeðlilegum hætti gegn því, að viðskiptavinir þess eigi viðskipti við keppinauta þess. Ekki sé nægilegt, að sömu afsláttarkjör standi öllum til boða. Nauðsynlegt sé, að afslátturinn byggist á hlutlægum viðmiðum, tengist umfangi viðskipta og að hann sé veittur um leið og viðskiptin eigi sér stað. Þá séu afslættir fyrirtækis í markaðsráðandi stöðu ætíð óheimilir, ef þeim er beinlínis ætlað að raska samkeppni.

Þá byggir stefnda á því, að sértækar aðgerðir fyrirtækis í markaðsráðandi stöðu, sem sé ætlað að knésetja eða veikja minni samkeppnisaðila, stríði gegn 11. gr.

samkeppnislaga.

Þeir afslættir, sem stefnandi hafi veitt handhöfum vildarkortanna, hafi verið tvíþættir. Í fyrsta lagi hafi stefnandi veitt korthöfum tiltekinn afslátt af öðrum vörum og þjónustu en lyfseðilsskyldum lyfjum. Í öðru lagi hafi stefnandi veitt korthöfum, sem keypt höfðu lyfseðilsskyld lyf a.m.k. tólf sinnum á allt að fjórtán mánaða tímabili, eftirágreiðdan afslátt með inneign eða endurgreiðslu. Stefnda byggir á því, að markmiðið með vildarkortunum hafi verið að hindra það, að viðskiptavinir stefnanda beindu viðskiptum sínum til Apóteks Vesturlands. Í þessu sambandi verði að hafa í huga, að stefnandi hafi áður beitt sömu aðferð í samkeppni við smærri keppinauta, þ.á.m. apótekið Lyfjaval í Mjódd og einstaklingsrekið apótek í JL-húsinu. Afsláttarkjör til félaga í vildarklúbbnum hafi aðeins gilt í apóteki stefnanda á Akranesi þrátt fyrir yfirlýsingar stefnanda, bæði opinberlega og til stjórnvalda, að sama verð og kjör væru í öllum lyfjaverslunum hans, sem rekin væru undir merkjum Lyfja og heilsu.

Vildarklúbbur stefnanda hafi haft samkeppnishamlandi tilgang og verið tryggðarhvetjandi, þar sem þeir, sem gerðust félagar í klúbbnum, hafi mátt gera ráð fyrir endurgreiðslu/inneign, gengjust þeir undir þá skyldu að kaupa öll sín „fastalyf“ fyrir tiltekið tímabil frá apóteki stefnanda á Akranesi. Stefnda byggir jafnframt á því, að þeir afslættir, sem hafi verið veittir félögum í vildarklúbbnum, hafi ekki byggst á kostnaðarlegum forsendum. Allir félagar hafi fengið sömu kjör, þ.e. sömu fjárhæð endurgreidda eða inneign, óháð umfangi viðskipta, að viðbættum fríðindum á tímabilinu. Afslátturinn hafi því hvorki verið magn- né veltutengdur. Hafi stefnandi því brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga.

Að því er snertir svo nefnda „baráttuafslætti“, sem stefnandi hafi veitt viðskiptavinum sínum af mikilvægum lyfjum, byggir stefnda á því, að þeim hafi sérstaklega verið ætlað að veikja hinn nýja samkeppnisaðila verulega og raska með því samkeppni. Afslættirnir hafi ekki verið í samræmi við 11. gr. samkeppnislaga.

Stefnandi hafi lækkað verð á [-] lyfseðilsskyldum lyfjum. Lækkunin hafi falið í sér, að leyfileg hámarksálagning hafi verið lækkuð um [-]%. Af þessum [-] lyfjum hafi [-] verið í hópi 200 mest seldu lyfseðilsskyldu lyfjanna fyrstu átta mánuði ársins 2007. Í ákvörðun stefnda sé rökstutt, að vægi þeirra lyfja, sem lækkuð hafi verið í verði í heildarsölu lyfseðilsskyldra lyfja, hafi verið umtalsvert eða [-]% á tímabilinu. Stefndi hafi lækkað verð á [-] lausasölulyfjum og hafi lækkunin falið í sér, að veittur hafi verið [-]% afsláttur frá smásöluverði. Öll þessi lyf hafi verið í hópi 100 mest seldu lausasölulyfjanna fyrstu átta mánuði ársins 2007. Í ákvörðun stefnda sé rökstutt, að vægi sölu þessara lyfja, þar sem verð hafi verið lækkað, í heildarsölu lausasölulyfja hafi verið umtalsvert eða [-]% á tímabilinu. Verðlækkunin hafi átt sér stað í tengslum við innkomu Apóteks Vesturlands og gilt aðeins í lyfjaverslun stefnanda á Akranesi. Í tölvuskeytum fyrirsvarsmanna stefnanda komi fram, að megintilgangur baráttuafsláttanna sé að hindra að Apótek Vesturlands nái fótfestu á markaðinum. Með aðgerðum sínum hafi stefnandi ætlað að búa svo um hnútana, að eigandi Apóteks Vesturlands hefði ekki „úthald“ til að reka apótek sitt og að hann yrði „launalaus eða launalítill.“ Því sé byggt á því, að baráttuafslættirnir hafi haft samkeppnishamlandi tilgang og því mótmælt, að þeir hafi verið hóflegir og umfang þeirra takmarkað.

Stefnda mótmælir því, að verðlagning á lyfjum í apóteki stefnanda á Akranesi, þar sem veittir hafi verið „baráttuafslættir,“ hafi verið yfir heildarkostnaði, en reksturinn í heild, sem einnig hafi falið í sér sölu á vörum með hærri framlegð en á lyfjum, hafi ekki staðið undir sér á umræddum tíma. Þá geti stefnda ekki fallist á það, að Apótek Vesturlands hefði almennt getað boðið sömu kjör. Verðlækkun stefnanda hafi falið í sér, að [-]% meðalálagning á lyf í apóteki hans á Akranesi hafi verið lækkuð um [-]%. Þannig hafi lyfin einungis borið um [-]% álagningu að meðaltali eftir lækkunina. Stefnda byggir á því, að álagningin hafi ekki staðið undir rekstrartengdum kostnaði apóteksins. Meðalframlegð apóteks stefnanda á Akranesi, þ.e. framlegð upp í afskriftir, fjármagnsliði og hagnað, hafi verið neikvæð eftir að stefnandi hafi lækkað verð til að koma í veg fyrir, að Apótek Vesturlands næði fótfestu á markaðinum. Söluþekjur hafi því ekki staðið undir rekstrartengdum kostnaði. Aðgerðir stefnanda hafi því ekki verið í samræmi við eðlilega samkeppni. Þá er því mótmælt, að Apótek Vesturlands hafi getað mætt verðlækkunum stefnanda á grundvelli eðlilegra rekstrarforsendna.

Þá mótmælir stefnda því sérstaklega, að stefnanda hafi verið heimilt að grípa til framangreindra aðgerða í því skyni að vernda hagsmuni sína, enda hafi markmið þeirra verið að raska samkeppni. Aðgerðirnar hafi ekki verið varnaðaraðgerðir í framangreindum skilningi, heldur sýni gögn málsins, að með baráttuafsláttunum hafi stefnandi ætlað að vega að hinum nýja keppinauti og koma í veg fyrir, að hann næði að hasla sér völl á markaðinum. Afslættirnir, þ.e. umtalsverð verðlækkun á söluhæstu lyfjunum, hafi verið liður í aðgerðum, sem hafi átt að ganga svo nærri fjárhagsstöðu Apóteks Vesturlands, að eigandi þess yrði „launalaus eða launalítill.“ Stefndi hafi m.a. vísað til þess að koma þyrfti fjölda afgreiddra lyfseðla niður fyrir tiltekið hlutfall, þá væri þetta „örugglega búið“ hjá hinum nýja samkeppnisaðila.

Stefnda mótmælir því jafnframt, að brot stefnanda á 11. gr. samkeppnislaga sé háð því, að sýnt sé fram á, að aðgerðir hans hafi í reynd skaðað samkeppni. Það nægi, að aðgerðirnar hafi í eðli sínu verið til þess fallnar eða haft það markmið að skaða samkeppni óháð því, hvort sú hafi orðið raunin.

Við ákvörðun fjárhæðar sektar beri að líta til þess, að með aðgerðum sínum hafi stefnandi reynt að viðhalda markaðsráðandi stöðu sinni með því að bola eina samkeppnisaðila sínum, Apóteki Vesturlands, út af markaðinum fyrir smásölu lyfja á Akranesi. Með aðgerðunum hafi stefnandi jafnframt sent þeim, sem hyggist keppa við hann, þau skilaboð, að það borgi sig ekki að hefja samkeppni og að öllum tilraunum til þess verði mætt með afli. Framangreind atriði auki alvarleika brotanna og horfi til hækkunar á fjárhæð sektarinnar.

Stefnda byggir á því, að 37. gr. samkeppnislaga geri ráð fyrir, að sektir verði almennt lagðar á fyrirtæki, sem brjóti gegn 11. gr. laganna. Almenn og sérstök varnaðaráhrif fylgi því, að fyrirtæki, sem misnoti markaðsráðandi stöðu sína, sé gert að greiða stjórnvaldssekt. Mikilvægt sé, að fyrirtæki í slíkri stöðu geti ekki misnotað hana í því skyni að verja hana án þess, að slík brot leiði til viðurlaga.

Sérstakar ástæður þurfi að vera fyrir hendi, svo að fyrirtæki, sem brjóti gegn 11. gr. samkeppnislaga verði ekki gert að greiða stjórnvaldssekt. Er á því byggt, að engar slíkar ástæður séu fyrir hendi í tilvikum stefnanda. Í þessu sambandi sé nauðsynlegt

að hafa í huga, að það teljist brot gegn 11. gr. laganna, þótt þær aðgerðir, sem er ætlað að raska samkeppni, hafi ekki tilætluð áhrif. Árangur Apóteks Vesturlands hafi þess vegna engin áhrif við mat á því, hvort stefnanda beri að greiða stjórnvaldssekt. Á hinn bóginn hefði það horft til hækkunar á sektarfjárhæðinni, ef Apótek Vesturlands hefði hrökklast af markaðinum. Það hafi heldur ekki þýðingu, þótt bú hluthafa stefnanda hafi u.þ.b. tveimur árum eftir brotin verið tekið til gjaldþrotaskipta. Þá skipti heldur ekki máli, þótt stefnandi hafi ekki áður brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga. Ítrekun á slíku broti hefði hins vegar áhrif til hækkunar á sektarfjárhæð, sbr. 2. mgr. 37. gr. laganna.

Stefnda mótmælir því einnig, að við ákvörðun sektar stefnanda hafi verið brotið gegn 11. gr. stjórnsýslulaga. Þau mál, sem stefnandi bendi á, séu ekki sambærileg þessu og snerti aðra markaði. Þá sé ekki um að ræða aðgerðir fyrirtækja, sem hafi það að markmiði að útiloka aðra keppinauta af þeim markaði, sem um ræðir, líkt og í þessu máli.

Þá mótmælir stefnda því, að brot stefnanda hafi falið í sér nýmæli við beitingu 11. gr. laganna, en stefnandi byggir á því, að slík aðstaða hefði eingöngu áhrif til lækkunar á sekt þess fyrirtækis, sem í hlut eigi. Við ákvörðun um sektarfjárhæð stefnanda beri að líta til heildarveltu stefnanda, enda þótt brotin séu bundin við markað fyrir smásölu lyfja á Akranesi. Ákvörðun um sektarfjárhæðir byggji á heildarveltu þess fyrirtækis, sem um ræðir, en ekki veltu þess á ákveðnum, landfræðilegum markaði, sbr. 1. málsg. 2. mgr. 37. gr. samkeppnislaga. Eins og fram komi í ákvörðun stefnda, hafi heildarvelta stefnanda numið tæpum 5,7 milljörðum króna á árinu 2007, rúmlega 6,6 milljörðum króna á árinu 2008 og um 6,6 milljörðum króna á árinu 2009. Sektir geti numið allt að 10% af heildarveltu síðasta rekstrarárs hjá hverju því fyrirtæki eða samtökum fyrirtækja, sem aðild eigi að broti. Sekt stefnanda hafi því numið um 1,75% af heildarveltu hans á síðasta rekstrarári áður en ákvörðun hafi verið tekin. Stefnda byggir á því, að fjárhæð sektarinnar hafi verið hæfileg og nauðsynleg til að tryggja fullnægjandi almenn og sérstök varnaðaráhrif vegna brotanna.

Umfram greind lagarök vísar stefnda til 129. og 130. gr. laga um meðferð einkamála nr. 91/1991 til stuðnings kröfu sinni um málskostnað úr hendi stefnanda.

IV

Með úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 5/2010 frá 11. júní 2010 var staðfest ákvörðun stefnda, Samkeppniseftirlitsins, nr. 4/2010 frá 26. febrúar 2010 um að stefnandi hefði brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 með þeim aðgerðum, sem að framan er lýst. Þá var stefnanda gert að greiða stjórnvaldssekt að fjárhæð 100 milljónir króna með úrskurðinum, en í ákvörðun stefnda hafði sektin verið ákveðin 130 milljónir króna.

Stefnandi höfðar mál þetta til að fá framangreindan úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála felldan úr gildi, sem og framangreinda ákvörðun Samkeppnis eftirlitsins. Til vara krefst stefnandi þess, að sekt vegna brotanna verði felld úr gildi eða lækkuð verulega. Til rökstuðnings aðalkröfu sinni byggir stefnandi einkum á því, að hann hafi ekki verið í markaðsráðandi stöðu á Akranesi, og jafnvel þó svo hafi verið, hafi háttsemi hans hvorki haft samkeppnishamlandi áhrif, né heldur verið til þess fallin að hafa slík áhrif. Þá byggir stefnandi einnig á því, að stefnda hafi brotið gegn ákvæðum stjórnsýslulaga nr. 37/1993 og að brotin séu þess eðlis, að um annmarka sé að ræða, sem valdi ógildingu á úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála sem og ákvörðun stefnda. Af hálfu stefnda er þessu mótmælt.

Samkvæmt 1. mgr. 9. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 sæta ákvarðanir Samkeppniseftirlitsins kæru til áfrýjunarnefndar samkeppnismála og fela úrskurðir nefndarinnar í sér endurskoðun á ákvörðunum lægra setts stjórnvalds og eru endanlegir á stjórnsýslustigi. Kröfur stefnanda fyrir dómi geta því einvörðungu lotið að gildi úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála, en ekki jafnframt að gildi ákvörðunar stefnda. Verður kröfu stefnanda um að felld verði úr gildi ákvörðun stefnda nr. 4/2010 frá 26. febrúar 2010 og varakröfu um að ákvæði ákvörðunarinnar um sektir verði fellt úr gildi eða sektarfjárhæðin lækkuð vísað frá dómi án kröfu.

Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála, sem um ræðir í þessi máli, var sem fyrr segir komist að þeirri niðurstöðu, að stefnandi hefði brotið gegn ákvæði 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005, en þar segir í 1. mgr., að misnotkun eins eða fleiri fyrirtækja á markaðsráðandi stöðu sé bönnuð. Þá segir í 2. mgr., að misnotkun samkvæmt 1. mgr. geti m.a. falist í því, að beint eða óbeint sé krafist ósanngjarns kaup- eða söluverðs eða aðrir ósanngjarnir viðskiptaskilmálar settir, sbr. a-lið 2. mgr.; að settar séu takmarkanir á framleiðslu, markaði eða tækniþróun, neytendum til tjóns, sbr. b-lið 2. mgr.; að viðskiptaaðilum sé mismunað með ólíkum skilmálum í sams konar viðskiptum og samkeppnisstaða þeirra þannig veikt, sbr. c-lið 2. mgr.; eða að sett sé það skilyrði fyrir samningsgerð, að hinir viðsemjendurnir taki á sig viðbótarskuldbindingar, sem tengjast ekki efni samninganna, hvorki í eðli sínu né samkvæmt viðskiptavenju, sbr. d-lið 2. mgr. Felur 2. mgr. 11. gr. ekki í sér tæmandi upptalningu á því, hvað felist í misnotkun fyrirtækis eða fyrirtækja á markaðsráðandi stöðu. Skilgreiningu á markaðsráðandi stöðu er svo að finna í 4. tölul. 4. gr. laganna, þar sem segir, að markaðsráðandi staða sé, þegar fyrirtæki hafi þann efnahagslega styrkleika að geta hindrað virka samkeppni á þeim markaði, sem máli skipti, og það geti að verulegu leyti starfað án þess að taka tillit til keppinauta, viðskiptavina og neytenda.

Úrlausnarefni málsins lýtur aðallega að því, hvort stefnandi teljist hafa verið í markaðsráðandi stöðu samkvæmt framangreindum ákvæðum og ef svo er, hvort aðgerðir hans teljist hafa falið í sér brot gegn 11. gr. samkeppnislaga. Þá er deilt um það, hvort fyrir liggi stjórnsýslulegir annmarkar, sem varði ógildingu. Verður nú fjallað um þessi atriði í framangreindri röð. Verði niðurstaðan sú, að um brot gegn 11. gr. hafi verið að ræða og ekki beri að ógilda úrskurðinn, þarf loks að taka afstöðu til varakröfu stefnanda um niðurfellingu eða lækkun stjórnvaldssektarinnar.

Ágreiningslaust er meðal aðila, að sá markaður, sem hér um ræðir sé smásölu markaður lyfja á Akranesi, sbr. þá niðurstöðu áfrýjunarnefndar samkeppnismála, að

smásöllumarkaðir á lyfjum á höfuðborgarsvæðinu og á Akranesi væru ekki tengdir í skilningi samkeppnisréttar, enda þótt sterk staða stefnanda almennt í smásölu á lyfjum kynni að hafa þau áhrif, að fyrirtækið yrði fremur talið markaðsráðandi en ella.

Af hálfu stefnanda er því haldið fram, að stefnandi geti ekki talist hafa verið í markaðsráðandi stöðu á lyfjamarkaði á Akranesi, þótt óumdeilt sé, að hann hafi verið eini aðilinn á markaðnum frá árinu 2000 og fram til þess, að Apótek Vesturlands tók til starfa á árinu 2007. Til þess að ákvarða markaðsráðandi stöðu þurfi að líta til lengra tímabils en tímabilsins áður en samkeppnisaðilinn komi inn á markaðinn. Þá sé veruleg lækkun markaðshlutdeildar eftir innkomu samkeppnisaðila á markaðinn sterk vísbending um, að viðkomandi teljist ekki vera í markaðsráðandi stöðu, þar sem hann haldi henni ekki við innkomu samkeppnisaðila. Í málinu sé upplýst, að stefnandi hafi misst töluverða markaðshlutdeild strax á fyrstu vikum samkeppninnar við Apótek Vesturlands og enn meiri, þegar lengra leið. Nú sé svo fyrir komið, að stefnandi hafi þurft að loka lyfjaverslun sinni undir merkjum Lyfja og heilsu og opna nýja verslun undir merkjum Apótekarans, sem veiti minni þjónustu. Þannig hafi stefnandi, sem hafi setið einn að markaðinum, misst meirihluta markaðshlutdeildarinnar til stefnanda, sem sé nú ráðandi aðili á markaðinum.

Í úrskurði áfrýjunarnefndarinnar er bent á, að markaðshlutdeild fyrirtækis á viðkomandi markaði geti falið í sér sterkar vísbendingar um það, hvort markaðsráðandi staða sé fyrir hendi eða ekki, en það hafi einnig mikla þýðingu, hvert skipu lagið er, sem gildir á markaðinum. Hvað markaðshlutdeildina varði, þá bendir áfrýjunarnefndin á, að fyrirtæki geti talist í markaðsráðandi stöðu, enda þótt markaðshlutdeild fyrirtækis fari undir 50%. Hvað skipulag markaðarins varði, þá sé með því skírskotað til ólíkra atriða, sem geti gefið vísbendingu í sömu átt, s.s. hvort aðgangur að markaði sé auðveldur, hvort viðkomandi fyrirtæki sé almennt öflugt með hliðsjón af fjármagni, tækjum, framboði vöru eða þjónustu, og fjölda og styrk keppinauta. Þannig hvíli mat á markaðsráðandi stöðu á heildarmati, þar sem þessi atriði koma til skoðunar. Fellst dómurinn á þessi sjónarmið nefndarinnar.

Dómurinn fellst jafnframt á það með stefnanda, að ört minnkandi markaðshlutdeild fyrirtækis, sem áður var í yfirburðastöðu á markaði, geti verið vísbending um að fyrirtækið teljist ekki hafa verið í markaðsráðandi stöðu. Það getur hins vegar ekki ráðið úrslitum, enda væri staðan þá sú, að ráðandi fyrirtæki, sem missir markaðshlutdeild, þrátt fyrir að hafa gripið til aðgerða, sem falla að því, sem bannað er samkvæmt 11. gr. samkeppnislaga, væru iðulega laus undan ábyrgð, þar sem þau teldust eftir á ekki hafa verið markaðsráðandi. Það gengi gegn markmiðum 11. gr. og samkeppnislaga, ef fyrirtæki gætu á þann hátt skotið sér undan ábyrgð á þeim grunni, að aðgerðir, sem ella brytu gegn 11. gr. hafi ekki skilað þeim árangri, sem þær miðuðu að. Í því sambandi athugast jafnframt, að fyrirtækjum, sem grípa til slíkra aðgerða, er ekki ljóst á þeim tíma, hvort aðgerðirnar muni leiða til þess, að þau haldi markaðsstöðu sinni. Svo kann raunar að fara, að aðgerðirnar hafi þveröfug áhrif, t.d. vegna rannsóknarafskipta samkeppnisyfirvalda og fjölmiðlaumfjöllunar um þau. Samkvæmt þessu er að mati dómsins ekki fært að láta þróun markaðshlutdeildar stefnanda, eftir að stefnda hóf rannsókn sína, ráða úrslitum, enda þarf hún alls ekki að vera til marks um það, að stefnandi hafi ekki verið í markaðsráðandi stöðu, þegar hin ætluðu brot voru framin. Mestu skiptir, að mati dómsins, við mat á því, hvort stefnandi teljist hafa verið í markaðsráðandi

stöðu, að horfa til þess tíma, þegar hin ætluðu brot voru framin.

Í því sambandi verður fyrst að líta til þess, að stefnandi hafði 100% markaðshlutdeild í langan tíma áður en Apótek Vesturlands hóf starfsemi sína. Þá er ljóst, að aðgerðir stefnanda hófust almennt á meðan hann hafði yfirburða markaðshlutdeild. Jafnframt verður að hafa í huga, að þrátt fyrir, að markaðshlutdeild stefnanda hafi minnkað hratt í kjölfar opnunar Apóteks Vesturlands, liggur fyrir í málinu það mat stefnanda, að hann hafi verið með [-]% markaðshlutdeild, þegar húsleit stefnda fór fram, sbr. bréf stefnanda til Samkeppniseftirlitsins frá 8. október 2007. Samkvæmt því virðist óhætt að leggja til grundvallar, að markaðshlutdeild stefnanda hafi verið a.m.k. á bilinu [-]% til [-]% á því tímabili, sem hin ætluðu brot áttu sér stað.

Svo hugað sé að öðrum þáttum, sem máli skipta við heildarmatið, er ljóst, að efnahagslegur styrkleiki stefnanda var verulegur á umræddu tímabili og mun meiri en Apóteks Vesturlands. Þannig bera gögn málsins með sér, að á árinu 2007 hafi stefnandi verið burðugt fyrirtæki, sem naut auk þess stuðnings af móðurfélagi sínu, Milestone ehf., sem þá taldist afar fjársterkt félag á Íslandi. Athugasemdir stefnanda í þá veru, að umtalsverður munur sé á þeim ársreikningi, sem áfrýjunarnefndin byggir á í úrskurði sínum, sem kveður á um ríflega 84 milljarða króna eigið fé samstæðunnar allrar, og þeim ársreikningi, sem stefnandi leggur fram í þessu máli, hafa lítið að segja í þessu tilliti. Í samanburði, hvað skipulag markaðarins varðar, þá var Apótek Vesturlands í eigu einstaklinga og fjármagnað af þeim. Fjárhagslegur styrkleiki stefnanda í samanburðinum var yfirgnæfandi og ljóst, að þrátt fyrir minnkandi markaðshlutdeild, bar hann enn höfuð og herðar yfir Apótek Vesturlands, hvað efnahagslegan styrk varðar. Þessi atriði koma því ótvírætt til styrktar, að stefnandi hafi verið í markaðsráðandi stöðu á umræddu tímabili.

Áfrýjunarnefndin leit enn fremur til þess, að verslun stefnanda á Akranesi væri hluti af keðju lyfjaverslana, sem starfaði um land allt. Þessi staða gæfi fyrirtækinu möguleika á því að lágmarka kostnað sinn og ná fram meiri hagkvæmni, t.d. með hagkvæmum innkaupum í krafti stærðar. Þessi breiddar- og stærðarhagkvæmni styrki fyrirtækið í samkeppni við önnur fyrirtæki og gefi því forskot, sérstaklega gagnvart minni samkeppnisaðilum. Þá vísar áfrýjunarnefndin til þess, að meðal þeirra gagna, sem stefnda hafi aflað við húsleit hjá stefnanda, sé tölvupóstur frá framkvæmdastjóra stefnanda frá 13. september 2007, sem sýni, að forsvarsmenn stefnanda hafi sjálfir talið fyrirtækið í markaðsráðandi stöðu, en nefndin hafnar þeirri skýringu, að þar sé verið að vísa í eldri úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála, þar sem komist hafi verið að þeirri niðurstöðu, að fyrirtækið væri markaðsráðandi. Loks lagði áfrýjunarnefndin til grundvallar og leit til þess við matið, að aðgangshindranir hafi verið fyrir hendi á viðkomandi markaði, bæði af lagalegum og fjárhagslegum toga. Í ályktun sinni vísar nefndin m.a. til markaðshlutdeildar áfrýjanda, fjárhagslegra og efnahagslegra yfirburða ásamt stærðar- og breiddarhagkvæmni vegna fjölda lyfjaverslana og kemst að þeirri niðurstöðu, að stefnandi hafi verið í markaðsráðandi stöðu, þegar atvik máls áttu sér stað.

Af hálfu stefnanda er því haldið fram, að áfrýjunarnefndin hafi ekki rökstutt sérstaklega með hvaða hætti stefnandi hafi átt að teljast markaðsráðandi, en látið duga að vísa til ofangreindra atriða. Vísar stefnandi til þess, hvað efnahagslegan styrkleika varðar, að taka verði tillit til skulda og eðli eigna við mat á slíkum

styrkleika. Þá hafi mat á ætluðum efnahagslegum styrkleika verið rangt, þar sem búið hafi verið að taka móðurfélag stefnanda til gjaldþrotaskipta áður en ákvörðun í málinu hafi verið tekin. Eðli eigna og skulda félagsins hafi þannig verið frekar til þess að veikja félagið í samkeppni en til að styrkja það. Samkeppnislega séð séu það fyrirtæki, sem ekki séu bundin af skuldsetningu, sem hafi fjárhagslega yfirburði og hafi þannig meira svigrúm til athafna. Enda þótt lagt yrði til grundvallar, að stefnandi hefði sterkari fjárhagslega stöðu, þá mundu skuldir félagsins vega upp á móti slíkum styrk og draga verulega úr honum. Breiddar- og stærðarhagkvæmni kveður stefnandi hafa verið litla fyrir lyfjaverslun sína á Akranesi, a.m.k. ekki í þeim mæli, að veitt hafi henni slíkt forskot, að hún hefði getað starfað án tillits til annarra á markaði. Þar sem allar lyfjaverslanir þurfi að hafa ákveðnar lágmarksbirgðir, sé lítið svigrúm til þess að njóta stærðar- og breiddarhagkvæmni miðað við aðrar atvinnugreinar.

Dóminum þykir ekki sýnt, að rökstyðja hefði þurft frekar þau atriði, sem nefndin lagði til grundvallar niðurstöðu sinni um markaðsráðandi stöðu stefnanda. Þá lúta athugasemdir stefnanda, hvað efnahagslegan styrkleika varðar að því að líta beri til eigna og skulda félaga. Dómurinn telur það hafa verið gert, enda sé vísað til eigin fjár stefnanda og samstæðunnar allrar í því mati. Hefur þar þegar verið lítið til hlutfalls eigna og skulda. Hvað eðli eigna varðar, þá hefur það ekki áhrif, þegar lítið er til fjárhagslegrar stöðu fyrirtækis á ákveðnu tímabili, enda er það eðli eigna, sem metin eru til fjárverðmæta, að þær geta hækkað eða lækkað í verði á markaði. Þá telur dómurinn að fallast verði á, að stefnandi hafi notið breiddar- og stærðarhagkvæmni, sem styrkt hafi fyrirtækið, þegar lítið er til stærðar markaðarins, sem stefnandi starfar á, þ.e. á landsvísu. Tölvusamskipti í málinu benda til þess, að stefnandi hafi staðið í samningaviðræðum við birgja sína til að njóta afsláttarkjara í krafti stærðar sinnar og innkaupagetu. Hafa tilmæli og reglur um ákveðnar lágmarksbirgðir lyfja lítið að segja í þeim efnunum. Þá er vísun stefnanda til þess, að móðurfélag stefnanda hafi verið tekið til gjaldþrotaskipta áður en stefnda tók ákvörðun í málinu haldlaus, enda skiptir mestu að líta til þess tíma, sem ætluð brot gegn samkeppnislögum eru framin. Þykir dóminum áfrýjunarnefndin því ekki hafa lítið fram hjá atriðum, sem stefnandi vísar til eða öðrum, sem verulegu máli skipta við matið á markaðsráðandi stöðu. Um leið er hafnað sjónarmiðum stefnanda í þá veru, að vanrækt hafi verið að meta stöðu hans með heildstæðum hætti, enda byggði niðurstaða áfrýjunarnefndarinnar á heildstæðu mati, sem hér er fallist á.

Þá fellst dómurinn ekki á þá málásástæðu stefnanda, að sérstök skilyrði á lyfjamarkaði útiloki, að hann geti talist í markaðsráðandi stöðu. Líkt og áfrýjunarnefnd samkeppnismála benti á, og óumdeilt má telja í málinu, gilda samkeppnislög um lyfjamarkaðinn og verður tilvist þeirra takmarkana, sem stefnandi vísar til, ekki talin leiða til þess, að fyrirtæki á þeim markaði geti ekki talist í markaðsráðandi stöðu. Þá er ekki fallist á það, að rökvilla felist í því að beita 11. gr. samkeppnislaga á tvíkeppnismarkaði, né að önnur þau sjónarmið, sem færð eru fram í stefnu, geti leitt til þess, að stefnandi teljist ekki hafa verið í markaðsráðandi stöðu. Samkvæmt þessu og að öðru leyti með vísan til umfjöllunar í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála sem og til umfjöllunarinnar í ákvörðun stefnda, sem þar er vísað til, verður fallist á þá ályktun áfrýjunarnefndarinnar, að stefnandi teljist hafa verið í markaðsráðandi stöðu, þegar þau atvik máls, sem hér er deilt um, áttu sér stað.

Þær aðgerðir, sem stefnandi greip til, og byggt er á í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála, hófust áður en Apótek Vesturlands hóf starfsemi á Akranesi. Með því verður þó ekki sagt, að stefnandi hafi ekki getað gripið til samkeppnishamlandi aðgerða, enda þótt hin eiginlega samkeppni hafi ekki verið hafin með starfsemi Apóteks Vesturlands. Af hálfu stefnanda er því haldið fram, að allar aðgerðir, sem gripið hafi verið til, hafi miðað að því að tryggja fullnægjandi rekstrargrundvöll lyfjaverslunar hans á Akranesi.

Áfrýjunarnefndin vísar til þess, að stefnandi hafi haft samband við lyfjafræðinginn, sem ætlaði sér að opna Apótek Vesturlands, og boðið honum starf og reynt að fá hann ofan af því að opna eigin lyfjaverslun. Þá vísar áfrýjunarnefndin jafnframt til tölvupósts frá stefnanda til forstjóra Haga hf., þar sem spurt er, hvort hin nýja lyfjaverslun, sem eigi að opna á Akranesi, verði staðsett í húsnæði þeirra, sem þá var í byggingu, og því jafnframt lýst yfir, að ef svo væri, þá yrði hart brugðist við því, þar sem ekki væri grundvöllur undir tvær lyfjaverslanir á Akranesi, auk þess sem það stæðist ekki lyfjalög, þar sem ákveðinn fjöldi íbúa þyrfti að baki hverri lyfjaverslun. Leit áfrýjunarnefndin svo á, að með þessu hefði stefnandi beitt óeðlilegum þrýstingi til þess að hindra opnun nýrrar lyfjaverslunar.

Af hálfu stefnanda er því haldið fram, að þessar aðgerðir geti ekki falið í sér samkeppnislagaþrot eða misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Það geti ekki talist óeðlilegur þrýstingur að bjóða lyfjafræðingnum starf, sem hafi verið góður og gegn lyfjafræðingur eða lýsa því yfir, að brugðist yrði hart við í samskiptum við forstjóra Haga hf. Það hafi ekki verið á valdi stefnanda að beita þessa aðila nokkrum þrýstingi eða knýja þá til athafna. Það að fá einhvern ofan af einhverju sé eitt, að beita þrýstingi annað. Þá geti ekki verið um að ræða óeðlilegan þrýsting, ef nægilegt vald er ekki fyrir hendi til að fylgja þrýstingnum eftir.

Að virtum gögnum um þessi atriði verður að fallast á þá ályktun áfrýjunarnefndar samkeppnismála, að stefnandi hafi með framangreindum aðgerðum beitt óeðlilegum þrýstingi til þess að hindra opnun nýrrar lyfjaverslunar á Akranesi. Telur dómurinn auk þess, að það, sem rakið er í ákvörðun stefnda um aðdragandann að veitingu lyfsöluleyfis vegna Apóteks Vesturlands, sé ályktun áfrýjunarnefndarinnar til fyllingar. Engu breytir þótt ekki verði fullyrt um, hvort stefnandi hafi haft nægilegt vald til að fylgja umræddum þrýstingi eftir. Það er enda ekki skilyrði þess, að slíkur þrýstingur fari í bága við 11. gr. samkeppnislaga, að valdið til að fylgja honum eftir sé fyrir hendi.

Í málinu liggur fyrir, að stefnandi hóf snemma, og fyrir opnun Apóteks Vesturlands, að vinna með hugmyndir um það, hvernig best væri að bregðast við væntanlegri samkeppni á Akranesi. Meðal þeirra hugmynda var að stofna vildarklúbb, þar sem viðskiptavinir, sem versluðu fyrir ákveðna upphæð fengju ákveðin fríðindi, s.s. afslátt af vörum og þjónustu, en auk þess skyldu þeir, sem uppfylltu ákveðin skilyrði um viðskipti á rúmu ári, fá ákveðna afsláttarfjárhæð eða úttekt hjá stefnanda. Stefnandi var áður með slíkan vildarklúbb í lyfjaverslunum sínum í Mjódd og JL-húsinu, en þar átti stefnandi í samkeppni við lyfjaverslanir, sem voru í nágrenninu.

Vildarkort voru gefin út til viðskiptavina stefnanda á Akranesi í apríl og maí 2007 og var mikill meirihluti þeirra korta, sem gefin voru út á því ári, komin til

viðskiptamanna stefnanda áður en Apótek Vesturlands tók til starfa. Á þeim tíma stóðu slík vildarkort ekki öðrum til boða en viðskiptavinum þessarar einu lyfjaverslunar.

Í úrskurði áfrýjunarnefndarinnar segir, að reglur vildarklúbbsins hafi ekki stuðst við kostnaðarlegt hagræði, að því er séð verði, og þeim hafi sérstaklega verið beint að hinum nýja keppinaut á Akranesi, sem hafi verið að reyna að koma sér inn á markaðinn. Þessar aðgerðir hafi verið tryggðarhvetjandi og andstæðar þeim samkeppnislegu kröfum um hegðun, sem gera verði til markaðsráðandi fyrirtækis.

Enda þótt útgáfa vildarkorta þyki almennt ekki vera talin fela í sér aðgerð, sem sé samkeppnishamlandi, verður að líta til þess, að fyrirkomulag vildarkortanotkunarinnar var með þeim hætti, að kortin voru staðbundin á þeim markaði, sem stefnanda var kunnugt um, að samkeppnisaðili kæmi brátt að. Þá var fyrirkomulagið tryggðarhvetjandi með því, að korthafar gátu notið fríðinda að afloknum ákveðnum tíma, að því tilskildu, að þeir versluðu hjá stefnanda í ákveðið mörg skipti á tímabilinu. Átti m.a. að skrá kaupin hverju sinni í vildarkortið. Þá verður ekki séð, að þau kjör, sem í vildarkortunum fólust hafi stuðst við kostnaðarlegt hagræði. Loks telur dómurinn telur einsýnt, að þessar aðgerðir hafi verið til þess fallnar að raska samkeppni og að þeim hafi sérstaklega verið beint að hinum nýja keppinauti. Í því sambandi má meðal annars nefna, auk þess sem áður greinir um að vildarkortin hafi verið bundin við þessa einu verslun, að í fyrirbyggjandi tölvupósti frá lyfsöluleyfifshafa stefnanda á Akranesi frá 12. apríl 2007 kemur fram, að verið sé að keyra í gegn með miklum hraði vildarkortsmeðlimi í lyfjaverslunum stefnanda vegna væntanlegrar samkeppni. Af öðrum tölvupóstsamskiptum stefnanda má jafnframt ráða, að tilgangurinn hafi verið að ná helstu viðskiptavinum á markaðinum til sín, en í einu tölvubréfanna segir: „Við höfum náð um [-] stærstu viðskiptavinunum í vildarklúbbinn okkar.“ Í ljósi framangreinds er fallist á það mat áfrýjunarnefndarinnar á vildarkortafyrirkomulaginu, að aðgerðin hafi verið andstæð þeim samkeppnislegu kröfum, sem gera verði til markaðsráðandi fyrirtækis. Breytir þar engu, hvort vildarkortakerfið hafi náð árangri sínum eða ekki með því að tryggja markaðshlutdeild stefnanda á markaðinum.

Skömmu eftir opnun Apóteks Vesturlands hóf stefnandi að bjóða afslætti, sem eingöngu giltu í lyfjaverslun hans á Akranesi. Voru veittir framlegðarafslættir af ákveðnum fjölda lyfseðilsskyldra lyfja og lausasölulyfja. Voru ábendingar um slíka afslætti grundvöllur þess, að stefnda hóf rannsókn á ætluðum samkeppnislagabrotum stefnanda og krafðist heimildar til húsleitar hjá honum haustið 2007, enda þótt áætlað umfang afsláttanna hafi verið meira, en síðar kom á daginn.

Þótt fjöldi þeirra lyfja, sem afsláttur var veittur af, þyki almennt séð ekki mikill, eða [-] lyfseðilskyld lyf úr hópi [-] virkra vörunúmera og [-] af [-] lausasölulyfjum, þá var um söluhá lyf að ræða, sbr. m.a. það, sem rakið er í ákvörðun stefnda um að lækkunin hafi náð til sjö af átta söluhæstu lyfseðilsskyldu lyfjunum og ellefu af tólf söluhæstu lausasölulyfjunum. Þá áttar stefnda, að vægi þeirra lyfja, sem veittur var afsláttur af hafi verið [-]% af veltu stefnanda vegna lyfseðilsskyldra lyfja og [-]% af veltu lausasölulyfja.

Ljóst þykir af gögnum málsins, að tilgangur veittra afslátta var að mæta samkeppni við Apótek Vesturlands, enda voru afslættirnir raunar kallaðir „baráttaafslættir“ af hálfu stefnanda. Þótt það stuðli almennt að heilbrigðri og góðri samkeppni, að samkeppnisaðilar keppi á markaði með hófsamlegri álagningu og afsláttum, þá getur staða fyrirtækis á markaði sem og fyrirkomulag afslátta leitt til þess, að um samkeppnislagabrot sé að ræða. Um stöðu og efnahagslegan styrk stefnanda hefur þegar verið rætt. Þegar fyrirtæki í markaðsráðandi stöðu beita efnahagslegum styrk sínum, s.s. með því að veita afslætti með mjög lága eða neikvæða framlegð af sölu, með það að tilgangi að mæta samkeppni, getur slíkt verið talið brot gegn ákvæðum samkeppnislaga. Af gögnum málsins verður ráðið, að sölutekjur lyfjaverslunar stefnanda stóðu ekki undir rekstrartengdum kostnaði á síðari helmingi ársins 2007, þegar afslættirnir voru boðnir, og var meðalframlegðin neikvæð frá miðju ári 2007 til loka ársins.

Enda þótt stefnandi hafi haldið því fram, að afslættirnir hafi verið boðnir vegna minnkandi markaðshlutdeildar, þá verður illa ráðið, sú hafi verið raunin, þar sem stefnandi hóf að bjóða afslættina strax í kjölfar opnunar Apóteks Vesturlands. Þá verður ráðið, með hliðsjón af fyrirliggjandi upplýsingum, sem m.a. má finna í tölvusamskiptum stefnanda frá þeim tíma, er Apótek Vesturlands opnaði, og hefur að geyma hugleiðingar um áætlaðan rekstrarkostnað og framlegð Apóteks Vesturlands í samanburði við stefnanda, að aðgerðum stefnanda, hvort heldur vildarkortakerfi eða afslættir, hafi beinlínis verið beint gegn Apóteki Vesturlands og haft það markmið að koma því af samkeppnismarkaði. Sem fyrr segir, voru afslættirnir enda eingöngu veittir í lyfjaverslun stefnanda á Akranesi.

Að þessu virtu verður ekki fallist á, að aðgerðir stefnanda hafi verið varnaraðgerðir gegn yfirvofandi samkeppni, sem fyrirtæki í markaðsráðandi stöðu hafi verið heimilt að grípa til. Samkvæmt því, og með hliðsjón af því, að stefnandi sem markaðsráðandi fyrirtæki hafði þegar hafið aðgerðir, sem höfðu það að markmiði að bola samkeppnisaðilanum af markaði töluvert áður en samkeppnisaðilinn hóf sína starfsemi, er fallist á það mat áfrýjunarnefndarinnar, þegar heildstætt mat er lagt á aðgerðirnar, að stefnandi hafi með umræddum baráttaafsláttum brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga.

Samkvæmt framangreindu, og að öðru leyti með vísan til umfjöllunar í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála og þeirrar ákvörðunar stefnda, sem þar er vísað til, verður að telja, að stefnandi hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga, enda geta önnur sjónarmið, sem stefnandi hefur fært fram, ekki breytt þeirri niðurstöðu.

Kemur þá til athugunar hvort brotið hafi verið gegn reglum stjórnsýsluréttar þannig að ógildingu varði. Af hálfu stefnanda er því haldið fram, að stefnda hafi, þegar það var með málið til rannsóknar, brotið gegn rannsóknarreglu stjórnsýslulaga með þeim hætti, að það valdi ógildingu á ákvörðun þess og þar af leiðandi úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála, sem byggt hafi á rannsókn stefnda.

Í 10. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993 segir, að stjórnvald skuli sjá til þess að mál sé nægjanlega upplýst áður en ákvörðun er tekin í því. Í þessu felst að stjórnvald skuli sjá til þess, að nægjanleg gögn liggi fyrir og málsatvik séu það ljós, að hægt sé að taka ákvörðun í máli. Það fer svo eftir eðli máls og þeirri réttarheimild, sem er grundvöllur ákvörðunar, hvaða upplýsinga stjórnvaldið þarf að afla svo rannsókn

málsins teljist fullnægjandi, en mál telst nægjanlega upplýst, þegar þeirra upplýsinga hefur verið aflað, sem eru nauðsynlegar til þess, að hægt sé að taka rétta ákvörðun í því.

Um brot gegn rannsóknarreglunni vísar stefnandi til þess, að rannsókn á því hvort hann hafi verið í markaðsráðandi stöðu hafi verið verulega áfátt, þar sem einblínt hafi verið á þann tíma, sem hann var eini starfandi aðilinn á markaðnum, en ekki hafi verið litið til þess tíma sem mesta þýðingu hafði, þ.e. fyrsta heila starfsársins eftir að Apótek Vesturlands kom inn á markaðinn. Ekki er unnt að fallast á, að rannsóknin að þessu leyti hafi farið í bága við 10. gr. stjórnsýslulaga. Í fyrsta lagi er ljóst, að rannsóknin einskorðaðist ekki við þann tíma, sem stefnandi var eini starfandi aðilinn á markaðnum, þótt stefnandi telji að líta hafi borið til breiðara tímabils en gert var. Í öðru lagi er ljóst, að sjónarmið stefnanda að þessu leyti lúta í reynd að því, hvernig túlka beri hugtakið markaðsráðandi staða. Samkvæmt framansögðu hafnar dómurinn því sjónarmiði stefnanda, að líta hafi þurft til breiðara tímabils en gert var við mat á því, hvort hann hafi verið í markaðsráðandi stöðu. Að því gefnu geta sjónarmið um skort á rannsókn á slíkum atriðum ekki leitt til niðurstöðu um brot á rannsóknarreglunni, svo fremi sem rannsókn þess tímabils sem lagt var til grundvallar telst hafa verið fullnægjandi. Að mati dómsins liggur ekkert annað fyrir en að svo hafi verið.

Svipað má segja um þau sjónarmið stefnanda að stefnda og áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafi vanrækt með öllu að gera greiningu á því með hvaða hætti stefnandi eigi að hafa getað hegðað sér að verulegu leyti án tillits til annarra markaðsaðila. Síðastnefnt atriði er skilgreiningaratriði í hugtakinu markaðsráðandi staða, en að framan var fallist á þá niðurstöðu, að stefnandi hafi átt undir þá skilgreiningu og ekki verður annað talið en að sú rannsókn, sem lá þeirri niðurstöðu til grundvallar, hafi verið fullnægjandi. Stefnandi byggir einnig á því að stefnda hafi vanrækt að kanna áhrif verðlagningar stefnanda sumarið 2007 og að aldrei hafi verið óskað eftir upplýsingum um verðlagningu eða álagningu Apóteks Vesturlands á þeim vörum, sem verslunin hafi haft í sölu. Dómurinn fellst ekki á að rannsóknin hafi verið ófullnægjandi að þessu leyti og telur að málið hafi verið nægjanlega upplýst til að unnt væri að taka rétta ákvörðun í því.

Þá heldur stefnandi því fram, að brotið hafi verið gegn jafnræðisreglu 11. gr. stjórnsýslulaga, þar sem 11. gr. samkeppnislaga hafi ekki verið beitt með sambærilegum hætti í þessu máli og í eldra máli, þar sem atvik hafi verið með sambærilegum hætti. Rökstuðningur stefnda fyrir því, að um ósambærileg mál hafi verið að ræða og afgreiðsla áfrýjunarnefndarinnar að þessu leyti, sé með öllu ófullnægjandi. Þá séu engin fordæmi fyrir því að sá aðili sem hafi minni markaðshlutdeild sé talinn markaðsráðandi. Niðurstaða áfrýjunarnefndarinnar og stefnda hafi því ekki aðeins verið fordæmalaus heldur einnig í beinu ósamræmi við fyrri framkvæmd og túlkun á 11. gr. samkeppnislaga, sbr. einkum ákvörðun samkeppnisráðs nr. 8/2003 frá 13. febrúar 2003 og úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 8/2003 frá 13. maí 2003.

Í 11. gr. stjórnsýslulaga kemur fram, að við úrlausn mála skuli stjórnvöld gæta samræmis og jafnræðis í lagalegu tilliti. Í reglunni felst, að mál, sem eru sambærileg í lagalegu tilliti, skuli hljóta sams konar úrlausn. Í því sambandi verður þó að hafa í huga, að ekki er um mismunun að ræða í lagalegu tilliti, jafnvel þótt mismunur sé á úrlausn mála, ef sá mismunur byggist á frambærilegum og

lögmætum sjónarmiðum. Þá hefur verið lagt til grundvallar, að almennt beri að játa stjórnvöldum svigrúm til að gera breytingar á stjórnsýsluframkvæmd, enda séu þær innan marka laga og byggðar á málefnalegum sjónarmiðum.

Að mati dómsins er ekki þörf á að taka síðarnefndu atriðin til skoðunar þegar af þeirri ástæðu, að málið, sem hér er til úrlausnar, og málið, sem stefnandi vísar í, eru ekki sambærileg í framangreindum skilningi. Mat á því, hvort markaðsráðandi staða telst vera fyrir hendi, ræðst samkvæmt framangreindu af heildarmati á ýmsum þáttum og þrátt fyrir, að málin eigi það sammerkt að nýr aðili hafi komið inn á markað og náð þar talsverðri markaðshlutdeild, eru þau ólík að öðru leyti. Þannig er ljóst, að ýmsir þeir þættir, sem lágu til grundvallar heildarmati áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli þessu, voru með öðrum hætti í eldra málinu. Um ólíka markaði var að ræða, bæði landfræðilega og hvað varðar þjónustu, og aðstæðum aðila og atvikum að öðru leyti var á ýmsan hátt ólíkt farið. Í því sambandi tekur dómurinn sérstaklega fram, vegna áherslu stefnanda við málflutning á sérstaka stöðu fyrirvarsmanna nýrri fyrirtækjanna í báðum málunum, að stöðu þeirra verður ekki jafnað saman. Í eldra málinu var um það að ræða, að framkvæmdastjóri nýja fyrirtækisins hafði áður verið framkvæmdastjóri fyrirtækisins, sem fyrir var á markaðinum, og hafði því þekkingu á allri starfsemi eldra fyrirtækisins og góð sambönd við þær verslanir, sem seldu erlendum ferðamönnum vörur, en tengslin við viðkomandi verslanir voru talin meðal þess, sem mestu máli skipti á viðkomandi markaði. Fyrirvarmaður Apóteks Vesturlands var hins vegar hvorki fyrirvarmaður stefnanda, né þekkti hann með sambærilegum hætti til starfsemi hans, auk þess sem tengslum fyrirvarsmannsins við neytendur á Akranesi verður ekki jafnað til framangreindra tengsla við verslanir, hvað sem þætti hans í meistaratitlum Íþróttabandalags Akraness í knattspyrnu á tíunda áratug síðustu aldar líður. Samkvæmt framangreindu byggði niðurstaðan um markaðsráðandi stöðu í hinu eldra og yngra máli á heildarmati á nokkrum þáttum og þeir þættir horfa um margt við með ólíkum hætti. Niðurstaðan í hinu eldra máli, um að þar hafi markaðsráðandi staða ekki verið fyrir hendi, getur þannig ekki leitt til þess, að niðurstaða um að slík staða sé fyrir hendi í þessu máli brjóti gegn 11. gr. stjórnsýslulaga, enda eru málin ekki sambærileg. Þá hefur stefnandi ekki bent á önnur tilvik, sem eru sambærileg við mál þetta, þar sem 11. gr. samkeppnislaga hefur verið beitt með öðrum hætti.

Loks byggir stefnandi á því að brotið hafi verið gegn réttmætisreglu stjórnsýsluréttar við meðferð málsins, en í reglunni felst, að stjórnvöld verða að byggja ákvarðanir sínar á málefnalegum sjónarmiðum. Stefnandi leiðir sjónarmið sín að þessu leyti að hluta til af fullyrðingum um brot á jafnræðisreglunni og rannsóknarreglunni, en auk þess nefnir hann nokkur atriði, sem hann telur til marks um, að ómálefnaleg sjónarmið hafi ráðið för, án þess þó að vísa til tiltekinna ómálefnalegra sjónarmiða. Að framan hefur sjónarmiðum stefnanda um brot á jafnræðisreglunni og rannsóknarreglunni verið hafnað. Þá fellst dómurinn ekki á að þau atriði, sem stefnandi nefnir séu til marks um að ómálefnaleg sjónarmið hafi legið ákvörðun stefnda og úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála til grundvallar.

Samkvæmt öllu framansögðu verður stefnda sýknað af aðalkröfu stefnanda um að úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála verði felldur úr gildi. Kemur þá varakrafa stefnanda til athugunar um að sektarfjárhæðin verði felld úr gildi eða lækkuð verulega, en hún var ákveðin 100 milljónir króna í úrskurðinum.

Samkvæmt 37. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 skal Samkeppniseftirlitið leggja stjórnvaldssektir á fyrirtæki, sem brjóta gegn bannákvæðum laganna, nema brotið teljist óverulegt eða af öðrum ástæðum sé ekki talin þörf á slíkum sektum til að stuðla að eða efla virka samkeppni. Hliðstætt ákvæði var áður í 52. gr. samkeppnislaga nr. 8/1993, sbr. 17. gr. laga nr. 107/2000. Samkvæmt þessu er meginreglan sú, að sektir skuli liggja við brotum á bannreglum laganna, þar á meðal 11. gr. þeirra. Þegar þetta er haft í huga, verður að fallast á það með samkeppnisyfirvöldum, að stefnanda beri sekt vegna brota hans, enda verða þau hvorki talin óveruleg, né talið að ekki sé af öðrum ástæðum þörf á slíkum sektum til að stuðla að eða efla virka samkeppni.

Í 2. mgr. 37. gr. samkeppnislaga kemur fram, að sektir geti numið allt að 10% af heildarveltu síðasta rekstrarárs hjá hverju fyrirtæki eða samtökum fyrirtækja, sem aðild eigi að broti. Ef brot samtaka fyrirtækja tengist starfsemi aðila þeirra, skuli fjárhæð sektar ekki vera hærri en 10% af heildarveltu hvers aðila þeirra, sem virkur sé á þeim markaði, sem brot samtakanna taki til. Við ákvörðun á fjárhæð sekta skuli hafa hliðsjón af eðli og umfangi brota, hvað brot hafi staðið lengi og hvort um ítrekað brot sé að ræða. Þá hafa samkeppnisyfirvöld í framkvæmd litið til frekari sjónarmiða en beinlínis eru nefnd í ákvæðinu, sbr. m.a. tilvísun í úrskurði áfrýjunarnefndarinnar til stærðar fyrirtækja, sem teljast brotleg, huglægrar afstöðu stjórnenda, hagnaðarsjónarmiða og eldri brota á samkeppnislögum. Slík sjónarmið teljast ótvírætt málefnaleg og heimil og standa raunar almennt í nánum tengslum við þau atriði, sem sérstaklega eru nefnd í 2. mgr. 37. gr. samkeppnislaga.

Að virtum gögnum málsins og framangreindum sjónarmiðum, telur dómurinn ekki tilefni til að fallast á varakröfu stefnanda um lækkun sektarinnar.

Brot stefnanda fólust í fleiri en einni aðgerð. Þau voru alvarleg, miðuðu að því að hindra innkomu nýrrar lyfjaverslunar á markað, sem stefnandi sat áður einn að, og síðan að því að veikja hinn nýja aðila og raska samkeppni. Ráðist var í hinar ólögsmætu aðgerðir skipulega með þó nokkrum undirbúningi og þeim var markvisst beint gegn hinum nýja aðila, sem var eini samkeppnisaðili stefnanda á viðkomandi markaði, en styrkur og stærð þeirra var afar mismunandi. Brotin gátu ekki dulist stefnanda, enda bera gögn málsins með sér, að hann var meðvitaður um, að hann væri talinn í markaðsráðandi stöðu. Þá benda fyrirbyggjandi gögn raunar til fremur einbeitts ásetnings til að ryðja hinum nýja aðila úr vegi, sbr. m.a. það, sem rakið er í ákvörðun stefnda um hugmyndir, sem ættu „að girða alveg fyrir aðra samkeppni hér,“ og síðari samskipti milli fyrirsvarsmanna stefnanda um að minnka þyrfti umsvif Apóteks Vesturlands, „þá [væri] þetta örugglega búið,“ og ef sett markmið næðust, yrði eigandinn „launalaus eða launalítill,“ sem ekki gengi til lengdar. Þá var því mati stefnanda lýst í tengslum við áður nefnda baráttuafslætti, að Apótek Vesturlands þyldi „þetta örugglega ekki lengi.“

Þá verður einnig að líta til stærðar og fjárhagslegs styrkleika stefnanda og þeirrar samstæðu, sem hann tilheyrði á þeim tíma, sem brotin voru framin, en sá styrkleiki var verulegur, hvað sem síðari þróun líður. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála var sérstaklega tekið tillit til þess, að brotin takmörkuðust að mestu leyti við þröngt markaðssvæði og til breyttra aðstæðna í efnahagslífi þjóðarinnar, og að mati dómsins er ekkert tilefni til frekari lækkunar sektarinnar af þeim sökum. Í því sambandi tekur dómurinn jafnframt fram, að þótt markaðurinn, sem hér um ræðir, sé smásölumarkaður lyfja á Akranesi, verður að telja, að þróun

mála þar eftir tilkomu hins nýja aðila og viðbrögð samkeppnisyfirvalda við brotum stefnanda við umræddar aðstæður, hafi haft talsverða almenna þýðingu með tilliti til varnaðaráhrifa.

Þá geta sjónarmið um að brotin hafi ekki staðið lengi ekki leitt til lækkunar hinnar ákvörððu sektar, enda stóðu brotin í reynd allt frá því að fyrirætlanir um stofnun Apóteks Vesturlands urðu ljósar og þar til rannsókn Samkeppniseftirlitsins komst á skrið, og liggur ekkert fyrir, sem bendir til þess, að stefnandi hefði látið af brotunum, hefði ekki komið til afskipta Samkeppniseftirlitsins eða aðgerðirnar skilað honum því, sem að var stefnt. Þá er raunar til þess að líta, að það var mat stefnanda sjálfs, að aðgerðir hans þyrftu ekki að standa í langan tíma til að koma Apóteki Vesturlands út af markaðnum, sbr. meðal annars þau samskipti, sem að framan er vitnað til.

Loks þykir dóminum ljóst, að það komi ekki til sérstakrar lækkunar á sektinni, þótt stefnandi hafi ekki áður orðið uppvís að brotum á samkeppnislögum, enda má ráða af lögskýringargögnum, að ítrekun sé fyrst og síðast ætlað að horfa til þyngingar viðurlaga, sé hún fyrir hendi.

Þá er því hafnað, að niðurstaða samkeppnisyfirvalda hafi falið í sér nýja og áður óþekkt nálgun að 11. gr. samkeppnislaga, sem leiði til lækkunar sekta eða að ákvörðun um fjárhæð sektarinnar hafi brotið gegn jafnræðisreglu 11. gr. og meðalhófsreglu 12. gr. stjórnsýslulaga. Stefnandi hefur ekki bent á önnur tilvik, sem eru sambærileg við mál þetta, þar sem fjárhæð sekta hefur verið ákveðin með öðrum hætti. Þá fellst dómurinn á, með vísan til þess, sem að framan greinir, að fjárhæð sektarinnar, eins og hún var ákveðin í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála, hafi verið nauðsynleg til að ná því markmiði, sem að var stefnt.

Því er það niðurstaða dómsins, að sýkna beri stefnda, Samkeppniseftirlitið, af þeim kröfum stefnanda í málinu, sem ekki verður vísað frá.

Eftir atvikum þykir rétt að málskostnaður falli niður.

Af hálfu stefnanda flutti málið Hákon Árnason, hrl., en af hálfu stefnda flutti málið Brynjar Níelsson, hrl.

Dóm þennan kveða upp Hrannar Már S. Hafberg, settur héraðsdómari sem dómformaður, dr. Katrín Ólafsdóttir, hagfræðingur og lektor við viðskiptadeild Háskólans í Reykjavík, og dr. Eiríkur Jónsson, dósent við lagadeild Háskóla Íslands.

D Ó M S O R Ð :

Stefnda, Samkeppniseftirlitið, er sýknað af kröfum stefnanda, Lyfja og heilsu hf., í máli þessu.

Vísað er frá dómi kröfum stefnanda um að felld verði úr gildi ákvörðun stefnda, Samkeppniseftirlitsins, nr. 4/2010 frá 26. febrúar 2010 og ákvæði ákvörðunarinnar um sektir eða að sektarfjárhæðin verði lækkuð.

Málkostnaður fellur niður.

Hrannar Már S. Hafberg

Katrín Ólafsdóttir

Eiríkur Jónsson