

D Ó M U R

Héraðsdóms Reykjavíkur 18. nóvember 2013 í máli nr. E-1410/2012:

Vífilfell hf.

(Viðir Smári Petersen hdl.)

gegn

Samkeppniseftirlitinu og

íslenska ríkinu

(Gizur Bergsteinsson hrl.)

og

Samkeppniseftirlitið

gegn

Vífilfelli hf.

(Viðir Smári Petersen hdl.)

I.

Mál þetta, sem var dómtekið 24. september sl., er höfðað 29. mars 2012 annars vegar af Vífilfelli hf., Stuðlahálsi 1 í Reykjavík, gegn Samkeppniseftirlitinu, Borgartúni 26, og íslenska ríkinu, Vegmúla 3 í Reykjavík, og hins vegar af Samkeppniseftirlitinu gegn Vífilfelli hf. Mál ofangreindra aðila voru sameinuð í þinghaldi 31. október 2012 með vísan til b-liðar 1. mgr. 130. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála þannig að í aðalsök er leyst úr kröfum aðalstefnanda, Vífilfells hf., en í gagnsök er leyst úr kröfum gagnstefnanda, Samkeppniseftirlitsins.

Í aðalsök gerir aðalstefnandi aðallega þá dómkröfu á hendur gagnstefnanda, Samkeppniseftirlitinu, að ógiltur verði með dómi úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála frá 4. október 2011 í máli nr. 3/2011, sbr. bókun sem lögð var fram í þinghaldi 10. desember 2012. Aðalstefnandi gerir enn fremur þá kröfu á hendur stefnda, íslenska ríkinu, að því verði gert að endurgreiða stefnanda 80.000.000 króna með vöxtum samkvæmt 1. mgr. 8. gr. laga nr. 38/2001 um vexti og verðtryggingu frá 2. maí 2011 til 30. mars 2012, en með dráttarvöxtum samkvæmt 1. mgr. 6. gr. laga nr. 38/2001 frá þeim degi til greiðsludags. Til vara gerir aðalstefnandi þá kröfu á hendur gagnstefnanda að stjórnvaldssekt að fjárhæð

80.000.000 króna sem stefnanda var gert að greiða samkvæmt fyrrgreindum úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála verði felld niður eða stórlega lækkuð. Þá krefst aðalstefnandi þess að stefndi, íslenska ríkið, endurgreiði aðalstefnanda mismun á 80.000.000 króna og þeirri sekt sem ákvörðuð verður með dómi með sömu vöxtum og greinir í aðalkröfu. Í öllum tilvikum krefst aðalstefnandi málskostnaðar úr hendi gagnstefnanda og stefnda, íslenska ríkinu.

Gagnstefnandi og stefndi, íslenska ríkið, krefjast báðir sýknu í aðalsök auk málskostnaðar.

Í gagnsök gerir gagnstefnandi þá kröfu að aðalstefnanda verði gert að greiða 260.000.000 króna eða aðra lægri fjárhæð að mati dómsins í sekt í ríkissjóð og að fellt verði úr gildi ákvæði í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála 30. september 2011 í máli nr. 3/2011 um að stefndi skuli greiða stjórnvaldssekt að fjárhæð 80.000.000 króna. Þá krefst gagnstefnandi málskostnaðar úr hendi aðalstefnanda.

Aðalstefnandi krefst aðallega sýknu af öllum kröfum gagnstefnanda í gagnsök auk málskostnaðar. Til vara krefst aðalstefnandi þess að dómkröfur gagnstefnanda verði lækkaðar verulega og að málskostnaður verði felldur niður.

Í öndverðu krafðist aðalstefnandi þess aðallega að kröfum gagnstefnanda í gagnsök yrði vísað frá dómi. Með úrskurði 4. október 2012 var þeirri kröfu hafnað.

II.

Aðalstefnandi er fyrirtæki sem leggur stund á framleiðslu, pökkun, markaðssetningu og dreifingu á ýmsum drykkjarvörum. Fyrirtækið er meðal annars átöppunaraðili á Íslandi fyrir drykkjarvörur The Coca Cola Company (TCCC). Gagnstefnandi er stjórnvald sem fer með eftirlit samkvæmt samkeppnislögum nr. 44/2005.

Með bréfi, dags. 29. janúar 2007, tilkynnti gagnstefnandi aðalstefnanda að ákveðið hefði verið að taka til almennrar athugunar viðskiptasamninga birgja og matvöruverslana o.fl. með tilliti til þess hvort þeir samrýmdust ákvæðum samkeppnislaga. Af þeim sökum og með stoð í 19. gr. samkeppnislaga var óskað eftir því að aðalstefnandi léti gagnstefnanda í té skriflega samninga og lýsingu á munnlegum samningum aðalstefnanda við 20 stærstu endursöluaðila sína og afrit af þeim verðlistum sem í gildi væru. Umbeðin gögn voru afhent með bréfi, dags. 8. mars 2007.

Gagnstefnandi tilkynnti aðalstefnanda með bréfi, dags. 27. júní 2007, að til skoðunar væri hvort ákvæði í umræddum samningum fælu í sér brot á samkeppnislögum og var þar einkum vísað til 11. gr. laganna. Fram kom að aðallega væri til skoðunar ákvæði þar sem endursöluaðilar skuldbinda sig til að bjóða eingöngu upp á vörur frá aðalstefnanda auk ákvæða sem virtust miða að því að viðhalda tryggð endursöluaðila við vörur fyrirtækisins. Þá var upplýst að athugunin myndi í upphafi beinast að skilgreiningu á þeim markaði/mörkuðum sem aðalstefnandi starfaði á, hlutdeild aðila á þeim markaði og mat á stöðu

aðalstefnanda á honum og hvort fyrirtækið hefði mögulega misnotað markaðsráðandi stöðu sína á þeim markaði/mörkuðum. Í því skyni að upplýsa þessi atriði óskaði gagnstefnandi eftir afstöðu og gögnum frá aðalstefnanda, meðal annars um það hver væri markaðurinn eða markaðirnir sem fyrirtækið starfaði á.

Aðalstefnandi svaraði erindinu með bréfi, dags. 9. ágúst 2007. Þar var gerð ítarleg grein fyrir afstöðu aðalstefnanda til afmörkunar viðkomandi markaðar, sem hann taldi að væri markaður fyrir óáfenga drykki. Hvað sem skilgreiningu markaðarins liði þá hélt aðalstefnandi því jafnframt fram í bréfinu að hann væri ekki í markaðsráðandi stöðu í ljósi markaðsaðstæðna og þeirri samkeppni sem væri til staðar á markaðnum, enda væri hann ekki í aðstöðu til að starfa óháð keppinautum, viðskiptavinum og neytendum. Þar var því einnig haldið fram að útilokað væri að líta á þá samninga sem til skoðunar væru sem misnotkun á markaðsráðandi stöðu aðalstefnanda.

Í kjölfar framangreindra samskipta viðaði gagnstefnandi að sér upplýsingum um sundurliðaðar tekjur fjölmargra aðila á drykkjarvörumarkaði á árunum 2005 og 2006 og á fyrstu sex mánuðum ársins 2007. Upplýsingar frá þessum aðilum bárust gagnstefnanda haustið 2007.

Með bréfi 26. júní 2008 óskaði gagnstefnandi eftir því að aðalstefnandi léti stofnuninni í té nýjar upplýsingar um tekjur sínar af viðskiptum með drykki í tilgreindum vörflokkum árið 2007 og fyrstu sex mánuði ársins 2008, auk afrita af öllum viðskiptasamningum aðalstefnanda við matvöruverslanir og aðra söluaðila sem ekki hefðu þegar borist gagnstefnanda. Umbeðin gögn og upplýsingar voru send gagnstefnanda með bréfi 24. júlí 2008.

Gagnstefnandi ritaði helsta keppinaut aðalstefnanda, Ölgerðinni Agli Skallagrímssyni ehf. (Ölgerðin), einnig bréf 26. júní 2008 þar sem tilkynnt var að til athugunar væri hvort samningar fyrirtækisins fælu í sér brot á samkeppnislögum. Farið var fram á að Ölgerðin lýsti afstöðu sinni til skilgreiningar markaðarins auk þess sem óskað var eftir upplýsingum um sundurliðaðar tekjur fyrirtækisins árið 2007 og fyrstu sex mánuði ársins 2008 og afritum af öllum viðskiptasamningum þess við matvöruverslanir og aðra seljendur auk afrita af ársreikningum félagsins. Umbeðnar upplýsingar og gögn bárust gagnstefnanda með bréfi 11. ágúst 2008.

Í febrúar 2009 óskaði gagnstefnandi eftir upplýsingum um sundurliðaðar tekjur frá bæði aðalstefnanda og Ölgerðinni af sölu drykkjarvara fyrir allt árið 2008. Þessar upplýsingar bárust frá Ölgerðinni 13. mars 2009 og frá aðalstefnanda 30. mars sama ár.

Aðalstefnandi ritaði gagnstefnanda bréf 18. ágúst 2009 þar sem röksemdir aðalstefnanda voru áréttaðar um að hann væri ekki í markaðsráðandi stöðu á viðkomandi markaði og að hegðun hans fæli ekki í sér misnotkun á þeirri stöðu. Með bréfi 18. maí 2010 óskaði gagnstefnandi eftir frekari upplýsingum um viðskiptasamninga aðalstefnanda við Haga hf. Því erindi var svarað með bréfi 1. júní 2010 ásamt tilteknum samningum aðalstefnanda við verslanir Haga hf.

Með svonefndu andmælaskjali, dags. 5. júní 2010, var aðalstefnanda gefið færi á að tjá sig um frumniðurstöðu gagnstefnanda um ætlaða misnotkun aðalstefnanda á markaðsráðandi stöðu sinni á árunum 2005 til 2008. Þar kemur fram það álit

gagnstefnanda að gosdrykkir tilheyri sérstökum markaði og að efni væri til að gera ákveðinn greinarmun í þessu tilliti á veitingamarkaði og dagvörumarkaði með gosdrykki. Þá bæri að skilgreina Ísland sem sérstakan, landfræðilegan markað. Í andmælaskjalinu kom fram það frummat gagnstefnanda að aðalstefnandi væri í markaðsráðandi stöðu í ljósi umfangsmikillar markaðshlutdeildar hans á markaðnum, stöðugleika hlutdeildarinnar á tímabilinu og mikils mismunar á markaðshlutdeild aðaláfrýjanda og helsta keppinautar hans. Þá var talið að aðalstefnandi byggi yfir meiri fjárhagslegum styrk en helsti keppinautur fyrirtækisins og að einstakur vörumerkjastyrkur vægi upp á móti kaupendastyrk matvörumarkaðskeðjanna. Að lokum var komist að þeirri niðurstöðu að gögn málsins gæfu til kynna að aðalstefnandi hefði brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með einkakaupaákvæðum og tryggðarhvetjandi ákvæðum í viðskiptasamningum sínum. Því til stuðnings var fjallað sérstaklega um viðskiptasamninga aðalstefnanda við sex aðila á dagvörumarkaði og jafnmarga aðila á veitingamarkaði og lýst með hvaða hætti þessir samningar teldust fela í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu fyrirtækisins. Var þess getið að fjölda sambærilegra samninga hefði verið aflað og voru 892 af þeim samningum tilgreindir í viðauka með andmælaskjalinu.

Með andmælaskjalinu fylgdi listi yfir gögn málsins. Aðalstefnandi fór fram á það með bréfi 7. júlí 2010 að fá afrit allra þessara gagna að undanskildum þeim sem hann hefði þegar undri höndum. Hinn 12. sama mánaðar afhenti gagnáfrýjandi aðalstefnanda afrit af öllum gögnum að undanskildum þeim sem sættu trúnaði að mati gagnstefnanda. Með bréfi 16. júlí 2010 mun aðalstefnandi hafa farið fram á að fá í hendur umrædd trúnaðargögn, en því var hafnað af hálfu gagnstefnanda með ákvörðun, dags. 27. sama mánaðar.

Aðalstefnandi kærði þessa ákvörðun til áfrýjunarnefndar samkeppnismála 10. ágúst 2010. Úrskurður var kveðinn upp um þennan ágreining 1. nóvember 2010. Þar eru umrædd trúnaðarskjöl flokkuð í þrjá flokka. Í fyrsta flokknum voru skjöl með upplýsingum frá ýmsum birgjum og smásölum um veltutölur í einstökum söluflokkum. Taldi áfrýjunarnefndin að hér væri augljóslega um að ræða upplýsingar sem teldust viðskiptaleyndarmál og staðfesti niðurstöðu gagnstefnanda um að rétt væri að synja aðalstefnanda um aðgang að þeim með vísan til 17. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993. Í öðrum flokki voru greinargerðir frá Ölgerðinni þar sem veitt voru svör við tilteknum spurningum sem gagnstefnandi taldi sig þurfa að fá svör við í tilefni af rannsókn á markaðnum. Munu greinargerðirnar hafa verið afhentar með þeim takmörkunum að ekki voru veittar upplýsingar um markaðshlutdeild Ölgerðarinnar á ýmsum mörkuðum, upplýsingar um sundurliðun tekna og frekari skýringar. Áfrýjunarnefndin staðfesti niðurstöðu gagnstefnanda um að þessar upplýsingar vörðuðu mikilvæga viðskiptahagsmuni Ölgerðarinnar og teldust gögnin því vera viðskiptaleyndarmál sem rétt væri að hafna aðgangi að með vísan til 17. gr. stjórnsýslulaga. Í þriðja flokknum voru tölvusamskipti gagnstefnanda við tiltekna aðila sem að mati áfrýjunarnefndarinnar höfðu ekki að geyma neinar upplýsingar um viðskiptamálefni eða annað sem leynt ætti að fara. Því bæri gagnstefnanda að afhenda aðalstefnanda þessi gögn. Áfrýjunarnefndin tók enn fremur afstöðu til þess hvort gagnstefnanda hafi verið heimilt að gera grein fyrir markaðshlutdeild aðalstefnanda og helsta keppinautar hans á gosdrykkjemarkaðnum með 5% bili. Varð það niðurstaða áfrýjunarnefndar að það gæti ekki skipt afgerandi máli hvar innan hins gefna 5% bils nákvæm hlutdeild lægi. Ætti aðaláfrýjandi eftir sem áður að geta teflt fram vörnum sem miðuðu við umrætt bil. Þá taldi nefndin að ekki væri lagaheimild fyrir því að veita lögmönnum

aðaláfrýjanda aðgang að hinum umdeildu gögnum eða að fá óháðan þriðja aðila til að skoða þau.

Í ítarlegu bréfi aðalstefnanda 19. nóvember 2010 var frumniðurstöðu gagnstefnanda andmælt. Þar er því haldið fram að beitt hafi verið ófullnægjandi aðferðum við skilgreiningu markaðarins af hálfu gagnstefnanda og að staða aðalstefnanda á markaðnum sé þar ranglega metin markaðsráðandi. Um síðargreinda atriðið var meðal annars vísað til ákvörðunar framkvæmdastjórnar Evrópusambandsins frá 2005 í málinu COMP/A.39116/B2 – Coca Cola og samkomulags sem gert hafði verið í kjölfarið, en þar kvað aðalstefnandi að sett hefðu verið tiltekin, skýr viðmið sem skyldi nota þegar metið væri hvort átöppunaraðili fyrir TCCC væri í markaðsráðandi stöðu. Hefði fyrirtækið metið stöðu sína á umræddum markaði á tímabilinu 2005 til 2008 á grundvelli þessara viðmiða og þá byggt á bestu upplýsingum sem unnt hefði verið að nálgast um magn seldra gosdrykkja hér á landi. Samkvæmt því hefði aðalstefnandi ekki talið sig vera í markaðsráðandi stöðu á gosdrykkjamarkaði og því verið í góðri trú um stöðu sína. Þá var í bréfinu áréttuð sú afstaða aðalstefnanda að tilgreind ákvæði viðskiptasamninga fyrirtækisins hefðu ekki skaðleg áhrif á samkeppni og fælu því ekki í sér brot á 11. gr. samkeppnislaga. Gagnstefnandi óskaði frekari skýringa á tilteknum atriðum í athugasemdum aðalstefnanda er lutu að ársreikningum aðalstefnanda. Með bréfi 15. desember 2010 var þessari beiðni svarað.

Með bréfi 30. mars 2011 var ákvörðun gagnstefnanda í málinu tilkynnt aðalstefnanda. Í ákvörðuninni var komist að þeirri niðurstöðu að aðalstefnandi hefði brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga og 54. gr. EES-samningsins með gerð fjölmargra viðskiptasamninga við endurseljendur á gosdrykkjum og var lögð á fyrirtækið stjórnvaldssekt að fjárhæð 260 milljónir króna. Framangreind niðurstaða var rökstudd með ítarlegum hætti í ákvörðuninni. Þar voru meðal annars færð rök fyrir því að fyrrgreind ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB í máli TCCC kæmi ekki í veg fyrir að gagnstefnandi tæki íþyngjandi ákvörðun í tilefni af þeirri háttsemi aðalstefnanda sem væri til umfjöllunar. Þar hafnaði gagnstefnandi enn fremur röksemdum aðalstefnanda um að gosdrykkir tilheyrðu sama markaði og aðrir óáfengir drykkir, svo sem mjólkurdrykkir, safar, íþróttadrykkir og orkudrykkir. Sérstaklega var vikið að kolsýrðum vatnsdrykkjum í þessu sambandi og færð voru rök fyrir því að þeir tilheyrðu ekki sama markaði og gosdrykkir vegna gjörólíkrar ímyndar. Því var komist að þeirri niðurstöðu að gosdrykkir mynduðu aðgreindan markað frá öðrum drykkjarvörum og jafnframt gerður greinarmunur á þeim markaði eftir því hvort drykkirnir væru seldir til neyslu síðar (dagvörumarkaður) eða til neyslu á staðnum (veitingamarkaður). Ísland var sem fyrr talið afmarka hinn landfræðilega markað.

Það varð niðurstaða athugunar gagnstefnanda á markaðshlutdeild aðalstefnanda á gosdrykkjamarkaðnum að hún hefði verið rúmlega 70% árin 2005 og 2006 og tæplega 70% árin 2007 og 2008. Fram kom að helsti samkeppnisaðili aðalstefnanda, Ölgerðin, hefði hins vegar haft tæplega 30% markaðshlutdeild árin 2005 og 2006 og rúmlega 30% árin 2007 og 2008. Jafnframt var sú ályktun dregin af ársreikningum fyrirtækjanna að fjárhagslegur styrkur aðalstefnanda á þessu tímabili hefði verið heldur meiri en Ölgerðarinnar. Þar skipti mestu að eiginfjárstaða aðalstefnanda hefði verið mun sterkari síðari tvö viðmiðunarárin. Sérstaklega var í ákvörðuninni vikið að áhrifum kaupendastyrks matvörukeðjanna á markaðsstöðu aðalstefnanda og þess getið að tekið væri tillit til þessa atriðis í mati

gagnstefnanda. Þó var talið að einstakur vörumerkjastyrkur aðalstefnanda vægi á móti þessum kaupendastyrk á dagvörumarkaði. Ekki lögju hins vegar vísbendingar fyrir um að kaupendastyrks gætti á veitingamarkaði. Jafnframt var vikið að aðgangi nýrra aðila að markaðnum og talið að miklar hagrænar aðgangshindranir væru til staðar sem byggðust á öflugri stöðu aðalstefnanda á markaðnum á grundvelli vörumerkjastyrks og stærðarhagkvæmni í framleiðslu, dreifingu og sölu. Að lokum var komist að þeirri niðurstöðu að aðalstefnandi væri í markaðsráðandi stöðu í ljósi hinnar umfangsmiklu markaðshlutdeildar, stöðugleika hennar á tímabilinu og þess mikla munar sem væri á hlutdeild aðalstefnanda og helsta keppinautar fyrirtækisins.

Því næst gerði gagnstefnandi grein fyrir niðurstöðu athugunar sinnar á u.þ.b. 1.200 viðskiptasamningum aðalstefnanda við viðskiptavini sína. Í ákvörðuninni kom fram að það væri mat gagnstefnanda að nær allir, eða langflestir þessara samninga, hefðu innihaldið ákvæði sem voru til þess fallin að útiloka keppinauta aðalstefnanda á markaðnum frá því að eiga viðskipti við viðskiptavini aðalstefnanda auk þess að hindra aðkomu nýrra keppinauta inn á markaðinn. Í fyrsta lagi vísaði gagnstefnandi hér til ákvæða sem talið var að fælu í sér að útilokað væri fyrir viðskiptavini að kaupa vörur keppinautanna, svonefnd einkakaupaákvæði. Þar undir féllu ákvæði í viðskiptasamningum aðalstefnanda við veitingastaði þar sem kveðið væri á um að kaupandinn mætti einungis selja gosdrykki frá aðalstefnanda. Einnig var talið að ákvæði þess efnis að kaupandinn skyldi haga framstillingu á gosdrykkjum þannig að 65% til 70% af því rými, sem ætlað væri fyrir slíkar vörur, skyldu notuð undir vörur frá aðalstefnanda, fælu í sér einkakaup eða ígildi einkakaupa. Sama ætti við ef í samningunum væri vísað til framstillingar samkvæmt svonefndum AC-Nielsen tölum. Í öðru lagi vísaði gagnstefnandi hér til ýmissa ákvæða í samningum aðalstefnanda um afslátt. Þar undir féllu ákvæði um fyrirframgreiddan, skilyrtan afslátt, sem oft væri í formi lánveitinga aðalstefnanda til kaupenda. Skyldu lánin greidd til baka í samræmi við keypt magn af vörum aðalstefnanda. Var þá talið að fyrirframgreiddi afslátturinn væri í raun skuld kaupanda þar til umsamið magn hefði verið keypt. Komst gagnstefnandi að þeirri niðurstöðu að þess konar afsláttur væri í raun tryggðarafsláttur eða skilyrtur afsláttur sem hefði þær afleiðingar að kaupandinn legði höfuðáherslu á að selja vörur aðalstefnanda. Gagnstefnandi fann enn fremur að ákvæðum í samningum aðalstefnanda um eftir á greiddan afslátt. Í ákvörðuninni kom fram að þessir samningar fælu yfirleitt í sér að aðalstefnandi endurgreiddi kaupandanum ákveðna krónutölu á grundvelli lítratals eða miðað við ákveðna kaupfjárhæð. Var talið að með ákvæðum af þessu tagi væri í raun verið að tryggja að viðskiptavinir aðalstefnanda færðu ekki viðskipti sín yfir til keppinauta fyrirtækisins. Taldi gagnstefnandi að hér væri um tryggðarafslátt að ræða sem miðaði að því að útiloka vörur keppinauta og komst að þeirri niðurstöðu að umrædd afsláttarkjör færu gegn 11. gr. samkeppnislaga, ýmist ein sér eða með þeim hætti að þau ykju skaðleg áhrif einkakaupaákvæða. Í þriðja lagi vék gagnstefnandi að ýmsum ákvæðum í samningum aðalstefnanda um markaðsframlög. Þar var meðal annars vísað til fjárframlaga aðalstefnanda til kaupna á fatnaði fyrir starfsfólk, sem þá væri bæði merkt aðalstefnanda og viðsemjanda, sem og til merkinga á staðnum. Jafnframt féllu hér undir ákvæði um fjárframlög aðalstefnanda í sérstakan sjóð sem skyldi nota til sameiginlegra markaðsaðgerða og söluaukningar á vörum beggja samningsaðila. Komst aðalstefnandi að þeirri niðurstöðu að þegar þessi framlög væru metin sem hluti af heildarkjörum í viðskiptasamningum aðalstefnanda, sem innihéldu önnur ólögsmæt ákvæði, teldust þau fela í sér brot gegn 11. gr. samkeppnislaga. Í fjórða lagi vísaði gagnstefnandi til ákvæða í samningum

aðalstefnanda um ýmsar þjónustuvörur sem aðalstefnandi legði viðskiptavinum sínum til endurgjaldslaust gegn því að þær væru aðeins notaðar fyrir vörur aðalstefnanda. Þetta ætti t.d. við um gosdrykkjadætur, kæla og klakavélar. Var það mat gagnstefnanda að þessi ákvæði, virt í samhengi við önnur ákvæði í viðskiptasamningum aðalstefnanda sem fælu í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu, fælu einnig í sér slíka misnotkun og færu því gegn 11. gr. samkeppnislaga.

Það varð niðurstaða gagnstefnanda að aðalstefnandi hefði gert 713 einkakaupasamninga við viðskiptavini sína sem í gildi hefðu verið á árunum 2005 til 2008. Flestir þessara samninga hefðu einnig falið í sér önnur tryggðarákvæði. Um 454 samningar hefðu jafnframt falið í sér að viðskiptavinirnir notuðu eingöngu þjónustuvörur aðalstefnanda. Þá hefðu 598 samningar innihaldið skilyrtan afslátt, sem í flestum tilvikum hefði verið greiddur eftir á í vörum eða peningum. Í 82 tilvikum hefðu viðsemjendur aðalstefnanda gefið út tryggingarvixil eða skuldabréf til tryggingar á fyrirframgreiddum afslætti eða öðrum framlögum aðalstefnanda. Þá hefðu 572 samningar innihaldið tryggðarákvæði sem tengdust markaðsaðgerðum. Að mati gagnstefnanda hefðu þessir samningar falið í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu aðalstefnanda og því farið í bága við 11. gr. samkeppnislaga og 54. gr. EES-samningsins.

Í rökstuðningi fyrir viðurlögum var vísað til þess að brot aðalstefnanda væru alvarleg og að nauðsynlegt væri að sekta fyrirtækið í samræmi við 37. gr. samkeppnislaga. Hafnaði gagnstefnandi því að ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB í máli TCCC hafi gefið aðalstefnanda réttmætar væntingar til þess að ekki yrði gripið til aðgerða gagnvart háttsemi aðalstefnanda eða að fyrirtækið hafi með réttu getað dregið þá ályktun að það væri ekki markaðsráðandi þó að það teldi sig ekki falla undir gildissvið ákvörðunar framkvæmdastjórnarinnar. Þá vísaði gagnstefnandi til þess að líta þyrfti til efnahagslegs styrkleika aðalstefnanda til að tryggja nægjanleg varnaðaráhrif. Jafnframt tók gagnáfrýjandi fram að aðalstefnanda hafi ekki getað dulist að brot fyrirtækisins væru til þess fallin að raska samkeppni með alvarlegum hætti. Með hliðsjón af framangreindu þótti hæfilegt að leggja á aðalstefnanda 260 milljóna króna sekt.

Aðalstefnandi kærði framangreinda ákvörðun gagnstefnanda til áfrýjunarnefndar samkeppnismála 27. apríl 2011. Gagnstefnandi skilaði greinargerð í tilefni af kærinni 17. maí sama ár. Aðalstefnandi gerði athugasemdir við greinargerð gagnstefnanda með bréfi 27. maí 2011 og lagði fram frekari gögn. Með bréfi 3. júní 2011 svaraði gagnstefnandi athugasemdum aðaláfrýjanda. Málið var munnlega flutt fyrir áfrýjunarnefndinni 24. ágúst 2011 og úrskurður kveðinn upp á fundi hennar 30. september 2011. Þar var því hafnað að málsmeðferð gagnstefnanda hefði farið í bága við andmæla-reglu eða rannsóknarreglu. Þá var ekki fallist á með aðalstefnanda að gosdrykkir og kolsýrðir vatnsdrykkir teldust staðgönguvörur í skilningi samkeppnisréttar og staðfest sú niðurstaða gagnstefnanda að vörumarkaður málsins væri sala á gosdrykkjum annars vegar til aðila á veitingamarkaði og hins vegar til aðila á dagvörumarkaði. Jafnframt var í úrskurðinum staðfest niðurstaða gagnstefnanda um að aðalstefnandi hefði verið í markaðsráðandi stöðu á því tímabili sem til athugunar var og að fyrirtækið hefði misnotað sér þá stöðu með gerð viðskiptasamninga með ákvæðum um einkakaup og öðrum tryggðarákvæðum er færi í bága við 11. gr. samkeppnislaga og 54. gr. EES-samningsins.

Í umfjöllun áfrýjunarnefndarinnar um viðurlög var vísað til þess að brot aðaláfrýjanda væru alvarleg. Þá væri stjórnvaldssektum samkvæmt samkeppnislögum ætlað að hafa varnaðaráhrif og því nauðsynlegt að taka mið af stærð og styrkleika viðkomandi fyrirtækis við sektarákvörðun. Síðan segir orðrétt í úrskurðinum: „Þá telur áfrýjunarnefnd mikilvægt að samhengi og samræmi, eins og við geti átt, sé á milli ákvarðana sekta í samkeppnismálum. Er því sérstaklega horft til úrlausna áfrýjunarnefndar í málum sem varða misnotkun á markaðsráðandi stöðu undanfarin misseri. Með vísan til þeirra sjónarmiða og raka sem fram koma í hinni kærðu ákvörðun ákveðst stjórnvaldssekt á hendur áfrýjanda kr. 80.000.000,-.“

III.

1. Málsástæður og lagarök aðalstefnanda í aðalsök

Aðalstefnandi byggir kröfur sínar í aðalsök meðal annars á eftirfarandi þremur málsástæðum er lúta að málsmeðferð samkeppnisyfirvalda:

Í fyrsta lagi telur aðalstefnandi að samkeppnisyfirvöld hafi brotið gegn rannsóknarreglu 10. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993 við meðferð málsins. Aðalstefnandi rökstyður þessa málsástæðu með því að vísa til þess að í málinu hafi þurft að slá því föstu hver hinn skilgreindi markaður málsins væri, hvernig bæri að meta stöðu aðalstefnanda á þeim markaði og hvort samningar hans hefðu haft skaðleg áhrif á samkeppni á honum. Kveðst aðalstefnandi hafa lagt fram ítarleg gögn og upplýsingar um þessi atriði, m.a. neytendakönnun um staðgöngu milli einstakra drykkjarvara auk vandaðrar úttektar samkeppnishagfræðingsins Derek Ridyard um stöðu aðalstefnanda á markaðnum, auk annarra atriða sem þýðingu gátu haft. Aðalstefnandi heldur því fram að í úrlausnum samkeppnisyfirvalda hafi verið ýmist algerlega litið fram hjá þessum upplýsingum, lítið með þær gert eða þeim hafnað án viðhlítandi rökstuðnings. Telur aðalstefnandi mikið skorta á að samkeppnisyfirvöld hafi rannsakað með fullnægjandi hætti þau atriði sem hér um ræði. Hafi niðurstöður þeirra greininga sem aðalstefnandi hafi lagt fram gefið ríkt tilefni til nánari skoðunar, annaðhvort með því að samkeppnisyfirvöld öfluðu frekari gagna um þessi atriði eða óskuðu úrbóta á rannsóknum aðalstefnanda. Þá vísar hann til þess að engin rannsókn hafi farið fram á lykilkeppinaut sínum. Telur aðalstefnandi að útilokað sé að gera sér rétta grein fyrir stöðu sinni á viðkomandi markaði og ætluðum skaðlegum áhrifum af samningum hans nema að meta það í samhengi við þá markaðsfærslu sem þessi öflugi lykilkeppinautur aðalstefnanda ástundi. Með vísan til framangreindra atriða telur aðalstefnandi að rannsókn málsins hafi verið ófullnægjandi og að það leiði til þess að fallast beri á ógildingarkröfuna.

Í öðru lagi telur aðalstefnandi að með ákvörðun samkeppnisyfirvalda um að synja um aðgang að gögnum málsins, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála 1. nóvember 2010, hafi verið brotið gegn rétti aðalstefnanda til réttlátrar málsmeðferðar og andmælarétti samkvæmt 13. gr. stjórnsýslulaga. Þessir annmarkar eigi að leiða til ógildingar á úrlausnum samkeppnisyfirvalda. Í tengslum við þessa málsástæðu vísar aðalstefnandi til þess að hann hafi sjálfur lagt vandað mat á stöðu sína á markaðnum á tímabilinu í samræmi við kröfur í ákvörðun

framkvæmdastjórnar ESB 22. júní 2005. Það hafi gefið til kynna að hann hafi ekki verið í markaðsráðandi stöðu og því hafi hann verið í góðri trú um að svo væri ekki. Mat samkeppnisyfirvalda hafi verið verulega frábrugðið þessu mati aðalstefnanda á markaðshlutdeild sinni. Því hafi það verið grundvallaratriði í málinu að aðalstefnandi fengi að kynna sér þau gögn og þær forsendur sem hafi legið til grundvallar mati samkeppnisyfirvalda og bera þau saman við eigin aðferðir og niðurstöður.

Aðalstefnandi tekur fram að gagnstefnandi hafi aflað umfangsmikilla gagna og upplýsinga um tekjur ýmissa aðila á þessum markaði af sölu til matvöruverslana annars vegar og hins vegar til annarra söluaðila fjölmargra drykkjarvara. Ekki sé unnt að ráða af úrlausnum samkeppnisyfirvalda hvernig svör hafi verið við óskum gagnstefnanda um þessar upplýsingar, t.d. hvort umbeðnar upplýsingar hafi verið sambærilegar og gefið rétta niðurstöðu um markaðshlutdeild aðila. Í því sambandi bendir aðalstefnandi á að aðilar kunni að skilgreina bæði vöruflokka og viðskiptavinum með ólíkum hætti, en ekki hafi verið að finna skilgreiningar á ýmsum hugtökum í gagnabeiðnum gagnstefnanda. Þá sé óljóst hvort afsláttur og/eða markaðsframlög hafi verið dregin frá tekjum, eða með hvaða hætti það hafi verið gert, auk þess sem ekki hafi verið gefnar neinar leiðbeiningar um frádrátt skatta og gjalda.

Aðalstefnandi vísar til þess að hann hafi bent á ýmsar leiðir til að veita umbeðinn aðgang að umræddum gögnum án þess að félagið kæmist yfir upplýsingar um rekstur annarra fyrirtækja. Því hafi verið hafnað án þess að sérstök rök hafi verið færð fyrir því. Í þessu sambandi tekur aðalstefnandi fram að meginreglan sé sú að málsaðili eigi að hafa aðgang að öllum gögnum máls áður en ákvörðun er tekin og undantekningar frá því verði að skýra þröngt. Sé unnt að koma upplýsingagjöf við án þess að hagga við þeim hagsmunum sem undantekningunum sé ætlað að vernda geti þær ekki takmarkað rétt málsaðila að þessu leyti. Heldur aðalstefnandi því fram að það hefði verið hægt í þessu máli, t.d. með því að afhenda lögmanni hans eða óháðum endurskoðanda gögnin gegn trúnaðaryfirlýsingum þeirra. Hefði það verið í anda meðalhófsreglu stjórnisýsluréttar að mati aðalstefnanda og honum þá gefist tækifæri til að gera samanburð og greiningu á gögnum og forsendum þeirra.

Í þriðja lagi byggir aðalstefnandi á því að brotið hafi verið gegn málshraðareglu 9. gr. stjórnisýslulaga við meðferð málsins. Rannsókn gagnstefnanda hafi hafist með bréfi 27. júní 2007 en verið lokið með ákvörðun tæpum fjórum árum síðar. Bendir aðalstefnandi á að ekki verði séð að nein sjálfstæð rannsókn hafi farið fram hjá gagnstefnanda frá lokum október 2007, þegar svör bárust frá öllum endursölu- og samkeppnisaðilum aðalstefnanda, þar til honum hafi borist andmælaskjal gagnstefnanda 5. júlí 2010. Engar skýringar hafi fengist á þessari töf og aðalstefnandi hafi aldrei verið gerð grein fyrir því að fyrirsjáanlegt væri að málið tefðist, eins og krafist sé í 3. mgr. 9. gr. stjórnisýslulaga. Þá bendir aðalstefnandi á að málsmeðferð áfrýjunarnefndar hafi farið fram úr lögmeðtum sex vikna fresti samkvæmt 3. másl. 1. mgr. 9. gr. samkeppnislaga. Kæra aðalstefnanda hafi borist 27. apríl 2011 en úrskurður hafi verið kveðinn upp 30. september sama ár. Telur aðalstefnandi að þessar tafir einar og sér, eða með hliðsjón af öðrum ágöllum málsmeðferðarinnar, eigi að leiða til ógildingar á úrlausnum samkeppnisyfirvalda.

Þá er ógildingarkrafa á því reist að samkeppnisyfirvöld hér á landi hafi ekki verið bær til þess að beita aðalstefnanda stjórnvaldssektum á þeim grunni að fyrirtækið hefði misnotað sér markaðsráðandi stöðu sína. Um þetta atriði vísar aðalstefnandi til þess að á árunum 2005 til 2010 hafi ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB frá 22. júní 2005 í máli COMP/A.39116/B2 – Coca Cola, gilt um starfsemi aðalstefnanda. Hafi hún falið í sér endalok áralangrar rannsóknar framkvæmdastjórnarinnar á starfsemi TCCC og átöppunaraðila á vörumerkjum TCCC á EES-svæðinu, þ. á m. stefnanda í þessu máli.

Aðalstefnandi kveður tilgang þessarar ákvörðunar hafa verið að búa til skýrar reglur um starfsemi TCCC og átöppunaraðila þeirra. Til þess að átöppunaraðili félli undir ákvörðunina hafi þeir orðið að hafa meira en 40% markaðshlutdeild á viðkomandi markaði og meira en tvöfalt hærri hlutdeild en næsti keppinautur. Þeir sem féllu undir ákvörðunina hafi þurft að hlíta tilteknum skilyrðum við markaðsfærslu sína og gera viðeiganda breytingar á samningum sínum og háttsemi. Við útreikning á markaðshlutdeild sinni hafi átöppunaraðilar átt að styðjast við bestu tiltæku upplýsingarnar um sölutölur og hlutdeildartölur sem fáanlegar væru frá AC Nielsen og Canadean Limited.

Aðalstefnandi skýrir aðild sína að þessari ákvörðun á þá lund að TCCC hafi skuldbundið sig til þess að gera öllum átöppunaraðilum á evrópska efnahagssvæðinu ljóst að ef þeir undirrituðu samkomulag við TCCC um að hlíta henni myndi TCCC rifta átöppunarsamningi við viðkomandi. Hafi aðalstefnandi því þurft að gangast undir þessa skuldbindingu.

Á þessum grunni kveður aðalstefnandi að reglulegt og kerfisbundið mat hafi verið lagt á stöðu hans á markaði árlega í fimm ár. Ekki hafi þó verið hægt að styðjast við upplýsingar frá þeim aðilum sem fram komi í ákvörðuninni. Því hafi matið byggst á bestu fáanlegu heimildum um markaðshlutdeild fyrirtækisins, m.a. frá IMG Gallup og Hagstofunni. Hafi sú aðferð verið sérstaklega samþykkt af framkvæmdastjórn ESB. Niðurstöðurnar hafi orðið þær að markaðshlutdeild aðalstefnanda hafi aldrei orðið meiri en tvöfalt hærri en næsta keppinautur. Því hafi kvaðir samkvæmt ákvörðuninni ekki bundið aðalstefnanda. Hann kveðst hafa gert gagnstefnanda grein fyrir ofangreindu og lagt til að Samtök iðnaðarins söfnuðu sölu- og tekjuupplýsingum frá þeim fyrirtækjum sem seldu gosdrykki en gagnstefnandi hafi talið að það færi í bága við 10. gr. samkeppnislaga. Því hafi aðalstefnandi neyðst til að styðjast við aðrar gagnaheimildir.

Á það er bent af hálfu aðalstefnanda að gagnstefnandi hafi komist að annarri niðurstöðu um markaðshlutdeild fyrirtækisins með því að beita allt öðruvísi aðferðum. Telur aðalstefnandi að með því hafi verið brotið gróflega gegn réttmætum og lögmætum væntingum aðalstefnanda til réttaráhrifa ákvörðunar framkvæmdastjórnarinnar. Hafi aðalstefnandi mátt reikna með að færi fyrirtækið eftir tilmælum og viðurkenndum aðferðum ákvörðunarinnar yrði hann hvorki talinn brotlegur við bannákvæði samkeppnislaga um misnotkun á markaðsráðandi stöðu né yrði honum gert að sæta viðurlögum vegna þess. Hafi ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar tekið bæði til mögulegra brota á 82. gr. Rómarsáttmálans og 54. gr. EES-samningsins og því verið bindandi fyrir samkeppnisyfirvöld hér á landi, sbr. 2. mgr. 56. gr. EES-samningsins. Um þetta atriði vísar aðalstefnandi einnig til 2. mgr. 25. gr. samkeppnislaga, þar sem bann er lagt við því að

samkeppnisyfirvöld hér á landi taki íþyngjandi ákvörðun í málum sem Eftirlitsstofnun EFTA hefur þegar afgreitt. Telur aðalstefnandi að þetta eigi einnig við um ákvarðanir framkvæmdastjórnarinnar enda tilgangur reglunnar að tryggja að samkeppnisyfirvöld kveði ekki upp úrskurði sem tefli í hættu markmiðum um einsleitni á EES-svæðinu. Þá hafnar aðalstefnandi röksemdum gagnstefnanda um að 2. mgr. 16. gr. reglugerðar ráðsins (EB) nr. 1/2003 gildi ekki um úrskurð sem kveðinn sé upp á grundvelli 9. gr. reglugerðarinnar. Ekki stoði í því efni að vísa til aðfararorða reglugerðarinnar.

Aðalstefnandi byggir ógildingarkröfu sína einnig á því að samkeppnisyfirvöld hafi komist að efnislega rangri niðurstöðu. Byggir hann þá ályktun á eftirfarandi málsástæðum:

Í fyrsta lagi hafi samkeppnisyfirvöld reist niðurstöðu sína á því að vörumarkaðurinn sé sala á gosdrykkjum til aðila á veitingamarkaði annars vegar og á dagvörumarkaði hins vegar. Aðalstefnandi telur að þessi markaðsskilgreining sé röng og heldur því fram að vörumarkaður málsins markist af öllum óáfengum drykkjum.

Aðalstefnandi kveður gagnstefnanda hafa byggt niðurstöðu sína um vörumarkaðinn á álitum samkeppnisráðs frá 26. febrúar 1999 í máli nr. 3/1999. Fráleitt sé að samkeppnisyfirvöld byggi niðurstöðu sína á 13 ára gömlu álitum, þar sem vörumarkaðurinn er skilgreindur í einni línu og í máli sem varðaði samruna í skilningi samkeppnislaga. Bendir aðalstefnandi á að markaðsrannsóknir í samrunamálum séu enn takmarkaðri þegar ekki þykir tilefni til að aðhafast vegna samrunans, eins og í umræddu álitum samkeppnisráðs. Þá hafi markaðurinn tekið stökkbreytingu á þeim rúmu tólf árum sem hafi liðið frá álitinu og þar til úrskurður áfrýjunarnefndar hafi legið fyrir, eins og nánar er lýst í stefnu.

Af hálfu aðalstefnanda er því jafnframt haldið fram að markaðsskilgreining samkeppnisyfirvalda sé að öðru leyti verulega ábótavant. Þannig geri þau enga tilraun til þess, að eigin frumkvæði, að rannsaka þá markaði sem stefnandi starfi á, þrátt fyrir að á samkeppnisyfirvöldum hvíli rannsóknarskylda. Einnig vísi gagnstefnandi að verulegu leyti til úrlausna í evrópskum samkeppnisrétti án þess að leggja nokkurt sjálfstætt mat á þann raunveruleika sem sé til staðar á viðkomandi markaði hér á landi.

Eins og rakið hefur verið telur aðalstefnandi að staðganga sé á milli gosdrykkja og annarra óáfengra drykkja. Þennan markað telur hann einkennast af miklu vöruúrvali þar sem vörumerki séu að mörgu leyti ólík. Tilvist þessara drykkja setji mikinn þrýsting á stefnanda í samkeppnishegðun sinni, einkum þegar komi að verðlagningu. Reynslan sýni að neytendur hafi marga og fjölbreytta þætti í huga þegar valið standi á milli drykkja. Þá sé neyslumynstur og staðganga mismunandi frá einum einstaklingi til annars. Ógerlegt sé því að draga skýrar línur milli ákveðinna drykkja. Þá hafi eftirspurn neytenda tekið miklum breytingum á undanförunum árum. Margir nýir, óáfengir drykkir hafi rutt sér til rúms á markaðnum og sé eftirspurn neytenda síbreytileg. Þá komi nýir keppinautar inn á markaðinn einkum í söfum og bragðbættum jógúrt- og skyrdrykkjum. Því sé ljóst að seljendur allra óáfengra drykkja veiti stefnanda mikið markaðsaðhald.

Aðalstefnandi mótmælir niðurstöðu samkeppnisyfirvalda um að engin staðganga sé milli gosdrykkja og annarra óáfengra drykkja vegna ólíkrar ímyndar þeirra í augum neytenda, þeir uppfylli ólíkar þarfir og að þeirra sé neytt undir ólíkum kringumstæðum. Þá hafnar hann fullyrðingum áfrýjunarnefndar um að kolsýrðir vatnsdrykkir séu markaðssettir sem vatn og þannig að jafnaði tengdir heilsusamlegu líferni, sem ekki eigi við um gosdrykki. Staðhæfingar samkeppnisyfirvalda í þessa veru séu órökstuddar og engan veginn nógu sannfærandi til þess að hnekkja rökstuddu mati aðalstefnanda á hinum skilgreinda markaði. Þær séu ekki studdar neinum gögnum eða haldbærum upplýsingum að mati aðalstefnanda.

Aðalstefnandi bendir á að hann hafi beðið fyrirtækið MMR að framkvæma markaðsrannsókn fyrir sig í júlí 2010 til þess að kanna eftirspurnarstaðgöngu milli kolsýrðs vatns og gosdrykkja. Í rannsókninni hafi neytendur verið spurðir hvort þeir væru sammála eða ósammála nánar tilgreindum fullyrðingum. Í umræddri könnun hafi m.a. komið fram að 86,7% aðspurðra hafi talið kolsýrt vatn vera notað í sama tilgangi og hefðbundnir gosdrykkir. Þá hafi 66,3% aðspurðra þekkt fólk sem drykki kolsýrt vatn í stað hefðbundinna gosdrykkja og 49% aðspurðra hafi talið að kolsýrt vatn kæmi í stað hefðbundinna gosdrykkja. Aðalstefnandi álitur að niðurstöður rannsóknarinnar sýni að sterk eftirspurnarstaðganga sé til staðar milli kolsýrðs vatns og hefðbundinna gosdrykkja. Ástæðan sé væntanlega sú að kolsýrðir drykkir, hvort sem eru gosdrykkir eða vatnsdrykkir, hafi sömu eða svipaða merkingu í huga neytenda. Þannig séu kolsýrðir vatnsdrykkir í sömu hillum og gosdrykkir í dagvöruverslunum og neysla drykkjanna fari fram við sömu eða svipaðar aðstæður. Þá séu matseðlar á veitingastöðum yfirleitt þannig gerðir að úrval óáfengra drykkja sé listað upp á sama stað. Þá bendir stefnandi á að sterk fylgni sé á milli söluaukningar og samdráttar að því er varðar gosdrykki og kolsýrða vatnsdrykki. Í því sambandi bendir stefnandi á að á því árabili sem úrlausnir samkeppnisyfirvalda taki til, þ.e. frá árinu 2005-2008, hafi sala í matvöruverslunum á gosdrykkjum, að kolsýrðum vatnsdrykkjum meðtöldum, aukist um 10% að magni. Ef selt magn er skoðað eftir bragðtegundum megi sjá að sala kolsýrðra vatnsdrykkja hafi aukist langmest á þessu tímabili, eða um 114%. Sala sykraðra kóladykkja hafi hins vegar einungis aukist um 5%, sala sykurskertra kóladykkja dregist saman um 7%, sala sítrónu- og lime-drykkja dregist saman um 14%, sala appelsínudrykkja aukist um 14% og annarra bragðtegunda um 2%. Að mati aðalstefnanda sé því augljós fylgni milli aukinnar sölu á kolsýrðum vatnsdrykkjum og samdráttar í sölu ákveðinna gosdrykkja. Pláss í verslunum smásala taki einnig mið af hlutdeild í heildsölu kolsýrðra drykkja, þ.m.t. gosdrykkja og kolsýrðra vatnsdrykkja. Þessar drykkjartegundir séu ávallt í sömu kælum hjá smásala og því augljóslega í innbyrðis samkeppni um pláss og hylli neytenda.

Aðalstefnandi mótmælir því sérstaklega að ólík markaðssetning mismunandi gosdrykkja og kolsýrðs vatns gefi vísbendingar um að um sitt hvorn markaðinn sé að ræða. Þannig sé markaðssetning fyrir sykurlausa gosdrykki oft og tíðum tengd heilsu, t.d. að um sé að ræða drykki sem innihaldi færri hitaeiningar en hefðbundnir gosdrykkir. Sé markaðssetning á t.d. Diet-Coke og Coca-Cola Light lík markaðssetningu kolsýrðra vatnsdrykkja. Þá geti markaðssetning sykraðra gosdrykkja verið mismunandi innbyrðis. Hvað sem líður sjónarmiðum um markaðssetningu einstakra vörflokka telur stefnandi að ekki sé hægt að byggja markaðsskilgreiningu að öllu leyti á mismunandi markaðssetningu, heldur þurfi að

kanna raunverulega staðgöngu vara í hugum neytenda. Telur hann að ekki sé lengur hægt að staðhæfa að kolsýrðir vatnsdrykkir séu heilsusamlegri en gosdrykkir. Mörkin á milli þessara tveggja drykkjartegunda séu að afmást og í sumum tilvikum séu gosdrykkir heilsusamlegri en bragðbættir kolsýrðir vatnsdrykkir, eða innihaldi að minnsta kosti færri hitaeyningar. Þessu til frekari stuðnings vísar aðalstefnandi enn fremur til þess að þeir viðskiptavinir aðalstefnanda sem bjóða upp á gosdrykki bjóði í öllum tilvikum einnig upp á kolsýrða vatnsdrykki. Þetta eigi ekki við í sama mæli um t.d. safadrykki sem stefnandi sé með í sölu hjá sér. Loks megi geta þess að á bls. 84 í skýrslu Samkeppniseftirlitsins nr. 1/2012 (*Verðþróun og samkeppni á dagvörumarkaði*) séu gosdrykkir, kolsýrt vatn og léttöl allir taldir drykkir sem tilheyri sama vöruflokki.

Aðalstefnandi bendir á að ef eingöngu væri fallist á að kolsýrðir bragðbættir vatnsdrykkir tilheyru sama markaði og hefðbundnir gosdrykkir myndi það breyta umtalsvert þeirri markaðshlutdeild sem stefnandi njóti á markaði, einkum gagnvart Ölgerðinni. Hlutdeild stefnanda myndi minnka og hlutdeild Ölgerðarinnar aukast að sama skapi. Þar með væri brostin sú grundvallarforsenda fyrir því mati samkeppnisyfirvalda, að aðalstefnandi sé markaðsráðandi með hliðsjón af þeim mun sem hafi verið í markaðshlutdeild milli hans og Ölgerðarinnar.

Í öðru lagi telur aðalstefnandi að hann hafi ekki verið í markaðsráðandi stöðu á markaðnum, þ.e. að hann hafi getað hagað starfsemi sinni án tillits til keppinauta, viðskiptavina og neytenda, sbr. 4. tölul. 1. mgr. 4. gr. samkeppnislaga. Þetta eigi við jafnvel þótt stuðst sé við þá skilgreiningu markaðarins sem samkeppnisyfirvöld leggi til grundvallar, enda líti þau fram hjá veigamiklum atriðum við mat sitt og taki ekki rétt mið af því skipulagi sem ríki á viðkomandi markaði.

Aðalstefnandi færir meðal annars þau rök fyrir þessu að það fari illa á því að miða markaðshlutdeild við tekjur aðila á umræddum markaði. Eins og áður hafi komið fram sé engin vissa fyrir því að aðilar á markaðnum hafi stuðst við sömu forsendur þegar umbeðnar upplýsingar um tekjur þeirra voru teknar saman. Telur aðalstefnandi fráleitt að byggja íþyngjandi stjórnvaldsákvörðun á upplýsingum sem séu jafn óljósar og ógagnsæjar og raun beri vitni. Hafa verði í huga að ákvörðun um að aðili sé í markaðsráðandi stöðu, hafi lögfylgjur í för með sér fyrir þann sem sé talinn vera í slíkri stöðu. Aðilar á markaði verði því að geta áttað sig á því með nokkuð greiðum hætti hvort þeir séu mögulega í slíkri stöðu. Fyrir fram hafi aðalstefnandi auðsýnilega ekki getað notast við sömu upplýsingar og gagnstefnandi hafi aflað til að meta stöðu sína. Það eitt ætti raunar að mati aðalstefnanda að nægja til þess að fallast á ógildingarkröfu aðalstefnanda. Til viðbótar liggi fyrir að samkeppnisyfirvöld hafi ekki veitt aðalstefnanda innsýn í mat sitt, þar sem þau hafi hafnað aðgangi að umræddum gögnum. Aðalstefnanda hafi því verið ómögulegt að átta sig á, skilja og mögulega gæta andmæla að því er varðar forsendur gagnstefnanda við mat á tekjum og þar af leiðandi markaðshlutdeild aðila.

Af fyrrgreindu megi jafnframt ráða að eins og markaðurinn sé byggður upp, og sé þá einkum vísað til einkenna samkeppninnar er lúti að þeim afsláttarkjörum sem þar hafi tíðkast, verði að ætla að selt magn sé mun betri mælikvarði á hlutdeild aðila en tekjur af seldum gosdrykkjum. Þá verði einnig að horfa til þess að verð á hvern lítra af Coca-Cola og Coca-Cola Light sé nokkuð hærra en verð á hvern lítra af Pepsi-Cola, Diet-Pepsi Cola og Pepsi Max. Tekjur stefnanda á gosdrykkjemarkaði kunni því að vera nokkuð hærri en velta Ölgerðarinnar, þrátt

fyrir að hlutdeild þeirra í seldum lítrum sé áþekk. Í það minnsta sé verulega minni munur á hlutdeild þessara tveggja aðila þegar litið sé til seldra lítra og þ.a.l. jafnari hlutdeild í framboði til viðskiptavina og neytenda. Markaðshlutdeild sem taki aðeins mið af tekjum gefi því að mati aðalstefnanda ekki rétta mynd af samkeppninni.

Aðalstefnandi heldur því jafnframt fram að hlutdeild Ölgerðarinnar á gosdrykkjamarkaðnum hafi aukist um rúmlega 8% á tímabilinu meðan hlutdeild aðalstefnanda hafi dregist saman um tæp 9%. Þannig komi fram á bls. 84 í skýrslu gagnstefnanda nr. 1/2012 að bæði stefnandi og Ölgerðin séu með um 45 til 50% markaðshlutdeild á markaðnum fyrir gosdrykki, kolsýrt vatn og léttöl. Telur aðalstefnandi það furðulegt að þessi þróun hafi ekki haft nein áhrif á mat samkeppnisyrivalda á stöðu stefnanda á gosdrykkjamarkaði.

Hvað sem þessu mati samkeppnisyrivalda líður telur aðalstefnandi nauðsynlegt að benda á að það er ekki í neinu samræmi við eigið mat forsvarsmanna Ölgerðarinnar á stöðu hennar á markaðnum. Þar vísar aðalstefnandi til ummæla forstjóra Ölgerðarinnar í viðtali í Morgunblaðinu 17. janúar 2008. Þar hafi meðal annars komið fram að dregið hefði saman með Ölgerðinni og aðalstefnanda í markaðshlutdeild undanfarin tvö ár. Í ágúst 2005 hafi hún verið 61,5% gegn 38,5% aðalstefnanda í hag en tveimur árum síðar hafi markaðshlutdeild Ölgerðarinnar verið komin í 47%. Aðalstefnandi vísar hér einnig til ummæla sama forstjóra í Viðskiptablaðinu 28. nóvember 2008. Eins og staðfest hafi verið í ákvörðun gagnstefnanda 27. mars 2006 í máli nr. 9/2006 verði að huga að yfirlýsingum í þessa veru í samkeppnislegu tilliti þegar metið sé hvort markaðsráðandi staða sé til staðar.

Aðalstefnandi vísar enn fremur til þess að fjallað sé um fjárhagslegan styrk aðalstefnanda og hann borinn saman við styrk Ölgerðarinnar í ákvörðun gagnstefnanda. Aðalstefnandi telur að þessi umfjöllun sé bæði röng og villandi. Telur aðalstefnandi mjög erfitt og næsta ómögulegt að bera saman félögin á árunum 2005 til 2008 vegna mikilla breytinga sem hafi átt sér stað í rekstri þeirra beggja. Þannig hafi Ölgerðin verið afar skuldsett á árinu 2008 sökum kaupa fyrirtækisins á óskyldum rekstri. Líta megi á þá skuldsetningu sem lið í að styrkja stöðu Ölgerðarinnar. Breidd þessa helsta keppinautar aðalstefnanda í vöruúrvali sé ein og sér mikill styrkur. Ekki sé því rétt að líta til skuldsetningarinnar einnar og sér heldur þurfi að hafa í huga í hvaða samhengi hún eigi sér stað. Annars sé ekki verið að meta raunverulegan fjárhagslegan styrk aðila á markaði heldur fjárhagslega stöðu fyrirtækja út frá ársreikningum þeirra, sem oft gefi tímabundið skekka mynda af fjárhagslegum styrk þeirra. Fremur beri að líta til rekstrarafkomu félaganna, en hún hafi ekki verið góð hjá aðalstefnanda á tímabilinu. Fyrirtækið hafi aðeins skilað 37 milljóna króna hagnaði árið 2006, 157 milljóna króna hagnaði árið 2007 en 645 milljóna króna tapi árið 2008. Þá telur aðalstefnandi ekki rétt að horfa fram hjá skuldum Stuðlaháls ehf. sem hafi átt þær fasteignir þar sem aðalstefnandi sé með rekstur sinn fram til 1. janúar 2007, þó að formlega hafi félögin ekki myndað samstæðu. Fremur beri að horfa á raunveruleg tengsl en formleg. Aðalstefnandi bendir á að eftir að Stuðlaháls ehf. hafi runnið inn í aðalstefnanda hafi fasteignirnar verið endurmetnar um rúmlega tvo milljarða króna á sama tíma og eignarhlutir félagsins í aðalstefnanda voru lækkaðar niður í núll. Ef ekki hefði komið til endurmats á virði fasteignanna hefði eigið fé á samstæðureikningi aðalstefnanda verið 1.750 milljónum króna lægra en fram hafi komið í ársreikningi og þar með

neikvætt um 400 milljónir króna í árslok 2008. Aðalstefnandi telur einnig rétt að taka skuldir Stuðlaháls ehf. með í efnahagsreikningi aðalstefnanda í ljósi þess að þær hafi allar verið tryggðar með krossveðum í eignum hans. Þá telur aðalstefnandi umfjöllun gagnstefnanda um mögulega láanafyrirgreiðslu út á eignarhlut fyrirtækisins í Refresco óviðeigandi.

Aðalstefnandi telur gagnstefnanda einnig hafa vanmetið fjárhagslegan styrk Ölgerðarinnar. Þannig hafi Ölgerðin aukið tekjur sínar verulega árið 2008 en þá hafi þær verið tvöfalt hærri en tekjur aðalstefnanda. Telur aðalstefnandi að styrkur Ölgerðarinnar á öðrum mörkuðum hafi áhrif á samkeppni á gosdrykkjamarcaðnum. Þannig hafi aðalstefnandi reynslu af því að Ölgerðin nýti sér sterka stöðu sína á markaði fyrir hveiti í óformlegum útboðum hjá bakaríum og pítsustöðum með því að tvinnna saman sölu á gosdrykkjum og hveiti eða veita verulegan afslátt af hveiti vegna kaupa á gosdrykkjum. Aðalstefnandi tekur fram að upplýsingar af þessu tagi hafi verið taldar þýðingarmiklar til að rökstyðja markaðsráðandi stöðu. Af þeim sökum furðar aðalstefnandi sig á því að þetta sjónarmið skuli ekki skipta neinu máli þegar styrkur helsta keppinautar hans sé metinn.

Aðalstefnandi bendir einnig á að ef aðgreina eigi kolsýrða vatnsdrykki frá gosdrykkjum þá sé staða Ölgerðarinnar afar sterk á þeim markaði. Á árunum 2005 til 2008 hafi markaðshlutdeild fyrirtækisins verið stigvaxandi frá 66% í 70%. Telur aðalstefnandi að þessi sterka staða á þessum nátengda markaði hafi samlegðaráhrif fyrir Ölgerðina. Þá sé markaðsstaða Ölgerðarinnar á markaði fyrir þykkni mjög sterk. Einnig njóti vörumerkið Egils malt og Egils appelsín yfirburðarstöðu í hugum íslenskra neytenda. Það sé því ljóst að Ölgerðin njóti mikillar breiddar- og stærðarhagkvæmni í rekstri sínum sem fyrirtækið geti nýtt sér til þess að styrkja sig enn frekar á drykkjarvörumarkaðnum. Þegar um sé að ræða tvo aðila sem séu í harðri samkeppni, verði eðli málsins samkvæmt að skoða gaumgæfilega starfsemi og styrk keppinautarins, enda geti þessi atriði haft áhrif á það hvort aðili, í þessu tilviki aðalstefnandi, geti hagað starfsemi sinni án tillits til þessa keppinautar síns. Því telur aðalstefnandi að samkeppnisyfirlöndum hafi borið að kanna fyrrgreint með miklu ítarlegri og betri hætti en gert hafi verið.

Aðalstefnandi vísar til þess að gagnstefnandi telji að viðskiptavinir fyrirtækisins búi ekki yfir kaupendastyrk sem dregið geti úr ætlaðri sterkri stöðu aðalstefnanda. Þó virðist gagnstefnandi viðurkenna styrk stærstu matvörukeðjanna og staðhæfi að tekið sé tillit til þess í mati á markaðsráðandi stöðu. Ekki verði þó séð að tekið sé raunverulegt tillit til þessa kaupendastyrks.

Aðalstefnandi telur að verulegur kaupendastyrkur sé til staðar á dagvörumarkaði. Kaupendahliðin á matvörumarkaði sé mjög samþjöppuð. Um sé að ræða þrjá stóra aðila, Haga, Kaupás og Samkaup, sem samanlagt hafi um 95% markaðshlutdeild. Aðföng, sem sé birgðahús Haga, sé stærstur þessara aðila, en fyrirtækið hafi um 55 til 60% hlutdeild. Þar á eftir komi Kaupás með 15 til 20% hlutdeild og þriðji í röðinni séu Samkaup með 10 til 15% hlutdeild. Þá liggi fyrir að vörur stefnanda séu aðeins um 3-4% af veltu þessara smásala þegar komi að matvöru, sbr. bls. 38 í áðurnefndri skýrslu SKE nr. 1/2012. Hins vegar fari 92% af vörusölu aðalstefnanda til matvöruverslana til þessara þriggja stærstu smásala.

Á það er bent að kostnaður smásala við að skipta um birgja sé fremur lágur, en birgir yrði fyrir verulegum kostnaði kæmi til þess að hann tapaði hlutdeild vegna

aðgerða smásala. Því sé ekkert jafnvægi til staðar milli þessara aðila og því síður sé aðalstefnandi í sterkari stöðu vegna þess eins að vera með sterkt vörumerki. Þrátt fyrir að einhverjir viðskiptavinir stefnanda álíti Coca-Cola hugsanlega svokallað „must stock brand“, þ.e. að þeir verði að hafa Coca-Cola í vöruúrvali sínu, myndu þeir aldrei þola nokkurs konar yfiringang eða ofríki stefnanda. Væri stefnandi með einhvers konar misnotkunartilburði gegn þessum aðilum telur aðalstefnandi að þeir gætu einfaldlega ákveðið að kaupa algert lágmark af Coca-Cola, sleppa því algerlega að kaupa aðrar vörutegundir af stefnanda eða neitað að taka þátt í nokkurs konar markaðsátaki eða kynningum á vörum stefnanda svo dæmi séu tekin.

Aðalstefnandi telur að afleiðingar hugsanlegra tilburða hans til misnotkunar yrðu þær að viðskiptavinir myndu í auknum mæli beina viðskiptum sínum til Ölgerðarinnar auk þess sem þeir gætu hæglega keypt Coca-Cola vörur erlendis frá og flutt inn eins og dæmin sýni. Auk þess hafi færst í vöxt að smásalar láti framleiða fyrir sig drykkjarvörur undir eigin merkjum, t.d. Krónan og Bónus.

Varðandi kaupendastyrk á veitingahúsamarkaðnum heldur aðalstefnandi því fram að lykilviðskiptavinir á þeim markaði velji langoftast birgja eftir óformlegt eða formlegt útboðsferli. Mjög algengt sé að gengið sé til samninga á grundvelli slíkra tilboða. Gjarnan sé um stærri aðila að ræða þegar beitt sé formlegu útboðsferli, líkt og flugfélög og kvikmyndahús. Slíkir samningar gildi almennt í 3-5 ár og reynsla aðalstefnanda sýni að þessir viðskiptavinir hafi tilhneigingu til að skipta um birgja ef lægra tilboð í viðskipti berst. Viðskiptavinir á veitingamarkaði séu virkir kaupendur óafengra drykkja og haldi ekki tryggð við birgi til langs tíma nema að hann geti boðið upp á framúrskarandi þjónustu og samkeppnishæft verð.

Aðalstefnandi bendir á að tölur um eftirspurn viðskiptavina aðalstefnanda, sem hafi átt viðskipti á tímabilinu frá 2002 til 2007, sýni að 84% þeirra hafi ekki átt viðskipti öll árin sem til skoðunar hafi verið. Þá hafi 55% þessara aðila alfarið hætt að kaupa drykkjarvörur frá stefnanda á sama tímabili. Jafnframt hafi verið sýnt fram á að á ári hverju séu um 25% viðskiptavina stefnanda nýir viðskiptavinir.

Með hliðsjón af framangreindu er aðalstefnandi ósammála því mati gagnstefnanda að sterkt vörumerki vegi upp á móti kaupendastyrk á markaðnum. Söluþölur og raunverulegt markaðsumhverfi stefnanda gefi einfaldlega annað til kynna.

Aðalstefnandi mótmælir enn fremur ályktun gagnstefnanda um að aðgangshindranir séu töluverðar meðal annars vegna markaðshlutdeildar aðalstefnanda og vörumerkjastyrks og stærðarhagkvæmni fyrirtækisins og Ölgerðarinnar. Í þessu sambandi áréttar aðalstefnandi að hann sé í öflugri samkeppni við smærri birgja sem bjóði upp á ýmsar aðrar drykkjarvörutegundir. Aðalstefnandi verði að gæta þess við verðlagningu og kynningu allra vörutegunda sinna að þær standist samanburð við allar mögulegar samkeppnisvörur. Drykkjarvörumarkaðurinn sé mjög líflegur og aðgangshindranir óverulegar. Stöðugur straumur nýrra aðila inn á markaðinn veiti þeim sem þar starfi fyrir verulegt aðhald.

Aðalstefnandi telur að margar aðferðir standi þeim fyrirtækjum til boða sem hafi hug á að komast inn á umræddan markað. Þannig geti átöppunaraðili, sem þegar hafi yfir nauðsynlegum tækjabúnaði að ráða, tekið að sér framleiðslu,

pökkun, markaðssetningu, sölu og dreifingu vörutegunda annarra með leyfi frá viðkomandi. Auk þess geti átöppunaraðili, hvort heldur sem er einn eða í félagi við aðra, komið sér upp nauðsynlegum tækjabúnaði til framleiðslu. Einnig geti átöppunar- eða dreifingaraðili hér á landi flutt inn tilbúnar vörur til markaðssetningar, sölu og dreifingar hérlendis, en innflutningur hafi færst í aukana á undanförunum árum. Auk þess sé hægt að víkka út eða endurhanna þær vörutegundir sem þegar séu fyrir hendi á markaðnum. Þá geti smásölukerfið notað stöðu sína til markaðssetningar eigin vörutegunda, en það sé algengt annars staðar í Evrópu. Loks sé unnt að markaðssetja drykkjarvörur með fulltingi sameiginlegra innkaupa- og dreifingaraðila eins og Aðfanga. Aðalstefnandi kveður því fremur auðvelt að öðlast aðgang að allt að 70% smásölumarkaðarins án þess að hafa yfir eigin dreifikerfi að ráða. Þá beri að hafa í huga að eigandi vörutegundar, sem hafi hug á markaðssetningu hennar hér á landi, geti auðveldlega komið inn á markaðinn með því að gera leyfis- eða þjónustusamning við einhvern af þeim átöppunaraðilum sem þegar hafi yfir nauðsynlegri aðstöðu að ráða. Svo sem ráða megi af framangreindu sé því fjöldi inngönguleiða á mörkuðum stefnanda umtalsverður og aðgangshindranir verulega takmarkaðar að mati aðalstefnanda.

Í þriðja lagi byggir aðalstefnandi á því að jafnvel þótt hann verði talinn hafa verið í markaðsráðandi stöðu hafi hann ekki brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga. Í því sambandi leggur hann höfuðáherslu á að við mat á samningum fyrirtækisins við viðskiptavini verði að skoða raunverulegar samkeppnisaðstæður á markaðnum og þeim efnahagslega veruleika sem þar ríki með tilliti til samkeppni. Sé það ekki gert verði niðurstaðan röng um hvort íhlutunar sé þörf og hvernig eigi að bregðast við.

Aðalstefnandi heldur því fram að gagnstefnandi hafi ekki metið þær samkeppnisaðstæður sem hafi verið til staðar á samkeppnismarkaði aðalstefnanda og Ölgerðarinnar. Gagnstefnandi tiltaki aðeins að einkakaupasamningar séu til þess fallnir að raska samkeppni og feli því í sér brot á 11. gr. samkeppnislaga. Aðalstefnandi telur að nálgun af þessu tagi sé röng og ekki í samræmi við þá réttarþróun sem hafi átt sér stað á undanförunum árum hjá framkvæmdastjórn og dómstól ESB. Í þessu efni vísar aðalstefnandi einkum til leiðbeininga framkvæmdastjórnar ESB um beitingu 82. gr. Rómarsáttmálans (e. *Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings*).

Aðalstefnandi dregur þá ályktun af 19. gr. leiðbeininganna að viðskiptahættir, sem ekki leiði til óæskilegra efnahagslegra áhrifa á borð við útilokun og skaða fyrir neytendur, feli ekki í sér misnotkun. Það hafi samningar hans ekki gert. Þá vísar hann til 20. gr. leiðbeininganna og telur að það sé augljós vísbending um að einkakaupasamningarnir hafi ekki haft skaðleg áhrif á samkeppni að hlutdeild Ölgerðarinnar hafi farið vaxandi og framlegð aðalstefnanda minnkað. Því sé hann ekki í neinni aðstöðu til að útiloka eða takmarka starfsemi stærstu keppinauta sinna. Aðalstefnandi leggur áherslu á að fram verði að fara raunverulegt, hagfræðilegt mat á því hvort einkakaupasamningar og samningar með skilyrtum afsláttum skaði samkeppni. Horfið hafi verið frá þröngri nálgun um „per se“ brot á reglum um misnotkun markaðsráðandi stöðu við gerð slíkra samninga. Fremur sé nú litið til þess hvort háttsemin valdi raunverulegri röskun á samkeppni eða hafi neikvæðar afleiðingar á hann. Ónákvæmt mat samkeppnisyfirvalda á þessum atriðum og röng niðurstaða um misnotkun geti enda haft þau öfugu áhrif að takmarka samkeppni á þeim markaði sem til athugunar sé.

Í þessu efni leggur aðalstefnandi áherslu á að umræddur markaður einkennist af því að á honum starfa, og hafa starfað í mörg undanfarin ár, tveir keppinautar sem báðir hafa á boðstólum breiða vörulínu drykkja þar sem hvor aðili mæti hinum tegund fyrir tegund. Báðir keppinautarnir búi að samningum við alþjóðleg drykkjarvöru fyrirtæki sem séu þau stærstu í heiminum á sínu sviði. Aðalstefnandi og Ölgerðin eigi í harðri samkeppni á þessum markaði. Aðalstefnandi geti alls ekki starfað án tillits til Ölgerðarinnar, sem ráða megi af þeirri sterku stöðu sem Ölgerðin njóti á markaðnum. Ummæli stjórnenda Ölgerðarinnar styðji þetta. Þá kveðst aðalstefnandi ekki geta starfað án tillits til viðskiptavina sem geti alltaf snúið sér til Ölgerðarinnar um viðskipti líki þeim ekki það sem aðalstefnandi hafi upp á bjóða. Í því efni áréttar aðalstefnandi niðurstöður sem sýni að mikil hreyfing sé á viðskiptavinum milli hans og Ölgerðarinnar árlega á veitingahúsamarkaðnum, eða nálægt 25%.

Aðalstefnandi tekur einnig fram að ástæðan fyrir því að bæði hann og Ölgerðin hafi gert einkakaupasamninga við viðskiptavinum á sölustigi sem taki til neyslu drykkja á staðnum sé að viðskiptavinirnir sjálfir etji félögunum saman í tilboðsgerð til sín um bestu kjör gegn einkarétti til sölu. Þannig sjái viðskiptavinirnir hag sínum best borgið og með þessu auðveldi þeir sér að hefja starfsemi með því að fá aðgang að fjármagni. Þá séu engar vísbendingar um að neytendur láti sig það almennt miklu skipta, þegar þeir fari á veitingahús, hvort viðkomandi aðili selji Coke eða Pepsi, Fanta eða Egils appelsín o.s.frv. Vörulína aðalstefnanda og Ölgerðarinnar komi að miklu leyti í stað hvor annarrar í hugum viðskiptavina og neytenda.

Af þessum sökum telur aðalstefnandi að niðurstaða um markaðsráðandi stöðu stefnanda með hömlum á heimild til samningsgerðar og þátttöku í samkeppni á markaðnum, leysi engin vandamál tengd samkeppni á markaðnum. Gagnstefnanda sjáist yfir það lykilatriði að ef íhlutun hans tekur aðeins til annars af stóru keppinautunum en ekki hins sé það til þess fallið að skekkja samkeppni á markaðinum, til tjóns fyrir viðskiptavinum. Niðurstaða samkeppnisyfirvalda feli því í sér að samkeppnisskilyrði á hinum skilgreinda markaði séu afbökðuð og niðurstaðan sé sú að virkri samkeppni sé raskað, þvert gegn markmiði samkeppnislaga.

Þá mótmælir aðalstefnandi þeirri niðurstöðu gagnstefnanda að samningar hans eða samningsákvæði brjóti gegn 11. gr. samkeppnislaga.

Aðalstefnandi kveðst hafa veitt fyrirtækjum á veitingahúsamarkaðnum fjárhags- og viðskiptalegan stuðning, einkum í formi lánveitinga til rekstraraðila veitingahúsa. Þetta stuðli að blómlegri starfsemi veitingahúsa og aukinni sölu drykkja, en þessi stuðningur sé hvorki umsvifamikill né þvingandi fyrir viðskiptavinum aðalstefnanda. Ef ekki væri samhliða mælt fyrir um einkakaup gætu samkeppnisaðilar á drykkjarvörumarkaði notið ábatans af lánsfjármögnun annars aðila en þyrftu ekki að taka á sig sömu áhættu og sá sem veitir fjármögnun. Þá leggur aðalstefnandi áherslu á að samningum þessum megi segja upp hvenær sem er á samningstímanum með sanngjörnum uppsagnarfresti og endurgreiðslu lánsins. Viðskiptavinurinn geti því hvenær sem er hafið viðskipti við Ölgerðina í stað aðalstefnanda.

Aðalstefnandi mótmælir því sérstaklega að þjónustuákvæði í samningunum, „virt í samhengi við önnur ákvæði“ feli í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Að

mati aðalstefnanda sé þessi röksemdafærsla ófullnægjandi og ótækt sé að dómstólar staðfesti ákvörðun gagnstefnanda og úrskurð áfrýjunarnefndar að þessu leyti.

Af hálfu aðalstefnanda er tekið fram að í samningum hans við aðila á dagvörumarkaði séu ákvæði um afslátt, markaðssetningu og framstillingar, auk þess sem að í einhverjum þeirra séu ákvæði um hillupláss. Afslátturinn sé alfarið byggður á keyptu magni hlutaðeigandi viðskiptavina og sé gildistími hans yfirleitt eitt til þrjú ár, en honum megi segja upp með skömmum fyrirvara. Aðalstefnandi kveður ákvæði um hillupláss og framstillingar vera stöðluð og tengjast hlutdeild aðalstefnanda í sölu sem byggist á upplýsingum frá AC Nielsen. Markmiðið með þessum ákvæðum sé að mæta eftirspurn eftir vöru aðalstefnanda, en ekki að tálma sölu á vörum annarra birgja. Þá tekur aðalstefnandi fram að ákvæði um hillupláss taki ekki yfir heildarpláss drykkjarvöru. Það pláss sem aðalstefnandi keppi um fyrir sínar vörutegundir sé því aðeins afgangurinn af því plássi sem búðir nýti ekki sjálfar. Notkun AC Nielsen upplýsinga sé því fyrst og síðast til hagræðis og til að gæta að því að birgðir verslana klárast ekki. Aðalstefnandi telur að þessi ákvæði feli því ekki í sér einkakaup eða ígildi þeirra.

Aðalstefnandi mótmælir því enn fremur að hann hafi gerst brotlegur við 54. gr. EES-samningsins. Ekki hafi verið leiddar neinar líkur að því að samkeppni á EES-svæðinu hafi raskast eða að háttsemi stefnanda hafi verið til þess fallin að raska samkeppni á svæðinu. Telur aðalstefnandi fráleitt að ætluð misnotkun á markaðsráðandi stöðu á landsmarkaði leiði sjálfkrafa til þess að viðkomandi teljist hafa gerst brotlegur við ákvæði EES-samnings. Í reynd telji aðalstefnandi að samkeppni á EES-svæðinu hafi ekki raskast frekar en samkeppni hér á landi, enda sýni dæmin að innflutningur á gosdrykkjum sé mikill. Ekki sé því um nein útilokunaráhrif að ræða.

Til stuðnings varakröfu sinni í aðalsök vísar aðalstefnandi að mörgu leyti til sömu atriða og í aðalkröfu. Þannig telur hann að ekki liggi fyrir að einkakaupsamningarnir hafi haft neikvæð áhrif á markaðinn. Á markaðnum séu tveir stórir keppinautar sem eigi í mjög harðri baráttu um viðskiptavinum með því að veita þeim ýmiss konar afslátt. Þá séu aðgangshindranir fyrir nýja keppinauta litlar sem engar.

Þá áréttar hann að hann hafi ekki talið sig vera í markaðsráðandi stöðu á umræddum tíma og falli því ekki undir ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB. Þá ályktun hafi aðalstefnandi byggt á bestu fánlegu upplýsingum sem aðgengilegar hafi verið. Hafi gagnstefnandi lagst gegn því að Samtök iðnaðarins öfluðu upplýsinga til að meta markaðshlutdeild á gosdrykkjamarkaðnum og því hafi aðalstefnandi orðið að reyna eftir fremsta megni að meta sjálfur á grundvelli opinberra upplýsinga hvort hann teldist vera í markaðsráðandi stöðu. Í ljósi þessa mats telur aðalstefnandi sig hafa haft réttmætar væntingar um að samningar hans ættu ekki undir 11. gr. samkeppnislaga. Því hafi hann í góðri trú hagað starfsemi sinni í samræmi við samkomulagið frá 2005. Ekki sé ástæða til annars en að ætla að aðalstefnandi hefði breytt hegðan sinni ef niðurstaða markaðsrannsóknna hefði sýnt að hann félli undir ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar.

Aðalstefnandi byggir jafnframt á því að sekt samkeppnisyfirvalda brjóti gegn meginreglum laga um bann við endurtekinni málsmeðferð (Ne bis in idem). Ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar hafi verið tekin í samræmi við 9. gr.

reglugerðar ráðsins (EB) nr. 1/2003. Í því ákvæði sé kveðið á um að framkvæmdastjórnin geti tekið ákvörðun sem feli í sér skuldbindingar af hálfu þeirra fyrirtækja sem séu til skoðunar, án þess að slík ákvörðun feli í sér sektarákvörðun eða ákvörðun um að fyrirtækin hafi brotið gegn ákvæðum um misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Samkvæmt 2. mgr. 9. gr. sömu reglugerðar geti framkvæmdastjórnin ekki endurupptekið ákvörðun sína á grundvelli 1. mgr. 9. gr. nema að einhverjar efnisbreytingar hafi orðið á málsatvikum, ef fyrirtækin hegða sér ekki í samræmi við ákvörðunina eða ef ákvörðunin hefur verið reist á röngum eða villandi upplýsingum frá fyrirtækjunum. Í máli framkvæmdastjórnarinnar gegn Alrosa Company Ltd. hafi verið staðfest að þessar ákvarðanir feli í sér lok málsmeðferðar. Af þeim sökum telur aðalstefnandi að ákvörðun samkeppnisyfirvalda brjóti gegn réttaröryggismarkmiðum 9. gr. reglugerðar ráðsins. Þótt sektir verði ekki lagðar á með ákvörðun samkvæmt 9. gr. reglugerðarinnar feli slík ákvörðun í sér að fyrirtækin þurfi að hverfa frá ákveðnum viðskiptaháttum og samþykkja víðtækar tilslakanir sem þau hefðu annars ekki gert. Þetta feli í sér refsikennd viðurlög. Því gangi frekari viðurlög í formi sektar á grundvelli sömu staðreynda gegn grundvallarreglunni um bann við endurtekinni málsmeðferð (ne bis in idem) um neikvæð efnisleg áhrif úrlausna yfirvalda.

Að auki telur aðalstefnandi að ágallar á rannsókn málsins komi til skoðunar við mat á því hvort tilefni sé til þess að ákvarða aðalstefnanda sekt.

Aðalstefnandi kveðst hafa gert allar eðlilegar ráðstafanir til að fylgja að fullu íslenskum samkeppnislögum. Fullyrðingar gagnstefnanda um hið gagnstæða séu ósannaðar. Það er því mat aðalstefnanda að ekki sé tilefni til þess að ákvarða honum sekt vegna hinna ætluðu brota, enda sé það ekki nauðsynlegt til að stuðla að og efla virka samkeppni, sbr. 4. mgr. 37. gr. samkeppnislaga.

Varakröfu sína um lækkun sektarinnar styður aðalstefnandi við sömu sjónarmið og að framan greinir. Að auki telur aðalstefnandi að rökstuðningi gagnstefnanda fyrir viðurlögum sé ábótavant. Þar vísar aðalstefnandi til fyrrgreindra leiðbeiningarreglna framkvæmdastjórnar ESB. Þar komi meðal annars fram að líta beri til saknæmisstigs við ákvörðun hæfilegra viðurlaga. Í tilviki aðalstefnanda beri að líta til þeirrar stöðu sem félagið hafi verið í á árunum 2005 til 2008. Þá verði að hafa í huga að félagið hafi ekki haft nein úrræði til þess að átta sig á því hvort það væri í markaðsráðandi stöðu, önnur en þau að meta það sjálft eftir bestu getu. Það hafi verið gert í samræmi við bestu fánlegu upplýsingar með aðferð sem hafi verið yfirfarin og samþykkt af framkvæmdastjórn ESB. Á grundvelli þessa mats hafi aðalstefnandi talið sér heimilt að mæta harðri samkeppni Ölgerðarinnar með því að veita viðskiptavinum sínum ýmiss konar afslátt. Hann hafi því verið í góðri trú og er því mótmælt að hann hafi verið skeytingarlaus um stöðu sína.

Í þessu sambandi vísar aðalstefnandi til röksemda fyrir því að brot gegn 11. gr. samkeppnislaga leiði ekki lengur til refsíabyrgðar stjórnenda fyrirtækja eins og brot gegn 10. og 12. gr. samkeppnislaga. Í greinargerð komi fram að það helgist af því að framkvæma þurfi flókna hagfræðilega greiningu til að komast að raun um hvort fyrirtæki sé í markaðsráðandi stöðu. Aðalstefnandi tekur fram að stjórnvaldssektir samkeppnisyfirvalda séu refsikennd viðurlög og því eigi sömu rök hér við. Slíkum viðurlögum verði því að beita af varfærni og að teknu tilliti til hvers kyns atriða sem horfi fyrirtækinu í hag. Í því sambandi verði einnig að hafa í huga að í 11. gr. samkeppnislaga sé lagt bann við hegðun sem geti verið eðlileg og jafnvel

samkeppnishvetjandi ef fyrirtækið er ekki í markaðsráðandi stöðu.

Aðalstefnandi telur í það minnsta í ljós leitt að ætluð brot hafi verið framin af gáleysi, enda skorti með öllu á huglæg skilyrði ásetnings í málinu. Með tilliti til viðleitni aðalstefnanda og samstarfsvilja hans bæði fyrir rannsókn gagnstefnanda og við meðferð málsins sjálfs sé fráleitt að staðhæfa og telja hafið yfir allan vafa að um ásetningsbrot hafi verið að ræða. Það fái einfaldlega enga stoð í gögnum málsins.

Aðalstefnandi vísar enn fremur til þess að umrætt brotatímabil hafi verið stutt og að ekki sé um alvarleg brot að ræða sé litið til uppbyggingar þess markaðar þar sem samkeppnin hafi verið. Ekki verði séð að samkeppni hafi beðið nokkurn skaða af, viðskiptavinir hafi ekki orðið fyrir tjóni og staða keppinautar aðalstefnanda hafi styrkst. Þá verði ekki séð að einkakaupasamningarnir hafi hindrað aðgang nýrra aðila að markaðnum.

Með skírskotun til atriða sem tilgreind séu í fyrrgreindum leiðbeiningarreglum tekur aðalstefnandi enn fremur fram að ekki hafi verið um ítrekað brot að tefla og að aðalstefnandi hafi átt gott samstarf við gagnstefnanda á málsmeðferðarstigi, svarað öllum fyrirspurnum fljótt og vel og átt frumkvæði að fundum er miðuðu að því að upplýsa málið. Það sæti furðu að ekki sé tekið mið af þessum mikla samstarfsvilja við ákvörðun viðurlaga. Þá hafi aðalstefnandi með afsláttarkjörum sínum aðeins verið að mæta hinni hörðu samkeppni frá Ölgerðinni. Þessi háttsemi hafi verið til staðar á markaðnum lengi og eigi hún rætur að rekja til óska og eftirspurnar viðskiptavinnanna.

Þá bendir aðalstefnandi á að fyrirtækið hafi markvisst unnið að því að draga úr gerð einkakaupasamninga sem bundnir séu lánveitingum. Þessi þróun hafi verið fyrir hendi allan rannsóknartímann. Staðreyndin sé sú að aðalstefnandi kysi fremur að þurfa ekki að veita þessi viðskiptakjör enda feli þau í sér fjárbindingu og áhættu. Þessi viðleitni aðalstefnanda eigi að koma til skoðunar við lækkun stjórnvaldssektarinnar að mati aðalstefnanda.

Aðalstefnandi styður lækkunarkröfu sína einnig við að ekkert samræmi sé í sektarákvörðun í þessu máli við ákvarðanir samkeppnisyfirvalda í öðrum málum. Tilgreindir aðalstefnandi tiltekin mál í þessu sambandi þar sem sektir hafi verið ákveðnar lægri en í því máli sem hér er til úrlausnar. Telur hann sektarákvörðunina ekki styðjast ekki við nein hlutlæg eða málefnaleg sjónarmið, en hún verði meðal annars að samrýmast meginreglu stjórnsýsluréttar um meðalhóf og jafnræði.

Þá telur aðalstefnandi að taka verði tillit til versnandi fjárhagsstöðu sinnar við ákvörðun sekta. Fjárhagsstaða hans hafi verið veik á árunum 2005 til 2008, þegar brotin eigi að hafa verið framin. Eftir það hafi hún verið afar erfið og hafi félagið verið selt spænska félaginu Cobega árið 2011. Bendir aðalstefnandi á að hrun íslenska efnahagskerfisins 2008 hafi haft slæm áhrif á fjárhagslega stöðu sína og lán félagsins að hluta farið í vanskil. Þá hafi fall íslensku krónunnar hækkað verð á aðföngum mikið auk þess sem hráefnishækkningar í erlendum gjaldmiðlum hafi orðið á árunum 2008 og 2011. Jafnframt hafi vanskil viðskiptavina verið töluverð og útlánatöp frá hruni hafi tvöfaldast. Þá hafi neyslumynstur breyst í kjölfar hrunsins þar sem neytandinn leiti ódýrari lausna. Aukin skattheimta ríkisins hafi einnig haft gríðarleg áhrif á neyslu gosdrykkja, vatnsdrykkja og ávaxtasafa. Telur aðalstefnandi

sig ekki hafa mikla burði til þess að standa undir sektarákvörðun áfrýjunarnefndar og krefst þess að tekið verði tillit til bágrar fjárhagsstöðu sinnar við sektarákvörðunina verði ekki fallist á önnur sjónarmið um lækkun eða brottfalla sekta.

Endurgreiðslukröfu aðalstefnanda gegn stefnda, íslenska ríkinu, kveður hann vera reista á almennum reglum kröfuréttar og lögum nr. 29/1995 um endurgreiðslu oftekinna skatta og gjalda. Hann telur sig enn fremur eiga rétt á vöxtum af þeirri fjárhæð sem ofgreidd hafi verið og vísar þar til 1. gr. laga nr. 29/1995. Samkvæmt ákvæðinu skuli endurgreiða oftekna skatta og gjöld með vöxtum sem skuli vera þeir sömu og Seðlabanki Íslands ákveði og birtí samkvæmt 1. mgr. 8. gr. laga nr. 38/2001, en dráttarvexti samkvæmt 1. mgr. 6. gr. sömu laga frá þeim tíma sem gjaldandi lagði fram kröfu um endurgreiðslu, sbr. 2. mgr. 2. gr. laga nr. 29/1995. Í þessu sambandi tekur aðalstefnandi fram að þrátt fyrir kæru til áfrýjunarnefndar hafi hann greitt 260 milljónir króna í sekt með fyrirvara 2. maí 2011. Eftir úrskurð áfrýjunarnefndar hafi honum borist greiðsla frá embætti tollstjóra að fjárhæð 180 milljónir króna. Aðalstefnandi telur sig því eiga rétt á vöxtum af 80 milljónum króna frá þeim degi er greiðslan hafi verið innt af hendi 2. maí 2011 og fram til þess tíma er mál þetta hafi verið höfðað. Frá þeim tíma telur aðalstefnandi sig eiga rétt á dráttarvöxtum, enda hafi hann á þeim degi sannanlega krafist gagnstefnanda um endurgreiðslu.

Varakröfu sína kveður aðalstefnandi byggja á því að lækki dómstóllinn kröfuna beri gagnstefnanda að endurgreiða mismuninn á sektarfjárhæð áfrýjunarnefndar og þeirri sektarfjárhæð sem dómurinn ákveði með framangreindum vöxtum.

Um lagarök í aðalsök vísar aðalstefnandi til samkeppnislaga nr. 44/2005, sérstaklega 11. gr. og IX. kafla laganna. Þá vísar hann til ákvæða stjórnisýslulaga nr. 37/1993. Aðalstefnandi vísar einnig til laga nr. 29/1995 um endurgreiðslu oftekinna skatta og gjalda og almennra reglna um endurgreiðslu ofgreidds fjár. Loks vísar aðalstefnandi til laga nr. 38/2001 um vexti og verðtryggingu, þá aðallega 1. mgr. 6. gr. og 1. mgr. 8. gr. laganna. Kröfu sína um málskostnað styður aðalstefnandi við reglur XXI. kafla laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála, sbr. einkum 129. og 130. gr. þeirra.

2. Málsástæður og lagarök gagnstefnanda og stefnda, íslenska ríkisins, í aðalsök og málsástæður og lagarök gagnstefnanda í gagnsök

Krafa gagnstefnanda og stefnda, íslenska ríkisins, um sýknu af kröfum aðalstefnanda er reist á því að ákvörðun gagnstefnanda 30. mars 2011 og úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála 30. september sama árs séu í samræmi við 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005. Þá er sýknukrafan reist á því að málsmeðferð stefnda og áfrýjunarnefndar samkeppnismála hafi verið í samræmi við meginreglur stjórnisýsluréttar sem og ákvæði stjórnisýslulaga nr. 37/1993. Máli sínu til stuðnings vísa þeir til gagna málsins og rökstuðnings í ákvörðun sinni og úrskurði nefndar innar sem og til greinargerðar sinnar og svara við athugasemdum stefnanda til nefndarinnar.

Gagnstefnandi byggir á því að aðalstefnandi hafi með þeim aðgerðum sem lýst sé í ákvörðun gagnstefnanda brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga og 54. gr. EES-samningsins. Aðgerðirnar hafi falist í því að aðalstefnandi hafi gert tæplega 900 samninga sem hafi hindrað eða takmarkað aðgang keppinauta hans að markaðnum fyrir sölu gosdrykkja hér á landi á árunum 2005-2008. Á því er byggt að aðalstefnandi hafi verið í markaðsráðandi stöðu á markaðnum fyrir sölu gosdrykkja á þessum árum og því verið óheimilt að semja við viðskiptavinum sína um einkakaup og tryggðarafslætti með þeim hætti sem lýst sé í ákvörðun gagnstefnanda. Meginreglan sé sú að leggja beri sekt á fyrirtæki sem misnoti markaðsráðandi stöðu sína, sbr. dóm réttarins 9. febrúar 2012 í máli nr. 205/2011. Samkvæmt 1. mgr. 37. gr. laganna leggi gagnstefnandi stjórnvaldssekt á fyrirtæki sem brjóti gegn 11. gr. samkeppnislaga nema að brot sé óverulegt eða af öðrum ástæðum sé ekki þörf á slíkum sektum til að stuðla að og efla virka samkeppni. Gagnstefnandi byggir á því að hið sama gildi um brot á 54. gr. EES-samningsins, sbr. j-lið 1. mgr. 37. gr. laganna.

Gagnstefnandi byggir á því að málið hafi verið nægjanlega upplýst áður en ákvörðun var tekin í því, sbr. 10. gr. stjórnsýslulaga, og mótmælir öllum málsástæðum aðalstefnanda um annað sem röngum. Ítarleg og vönduð rannsókn hafi farið fram á markaði málsins, stöðu stefnanda og keppinauta hans og aðstæðum á hinum skilgreinda markaði. Rannsóknin hafi verið hlutlæg og málefnaleg og falið í sér víðtæka upplýsingaöflun, meðal annars með því að semja sérstakt andmælaskjal og afla þannig sjónarmiða aðalstefnanda. Þá hafi sérfræðingar á vegum aðalstefnanda komið til fundar við gagnstefnanda sem hafi hlýtt á sjónarmið þeirra. Jafnframt hafi aðalstefnandi fengið aðgang að öllum gögnum málsins nema að því leyti sem þau hafi haft að geyma trúnaðarupplýsingar um starfsemi keppinauta hans. Aðalstefnandi hafi þannig fengið tækifæri til að tjá sig um alla þætti málsins, benda á mögulegan misskilning, leiðrétta upplýsingar og leggja fram gögn. Í ákvörðun gagnstefnanda og úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála sé fjallað um þau sjónarmið sem aðalstefnandi hafi teft fram við meðferð málsins og með rökstuddum hætti hafi verið tekin afstaða til þeirra. Ekkert í málflutningi aðalstefnanda hafi gefið tilefni til víðtækari rannsóknar en þeirrar sem legið hafi til grundvallar hinn kærðu ákvörðun.

Gagnstefnandi telur að rannsókn á markaði málsins hafi verið ítarleg og vönduð. Í ákvörðun gagnstefnanda hafi verið greint frá þeim viðmiðunum sem hafi verið lagðar til grundvallar og þar sé að finna fjölda erlendra fordæma sem hafi mikla þýðingu í málinu. Þá hafi aðalstefnandi fengið tækifæri til að koma sérstaklega að sjónarmiðum sínum um skilgreiningu markaðarins. Gagnstefnandi telur að rannsókn hans hafi verið í fullu samræmi við þær kröfur sem gerðar séu til meðferðar mála af þessum toga, sbr. meðal annars dóm Hæstaréttar Íslands 18. nóvember 2010 í máli nr. 188/2010. Gagnstefnandi leggur áherslu á að umfangsmikil reynsla og þekking á skilgreiningu markaða sé til staðar innan vébanda hans, enda sé skilgreining markaða veigamikill hluti af starfi hans. Ekki hafi verið leitt í ljós að sá neytendamarkaður sem hér sé um ræði sé svo sérstakur og margbrotinn að kalla hafi þurft utanaðkomandi sérfræðinga til að meta hann. Þá hafi ekkert komið fram í úttekt hagfræðingsins Derek Ridyard sem gefið hafi tilefni til ítarlegri rannsóknar á markaðnum. Um hafi verið að ræða alþekkt sjónarmið sem endurspeglar í þeim erlendu fordæmum sem Samkeppniseftirlitið hafi fjallað um í ákvörðun sinni og lagt sérstakt mat á með tilliti til aðstæðna á íslenska markaðnum.

Í þessu sambandi sé vísað til umfjöllunar í ákvörðun gagnstefnanda um kolsýrða vatnsdrykki og mögulega staðgöngu þeirra fyrir gosdrykki og leiðbeiningar framkvæmdastjórnar ESB í tengslum við beitingu 82. gr. (nú 102. gr.) Rómar sáttmálans. Þá bendir gagnstefnandi á að Derek Ridyard hafi byggt á gögnum AC Nielsen um markaðshlutdeild en gagnstefnandi hafi byggt á tekjuupplýsingum um gosdrykkjasölu beint frá markaðsaðilum sem hafi gefið aðra og öruggari niðurstöðu um markaðshlutdeild aðila. Að því er snerti skoðanakönnun, sem MMR hafi gert á staðgöngu drykkja og lögð hafi verið fram við stjórnarsýslumeðferð málsins, þá tekur gagnstefnandi fram að ítarlega sé fjallað um hana í ákvörðun stefnda og rökstutt að könnunin hafi ekki gefið neinar vísbendingar um eftirspurnarstaðgöngu milli kolsýrðs vatns og gosdrykkja. Að því var vikið að niðurstöður könnunarinnar hafi allt eins bent til þess að gosdrykkir og kolsýrt vatn tilheyrðu sitt hvorum markaðnum.

Gagnstefnandi mótmælir því að hann hafi ekki tekið tillit til háttsemi keppinautar aðalstefnanda. Gagnstefnandi hafi haft undir höndum umfangsmiklar upplýsingar um Ölgerðina. Staða keppinautarins hafi verið metin og ekki litið fram hjá áhrifum hans á samkeppnina á markaðnum. Þá hafi í ákvörðuninni verið fjallað um samkeppnisréttarleg sjónarmið er varði meint skaðleg áhrif af einkakaupasamningum og tryggðarhvasamningum markaðsráðandi fyrirtækis, meðal annars með vísan til stöðu stefnanda samanborið við stöðu Ölgerðarinnar. Í hinni kærðu ákvörðun segi meðal annars: „Að mati Samkeppniseftirlitsins má ekki vanmeta mikilvægi ÖES á gosdrykkjamarkaðnum enda eru nánast eingöngu tvö fyrirtæki sem keppa á markaðnum. Á hinn bóginn álitur Samkeppniseftirlitið að í ljósi þess hve yfirburðir Vífilfells hafa staðið yfir lengi, m.t.t. markaðshlutdeildar (u.þ.b. 70% öll samanburðararin), samanborið við ÖES þá sé samkeppnisstaða ÖES í grundvallaratriðum afar veik samanborið við Vífilfell.“ Niðurstaða gagnstefnanda hafi því orðið sú að háttsemi Ölgerðarinnar hefði ekki áhrif á niðurstöðu málsins.

Gagnstefnandi byggir á því að aðalstefnanda hafi ítrekað verið veitt tækifæri til að koma andmælum og öðrum sjónarmiðum sínum á framfæri áður en ákvörðun var tekin í málinu. Andmælaréttur hans hafi því verið virtur við meðferð málsins. Við meðferð málsins hafi aðalstefnandi óskað eftir aðgangi að gögnum sem keppinautar hans hafi veitt gagnstefnanda og notuð hafi verið til að meta markaðs hlutdeild aðila á markaði. Aðalstefnanda hafi verið synjað um aðgang að gögnunum á grundvelli þess að þau hefðu að geyma viðkvæmar viðskiptaupplýsingar. Eins og í öðrum málum væru þessar upplýsingar undanþegnar upplýsingarétti, sbr. 17. gr. stjórnarsýslulaga og 16. gr. reglna um málsmeðferð stefnda nr. 880/2005. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafi staðfest þessa synjun í úrskurði sínum 3. nóvember 2010 í máli nr. 12/2010. Gagnstefnandi vísar til þess að aðalstefnandi hafi ekki skotið úrskurðinum til dómstóla, eins og áskilið sé í 41. gr. samkeppnislaga, og geti þetta atriði því ekki komið til skoðunar í máli þessu. Hann áréttar þó jafnframt efnislegar röksemdir áfrýjunarnefndarinnar þess efnis að um hafi verið að ræða upplýsingar um mikilvæga viðskiptahagsmunum samkeppnisaðila. Þá geti það ekki skipt afgerandi máli hvar innan 5% bils nákvæm hlutdeild aðila hafi legið á viðkomandi markaði til þess að aðalstefnandi gæti teft fram vörunum sínum. Því telur gagnstefnandi ljóst að hann hafi ekki brotið á andmælarétti aðalstefnanda með því að synja honum um aðgang að upplýsingum, sbr. til hliðsjónar fyrrnefndan dóm Hæstaréttar Íslands 18. nóvember 2010 í máli nr. 188/2010.

Gagnstefnandi mótmælir málsástæðu aðalstefnanda um að brotið hafi verið gegn málshraðareglu 9. gr. stjórnáskilgáttanna sem rangri og þýðingarlausri. Lögð er áhersla á að athugun gagnstefnanda hafi verið umfangsmikil, ekki síst í ljósi fjölda þeirra samninga sem leggja hafi þurft mat á. Frummat gagnstefnanda hafi verið kynnt aðalstefnanda 5. júlí 2010. Upphaflega hafi aðalstefnanda verið veittur frestur til að gera grein fyrir afstöðu sinni til 9. ágúst 2010, en fresturinn hafi að beiðni aðalstefnanda verið framlengdur til 30. ágúst 2010. Aðalstefnandi hafi kært ákvörðunina um að synja honum um aðgang að tilteknum gögnum 10. ágúst 2010. Meðan áfrýjunarnefndin hafi fjallað um álitaefnið hafi hefðbundinni málsmeðferð gagnstefnanda verið frestað. Að því loknu hafi aðalstefnanda aftur verið veittur frestur til athugasemda til 17. nóvember 2010 og síðar viðbótarfrestur til 19. sama mánaðar. Að fengnum athugasemdum aðalstefnanda hafi gagnstefnandi tekið ákvörðun í málinu 30. mars 2011. Ákvörðun um að beita stjórnvaldssekt hafi þannig verið tekin innan þess frests sem tiltekinn sé í 37. gr. a samkeppnislaga, sbr. 3. gr. laga nr. 52/2007, og dóm Hæstaréttar í máli nr. 188/2010. Með vísan til þessa og í ljósi mikils umfangs málsins og eðli brota aðalstefnanda, mótmælir gagnstefnandi því að brotið hafi verið gegn fyrirmælum um málshraða þannig að ógildingu varði á úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Þá mótmælir gagnstefnandi því jafnframt að það leiði til ógildingar úrskurðar nefndarinnar þótt hann hafi ekki verið kveðinn upp innan þess frests sem mælt sé fyrir um í 1. mgr. 9. gr. samkeppnislaga.

Gagnstefnandi mótmælir þeirri málsástæðu aðalstefnanda að gagnstefnandi hafi ekki verið bær til þess að leggja sekt á aðalstefnanda, í ljósi ákvörðunar framkvæmdastjórnar ECB í máli TCCC, sem rangri og þýðingarlausri. Hann telur að ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar hafi ekki takmarkað heimild gagnstefnanda til að rannsaka málið og taka ákvörðun í því. Fyrir því séu margar ástæður. Í fyrsta lagi taki ákvæði 2. mgr. 25. gr. samkeppnislaga ekki til ákvarðana framkvæmdastjórnar ESB samkvæmt orðanna hljóðan, heldur ákvarðana Eftirlitsstofnunar EFTA. Í öðru lagi sé vísað til þess að ákvæðið taki ekki til ákvarðana sem, eins og í máli TCCC, séu teknar á grundvelli 9. gr. reglugerðar ráðsins nr. 1/2003 um framkvæmd samkeppnisreglna sem mælt sé fyrir um í 81. gr. og 82. gr. Rómarsáttmálans. Rétt sé að líta til þess að ákvæði 2. mgr. 25. gr. samkeppnislaga sé reist á 2. mgr. 16. gr. reglugerðar ráðsins, en það ákvæði hafi verið skýrt svo að það taki ekki til ákvarðana framkvæmdastjórnarinnar sem teknar séu á grundvelli 9. gr. reglugerðarinnar, sbr. einnig tölulið 13. og 22. í aðfaraorðum reglugerðarinnar, enda séu slíkar ákvarðanir sérstaks eðlis og í veigamiklum atriðum frábrugðnar hefðbundnum ákvörðunum framkvæmdastjórnarinnar samkvæmt 7. gr. reglugerðarinnar. Ákvarðanir um skuldbindingar á grundvelli 9. gr. reglugerðar ráðsins feli ekki í sér niðurstöðu um brot heldur einungis að ekki sé lengur talin ástæða til aðgerða „af hálfu framkvæmdastjórnarinnar“, sbr. lokamálslið 1. mgr. 9. gr. Slíkar ákvarðanir takmarki því ekki heimildir samkeppnisyfirvalda í aðildarríkjum ESB til þess að rannsaka og leggja sektir á fyrirtæki vegna sömu háttsemi.

Á því er byggt af hálfu gagnstefnanda að fyrirtæki, sem eigi aðild að máli sem ljúki með ákvörðun samkvæmt 9. gr. reglugerðarinnar, geti ekki haft réttmætar væntingar um að fari þau í einu og öllu að slíkri ákvörðun þá komi það í veg fyrir dómsmál í aðildarríkjum eða rannsóknir innlendra samkeppnisyfirvalda vegna sömu háttsemi. Einu væntingarnar sem viðkomandi fyrirtæki geti haft séu að þau

verði sektuð fyrir brot á skilyrðum slíkrar ákvörðunar, sbr. c-lið 2. mgr. 23. gr. reglugerðarinnar. Aðalstefnandi sé ekki aðili að umræddri ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar, sbr. 1. og 4. gr. ákvörðunarorða hennar. Hann geti því enn síður vísað til réttmætra væntinga sinna eða talið sig njóta friðhelgi vegna brota á samkeppnislögum.

Með vísan til þessa mótmælir gagnstefnandi því að sú aðferð sem kveðið sé á um í ákvörðuninni til að afmarka gildissvið hennar hafi þýðingu gagnvart brotum stefnanda. Í ákvörðuninni sé ekki slegið föstu um hvort fyrirtæki sé í markaðsráðandi stöðu. Hvorki skilyrðin, sem kveðið sé á um í því skyni að afmarka gildissvið ákvörðunarinnar, né skuldbindingarnar sem þar sé mælt fyrir um, feli í sér neina afstöðu til þess hvort um markaðsráðandi stöðu sé að ræða. Í þessu sambandi bendir gagnstefnandi á að í fylgiskjali með ákvörðuninni áskilji aðilar að málinu sér rétt til að byggja á því að þeir séu ekki markaðsráðandi þrátt fyrir að þeir uppfylli viðmiðið um markaðshlutdeild sem mælt sé fyrir um í ákvörðuninni. Aðalstefnandi hafi því enga ástæðu haft til þess að líta svo á að hann væri ekki markaðsráðandi þar sem hann hafi ekki fallið undir gildissvið ákvörðunarinnar. Gagnstefnandi telur að aðalstefnanda hafi mátt vera ljóst að gagnstefnandi gæti, á grundvelli hefðbundinna viðmiða í íslenskum og evrópskum samkeppnisrétti, komist að þeirri niðurstöðu að stefnandi hafi brotið 11. gr. samkeppnislaga og 54. gr. EES-samningsins með því að misnota markaðsráðandi stöðu sína. Aðalstefnandi hafi því hvorki getað bundið væntingar við þau viðmið sem kveðið sé á um í ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar í máli TCCC o.fl. né gert ráð fyrir að ákvörðunin væri tæmandi um skyldur stefnanda í þessu sambandi.

Gagnstefnandi bendir á að Eftirlitsstofnun EFTA (ESA) hafi ekki gert athugasemd við fyrirhugaða beitingu á 54. gr. EES-samningsins, sbr. 2. mgr. 26. gr. samkeppnislaga, en drög að ákvörðun gagnstefnanda hafi verið kynnt fyrir stofnuninni í samræmi við 11. gr. bókunar 4 við samning milli EFTA-rikkanna um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls. Í ljósi staðhæfinga í kæru aðalstefnanda til áfrýjunarnefndar hafi gagnstefnandi jafnframt óskað eftir álit ESA um atriði tengd ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB. Af álitinu verði ráðið að stofnunin sé sammála niðurstöðu gagnstefnanda um að mat á því hvort aðalstefnandi hafi misnotað markaðsráðandi stöðu sína í skilningi 54. gr. EES-samningsins ráðist aðeins af hefðbundnu mati í þeim efnum. Álit ESA sé jafnframt afdráttarlaust um að ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB um skuldbindingar á grundvelli 9. gr. reglugerðar ráðsins nr. 1/2003 takmarki ekki með neinum hætti heimild gagnstefnanda eða gildissvið 54. gr. EES-samningsins. Þá hafnar ESA því að aðalstefnandi hafi mátt draga þá ályktun af ákvörðuninni að hann væri ekki í markaðsráðandi stöðu. Af þessum sökum hafi ekki verið brotið gegn réttmætum væntingum áfrýjanda samkvæmt EES-rétti.

Gagnstefnandi mótmælir því að markaður málsins sé allir óáfengir drykkir. Þessa skilgreiningu telur hann ekki koma í staðinn fyrir ítarlega rökstudda niðurstöðu gagnstefnanda um markað málsins. Þessi markaðsskilgreining aðalstefnanda sé enn fremur á skjön við fjölmörg fordæmi sem rakin séu í ákvörðun gagnstefnanda. Skilgreining aðalstefnanda taki heldur ekki mið af ólíkum eiginleikum, markaðsmynd og neysluvenjum sem tengist mismunandi drykkjum.

Gagnstefnandi byggir á því að vörumarkaður þessa máls sé sala á gosdrykkjum annars vegar til aðila á veitingamarkaði (neysla á staðnum) og hins vegar til aðila á

dagvörumarkaði (neysla síðar). Þessi markaðsskilgreining, sem lögð hafi verið til grundvallar í ákvörðun gagnstefnanda, sé í samræmi við niðurstöður samkeppnisyfirvalda beggja vegna Atlantsáala, en þær séu ítarlega raktar í ákvörðun gagnstefnanda. Niðurstaðan hafi ætíð orðið sú að gosdrykkir tilheyri sérstökum markaði. Engin gögn hafi komið fram hjá aðalstefnanda sem staðfesti að gosdrykkjaframleiðendur á Íslandi búi við umtalsvert meiri samkeppni frá framleiðendum annarra drykkjarvörutegunda en gosdrykkjaframleiðendur í öðrum löndum. Rannsókn gagnstefnanda hafi heldur ekki bent til þess að hér á landi giltu önnur lög, þ.e. að staðganga sé á milli gosdrykkja og annarra óáfengra drykkja. Gagnstefnandi byggir á því að drykkjarvöruúrval hér á landi sé almennt sambærilegt við það sem gerist erlendis. Samræmd markaðssetning á helstu (alþjóðlegu) gosdrykkjum skapi þeim hliðstæða markaðsstöðu hérlendis og erlendis. Þá sé menning og neysluvenjur hér á landi almennt áþekkar því sem gerist í öðrum vestrænum ríkjum. Gagnstefnandi byggir þess vegna á því að það sé málefnalegt að taka umtalsvert mið af erlendum fordæmum þegar markaðurinn sé skilgreindur. Í umfjöllun um markað málsins byggi aðalstefnandi hins vegar á allt annarri nálgun, en hann haldi því fram að markaðurinn sé mun stærri, eða allir óáfengir drykkir. Gagnstefnandi telur aðalstefnanda á engan hátt hafa útskýrt þetta ósamræmi í afstöðu sinni og að það dragi óhjákvæmilega úr trúverðugleika sjónarmiða hans.

Gagnstefnandi telur að sömu aðstæður séu að þessu leyti fyrir hendi og fjallað hafi verið um í álit samkeppnisráðs nr. 3/1999. Þar hafi verið komist að þeirri niðurstöðu að markaðurinn fyrir gosdrykki væri aðgreindur frá mörkuðum fyrir aðrar drykkjarvörur, meðal annars af því að þessir drykkir hefðu ólíka eiginleika, uppfylltu mismunandi þarfir og höfðu ekki með sama hætti til allra hópa neytenda, auk þess sem þeir væru markaðssettir á mismunandi hátt. Því til stuðnings vísar gagnstefnandi til ítarlegrar könnunar á ákvörðunum framkvæmdastjórnar ESB og evrópskra samkeppnisyfirvalda um aðgreiningu gosdrykkjamarkaðarins frá mörkuðum fyrir aðrar óáfengar drykkjarvörur. Í ákvörðun gagnstefnanda megi glögglega sjá að lagt hafi verið sjálfstætt mat á þann raunveruleika sem til staðar sé á drykkjarvörumarkaði og þá þróun sem átt hafi sér stað á markaðnum við úrlausn málsins. Gagnstefnandi byggir á því að við mat á markaði málsins og stöðu aðalstefnanda á honum eigi eingöngu að horfa til atvika og stöðunnar eins og hún hafi verið er atvik málsins hafi átt sér stað. Það sé viðurkennd regla í EES/ESB-samkeppnisrétti, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar í máli nr. 3/2008. Tilvísun stefnanda til tilvika eða þróunar eftir rannsóknartímabil þessa máls (2005-2008) hafi því enga þýðingu, sbr. t.d. dóm Hæstaréttar Íslands 18. nóvember 2010 í máli nr. 188/2010.

Gagnstefnandi mótmælir þeirri ályktun, sem aðalstefnandi dragi af markaðsrannsókn MMR frá 2010, að sterk eftirspurnarstaðganga sé til staðar milli kolsýrðs vatns og hefðbundinna gosdrykkja. Í ákvörðun gagnstefnanda sé þetta rökstutt með ítarlegum hætti. Þar hafi meðal annars verið lagt sérstakt mat á mögulega staðgöngu milli gosdrykkja og kolsýrðra, bragðbættra vatnsdrykkja sem aðalstefnandi og Ölgerðin hafi markaðssett á undanförunum árum. Sú niðurstaða gagnstefnanda, að umræddir vatnsdrykkir tilheyri öðrum markaði en gosdrykkir, sé ítarlega rökstudd í ákvörðun stefnda. Þar komi fram að gosdrykkir séu gerólíkir vatnsdrykkjum í hugum kaupenda. Þeir fullnægi ekki þörf þeirra sem sækjast eftir vatnsdrykkjum og öfugt, einkum og sér í lagi vegna þess að vatnsdrykkir hafi verið tengdir heilbrigðum lífsháttum í hugum neytenda af framleiðendum drykkjanna með markaðssetningu. Engin ástæða sé til að ætla að neytendur líti þessa drykki

öðrum augum en samræmist þeirri ímynd sem framleiðendur hafi skapað þeim sem heilsudrykkjum. Neytendur muni hins vegar seint neyta gosdrykkja til að bæta heilsu sína. Stefndi vísar í þessu sambandi til niðurstöðu breskra samkeppnisyfirvalda (Competition Commission) í úrskurði frá 28. mars 2006 um samruna Cott Beverages Ltd og Macaw (Holdings) Ltd.

Gagnstefnandi mótmælir því að niðurstöður könnunar MMR, sem lögð hafi verið fram á stjórnáslustigi, bendi til þess að eftirspurnarstaðgangi sé á milli kolsýrðs vatns og gosdrykkja. Af niðurstöðum könnunarinnar verði í fyrsta lagi ráðið að meira en helmingur þátttakenda drekki ekki kolsýrt vatn í stað gosdrykkja. Sama eigi við um þá sem telja að kolsýrt vatn komi í stað gosdrykkja en meira en helmingur þátttakenda hafi verið ósammála þeirri fullyrðingu. Niðurstöðurnar bendi því allt eins til þess að þessar vörutegundir tilheyri mismunandi mörkuðum. Í öðru lagi hafi könnunin verið leiðandi í heild sinni þar sem hún hafi verið sett fram í formi fullyrðinga um að kolsýrt vatn og gosdrykkir séu staðgönguvörur. Þess utan snúist málið ekki um hvort kolsýrt vatn komi í stað hefðbundinna gosdrykkja, eins og það hafi verið orðað í könnuninni, heldur um það hvort þessar vörur geti talist staðgönguvörur í skilningi samkeppnisréttar. Að öllu þessu virtu hafi það verið niðurstæða gagnstefnanda að ekki væri hægt að draga ályktanir af könnuninni. Ekkert í niðurstöðum hennar hafi heldur gefið tilefni til frekari rannsóknar á markaðnum.

Af hálfu gagnstefnanda er því enn fremur haldið fram að hvað sem framansögðu líði geti matvöruverslanir og veitingastaðir ekki hætt að bjóða upp á gosdrykki í þeirri von að neytendur geri lítinn greinarmun á þeim og t.d. vatnsdrykkjum og söfum. Endurseljendur verði einfaldlega að bjóða upp á allar þessar tegundir drykkja. Enda þótt neysla á vatnsdrykkjum hafi aukist sé ekki þar með sagt að neytendur líti á slíka drykki og gosdrykki sem staðgönguvörur. Aukin neysla vatnsdrykkja geti einfaldlega verið til vitnis um breyttan smekk eða lífsstíl neytenda. Þá mótmælir gagnstefnandi því að sykurlausir gosdrykkir og vatnsdrykkir tilheyri sama markaði. Í því sambandi er á það bent að í markaðssetningu aðalstefnanda séu fyrrnefndu drykkirnir kynntir sem staðgönguvörur sykraðra gosdrykkja en ekki vatnsdrykkja. Ördugt sé að dæma um það hvort drykkir séu heilsusamlegir eða ekki á grundvelli hitaeininga einna saman og afar hæpið að neytendur leggi alla þá drykki að jöfnu sem innihaldi jafnmargar hitaeiningar, líkt og ætla megi að lagt sé upp með í þessu sambandi af hálfu aðalstefnanda. Um þetta vísar stefndi jafnframt til þeirra sjónarmiða sem fram komi í greinargerð hans fyrir áfrýjunarnefnd samkeppnismála.

Gagnstefnandi mótmælir þeirri málsástæðu aðalstefnanda að hann hafi ekki verið í markaðsráðandi stöðu á brotatímabilinu. Því til stuðnings er vísað til þess að markaðshlutdeild aðalstefnanda hafi verið u.þ.b. 70% í sölu á gosdrykkjum miðað við veltu. Þessi markaðshlutdeild hafi haldist stöðug á brotatímabilinu og mikill munur hafi verið á hlutdeild aðalstefnanda og helsta keppinautar fyrirtækisins. Aðgangshindranir og yfirburðir vörumerkja aðalstefnanda hafi jafnframt styrkt stöðu fyrirtækisins sem markaðsráðandi fyrirtækis og dregið úr áhrifum kaupendastyrks aðila á dagvörumarkaði. Almennt sé miðað við að fyrirtæki sem hafi 50% markaðshlutdeild sé í markaðsráðandi stöðu, nema að einhverjar sérstakar aðstæður leiði til annars, sbr. t.d. dóm Hæstaréttar Íslands 18. nóvember 2010 í máli nr. 188/2010. Einnig sé það talið fela í sér vísbendingu um markaðsráðandi stöðu sé a.m.k. 20% munur á markaðshlutdeild þess fyrirtækis sem sé talið í slíkri stöðu og

stærsta keppinautar þess, sérstaklega ef sá munur hefur verið við lýði í talsverðan tíma, eins og í tilviki aðalstefnanda.

Þeim athugasemdum aðalstefnanda er mótmælt af hálfu gagnstefnanda að rangt hafi verið að miða markaðshlutdeild við tekjur aðila á markaðnum. Það sé almennt gert við mat á markaðshlutdeild. Aðeins við sérstakar aðstæður, sem ekki eigi við um gosdrykkjamarkaðinn, komi til álita að miða við selt magn, en þá sé sú viðmiðun aðeins höfð til hliðsjónar. Þá er því mótmælt að misræmi hafi verið í upplýsingagjöf aðalstefnanda og Ölgerðarinnar sem hafi leitt til ónákvæmni í útreikningi á markaðshlutdeild. Fyrirspurnir gagnstefnanda hafi verið skýrar og aðilar sent umbeðnar upplýsingar án athugasemda. Ekkert hafi komið fram í málinu sem hafi bent til annars en að þær upplýsingar, sem fyrirtækin hafi veitt á grundvelli skyldu sinnar samkvæmt 19. gr. samkeppnislaga, hafi verið réttar.

Gagnstefnandi tekur fram að við stjórnáráðgjafar málans hafi aðalstefnandi upplýst að athugun hans hafi leitt í ljós að á brotatímabilinu hefði hlutdeild hans í sölu gosdrykkja til matvöruverslana verið u.þ.b. 60%. Í því ljósi hafi fyrirtækið að sönnu haft ástæðu til þess að ætla að það væri í markaðsráðandi stöðu og mátt vita að einkakaupasamningar og aðrar samkeppnishamlandi aðgerðir gætu verið ólöglegar. Af þeim sökum er því mótmælt af hálfu gagnstefnanda að aðalstefnandi hafi ekki getað séð fyrir mögulega markaðsráðandi stöðu sína.

Gagnstefnandi mótmælir enn fremur málsástæðum og sjónarmiðum aðalstefnanda þess efnis að umfjöllun gagnstefnanda um fjárhagslegan styrkleika fyrirtækisins hafi verið röng og villandi. Í ákvörðun gagnstefnanda hafi verið lagt heildstætt mat á fjárhagslegan styrkleika aðalstefnanda þar sem meðal annars hafi verið litið til rekstrarafkomu fyrirtækisins. Rekstrarafkoma ein og sér (yfir tiltölulega skammt áráð) geti ekki gefið einhlíta mynd af fjárhagslegum styrkleika viðkomandi fyrirtækis að mati gagnstefnanda. Þá sé ekki hægt að fallast á að hagnaður af sölu eigna sé skilinn frá heildarhagnaði aðalstefnanda þótt söluhagnaðurinn tengist ekki rekstri með beinum hætti, enda hafi söluhagnaðurinn styrkt fjárhagsstöðu aðalstefnanda á brotatímanum. Ekki sé hægt að meta aðalstefnanda og Stuðlaháls sem eina heild líkt og aðalstefnandi haldi fram. Jafnvel þótt fallist væri á slíkt með aðalstefnanda liggi ekki fyrir í málinu hvernig rétt útfærsla slíks heildarreiknings ætti að vera. Hitt sé þó ljóst að heildareignir slíkrar samstæðu væru umtalsvert meiri en heildareignir aðalstefnanda eins. Það hefði stuðlað að auknum fjárhagslegum heildarstyrk stefnanda.

Gagnstefnandi mótmælir því enn fremur að hann hafi vanmetið fjárhagslegan styrk keppinautar stefnanda. Samanburður á fjárhagslegum styrkleika stefnanda og Ölgerðarinnar gefi til kynna að aðalstefnandi hafi haft meiri fjárhagslegan styrk á brotatímabilinu en keppinautur hans. Fjárhagsleg staða Ölgerðarinnar sé þannig ekki „einstök aðstaða“ í skilningi samkeppnisréttarins sem geti dregið úr þýðingu þess að stefnandi hafði um 70% markaðshlutdeild á brotatímabilinu. Til stuðnings málsástæðum sínum vísar gagnstefnandi að öðru leyti til þeirra sjónarmiða sem fram komi í ákvörðun gagnstefnanda og í greinargerð og svörum hans til nefndarinnar.

Gagnstefnandi mótmælir því einnig að ekki hafi verið tekið raunverulegt tillit til kaupendastyrks við mat á stöðu aðalstefnanda. Það hafi verið mat gagnstefnanda að mikill vörumerkjastyrkur aðalstefnanda vægi upp á móti kaupendastyrk

matvörukeðjanna. Enginn kaupandi á veitingamarkaðnum hafi verið það stór að tilfærsla á viðskiptum hans milli keppinauta gæti haft umtalsverð áhrif á stöðu aðalstefnanda á markaðnum. Þá eigi þessar tilfærslur sér stað á báða bóga eins og aðalstefnandi hafi sjálfur bent á við stjórnsýslumeðferð málsins. Kaupendastyrkur sé því ekki fyrir hendi á veitingamarkaði og hafi aðalstefnandi því ekki fært neitt það fram sem breyti þeirri niðurstöðu. Að öðru leyti vísar stefndi máli sínu til stuðnings til umfjöllunar um kaupendastyrk í ákvörðun sinni og greinargerð fyrir áfrýjunarnefnd samkeppnismála.

Gagnstefnandi hafnar þeirri málsástæðu aðalstefnanda að litlar aðgangshindranir séu að gosdrykkjamarkaðnum hér á landi. Þvert á móti séu miklar hagrænar aðgangshindranir að markaðnum til staðar sem helgist af öflugri stöðu stefnanda á markaðnum á grundvelli vörumerkjastyrks og stærðarhagkvæmni í framleiðslu, dreifingu og sölu. Þá sé ljóst að einkakaupasamningar stefnanda á veitingamarkaðnum hafi falið í sér miklar aðgangshindranir. Málsástæðum sínum til stuðnings vísar gagnstefnandi jafnframt til rökstuðnings í ákvörðun hans og umfjöllunar í greinargerð til áfrýjunarnefndarinnar.

Gagnstefnandi byggir á því að aðalstefnandi hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga og 54. gr. EES-samningsins með þeim aðgerðum sem lýst sé í ákvörðun gagnstefnanda. Aðgerðirnar hafi falist í því að gera tæplega 900 samninga sem hafi hindrað eða takmarkað aðgang keppinauta aðalstefnanda að markaðnum fyrir sölu gosdrykkja hér á landi á árunum 2005 til 2008. Er á því byggt að samningar þessir hafi falið í sér misnotkun aðalstefnanda á markaðsráðandi stöðu sinni og þar með brot á 11. gr. samkeppnislaga. Ekkert sé fram komið í málinu sem hreki forsendur og niðurstöðu í ákvörðun gagnstefnanda og úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála.

Á því er byggt að 11. gr. samkeppnislaga sé ekki háð því að sýnt sé fram á skaðleg áhrif samkeppni. Hafi sú regla ítrekað verið staðfest bæði af áfrýjunarnefnd og dómstólum, eins og nánar er rakið í greinargerð. Þegar af þeirri ástæðu telur gagnstefnandi að málsástæða aðalstefnanda, er lúti að þessu atriði, geti ekki breytt því að samningar hans hafi farið gegn 11. gr. samkeppnislaga. Í því sambandi mótmæla þeir tilvísunum aðalstefnanda til leiðbeininga framkvæmdastjórnarinnar ESB sem þýðingarlausum í málinu. Leiðbeiningarnar feli eingöngu í sér afstöðu framkvæmdastjórnarinnar til þess hvernig hún hyggist forgangsraða málum í framtíðinni en breyti ekki afdráttarlausum fordæmum. Skýrt sé af dómaframkvæmd hér á landi og í EES/ESB-samkeppnisrétti að ekki þurfi að sanna skaðleg áhrif. Það nægi að sýnt sé fram á að aðgerð sé til þess fallin að raska samkeppni.

Sýni markaðsráðandi fyrirtæki fram á að aðgerðir þess hafi ekki raskað samkeppni kunni það á hinn bóginn að hafa áhrif á viðurlög. Það hafi aðalstefnandi hins vegar ekki gert. Þvert á móti hafi stefndi fært rök fyrir því í ákvörðun sinni og greinargerð til áfrýjunarnefndar samkeppnismála að samningarnir hafi verið til þess fallnir að raska með alvarlegum hætti samkeppni á gosdrykkjamarkaði.

Af hálfu gagnstefnanda er því jafnframt mótmælt að samkeppnisaðstæður á skilgreindum mörkuðum hafi ekki verið rétt metnar í málinu meðal annars í ljósi samninga Ölgerðarinnar við sína viðskiptamenn. Þvert á móti hafi verið dregin upp mjög raunhæf mynd af samkeppnisaðstæðum og gosdrykkjamarkaðnum og stöðu keppinauta á honum. Er í því sambandi á það bent að aðalstefnandi hafi verið í

markaðsráðandi stöðu á gosdrykkjamarkaðnum ólíkt Ölgerðinni.

Þá telur gagnstefnandi að ákvæði samninganna um einkakaup og skilyrtan afslátt brjóti ótvírætt í bága við 11. gr. samkeppnislaga og 54. gr. EES-samningsins. Önnur ákvæði, svo sem um hillurými og markaðsframlög, brjóti einnig í bága við samkeppnislög þegar þau séu metin í samhengi við ákvæðin um einkakaup og skilyrtan afslátt. Öll séu þessi ákvæði til þess fallin að þrengja að eða útiloka keppinauta aðalstefnanda frá viðskiptum við þá aðila sem gert hafi umrædda viðskiptasamninga við stefnanda. Þá hindri samningar aðalstefnanda að miklu leyti, og í sumum tilvikum alfarið, að nýir aðilar geti náð fótfestu á markaðnum.

Gagnstefnandi byggir enn fremur á því að lánaþyrirgreiðslur þær sem vikið sé að í ákvörðun gagnstefnanda séu í raun ígildi tryggðarafsláttar eða skilyrts afsláttar (e. conditional rebates). Þess konar afsláttur hvetji kaupandann til að leggja höfuðáherslu á að selja vörur aðalstefnanda til að uppfylla skyldur sínar samkvæmt samningnum, ella sé hætta á að lánið verði gjaldfellt. Ákvæði af þessu tagi séu því til þess fallin að binda viðsemjendur aðalstefnanda í viðskiptum um langa hríð og hindra að þeir færi viðskipti til keppinauta. Þá liggi fyrir að lánveitingarnar séu háðar einkakaupum. Eins og fram komi í ákvörðun gagnstefnanda séu þessar greiðslur ekki magntengdar og byggji því ekki á kostnaðarlegu hagræði. Það auki á skaðleg áhrif samninganna.

Gagnstefnandi mótmælir enn fremur því að röksemdafærsla í ákvörðun gagnstefnanda um samkeppnishamlandi eðli samningsákvæða um þjónustu og markaðsmál sé ófullnægjandi. Þar séu þvert á móti færð sterk rök fyrir því að þessi ákvæði, metin sem hluti af heildarkjörum í viðskiptasamningum aðalstefnanda, auki skaðleg áhrif annarra ákvæða sem ótvírætt feli í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu og séu til þess fallin að aðalstefnandi viðhaldi markaðsráðandi stöðu sinni og komi í veg fyrir að nýir aðilar komist inn á markaðinn.

Gagnstefnandi mótmælir einnig staðhæfingum aðalstefnanda um að ákvæði um framstillingu og hillupláss í samningum sínum miði að því að mæta eftirspurn eftir vörum aðalstefnanda en séu ekki til þess fallin að tálma sölu á vörum annarra. Með því að hafa mjög há framstillingarhlutföll og hillurýmishlutföll í viðskiptasamningum aðalstefnanda sé verið að hygla vörum hans á kostnað vara frá öðrum keppinautum. Erfiðara sé þá fyrir keppinauta að koma vörum sínum á framfæri þar sem þær hafi síðri framstillingu og fái úthlutað minna rými en vörur stefnanda. Samningsákvæði sem mæli fyrir um að viðsemjendum sé óheimilt að hafa aðrar vörur en vörur aðalstefnanda í kælum sínum útiloki samkeppni keppinauta og komi í veg fyrir að nýir aðilar komist inn á markaðinn. Framangreind ákvæði í samningum aðalstefnanda séu því til þess fallin að auka sölu á vörum hans og hindra inngöngu nýrra keppinauta. Slík ákvæði feli að mati gagnstefnanda í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu og fari gegn 11. gr. samkeppnislaga og 54. gr. EES-samningsins.

Gagnstefnandi hafnar jafnframt öllum tilvísunum aðalstefnanda til mikils kaupendastyrks viðskiptavina sinna, sem geri honum ómögulegt að misnota markaðsráðandi stöðu sína á einhvern hátt. Um þetta atriði vísa hann til mats samkeppnisyfirvalda hér á landi og erlendis um algera nauðsyn þess að smásöluaðilar geti boðið upp á sterkustu vörumerki aðalstefnanda, einkum Coca-

cola (s.k. must stock brand). Þessi vörumerkjastyrkur vegi upp á móti hugsanlegum kaupendastyrk matvörumarkaðskeðjanna á dagvörumarkaði. Um sé að ræða einhverja vinsælustu og þekktustu neysluvöru veraldar og því óraunhæft að dagvöruverslun á samkeppnismarkaði komist hjá því að bjóða upp á slíka vöru.

Gagnstefnandi telur að með háttsemi sinni hafi aðalstefnandi brotið gegn 54. gr. EES-samningsins. Fyrirtækið sé í markaðsráðandi stöðu og markaðurinn taki til alls landsins. Þau útilokunaráhrif sem misnotkun hans hafi valdið hafi verið til þess fallin að hindra mögulega keppinauta í því að ná fótfestu á íslenska markaðnum. Unnt sé að flytja gosdrykki frá öðrum EES-ríkjum til Íslands auk þess sem hægt sé að framleiða gosdrykki á grundvelli leyfis frá fyrirtæki sem starfi í öðru EES-ríki. Í báðum tilvikum væri um að ræða viðskipti milli EES ríkja. Í ljósi þessa og með hliðsjón af atvikum þessa máls verði að telja að aðgerðir aðalstefnanda séu til þess fallnar að hafa áhrif á viðskipti milli EES-ríkja í skilningi 54. gr. EES-samningsins. Að öðru leyti vísar gagnstefnandi til umfjöllunar í ákvörðun sinni um þetta atriði.

Varðandi kröfu aðalstefnanda um niðurfellingu sektar mótmælir gagnstefnanda því að fyrirtækið hafi gert allar eðlilegar ráðstafanir til að fylgja samkeppnislögum. Í því sambandi er tekið fram að fyrirtæki í markaðsráðandi stöðu geti ekki réttlætt misnotkun sína með vísan til þess að það hafi ekki gert sér grein fyrir stöðu sinni eða að aðgerðirnar sem um ræði feli í sér misnotkun á slíkri stöðu. Aðalstefnandi hafi búið yfir upplýsingum um stöðu sína gagnvart keppinauti sínum og hafi, meðal annars í ljósi ákvörðunar framkvæmdastjórnar ESB í máli TCCC, mátt gera sér grein fyrir því að aðgerðir hans fælu í sér brot á 11. gr. samkeppnislaga.

Gagnstefnandi mótmælir málsástæðu aðalstefnanda, þess efnis að gagnstefnandi hafi verið andvígur því árið 2005 að Samtök iðnaðarins söfnuðu upplýsingum til að meta markaðshlutdeild aðila á gosdrykkjamarkaðnum, sem þýðingarlausri. Gagnstefnandi heldur því fram að hann hafi aldrei tekið afstöðu til þess hvort það samræmdist 10. gr. eða 12. gr. samkeppnislaga að Samtök iðnaðarins söfnuðu upplýsingum frá framleiðendum gosdrykkja til að meta markaðshlutdeild þeirra. Aðalstefnandi og/eða Samtök iðnaðarins hafi hins vegar getað óskað eftir undanþágu frá ákvæðum samkeppnislaga, sbr. 15. gr. laganna, hafi þau talið að umrædd upplýsingaöflun samrýmdist þeim ekki. Það hafi hins vegar ekki verið gert.

Gagnstefnandi telur málsástæðu þess efnis að verið sé að refska aðalstefnanda tvisvar vera vanreifaða, en mótmælir henni að öðrum kosti sem rangri og þýðingarlausri. Aðalstefnandi hafi ekki átt aðild að umræddu máli heldur hafi fyrirtækin, sem hafi verið aðilar að því, gengið sjálfviljug í að breyta þeirri háttsemi sinni sem raskaði samkeppni.

Gagnstefnandi mótmælir einnig öllum þeim sjónarmiðum sem aðalstefnandi teflir fram til stuðnings því að lækka beri sektina. Þeir vekja jafnframt athygli á því að gagnstefnandi hafi áður svarað flestum þessum sjónarmiðum í greinargerð sinni til áfrýjunarnefndar samkeppnismála og vísa til þeirrar umfjöllunar. Þá mótmælir gagnstefnandi því að sektarákvörðun hans sé ekki rökstudd með fullnægjandi hætti. Eðli málsins samkvæmt hafi gagnstefnandi ekki vikið að þeim sjónarmiðum sem aðalstefnandi hafi byggt á í kæru til áfrýjunarnefndar samkeppnismála fyrir en í greinargerð sinni til nefndarinnar.

Gagnstefnandi áréttar í þessu sambandi að aðalstefnandi hafi ekki getað haft réttmætar væntingar til þess að ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB í máli TCCC kæmi í veg fyrir þá rannsókn og þau viðurlög sem felast í ákvörðun gagnstefnanda. Aðalstefnandi hafi ekki getað verið í góðri trú um að ef hann félli ekki undir viðmið fyrrgreindrar ákvörðunar þá væri hann ekki í markaðsráðandi stöðu samkvæmt 11. gr. samkeppnislaga. Þegar atvik þessa máls áttu sér stað hafi aðalstefnandi vitað eða mátt vita að samkeppnisyfirvöld höfðu árið 1999 komist að þeirri niðurstöðu að fyrirtækið væri í markaðsráðandi stöðu þar sem talið var að það nyti um 70% markaðshlutdeildar og hefði yfir að ráða verulegum vörumerkjastyrk. Þessi niðurstaða hefði átt að gefa aðalstefnanda tilefni til aðgæslu. Þá hefði aðalstefnandi átt að gera sér grein fyrir því að fyrirtæki sem væru með 50% markaðshlutdeild eða hærri teldust markaðsráðandi nema eitthvað alveg sérstakt benti til annars. Enn fremur mátti aðalstefnandi gera sér grein fyrir því að 11. gr. samkeppnislaga bannaði einkakaupasamninga og samkeppnishamlandi afslátt og að í fjölmörgum samningum hans væru ákvæði sem bönnuðu eða ynnu gegn því að viðskiptavinir hans ættu viðskipti við keppinauta. Þá hafi aðalstefnandi sjálfur upplýst að á brotatímabilinu hafi hann vitað að hann væri með um 62% til 64% markaðshlutdeild. Ekki verði horft fram hjá því að fyrirtækið hafi um langa hríð verið mjög öflugt og notið ráðgjafar sérfræðinga í samkeppnismálum. Samkvæmt framansögðu telja gagnstefnandi og stefndi að aðalstefnandi hafi að sönnu haft ástæðu til að ætla að fyrirtækið væri í markaðsráðandi stöðu og mátt vita að umræddir samningar gætu falið í sér brot og haft í för með sér sektir vegna þeirra.

Gagnstefnandi byggir einnig á því að aðalstefnandi hafi framið brot sín af ásetningi en ekki gáleysi. Niðurstaða um þetta atriði breyti hins vegar ekki því að um brot hafi verið að ræða því gáleysi nægi. Sé brot framið af ásetningi geti það hins vegar leitt til hærri sekta en ella. Hér beri einnig að hafa í huga að gáleysi sé skýrt með þröngum hætti í samkeppnisrétti. Það nægi til að brot sé framið af ásetningi að viðkomandi fyrirtæki hafi mátt vera ljóst að aðgerð þess væri ætlað að raska eða gæti raskað samkeppni. Þá sé ljóst að mjög ríkar kröfur verði að gera til þekkingar fyrirtækja í markaðsráðandi stöðu á samkeppnisreglum. Í ljósi forsögu málsins og sé litið til eðlis og umfangs samninga aðalstefnanda sé ljóst að honum hafi á engan hátt getað dulist að aðgerðir hans væru til þess fallnar að draga með alvarlegum hætti úr samkeppni. Brotin hafi því verið framin af ásetningi eins og nánar sé rökstutt í ákvörðun gagnstefnanda.

Gagnstefnandi byggir á því að brot aðalstefnanda hafi verið alvarleg og staðið yfir í langan tíma. Um sé að ræða hátt í 900 ólögmetta samninga sem saman hafi haft veruleg skaðleg áhrif á samkeppni. Hafi samningarnir verið til þess fallnir að viðhalda og styrkja með óeðlilegum hætti stöðu aðalstefnanda á markaði fyrir vinsæla neytendavöru.

Þá mótmælir gagnstefnandi því að aðalstefnandi hafi sýnt sérstakan samstarfsvilja við meðferð málsins. Gagnaöflun hafi ekki gengið jafn vel og aðalstefnandi haldi fram. Í fyrstu hafi fyrirtækið aðeins afhent örlítinn hluta af þeim skriflegu gögnum sem óskað hafi verið eftir er lútu að viðskiptum aðalstefnanda við verslanir Haga hf.

Gagnstefnandi mótmælir því að það leiði til niðurfellingar eða lækkunar sektar að markaðsráðandi fyrirtæki láti af brotum í kjölfar athugunar samkeppnisyfirvalda.

Dómstólar ESB hafi ítrekað bent á að framkvæmdastjórn ESB sé óskilyt að lækka sektir þótt fyrirtæki hætti brotum eftir að rannsókn hefjist. Í þessu máli reyni hins vegar ekki á þetta enda hafi aðalstefnandi ekki sýnt fram á það nú eða við meðferð málsins að hann hafi breytt samningum sínum þannig að þeir séu samrýmanlegir ákvæðum samkeppnislaga. Skorað sé á aðalstefnanda að upplýsa nákvæmlega til hvaða aðgerða hann hafi gripið í þessu skyni.

Gagnstefnandi kveðst ekki geta fallist á að sú sekt sem aðalstefnanda hafi verið gert að greiða sé í ósamræmi við fyrri sektarákvarðanir. Nánar verður gerð grein fyrir þessum röksemdum í tengslum við gagnsök.

Þá mótmælir gagnstefnandi því að bág fjárhagsstaða aðalstefnanda eða bágborið efnahagsástand eigi að hafa áhrif á sektarfjárhæðina. Dómstólar ESB hafi ítrekað lýst því yfir að bág fjárhagsstaða fyrirtækja eigi ekki nauðsynlega að leiða til lægri sekta þar sem í því geti falist óeðlilegt hagræði og forskot fyrir viðkomandi fyrirtæki, sbr. t.d. dóm undirréttar ESB í máli nr. T-452/05 Belgian Sewing Thread gegn framkvæmdastjórninni. Aðeins eigi að horfa til slíkra erfiðleika ef greiðsla á sektinni leiðir til þess að viðkomandi fyrirtæki hrökklist út af markaðnum. Viðkomandi fyrirtæki verði að sanna þetta og í því sambandi séu gerðar mjög ríkar kröfur. Eins og ítarlega sé rökstutt í greinargerð gagnstefnanda til áfrýjunarnefndar samkeppnismála sé engin ástæða til að lækka sektarfjárhæð aðalstefnanda vegna fjárhagsstöðu hans. Þá vekur gagnstefnandi athygli á því að aðalstefnandi hafi nú fengið sterkan bakhjarl í kjölfar breytts eignarhalds. Engin málefnaleg sjónarmið hafi komið fram af hálfu aðalstefnanda um hvers vegna núverandi efnahagsástand eigi að leiða til lægri sektar hans en ella.

Stefndi, íslenska ríkið, kveðst byggja kröfu sína um sýknu af kröfum stefnanda um endurgreiðslu sektarfjárhæðarinnar á sömu málsástæðum og gagnstefnandi. Lögstandi ekki til þess að endurgreiða sektarfjárhæðina í heild eða að hluta nema að ákvörðun stefnda og úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála verði felld úr gildi með dómi. Þá sé kröfu um dráttarvexti sérstaklega mótmælt enda hvergi í lögum heimild til að dæma dráttarvexti á ofgreidda sektarfjárhæð.

Gagnstefnandi rökstyður kröfugerð sína í gagnsök með vísan til sömu atriða og hér hafa komið fram. Byggir hann kröfuna á því að aðalstefnandi hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga og 54. gr. EES-samningsins með þeim aðgerðum sem lýst sé í ákvörðun gagnstefnanda og að sekta beri aðalstefnanda af þeim sökum með vísan til meginreglu 1. mgr. 37. gr. samkeppnislaga, sbr. b- og j-liði málsgreinarinnar.

Gagnstefnandi byggir á því að sekt aðalstefnanda sé hæfilega ákveðin 260 milljónir króna. Á það er bent að sú sektarfjárhæð nemi u.þ.b. 3,6% af veltu aðalstefnanda árið 2010 eða 0,9% fyrir hvert ár sem brot fyrirtækisins hafi staðið yfir. Fjárhæðin sé því langt innan við hámark 2. mgr. 37. gr. samkeppnislaga. Þegar litið sé til alvarleika og umfangs brotanna og þess tíma sem þau hafi staðið yfir, áhrifa þeirra á samkeppni og veltu aðalstefnanda sé það mat gagnstefnanda að hann hafi stillt fjárhæð sektarinnar í hóf.

Gagnstefnandi kveðst ekki geta fallist á að sektin sem hann hafi ákveðið hafi ekki samrýmst fyrri sektarákvörðunum. Í þessu sambandi verði að hafa í huga að hvert og eitt mál sé einstakt. Samræmi við álagningu sekta megi ekki leiða til þess að fyrirtæki, sem brjóti eða íhugi að brjóta samkeppnislög, geti reiknað út eða séð

fyrir fjárhæðir sekta. Þannig sé samkeppnisyfírvöldum óheimilt að miða alltaf við sama hlutfall af veltu fyrirtækja er þau leggi á sektir. Með því væri leyst með sama hætti úr ósambærilegum málum og brotið gegn jafnræðisreglunni. Jafnframt gætu fyrirtæki þá reiknað út sektir og metið arðsemi hinnar brotlegu hegðunar út frá því og líkum á því að upp kæmist.

Hvað sem framansögðu líður telur gagnstefnandi, að sé litið til 65 milljóna króna sektar fyrirtækis í markaðsráðandi stöðu samkvæmt dómi Hæstaréttar Íslands í máli nr. 550/2007 fyrir gerð tveggja samkeppnishamlandi samninga, hefði átt að leggja þyngri sekt á aðaláfrýjanda en gert hafi verið samkvæmt úrskurði áfrýjunarnefndar. Gagnstefnandi byggir á því að brot viðkomandi fyrirtækis hafi ekki verið nálægt því eins umfangsmikil og ekki staðið jafn lengi og brot aðalstefnanda. Þá hafi velta fyrirtækisins verið mun lægri en velta aðalstefnanda. Engu að síður sé sektin, sem aðalstefnanda hafi verið gert að greiða með úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála, aðeins lítið eitt hærri en sú sekt sem lögð hafi verið á viðkomandi fyrirtæki. Á þetta geti gagnstefnandi ekki fallist enda brot aðalstefnanda alvarlegri og umfangsmeiri. Með vísan til hliðstæðra sjónarmiða og þegar hafa verið reifuð telur hann að ákvörðun hans um að leggja 260 milljóna króna sekt á aðalstefnanda hafi byggst á lögmætum og málefnalegum sjónarmiðum, enda séu brot aðalstefnanda ein þau umfangsmestu í sögu íslensks samkeppnisréttar þegar litið sé til fjölda samninga og tímalengdar hinnar brotlegu háttsemi.

Gagnstefnandi vísar til þess að það horfi til þyngingar á sekt aðalstefnanda að aðgerðir fyrirtækisins hafi stuðlað að því að aðalstefnandi viðhélldi stöðu sinni á brotatímabilinu. Þannig hafi markaðshlutdeild fyrirtækisins verið stöðug og verulegur hagnaður orðið af reglulegri starfsemi fyrirtækisins, eins og rakið hafi verið. Að mati gagnstefnanda verði að líta sérstaklega til þessa við ákvörðun sektarinnar. Að öðrum kosti kunni aðalstefnandi að hafa hagnast á því að hafa brotið gegn samkeppnislögum.

Gagnstefnandi bendir á að fjárhæð þeirrar sektar sem aðalstefnanda beri að greiða samkvæmt úrskurðinum jafngildi 20 milljóna króna sekt fyrir hvert ár sem brot hans hafi staðið yfir. Gagnstefnandi byggir á því að slík sekt sé langt frá því að vera nægjanleg til að hafa fullnægjandi varnaðaráhrif þegar litið sé til veltu og rekstrarhagnaðar stefnda. Á árinu 2008 hafi velta aðalstefnanda verið u.þ.b. sex milljarðar króna og hagnaður fyrir afskriftir um 817 milljónir króna. Að mati aðalstefnanda blasi við að 20 milljóna króna sekt fyrir hvert ár sem brotin hafi staðið yfir – samtals 80 milljónir króna – sé of lág í ljósi þess að aðgerðirnar hafi verið til þess fallnar að viðhalda markaðshlutdeild, veltu og hagnaði aðalstefnanda og á þann hátt markaðsráðandi stöðu hans. Í þessu sambandi verði að hafa í huga að samanlagður hagnaður aðalstefnanda fyrir afskriftir hafi numið 2.106 milljónum króna á árunum 2006 til 2008. Sekt að fjárhæð 260 milljónir króna sé hófleg í þeim samanburði.

Aðalstefnandi byggir á því að við skýringu á ákvæði 37. gr. samkeppnislaga verði að hafa hliðsjón af EES/ESB-samkeppnisrétti enda komi fram í athugasemdum með frumvarpi því sem varð að lögum nr. 52/2007, sem breyttu samkeppnislögum, að ákvæðið byggi á fyrirmyndum úr þeim rétti. Í þessu sambandi verði jafnframt að líta til þess að ákvörðun aðalstefnanda sé reist á 54. gr. EES-samningsins, sbr. 21. og 2. mgr. 26. gr. samkeppnislaga.

Á það er bent að við gerð samninganna hafi aðalstefnanda verið fyllilega ljóst að framkvæmdastjórn ESB hefði talið hliðstæð samningsákvæði andstæð samkeppnisreglum. Aðalstefnandi byggir á því að þetta horfi til þyngingar sektarinnar, sbr. til hliðsjónar dóm Hæstaréttar Íslands 19. febrúar 2004 í máli nr. 323/2003. Í því sambandi verði einnig að gæta að því að bæði fyrir og eftir upphaf brotatímabilsins hafi fyrirtækjum verið gert að greiða sektir hér á landi fyrir að gera samninga um einkakaup og tryggðarafslátt. Ekkert þessara mála hafi hins vegar haft þau áhrif að aðalstefnandi léti af brotum sínum. Með vísan til þessa byggir gagnstefnandi á því að þær sektir hafi ekki haft næg varnaðaráhrif.

Í þessu sambandi er vísað til dóms dómstóls ESB frá 7. júní 1983 í sameinuðum málum 100 til 103/80, SA Musique Diffusion française o.fl. gegn framkvæmdastjórninni (Pioneer), þar sem framkvæmdastjórnin var talin óbundin af fyrri ákvörðunum sínum við álagningu sekta í samráðsmálum og heimilt að leggja á hærri sektir en áður til að auka varnaðaráhrif. Dómstólar ESB hafi í fjölmörgum yngri dómum áréttað það sjónarmið að sektarákvarðanir í eldri málum takmarki ekki heimildir framkvæmdastjórnarinnar til að leggja á hærri sektir í yngri málum og vísar þar til tveggja dóma Evrópudómstólsins.

Gagnstefnandi telur að ákvörðun hans um fjárhæð sektarinnar hafi verið hófleg þegar litið sé til hefðbundinna viðmiða við álagningu sekta fyrir brot á samkeppnisreglum. Gagnstefnandi vísar um þetta til leiðbeininga framkvæmdastjórnar Evrópusambandsins um álagningu sekta (Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2003) og efnislega samhljóða leiðbeininga Eftirlitsstofnunar EFTA sem stofnunin myndi beita vegna brota íslenskra fyrirtækja á samkeppnisreglum EES-samningsins.

Í leiðbeiningum Eftirlitsstofnunar EFTA komi fram að sektir skuli hafa nægileg varnaðaráhrif hvort tveggja til að refsa viðkomandi fyrirtæki og til að koma í veg fyrir að önnur fyrirtæki brjóti eða haldi áfram að brjóta af sér. Í leiðbeiningunum sé gert ráð fyrir því að sektarfjárhæð sé ákveðin með tilliti til ákveðinnar grunnfjárhæðar sem geti verið allt að 30% af veltu viðkomandi fyrirtækis á hinum skilgreinda markaði á síðasta heila rekstrarári brotatímabilsins. Þessi grunnfjárhæð sé síðan margfölduð með þeim fjölda ára sem háttsemin hafi staðið yfir. Við mat á því hvaða hlutfall af veltu skuli miða við er litið til aðstæðna í hverju máli, svo sem markaðs hlutdeildar, umfangs og eðli brotsins eða brotanna og hvort viðkomandi samningum hafi verið hrint í framkvæmd. Þannig sé 5% lágt hlutfall en 25% hátt hlutfall. Sé miðað við 10% hlutfall í þessu máli yrði grunnfjárhæðin 280 milljónir króna. Beiting þessara viðmiðana hefði því leitt til þess að fjárhæð sektar hefði verið ákveðin 1.120 milljónir króna. Þar sem sektin mætti þó ekki vera hærri en sem næmi 10% af heildartekjum nýliðins árs ætti sektin að nema 708 milljónum króna, en heildartekjur aðalstefnanda námu 7.082 milljónum króna árið 2010. Með hliðsjón af þessu byggir gagnstefnandi á því að 260 milljóna króna sekt aðalstefnanda hafi verið stillt í hóf.

Að mati gagnstefnanda beri jafnframt að líta til þess að um sé að ræða markað sem sé sérstaklega þýðingarmikill fyrir neytendur en gríðarlegur fjöldi þeirra kaupir gosdrykki. Þá séu verðlagsbreytingar á gosdrykkjum til þess fallnar að hafa áhrif á almennar verðlagsmælingar. Hér sé enn fremur rétt að líta til þess að verulegur

rekstrarhagnaður sé af reglulegri starfsemi stefnda. Miðað við sektarfjárhæð nefndarinnar kunni aðalstefnandi að hafa hagnast af því að misnota markaðsráðandi stöðu sína, sbr. samanburð á sektarfjárhæð og hagnaði aðalstefnanda. Hegðun hans hafi verið til þess fallin að skaða samkeppni með alvarlegum hætti og valda almenningi tjóni með því að hindra og/eða takmarka samkeppni annarra gosdrykkjaframleiðenda og vinna gegn möguleikum nýrra aðila á að hasla sér völl á markaðnum.

Krafa gagnstefnanda og stefnda, íslenska ríkisins, um málskostnað styðst við 129. gr. og 130. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála.

3. Málsástæður og lagarök aðalstefnanda í gagnsök

Aðalstefndi reisir sýknukröfu sína í gagnsök í öllum meginatriðum á sömu röksemdum og í aðalsök. Þannig vísar hann til þess að verulegir annmarkar hafi verið á málsmeðferð samkeppnisyfirvalda og að þau hafi ekki verið bær til að beita aðalstefnanda stjórnvaldssekt. Enn fremur heldur hann því fram að þau hafi skilgreint markaðinn með röngum hætti, að niðurstaða þeirra um markaðsráðandi stöðu aðalstefnanda sé röng og að þeir samningar sem um ræði hafi ekki falið í sér misnotkun á ætlaðri markaðsráðandi stöðu aðalstefnanda. Af þessum sökum telur aðalstefnandi að úrlausnir samkeppnisyfirvalda, sem krafa gagnstefnanda sé reist á, séu ógildanlegar og því beri að sýkna aðalstefnanda í gagnsök.

Aðalstefnandi skírskotar jafnframt til fyrrgreindra sjónarmiða um að fella beri stjórnvaldssektina niður eða lækka hana. Því síður sé tilefni til að hækka sektina frá því sem áfrýjunarnefndin hafi ákveðið. Þá byggir hann á því að tilgreind sjónarmið gagnstefnanda, sem hann tefli fram til stuðnings því að hækka beri sektina, séu ekki málefnaleg. Þannig sé óheimilt að líta til leiðbeiningarreglna Eftirlitsstofnunar EFTA í þessu sambandi, sem ekki hafi lagagildi hér á landi. Þá telur aðalstefnandi að með því að líta til sambærilegra sjónarmiða og Eftirlitsstofnun EFTA við sektarákvörðun horfi gagnstefnandi alveg fram hjá því að hann sé stjórnvald sem sé bundið af meginreglum stjórnsýsluréttar, m.a. um að reisa ákvarðanir sínar á málefnalegum sjónarmiðum og draga forsvaranlegar ályktanir af gögnum máls, auk jafnræðisreglu 11. gr. og meðalhófsreglu 12. gr. stjórnsýslulaga. Aðalstefnandi hafnar því að gagnstefnandi verði aðeins að gæta „viss samræmis“ við álagningu sekta, eins og fram komi í stefnu í gagnsök. Þvert á móti beri honum að gæta fulls jafnræðis þegar hann leggi sektir á fyrirtæki.

Aðalstefnandi hafnar einnig þeirri fullyrðingu gagnstefnanda að tekið hafi verið tillit til áhrifa brotanna, enda hafi ekki verið gerð nein tilraun til þess að rannsaka hin ætluðu skaðlegu áhrif samninganna. Aðalstefnandi byggir einnig á því að óheimilt sé að láta veltu hafa áhrif á fjárhæð sektarinnar. Heildarvelta síðasta rekstrarárs geti aðeins komið til skoðunar sem hámark á álagningu sektar, sbr. 2. mgr. 37. gr. samkeppnislaga. Aðalstefnandi mótmælir einnig sjónarmiðum gagnstefnanda um þýðingu varnaðaráhrifa sekta. Telur aðalstefnandi að það sé ómálefnalegt og ólöglegt að gera úr honum fordæmi, með álagningu eins hárra sekta og krafist sé, með þeim röksemdum að sektarfjárhæð í öðrum málum hafi ekki haft tilætluð varnaðaráhrif. Þá telur hann að sektir þær sem gagnstefnandi krefjist séu ekki í samræmi við sektir í þeim málum sem gagnstefnandi vísi til. Þau

brot sem þar hafi verið til umfjöllunar hafi annars vegar verið ítrekunarbrot, en sektin í því máli hafi verið 65 milljónir króna, og hins vegar brot sem fólst m.a. í sértækum verðlækkunum gagnvart fyrirtæki sem hafi haft 5% markaðshlutdeild. Hvorugt eigi við í máli aðalstefnanda.

Að lokum vísar aðalstefnandi til þess að engir nýir samningar við viðskiptavinum geymi ákvæði um einkakaup eða tryggðarhvetjandi afslátt auk þess sem lagt hafi verið í þá vinnu að breyta öllum eldri samningum í þeim tilgangi að hætta notkun ákvæða af þessu tagi. Því sé ljóst að sektarákvarðanir samkeppnisyfirvalda hafi haft varnaðaráhrif, þar sem þær hafi hvatt fyrirtæki, sem þó telji sig ekki vera í markaðsráðandi stöðu, til að láta af gerð einkakaupasamningum.

Til viðbótar þessum málsástæðum reisir aðalstefnandi sýknukröfu sína á aðildarskortum gagnstefnanda. Telur hann að gagnstefnandi geti ekki haft uppi kröfu sem þessa, enda hafi hann ekki heimild til þess að lögum að krefjast þess fyrir dómi að aðila verði gert að greiða sektir í ríkissjóð. Eini aðilinn sem hafi slíka heimild sé fjármálaráðherra fyrir hönd íslenska ríkisins, eða aðrir þeir aðilar sem hafi heimild til þess á grundvelli skýrrar lagaheimildar. Þar sem gagnstefnandi hafi höfðað málið í þeim buningi sem raun beri vitni, í eigin nafni og án atbeina fjármálaráðherra, beri að sýkna aðalstefnanda af kröfum gagnstefnanda, sbr. 2. mgr. 16. gr. laga nr. 91/1991.

IV.

Niðurstaða

Aðalstefnandi byggir kröfur sínar í aðalsök og gagnsök meðal annars á því að ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB frá 22. júní 2005 í máli COMP/A.39.116B2 – Coca Cola hafi haft þá þýðingu að samkeppnisyfirvöldum hér á landi hafi verið óheimilt að taka þá ákvörðun sem krafist er ógildingar á. Sýnist dóminum að sú ályktun sé reist á tveimur meginröksemdum af hálfu aðalstefnanda. Annars vegar vísar hann til réttmætra væntinga hans til réttaráhrifa ákvörðunar framkvæmdastjórnarinnar, sbr. 2. mgr. 25. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005, sem skýra beri í samræmi við 16. gr. reglugerðar ráðsins (EB) nr. 1/2003. Hins vegar heldur aðalstefnandi því fram að sekt gagnstefnanda brjóti í bága við meginreglu laga um bann við endurtekinni málsmeðferð (ne bis in idem), sbr. 1. mgr. 4. gr. 7. sammingsviðauka við mannréttindasáttmála Evrópu.

Ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar liggur fyrir í málinu í íslenskri þýðingu. Þar kemur fram að henni sé beint að The Coca Cola Company (TCCC) og þremur evrópskum fyrirtækjum er annast átöppun, markaðssetningu og dreifingu drykkjarvara frá TCCC í Evrópu. Í ákvörðuninni eru þessir aðilar nefndir „aðilar“, en þess þó jafnframt getið í umfjöllun um aðild, að auk hinna „þriggja átappenda“ hafi „TCCC gert átöppunarsamninga við þriðju aðila í ákveðnum aðildarríkjum, í Noregi og á Íslandi, eða á landsvæðum sem þeim tilheyra, þar sem enginn hinna þriggja aðalátappenda eru til staðar“. Eins og rakið er í ákvörðuninni er tilefni hennar rannsókn framkvæmdastjórnarinnar á samningum framangreindra aðila við viðskiptamenn sína, sem virðist meðal annars hafa tekið til starfshátta á markaði hér á landi, ef marka má efni ákvörðunarinnar. Samkvæmt bráðabirgðamat

framkvæmdastjórnarinnar þóttu ákveðnir viðskiptahættir TCCC og framangreindra aðila, t.d. einkakaupasamningar, varhugaverðir í ljósi 82. gr. stofnsáttmála ESB og 54. gr. EES-samningsins. Eftir að sú afstaða lá fyrir lögðu TCCC, ásamt hinum þremur átöppunaraðilum, fram tillögu að skuldbindingum á grundvelli 9. gr. reglugerðar ráðsins (EB) nr. 1/2003, sem fól í sér að þessir aðilar myndu breyta viðskiptaháttum sínum til að mæta áhyggjum framkvæmdastjórnarinnar. Að auki myndi TCCC skuldbinda sig til þess að leitast við að afla „skuldbindinga allra þeirra átappenda (annarra en félaganna) sem skuldbindingar þessar eiga ekki við um“. Yrði það gert með því að TCCC legði fyrir þá aðila að fylgja viðkomandi skilmálum að viðlagðri uppsögn á átöppunarsamningum þeirra. Fram kemur í ákvörðuninni að það hafi verið tillaga fyrrgreindra aðila að skuldbindingarnar næðu til allra aðildarríkja ESB, Noregs og Íslands að því marki sem gosdrykkir frá TCCC hefðu yfir 40% hlutdeild í sölu gosdrykkja í viðkomandi ríki og tvöfalt hærri hlutdeild en næsti keppinautur. Með ákvörðuninni, sem eins og rakið hefur verið var reist á 9. gr. reglugerðar ráðsins (EB) nr. 1/2003, urðu þessar tillögur bindandi fyrir TCCC og hina þrjá átöppunaraðila sem áttu beina aðild að málinu.

Samkvæmt því sem fyrir liggur í málinu mun aðalstefnandi hafa samþykkt að gangast undir framangreinda skilmála í samræmi við fyrrgreinda skuldbindingu TCCC. Aðalstefnandi var hins vegar ekki aðili að máli framkvæmdastjórnarinnar enda liggur ekkert fyrir um að rannsókn hennar hafi getað leitt til þess að hann yrði beittur viðurlögum. Þær skuldbindingar sem aðalstefnandi tók á sig um að breyta viðskiptaháttum sínum, færi hlutdeild á sölu gosdrykkja frá TCCC yfir þau mörk sem framkvæmdastjórnin samþykkti, fólu ekki í sér refsikennd viðurlög. Þegar af þeirri ástæðu fær dómurinn ekki séð að regla er lýtur að banni við endurtekinni málsmeðferð í refsimálum, sbr. 1. mgr. 4. gr. 7. samningsviðauka við mannréttindasáttmála Evrópu, eigi við um atvik í máli þessu.

Með beitingu 9. gr. reglugerðar ráðsins (EB) nr. 1/2003 lauk framkvæmdastjórn ESB athugun sinni á viðskiptaháttum TCCC og hinna evrópsku átöppunaraðila að teknu tilliti til þeirra skuldbindinga sem fyrirtækin tóku á sig til að bregðast við áhyggjum framkvæmdastjórnarinnar. Í ákvörðuninni fólst því engin yfirlýsing um brot af hálfu viðkomandi fyrirtækja. Að þessu leyti er ákvörðunin frábrugðin öðrum úrræðum framkvæmdastjórnarinnar, sem einkum koma fram í 7. gr. reglugerðarinnar, enda felur 9. gr. reglugerðarinnar í raun aðeins í sér að unnt er að ljúka athugun með því að samþykkja tilögur málsaðila um tiltekna kvaðir sem miða að því að tryggja að samkeppnisreglum sé framvegis fylgt.

Vikið er að framangreindu úrræði 9. gr. reglugerðarinnar í 13. tölulið aðfararorða hennar. Þar segir að í „ákvörðun um skuldbindingu“ skuli koma fram að ekki sé lengur talinn grundvöllur til aðgerða af hálfu framkvæmdastjórnarinnar nema að fyrir liggi niðurstaða um að brot hafi verið framið eða að það standi enn yfir. Síðan segir að slíkar ákvarðanir um skuldbindingar séu „með fyrirvara um vald samkeppnisyfirvalda og dómstóla í aðildarríkjunum til að komast að niðurstöðu og úrskurða í málinu“.

Eins og rakið hefur verið byggir aðalstefnandi á því að fyrirmæli 2. mgr. 25. gr. samkeppnislaga, eins og skýra beri ákvæðið í ljósi 16. gr. reglugerðar ráðsins (EB) nr. 1/2003, hafi komið í veg fyrir að samkeppnisyfirvöld hér á landi beittu hann viðurlögum. Í 2. mgr. 16. gr. reglugerðarinnar segir að þegar „samkeppnisyfirvöld í aðildarríkjunum fella úrskurð um samninga, ákvarðanir eða aðgerðir skv. 81. eða

82. gr. sáttmálans, sem þegar hefur verið fjallað um í ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar, er þeim ekki heimilt að taka ákvörðun sem gengur gegn þeirri ákvörðun sem framkvæmdastjórnin hefur samþykkt“. Í 22. tölulið aðfararorða reglugerðarinnar er vikið að því álitaefni sem 16. gr. reglugerðarinnar er ætlað að mæta. Þar kemur fram að nauðsynlegt sé að skýra hvaða áhrif ákvarðanir og málsmeðferð framkvæmdastjórnarinnar hafa á dómstóla og samkeppnisyfirvöld í aðildarríkjunum til að forðast þversagnarkenndar niðurstöður. Í niðurlagi töluliðarins segir síðan orðrétt: „Ákvarðanir um skuldbindingar, sem framkvæmdastjórnin hefur samþykkt, hafa ekki áhrif á vald dómstólanna og samkeppnisyfirvalda í aðildarríkjunum til að beita 81. og 82. gr. sáttmálans.“

Við túlkun á 2. mgr. 16. gr. reglugerðarinnar hlýtur að þurfa að taka mið af því sem fram kemur í 13. og 22. tölulið aðfararorða reglugerðarinnar. Í því ljósi og að teknu tilliti til fyrrgreindrar sérstöðu ákvarðana um skuldbindingar samkvæmt 9. gr. reglugerðarinnar, telur dómurinn einsýnt að þess háttar ákvörðun sé ekki „ákvörðun sem framkvæmdastjórnin hefur samþykkt“ í skilningi 2. mgr. 16. gr. reglugerðarinnar. Sú grein reglugerðarinnar getur því ekki valdið því að túlka beri 2. mgr. 25. gr. samkeppnislaga á þann veg að ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB um skuldbindingar TCCC, sem urðu til þess að aðalstefnandi taldi nauðsynlegt að gangast einnig undir skuldbindingarnar, hafi komið í veg fyrir að gagnstefnandi beitti lögbundnum úrræðum sínum í máli aðalstefnanda. Þegar af þessari ástæðu verður að telja að samkeppnisyfirvöld hér á landi hafi verið bær til að skera úr um hvort aðalstefnandi hefði gerst brotlegur við 54. gr. EES samningsins sem og 11. gr. samkeppnislaga og ákveða fyrirtækinu viðurlög af því tilefni.

Ákvörðun samkeppnisyfirvalda í máli aðalstefnanda var ákvörðun um réttindi og skyldur hans er féll undir 2. mgr. 1. gr. stjórnarsýslulaga nr. 37/1993. Meðferð málsins varð því að fullnægja þeim almennu kröfum sem þar koma fram auk þess sem gagnstefnanda bar einnig að fylgja reglum nr. 880/2005 með síðari breytingum við málsmeðferðina. Aðalstefnandi telur að málsmeðferð gagnstefnanda og áfrýjunarnefndarinnar hafi farið í bága við fyrirmæli stjórnarsýslulaga á þrjá vegu. Í fyrsta lagi hafi málsmeðferðin ekki fullnægt kröfum IV. kafla laganna um andmælarétt málsaðila. Í öðru lagi hafi hún farið í bága við málshraðareglu 9. gr. stjórnarsýslulaga. Í þriðja lagi telur aðalstefnandi að gagnstefnandi hafi ekki rannsakað málsatvik með þeim hætti sem áskilið sé í 10. gr. stjórnarsýslulaga.

Með því að taka saman svonefnt andmælaskjal, þar sem ítarlega var gerð grein fyrir fyrstu ályktunum gagnstefnanda af athugun sinni á ætlaðri misnotkun aðalstefnanda á markaðsráðandi stöðu sinni, láta honum í té þau gögn sem samkeppnisyfirvöld töldu rétt að afhenda honum að loknu hagsmunamati á grundvelli 17. gr. stjórnarsýslulaga, og veita aðalstefnanda ráðrúm til að kynna sér þessi gögn, var honum gefinn kostur á því að tjá sig um efni málsins áður en ákvörðun var tekin, sbr. 13. stjórnarsýslulaga. Samkvæmt 15. gr. stjórnarsýslulaga á málsaðili almennt rétt á því að kynna sér öll skjöl og önnur gögn er málið varða. Þegar sérstaklega stendur á er stjórnvaldi heimilt að takmarka aðgang aðila að gögnum ef hagsmunir hans af því að notfæra sér vitneskju úr þeim þykja eiga að víkja fyrir mun ríkari almanna- eða einkahagsmunum. Upplýsingar í þeim gögnum, sem aðalstefnandi fékk ekki að kynna sér með vísan til 17. gr. stjórnarsýslulaga, munu hafa lotið að sundurliðuðum tekjum af sölu keppinauta aðalstefnanda og annarra aðila á drykkjarvörumarkaði í mismunandi vöruflokkum og afstöðu helsta keppinautar hans til stöðu sinnar á markaðnum. Ekki hefur verið sýnt fram á að

með því að takmarka aðgang aðalstefnanda að þessum gögnum á grundvelli mun ríkari viðskiptahagsmuna þeirra aðila sem upplýsingarnar vörðuðu hafi verið brotið gegn andmælarétti aðalstefnanda þannig að farið hafi í bága við 13. gr. stjórnslulaga.

Aðstoðarmaður, sem málsaðili fær til að aðstoða sig við rekstur stjórnslumáls, nýtur sömu réttinda til aðgangs að gögnum máls og aðili málsins, hafi málsaðili veitt honum umboð til þess. Slíkur aðstoðarmaður getur hins vegar ekki átt ríkari rétt til að kynna sér gögnin en málsaðili, enda horfa þeir einkahagsmunir, sem ætlunin er að standa vörð um með takmörkun á upplýsingarétti málsaðila, eins við gagnvart aðstoðarmanninum og málsaðila sjálfum. Tillaga aðalstefnanda um að lögmaður hans eða endurskoðandi á hans snærum færi yfir fyrrgreind gögn gat því ekki haft neina þýðingu þegar afstaða var tekin til aðgangs að þeim á grundvelli 15. gr., sbr. 17. gr. stjórnslulaga.

Athugun gagnstefnanda á viðskiptaháttum aðalstefnanda hófst með gagnaöflun 29. janúar 2007. Í upphafi virðist athugunin þó hafa beinst almennt að viðskiptasamningum birgja og matvöruverslana. Með bréfi 27. júní 2007 var aðalstefnanda tilkynnt að gagnstefnandi hygðist skoða samninga fyrirtækisins sérstaklega með tilliti til þess hvort þeir fælu í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu þess. Upplýsinga var aflað frá aðilum á drykkjarvörumarkaði haustið 2007 og samningar aðalstefnanda við viðskiptavini sína voru sendir gagnstefnanda í júlí 2008. Eftir því sem best verður séð lágu öll helstu gögn málsins þá fyrir nema sundurliðaðar upplýsingar um tekjur aðalstefnanda og helsta keppinautar hans af sölu á drykkjarvörum fyrir allt árið 2008. Niðurstaða frumathugunar gagnstefnanda lá fyrir 5. júní 2010, en þá voru þrjú ár og rúmíur fjórir mánuðir liðnir frá því almenna athugunin hófst og tæp þrjú ár frá því aðalstefnanda var tilkynnt að viðskiptahættir hans væru til sérstakrar skoðunar.

Í málalíbúnaði gagnstefnanda eru ekki gefnar aðrar skýringar á þeim tíma sem athugunin tók en að málið hafi verið umfangsmikið. Á það má að nokkru leyti fallast, enda kallaði það á að farið væri yfir um 1200 viðskiptasamninga með tilliti til áhrifa þeirra á samkeppni aðila á markaði með goddrykki. Eftir sem áður fær dómurinn ekki séð að það eitt réttlæti að frumathugun gagnstefnanda hafi tekið um þrjú ár, enda samningarnir að mörgu leyti hliðstæðir og ekki flóknir. Fór meðferð málsins að þessu leyti í bága við 1. mgr. 9. gr. stjórnslulaga, þar sem segir að ákvarðanir í málum skuli teknar svo fljótt sem unnt er. Auk þess var ekki fylgt fyrirmælum 3. mgr. 9. gr. sömu laga, þar sem sú skylda er lögð á stjórnvöld að skýra aðila frá því þegar fyrirsjáanlegt er að afgreiðsla máls muni tefjast, gera grein fyrir ástæðum tafanna og hvenær ákvörðunar sé að vænta. Þá fór málsmeðferðartími úrskurðarnefndar áfrýjunarmála fram yfir sex vikna frest samkvæmt niðurlagi 1. mgr. 9. gr. samkeppnislaga.

Reglur um málshraða miða að skilvirkni í stjórnslunni. Sé vanrækt að fylgja reglum af þessu tagi leiðir það almennt ekki til ógildingar stjórnvaldsákvörðunar. Að mati dómsins eru þeir annmarkar í máli þessu er lúta að málshraða ekki þess eðlis að skilyrði séu til að ógilda úrskurð áfrýjunarnefndarinnar, eins og krafist er.

Samkvæmt 1. mgr. 11. gr. samkeppnislaga er misnotkun eins eða fleiri fyrirtækja á markaðsráðandi stöðu bönnuð. Í 2. mgr. ákvæðisins eru tekin dæmi um hegðun fyrirtækis sem getur falið í sér slíka misnotkun. Í 4. tölul. 1. mgr. 4. gr.

laganna er hugtakið markaðsráðandi staða skilgreind. Þar segir að markaðsráðandi staða sé þegar fyrirtæki hafi þann efnahagslega styrkleika að geta hindrað virka samkeppni á þeim markaði sem skipti máli og að fyrirtækið geti að verulegu leyti starfað án þess að taka tillit til keppinauta, viðskiptavina og neytenda. Í 5. tölul. 1. mgr. 4. gr. laganna er markaður skilgreindur sem sölusvæði vöru og staðgengdarvöru og/eða sölusvæði þjónustu og staðgengdarþjónustu. Jafnframt er þar tekið fram að staðgengdarvara og staðgengdarþjónusta sé vara eða þjónusta sem að fullu eða verulegu leyti getur komið í stað annarrar.

Fyrrgreint ákvæði 11. gr. samkeppnislaga er sama efnis og 11. gr. eldri laga nr. 8/1993 eins og það hljóðaði eftir að 4. gr. laga nr. 107/2000 um breytingu á samkeppnislögum tók gildi. Í athugasemdum við síðastgreindu breytinguna í frumvarpi því sem varð að lögum nr. 107/2000 er vikið að hugtakinu markaðsráðandi staða samkvæmt orðskýringu 4. gr. laga nr. 8/1993, sem er samhljóða 4. gr. núgildandi laga. Í athugasemdunum kemur einnig fram að þegar staða fyrirtækis á markaði sé metin hafi markaðshlutdeild viðkomandi fyrirtækis verið talin mikilvæg vísbending um það hvort um markaðsyferráð sé að ræða. Þó sé nauðsynlegt að líta einnig til annarra þátta, eins og gerð viðkomandi markaðar og aðgangs að honum, yferráða yfir hráefnum, tækniþekkingu, hversu lengi markaðsyferráð hafi varað og margt fleira. Síðan segir í athugasemdunum að til þess að unnt sé að staðreyna hvaða stöðu fyrirtæki hafi á markaði sé nauðsynlegt að afmarka þann markað sem um sé að ræða og skilgreina viðkomandi vöru- eða þjónustumarkað annars vegar og hinn landfræðilega markað hins vegar. Við skilgreiningu á vöru- eða þjónustumarkaði ráði innbyrðis staðganga vara eða þjónustu því hvort þær teljist til sama vöru- eða þjónustumarkaðar. Til þess að meta staðgöngu verði meðal annars að hafa hliðsjón af eiginleikum vöru, eða þjónustu, verði hennar og til hvaða nota hún sé ætluð.

Þegar mat er lagt á hvort fyrirtæki sé í markaðsráðandi stöðu er nauðsynlegt að huga vandlega að því með hvaða hætti skilgreina eigi viðkomandi markað. Sé markaðurinn skilgreindur of þröngt er hætt við að íþyngjandi takmarkanir verði lagðar á fyrirtæki, sem eru ekki aðeins tilefnislausar, heldur kunna þær að grafa undan hagsmunum neytenda á viðkomandi markaði. Á sama hátt getur of víðtæk skilgreining markaðarins leitt til þess að fyrirtæki, sem er í raun í markaðsráðandi stöðu, þurfi ekki að sæta þeim samkeppnislegu hömlum sem þeirri stöðu eiga að fylgja svo eðlileg samkeppni geti þrífist á viðkomandi markaði. Í samræmi við 10. gr. stjórnisýslulaga nr. 37/1993 hvílir sú skylda á samkeppnisyfirdömdum að sjá til þess að þau atriði sem skipta máli, til þess að unnt sé að leggja mat á staðgöngu einstakra vörutegunda, séu upplýst áður en ákvörðun er tekin. Þegar fyrirhugað er að beita fyrirtæki íþyngjandi stjórnisýsluviðurlögum verður að leggja sérstaka áherslu á að vanda til rannsóknarinnar í því skyni að tryggja að komist verði að réttri niðurstöðu.

Eins og ráða má af 5. tölul. 1. mgr. 4. gr. samkeppnislaga og af ummælum í lögskýringargögnum markast viðkomandi vörumarkaður af allri vöru sem getur að öllu eða að verulegu leyti komið í stað annarrar vöru í viðskiptum viðkomandi fyrirtækis í ljósi eiginleika þeirra, verðlagningar og notagildis. Mat á slíkri staðgöngu vörutegunda hlýtur ávallt í fyrstu að beinast að samanburði á framangreindum atriðum. Eftir því sem vörurnar líkjast meira hvor annarri að þessu leyti getur þurft að beina athugininni að fleiri þáttum. Er sérstaklega mikilvægt að heildstætt mat af þessu tagi fari fram þegar úrlausn um staðgöngu viðkomandi

vörutegunda hefur afgerandi áhrif á markaðshlutdeild þess fyrirtækis sem er til rannsóknar.

Í ákvörðun gagnstefnanda var komist að þeirri niðurstöðu að ekki væri staðganga milli hefðbundinna gosdrykkja, hvort sem þeir væru sykraðir eða sykurlausir, og annarra óáfengra drykkja, eins og mjólkurdrykkja, ávaxtasafa og ípróttá- og orkudrykkja. Þar var litið til ólíkra eiginleika og ímyndar þessara drykkja í hugum neytenda, en gosdrykkir voru taldir uppfylla aðrar þarfir en þessir drykkir auk þess sem þeirra væri neytt við aðrar aðstæður og að þeir höfðu ekki með sama hætti til allra hópa neytenda. Dómurinn telur að ekki hafi þurft að afla frekari upplýsinga en hér lágu til grundvallar til að varpa ljósi á mögulega staðgöngu gosdrykkja og mjólkurdrykkja, ávaxtasafa, orkudrykkja og ípróttadrykkja. Sama á við um léttöl, kaffi, te og vatn, bæði kranavatn og átappað vatn án kolsýru. Þessar drykkjartegundir eru svo frábrugðnar gosdrykkjum, þegar litið er til eiginleika þeirra og við hvaða tækifæri þeirra er neytt, að engin ástæða er til að draga í efa að sú niðurstaða samkeppnisyfirvalda, að þær tilheyri öðrum markaði, er reist á viðhlítandi athugun málsatvika. Þá eru sannfærandi rök færð fyrir þeirri ályktun í ákvörðun gagnstefnanda. Ekki er því fallist á með aðalstefnanda að rannsókn málsins hafi verið ábótavant hvað þennan þátt varðar.

Í ákvörðuninni var sérstaklega vikið að mögulegri staðgöngu kolsýrðra og bragðbættra vatnsdrykkja og hefðbundinna gosdrykkja. Þar er komist að þeirri niðurstöðu að gosdrykkir séu „gerólíkir vatnsdrykkjum í hugum kaupenda“, eins og segi í niðurstöðukafla um skilgreiningu markaðarins í ákvörðun gagnstefnanda. Hvað þessa aðgreiningu varðar tekur dómurinn fram að gögn málsins bera með sér að aðalkeppinautur aðalstefnanda, Ölgerðin, hafi selt umtalsvert meira af slíkum vatnsdrykkjum en aðalstefnandi á tímabilinu frá 2005 til ársloka 2008, undir vörumerkinu Kristall og Kristall Plús. Markaðshlutdeild þessara tveggja aðila hefði því óhjákvæmilega orðið jafnari en lagt var til grundvallar við úrlausn samkeppnisyfirvalda, ef bragðbættir, kolsýrðir vatnsdrykkir hefðu verið skilgreindir sem hluti viðkomandi vörumarkaðar.

Alþekkt er að drykkir af þessu tagi eru keimlíkir að því leyti að þeir eru kolsýrðir og bragðbættir og freyða á hliðstæðan hátt við neyslu. Telur dómurinn að þessir vatnsdrykkir séu því gosdrykkir sérstakrar tegundar sem þó hafa ekki alveg jafn sætan keim og einkennir bæði sykraða og sykurlausa gosdrykki. Þá ber að líta til þess að þessum drykkjartegundum hefur oftast verið stillt upp saman í hillum verslana hér á landi og eru þar í hliðstæðum umbúðum og sömu magneiningum. Sama á við um matseðla veitingahúsa sem bjóða upp á slíka vatnsdrykki. Jafnframt verður að telja ósennilegt að kolsýrðir vatnsdrykkir séu á sama markaði og kranavatn og átappað ókolsýrt vatn.

Í ljósi sameiginlegra einkenna þessara drykkjartegunda, og þeirrar þýðingar sem staðganga þeirra hefði við mat á markaðshlutdeild aðalstefnanda, telur dómurinn að mikilvægt hafi verið að leggja heildstætt mat á og afla sem gleggstra upplýsinga um mögulega staðgöngu þeirra svo unnt væri að meta stöðu aðalstefnanda á viðkomandi markaði með viðhlítandi hætti. Við þetta vandasama mat bar að hafa í huga að kolsýrðir vatnsdrykkir kunna að geta komið í stað hefðbundinna gosdrykkja í hugum neytenda þó að gosdrykkir komi ekki í stað kolsýrðra vatnsdrykkja. Ber að áréttta að það var hlutverk gagnstefnanda að sjá til þess í samræmi við 10. gr. stjórnisýslulaga að þessi atriði væru upplýst áður en

ákvörðun var tekin.

Í rökstuðningi gagnstefnanda fyrir skilgreiningu sinni á vörumarkaðnum var vísað til álits samkeppnisráðs nr. 3/1999 vegna fyrirhugaðra kaupa Coca Cola Nordic Beverages A/S á öllu hlutafé í Vífilfelli ehf. Þar var komist að þeirri niðurstöðu að átappað vatn og safar væru ekki á sama vörumarkaði og gosdrykkir þar sem þessar drykkjartegundir uppfylltu ólíkar þarfir og þeirra væri neytt við ólík tækifæri. Dómurinn fær ekki séð að í þessu áliti hafi verið tekið til skoðunar hvort bragðbættir, kolsýrðir vatnsdrykkir, sem eru annars eðlis en átappað vatn, gætu tilheyrt sama markaði og gosdrykkir. Álitid gat því enga þýðingu haft við úrlausn á því meginálitaefni hvort staðganga væri milli þessara vörutegunda.

Í rökstuðningi gagnstefnanda var einnig vísað til ýmissa úrlausna framkvæmdastjórnar ESB frá 1997, 2001, 2005 og 2009, þar sem komist var að þeirri niðurstöðu að gosdrykkir tilheyru sérstökum markaði. Lýsing gagnstefnanda á þessum úrlausnum gefur ekki skýrt til kynna hvort framkvæmdastjórnin hafi litið svo á að hliðstæðir drykkir og þeir kolsýrðu vatnsdrykkir, sem hér eru til sérstakrar umfjöllunar, ættu að falla utan eða innan markaðsskilgreiningarinnar.

Eina erlenda úrlausnin sem gagnstefnandi vísar til í ákvörðun sinni, og tekur með skýrum hætti afstöðu til staðgöngu hefðbundinna gosdrykkja og kolsýrðra vatnsdrykkja með bragðefnum, er úrskurður breska samkeppnisráðsins (Competition Commission) frá 28. mars 2006 um samruna Cott Beverages Ltd. og Macaw (Holdings) Ltd. Þar var komist að þeirri niðurstöðu að þrátt „fyrir að kolsýrt, bragðbætt vatn sé gosdrykkur“ þá verði það aðgreint frá öðrum „hefðbundnari gosdrykkjum um sinn“ þar sem það sé markaðssett sem vatn og njóti þar með góðs af ímynd sem tengdist heilsusamlegu lífni og skilaði að því er virtist meiri framlegð. Í ákvörðun gagnstefnanda er talið að auðveldlega megi yfirfæra þetta mat á íslenska markaðinn þar sem þróaðir hefðu verið vatnsdrykkir sem væru bæði kolsýrðir og bragðbættir. Orðrétt segir síðan í ákvörðuninni: „Þessir drykkir innihalda jafnvel sykur af einhverju tagi eða sætuefni, a.m.k. í einhverjum tilvikum. Engu að síður eru þessir drykkir markaðssettir sem eins konar heilsudrykkir og neytendur eru að því er virðist hvattir í auglýsingum til að neyta þeirra heilsu sinnar vegna. Þannig hafa þessir drykkir verið tengdir heilbrigðu lífni í hugum neytenda jafnvel þótt sumum þeirra svipi til ávaxtagosdrykkja. Þar sem ætla má að neytendur muni seint neyta gosdrykkja til að bæta heilsu sína þá verður ekki annað séð en þessir vatnsdrykkir tilheyri öðrum markaði en gosdrykkir enda engin ástæða til að ætla að neytendur líti þessa drykki öðrum augum en samræmist þeirri ímynd sem framleiðendur hafa skapað um þá.“

Dómurinn telur rétt að gjalda varhug við því að heimfæra álit erlendra samkeppnisyfirvalda á markaðsaðstæðum á neytendamarkaði í sínu heimalandi yfir á aðstæður hér á landi líkt og hér virðist gert. Athugun gagnstefnanda varð þvert á móti að beinast að raunverulegum aðstæðum hér á landi á þeim tíma sem rannsóknin tók til. Ályktun gagnstefnanda um markaðssetningu vatnsdrykkja, þar sem neysla þeirra er fremur tengd heilbrigðum lífsháttum, virðist þó reist á því með hvaða hætti drykkirnir hafa verið auglýstir hér á landi. Engin dæmi eru þó tilgreind í ákvörðun gagnstefnanda þessu til stuðnings og hefur aðalstefnandi dregið í efa að þessar ólíku áherslur við markaðssetningu séu jafn augljósar og gagnstefnandi vill vera láta. Heldur hann því meðal annars fram að markaðssetning á sykurlausum gosdrykkjum sé tengd heilsu á hliðstæðan hátt og gert sé við markaðssetningu

kolsýrðra vatnsdrykkja. Athugasemdum aðalstefnanda, er luttu að þessu í kæru til áfrýjunarnefndarinnar, var ekki mætt með tilvísunum í tilteknar auglýsingar, heldur var viðurkennt í athugasemdum gagnstefnanda við kærana að í auglýsingum fyrir sykurlausa gosdrykki væri „í einhverjum tilvikum lögð áhersla á heilbrigðan lífstíl (fáar kalóriur)“. Á móti var á það bent að á sama tíma væri því haldið á lofti að drykkirnir brögðuðust jafn vel og sykrudu útgáfunar. Þá var því einnig haldið fram að í auglýsingum fyrir sykurlausa gosdrykki lægi áherslan „fremur á megrun en heilbrigðan lífstíl“, jafnvel „ævintýramennsku“ í stað heilsu. Þessar ályktanir einkennast af almennum staðhæfingum sem ekki eru studdar dæmum. Því er óljóst að hvaða marki hafi verið stuðst við viðhlítandi rannsókn á markaðssetningu þessara drykkjartegunda áður en fullyrt var að ímynd þeirra í auglýsingum væri svo ólík að það mælti eindregið gegn því að staðganga væri milli þeirra.

Við mat á staðgöngu drykkjartegunda í máli þessu verður jafnframt að hafa í huga að aðalstefnandi selur ekki vörur beint til neytenda heldur á hann í viðskiptum við endurseljendur á dagvörumarkaði og veitingamarkaði. Í því samhengi er eðlilegt að beina sjónum að því hvað ætla megi um staðgöngu hefðbundinna gosdrykkja og bragðbættra og kolsýrðra vatnsdrykkja eins og hún horfir við endurseljendum. Í ákvörðun gagnstefnanda er að nokkru leyti vikið að þessu og bent á að út frá sjónarhóli endurseljenda, „eins og matvöruverslana og reyndar flestra söluaðila sem bjóða upp á eitthvert úrval drykkjarvara“ sé nauðsynlegt að „hafa á boðstólum flestar ef ekki allar þessar vörutegundir“. Í ákvörðuninni segir síðan að það sé ekki „raunhæfur kostur fyrir matvöruverslun að hætta að bjóða upp á gosdrykki, ef t.d. verð á þeim hækkar, og leggja þess í stað meiri áherslu á kolsýrt vatn eða ávaxtadjús“. Því er í ákvörðuninni talið að „framleiðsla og dreifing á hverjum drykkjarvöruflokki, t.d. gosdrykkjum, [myndi] sjálfstæðan vörumarkað þar sem aðrar drykkjarvörur eða tegundir [geti] ekki komið í stað þess vöruflokks sem fyrr er getið“. Í ákvörðuninni er jafnframt tekið fram að það sjónarmið, sem aðalstefnandi hafi teflt fram, um að neytendur krefjist sífellt meiri fjölbreytileika í vöruúrvali, styðji þá niðurstöðu að „endurseljendur með allnokkurt úrval drykkjarvara þurfi að hafa flesta ef ekki alla drykkjarvöruflokka á boðstólum“. Það var talið þýða að um aðgreinda markaði væri að ræða.

Að mati dómsins er í þessari umfjöllun tekið of djúpt í árinna um þýðingu vöruúrvals við afmörkun viðkomandi markaðar. Endurseljendur gosdrykkja þurfa ekki að bregðast við verðhækkun á þeim með því að hætta alfarið að bjóða upp á gosdrykki, og auka þess í stað viðskipti sín með kolsýrða vatnsdrykki, til að fyrir liggja vísbendingar um staðgöngu. Ef ætla má að marktæk hækkun á verði gosdrykkja leiði til aukinnar sölu vatnsdrykkja, þannig að hækkunin skili ekki neinum ávinningi, liggja hins vegar fyrir skýrar vísbendingar um staðgöngu. Það útilokar hins vegar ekki að endurseljendur hafi áfram sömu drykkjartegundir á boðstólum en í öðrum hlutföllum.

Dómurinn tekur fram að vatnsdrykkir kunni almennt í hugum neytenda að njóta góðs af tengingu við heilnæmi vatnsins meðan gosdrykkir þykja jafnan fremur óhollir. Þessi ímynd er hins vegar háð síkvikum, samfélagslegum viðhorfum sem geta tekið breytingum frá einum tíma til annars. Vöruþróun, markaðssetning, framstilling og verðlagning getur haft þau áhrif að vörutegundir, sem áður þóttu ólíkar, skarist nú í hugum neytenda. Eins og bent er á í ákvörðun gagnstefnanda, og vikið var að hér að framan, eiga ýmsar tegundir hefðbundinna gosdrykkja og kolsýrðra vatnsdrykkja mjög margt sameiginlegt. Þannig er hitaeiningafjöldinn

hliðstæður í sykurlausum gosdrykkjum og bragðbættum vatnsdrykkjum, auk þess sem líkindi eru í bragði þeirra og öðrum einkennum. Þá er þeim stillt upp hlið við hlið í verslunum og fást þar í sömu magneiningum. Því telur dómurinn að rannsaka hafi þurft nánar viðhorf neytenda hér á landi áður en því var slegið föstu af hálfu samkeppnisyfirvalda að ímynd drykkjartegundanna væri svo ólík að bragðbættir og kolsýrðir vatnsdrykkir gætu ekki komið í stað hefðbundinna gosdrykkja.

Jafnframt er til þess að líta að í ákvörðun gagnstefnanda, sem staðfest var af áfrýjunarnefnd samkeppnismála, var í engu getið um hvernig þessum drykkjartegundum er stillt upp í verslunum, hvernig verðlagningu þeirra er háttáð og hver hafi verið framlegð af sölu þeirra á tímabilinu. Ekki var heldur leitað rökstudds álits endurseljenda til álitaefna tengdum mögulegri staðgöngu kolsýrðra vatnsdrykkja og hefðbundinna gosdrykkja. Þá verður ekki séð að sjálfstæð rannsókn hafi farið fram af hálfu gagnstefnanda á sölu- og verðlagsþróun á drykkjarvörumarkaðnum sem hefði getað gefið vísbendingar um hreyfingar í viðskiptum milli þessara vörutegunda. Á hinn bóginn var leitað svara helsta keppinautar aðalstefnanda á drykkjarvörumarkaðnum, Ölgerðarinnar, meðal annars um stöðu fyrirtækisins á markaði. Í gögnum, sem lögð voru fyrir dóminn samkvæmt 69. gr. laga nr. 91/1991, er að finna svarbréf lögmanns fyrirtækisins, dags. 11. ágúst 2008, við þessari fyrirspurn. Þar var talið að aðstæður á íslenska markaðnum væru nokkuð sérstakar í samanburði við hinn evrópska markað í ljósi þess að sala á ýmiss konar vatnsdrykkjum með koltvísýringi hefði aukist verulega hér á landi meðal annars á kostnað hefðbundinna gosdrykkja. Var það talið gefa vísbendingu um að þessir drykkir tilheyrðu sama markaði og var við það stuðst í bréfinu. Þessi afstaða helsta keppinautar aðalstefnanda gaf vísbendingu um hvernig markaðurinn horfði við honum. Styrkir hún að sínu leyti þá afstöðu að staðganga hafi verið milli hefðbundinna gosdrykkja og kolsýrðra, bragðbættra vatnsdrykkja á tímabilinu sem var til athugunar. Það hefði átt að gefa gagnstefnanda sérstakt tilefni til nánari rannsóknar á mögulegri staðgöngu þessara drykkjartegunda en þeirri sem fram fór áður en sú ályktun var dregin að hún væri ekki til staðar.

Í ljósi alls þess sem hér hefur verið rakið verður ekki hjá því komist að álykta að ekki hafi verið lagður nægjanlega traustur grundvöllur að þeirri niðurstöðu að engin staðganga væri milli hefðbundinna gosdrykkja og kolsýrðra vatnsdrykkja. Að þessu leyti fór athugun gagnstefnanda í bága við rannsóknarreglu 10. gr. stjórnisýslulaga. Ekki var bætt úr þessum annmörkum þegar málið kom til kasta áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Niðurstaða samkeppnisyfirvalda um markaðsráðandi stöðu aðalstefnanda byggðist að þessu leyti á ófullnægjandi rannsókn á markaðnum. Afmörkun markaðarins að þessu leyti gat haft afgerandi þýðingu um innbyrðis markaðshlutdeild aðalstefnanda og helsta keppinautar hans. Markaðshlutdeild þessara fyrirtækja skipti verulegu máli við mat á því hvort aðalstefnandi yrði talinn í markaðsráðandi stöðu á viðkomandi markaði. Gagnstefnandi hefur ekki fært rök fyrir því að engu breyti um markaðsráðandi stöðu aðalstefnanda á árunum 2005 til 2008 þó að kolsýrðir vatnsdrykkir séu felldir undir sama markað og hefðbundnir gosdrykkir. Í því efni verður að hafa í huga að sé um fákeppnismarkað að ræða eins og í þessu tilviki, þar sem tvö fyrirtæki virðast keppast um hylli viðskiptavina, verður að ætla að munurinn á markaðshlutdeild þeirra þurfi að vera þó nokkur til að sterkara fyrirtækið teljist í markaðsráðandi stöðu. Eins og atvikum var háttáð og í ljósi þess sem hér hefur verið rakið telur dómurinn að úrskurðurinn, sem krafist er ógildingar á, hafi verið haldinn slíkum annmarka að fallast beri á ógildingarkröfu aðalstefnanda.

Að teknu tilliti til framangreindrar niðurstöðu er ekki ástæða til að fjalla um aðrar röksemdir aðalstefnanda fyrir því að ógilda úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Ekki er því fjallað um þær málsástæður er lúta að því að viðkomandi markaður eigi að afmarkast með tilteknum, öðrum hætti en samkeppnisyfirvöld leggja til grundvallar eða að aðalstefnandi hafi í reynd ekki verið í markaðsráðandi stöðu á viðkomandi markaði. Þá er engin afstaða tekin til málsástæðna aðalstefnanda um að umræddir samningar hafi ekki falið í sér misnotkun þeirrar stöðu.

Þar sem fallist er á ógildingarkröfu aðalstefnanda kemur gagnkrafa gagnstefnanda ekki til álita. Því ber að sýkna aðalstefnanda af henni.

Óumdeilt er að aðalstefnandi greiddi 2. maí 2011 sektarfjárhæðina sem gagnstefnandi lagði á fyrirtækið, 260 milljónir króna, með fyrirvara. Eftir að áfrýjunarnefnd samkeppnismála lækkaði stjórnvaldssektina í 80 milljónir með úrskurði 30. september 2011 fékk aðalstefnandi endurgreiddar 180 milljónir króna 14. október 2011. Þar sem úrskurðurinn er með þessum dómi felldur úr gildi stofnast krafa á hendur stefnda, íslenska ríkinu, um endurgreiðslu á eftirstöðvum sektarinnar í samræmi við almennar reglur. Ber því að fallast á kröfu aðalstefnanda um að stefndi, íslenska ríkið, greiði honum 80 milljónir króna.

Aðalstefnandi krefst vaxta samkvæmt 1. mgr. 8. gr. laga nr. 38/2001 af framangreindri endurgreiðslukröfu frá 2. maí 2011, er aðalstefnandi innti sektargreiðsluna af hendi, til 30. mars 2012, daginn eftir að mál þetta var höfðað. Um þá kröfu vísar aðalstefnandi til 1. mgr. 2. gr. laga nr. 29/1995 um endurgreiðslu oftekinna skatta og gjalda. Þau lög gilda um endurgreiðslu stjórnvalda, sem innheimta skatta eða gjöld, á fé sem ofgreitt reynist lögum samkvæmt. Þessi lög gilda ekki um álagðar stjórnvaldssektir, sbr. til hliðsjónar dóm Hæstaréttar Íslands frá 30. maí 2013 í máli nr. 52/2013, einungis um ofgreiðslu skatta og þjónustugjalda, eins og ráða má af athugasemdum við 1. gr. þess frumvarps er varð að lögum nr. 29/1995. Eins og málatilbúnaði aðalstefnanda er háttað eru ekki forsendur til að taka afstöðu til þess hvort aðalstefnandi geti átt kröfu um vexti samkvæmt 1. mgr. 8. gr. laga nr. 38/2001 á öðrum lagagrundvelli. Sú krafa kemur því ekki til álita.

Aðalstefnandi krefst dráttarvaxta af fjárkröfu sinni frá 30. mars 2012, en mál þetta var höfðað 29. sama mánaðar. Í 5. gr. laga nr. 38/2001 er fjallað um hvenær kröfuhafi getur reiknað dráttarvexti á kröfu sína. Þegar ekki hefur verið samið um gjalddaga kröfu er almenna reglan sú að heimilt er að reikna dráttarvexti frá og með þeim degi þegar liðinn er mánuður frá því að kröfuhafi sannanlega krafði skuldara með réttu um greiðslu, sbr. 3. mgr. 5. gr. laganna. Þrátt fyrir þessa reglu er ávallt heimilt að reikna dráttarvexti frá og með þeim degi er dómsmál er höfðað um kröfu, sbr. 4. mgr. sömu greinar. Krafa aðalstefnanda um dráttarvexti samrýmist þessu ákvæði og ber af þeim sökum að fallast á hana.

Með vísan til 1. mgr. 130. gr. laga nr. 91/1991 á aðalstefnandi rétt á málskostnaði sameiginlega úr hendi gagnstefnanda og stefnda. Í máli þessu krafðist aðalstefnandi frávísunar á kröfum gagnstefnanda í máli því sem sameinað var þessu máli. Þeirri kröfu var hafnað og ákvörðun málskostnaðar lätin bíða lokaniðurstöðu málsins. Við ákvörðun málskostnaðar nú verður því tekið tillit til þessarar

niðurstöðu í frávísunarþætti málsins sem horfir til lækkunar á málskostnaði aðalstefnanda. Í ljósi umfangs málsins þykir málskostnaður hans hæfilega ákveðinn 2.000.000 króna.

Dóm þennan kveða upp héraðsdómararnir Ásmundur Helgason og Sigrún Guðmundsdóttir auk sérfróða meðdómarans, dr. Katrínar Ólafsdóttur, lektors við viðskiptadeild Háskólans í Reykjavík.

D Ó M S O R Ð :

Úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála frá 4. október 2011 í máli nr. 3/2011 er felldur úr gildi.

Stefndi, íslenska ríkið, greiði aðalstefnanda, Vífilfelli hf., 80.000.000 króna með dráttarvöxtum samkvæmt 1. mgr. 6. gr. laga nr. 38/2001 um vexti og verðtryggingu frá 30. mars 2012 til greiðsludags.

Aðalstefnandi er sýkn af kröfum gagnstefnanda, Samkeppniseftirlitsins, í gagnsök.

Gagnstefnandi og stefndi greiða aðalstefnanda 2.000.000 króna í málskostnað.

Ásmundur Helgason (sign.)

Sigrún Guðmundsdóttir (sign.)

Katrín Ólafsdóttir (sign.)