

# D Ó M U R

Héraðsdóms Reykjavíkur 23. janúar 2017 í máli nr. E-7/2015:

Apótek Vesturlands ehf.

(Jón Magnússon hrl.)

gegn

Lyfjum og heilsu hf.

(Halldór Brynjar Halldórsson hdl.)

## I

Mál þetta, sem var höfðað með stefnu birtri 11. desember 2014, var dómtekið 28. nóvember 2016. Stefnandi er Apótek Vesturlands ehf., Smiðjuvöllum 32, Akranesi. Stefndi er Lyf og heilsa hf., Síðumúla 20, Reykjavík.

Endanlegar dómkröfur stefnanda eru eftirfarandi:

Aðallega: Að stefndi verði dæmdur til greiðslu skaðabóta að fjárhæð 18.506.678 krónur auk vaxta samkvæmt 8. gr. laga nr. 38/2001, um vexti og verðtryggingu, frá 1. janúar 2011 til 1. júní 2014 en með dráttarvöxtum samkvæmt 5. gr., sbr. 9. gr., laganna frá þeim degi til greiðsludags og leggist dráttarvextir við höfuðstól á 12 mánaða fresti í fyrsta sinn 1. júní 2015, sbr. 12. gr. laga nr. 38/2001.

Til vara: Að stefndi verði dæmdur til að greiða aðra og lægri fjárhæð að mati dómsins auk vaxta samkvæmt 8. gr. laga nr. 38/2001, um vexti og verðtryggingu, frá 1. janúar 2011 til 1. júní 2014 en með dráttarvöxtum samkvæmt 5. gr., sbr. 9. gr., laganna frá þeim degi til greiðsludags og leggist dráttarvextir við höfuðstól á 12 mánaða fresti í fyrsta sinn 1. júní 2015, sbr. 12. gr. laga nr. 38/2001.

Stefndi krefst aðallega sýknu af öllum kröfum stefnanda en til vara að kröfur stefnanda verði lækkaðar verulega. Í báðum tilvikum er krafist málskostnaðar úr hendi stefnanda.

Í greinargerð stefnda var þess krafist að málinu yrði vísað frá dómi en fallið var frá frávísunarkröfunni undir rekstri málsins fyrir dóminum.

## II

Forsaga málsins er sú að stefnandi opnaði lyfjaverslun á Akranesi 30. júní 2007. Fyrir var þar rekin lyfjaverslun stefnda sem var sú eina sinnar tegundar sem var starfandi á Akranesi á árunum 2000 til 2007. Stefndi rak á árinu 2007 25 lyfjaverslanir og útibú undir merkjum Lyfja og heilsu og fjórar verslanir undir nafninu Apótekarinn. Eftir opnun lyfjaverslunar stefnanda á Akranesi brást stefndi við með því að bjóða viðskiptavinum upp á afslætti sem einvörðungu stóðu til boða í verslun stefnda á Akranesi ekki í öðrum verslunum í lyfjakeðju stefnda.

Síðla sumars 2007 barst Samkeppniseftirlitinu óformleg kvörtun frá stefnanda þess efnis að stefndi beitti sértækum verðlagningaráðferðum í lyfjaverslun stefnda á Akranesi, með það að markmiði að hindra að stefnandi næði fótfestu á sama markaði. Í kvörtuninni var bent á að umræddar aðgerðir kynnu að fara gegn 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005. Samkeppniseftirlitið tók í kjölfarið til skoðunar, hvort stefndi hefði með aðgerðum gegn keppinautum farið gegn ákvæðum samkeppnislaga og framkvæmdi húsleit hjá stefnda 14. september 2007.

Með ákvörðun, sem birt var stefnda 26. febrúar 2010, komst Samkeppniseftirlitið að þeirri niðurstöðu að stefndi hefði brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 og lagði 130.000.000 króna sekt á stefnda. Rökstuðningur að baki ákvörðun Samkeppniseftirlitsins var í stuttu máli sá að stefndi hefði verið í markaðsráðandi stöðu á staðbundna markaðinum fyrir smásölu lyfja, sem stefnandi leitaðist við að eiga innkomu á. Ennfremur að stefndi hafi gripið til aðgerða, sem hafi haft það að markmiði að raska samkeppni á Akranesi. Framboðin vildarkort til viðskiptavina og afslættir, sem stefndi hefði boðið viðskiptavinum í aðdraganda þess að stefnandi hóf rekstur og í kjölfar þess, hefðu verið liður í því. Um tryggðarhvetjandi aðgerðir hefði verið að ræða sem hefðu falið í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Þá var því hafnað að aðgerðir stefnda mætti réttlæta sem eðlileg viðbrögð við aukinni samkeppni á þeim markaði sem skilgreindur var í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins.

Stefndi kærði ákvörðun Samkeppniseftirlitsins til áfrýjunarnefndar samkeppnismála og krafðist þess að hún yrði felld úr gildi. Með úrskurði, uppkveðnum 11. júní 2010, staðfesti áfrýjunarnefndin að stefndi, sem hafi á umræddum tíma verið í markaðsráðandi stöðu, hefði brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 með þrenns konar háttsemi, í fyrsta lagi með því að hafa beitt óeðlilegum þrýstingi til þess að hindra innkomu stefnanda inn á þann markað, í öðru lagi með því að bjóða upp á tryggðarhvetjandi afsláttarkerfi, þ.e. með framboði á vildarkortum og í þriðja lagi með því að bjóða upp á framlegðarafslætti eftir innkomu stefnanda á markaðinn. Samkvæmt því staðfesti áfrýjunarnefnd samkeppnismála þá ákvörðun Samkeppniseftirlitsins að stefndi hefði með aðgerðum sínum brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005. Sektin var hins vegar lækkuð í 100.000.000 króna.

Stefndi skaut málinu til dómstóla og krafðist þess m.a. að úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála yrði felldur úr gildi. Með dómi Hæstaréttar Íslands, uppkveðnum 14. mars 2013, í máli réttarins nr. 355/2012 var með vísan til forsendna staðfest sú niðurstaða Héraðsdóms Reykjavíkur, að sýkna Samkeppniseftirlitið af kröfugerð stefnda.

Stefnandi telur sig hafa orðið fyrir tjóni sem samsvari hið minnsta kröfugerð í máli þessu, vegna þeirrar háttsemi sem stefndi viðhafði vegna innkomu stefnanda á smásölumarkaði fyrir lyf á Akranesi og var talin brjóta í bága við 11. gr. samkeppnislaga.

Árið 2012 hætti stefndi rekstri lyfjaverslunar á Akranesi, sem hann hafði rekið frá árinu 2000, fyrst undir nafni Lyfja og heilsu en frá árinu 2010 undir nafninu Apótekarinn.

Með matsbeiðni 23. nóvember 2011 óskaði stefnandi eftir því að „dómkvaddir yrðu tveir hæfir og óvilhallir matsmenn sérfróðir um fyrirtækjarekstur, verðlagningu lyfjaverslana, samkeppni á markaði og áhrif samkeppnishindrana, [til] að skoða og meta hvað tjón [stefnanda] varð mikið vegna ólögmetra aðgerða [stefnda] sem hafi falist í broti á 11. gr. samkeppnislaga, til að koma í veg fyrir að [stefnandi] gæti rekið fyrirtæki sitt [...] á Akranesi með eðlilegum hætti á þeim viðskiptaforsendum sem stofnendur og eigendur fyrirtækisins byggðu á.“

Hinn 3. febrúar 2012 voru Brynjólfur Sigurðsson prófessor og Jóhann Viðar Ívarsson rekstrarhagfræðingur dómkvaddir til að framkvæma umbeðið mat. Matsgerð þeirra lá fyrir 28. apríl 2014. Niðurstaða matsins var í fyrsta lagi sú, að dregið hefði úr sölu stefnanda og að hagnaður hans hefði dregist saman um 1.898.368 krónur á árunum 2007 til 2009. Í öðru lagi hefði lækkun á álagningu stefnanda numið 16.607.710 krónum vegna svonefndra baráttuafsláttá á sama tímabili og loks hefði háttsemi stefnda orðið þess valdandi að framlegð stefnanda hefði minnkað samtals um 18.506.078 krónur á árunum 2007 og 2008.

Lögmaður stefnanda sendi stefnda kröfubréf hinn 16. maí 2014 sem byggði á matsgerð dómkvaddra matsmanna. Lögmaður stefnda hafnaði bótaskyldu stefnda með bréfi, dagsettu 12. júní 2014, með vísan til þess að ætlað tjón stefnanda væri ósannað. Sættir tókust ekki og var mál þetta höfðað með stefnu birtri 11. desember 2014.

Undir rekstri málsins óskaði stefndi dómkvaðningar þriggja yfirmatsmanna til að endurmeta atriði sem metin voru í matsgerð 28. apríl 2014. Í þinghaldi 6. maí 2015 voru Hersir Sigurgeirsson, lektor í fjármálum, Jóhanna Waagfjörð viðskiptafræðingur og Lárus Finnbogason endurskoðandi dómkvödd til að framkvæma yfirmat samkvæmt yfirmatsbeiðni stefnda. Yfirmatsgerð þeirra lá fyrir 15. september 2015 og var lögð fram í þinghaldi 23. september 2015. Helstu niðurstöður yfirmatsgerðarinnar voru þær að vildarklúbbur stefnda hefði haft lítil sem engin áhrif á færslu viðskiptamanna frá stefnda til stefnanda. Þá hefðu baráttuafslættir ekki haft í för með sér tjón fyrir stefnanda og loks væri ekki unnt að færa óyggjandi rök fyrir því að samkeppnisbrot stefnda hefði valdið stefnanda tjóni.

Var talið að stefnandi kynni jafnvel að hafa hagnast á aðgerðum stefnda og afleiðingum þeirra.

Ágreiningur máls þessa lýstur að því, hvort stefnandi hafi orðið fyrir tjóni sem rekja megi til þeirra háttsemi stefnda sem lýst er í stefnu. Af hálfu stefnda er þeirri málsástæðu stefnanda hafnað en byggt á því m.a. að ekki séu sönnuð orsakatengsl á milli þeirrar háttsemi og ætlaðs tjóns stefnanda, auk þess sem stefndi heldur því fram, að stefnanda hafi ekki tekist að sanna umfang ætlaðs tjóns síns sem um er deilt í málinu.

### III

Stefnandi byggir kröfur sínar á því að hann hafi orðið fyrir umtalsverðu tjóni vegna samkeppnishindrandi aðgerða stefnda sem sannað sé að hafi átt sér stað. Um það vísar stefnandi til dóms Hæstaréttar Íslands í máli nr. 355/2012 og 116.gr. laga um meðferð einkamála nr. 91/1991.

Stefnandi byggir bótakröfur sínar á því að tjón hans vegna ólögmetra samkeppnishindarana stefnda hafi hið minnsta numið þeirri fjárhæð sem krafa í stefnu kveði á um. Stefnandi vísar um það til niðurstöðu undirmatsgerðar dómkvaddra matsmanna sem er á meðal gagna málsins.

Stefnandi byggir á því að með ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 4/2010, sem staðfest hafi verið bæði af kærustjórnvaldi og Hæstarétti Íslands, hafi verið staðfest að stefndi hafi beitt sér skipulega með samkeppnishamlandi aðgerðum gegn innkomu stefnanda á markað lyfjasölu á Akranesi og nágrenni og að þessi samkeppnisbrot stefnda hafi beinst gegn stefnanda og valdið stefnanda tjóni sem samsvari dómkröfum stefnanda í máli þessu. Stefnandi byggir á því að stefndi hafi valdið sér því tjóni með því að grípa til samkeppnishindrandi aðgerða sem hafi m.a. farið í bága við 11. gr. samkeppnislaga.

Aðgerðir stefnda hafi m.a. verið í því fólgnar að taka upp sérstakan baráttuafslátt fyrir viðskiptavinum sína og koma á sérstökum vildarklúbbsi, allt í því skyni að koma í veg fyrir að stefnandi gæti rekið lyfjaverslun á Akranesi og stofnað til samkeppni við stefnda. Með þessum samkeppnisbrotum, sem hafi verið staðfest m.a. með ákvörðun Samkeppniseftirlits, úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála og dómi Héraðsdóms Reykjavíkur, sem staðfestur hafi verið með dómi Hæstaréttar Íslands í máli réttarins nr. 355/2012, hafi stefndi með grófum og saknæmum hætti brotið gegn hagsmunum stefnanda og valdið honum því tjóni sem krafist sé bóta fyrir í máli þessu. Stefnandi vísaði um alvarleika brotastarfsemi stefnda á tiltekin atriði úr framangreindum niðurstöðum stjórnvalda og dómstóla.

Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 4/2010 hafi komið fram að stefndi hefði gripið til aðgerða sem hafi falið í sér skipulega atlögu gegn innkomu

stefnanda á markaðinn. Hefðu þær aðgerðir beinlínis haft það að markmiði að raska samkeppni og falið í sér sértækar verðlækkningar og aðgerðir til að skapa tryggð mikilvægra viðskiptavina og koma í veg fyrir að þeir hæfu viðskipti við hinn nýja keppinaut á Akranesi. Aðgerðirnar hefðu falið í sér misbeitingu á þeim efnahagslega styrk sem stefndi hefði getað beitt á Akranesi og hafi því farið gegn 11. gr. samkeppnislaga. Einnig hafi það verið mat Samkeppniseftirlitsins að þessar aðgerðir hefðu falið í sér misnotkun á sameiginlegri markaðsráðandi stöðu stefnda á höfuðborgarsvæðinu. Hafi aðgerðirnar verið til þess fallnar að senda skýr skilaboð til annarra aðila um að ekki myndi borga sig að reyna innkomu á a.m.k. þeim landfræðilega markaði. Jafnframt hefði þótt ljóst að brotin hafi verið umfangsmikil. Þannig hafi flestir mikilvægustu viðskiptavina stefnda átt aðild að vildarklúbbnum, auk þess sem baráttuafslættir hafi náð til mest seldu lyfja apóteksins. Það væri því ljóst að brot stefnda væru í eðli sínu alvarleg.

Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 5/2010 hefði komið fram að ef tekið væri tillit til þess rökstuðnings, sem fram komi í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins um einstök atriði, væri það niðurstaða áfrýjunarnefndar að stefndi hefði verið í markaðsráðandi stöðu á hinum skilgreinda markaði og að hann hefði gripið til ólögðra aðgerða sem hefðu haft það að markmiði að raska samkeppni. Með því hefði stefndi hafa brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga. Brot stefnda hefðu verið alvarleg og falist í því að hindra innkomu stefnanda á markaðinn fyrir smásölu lyfja á Akranesi, í því að gera samning um vildarkort við helstu viðskiptavini sína á Akranesi og í því að beita sértækum afsláttum, þ.e. baráttuafsláttum. Hafi þessum aðgerðum verið beitt í þeim tilgangi að veikja nýjan keppinaut og raska samkeppni. Þær hafi verið til þess fallnar að viðhalda og styrkja stöðu stefnda með óeðlilegum hætti á umræddum markaði.

Stefnandi vísar til þess, að í dómi Héraðsdóms Reykjavíkur frá 29. september 2012, sem staðfestur hafi verið í Hæstarétti í máli 355/2012 með vísan til forsendna, hefði komið fram að ljóst þætt af gögnum málsins að tilgangur veittra afslátta hafi verið að mæta samkeppni við stefnanda enda hefðu afslættirnir raunar verið kallaðir „baráttuafslættir“ af hálfu stefnda. Vísað hafi verið til umfjöllunar í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála og þeirrar ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins sem þar hefði verið vísað til, í tengslum við þá niðurstöðu að stefndi hefði brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga, enda hefðu önnur sjónarmið sem stefndi hefði fært fram ekki breytt þeirri niðurstöðu. Slíkur fullnaðardómur hafi fullt sönnunargildi um staðreyndir máls þessa, sbr. 116. gr. laga nr. 91/1991. Tjón stefnanda vegna þessara samkeppnisbrota stefnda hafi verið metið og sé höfuðstóll kröfugerðar í aðalkröfu máls þessa í samræmi við það.

Stefnandi byggir á því að ríkar kröfur verði að gera til markaðsráðandi fyrirtækja á borð við stefnda um hlýðni við ákvæðum samkeppnislaga og að slík fyrirtæki leitist við að misbeita ekki markaðsráðandi stöðu sinni. Stefnandi telur að fyrir liggi að forsvarsmenn stefnda hafi lagt á ráðin um að hindra aðgengi stefnanda inn á markað lyfjasölu á Akranesi og að hindra þannig samkeppni. Beri stefndi skaðabótaábyrgð á þeirri bótaskyldu háttsemi á grundvelli meginreglna skaðabótaréttar. Stefndi hefði getað komist hjá því að valda stefnanda tjóni með því að fylgja samkeppnisreglum og leggja ekki beinlínis á ráðin um það hvernig stefndi gæti komið í veg fyrir samkeppni.

Stefnandi byggir á því að orsakatengsl hafi verið á milli háttsemi stefnda og umkrafinna bóta. Stefndi verði að bera ábyrgð á afleiðingum þeirrar atburðarásar sem hafi farið af stað með hinni bótaskyldu háttsemi. Stefnda hafi mátt vera ljóst að misnotkun hans á markaðsráðandi stöðu, sem hafi miðað að því að hindra stefnanda í því að veita stefnda samkeppni, hafi fyrirsjáanlega verið til þess fallin að skaða rekstur stefnanda og valda honum tjóni.

Stefnandi byggir á því að hann hafi orðið fyrir tjóni vegna brota stefnda á samkeppnislögum, m.a. 11. gr. samkeppnislaga, og stefndi hafi þannig valdið stefnanda því tjóni sem hér sé krafist bóta fyrir, af ásetningi með löglausum og saknæmum hætti. Fyrir liggi staðfesting dómkvaddra matsmanna á því að ólögmæt og saknæm háttsemi stefnda hafi valdið stefnanda því tjóni sem nemi umkrafinni fjárhæð í máli þessu.

Stefnandi vísar að lokum til þess að þar sem stefndi hafi bæði hafnað að greiða kröfu stefnanda, sem byggir á undirmatsgerð, sem og að semja um lyktir málsins með öðrum hætti, hafi stefnandi ekki átt annan kost en að leitast við að fá aðfararhæfan dóm um kröfu sína.

Stefnandi byggir á meginreglum skaðabótaréttarins og kröfuréttarins. Stefnandi byggir á samkeppnislögum nr. 44/2005 einkum 11. gr. Um vaxtakröfur vísar stefnandi til 8., 9. og 12. gr. laga nr. 38/2001, vexti og verðtryggingu. Stefnandi vísar um málskostnaðarkröfu sína til XXI. kafla laga nr. 91/1991, um meðferð einkamála.

#### IV

Sýknukrafa stefnda byggir í fyrsta lagi á því að skilyrði skaðabótaskyldu séu ekki fyrir hendi. Ekki liggi fyrir að saknæm og ólögmæt háttsemi hafi leitt til tjóns stefnda eða að það tjón sé sennileg afleiðing slíkrar háttsemi. Ekki sé nægjanlegt fyrir stefnanda í einkamáli að vísa, til stuðnings kröfum sínum, alfarið til stjórnvaldsákvörðunar á öðru réttarsviði til sönnunar á skaðabótaskyldu. Niðurstaða stjórnvalda eða dómstóla um brot aðila gegn samkeppnislögum sé ekki

nægjanleg sönnun þess að skaðabótaskyld háttsemi gagnvart þriðja aðila hafi átt sér stað. Eðli máls samkvæmt sé ekkert fjallað um skilyrði skaðabótaskyldu í úrlausnum stjórnvalda eða dómstóla vegna brota gegn samkeppnislögum og þaðan af síður um orsakatengsl og sennilega afleiðingu í skilningi skaðabótaréttar.

Staðhæfing stefnanda um ætlaða saknæma og ólögmæta háttsemi stefnda sé einvörðungu reist á úrlausnum samkeppnisyfirvalda, auk niðurstöðu dómstóla vegna sama máls. Í tilvitnuðum úrlausnum sé ætluðum brotum stefnda lýst með mjög almennum hætti. Þannig sé ekki tiltekið í hvaða tilvikum stefndi hafi beitt svonefndri sértækri verðlækkun. Þrátt fyrir það virðist dómkvaddir undirmatsmenn hafa lagt einstök tilvik til grundvallar niðurstöðum sínum og byggt þær m.a. á gögnum frá stefnanda. Þetta fái ekki staðist, mat á því hvort og hvenær verðlækkun teljist ólögmæt sértæk verðlækkun sé flókið og vandmeðfarið lögfræðilegt úrlausnarefni sem ekki sé á valdi dómkvaddra matsmanna að leggja mat á.

Þar sem einstök tilvik séu ekki tilgreind í fyrirliggjandi úrlausnum, sé ósannað hvaða tilteknu aðgerðir stefnda eru talin ólögmæt af Samkeppniseftirlitinu. Af því leiði að ósannað sé í málinu að stefndi hafi viðhaft saknæma og ólögmæta háttsemi sem hafi valdið stefnanda tjóni. Séu skilyrði skaðabótaskyldu því ekki uppfyllt.

Þá byggir stefndi á því að orsakatengsl milli ætlaðrar saknæmrar og ólögmætrar háttsemi stefnda og ætlaðs tjóns stefnanda séu ósönnuð. Nær enga umfjöllun sé að finna í undirmatsgerð um orsakatengsl milli þeirrar almennu lýsingar á háttsemi, sem komi fram í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins, og ætlaðs tjóns stefnda. Þar sem engin frekari gögn liggja til stuðnings ætluðum orsakatengslum þar á milli, verði að sýkna stefnda af kröfum stefnanda.

Sýknukrafa stefnda byggir á því að stefnandi hafi ekki orðið fyrir tjóni og í öllu falli sé ætlað tjón ósannað. Stefndi bendir á að það sé langt því frá sjálfgefið að samkeppnisaðili fyrirtækis, sem brýtur gegn ákvæðum samkeppnislaga, verði fyrir tjóni, eins og stefnandi virðist gefa sér. Bæði sé langt því frá um tjón að ræða í öllum tilvikum og eins geti mögulegt tjón lent hjá öðrum aðilum en samkeppnisaðilum.

Stefndi byggir á því að innkoma stefnanda á markaðinn hafi tekist vel og strax á fyrstu mánuðunum hafi markaðshlutdeild stefnda, sem áður hafi verið 100%, verið komin niður í 40% og árið 2008 í 30%. Markaðshlutdeild stefnda hafi nálgast 20% á árinu 2009 og á endanum hafi orðið ljóst að ekki væri grundvöllur fyrir áframhaldandi rekstri hans á Akranesi. Samhliða hafi markaðshlutdeild stefnanda aukist með samsvarandi hætti, enda hefðu stefnandi og stefndi verið einu aðilarnir á markaðnum. Stefndi telur að þessi þróun sýni ótvírætt fram á að hann hafi ekki valdið stefnanda tjóni.

Af samandregnum ársreikningum stefnanda megi ráða að rekstrarhagnaður stefnanda fyrir vexti o.fl. fyrir árið 2007 hafi verið neikvæður um 600.000 krónur. Rekstrarhagnaður fyrir árið 2008 hafi verið jákvæður um 13.072.000 krónur og rekstrarhagnaður fyrir árið 2009 hafi verið jákvæður um 18.477.000 krónur. Stefndi byggir á því að samkeppnisaðstæður hafi verið eðlilegar 2009 en þá hafi stefnandi verið á sínu þriðja starfsári. Afkoma ársoms hafi verið í eðlilegu samhengi við árin á undan og beri með sér að ekkert hafi verið óeðlilegt við afkomu fyrri áranna tveggja. Stefndi telji raunar að afkoma ársins 2009 sé skýr sönnun um að rekstur stefnanda árið 2008 hafi verið mjög eðlilegur og afkoma stefnanda árið 2007 ásættanleg á fyrsta hálfu starfsári félags sem hafi komið nýtt inn á markað þar sem fyrir hafi verið félag með 100% markaðshlutdeild.

Með hliðsjón af framangreindu byggir stefndi á því að stefnanda sé í raun ekkert, enda hefðu ætlaðar ólögmetar aðgerðir stefnda ekki haft nein áhrif á markaðsstöðu hans. Þá beri framangreindar tölur um rekstrarhagnað stefnanda með sér að aðgerðirnar hafi ekki varðað hann nokkru. Þvert á móti virðist þær aðstæður, sem hafi skapast á markaðnum, nýst stefnanda og hjálpað honum við að komast inn á markaðinn og byggja upp markaðshlutdeild sína.

Stefndi vísar til þess að eina sönnunargagn stefnanda í málinu fyrir þeirri staðhæfingu að hann hafi orðið fyrir tjóni sé fyrirliggjandi undirmatsgerð. Stefndi byggir hins vegar á því að undirmatsgerðin geti ekki talist fullnægjandi sönnun á ætluðu tjóni stefnanda. Þar sé tiltekið að við mat á tjóni stefnanda sé rökréttast að miða við „eðlilegan jafnaðarafslátt“ af hluta sjúklings á „þessum tíma eða almennt“. Sé í því samhengi miðað við efri mörk 5-10% jafnaðarafsláttar. Það fái ekki staðist þar eð ekkert bendi til þess að umrædd efri mörk (10%) séu þau mörk sem með réttu greini á milli ólögmetis og lögmæts afsláttar stefnda, þ.e. ekkert bendi til þess að veittir afslættir, sem hafi verið hærri en 10%, hafi verið ólögmetir. Það hlyti að vera svo að skaðabótaskylda næði einungis til þess hluta afsláttar sem hafi verið yfir þeirri afsláttarprósentu hafi verið lögmæt. Ekki sé rétt að miða við prósentu jafnaðarafsláttar, heldur beri fremur að miða við lögmætismörk afsláttarprósenta í því máli sem til úrlausnar hafi verið hjá samkeppnisyfirvöldum.

Stefndi byggir á því að ekkert sé fram komið um að verðlagning sú, sem kölluð hafi verið „baráttuafslættir“, hafi verið svo lág að hún bryti óhjákvæmilega gegn samkeppnislögum. Í því samhengi áréttar stefndi að aldrei hafi verið veittur meiri afsláttur en 70% af framlegð en afsláttur af álagningu hafi þannig falið í sér að álagning hafi lækkað úr 25-30% í 10% í ákveðnum tilvikum. Verðlagningin hafi undantekningalaust verið yfir innkaupaverði og því hafi verið um að ræða verðlagningu, sem skilvirkur keppinautur hefði getað mætt og jafnvel boðið betur, enda hafi verðlagningin óumdeilanlega verið yfir meðaltali breytilegs kostnaðar.

Stefndi byggir á því að ætlað tjón stefnanda verði ekki fundið öðruvísi en með samanburði þeirrar afsláttarprósentu, sem hafi falið í sér hina svonefndu „baráttuafslætti“, annars vegar og hins vegar þá afsláttarprósentu, sem ætla verði að markaðsráðandi lyfjafyrirtæki á Akranesi hefði verið heimilt að bjóða upp á. Markaðsráðandi fyrirtækjum sé heimilt að mæta samkeppni til að verjast verðlagningu undir kostnaðarverði svo lengi sem útilokunartilgangur liggi ekki til grundvallar aðgerðunum. Stefndi vísar um það til dómaframkvæmdar á sviði evrópuréttar. Verði ekki annað séð en að 70% afsláttur af framlegð, sem aðeins sé ætlað að mæta samkeppni en ekki að útiloka keppinaut eða hrekja hann af markaði, sé lögmæt aðgerð. Í öllu falli telji stefndi ljóst að 10% „eðlilegur jafnaðarafsláttur“ geti ekki verið rétt viðmið, enda hafi lögmætismörk afsláttarprósenta ekki verið metin í undirmatsgerðinni, líkt og rétt hefði verið að leggja til grundvallar. Því sé ekki fyrir hendi fullnægjandi sönnun fyrir ætluðu tjóni stefnanda.

Stefndi bendir á að í undirmatsgerð sé viðskiptavinum í vildarklúbbnum skipt í tvo hópa, annars vegar þá sem ekki hafi verið nógu lengi í klúbbnum til þess að fá kaupbæti í lok tímabilsins, sem ætluð brot stefnda eigi að ná til, og hins vegar þá sem hafi verið nógu lengi í klúbbnum til að fá kaupbætinn. Þá geri undirmatsmenn ráð fyrir því að stefnandi hefði, í samræmi við markaðshlutdeild sína, fengið til sín viðskipti þeirra sem fengu kaupbætinn. Líkt og fram komi í undirmatsgerðinni hafi viðskiptavinir í umræddum vildarklúbbi verið 347 um tíma og minna en þriðjungur hafi verið þar nógu lengi til þess að fá kaupbætinn. Kveðið sé á um það í undirmatsgerðinni að „sennilegt“ þyki að þetta hafi stafað af því að líklegt sé að eldra fólk „sem eðli máls samkvæmt [sé] uppistaðan í vildarklúbbnum, [hafi litið] svo á að það hafi gert samning við [stefnda] sem réttast [hefði verið] að standa við“. Verði þessar aðferðir matsmanna vart taldar fullnægjandi við mat á áætluðu tjóni, hér séu fremur um að ræða spámennsku sem ekki verði lögð til grundvallar sönnun í einkamáli.

Með hliðsjón af framangreindu byggir stefndi á því að undirmatsgerðin samræmist ekki þeim áskilnaði 5. mgr. 61. gr. laga nr. 91/1991, um meðferð einkamála, að teljast rökstudd matsgerð á ætluðu tjóni stefnanda og teljist það því ósannað. Vegna þessara röngu forsendna og ágiskana um ætlað tjón, auk annarra verulegra ágalla á undirmatsgerð, sé ósannað að stefnandi hafi orðið fyrir tjóni vegna háttsemi stefnda. Beri því að sýkna stefnda af kröfum stefnanda.

Stefndi byggir sýknukröfu sína jafnframt á því að krafa stefnanda sé niður fallin sökum tómlætis. Stefndi vísar til þess að stefnandi byggi á því að ætluð skaðabótaskyld háttsemi stefnda hafi hafist á árinu 2007 eða rúmum sjö árum fyrir málshöfðun þessa. Þá komi fram í stefnu að stefnandi hafi sent kvörtun til samkeppnisyfirvalda síðla sumars 2007. Því sé ljóst að stefnandi hafi talið, a.m.k.

frá árinu 2007, að stefndi hefði sýnt af sér saknæma og ólögmæta háttsemi og hafi stefnanda þegar á þeim tímapunkti verið í lófa lagið að krefja stefnda um skaðabætur, hafi stefnandi talið ætlaða ólögmæta háttsemi hafa valdið sér tjóni. Það hafi hann hins vegar ekki gert.

Stefndi vísar til þess að ekkert að lögum hafi krafist þess að stefnandi biði með kröfu um skaðabætur á meðan á rekstri máls fyrir samkeppnisyfirvöldum stóð. Það hafi hins vegar fyrst verið með bréfi 16. maí 2014 sem stefnandi hafi gert eiginlegar rökstuddar kröfur á hendur stefnda um greiðslu skaðabóta tiltekinnar fjárhæðar. Þá hafi verið liðin sjö ár frá upphafi ætlaðrar skaðabótaskyldrar háttsemi og frá því stefnandi lýsti því yfir að hann teldi háttsemi stefnda ólögmæta. Verði að telja að við slíkar aðstæður sé krafa stefnanda niður fallin vegna tómlætis.

Stefndi byggir sýknukröfu sína einnig á því að krafa stefnanda sé fyrnd. Fyrningarfrestur hafi byrjað að líða við hvert einstakt ætlað brot þegar þau hafi átt sér stað. Stefndi vísar til þess að hann hafi átt erfitt með að átta sig á því, á hvaða brotatímabili stefnandi byggir en þó talið að leiða mætti af undirmatsgerð að stefnandi reisi tjón sitt á atvikum á árunum 2007 til 2008. Beri að miða upphaf fyrningarfrests við sérhverja ólögmæta athöfn, þ.e.a.s. sértækt verðtilboð til söluaðila, enda hafi stefnandi byggt á því að slíkar athafnir hafi valdið honum tjóni og sé undirmatsgerð grundvölluð á því.

Samkvæmt 9. gr. laga nr. 150/2007, um fyrningu kröfuréttinda, fyrnist krafa um skaðabætur á fjórum árum frá þeim degi er tjónþoli öðlast nauðsynlegar upplýsingar um tjónið og þann sem ber ábyrgð á því eða bar að afla sér slíkra upplýsinga. Verði ekki fallist á framangreindan fyrningarfrest, byggir stefndi á því að stefnandi hafi í öllu falli haft nægt svigrúm til að afla sér upplýsinga um ætlað tjón sitt í skilningi 9. gr. fyrningarlaga þegar ár var liðið frá því að hann beindi kvörtunum til Samkeppniseftirlitsins 2007. Í síðarnefnda tilvikinu hafi fyrningarfrestur byrjað að líða 1. janúar 2009 og hafi því verið liðinn þegar mál þetta var höfðað með birtingu stefnu. Því séu kröfur stefnanda í báðum tilvikum fyrndar.

Sýknukrafa stefnda er til viðbótar reist á því, að ætlað tjón stefnanda falli ekki innan verndarhagsmuna 11. gr. samkeppnislaga. Markmið samkeppnislaga sé samkvæmt 1. gr. laganna að efla virka samkeppni í viðskiptum og byggir á þeirri grundvallarforsendu að virk samkeppni sé neytendum til hagsbóta til lengri tíma lítið. Tilgangur 11. gr. laganna, sem sé ætlað að ná þessu markmiði, hafi verið skýrður þannig að ákvæðinu sé ætlað að vernda virka samkeppni en ekki samkeppnisaðila. Vernd samkeppnisaðila sé enda afar fjarri markmiðum samkeppnislaga og þvert á móti ættu samkeppnisaðilar almennt að berjast berskjaldaðir hvor við annan. Bætur til samkeppnisaðila fyrir brot á 11. gr.

samkeppnislaga myndu þannig ekki þjóna markmiðum samkeppnislaga. Vernd samkeppnisaðila gegn samkeppni myndi því ganga þvert gegn verndarhagsmunum ákvæðisins og á þeim grundvelli beri að hafna bótakröfu stefnanda.

Stefndi byggir til vara á því að lækka beri dómkröfur stefnanda verulega. Um það vísar stefndi til málsástæðna til stuðnings aðalkröfu sinni og þeirra sem hér á eftir verður getið. Stefndi byggir á því að í íslenskum rétti gildi meðalhófsregla um sönnunarfærslu. Stefndi yrði ekki látinn líða fyrir það ef ljóst þætti af gögnum málsins að sú undirmatsgerð, sem liggur til grundvallar kröfum stefnanda, væri ekki nægilega skýr eða jafnvel byggð á röngum matsaðferðum. Stefndi hafi sjálfur valið að byggja málalíbúnað sinn alfarið á undirmatsgerð og verði hann að bera áhættuna af því. Takmarkaðan sjálfstæðan rökstuðning sé að finna fyrir fjárhæð ætlaðs tjóns stefnanda í stefnu og verði því að líta svo á að eiginlegar málsástæður hans fyrir fjárhæð þess komi fram í undirmatsgerð.

Stefndi vísar til þess að meirihluti þess áætlaða tjóns, sem undirmatsgerðin taki til, gerist eftir það brotatímabil sem málsmeðferð hjá samkeppnisyfirvöldum hafi tekið til, þ.e. eftir 14. september 2007 þegar húsleit hefði verið framkvæmd hjá stefnda. Til stuðnings þessu vísi undirmatsmenn til þess, að hið brotlega tímabil hafi haft áhrif fram í tímann. Þyki stefnda aðfinnsluvert í þessu samhengi að við mat á áætluðu tjóni eftir 14. september 2007 sé í undirmatsgerðinni einungis tekið mið af afsláttum sem veittir hafi verið eftir hið brotlega tímabil. Sé þannig ekki verið að meta eftirfarandi áhrif þeirra afslátta sem veittir hafi verið fyrir 14. september 2007. Stefndi bendir á að ef greiða ætti bætur vegna áætlaðs tjóns af afsláttum, sem veittir hafi verið eftir framangreint tímamark, þurfi að liggja fyrir að veiting þeirra hafi verið saknæm. Staðreynd málsins sé hins vegar sú að í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins hafi ekkert verið fjallað um ætluð brot gegn samkeppnislögum eftir framangreint tímamark og liggi því ekkert fyrir um samkeppnishamlandi aðgerðir eftir það.

Stefndi telur skorta á að í undirmatsgerð sé gerð grein fyrir raunverulegum hagnaðarmissi, framlegðarmissi og öðru tjóni stefnanda. Nánar tiltekið sé ekki greint frá því hversu áreiðanleg niðurstaða undirmatsmanna sé, hvaða atriði hafi haft áhrif á áreiðanleikann og hversu mikil þau áhrif hafi verið. Þannig sé ljóst, og beinlínis tekið fram í niðurstöðu undirmatsmanna, að þeir hafi þurft að gefa sér ýmsar forsendur við matið og að það ríki þar af leiðandi töluverð óvissa um grundvöll fjárhæðar tjóns stefnanda. Þá séu rök fyrir þeim atriðum, sem undirmatsmenn telji sig hafa þurft að gefa sér, afar takmörkuð. Stefndi telur þetta vera til þess fallið að rýra mjög áreiðanleika matsins en ljóst sé að undirmatið sé að stórum hluta byggt á gefnum forsendum en ekki því sem hafi gerst í raun.

Stefndi byggir á því að lækka beri dómkröfu stefnanda þar sem rétt sé að miða við missi hagnaðar en ekki missi framlegðar, eins og gert sé í dómkröfu stefnanda. Byggir stefndi á því að missir framlegðar sé umfram eiginlegt tjón stefnanda.

Stefndi bendir á að stærstur hluti nýrra fyrirtækja dragi sig af markaði innan nokkurra ára frá innkomu á hann og því sé yfirleitt mjög erfitt fyrir ný fyrirtæki að fóta sig á markaði þar sem þau hafi engin tengsl við markaðinn. Umtalsverð hækkun á markaðshlutdeild nýs fyrirtækis sé því almennt afar ólíkleg og telji stefndi vöxt markaðshlutdeildar stefnanda skýrt dæmi um að ætluð ólögmæt háttsemi stefnda hafi engin áhrif haft á stefnanda og þaðan af síður valdið honum tjóni. Ekki sé hins vegar vikið að þessum aðstæðum í undirmatsgerð. Þá sé ekki rökstutt í undirmatsgerð með hvaða hætti einstaka ætluð skaðabótaskyld háttsemi stefnda hafi valdið stefnanda tjóni, þ.e. hver orsakatengslin séu. Nauðsynlegt sé að slíkur rökstuðningur komi fram í matsgerð, enda séu áhrif einstakra ætlaðra brota stefnda á stefnanda forsenda þess að um tjón í skilningi skaðabótaréttar geti verið að ræða. Undirmatsmenn horfi framhjá því að aðgerðir stefnda á umræddu rannsóknartímabili hafi í heild verið taldar ólögmætar en á skorti að sýnt sé, hvort hver og ein verðlagning hafi falið í sér saknæma háttsemi sem kynni að leiða til skaðabótaskyldu. Leggi undirmatsmenn til grundvallar aðferðafræði, sem sé ætlað að mæla áhrif þess að stefndi hafi boðið ólögmæta afslætti, en litið sé framhjá því að einangruð veiting þeirra kynni að hafa verið lögmæt. Brot stefnda samkvæmt úrlausnum dómstóla hafi falist í því að útilokunarásetningur hafi verið talinn hafa ráðið för sem hafi nægt svo um brot gegn samkeppnislögum hafi verið að ræða. Aðferðafræði undirmatsmanna við könnun á orsakatengslum sé því ekki í samræmi við staðreyndir og geti ekki talist sanna orsakatengsl milli aðgerða stefnda á markaði og ætlaðs tjóns stefnanda. Stefndi telur að í undirmatsgerð skorti á að tekið sé til þess að í samkeppnisumhverfi þurfi eðli máls samkvæmt að lækka álagningu og við það minnki framlegð. Slíkt gerist burtséð frá lögmæti aðgerða stefnda.

Þá gerir stefndi athugasemd við útreikning undirmatsmanna á jafnaðarafsláttum. Í undirmatsgerðinni sé greint frá því að undirmatsmenn hafi kynnt sér auglýsta afslætti lyfjabúða hjá „ýmis konar samtökum og félögum“. Einnig segi að þeir hafi „rætt við hóp núverandi og fyrrverandi apótekara“ til að fá sem gleggsta og hlutlægasta mynd. Í fyrsta lagi sé engar niðurstöður eða tölulegar upplýsingar að finna í undirmatsgerðinni um athugun undirmatsmanna á auglýstum afsláttum lyfjabúða. Þá verði það vart talinn vísindalegur útreikningur að eiga samtal við núverandi og fyrrverandi apótekara.

Stefndi gerir ennfremur athugasemd við mat á tjóni vegna lausasölulyfja. Í undirmatsgerðinni sé tjónið metið í hlutfalli við áætlað tjón vegna lyfseðlisskyldra

lyfja en þessi nálgun undirmatsmanna sé ekki rökstudd. Telur stefndi að eðlilegt hefði verið að taka við útreikninginn m.a. tillit til þess hlutfalls baráttuafslátta sem náði til lausasölulyfja. Rétt sé að nefna í því samhengi að í „síðustu verðkönnun ASÍ“ hafi komið fram að lægstu verð á 14 af 40 lyfjum hafi annaðhvort verið undir kostnaðarverði eða lyfin seld með minna en 9% framlegð. Samkeppni á verði lausasölulyfja sé og hafi verið mjög virk.

Stefndi gerir því verulegar athugasemdir við að undirmatsmenn hafi gefið sér forsendur um afslætti af lyfjum almennt og því næst reiknað út að allir afslættir, umfram þær gefnu forsendur, væru samkeppnishamlandi fyrir stefnanda. Telur stefndi framangreint til marks um að undirmatsmenn hafi ekki skilið til hlítar þá aðferð sem beitt hafi verið á markaðnum við útreikning afslátta, enda hafi verið um nokkuð óvenjulega aðferð að ræða. Sem dæmi um þetta megi nefna mest selda lyfseðilsskylda lyf landsins, IMUVAN. Algengt söluverð á því sé hámarksverð að frádregnum 70% framlegðarafslætti.

Stefndi byggir á því að í stað hinna ógagnsæju jafnaðarafslátta hefði undirmatsmönnum borið að styðjast við svokallaða mismunaraðferð. Sú aðferð gangi út á að bera saman tvær atburðarásir, annars vegar atburðarás sem ætla megi að hefði orðið og hins vegar þá sem hafi orðið eftir atburðinn. Sá missir tekna eða auknu útgjöld sem tjónþoli hafi orðið fyrir teljist tjón hans.

Ekki liggi fyrir í málinu mat dómstóla eða samkeppnisyfirvalda á því að afsláttur sem nemi allt að 70% framlegðar brjóti einn og sér í bága við samkeppnislög, enda væri um verðlagningu yfir meðaltali breytilegs kostnaðar að ræða. Yrði hins vegar ekki fallist á að slík verðlagning gæti verið heimil og því tæk til samanburðar, með vísan til reglna um skaðlega undirverðlagningu og meginregluna um heimild markaðsráðandi fyrirtækja til að mæta samkeppni, telur stefndi einsýnt að það þyrfti að fara fram mat á því hver hæsti lögleyfði afsláttur markaðsráðandi fyrirtækis hefði verið við þær aðstæður sem hafi verið á hinum skilgreinda markaði á Akranesi á því tímabili sem til rannsóknar hafi verið hjá samkeppnisyfirvöldum. Þar sem slíkt mat hafi ekki farið fram telur stefndi að enginn grundvöllur sé fyrir skaðabótakröfu stefnanda.

Stefndi telur að á það hafi skort að leitast við að rannsaka hvernig afsláttum hafi verið háttað í öðrum apótekum innan keðju stefnda og einnig að farið hafi verið í gagnsæa rannsókn á sambærilegum mörkuðum til samanburðar á umfangi afsláttanna á Akranesi.

Stefndi gerir athugasemd við vangaveltur matsmanna um að stefnandi hafi þurft að „skjóta í myrkri“ þegar komið hafi að lækkun á lausasölulyfjum og að það hafi orðið honum til aukins tjóns að vita ekki af hvaða vörum stefndi hafi veitt afslátt. Stefndi telur að það sé til marks um að í undirmatsgerð sé ekki verið að bera

saman líklegar aðstæður á raunverulegum samkeppnismarkaði, enda hafi fyrirtæki almennt ekki tæmandi upplýsingar um högun verðlækkana keppinauta sinna. Mótmælir stefndi því að tækt sé að framangreint yrði talið leiða til aukins tjóns stefnanda sem hann ætti rétt á skaðabótum vegna. Þá sé því enn fremur mótmælt að framangreint gæti verið grundvöllur þess að metið tjón stefnanda væri afleidd stærð af metnu tjóni í lyfseðilskyldum lyfjum. Slík aðferð sé sannkallað skot í myrkri svo notað sé orðfæri undirmatsmanna.

Stefndi telur að sambærileg sjónarmið eigi við um mat undirmatsmanna á tjóni stefnanda vegna vildarklúbbs stefnda. Stefndi gerir athugasemd við það að ekki hafi verið beitt fyrrnefndri mismunaraðferð heldur einfaldlega gert ráð fyrir því að þeir sem hafi verið í vildarklúbbsi stefnda hefðu sjálfkrafa í réttu hlutfalli við markaðshlutdeild stefnanda flutt viðskipti sín yfir til stefnanda ef vildarklúbbsins hefði ekki notið við. Sé það ekki í samræmi við viðurkenndar aðferðir við mat á tjóni vegna samkeppnislagabrota.

Stefndi byggir á því að ekkert hafi legið fyrir um áhrif vildarklúbbsins á markaðinn. Byggir stefndi á því að ekki hafi verið um samkeppnishamlandi aðgerð að ræða og að undirmatsgerð sé í engu nægjanleg til að sanna að stefnandi hafi orðið fyrir raunverulegu tjóni. Matið byggist allt á forsendum sem undirmatsmenn hafi gefið sér.

Loks telur stefndi að verulega hafi skort á að undirmatsmenn tækju afstöðu til þess hvort líkur hefðu verið á að viðskipti hefðu beinst í auknum mæli til höfuðborgarsvæðisins. Telur stefndi að líta megi til þess að tiltölulega hátt hlutfall Akurnesinga starfi á höfuðborgarsvæðinu og því nærtækara en ella að beina viðskiptum utan hinnar samkeppnisréttarlegu skilgreiningu markaðar sem liggja til grundvallar í málinu. Telur stefndi það vera galla á mati undirmatsmanna að engin afstaða hafi verið tekin til þessa heldur gert ráð fyrir að þeir viðskiptamenn sem ætlaðar ólögættar aðgerðir stefnda hefðu beinst að hefðu sjálfkrafa fært viðskipti sín til höfuðborgarsvæðisins.

Stefndi mótmælir vaxta- og dráttarvaxtakröfu stefnanda, bæði að því er varðar upphafstíma og þær fjárhæðir sem krafist sé vaxta- og dráttarvaxta af. Upphafstíma dráttarvaxta sé sérstaklega mótmælt. Engin efni séu til að reikna dráttarvexti frá fyrri tíma en dómsuppsögu þar sem ekki yrði ljóst fyrir en þá hvort stefnandi ætti einhverja kröfu á hendur stefnda. Fyrir þann tíma gæti ekki verið um vanefndir á greiðslu að ræða sem réttlæti dráttarvexti. Annað sé í andstöðu við tilgang heimildar til að reikna dráttarvexti. Í öllu falli gætu dráttarvextir ekki reiknast frá fyrra tímamarki en mánuði eftir að stefnandi hafi fyrst gert kröfu um greiðslu skaðabóta með bréfi dags. 16. maí 2014, enda hafi stefnandi þá fyrst sett fram kröfu sem hafi með einhverjum hætti verið rökstudd.

Kröfum sínum til stuðnings vísar stefndi meðal annars til almennra reglna skaðabótaréttar utan samninga og ákvæða samkeppnislaga nr. 44/2005, einkum 10. og 11. gr. laganna. Um vexti og dráttarvexti er tilvísun til laga nr. 38/2001. Þá vísar stefndi til almennra reglna um tómlæti og laga nr. 150/2007 og 14/1905 um fyrningu. Þá er tilvísun til laga um meðferð einkamála nr. 91/1991, um málskostnað vísar stefndi til 129. gr. og 130. gr. laganna.

## V

Við aðalmeðferð málsins gaf aðilaskýrslu Ólafur Guðmundur Adolfsson, fyrirsvarsmaður stefnanda. Þá gáfu vitnaskýrslu yfirmatsmennirnir Hersir Sigurgeirsson, Jóhanna Waagfjörð og Lárus Finnbogason sem og undirmatsmennirnir Brynjólfur Sigurðsson og Jóhann Viðar Ívarsson. Verða skýrslur þeirra raktar eins og þurfa þykir.

Stefnandi byggir skaðabótakröfu sína á því að hann hafi orðið fyrir tjóni vegna samkeppnishindrandi aðgerða stefnda sem sannað sé að hafi átt sér stað. Stefnandi reisir kröfu sína um skaðabætur úr hendi stefnda á meginreglum skaðabótaréttar og kröfuréttar, auk þess sem hann vísar til ákvæða samkeppnislaga nr. 44/2005. Fjárhæð skaðabótakröfunnar er byggð á niðurstöðu undirmatsgerðar um umfang tjóns stefnanda sem stefnandi lagði fram í málinu en helstu niðurstöður undirmatsgerðarinnar eru raktar í málavaxtakafli hér að framan.

Í málinu er óumdeilt að stefndi gerðist brotlegur við 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005. Brot stefnda voru talin felast í því að stefndi hefði beitt sér skipulega með samkeppnishamlandi aðgerðum gegn innkomu stefnanda á staðbundnum markaði lyfjasölu á Akranesi á árunum 2007-2008, svo sem komið hafi fram í fyrrgreindum dómi Hæstaréttar Íslands frá 14. mars 2013 í máli réttarins nr. 355/2012. Brot stefnda voru að mati Hæstaréttar fólgin í því að veita framlegðarafslætti af völdum vörum og með starfrækslu sérstaks vildarklúbbs fyrir viðskiptavinum stefnda á þeim landfræðilega markaði lyfjasölu sem afmarkast af Akranesi og nágrenni. Önnur sjónarmið, sem stefndi hefur fært fram, geta ekki breytt þeirri niðurstöðu, sbr. einkum 116. gr. laga nr. 91/1991, um meðferð einkamála. Aðilar deila hins vegar um það, hvort og þá hvaða afleiðingar þær aðgerðir stefnda, sem niðurstöður samkeppnisyfirvalda ná til og staðfestar voru með fyrrgreindum dómi Hæstaréttar Íslands, hafi haft á rekstur stefnanda.

Til þess ber að líta að ekki er gerð krafa um það, við heimfærslu háttsemi undir 11. gr. samkeppnislaga, að samkeppnisaðili á markaði hafi sannanlega orðið fyrir tjóni vegna framferðis samkeppnisaðila með markaðsráðandi stöðu sem talin er brjóta í bága við ákvæðið. Þar af leiðandi lítur löggjafinn svo á, að misnotkun á markaðsráðandi stöðu valdi því ekki sjálfkrafa að samkeppnisaðilar þess, sem

brýtur gegn ákvæðinu, verði fyrir tjóni. Brotið eitt og sér, óháð afleiðingum, valdi því að aðili kunni að vera beittur viðurlögum samkvæmt heimildum samkeppnisyfirvalda í lögum nr. 44/2005. Slík túlkun er í samræmi við verndarandlag 11. gr. laganna og samkeppnislöggjafarinnar í heild sinni, þ.e. að stuðla að skilvirkri samkeppni á markaði og vænka þar með hag neytenda til lengri tíma litið. Þar af leiðandi verður ekki talið, að það eitt að samkeppnisyfirvöld og dómstólar hafi talið stefnda hafa brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga, feli í sér fulla sönnun þess að stefndi hafi sýnt af sér skaðabótaskylda háttsemi. Eftir sem áður ber stefnandi sönnunarbyrði fyrir því að hann hafi orðið fyrir tjóni og að tjónið verði að öllu leyti rakið til háttsemi stefnda.

Stefnandi vísar til þess að hann hafi orðið fyrir tjóni vegna brota stefnda gegn 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005. Í því skyni að færa sönnur á orsakasamhengi milli ætlaðs tjóns og háttsemi stefnda og umfang þess tjóns, hefur stefnandi lagt fram undirmatsgerð Brynjólfs Sigurðssonar og Jóhanns Viðars Ívarssonar. Eins og áður er lýst er samandregin niðurstaða undirmatsmanna sú, að stefnandi hafi, vegna aðgerða stefnda á markaði í aðdraganda innkomu stefnanda á lyfjasöllumarkað á Akranesi og í kjölfar hennar, orðið fyrir tjóni sem nemi 18.506.678 krónum. Fjárhæðin er samsvarandi höfuðstólsfjárhæð dómkröfu stefnanda í máli þessu og er dómkrafa hans byggð á niðurstöðu undirmatsgerðarinnar.

Undir rekstri málsins aflaði stefndi framlagðrar yfirmatsgerðar. Í yfirmatsgerðinni er komist að þeirri niðurstöðu að stefnandi hafi ekki orðið fyrir neinu tjóni sem rekja megi til þeirrar háttsemi sem stefndi viðhafði og var talin fela í sér brot gegn 11. gr. samkeppnislaga.

Samkvæmt niðurstöðu yfirmatsmanna í yfirmatsgerð var framlegð stefnanda umfram áætlanir á árunum sem matið tekur til. Samantekið hefði rekstur stefnanda gengið mun betur en áætlanir við opnun hefðu gert ráð fyrir. Markaðshlutdeild stefnanda hefði strax orðið talsvert meiri en gert hefði verið ráð fyrir og umfram langtímamarkmið þegar á fyrsta heila starfsári stefnanda. Heildarsala og framlegð hefði verið töluvert umfram áætlanir og rekstrarkostnaður talsvert lægri en áætlað hefði verið. Hagnaður stefnanda hefði því verið langt umfram það sem áætlanir gerðu ráð fyrir. Það eina sem hefði verið lakara en áætlanir gerðu ráð fyrir, hefði verið framlegðarhlutfall árána 2008 og 2009 en það hefði verið um það bil 21% í stað 22,6% eða um 1,6% lægra en áætlað var. Framlegð í krónum hefði þó alltaf verið hærri en áætlanir gerðu ráð fyrir.

Í þessu ljósi töldu yfirmatsmenn að ekki væri hægt að færa óyggjandi rök fyrir því að samkeppnisbrot stefnda hefðu valdið stefnanda tjóni. Brot stefnda hefðu staðið yfir frá lokum árs 2006 til 14. september 2007 en rekstur stefnanda og

framlegðarhlutfall hafi verið talsvert umfram áætlanir 2007. Einungis á árunum 2008 og 2009 hafi framlegðarhlutfall stefnanda farið undir áætlanir en þrátt fyrir það hafi velta og framlegð verið vel umfram áætlanir og rekstrarkostnaður verið vel undir áætlun. Þá hafi framlegðarhlutfall stefnanda alltaf verið lægra en hjá stefnda á sama tíma. Yfirmatsmenn taka undir með áfrýjunarnefnd samkeppnismála sem benti á það í úrskurði sínum að jafnvel mætti „[...] ætla að [húsleit Samkeppniseftirlitsins] hafi orðið til þess að vekja samúð viðskiptavina apótekanna gagnvart veikari aðilanum“ og þannig hafi stefnandi í raun jafnvel hagnast á aðgerðum stefnda og afleiðingum þeirra. Þrátt fyrir að stefnandi hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með aðgerðum sínum væru hvorki sjáanleg merki um að þær aðgerðir hefðu borið árangur né að stefnandi hefði orðið fyrir tjóni vegna þeirra. Lægra framlegðarhlutfall á markaðnum eftir innkomu stefnanda megi útskýra á einfaldari hátt með aukinni samkeppni og fyrirætlunum stefnanda um að ná fljótt mikilli hlutdeild á markaðnum.

Yfirmatsmenn komust að því að þróun lyfsölumarkaðarins á Akranesi á árunum 2007-2012 hefði að mestu leyti verið í takt við það sem ætla mætti þegar samkeppni á markaði breyttist. Aukin samkeppni þýddi lægra framlegðarhlutfall og við það væri hugsanlegt að veltan ykist vegna betri samkeppnisstöðu við aðra nálæga markaði. Þróun árána 2007-2009 megi því hugsanlega skýra að stórum hluta eða jafnvel eingöngu með aukinni samkeppni. Á árunum 2010-2012 hafi samkeppnin minnkað aftur og stefnandi hafi aukið markaðshlutdeild sína áfram. Samhliða því hafi veltan minnkað og framlegðarhlutfallið hækkað.

Í yfirmatsgerð er bent á að í undirmatsgerð sé sett fram ítarleg greining á vildarklúbbsi stefnda og áhrifum hans á þeim tíma sem stefnandi fyrirhugaði og hóf innreið sína á lyfjasölumarkaðinn á Akranesi. Niðurstaða undirmatsmanna hefði verið sú að vildarklúbburinn hefði valdið fækkun viðskiptavina stefnanda og þannig valdið tjóni. Að mati yfirmatsmanna sýni greining undirmatsmanna hins vegar að vildarklúbburinn hafi haft lítil eða engin áhrif á færslu viðskiptamanna frá stefnda og stefnda á umræddu tímabili. Þannig sýni undirmatsgerðin að 347 manns hafi gengið í vildarklúbb stefnanda á tímabilinu frá mars til desember 2007. Þar af hafi 304 viðskiptamenn þegar gengið í klúbbinn fyrir opnun lyfjaverslunar stefnanda. Þá komi þar fram að af þeim hafi 101 haldið tryggð við stefnda næstu 12 mánuði, allt til loka árs 2008, þ.e. 29%. Heildarhlutdeild stefnanda á lyfjasölumarkaðnum á Akranesi hafi verið 58% á seinni hluta árs 2007 og 71% á árinu 2008. Hlutfall vildarklúbbssmeðlima, sem hefðu fært viðskipti sín frá stefnda til stefnanda, hafi því ekki verið stórkostlega frábrugðið hlutfalli annarra viðskiptamanna stefnda sem færðu viðskipti sín. Því væru engar forsendur til þess að ætla að vildarklúbburinn hefði haft nokkur skaðleg áhrif á starfsemi stefnanda

eða valdið honum tjóni.

Yfirmatsmennirnir komu fyrir dóminn og staðfestu yfirmatsgerðina. Stefndi byggir endanlegar dómkröfur sínar um sýknu en til vara til lækkunar á kröfum stefnanda á niðurstöðu yfirmatsgerðarinnar.

Af hálfu stefnanda er niðurstaða yfirmatsgerðarinnar dregin í efa. Í því skyni að færa sönnur á galla hennar hefur stefnandi aflað umsagnar endurskoðanda síns, KPMG ehf., þar sem farið er yfir niðurstöður yfirmatsgerðarinnar í níu liðum. Í umsögninni eru gerðar athugasemdir við aðferðafræði og niðurstöður yfirmatsins. Hins vegar er þar ekki að finna hlutlægar almennar upplýsingar um ætlað tjón stefnanda vegna háttsemi stefnda sem kunna að skipta máli við úrlausn málsins. Þá ber að líta til þess að umsagnarinnar var einhliða aflað af stefnanda, án þess að stefndi ætti þess kost að gæta hagsmuna sinna og koma sjónarmiðum sínum á framfæri við gerð hennar. Svanbjörn Thoroddsen, endurskoðandi og höfundur umsagnarinnar, gaf ekki skýrslu fyrir dómnum. Verður að meta þýðingu umsagnarinnar sem sönnunargagns í málinu í þessu ljósi.

Það er mat dómsins, sem skipaður er sérfróðum meðdómsmönnum á sviði endurskoðunar og hagfræði, að yfirmatsgerð dómkvaddra yfirmatsmanna sé nægilega rökstudd. Þá telur dómurinn að þeir ágallar, sem stefnandi telur vera á yfirmatsgerðinni, séu ekki til þess fallnir að varpa rýrð á niðurstöðu hennar um að ekki sé unnt að fullyrða að stefnandi hafi orðið fyrir beinu tjónu vegna umræddrar háttsemi stefnda.

Í yfirmatsgerðinni endurmeta yfirmatsmenn þau matsatriði sem undirmatsmenn lögðu mat á í matsgerð sinni. Í skýrslu dómkvaddra yfirmatsmanna fyrir dómi var staðfest að að aðferðafræðin, sem beitt hefði verið í undirmatsgerð, væri að þeirra mati ekki tæk við mat á ætluðu tjóni stefnanda. Bæði í undirmati og yfirmati hefðu verið lagðar til grundvallar sams konar aðferðir og leiðbeiningar framkvæmdastjórnar Evrópusambandsins gera ráð fyrir við mat á því hvernig eigi að meta hugsanlegt tjón vegna samkeppnisbrota. Í undirmatsgerð hafi samanburðaraðferðum verið beitt og athugað hvernig staðan hefði verið á sams konar markaði á sama tíma, þar sem ekki hefði verið beitt samkeppnishamlandi aðgerðum. Hins vegar hafi ekki verið til staðar viðeigandi markaður til samanburðar við markaðinn á Akranesi á þeim tíma sem samkeppnisbrot stefnda áttu sér stað og hugsanlegar afleiðingar þeirra hafi komið fram. Þar af leiðandi hafi ekki verið ástæða til að beita samanburðaraðferðum í yfirmatsvinnunni. Því hafi verið byggt á rekstraráætlunum stefnanda fyrir innkomu á lyfjasöllumarkaðinn á Akranesi við endurmat undirmati og þær bornar saman við fjárhagsupplýsingar sem stafi frá stefnanda vegna rekstraráranna sem matsspurningar í yfir- og undirmati hefðu náð til. Sú matsvinna hafi að mati yfirmatsmanna veitt nákvæmari yfirsýn

yfir stöðu mála og hugsanlegt tjón stefnanda, sem matsmenn hefðu komist að að hefði ekki verið neitt.

Yfirmatsgerð byggir á framlagðri rekstraráætlun stefnanda sem ekki er mjög ítarleg. Þá kom fram hjá fyrirsvarsmanni stefnanda að hennar hefði verið aflað í því skyni að fá fyrirgreiðslu hjá bankastofnunum. Yfirmatsmenn kváðust hafa gert samanburð á áætlununum við rekstur annarra verslana stefnda en ekki við rekstur verslana annarra rekstraraðila. Þrátt fyrir þessa takmörkun á fyrirliggjandi gögnum og skoðun yfirmatsmanna er það mat dómsins að yfirmatsgerð sé ekki haldin slíkum annmörkum að hún verði ekki lögð til grundvallar niðurstöðu í máli þessu. Að öllu jöfnu hlýtur yfirmatsgerð þriggja yfirmatsmanna, sem ekki hefur verið hnekkkt með öðrum gögnum, að veða þyngra við mat á sönnun en undirmatsgerð tveggja matsmanna og umsögn sem aflað er einhliða af öðrum málsaðila. Þá er það mat dómsins að ekki hafi verið sýnt fram á þá ágalla á yfirmatsgerðinni sem gætu haft áhrif á mat dómsins á sönnunargildi hennar, svo sem áður er getið. Jafnframt verður að líta til þess að í undirmatsgerð er einungis horft til frávíks í verðum, þ.e. afslátta, en en ekki var lagt mat á áhrif á selt magn. Í kjölfarið var því slegið föstu að ekki hefði verið hægt að búast við hærri markaðshlutdeild stefnanda, án þess að því hefði verið velt upp hvort markaðshlutdeild stefnanda hefði mögulega orðið lægri ef ekki hefði komið til samkeppnisbrota af hálfu stefnda. Að mati dómsins skortir því á að ætlað tjón stefnanda sé metið með heildstæðum hætti í undirmatsgerð.

Með hliðsjón af öllu framangreindu verður yfirmatsgerðin lögð til grundvallar við úrlausn ágreinings aðila í máli þessu, enda hefur henni ekki verið hnekkkt. Stefnandi rökstyður tjón sitt með vísan til niðurstaðna undirmatsgerðar og hefur ekki lagt fram önnur gögn sem styðja dómkröfur hans eða málsástæður þeim til stuðnings. Hefur stefnanda því ekki tekist að sanna að hann hafi orðið fyrir tjóni sem verður að öllu leyti rakið til umræddrar háttsemi stefnda.

Þegar af framangreindum ástæðum verður stefndi sýknaður af bæði aðal- og varakröfu stefnanda, enda hefur stefnanda ekki tekist sönnun þess að hann hafi orðið fyrir fjárhagslegu tjóni vegna háttsemi stefnanda.

Eftir úrslitum málsins og með vísan til meginreglu 1. mgr. 130. gr. laga nr. 91/1991, um meðferð einkamála, verður stefnandi dæmdur til að greiða stefnda málskostnað sem að virtum m.a. framlögum gögnum um yfirmatskostnað stefnda þykir hæfilega ákveðinn 5.800.000 krónur.

Af hálfu stefnanda flutti málið Jón Magnússon hrl.

Af hálfu stefnda flutti málið Halldór Brynjar Halldórsson hdl.

Dóm þennan kveða upp Arnfríður Einarsdóttir héraðsdómari sem dómformaður og meðdómsmennirnir Sigrún Guðmundsdóttir, löggiltur

endurskoðandi og Smári Rúnar Þorvaldsson hagfræðingur. Við dómsuppsögu var gætt ákvæða 1. mgr. 115. gr. laga nr. 91/1991.

**Dómsorð:**

Stefndi, Lyf og heilsa hf., er sýkn af kröfum stefnanda, Apóteks Vesturlands ehf., í máli þessu.

Stefnandi, Apótek Vesturlands ehf., greiði stefnda, Lyfjum og heilsu hf., 5.800.000 krónur í málskostnað.

Arnfríður Einarsdóttir  
Sigrún Guðmundsdóttir  
Smári Rúnar Þorvaldsson