

Úrskurður

áfrýjunarnefndar samkeppnismála

í máli nr. 2/2009

Hagar hf.

gegn

Samkeppniseftirlitinu

I.

Hin kærða ákvörðun og kröfur málsaðila

Með bréfi, dagsettu 16. janúar 2009, hafa Hagar hf. kært ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 64/2008, frá 19. desember 2008. Í hinni kærðu ákvörðun komst Samkeppniseftirlitið að þeirri niðurstöðu að áfrýjandi hefði brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005, með því að misnota markaðsráðandi stöðu sína með aðgerðum sem beindust að keppinautum hans á matvörumarkaði. Var áfrýjanda gert að greiða krónur 315.000.000 í stjórnvaldssekt.

Af hálfu áfrýjanda er þess aðallega krafist að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi. Til vara er þess krafist að álögð stjórnvaldssekt verði felld niður eða lækkuð stórlega. Þá er þess krafist að Samkeppniseftirlitið verði átalið fyrir að birta hina kærðu ákvörðun föstudaginn 19. desember 2008.

Af hálfu Samkeppniseftirlitsins er þess krafist að kröfum áfrýjanda verði hafnað og að hin kærða ákvörðun verði staðfest með vísan til forsendna hennar.

II. Helstu málavextir

Í hinni kærðu ákvörðun er málavöxtum lýst svo að í lok febrúar 2005 hafi birst fréttir af því í fjölmiðlum að verslunin Krónan hygðist lækka vöruverð í öllum verslunum sínum til þess að koma á, að sögn forsvarsmanna fyrirtækisins, virkari samkeppni á matvörumarkaðnum. Næstu daga á eftir hafi hafist atburðarás sem kallað hafi verið verðstríð lágvöruverðsverslana. Verðstríðið hafi staðið sem hæst frá febrúarlokum 2005 og fram í september sama ár. Þátttakendur hafi einkum verið lágvöruverðsverslanir Bónus í eigu áfrýjanda og Krónan í eigu Kaupáss, en einnig hafi lágvöruverðsverslanirnar Kaskó og Nettó í eigu Samkaupa tekið þátt í verðstríðinu. Séu þetta þær verslanir sem yfirleitt hafi verið bornar saman í verðkönnunum á þessu tímabili. Verðstríðinu hafi fylgt mikil verðlækkun á ýmsum dagvörum, s.s. brauðmeti og ávöxtum, en mest hafi mjólkurvörur verið áberandi. Lítraverð á mjólk hafi jafnvel farið niður í 0 kr. á tímabili í verslunum Kaskó, Nettó og Bónuss. Í ljósi fram kominna ábendinga þess efnis að áfrýjandi hefði með háttsemi sinni hugsanlega brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga hafi Samkeppniseftirlitið ákveðið að hefja rannsókn á háttsemi einstakra aðila á markaðnum og hvernig verðlagningu á mjólkurvörum á umræddu tímabili hafi verið háttáð hjá stærstu verslanakeðjum landsins. Hinn 7. júní 2006 hafi eftirlitið sent Högum, Kaupási og Samkaupum, eignarhaldsfélögum stærstu verslanakeðja landsins, bréf þar sem óskað hafi verið eftir upplýsingum og gögnum. Gagnaöflunin hafi þjónað þeim tilgangi að varpa ljósi á verðmyndun á ákveðnum dagvörum á meðan verðstríðið hafi staðið og jafnframt skyldi kannað hver væri staða þriggja stærstu eignarhaldsfélaga verslanakeðja á matvörumarkaðnum. Jafnframt hafi Samkeppniseftirlitið óskað eftir upplýsingum frá smærri aðilum á markaðnum um heildarveltu viðkomandi aðila, sundurliðað í sölu sérvara og dagvara. Ennfremur hafi Samkeppniseftirlitið aflað ýmissa gagna og upplýsinga bæði frá aðilum á matvörumarkaðnum og stjórnvöldum fyrir árin 2004, 2005 og 2006.

Hinn 5. nóvember 2007 sendi Samkeppniseftirlitið áfrýjanda andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins í málinu. Í andmælaskjalinu var komist að þeirri frumniðurstöðu að áfrýjandi væri í markaðsráðandi stöðu og hefði með tilteknum aðgerðum og háttsemi sinni

á smásölustigi matvörumarkaðarins farið gegn 11. gr. samkeppnislaga. Málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins er að öðru leyti lýst í hinni kærðu ákvörðun og vísast til þess er þar segir.

Hinn 19. desember 2008 tók Samkeppniseftirlitið ákvörðun í málinu. Ákvörðunarorðin eru svohljóðandi:

„Hagar hf. (kt. 670203-2120) brutu gegn 11. gr. samkeppnislaga með þeim aðgerðum sem nánar er lýst í ákvörðun þessari.

Með vísan til rökstuðnings í ákvörðun þessari og með heimild í 37. gr. samkeppnislaga skulu Hagar hf. greiða stjórnvaldssekt að fjárhæð kr. 315.000.000. (þrjú hundruð og fimmtán milljónir króna) vegna brots á 11. gr. samkeppnislaga.

Sektin skal greiðast í ríkissjóð eigi síðar en einum mánuði eftir dagsetningu þessarar ákvörðunar.“

Mál þetta var flutt skriflega og munnlega fyrir áfrýjunarnefndinni. Greinargerð Samkeppniseftirlitsins barst 6. febrúar 2009. Á fundi sem haldinn var 16. febrúar 2009 reifuðu málsaðilar helstu sjónarmið sín.

III.

Helstu málsástæður málsaðila

Málsástæður áfrýjanda

Um kröfu þess efnis að Samkeppniseftirlitið verði átalið fyrir að birta hina kærðu ákvörðun föstudaginn 19. desember 2008

Áfrýjandi bendir á hin kærða ákvörðum beinist að verðstríði verslana á árunum 2005 til 2006. Samkeppniseftirlitið hafi tekið sér ríflegan tíma til skoðunar málsins og ljóst sé að

ekki sé um að ræða forgangsmál sem þarfnist tafarlausrar úrlausnar. Með því að birta áfrýjanda ákvörðun sína 19. desember 2008, hafi Samkeppniseftirlitið gert honum erfiðara fyrir að útbúa rökstudda kæru til áfrýjunarnefndar samkeppnismála, þar sem inn í fjögurra vikna kærufrest, sbr. 9. gr. samkeppnislaga, hafi komið fimm frídagar og um að ræða mesta annatíma áfrýjanda. Telur áfrýjandi að þessi málsmeðferð ein og sér eigi að leiða til ógildingar ákvörðunarinnar en ella er þess krafist að áfrýjunarnefndin átelji Samkeppniseftirlitið fyrir þau vinnubrögð að velja birtingardag ákvörðunar gagngert til að takmarka verulega lögbundinn tíma og rétt málsaðila til að undirbúa rökstuðning með stjórnsýslukæru.

Um rétt aðila til að heildardómur gangi um öll ódæmd brot hans

Áfrýjandi bendir á að honum hafi verið sent andmælaskjal vegna málsins hinn 5. nóvember 2007, þar sem fram hafi komið frumniðurstöður þess efnis að áfrýjandi hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með skaðlegri undirverðlagningu. Tíu dögum síðar hafi Samkeppniseftirlitið framkvæmt húsleit á skrifstofum hans. Samkvæmt upplýsingum frá eftirlitinu hafi rannsóknin beinst annars vegar að ætluðum brotum á 10. gr. samkeppnislaga, þ.e. hugsanlegu ólögumtætu samráði smásöluaðila og birgja, og hins vegar ætluðum brotum á 11. gr. samkeppnislaga með þvingunum og ómálefnalegum viðskiptakjörum í garð birgja eða keppinauta. Ljóst sé því að það stjórnsýslumál sem hafi hafist með bréfi eftirlitsins frá 7. júní 2006, sé nú orðið að tveimur. Með bréfi til Samkeppniseftirlitsins dagsettu 29. nóvember 2007 hafi þess verið krafist af hálfu áfrýjanda að mál í rannsókn hjá eftirlitinu, sem vörðuðu meint brot gegn 11. gr. samkeppnislaga, yrðu sameinuð og andmælaskjalið frá 5. nóvember 2007 afturkallað. Samkeppniseftirlitið hafi hafnað þessari kröfu með bréfi frá 4. desember 2007. Sú ákvörðun hafi verið kærð til áfrýjunarnefndar samkeppnismála sem hafi vísað málinu frá, með úrskurði 14. janúar 2008. Í úrskurðinum hafi verið tekið fram að áfrýjandi ætti kost á því að koma að umræddum sjónarmiðum sínum ef til áfrýjunar kæmi á endanlegri ákvörðun Samkeppniseftirlitsins.

Áfrýjandi bendir á að sektarákvarðanir samkeppnisyfirvalda séu refsikennnd viðurlög. Það sé réttur hvers þess aðila sem sakaður sé um lögbrot að heildardómur gangi um öll ódæmd

brot hans. Fjórum dögum eftir birtingu hinnar kærðu ákvörðunar hafi Samkeppniseftirlitið óskað eftir tilteknum gögnum vegna rannsóknar eftirlitsins á því hvort tiltekin fyrirtæki hafi brotið gegn 10. og/eða 11. gr. samkeppnislaga. Nú liggja því fyrir að eftirlitið hafi litið svo á að fleiri mál hafi verið til meðferðar á þeim tíma sem hin kærða ákvörðun hafi verið tekin. Telur áfrýjandi að með því að virða að vettugi óskir hans um að málin yrðu sameinuð hafi Samkeppniseftirlitið brotið gegn rétti hans samkvæmt meginreglu stjórnisýsluréttar um misbeitingu valds við val á leiðum til úrlausnar máls, meðalhófsreglu stjórnisýsluréttar og 1. mgr. 4. gr. 7. viðauka við Mannréttindasáttmála Evrópu.

Um vörumerkið „Bónus býður betur“

Af hálfu áfrýjanda er því fram haldið að hin kærða ákvörðun virðist öðrum þræði fjalla um notkun vörumerkisins „Bónus býður betur“, sem Samkeppniseftirlitið telji ólögsmæta. Verslanir Bónus hafi ávallt verið reknar með lágmarkskostnaði og hafi haft að leiðarljósi að bjóða betri kjör en aðrir. Verði ákvörðunin staðfest sé ljóst að Bónus verði ekki kleift að viðhalda verðstefnu sinni. Með ákvörðuninni sé því verulega vegið að verðstefnu og vörumerki Bónuss og því um leið grundvelli fyrir rekstri fyrirtækisins, án þess að fyrir liggja rökstuðningur eða rannsókn sem þyrfti að ná til allra fyrirtækja og almennrar hegðunar á markaði. Telur áfrýjandi að réttmæti vörumerkja eins og „Bónus býður betur“ heyri í raun undir Neytendastofu, sbr. lög um eftirlit með viðskiptaháttum og markaðssetningu, nr. 57/2005, en ekki Samkeppniseftirlitið. Það geti ekki verið í verkahring þess að ákvarða hvort slík einkennisörð séu lögmæt eða ekki og í raun sé um valdþurrð að ræða hjá eftirlitinu.

Um skilgreiningu markaða

Áfrýjandi telur að sá markaður sem hann starfi á sé smásala á dag- og matvörum, þ.e.a.s. vörur sem uppfylli daglegar neyslufarfir neytenda. Sé markaðurinn nefndur mat- og drykkjarvörumarkaður. Verslanir á þessum markaði þurfi að hafa á boðstólum ákveðið úrval af vörum, aðallega mat- og drykkjarvörum, auk hreinlætis- og snyrtivara. Verslanir áfrýjanda, Bónus, Hagkaup og 10-11, starfi allar á þessum markaði og eigi allar í harðri samkeppni við aðrar verslanir á markaðnum. Í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins hafi verið komist að þeirri niðurstöðu, að skipta þyrfti heildarmatvörumarkaðinum upp í tvo

aðskilda markaði. Annars vegar stórinnaupamarkað og hins vegar viðbótarinnaupamarkað. Á stórinnaupamarkaðinum starfi svokallaðir stórmarkaðir og lágvöruverðsverslanir, en á viðbótarinnaupamarkaðinum klukkubúðir og aðrar minni verslanir. Hafi Samkeppniseftirlitið byggt þessa skiptingu á skýrslu breska samkeppniseftirlitsins frá árinu 2000. Engin sjálfstæð, hlutlaus rannsókn hafi farið fram á hinum íslenska markaði af hálfu eftirlitsins um þau atriði sem komið hafi fram í skýrslunni á raunverulegum aðstæðum hérlendis. Er athugasemdir áfrýjanda við andmælaskjalið hafi borist Samkeppniseftirlitinu hafi það gert sér grein fyrir þeim meinbugum sem fylgdu yfirfærslu bresku skýrslunnar á íslenskan markað. Í tilraun til að hylja þessa veikleika á aðferðafræðinni telur áfrýjandi eftirlitið skeyta hluta af svokölluðum viðbótarinnaupamarkaði saman við fyrri markaðsskilgreiningu sína, án þess að sýnt hafi verið fram á að sú skilgreining hafi byggt á réttum forsendum. Áfrýjandi telur að við mat stjórnvalda á tilteknum álitaeftum sem krefjast sérþekkingar beri hlutaðeigandi stjórnvald ábyrgð á því, samkvæmt rannsóknarreglunni, að málið sé rannsakað af sérkunnáttumanni á viðkomandi viðskiptasviði. Samkeppniseftirlitinu sé ekki tækt að byggja markaðsskilgreiningu sína á neysluhegðun breskra neytenda, án þess að fram hafi farið sjálfstæð rannsókn á því hvort íslenskir neytendur hagi sér með sama hætti.

Áfrýjandi bendir á að í hinni kærðu ákvörðun komi fram að stórmarkaðir og lágvöruverslanir séu sniðnar að stórinnaupabörf neytenda vegna hagstæðs verðlags og breiddar í vöruúrvali. Þægindaverslanir (klukkubúðir) séu hins vegar betur til þess gerðar að þjóna þörfum fyrir viðbótarinnaup samkvæmt ákvörðuninni. Allar þessar verslanir telji Samkeppniseftirlitið starfi á sama markaðinum. Áfrýjandi telur að ekki sé ljóst hvað skilji þessar verslanir frá þjónustustöðvum olúfélaganna. Vísar hann m.a. til þess að þjónustustöðvum N1 hf sé ætlað að bjóða upp á allt það vöruúrval sem neytendur þurfa til að uppfylla daglegar neyslufarfir sínar.

Hvað varðar skilgreiningu Samkeppniseftirlitsins á landfræðilega markaðnum bendir áfrýjandi á að sömu ágallar séu á þeirri skilgreiningu og framangreindri skilgreiningu vöru- og þjónustumarkaðarins. Engin sjálfstæð rannsókn hafi verið gerð af hálfu Samkeppniseftirlitsins sem taki tillit til íslenskra aðstæðna, heldur virðist niðurstaða

eftirlitsins byggjast á hugmyndum og tilfinningu starfsmanna þess. Íþyngjandi stjórnvaldsákvörðun verði ekki byggð á slíkum forsendum. Áfrýjandi telur að Samkeppniseftirlitið taki ekki tillit til raunverulegra aðstæðna á íslenskum markaði.

Með hliðsjón af ofangreindu telur áfrýjandi að Samkeppniseftirlitið hafi freklega brotið gegn rannsóknarskyldu sinni og með engu móti uppfyllt þær kröfur sem gera verður til málsmeðferðar stjórnvalds í svo viðurhlutamiklu máli. Beri því að fella niður hina kærðu ákvörðun.

Um stöðu áfrýjanda á markaðnum

Áfrýjandi mótmælir því að hann sé í markaðsráðandi stöðu á hinum skilgreinda markaði. Bendir hann á að Samkeppniseftirlitið virðist ekki leggja til grundvallar skilgreiningu samkeppnislagna sjálfra á markaðsráðandi stöðu fyrirtækis. Samkvæmt 4. tl. 1. mgr. 4. gr. samkeppnislaga teljist það markaðsráðandi staða þegar fyrirtæki hafi þann efnahagslega styrkleika að geta hindrað virka samkeppni á þeim markaði sem máli skipti og það geti að verulegu leyti starfað án þess að taka tillit til keppinauta, viðskiptavina og neytenda. Þegar tekið sé tillit til skilgreiningar laganna um það hvort fyrirtæki geti starfað að verulegu leyti án þess að taka tillit til keppinauta, viðskiptavina og neytenda sé á það að líta að enginn markaður fái eins mikla athygli og sé undir jafnmiklu eftirliti og dag- og matvörumarkaðurinn. Bónus hafi því ekki getað, í slíku umhverfi, starfað með þeim hætti sem lýst sé í 4. tl. 1. mgr. 4. gr. samkeppnislagna.

Af hálfu áfrýjanda eru gerðar athugasemdir við útreikninga Samkeppniseftirlitsins á stærð markaðarins og markaðshlutdeild áfrýjanda. Þannig hafi eftirlitið hafnað að byggja útreikninga sína á opinberum upplýsingum frá Hagstofunni og vísað til þess að það hafi aflað frumgagna frá aðilum markaðarins og búi því yfir mjög áreiðanlegum upplýsingum. Bendir áfrýjandi á að í IV. kafla stjórnsýslulaganna séu lögfestar meginreglur um andmælarétt og upplýsingarétt. Það sér því forsenda þess að aðili geti gætt hagsmuna sinna og tjáð sig um mál, svo fullt gagn sé að, að hann hafi aðgang að gögnum máls, en áfrýjandi hafi ekki fengið aðgang að öllum upplýsingum. Miðað við upplýsingar frá Hagstofunni telur áfrýjandi að markaðshlutdeild hans á íslenskum matvörumarkaði sé um 40%.

Þá mótmælir áfrýjandi því að Samkeppniseftirlitið byggi ákvörðun um markaðshlutdeild á ummælum forstjóra áfrýjanda, sem birst hafi á vefriti Viðskiptablaðs Morgunblaðsins þann 19. janúar 2006, þar sem fram komi að hann telji fyrirtækið með rúmlega 50% markaðshlutdeild.

Áfrýjandi bendir á að birgðahúsið Búr hafi á rannsóknartímabilinu verið að 45% í eigu Kaupáss og 43% í eigu Samkaupa. Búr hafi séð um stóran hluta innkaupa og dreifingar fyrir verslanir í eigu hluthafa þess, sem flestir séu keppinautar áfrýjanda á markaði. Ljóst sé því að rík tengsl hafi verið á milli helstu keppinauta áfrýjanda á markaðnum. Gera megi ráð fyrir því að fyrirtæki með svo ríka sameiginlega hagsmuni veigri sér við að leggja hagsmuni hvers annars í hættu og því sé ekki um virka samkeppni að ræða á milli þeirra. Réttast sé því að leggja saman markaðshlutdeild, kaupendastyrk og efnahagslegan styrkleika allra eigenda Búrs, í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins. Líta eigi á hluthafa Búr á umræddum tíma og verslanir í eigu þeirra, sem eina samkeppnislega einingu, en það leiði til þess að Kaupás og Samkaup hafi á landsvísu samtals tæplega 40% markaðshlutdeild, miðað við ákvörðun Samkeppniseftirlitsins.

Verði ekki fallist á að um eina samkeppnislega einingu hafi verið að ræða, byggir áfrýjandi á því að þegar litið sé til þess að þessir þrír aðilar, hann, Kaupás og Samkaup fari saman með um og yfir 70% markaðshlutdeild á landsvísu á markaðnum, hafi markaðurinn ákveðin einkenni sameiginlegrar markaðsráðandi stöðu, en að þeim möguleika sé ekki vikið einu orði í ákvörðuninni.

Af hálfu áfrýjanda er bent á að að samkvæmt niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins hafi markaðshlutdeild áfrýjanda á landsvísu árið 2005 verið 49%. Markaðshlutdeild Kaupáss hafi á sama tíma verið 21% og Samkaupa 15%. Telur áfrýjandi að í ljósi framangreindrar niðurstöðu um þessa þrjá aðila á markaðnum vakni sú spurning hvort raunhæft sé miðað við sjónarmið Samkeppniseftirlitsins að telja að einungis einn aðili geti notið markaðsráðandi stöðu á markaðnum. Ekkert sé fjallað um þann möguleika í hinni kærðu ákvörðun.

Af hálfu áfrýjanda eru gerðar athugasemdir við niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins hvað varðar mat á efnahagslegum styrkleika áfrýjanda og tengdra félaga. Bendir hann á að einungis þrjú félög í eigu áfrýjanda, af átta, hafi starfað á þeim markaði sem til skoðunar sé.

Af hálfu áfrýjanda er því haldið fram að litlar aðgangshindranir séu á hinum skilgreinda markaði. Lítið þurfi annað en verslunarrými og innréttingar til að hefja verslunarrekstur á dag- og matvörumarkaði. Fellst áfrýjandi ekki á sjónarmið Samkeppniseftirlitsins um að þar sem nýir eða starfandi keppinautar hafi ekki með aðgerðum sínum dregið verulega úr markaðsstyrk áfrýjanda sé það vísbending um markaðsráðandi stöðu hans og að aðstæður á markaði hindri nýja og starfandi keppinauta í að komast inn á markaðinn eða efla verulega hlut sinn. Þá verði ekki ráðið af ákvörðuninni með hvaða hætti eftirlitið meti velgengni innkomu verslana á markaðinn. Bendir áfrýjandi á að verslanir Europris séu enn í beinni og mikilli samkeppni við verslanir áfrýjanda.

Af hálfu áfrýjanda er mótmælt því sjónarmiði Samkeppniseftirlitsins að unnt sé að nota stærðarhagkvæmni matvöruverslana sem vopn til þess að hrekja keppinauta af markaðnum, með því að verðleggja vörur ávallt undir verði keppinautarins, þar sem hugsanlegt tap af slíkri verðlagningu sé minna hjá þeim verslunum sem njóti hagkvæmni í stærð en hjá þeim verslunum sem geri það ekki. Bendir áfrýjandi á að í dag reki Bónus 26 verslanir á landinu, en Krónan tíu. Allar verslanirnar fái mjólkurvörur á sömu kjörum frá eina birgjanum, Mjólkursamsölu. Því sé ljóst að ef báðir aðilar selji mjólkurvörurnar undir kostnaði verði tap Bónuss margfalt meira en Krónunnar.

Hvað kaupendastyrk varðar bendir áfrýjandi á að verslanir hans séu í meginatriðum háðar tvenns konar birgjum. Annars vegar sé um að að ræða innlenda birgja og hins vegar kaup á vörum erlendis frá, ýmist beint frá hinum erlenda birgi eða gegnum íslenskan birgi. Mikil samþjöppun hafi átt sér stað á heildsölustigi matvara. Um 70% af innkaupum matvöruverslana séu frá innlendum framleiðendum, þar af 50% íslenskar landbúnaðarvörur. Samkeppnisaðstæður séu enn fremur óvenjulegar á framangreindum

markaði sem sé verndaður með höftum og bönnum stjórnvalda um innflutning á samkeppnisvörum.

Um misnotkun á markaðsráðandi stöðu

Áfrýjandi mótmælir því að hann hafi misnotað markaðsráðandi stöðu. Bendir hann á að í hinni kærðu ákvörðun sé ekki miðað við hinn skilgreinda markað málsins, heldur eingöngu mjög þröngan hluta hans, þ.e.a.s. 17 tegundir af mjólkurvörum og aðeins í Bónus. Hefðu þessar mjólkurtegundir verið hinn skilgreindi markaður málsins, eða jafnvel bara sala á mjólkurvörum almennt, sé ljóst að markaðshlutdeild áfrýjanda hefði snarminnkað, enda hefði Samkeppniseftirlitið þá ekki komist upp með það, líkt og gert sé í ákvörðuninni, að sneiða af skilgreiningu markaðarins aðrar verslanir sem selji slíkar vörur. Áfrýjandi telur að Samkeppniseftirlitið hafi ekki sannað ásetning um að hann hafi ætlað að útrýma samkeppni á matvörumarkaðnum. Sanna þurfi slíkan ásetning með rækilegum hætti og gögnum þar að lútandi, ef selt sé yfir meðaltals breytilegum kostnaði en undir meðaltals heildarkostnaði. Strax á fyrstu stigum málsins hafi komið fram að sú samkeppnisverðlagning sem notuð hafi verið í hinu svonefnda verðstríði, hafi einungis verið notuð í Bónus en ekki í öðrum verslunum áfrýjanda.

Áfrýjandi telur, að fyrst Samkeppniseftirlitið hafi ákveðið að taka einungis fyrir 17 tegundir af mjólkurvörum hefði því borið að gera annað af tvennu; skilgreina markaðinn þrengra, svo sem smásölu á mjólkurvörum eða taka með í útreikninga sína heildarframlegð áfrýjanda á umræddum vörutegundum, þ.e. framlegð þeirra í Bónus, Hagkaup og 10-11 til samans. Samkvæmt því hafi eftirlitinu borið að kanna heildarframlegð áfrýjanda á hinum skilgreinda markaði í heild, þ.e.a.s. á öllum vörutegundum, og í framhaldinu skilgreina hvort fyrirtækið hafi hagað starfsemi sinni á þann hátt að afkoma fyrirtækisins á hinum skilgreinda markaði hafi verið undir meðaltals breytilegum kostnaði á tímabilinu.

Áfrýjandi vísar til þess að Bónus hafi verið að bregðast við verðlækkunum samkeppnisaðila. Þar sem skýringar á verðlækkunum Bónuss megi finna í verðstefnu fyrirtækisins, um að bjóða alltaf betur, beri að líta til þess sjónarmiðs á þann hátt að í aðgerðum þessum hafi ekki falist ásetningur um að bola samkeppnisaðilum af markaði.

Um viðurlög

Af hálfu áfrýjanda er því haldið fram að ekki sé ástæða til að beita sérstökum viðurlögum í málinu, ef niðurstaðan yrði á annað borð sú, að hann teldist hafa brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga. Honum hafi verið ómögulegt að átta sig á því að hann væri í markaðsráðandi stöðu. Íslensk lög veiti engar leiðbeiningar um það hvað markaðsráðandi fyrirtæki sé heimilt að gera. Áfrýjandi telur, að þar sem um fordæmalaus ákvörðun sé að ræða, sem byggji eingöngu á erlendum fræðikenningum og fordæmum, sé óheimilt að gera honum refsingu í málinu. Þá vísar áfrýjandi til þess að meint brot hafi staðið yfir í stuttan tíma og lokið fyrir rúmum þremur árum.

Af hálfu áfrýjanda er vísað til 4. mgr. 37. gr. samkeppnislaga þar sem fram komi að falla megi frá sektarákvörðun ef brot telst óverulegt eða af öðrum ástæðum sé ekki talin þörf á slíkum sektum til að stuðla að og efla virka samkeppni.

Til stuðnings varakröfu sinni um lækkun sekta byggir áfrýjandi á sömu málsástæðum og að framan eru raktar og því sem fram komi í svörum hans við andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins.

Málsástæður Samkeppniseftirlitsins

Um birtingu hinnar kærðu ákvörðunar

Af hálfu Samkeppniseftirlitsins er vísað til þess að samkvæmt 21. gr. reglna nr. 880/2005 um málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins skuli birta málsaðila ákvörðun eftir að máli sé lokið. Birti Samkeppniseftirlitið ákvörðun svo fljótt sem auðið sé eftir að hún hafi verið staðfest af stjórn eftirlitsins. Stjórnin hafi staðfest hina kærðu ákvörðun á fundi sínum síðdegis 17. desember 2008 og ákvörðunin verið birt áfrýjanda 19. sama mánaðar. Ákvörðun um að draga að birta hina kærðu ákvörðun þar til síðar í desembermánuði eða í upphafi janúarmánaðar hefði ekki samræmst umræddri reglu. Þar fyrir utan komi hvergi fram í lögum að óheimilt sé að birta stjórnvaldsákvörðanir fyrir hátíðir.

Um afgreiðslu málsins – „heildardómur“

Samkeppniseftirlitið mótmælir kröfu áfrýjanda þess efnis að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi þar sem það hafi ekki afgreitt öll mál hans með einni og sömu ákvörðuninni. Bendir Samkeppniseftirlitið á að í fyrsta lagi gildi sú regla sem áfrýjandi vísi til eingöngu þegar maður sé borinn sök um refsiverða háttsemi fyrir dómi. Í öðru lagi komi reglan ekki fram í 1. mgr. 4. gr. 7. viðauka með mannréttindasáttmála Evrópu, líkt og áfrýjandi byggi á, en tilvitnað ákvæði sáttmálans kveði á um að maður skuli ekki sæta lögsókn né refsingu að nýju í sakamáli fyrir brot sem hann hafi þegar verið sýknaður af eða sakfelldur um „með lokadómi“. Þá sé að líta til þess að ákvæði 4. gr. viðauka 7 geti aðeins átt við ef um sé að ræða endurtekna málsmeðferð eða refsingu vegna *sama* brots.

Um andmælarétt áfrýjanda

Samkeppniseftirlitið mótmælir því að áfrýjandi hafi ekki fengið „*eðlilegt svigrúm*“ til að koma sjónarmiðum sínum og andmælum á framfæri. Málsmeðferðin hafi fullnægt í alla staði þeim kröfum sem gerðar séu í lögum. Þannig hafi áfrýjandi fengið þriggja mánaða frest til að gera athugasemdir við andmælaskjal. Þá hafi áfrýjandi ekki bent á hvaða sjónarmið það séu sem hann hafi ekki getað komið á framfæri við Samkeppniseftirlitið.

Samkeppniseftirlitið mótmælir því að áfrýjanda hafi ekki verið kynnt öll gögn málsins, t.d. gögn varðandi markaðshlutdeild. Bendir eftirlitið á að andmælaskjal hafi verið sent áfrýjanda til umsagnar þann 5. nóvember 2007, ásamt lista yfir öll gögn málsins. Í andmælaskjalinu hafi m.a. verið gerð grein fyrir markaðshlutdeild áfrýjanda og keppinauta hans. Upplýsingar frá þessum fyrirtækjum um tekjur matvöruverslana þeirra hafi hins vegar verið merktar sem trúnaðarmál á gagnalista. Sé það í samræmi við hefðbundið verklag og viðkvæmt eðli slíkra upplýsinga.

Um ætlaða valdþurrð – vörumerkið „Bónus býður betur“

Hvað varðar sjónarmið áfrýjanda um að hin kærða ákvörðun feli í sér að vörumerkið „Bónus býður betur“, ólögmeitt vísar Samkeppniseftirlitið til þess að um misskilning sé ræða. Hin kærða ákvörðun feli ekki í sér að vörumerkið fari gegn samkeppnislögum. Í

henni felist einfaldlega að það sé ólöglegt að áfrýjandi beiti verðstefnu sinni þannig að það leiði til umfangsmikillar undirverðlagningar þar sem slík háttsemi raski samkeppni.

Um skilgreiningu markaðarins

Af hálfu Samkeppniseftirlitsins er vísað til þess að í hinni kærðu ákvörðun hafi verið lögð til grundvallar sama skilgreining á matvörumarkaði og miðað hafi verið við í ákvörðunum samkeppnisráðs nr. 18/1999 og 38/2002 sem og í skýrslu Samkeppnisstofnunar frá árinu 2001, þ.e. sala á dagvörum í matvöruverslunum. Það sé því rangt sem haldið sé fram í kæru að markaðurinn skiptist í stórinnaupamarkað og viðbótarinnaupamarkað. Umfjöllun áfrýjanda um stórinnaup og viðbótarinnaup sé því þýðingarlaus þar sem þar sé fjallað um atriði sem réðu ekki skilgreiningu Samkeppniseftirlitsins á markaði málsins. Þá hafi rannsóknir breskra samkeppnisyfirvalda ekki verið lagaðar til grundvallar skilgreiningu markaða í málinu.

Samkeppniseftirlitið fellst ekki á þau sjónarmið áfrýjanda þjónustustöðvar olúfélaganna falli undir hinn skilgreinda markað. Telur eftirlitið að sá samanburður sem áfrýjandi byggir á í kæru um samanburð á klukkubúðum og verslunum bensínstöðva sé ekki marktækur, þótt um mögulega staðgöngu sé að ræða. Þá hafi flestar þær verslanir sem áfrýjandi vísi til verið opnaðar eftir að atvik þessa máls hafi átt sér stað og því óþarfi að taka afstöðu til þess hvort sala þeirra á dagvöru falli innan hins skilgreinda markaðar enda sé velta þeirra óveruleg í samanburði við stærð heildarmarkaðarins.

Samkeppniseftirlitið vísar til þess að það hefði ekki úrslitaáhrif á stöðu áfrýjanda þótt verslanir bensínstöðva teldust hluti af hinum skilgreinda markaði. Í fyrsta lagi vegi dagvöruvelta þeirra takmarkað miðað við heildarstærð markaðarins. Þá láti áfrýjandi hjá líða að greina frá því að á þeim tíma sem atvik þessa máls taki til hafi Skeljungur verið undir hans yfirráðum.

Samkeppniseftirlitið bendir á að fullyrðingar áfrýjanda um að niðurstaða um landfræðilega markaðinn sé órökstudd eigi ekki við rök að styðjast. Vísar eftirlitið til þess að viðmið um 20-30 mínútna akstur frá viðkomandi verslun sé rökstudd í hinni kærðu ákvörðun, sbr.

tilvísun til ákvörðunar framkvæmdastjórnar EB í samrunamáli Kesko/Tuko sem og ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 38/2002.

Markaðsráðandi staða áfrýjanda

Af hálfu Samkeppniseftirlitsins er vísað til þess að við athugun á markaðshlutdeild áfrýjanda hafi verið leitað til matvöruverslana hér á landi og óskað eftir ítarlegum upplýsingum um tekjur þeirra. Upplýsingar þessara aðila séu trúverðugar og rétt að hafa í huga að refsivert sé að veita samkeppnisyfirvöldum rangar upplýsingar, sbr. 41. gr. b. samkeppnislaga. Þá hafi borist upplýsingar frá Ríkisskattstjóra til að meta hlutdeild minnstu verslananna. Upplýsingar þessar sýni að markaðshlutdeild áfrýjanda á þeim tíma sem atvik máls þessa áttu sér stað hafi verið um 50% á landinu öllu og um 60% á höfuðborgarsvæðinu.

Samkeppniseftirlitið fellst ekki á sjónarmið áfrýjanda um að upplýsingar um veltu sem fengnar séu frá Hagstofu Íslands endurspegli heildarstærð þess markaðar sem skilgreindur hafi verið í máli þessu. Umræddar upplýsingar séu settar fram í öðrum tilgangi en þeim að greina tekjur á skilgreindum samkeppnismörkuðum og nýtist því ekki til að reikna út markaðshlutdeild í máli þessu. Þær innihaldi einnig tekjur vegna sölu á sérvöru og jafnvel tekjur af alls óskyldri starfsemi og séu því ekki marktækar til útreikninga á markaðshlutdeild á dagvörumarkaði.

Hvað varðar sjónarmið áfrýjanda um að ekki sé unnt að leggja til grundvallar ummæli forstjóra hans um rúmlega 50% markaðshlutdeild, vísar Samkeppniseftirlitið til þess að í fréttinni leggi forstjórinn mat sitt á markaðshlutdeild og sé það nákvæmlega það sama og fram komi í hinni kærðu ákvörðun. Hafa verði í huga að áfrýjandi hafi lagt á það áherslu að forstjóri hans hafi mikla reynslu og þekkingu á markaðnum.

Hvað varðar málsástæðu áfrýjanda um að rétt hefði verið að líta á hluthafa Búrs sem eina „samkeppnislega einingu“ bendir Samkeppniseftirlitið á að til þess að tvö eða fleiri fyrirtæki teljist ekki vera sjálfstæðir keppinautar verði þau að mynda svonefnda eina efnahagslega (samkeppnislega) einingu. Þegar atvik máls þessa hafi átt sér stað hafi

Kaupás og Samkaup verið í innkaupasamstarfi í gegnum Búr og stóðu meðal annars sameiginlega að innflutningi á ýmsum vörutegundum, þ. á m. ávöxtum og grænmeti. Samkaup séu hins vegar ekki móðurfélag Kaupáss eða öfugt. Þessi fyrirtæki séu heldur ekki systurfélög og tilheyri að öðru leyti ekki sömu fyrirtækjasamstæðu. Samvinna milli tveggja sjálfstæðra fyrirtækja um ákveðið verkefni, eins og t.d. innkaup, geti ekki leitt til þess að viðkomandi fyrirtæki myndi eina efnahagslega einingu.

Samkeppniseftirlitið mótmælir því sjónarmiði áfrýjanda að við mat á efnahagslegum styrkleika eigi ekki að líta til fjárhagsupplýsinga þeirra verslana og dótturfélaga áfrýjanda sem ekki starfi á skilgreindum markaði á þeirri forsendu að starfsemi þeirra tengist honum ekki með beinum hætti. Öll þessi félög og/eða deildir innan áfrýjanda (Haga) lúti sömu yfirstjórn og sé rekstraruppgjör þeirra gert upp sameiginlega. Ekkert komi í veg fyrir eða banni að fjármunir séu færðir á milli félaga innan sömu fyrirtækjasamstæðu, hvað þá deilda eða afkomueininga sem gerðar séu upp í sama ársreikningi.

Vegna ummæla áfrýjanda um álitamálið sé ekki hvort nýr aðili geti hafið starfsemi á viðkomandi markaði heldur hvort inn komi á markaðinn burðugur keppinautur sem geti veitt öflugan samkeppni bendir Samkeppniseftirlitið á að um sé að ræða viðurkennd sjónarmið í samkeppnisrétti. Þótt verslunum Europris hafi fjölgað um fjórar frá því verðstríðinu lauk sé vöruúrval þeirra verslana mun takmarkaðra en í öðrum verslunum.

Af hálfu Samkeppniseftirlitsins er því haldið fram að svo virðist sem áfrýjandi hafi misskilið inntak almennrar umfjöllunar um stærðarhagkvæmni í hinni kærðu ákvörðun. Ekki þurfi að fjölyrða um að aukin stærð feli í sér ákveðið hagræði í rekstri. Þótt vera kunnir að heildartap áfrýjanda vegna verðstríðsins hafi verið meira en Kaupáss (Krónunnar) þá breyti það ekki þeirri staðreynd að í stærðarhagkvæmni felist samkeppnislegt forskot sem geri þau fyrirtæki sem hennar njóta almennt séð betur í stakk búin til að takast á við langvarandi verðsamkeppni.

Hvað varðar staðhæfingar áfrýjanda um að kaupendastyrkur megi sín lítills vegna samþjöppunar á birgjamarkaði bendir Samkeppniseftirlitið á að viðurkennt sé í hinni

kærðu ákvörðun að kaupendastyrkur sé minni gagnvart birgjum þegar um fákeppni eða því sem næst einokunarstöðu sé að ræða á þeim mörkuðum sem þeir starfi á. Slíkt eigi þó ekki við nema í undantekningartilfellum hér á landi og ljóst sé að stærri verslunarkeðjur hafi á liðnum árum sótt til birgja hærri afslætti og betri viðskiptakjör en áður tíðkuðust.

Hvað varðar samanburð á birgðahúsum Búrs og Aðfanga bendir Samkeppniseftirlitið á að ljóst sé að staða Aðfanga sé mun styrkari en Búrs. Rétt sé að þær matvöruverslanir sem Búr hafi þjónað hafi verið fjölmargar og hlutdeild þeirra ekki mikið lægri (á landsvísu) en hlutdeild verslana áfrýjanda sem Aðföng þjóni. Styrki það stöðu Aðfanga að það félag sé dótturfélag/deild innan áfrýjanda og lúti yfirráðum sömu aðila og þær verslanir sem félagið þjóni. Að Búri standi hins vegar sjálfstæðir keppinautar sem flestir séu mjög veikburða fjárhagslega í samanburði við áfrýjanda.

Samkeppniseftirlitið telur gagnrýni áfrýjanda þess efnis að ekki hafi verið tekið til skoðunar að hann, Kaupás og Samkaup séu í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu eigi ekki við rök að styðjast. Bendir eftirlitið á að til þess að tvö eða fleiri sjálfstæð fyrirtæki hafi sameiginlega markaðsráðandi stöðu samkvæmt 11. gr. samkeppnislaga þurfi þau í efnahagslegum skilningi að koma fram eða starfa saman á tilteknum markaði eins og einn aðili.

Um undirverðlagningu áfrýjanda

Samkeppniseftirlitið telur að áfrýjandi hafi ekki komið fram með sjónarmið sem réttlæti sölu hans á mjólkurvörum undir kostnaðarverði í verslunum Bónuss. Vísar eftirlitið til þess að í EES/EB-samkeppnisrétti sé svonefnd AKZO regla lögð til grundvallar, sbr. dóm dómstóls EB frá 1991 í máli *AKZO gegn framkvæmdastjórninni*. Hafi áfrýjunarnefnd samkeppnismála skýrt 11. gr. samkeppnislaga með hliðstæðum hætti, sbr. úrskurði í málum nr. 17-18/2003 og 4/2007. Teljist það að öllu jöfnu brot gegn 11. gr. samkeppnislaga ef markaðsráðandi fyrirtæki selji vöru á verði sem ekki standi undir meðaltali breytilegs kostnaðar. Undir þessum kringumstæðum þurfi ekki að sýna fram á ásetning til þess að raska samkeppni.

Samkeppniseftirlitið telur ekki ljóst hvað áfrýjandi eigi við með ummælum um að nauðsyn sé á þrengri markaðsskilgreiningu. Þá byggir sú skoðun áfrýjanda, að við mat á undirverðlagningu hans hafi þurft að horfa til sölu hans á mjólkurvörum ekki aðeins í Bónusverslununum heldur í öllum verslunum, á röngum skilningi á undirverðlagningu í samkeppnisrétti. Hið sama gildi um það viðhorf áfrýjanda að nauðsynlegt hafi verið að horfa til sölu hans og afkomu á öllum vörum sem hann selji í matvöruverslunum sínum. Ákvæði 11. gr. samkeppnislaga banni fyrirtæki sem sé markaðráðandi í sölu á tilteknum vörum að selja þær á verði sem ekki standi undir meðaltali breytilegs kostnaðar. Um brot geti verið að ræða þrátt fyrir að undirverðlagningin taki aðeins til hluta þeirrar vöru sem seld sé á hinum skilgreinda markaði.

Af hálfu Samkeppniseftirlitsins er mótmælt þeim sjónarmiðum áfrýjanda að ekki hafi verið litið til þess hvort sérstakar aðstæður geti réttlætt þessa verðlagningu hans. Í hinni kærðu ákvörðun sé m.a. tekið fram að ekki sé unnt að réttlæta undirverðlagninguna á þeim grunni að um hafi verið að ræða vörur á sérstöku kynningartilboði eða vörur á síðasta söludegi. Gögn málsins sýni að verðlagning áfrýjanda hafi ekki stuðst við sjónarmið af þessum toga. Umtalsvert tap hafi verið af rekstri Bónusverslananna á rannsóknartímabilinu sem sýni að „vörukarfan“ hafi að jafnaði verið seld með tapi. Verðlagning áfrýjanda í þessu máli verði því augljóslega ekki skýrð með víxlنيðurgreiðslu á aðdráttarvöru.

Samkeppniseftirlitið telur að undirverðlagning áfrýjanda falli ekki undir heimild hans til þess að mæta samkeppni. Fyrirtæki í markaðsráðandi stöðu hafi ríkum skyldum að gegna um að grípa ekki til neinna aðgerða sem raskað geti þeirri samkeppni sem ríkir á tilteknum markaði. Markaðsráðandi fyrirtæki sé ekki heimilt að mæta samkeppni með verðlagningu sem feli í sér að selja vörur undir kostnaðarverði. Í máli þessu liggir fyrir að viðbrögð áfrýjanda við samkeppni hafi verið þau að grípa til umfangsmikillar undirverðlagningar sem hafi falist í því að mjólkurvörur hafi verið seldar í miklu magni undir breytilegum kostnaði. Hafi áfrýjandi lýst því yfir að þessar aðgerðir hafi kostað hann um 700 milljónir króna. Ekki hafi verið um að ræða hófleg eða málefnaleg viðbrögð markaðsráðandi fyrirtækis við samkeppni heldur þvert á móti alvarlegt brot á 11. gr. samkeppnislaga. Viðhorf áfrýjanda þess efnis að aðgerðir Krónunnar hafi falið í sér óréttmæta samkeppni

geti hér engu breytt þar sem verðlækkun fyrirtækis sem ekki sé markaðsráðandi sé ekki brot á samkeppnislögum.

Vegna sjónarmiða áfrýjanda þess efnis að undirverðlagning hans hafi verið fyrirsjáanleg og málefnaleg m.a. sökum þeirrar verðstefnu sem rekin sé í verslunum Bónuss bendir Samkeppniseftirlitið á að á markaðsráðandi fyrirtækjum hvíli sú ríka skylda að raska ekki samkeppni. Það að markaðsráðandi fyrirtæki setji sér tiltekna stefnu breyti engu um skyldur fyrirtækisins samkvæmt 11. gr. samkeppnislaga.

Um viðurlög

Vegna sjónarmið áfrýjanda þess efnis að ekki sé heimilt að leggja á hann sektir þar sem honum hafi verið ómögulegt að átta sig á því að hann væri markaðsráðandi og að um væri að ráða brot gegn 11. gr. samkeppnislaga, bendir Samkeppniseftirlitið á að á brotatímabilinu hafi áfrýjandi litið á sig sem eitt öflugasta fyrirtæki á Íslandi. Móðurfélag áfrýjanda, Baugur, hafi verið kjölfestufjársfestir í hátt í 30 fyrirtækjum sem hafi átt 3500 verslanir í þremur löndum og samanlögð velta þeirra hafi verið um 950 milljarðar króna á árinu 2005. Það sé því ótrúverðugt að fyrirtæki af þessum toga hafi hvorki þekkt né kynnt sér efni samkeppnislaga. Ekki sé unnt að fallast á það sem vörn gegn viðurlagaákvörðun að fyrirtæki þekki ekki ákvæði samkeppnislaga, sbr. t.d. dóm Hæstaréttar í máli nr. 37/2003 *Sölufélag garðyrkjumanna gegn samkeppnisráði*.

Samkeppniseftirlitið vísar til þess að samkeppnisyfirvöld hafi á síðasta áratug haft ýmis afskipti af áfrýjanda. Þannig hafi samkeppnisyfirvöld ítrekað komist að þeirri niðurstöðu að áfrýjandi væri í markaðsráðandi stöðu á matvörumarkaðnum. Hafi áfrýjanda því mátt vera ljóst, áður en hann greip til undirverðlagningar á brotatímabilinu, að verulegar líkur væru á því að hann félli undir bannákvæði 11. gr. samkeppnislaga.

Hvað varðar þau sjónarmið áfrýjanda að álagning hárrar sektar hafi brotið gegn ákvæðum stjórnsýslulaga um meðalhóf vísar Samkeppniseftirlitið til þess að lög nr. 107/2000, um breytingar á sektarákvæði samkeppnislaga, leiði til þess að meginreglan sé sú að stjórnvaldssektir verði lagðar á ef brot eigi sér stað. Í greinargerð með breytingalögunum

komi fram að þetta stuðli að því að markmið laganna nái fram að ganga því stjórnvaldssektum samkvæmt lögum sé ætlað með almennum og sérstökum varnaðaráhrifum að vinna gegn því að fyrirtæki brjóti lögin. Einnig komi fram að sektarákvæði samkeppnislaga séu sniðin að EES/EB-samkeppnisrétti og lagabreytingunni sé ætlað að stuðla að því að sektarákvarðanir hér á landi verði í samræmi við það sem tíðkast erlendis.

Samkeppniseftirlitið fellst ekki á með áfrýjanda að brot hans hafi ekki haft nein áhrif. Eins og rökstutt sé í hinni kærðu ákvörðun hafi hinum ólögsmætu aðgerðum áfrýjanda verið hrint í framkvæmd og þær þar með haft áhrif á markaðnum. Brot áfrýjanda hafi verið alvarlegt og varðar markað sem sé almenningi mjög mikilvægur. Til þess að sektir í samkeppnismálum hafi áhrif verði að horfa á veltu viðkomandi fyrirtækis. Á rekstrarárinu frá 1. mars 2007 til 29. febrúar 2008 hafi tekjur áfrýjanda numið 52 milljörðum króna. Ljóst sé því að álögð sekt hafi ekki mátt vera lægri til þess að hafa einhver varnaðaráhrif. Ef miðað sé við veltu áfrýjanda hafi hámarkssekt í málinu verið 5,2 milljarðar króna. Fullyrðingar áfrýjanda um brot á meðalhófi fái því engan veginn staðist.

IV.

Niðurstaða

Málavöxtum, svo og kröfum og rökstuðningi málsaðila, hefur verið ýtarlega lýst hér að framan.

Í máli þessu er um það deilt, varðandi niðurstöðu hinnar kærðu ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins nr. 64/2008 frá 19. desember 2008, hvort nægar ástæður hafi verið til að staðhæfa að áfrýjandi hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með þeim aðgerðum, sem nánar er lýst í þeirri ákvörðun, og hvort næg rök liggi til þess, að lögum, að leggja stjórnvaldssekt á áfrýjanda svo sem gert var. Snýr aðalkrafa áfrýjanda að því að nefnd ákvörðun verði felld úr gildi í heild sinni en til vara er þess krafist, að álögð stjórnvaldssekt verði felld úr gildi eða lækkuð stórlega. Þá er þess krafist, að

Samkeppniseftirlitið verði á talið fyrir að birta áfrýjanda hina kærðu ákvörðun föstudaginn 19. desember 2008.

Áfrýjandi heldur því fram, að svo miklir annmarkar hafi verið á rannsókn, málsmeðferð og röksemdum Samkeppniseftirlitsins að þeir eigi með réttu að leiða til þess, að kröfur hans nái fram að ganga, en kröfum áfrýjanda hefur verið hafnað af hálfu Samkeppniseftirlitsins.

Áfrýjunarnefndin telur, að Samkeppniseftirlitið hafi sýnt nægilega fram á, enda sé það stutt af gögnum málsins, að ekki verði fundnir þeir ágallar á undirbúningi umræddrar ákvörðunar, sem leitt geti til þess að aðalkrafa áfrýjanda verði tekin til greina.

Sérstaklega skal tekið fram, að áfrýjunarnefndin hefur með úrskurði 14. janúar 2008 vísað frá kröfu um að tiltekin mál hjá Samkeppniseftirlitinu, sem vörðuðu meint brot áfrýjanda gegn 11. gr. samkeppnislaga, yrðu sameinuð. Telur áfrýjunarnefndin, að ekki hafi verið sýnt fram á, af hálfu áfrýjanda, að nein sú skylda hafi borið til sameiningar við önnur mál, sem staðið geti í vegi fyrir gildi nefndrar ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins frá 19. desember 2008 sökum þeirra brota á ákvæðum samkeppnislaga, sem þar eru staðfest.

Við rannsókn málsins hefur, af hálfu Samkeppniseftirlitsins, verið byggt á viðurkenndum aðferðum við rannsókn mála af þessu tagi. Ekki verður fallist á, að áfrýjandi hafi ekki fengið nægilegt tækifæri til að halda uppi andmælarétti sínum samkvæmt stjórnsýslulögum.

Sá markaður, sem hér um ræðir, er réttilega skilgreindur af hálfu Samkeppniseftirlitsins sem sala á dagvörum í matvöruverslunum. Í því sambandi tekur áfrýjunarnefndin sérstaklega fram, að ekki verða séð nægileg rök til þess að líta svo á að dagvörusala bensínstöðva geti, frá sjónarhóli neytanda, fallið undir þann markað sem matvöruverslanir starfa á, sökum þess að meginviðskipti bensínstöðvanna beinast að annars konar sölu en á neysluvörunni.

Áfrýjunarnefndin tekur undir röksemdir Samkeppniseftirlitsins um að áfrýjandi hafi á brotatímanum haft markaðsráðandi stöðu á þeim markaði sem hér um ræðir. Jafnframt er fallist á framkomnar röksemdir Samkeppniseftirlitsins um að helstu samkeppnisaðilar áfrýjanda á umræddum markaði hafi ekki verið í svonefndri sameiginlegri markaðsráðandi stöðu á markaðnum.

Áfrýjunarnefndin telur, að Samkeppniseftirlitið hafi fært fram fullnægjandi gögn og rök fyrir því, að áfrýjandi hafi misnotað hina markaðsráðandi stöðu sína með því að selja nánar tilgreindar mjólkurvörur um langan tíma á undirverði í skilningi samkeppnisréttar. Óumdeilt er að áfrýjandi hafi selt tilgreindar mjólkurvörur undir breytilegum kostnaði. Breytir þar engu þó að vörflokkar þeir sem sættu undirverðlagningu hafi einungis verið lítil hluti af vöruúrvali verslana áfrýjanda. Með því hátterni sínu hefur áfrýjandi brotið gegn ákvæðum 11. gr. samkeppnislaga eins og nánar er rakið í hinni kærðu ákvörðun Samkeppniseftirlitsins, sbr. úrskurði áfrýjunarnefndarinnar í málum nr. 17-18/2003 og nr. 4/2008. Með því móti hefur áfrýjandi unnið til stjórnvaldssektar eins og nánar er mælt fyrir um í 37. gr. samkeppnislaga, enda hafa ekki verið leidd í ljós nein þau atriði sem geti réttlætt frávik frá þeirri meginreglu um sektir við samkeppnisbrotum, sem fram kemur í nefndri grein laganna.

Áfrýjunarnefndin telur, að við ákvörðun þeirrar sektarfjárhæðar, krónur 315.000.000, sem hér um ræðir, hafi verið beitt málefnalegu mati á alvarleika brotsins, á hag áfrýjanda og á aðstæðum öllum að öðru leyti. Óumdeilt er að umrædd sektarupphæð er langt innan þess hámarks sektarfjárhæðar sem tiltekin er í 37. gr. samkeppnislaga, miðað við veltu áfrýjanda. Við ákvörðun sektarfjárhæðar verður m.a. að hafa í huga að brot áfrýjanda stóð í langan tíma og var stórfellt. Ber einnig að taka tillit til fjárhagslegs styrks áfrýjanda á þeim tíma er brotið framið. Áfrýjunarnefndin telur að sektarfjárhæðin samræmist vel meðalhófsreglu stjórnsýslulaga en sé þó nægilega há til þess að hafa fælingaráhrif, bæði sértæk og almenn. Verður því fallist hér á sektarfjárhæðina og varakröfu áfrýjanda um leið hafnað.

Af þeim ástæðum, sem hér hafa verið raktar, fellst áfrýjunarnefndin á og staðfestir umrædda ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 64/2008 frá 19. desember 2008.

Áfrýjunarnefndin telur að tvímælalaust hafi verið óhagkvæmt fyrir áfrýjanda, miðað við aðstæður hans, að Samkeppniseftirlitið tók nefnda ákvörðun mjög nálægt jólum 2008 og birti áfrýjanda hana 19. desember. Birting ákvörðunarinnar fór þó fram með lögmætum hætti og verður hún því ekki átalín.

Úrskurðarorð

Hin kærða ákvörðun Samkeppniseftirlitsins er staðfest. Hafnað er kröfu áfrýjanda um að áfrýjunarnefndin átelji Samkeppniseftirlitið fyrir að birta honum hina kærðu ákvörðun 19. desember 2008.

Reykjavík, 4. mars 2009

Páll Sigurðsson

Anna Kr. Traustadóttir

Erla S. Árnadóttir