

ÁFRÝJUNARNEFND SAMKEPPNISMÁLA

úrskurður í máli nr. 3/2011

Vífilfell hf.

gegn

Samkeppniseftirlitinu

I.

Með kæru, dagsettri 27. apríl 2011, hefur Vífilfell hf. (hér eftir nefnt áfrýjandi), kært ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 11/2011, *Misnotkun Vífilfells hf. á markaðsráðandi stöðu sinni*, dagsett 30. mars 2011, til áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Í hinni kærðu ákvörðun taldi Samkeppniseftirlitið að áfrýjandi hefði brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 og 54. gr. EES-samningsins með aðgerðum sínum eins og þeim er lýst í ákvörðuninni og beri að greiða stjórnvaldssekt að fjárhæð kr. 260.000.000 vegna þessara brota.

Áfrýjandi krefst þess aðallega að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi. Til vara er þess krafist að álögð stjórnvaldssekt verði felld niður og til þrautavara að álögð stjórnvaldssekt verði lækkuð verulega.

Samkeppniseftirlitið krefst þess að hin kærða ákvörðun verði staðfest.

II.

Málsatvik eru þau að í byrjun árs 2007 hóf Samkeppniseftirlitið almenna athugun á samningum birgja og viðskiptavina þeirra á matvörumarkaði. Beindist sú gagnaöflun að 70 birgjum þ.m.t. áfrýjanda. Í tengslum við þessa athugun óskaði Samkeppniseftirlitið eftir afriti af skriflegum viðskiptasamningum áfrýjanda við 20 stærstu endursöluaðila fyrirtækisins. Í kjölfarið ákvað Samkeppniseftirlitið að hefja sérstakt stjórnáskýslumál og taka til skoðunar hvort ákvæði í þessum samningum fælu í sér brot á samkeppnislögum. Voru einkum til skoðunar samningsákvæði þar sem viðsemjendur áfrýjanda

skuldbundu sig til að bjóða eingöngu upp á vörur frá áfrýjanda en auk þess ákvæði sem virtust viðhalda tryggð endursöluaðila við vörur fyrirtækisins. Þann 5. júlí 2010 sendi Samkeppniseftirlitið áfrýjanda andmælaskjal í málinu. Var áfrýjanda tilkynnt um það frummat eftirlitsins að fyrirtækið hefði brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga og gegn 54. gr. EES-samningsins. Áfrýjandi skilaði athugasemdum sínum við andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins þann 19. nóvember 2010.

Hin kærða ákvörðun var síðan birt áfrýjanda þann 30. mars 2011 en ákvörðunarorðin eru svohljóðandi:

“Vífelfell hf. braut gegn 11. gr. samkeppnislaga og 54. gr. EES-samningsins með þeim aðgerðum sem nánar er lýst í ákvörðun þessari.

Með vísan til rökstuðnings í ákvörðun þessari og með heimild í 37. gr. samkeppnislaga skal Vífelfell hf. greiða stjórnvaldssekt að fjárhæð kr. 260.000.000 (tvö hundruð og sextú milljónir kr.) vegna þessara brota.

Sektin skal greiddast í ríkissjóð eigi síðar en einum mánuði eftir dagsetningu þessarar ákvörðunar. Sé sektin ekki greidd innan þessa tíma skal greiða dráttarvexti af fjárhæð sektarinnar, sbr. 2. mgr. 37. gr. samkeppnislaga.”

Um málsatvik að öðru leyti er vísað til andmælaskjals, hinnar kærðu ákvörðunar, stjórnarsýslukærunnar sem og annarra gagna málsins.

III.

Greinargerð Samkeppniseftirlitsins barst 12. maí 2011. Athugasemdir áfrýjanda við greinargerðina bárust 27. maí 2011 og athugasemdir Samkeppniseftirlitsins við þeim bárust 3. júní 2011. Þá var hagsmunaaðila, Ölgerð Egils Skallagrímssonar ehf. gefinn kostur á að koma á framfæri athugasemdum í málinu og bárust þær 27. júlí 2011.

Málið var flutt munnlega 24. ágúst 2011. Lögmaður áfrýjanda, Heimir Örn Herbertsson hrl., flutti málið fyrir hans hönd og lögmaður Samkeppniseftirlitsins, Gizur Bergsteinsson hdl., fyrir þess hönd. Viðstaddur málflutninginn var endurskoðandi áfrýjanda, Ágúst Jóhannesson og fulltrúi Ölgerðar Egils Skallagrímssonar ehf. og gafst fulltrúanum tækifæri á að koma að athugasemdum sem hann gerði ekki.

Afgreiðsla þessa máls hefur tafist m.a. vegna skipunarmála, sumarleyfa og anna nefndarmanna.

IV.

Málsástæður áfrýjanda

Af hálfu áfrýjanda er á því byggt að einstakar forsendur í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins hvað varði skilgreiningu markaðar, mat á stöðu áfrýjanda á hinum skilgreinda markaði, mat á þeirri háttsemi sem til skoðunar sé og ákvörðun viðurlaga standist ekki. Hvorki þegar þær séu skoðaðar sérstaklega né heldur þegar málið sé metið í heild sinni. Áfrýjandi telur að Samkeppniseftirlitinu hafi ekki tekist að sýna fram á að mat fyrirtækisins á framangreindum þáttum, eins og því hafi verið lýst í erindum félagsins til eftirlitsins undir rekstri málsins, sé rangt í veigamiklum atriðum. Áfrýjandi vísar því heildstætt til allra fyrri sjónarmiða félagsins sem rakin séu í gögnum málsins til stuðnings kröfum sínum fyrir áfrýjunarnefnd og einkum og sér í lagi til þeirra sjónarmiða sem rakin séu í erindum til Samkeppniseftirlitsins, dagsett 9. ágúst 2007 og 18. ágúst 2009 sem og í athugasemdum við andmælaskjal, dagsett 19. nóvember 2010.

Áfrýjandi telur sýnt að niðurstaða Samkeppniseftirlitsins um þýðingu ákvörðunar framkvæmdastjórnar ESB í máli TCCC o.fl. sé röng og eftirlitinu sé því óheimilt að taka hina kærðu ákvörðun og þess þá heldur að gera áfrýjanda viðurlög fyrir þá markaðsfærslu sem hún taki til.

Áfrýjandi vísar til þess að á árunum 2005-2010 hafi gilt um starfsemi fyrirtækisins ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB í máli COMP/A.39116/B2 – Coca-Cola. Ákvörðunin hafi gilt um starfsemi áfrýjanda á Íslandi og fyrirtækið hafi farið að ákvæðum hennar í einu og öllu allan gildistíma hennar. Reglulegt og kerfisbundið mat hafi verið lagt á stöðu fyrirtækisins á markaði á grundvelli þeirrar aðferðafræði sem ákvörðunin mælti fyrir um og sérstaklega hafi verið samþykkt af framkvæmdastjórninni í tilfalli áfrýjanda. Niðurstaða þess mats hafi alltaf verið sú að skilyrði ákvörðunarinnar um skyldu til að gera breytingar á markaðsfærslu ættu ekki við um áfrýjanda þar sem markaðshlutdeild félagsins, eins og best væri hægt að meta hana á grundvelli gagna og upplýsinga sem tiltæk voru félaginu, hafi aldrei verið meira en tvöfalt hærri en næsta keppinautar. Af framlögðum gögnum megi sjá að áfrýjandi hafi lagt sig fram á þessum árum að leggja raunhæft mat á stöðu sína.

Áfrýjandi bendir á að í hinni kærðu ákvörðun leggi Samkeppniseftirlitið til grundvallar allt aðra aðferðafræði við mat á því hvort markaðsfærsla áfrýjanda feli í sér brot á 11. gr. samkeppnislaga heldur en gert hafi verið við fyrrgreint mat framkvæmdastjórnar ESB. Þær upplýsingar sem Samkeppniseftirlitið styðjist við í mati sínu hafi ekki verið og hafi

aldrei getað orðið aðgengilegar áfrýjanda. Áfrýjandi telur að hin kærða ákvörðun og þær forsendur sem hún hvíli á brjóti gegn framangreindri ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar og þeim lögsmætu væntingum sem áfrýjandi mátti gera til réttaráhrifa hennar. Vísar áfrýjandi einnig til ítarlegs lögfræðialits Cleary, GottliESB, Steen og Hamilton LLP, sem lagt hafi verið fram í málinu.

Áfrýjandi telur ljóst að málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins í málinu hafi í veigamiklum atriðum verið svo ábótavant að það eitt eigi að leiða til þess að ógilda beri hina kærðu ákvörðun. Er vísað til þess að málið hafi hvorki verið rannsakað með fullnægjandi hætti né heldur hafi andmælaréttur áfrýjanda verið virtur.

Áfrýjandi telur að Samkeppniseftirlitið hafi brotið gegn rannsóknarskyldu sinni við meðferð málsins. Þrátt fyrir að áfrýjandi hafi lagt fram ítarleg gögn og upplýsingar, þ.m.t. úttekt samkeppnishagfræðingsins Derek Ridyard, sé í hinni kærðu ákvörðun ýmist algerlega litið framhjá þessum upplýsingum, lítið með þær gert eða því hafnað að upplýsingarnar hafi áhrif á niðurstöðu málsins án þess að séð verði að eftirlitið hafi gert nokkra tilraun til að framkvæma sjálfstæðar rannsóknir á þeim atriðum sem hér sé um að ræða. Með því að þetta hafi ekki verið gert sé rannsókn málsins með öllu ófullnægjandi og leiði það til þess að ógilda beri hina kærðu ákvörðun.

Jafnframt telur áfrýjandi að sú ákvörðun Samkeppniseftirlitsins, að synja félaginu um aðgang að þeim gögnum sem legið hafi til grundvallar mati eftirlitsins á markaðshlutdeild aðila á hinum skilgreinda markaði, hafi brotið gegn rétti áfrýjanda til réttlátrar málsmeðferðar og andmælaréttar. Synjun þessa staðfesti áfrýjunarnefnd samkeppnismála í úrskurði í máli nr. 12/2010.

Áfrýjandi telur niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins um skilgreiningu markaðarins ranga og úr samhengi við raunveruleikann. Þá telur áfrýjandi grundvöll niðurstöðu eftirlitsins að því leyti ófullnægjandi og þess sjái ekki nokkurn stað í hinni kærðu ákvörðun að viðhlítandi aðferðum hafi verið beitt við skilgreiningu markaðarins eða hagfræðilegt mat lagt á greiningu hans miðað við aðstæður á honum á þeim tíma sem ákvörðunin taki til.

Áfrýjandi mótmælir þeirri niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins að gosdrykkir myndi aðgreindan markað frá öðrum drykkjarvörum. Áfrýjandi hafi alltaf talið sig starfa á markaði fyrir sölu óáfengra drykkja. Að mati áfrýjanda sé greinileg samkeppni á milli allra óáfengra drykkja og því sé afstaða hans að vörumarkaðurinn sé allir óáfengir drykkir og að um sé að ræða átöppun, heildsölu og dreifingu slíkra drykkja. Verði ekki á það fallist telur áfrýjandi að í öllu falli sé ljóst að kolsýrðir vatnsdrykkir tilheyri sama

markaði og gosdrykkir enda úr öllu samhengi við raunverulegar aðstæður að undanskilja þá umræddum markaði. Áfrýjandi telur að ekkert í hinni kærðu ákvörðun leiði til þess að líta eigi á hinn skilgreinda markað með öðrum hætti en hann geri.

Áfrýjandi bendir á að sterk fylgni sé á milli söluaukningar og samdráttar að því er varði gosdrykki og kolsýrða vatnsdrykki. Áfrýjandi telur að það sé úr öllu samhengi við raunveruleikann, bæði neytenda og þeirra sem starfa á þessum markaði, að halda því fram að kolsýrðir vatnsdrykkir tilheyri öðrum markaði en gosdrykkir.

Áfrýjandi bendir á að niðurstaða Samkeppniseftirlitsins um að kolsýrðir vatnsdrykkir tilheyri öðrum markaði en gosdrykkir sé einkum byggð á því að þeir hafi með markaðssetningu verið tengdir heilbrigðum lífsháttum í hugum neytenda og séu þar af leiðandi gerólíkir gosdrykkjum í hugum þeirra. Þessu mótmælir kærandi sem röngu og með öllu óstaðfestu enda sé um staðgöngu á milli þessara vörutegunda hér á landi. Þá mótmælir áfrýjandi því sérstaklega að ólík markaðssetning mismunandi gosdrykkja og kolsýrðs vatns gefi vísbendingar um að um sitt hvorn markaðinn sé að ræða.

Áfrýjandi telur að hinn skilgreindi markaður málsins sé sala óáfengra drykkja. Í öllu falli sé ekki um að ræða þrengri markaðsskilgreiningu en þá fyrir sölu gosdrykkja og kolsýrðra vatnsdrykkja. Áfrýjandi sé hins vegar þeirrar skoðunar að þeim markaði beri að skipta eftir dreifingarleiðum, þ.e. annars vegar sé um að ræða viðskipti við dagvöruverslanir (neysla síðar) og hins vegar viðskipti við veitingahús (neysla á staðnum).

Áfrýjandi mótmælir þeirri niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins að hann sé í markaðsráðandi stöðu og geti þ.a.l. hagað starfsemi sinni án tillits til keppinauta, viðskiptavina og neytenda.

Áfrýjandi bendir á að við mat á markaðshlutdeild hafi Samkeppniseftirlitið ákveðið að styðjast við upplýsingar um tekjur aðila vegna sölu á gosdrykkjum. Áfrýjandi mótmælir þessari forsendu eftirlitsins við mat á markaðshlutdeild aðila. Það fari illa á því að miða markaðshlutdeild við tekjur aðila á umræddum markaði. Hafi áfrýjandi ítrekað reifað sjónarmið þessa efnis við meðferð málsins hjá Samkeppniseftirlitinu. Áfrýjandi telur fráleitt að unnt sé að byggja íþyngjandi stjórnvaldsákvörðun á upplýsingum sem séu jafn óljósar og ógagnsæjar og raun ber vitni. Hafa verði í huga að ákvörðun um að aðili sé í markaðsráðandi stöðu, hafi í för með sér lögfylgjur fyrir þann sem talinn sé í slíkri stöðu. Aðilar á markaði verði því að geta áttað sig á því með nokkuð greiðum hætti hvort þeir séu mögulega í slíkri stöðu. Fyrirfram hafi áfrýjandi ekki getað notað sömu

upplýsingar og Samkeppniseftirlitið hafi aflað. Það eitt ætti að nægja til þess að áfrýjunarnefnd ógildi ákvörðun eftirlitsins.

Áfrýjandi telur að eins og sá markaður sem hér um ræði sé byggður upp verði að ætla að selt magn sé mun betri mælikvarði á hlutdeild aðila en tekjur af seldum gosdrykkjum. Þá þurfi einnig að horfa til þess að verð á hvern lítra af Coca-Cola og Coca-Cola light sé nokkuð hærra en verð á hvern lítra af Pepsi Cola, Diet-Pepsi Cola og Pepsi Max. Velta áfrýjanda á gosdrykkjamarkaði kunni því að vera nokkuð hærri en velta samkeppnisaðila, þrátt fyrir að hlutdeild þeirra í seldum lítrum sé áþekkt. Í það minnsta sé verulega minni munur á hlutdeild þessara tveggja aðila þegar litið sé til seldra lítra og þ.a.l. jafnari hlutdeild í framboði til viðskiptavina og neytenda. Markaðshlutdeild sem aðeins taki mið af veltu gefi því ekki rétta mynd af samkeppninni.

Áfrýjandi mótmælir því sérstaklega að Samkeppniseftirlitið hafi hafnað með öllu þeirri aðferðarfræði sem stuðst var við í ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar þótt rétt sé að hún gefi ekki örugga niðurstöðu um markaðsyfirráð. Aðferðin feli í sér skýra og einfalda leið til að mæla styrk fyrirtækja á markaði og gefi að mati áfrýjanda sterka vísbendingu, einkum um það hvort ólíklegt sé að fyrirtæki búi yfir markaðsráðandi stöðu.

Þá mótmælir áfrýjandi einnig afstöðu Samkeppniseftirlitinu í hinni kærðu ákvörðun þess efnis að upplýsingar frá AC Nielsen séu ekki nákvæmar. Erfitt sé að meta markaðshlutdeild á umræddum markaði með nákvæmum hætti en áfrýjandi telur að mat byggt á tölum frá AC Nielsen sé í öllum tilvikum til muna nákvæmara en tekjuupplýsingar, þar sem aðilar skilgreina sjálfir ýmsar forsendur. Um sé að ræða áreiðanlegar og hlutlausar upplýsingar, sem framleiðendur og birgjar geti ekki haft nokkur áhrif á. Þá mótmælir áfrýjandi því að hann hafi vísvitandi lagt fram upplýsingar sem hann mátti vita að endurspegluðu ekki rétta markaðshlutdeild. Ennfremur mótmælir áfrýjandi því að sambærileg sjónarmið eigi við í máli því sem hér er fjallað um og þau sjónarmið sem voru til staðar í dómi Hæstaréttar Íslands frá 18. nóvember 2010 í málinu nr. 188/2010, *Hagar hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Loks gerir áfrýjandi athugasemd við það að Samkeppniseftirliti skuli hvorki líta til þess að markaðshlutdeild hans fór dvínandi á því tímabili sem ákvörðunin taki til né heldur rannsaka hvort sú þróun hafi haldið áfram.

Áfrýjandi telur umfjöllun Samkeppniseftirlitsins um fjárhagslegan styrk hans bæði ranga og villandi. Mjög erfitt og næstum ómögulegt sé að bera saman áfrýjanda og samkeppnisaðila hans á þessum árum, þar sem miklar breytingar áttu sér stað hjá þeim báðum. Að teknu tilliti til hve erfitt sé að ná utan um fjárhagslega styrk samkeppnisaðila sé að mati áfrýjanda réttara að líta til rekstrarafkomu en hún hafi ekki verið góð hjá

áfrýjanda á því tímabili sem ákvörðunin taki til. Að mati áfrýjanda sé ljóst að Samkeppniseftirlitið hafi gróflega ofmetið fjárhagslegan styrk hans.

Áfrýjandi telur afar mikilvægt að einnig sé litið til stöðu aðila á öðrum mörkuðum en gosdrykkjamarkaði. Fyrir liggir að samkeppnisaðili áfrýjanda hafi aukið tekjur sínar verulega árið 2008 með yfirtöku hlutafélaga og á því ári hafi tekjur félagsins verið nærri því tvöfalt hærra en tekjur áfrýjanda. Þrátt fyrir að hinar auknu tekjur stafi að einhverju leyti frá veltu á öðrum mörkuðum en gosdrykkjamarkaði, þá telji áfrýjandi eftir sem áður að þessi auknu umsvif samkeppnisaðila hafi haft veruleg áhrif á samkeppnina á gosdrykkjamarkaðinum.

Þá verði einnig að benda á að ef aðgreina eigi kolsýrða vatnsdrykki frá gosdrykkjamarkaðinum, þá sé ljóst að staða samkeppnisaðila á markaðinum fyrir kolsýrða vatnsdrykki sé afar sterk.

Varðandi kaupendastyrk þá virðist það vera niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að ekki sé um slíkan styrk að ræða, sem dregið geti úr meintri sterkri stöðu áfrýjanda, hvorki á dagvörumarkaði né veitingamarkaði. Samkeppniseftirlitið virðist þó að einhverju leyti viðurkenna að styrkur stærstu matvörukeðjanna sé nokkur og staðhæfir raunar að tekið sé tillit til þess í mati á markaðsstöðu áfrýjanda. Ekki verði þó séð af þeirri umfjöllun sem síðar komi í hinni kærðu ákvörðun að tillit hafi verið tekið til mikils styrks stærstu matvörukeðjanna. Áfrýjandi er ósammála þessu mati eftirlitsins og telur kaupendastyrk vera verulegan, sérstaklega á dagvörumarkaði. Áfrýjandi telur að Samkeppniseftirlitið hafi leyst ranglega úr sjónarmiðum hans sem sett voru fram við rekstur málsins að því er varði kaupendastyrk og strangt aðhald viðskiptavina. Áfrýjandi telji auðsýnt að hann geti með engu móti hagað starfsemi sinni án þess að taka tillit til viðskiptavina sinna.

Þá telur áfrýjandi fráleitt að styrkur Coca-Cola vörumerkisins einn og sér slái öll eða helstu vopn úr höndum samningsaðila hans. Afleiðingar hugsanlegra misnotkunar-tilburða áfrýjanda yrðu einfaldlega þær að viðskiptavinir myndu í auknum mæli beina viðskiptum sínum til samkeppnisaðila sem hafi yfir að ráða sterkum vörumerkjum auk þess sem þeir gætu hæglega keypt Coca-Cola vörur erlendis frá og flutt inn eins og dæmin sýna.

Það sé niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að aðgangshindranir séu töluverðar m.a. vegna markaðshlutdeildar áfrýjanda, vörumerkjastyrks og stærðarhagkvæmni hans og samkeppnisaðila hans. Áfrýjandi mótmælir í öllum meginatriðum þessari afstöðu Samkeppniseftirlitsins og telur að eftirlitið hafi í engu afsannað eða fært fyrir því rök að sjónarmið áfrýjanda sem færð hafa verið við rekstur málsins séu röng.

Áfrýjandi mótmælir sérstaklega vísun Samkeppniseftirlitsins til álits samkeppnisráðs nr. 3/1999, *Fyrirhuguð kaup Coca-cola Nordic Beverages A/S á öllu hlutafé í Vífilfelli ehf.* Áfrýjandi bendir á að alls séu 12 ár síðan umrætt álit hafi verið gefið út. Það samkeppnisumhverfi sem lýst sé í álitinu sé því gjörólíkt því umhverfi sem áfrýjandi bjó við á árunum 2005-2008 og enn þann dag í dag.

Áfrýjandi telur að hann sé ekki í markaðsráðandi stöðu á hinum skilgreinda markaði. Því sé jafnframt ljóst að hann hafi ekki misnotað slíka stöðu í andstöðu við 11. gr. samkeppnislaga.

Áfrýjandi bendir á að í tengslum við mat á stöðu hans og mat á samningum félagsins við viðskiptavini og hvort þeir hafi eða séu til þess fallnir að hafa skaðleg áhrif á samkeppni sé sérstaklega brýnt að úrskurðaraðilar geri sér ljósa grein fyrir þeim raunverulegu samkeppnisaðstæðum sem fyrir hendi séu á markaðinum og þeim efnahagslega veruleika sem þar ríkir m.t.t. samkeppni.

Áfrýjandi bendir á að það einkenni á samkeppninni sem felist í því að báðir aðilar hafa gjarnan gert einkakaupasamninga við viðskiptavini á því sölustigi sem taki til neyslu drykkja á staðnum, oft í tengslum við fyrirframgreidda afslætti eða önnur afsláttarkjör, eigi sér skýringu í því að viðskiptavinirnir sjálfir etji félögunum saman í tilbodsgerð til sín um bestu kjör gegn einkarétti til sölu.

Áfrýjandi telur það blasa við að niðurstaða um markaðsráðandi stöðu hans með þeim hömlum á heimild til samningagerðar og þátttöku í samkeppni á markaðinum leysi engin vandamál tengd samkeppni á markaðinum ef þau teljist yfirleitt vera fyrir hendi. Samkeppniseftirlitinu yfirsjáist það lykilatriði í málinu að ef íhlutun eftirlitsins taki aðeins til annars af stóru keppinautunum en ekki hins sé það til þess fallið að skekkja samkeppni á markaðinum, verulega til tjóns fyrir viðskiptavini.

Áfrýjandi mótmælir sérstaklega niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins um að hann hafi brotið gegn 54. gr. EES-samningsins. Í hinni kærðu ákvörðun séu ekki leiddar að því neinar líkur að samkeppni á EES-svæðinu hafi raskast eða að háttsemi áfrýjanda hafi verið til þess fallin að raska samkeppni á því.

Áfrýjandi telur að burtséð frá því hvort áfrýjunarnefnd samkeppnismála telji forsendur standa til að staðfesta hina kærðu ákvörðun, hafi Samkeppniseftirlitinu verið óheimilt að ákvarða áfrýjanda stjórnvaldssekt í ljósi ákvörðunar framkvæmdastjórnar ESB. Þar fyrir utan gefi atvik málsins ekki tilefni til sektarákvörðunar með hliðsjón af markmiði

slíkra viðurlaga og hvað sem öllu öðru líði sé fjárhæð sektarinnar langt fram úr hófi, hvort heldur miðað sé við fyrri fordæmi eða atvik þessa máls.

Áfrýjandi telur að ályktanir Samkeppniseftirlitsins um meint skaðleg áhrif samninga kæranda á samkeppni séu ekki á rökum reistar. Þá taki Samkeppniseftirlitið ekkert tillit til fjölda hlutlægra réttlætningarástæðna sem eigi við í málinu og feli í sér að ekki sé ástæða til beitingar viðurlaga. Verði ekki fallist á þær réttlætningarástæður krefst áfrýjandi þess að áfrýjunarnefndin taki til greina þau sjónarmið sem sett séu fram er varði lækun á viðurlagaákvörðun eftirlitsins.

Áfrýjandi bendir á að í framkvæmd Evrópuþómstólsins hafi ekki verið talið að gerð einkakaupasamninga sé sjálfkrafa (per se) brot. Þannig sé ávallt nauðsynlegt að rannsaka hver séu áhrif slíkra samninga á markaðinn. Þá segi í 141. gr. leiðbeiningarreglna framkvæmdastjórnar ESB um lóðréttar hindranir á markaði (*Guidelines on Vertical Restraints – C-291/1*) að einkakaupasamningar feli ekki í sér brot gegn 11. gr. ef fyrir hendi séu hlutlægar réttlætningarástæður. Áfrýjandi telur að neikvæð áhrif á markaðinn af meintum einkakaupasamningum séu engin, eða í það minnsta mjög takmörkuð. Þannig sé ljóst að sá markaður sem áfrýjandi starfi á sé fámennur og aðalkeppinautarnir séu tveir. Vegna þessara aðstæðna hafi sú þróun orðið á markaðinum að keppinautarnir keppist um að ná sem flestum viðskiptavinum með því að bjóða þeim ýmsa afslætti. Ástæðan fyrir því sé sú að báðir keppinautarnir séu mjög stórir og bjóði upp á sambærilegt vöruúrval og geti því átt í mjög harðri samkeppni innbyrðis um viðskiptavini. Þessi staðreynd leiði til þess að útilokun keppinauta sé í raun engin á markaðinum, sbr. 142. gr. fyrrgreindra leiðbeiningarreglna. Þá sé jafnframt ljóst að aðgangshindranir fyrir nýja keppinauta séu litlar sem engar. Markaðurinn fyrir hvers kyns óáfenga drykki sé líflegur og fjöldinn allur af fyrirtækjum sem starfi á markaðinum, bæði á sviði gosdrykkja og safa.

Áfrýjandi telur ljóst af framangreindu og með vísan til alls sem komið hefur fram í málinu, að fyrir hendi séu ýmsar hlutlægar réttlætningarástæður sem geti leitt til þess að ekki sé um brot gegn 11. gr. samkeppnislaga að ræða eða í öllu falli að engar forsendur standi til að ákvarða áfrýjanda viðurlög í málinu.

Þá telur áfrýjandi að röksemdir um stjórnvaldssektir í hinni kærðu ákvörðun séu af mjög skornum skammti og sé þar ekki tekið nægilegt tillit til þeirra sjónarmiða sem hafi mótast í framkvæmd samkeppnisyfirvalda, bæði hér á landi og í Evrópu, sem og Evrópuþómstólsins um ákvörðun sekta fyrir samkeppnisbrot.

Áfrýjandi bendir á að í leiðbeiningarreglum framkvæmdastjórnar ESB um hvaða aðferðum eigi að beita við að ákvarða sektir í samkeppnismálum séu settar fram hlutlægar reglur um það hvaða sjónarmið eigi að ráða för við ákvörðun um sektir vegna samkeppnisbrota. Líta eigi til saknæmisstigs viðkomandi brota og áfrýjandi bendir á að í hans tilviki verði að líta til þeirrar stöðu sem félagið hafi verið í á brotatímabilinu árin 2005-2008. Jafnframt verði að hafa í huga að félagið hafi engin úrræði haft til þess að átta sig á því hvort það væri í markaðsráðandi stöðu, önnur en þau að meta það sjálft eftir bestu getu. Það hafi verið gert í samræmi við bestu fánlegu upplýsingar með aðferðafræði sem hafi verið yfirfarin og samþykkt af framkvæmdastjórn ESB. Áfrýjandi hafi verið í góðri trú þegar hann hafi boðið afslætti sína og önnur samningskjör sem Samkeppniseftirlitið telur jafngilda broti gegn 11. gr. samkeppnislaga. Áfrýjandi bendir á að í það minnsta sé ljóst að meint brot hafi verið framin af gáleysi, enda skorti með öllu á huglæg skilyrði ásetnings í málinu. Þá beri samkvæmt leiðbeiningarreglum framkvæmdastjórnarinnar að líta til alvarleika brotsins og tíðni þess við sektarákvörðunina. Áfrýjandi bendir á að samstarfsvilji fyrirtækja við samkeppnisyfirvöld sé eitt af þeim atriðum sem komið geti til skoðunar við ákvörðun viðurlaga, sbr. 3. mgr. 37. gr. samkeppnislaga. Áfrýjandi telur sig hafa sýnt mikinn samstarfsvilja í samskiptum sínum við Samkeppniseftirlitið og aflað allra þeirra gagna sem leitað hafi verið eftir.

Áfrýjandi bendir einnig á að nauðsynlegt sé að tryggja gagnsæi í sektarákvörðunum þannig að fyrirtæki gætu séð nokkurn veginn fyrir fram hvernig tekið verði á samkeppnislaga brotum gagnvart þeim. Að mati áfrýjanda hafi þessu sjónarmiði ekki verið fylgt við sektarákvörðun Samkeppniseftirlitsins í hinni kærðu ákvörðun enda sé hún í engu samræmi við þær sektir sem samkeppnisyfirvöld hafi áður ákvarðað í áþekktum málum sem varði einkakaupasamninga. Í máli áfrýjanda sé ljóst að fjárhagsstaða fyrirtækisins á árunum 2005-2008, þ.e. þegar brotin hafi verið framin, var veik. Þá sé ljóst að fjárhagsstaða félagsins eftir brotatímabilið hafi verið afar erfið. Hrun íslenska efnahagskerfisins árið 2008 hafði verulega afleiðingar á fjárhagslega stöðu áfrýjanda. Krefst áfrýjandi því að áfrýjunarnefnd samkeppnismála taki tillit til bágrar fjárhagsstöðu félagsins við sektarákvörðun, ef ekki verði fallist á önnur sjónarmið kæranda um lækkun eða brottfall sekta.

Málsástæður Samkeppniseftirlitsins

Samkeppniseftirlitið bendir á að í hinni kærðu ákvörðun hafi eftirlitið beitt 54. gr. EES-samningsins, sbr. m.a. 2. mgr. 26. gr. samkeppnislaga. Voru drög að hinni kærðu ákvörðun kynnt fyrir Eftirlitsstofnun EFTA (ESA) í samræmi við 11. gr. kafla II. í bókun

4 við samning milli EFTA-ríkjanna um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls. Gerði ESA ekki athugasemdir við fyrirhugaða beitingu Samkeppniseftirlitsins á 54. gr. EES-samningsins.

Í ljósi staðhæfinga í kæru og álitsgerð um atriði tengd ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB óskaði Samkeppniseftirlitið eftir áliti ESA. Álitið barst þann 10. maí sl. en álitið tekur aðeins til þeirra lagalegu atriða sem fram koma í álitsgerðinni sem áfrýjandi hafi lagt fram. Niðurstaða ESA sé skýr en eftirlitsstofnunin telur að umrædd ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar hafi ekki þau réttaráhrif sem áfrýjandi haldi fram.

Samkeppniseftirlitið telur að áfrýjandi byggi á röngum skilningi á 9. gr. reglugerðar ráðsins nr. 1/2003 um framkvæmd samkeppnisreglna og ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar í máli TCCC. Þetta þýði einnig að staðhæfingar áfrýjanda um réttmætar væntingar séu haldlausar. Fyrirtæki sem misskilji lagaumhverfi sitt geti ekki byggt neinn rétt á mistökum sínum.

Samkeppniseftirlitið telur að rannsókn málsins hafi bæði verið hlutlæg og málefnaleg og mótmælir því að brotið hafi verið gegn rannsóknarreglu stjórnsýslulaga. Samkeppniseftirlitið bendir á að við rannsókn málsins hafi eftirlitið fallist á að hitta ráðgjafa á vegum áfrýjanda og hlýða á sjónarmið þeirra. Í ákvörðuninni sé fjallað ítarlega um flest ef ekki öll þessi sjónarmið og þau metin. Þá hafnar Samkeppniseftirlitið því að rannsókn eftirlitsins sem snéri að skilgreiningu markaðarins hafi ekki verið nægilega ítarleg og vísar til gagna málsins um það.

Samkeppniseftirlitið mótmælir því einnig að hafa brotið gegn andmælarétti áfrýjanda. Samkeppniseftirlitið vísar til þess að við meðferð málsins hafi áfrýjandi óskað eftir aðgangi að umræddum gögnum frá keppinautum sem notaðar voru til að meta markaðshlutdeild. Áfrýjanda hafi verið synjað um aðgang að þessum gögnum á grundvelli þess að þau hefðu að geyma viðkvæmar viðskiptaupplýsingar sem leynt skulu fara og séu því undanþegnar upplýsingarétti. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála staðfesti þessa synjun eftirlitsins í máli nr. 12/2010.

Samkeppniseftirlitið bendir á að við mat á markaði málsins og stöðu fyrirtækis í málum sem varði beitingu 11. gr. samkeppnislaga sé horft til atvika og stöðunnar eins og hún hafi verið þegar atvik málsins áttu sér stað. Einnig að markaður þessa máls taki til sölu á gosdrykkjum til endurseljenda eins og t.d. matvöruverslana. Hvað sem líði staðhæfingum áfrýjanda um staðgöngu gagnvart neytendum sé ljóst að matvöruverslanir geti ekki hætt að bjóða upp á gosdrykki í þeirri von að neytendur geri lítinn greinarmun á þeim og t.d. vatnsdrykkjum og söfum. Þá vísar Samkeppniseftirlitið

til niðurstaðna og röksemda erlendra samkeppnisyfirvalda í málum er varði gosdrykkjamarkaði til stuðnings hinni kærðu ákvörðun. Einnig vísar Samkeppniseftirlitið til álits samkeppnisráðs nr. 3/1999 *Fyrirhuguð kaup Coca-Cola Nordic Beverages A/S á öllu hlutafé í Vífilfelli ehf.* til stuðnings því að gosdrykkir tilheyrðu sérstökum markaði.

Samkeppniseftirlitið bendir á að það hafi lagt sjálfstætt mat á þann raunveruleika sem til staðar sé á drykkjarvörumarkaði og það hafi metið þá þróun sem átt hafi sér stað á markaðinum. Vísast til gagna málsins varðandi þetta.

Samkeppniseftirlitið bendir á að áfrýjandi hafi enga tilraun gert til að hrekja röksemdir eftirlitsins fyrir því að ekki sé unnt að byggja á markaðsrannsókn þeirri sem áfrýjandi lét gera. Þar af leiðandi verði ekki séð að mótmæli og málstaður áfrýjanda að þessu leyti eigi við málefnaleg rök að styðjast. Samkeppniseftirlitið vísi til og ítreki fyrri röksemdir sínar fyrir því að hafna viðkomandi markaðsrannsókn sem ónothæfu gagni í málinu, sbr. umfjöllun í hinni kærðu ákvörðun.

Varðandi markaðsráðandi stöðu áfrýjanda hafnar Samkeppniseftirlitið því sem fram komi í álitum Gottlieb Steen & Hamilton um að há markaðshlutdeild gefi ekki tilefni til þess að ætla að um markaðsráðandi stöðu sé að ræða. Samkeppniseftirlitið vísar máli sínu til stuðnings til hinnar kærðu ákvörðunar og þess sem þar komi fram.

Þá fellst Samkeppniseftirlitið ekki á að rangt hafi verið að miða markaðshlutdeild við tekjur eins og gert hafi verið í hinni kærðu ákvörðun. Ljóst sé af skýrum fordæmum áfrýjunarnefndar að miða eigi markaðshlutdeild hlutaðeigandi fyrirtækja við tekjur þeirra af sölu á þeirri vöru eða þjónustu sem um sé að ræða hverju sinni. Vísar eftirlitið í þessu sambandi til úrskurða áfrýjunarnefndar í málum nr. 3/2006, 4/2007 og 3/2008.

Samkeppniseftirlitið telur ljóst að þær upplýsingar sem bæði áfrýjandi og aðal samkeppnisaðili hans lögðu fram í málinu séu sama eðlis. Þær séu því ótvírætt bestu mögulegu upplýsingar til að leggja mat á markaðshlutdeild og ekkert í málinu hnekki þeirri niðurstöðu.

Samkeppniseftirlitið telur með vísan til framlagðra gagna í málinu að ljóst sé að athugasemdir áfrýjanda um markaðshlutdeild breyti engu um þá niðurstöðu í hinni kærðu ákvörðun að áfrýjandi hafi verið með u.þ.b. 70% markaðshlutdeild í sölu á gosdrykkjum á viðmiðunartímabilinu frá 2005 til 2008. Því sé hafnað að um misræmi hafi verið að ræða í upplýsingagiöf frá annars vegar áfrýjanda og hins vegar samkeppnisaðila sem hafi leitt til ónákvæmni í útreikningi á markaðshlutdeild.

Fyrirspurnir eftirlitsins við öflun tekjuupplýsinga hafi verið skýrar og aðilar hafi sent umbeðnar upplýsingar án athugasemda. Þá breyti sjónarmið áfrýjanda um verðlagningu gosdrykkja ekki því að marktækast sé að miða hlutdeild við veltu. Þá telji eftirlitið að sjónarmið áfrýjanda um upplýsingagjöf til framkvæmdastjórnarinnar um markaðshlutdeild vegna ákvörðunar í máli TCCC frá árinu 2005 hafi ekki þýðingu fyrir niðurstöðu þessa máls.

Varðandi fjárhagslegan styrk áfrýjanda bendir Samkeppniseftirlitið á að það sé mat eftirlitsins að heildrænt metið hafi fjárhagslegur styrkur áfrýjanda verið meiri en samkeppnisaðila á tímabilinu sem um ræði. Vísast til hinnar kærðu ákvörðunar um það.

Varðandi kaupendastyrk bendir Samkeppniseftirlitið á að eftirlitinu hafi verið kunnugt um styrk stóru matvörukeðjanna og tekið hafi verið tillit til hans við mat á stöðu áfrýjanda á skilgreindum markaði málsins. Hafi mikill vörumerkjastyrkur áfrýjanda m.a. talinn vega á móti hugsanlegum kaupendastyrk matvörukeðjanna á dagvörumarkaði. Hvað veitingamarkaðinn áhræri hafi þótt ljóst að enginn kaupandi væri það stór að tilfærsla á viðskiptum hans milli keppinauta myndi hafa umtalsverð áhrif á stöðu áfrýjanda á markaðinum. Þá eigi þessar tilfærslur sér stað á báða bóga. Kaupendastyrkur sé því ekki fyrir hendi á veitingamarkaði.

Samkeppniseftirlitið bendir á að í samningum áfrýjanda hafi verið að finna ákvæði um einkakaup og skilyrta afslætti sem fari ótvírætt í bága við ákvæði 11. gr. samkeppnislaga. Önnur ákvæði, s.s. um hillurými og markaðsframlög brjóti einnig í bága við samkeppnislög þegar þau séu metin í samhengi við ákvæðin um einkakaup og skilyrta afslætti. Öll séu þessi ákvæði til þess fallin að þrengja að eða útiloka keppinauta áfrýjanda frá viðskiptum við þá aðila sem gert hafi umrædda viðskiptasamninga við áfrýjanda. Þá sé ljóst að samningar áfrýjanda hindri að miklu leyti, og í sumum tilvikum alfarið, að nýir aðilar geti náð fótfestu á markaðinum. Er það mat Samkeppniseftirlitsins að þessir samningar feli í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu og þar með brot á 11. gr. samkeppnislaga. Samkeppniseftirlitið bendir á að brot á 11. gr. samkeppnislaga sé ekki háð því að sýnt sé fram á skaðleg áhrif á samkeppni.

Samkeppniseftirlitið telur að álögð sekt sé hófleg með hliðsjón af alvarleika brota áfrýjanda, heildartekjum fyrirtækisins, sektum í sambærilegum málum og öðrum þáttum málsins. Samkeppniseftirlitið bendir á að viðurlagaákvörðunin byggji á heildarmati á aðstæðum í viðkomandi máli. Við það mat sé skylt að horfa til tiltekinna sjónarmiða sem tilgreind séu í 37. gr. samkeppnislaga. Einnig sé heimilt að horfa til annarra sjónarmiða sem séu í eðlilegum tengslum við það málefni sem liggja fyrir. Þá

beri Samkeppniseftirlitinu að rökstyðja til hvaða sjónarmiða hafi verið horft og þýðingu þeirra og hafi það verið gert í hinni kærðu ákvörðun.

Samkeppniseftirlitið bendir á að áfrýjandi hafi haft fulla ástæðu til að ætla að hann væri í markaðsráðandi stöðu og því mátt vita að gerði hann einkakaupasamninga eða beitti samkeppnishamlandi afsláttum gæti það falið í sér brot og leitt til sekta samkvæmt samkeppnislögum. Einnig bendir eftirlitið á að huglæg afstaða geti skipt máli við mat á sektum og að gáleysi sé skýrt með þröngum hætti í samkeppnisrétti og það dugi til að brot sé framið af ásetningi að viðkomandi fyrirtæki hafi mátt vera ljóst að aðgerð þess væri ætlað eða gæti raskað samkeppni. Þegar eðli og umfang samninga áfrýjanda sé virt sé ljóst að honum hafi á engan hátt getað dulist að þessar aðgerðir hans væru til þess fallnar að draga með alvarlegum hætti úr samkeppni.

Einnig bendir Samkeppniseftirlitið á að í 37. gr. samkeppnislaga sé ekki áskilið að sektir séu metnar með hliðsjón af raunverulegum áhrifum samkeppnishamla. Hins vegar geti það horft til þyngingar viðurlaga ef sýnt þyki að „ólögmæt aðgerð hafi komist til framkvæmda“. Eins og lýst sé í hinni kærðu ákvörðun hafi hundruðum ólögmættra samninga áfrýjanda verið hrint í framkvæmd. Þegar af þeirri ástæðu sé um alvarlegt brot að ræða sem kalli á viðeigandi viðurlög. Einnig sé það mat Samkeppniseftirlitsins að þessar aðgerðir hafi verið til þess fallnar að viðhalda og styrkja með óeðlilegum hætti stöðu áfrýjanda á markaði fyrir vinsæla neytendavöru og að umrætt brotatímabil hafi staðið yfir í umtalsverðan tíma.

Samkeppniseftirlitið telur að rökstuðningur í hinni kærðu ákvörðun fyrir álögðum sektum sé fullnægjandi og í samræmi við verklag á þessu sviði. Í rökstuðningnum sé m.a. gerð grein fyrir alvarleika brotsins og nauðsyn þess að sektin hafi nægjanleg varnaðaráhrif, m.a. með hliðsjón af efnahagslegum styrkleika áfrýjanda. Hin kærða ákvörðun sé því hvorki ógagnsæ né í andstöðu við meðalhófsreglu stjórnsýslulaga.

Samkeppniseftirlitið telur að meint bág fjárhagsstaða og meintir erfiðleikar í rekstri áfrýjanda séu ekki í samræmi við þá mynd sem fáiast þegar reikningar hans og tengdar upplýsingar séu skoðaðar. Eigi þessi atriði ekki að hafa áhrif á fjárhæð sektarinnar.

Samkeppniseftirlitið telur erfiðleika í hagkerfinu hafa áhrif á áfrýjanda líkt og önnur fyrirtæki. Að mati eftirlitsins virðist þó hæpið að ætla að fyrirtæki sem búi yfir jafn sterkum vörumerkjum og áfrýjandi og sem búi við jafn stöðuga eftirspurn eftir vörum sínum muni verða illa fyrir barðinu á efnahagssamdrættinum nema e.t.v. hvað varði aukin vanskil viðskiptavina. Samkeppniseftirlitið telur að rök áfrýjanda í þessu

sambandi séu ekki studd nægilega skýrum rökum enda leggi hann ekki fram neitt talnaefni til stuðnings máli sínu.

V.

Niðurstaða

1.

Í hinni kærðu ákvörðun var komist að þeirri niðurstöðu að áfrýjandi hafi á því tímabili sem hér er til umfjöllunar verið í markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir gosdrykki á Íslandi. Hann hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga og 54. gr. EES-samningsins með gerð viðskiptasamninga við endurseljendur á gosdrykkjum. Samningarnir hafi haft að geyma ákvæði þar sem viðsemjendur áfrýjanda skuldbinda sig til að tryggja honum hillupláss, framsetningu og aðra aðstöðu sem virðist ætlað að viðhalda og styrkja markaðsráðandi stöðu hans. Í öðrum samningum skuldbundu viðsemjendur áfrýjanda sig til að bjóða eingöngu upp á vörur frá áfrýjanda, auk annarra ákvæða sem virðist ætlað að viðhalda tryggð endursöluaðila við vörur áfrýjanda.

2.

Áfrýjandi byggir á því að Samkeppniseftirlitinu hafi verið óheimilt að taka ákvörðun í málinu í andstöðu við forsendur og niðurstöðu ákvörðunar framkvæmdastjórnarinnar í máli COMP/A.39116/B2 – Coca-Cola (mál TCCC o.fl.), sem tekin var á grundvelli 9. gr. reglugerðar ráðsins nr. 1/2003. Með ákvörðuninni hafi The Coca-Cola Company (TCCC) og allir átöppunaraðilar TCCC gengist undir að hlíta tilteknum skilyrðum varðandi markaðsfærslu sína. Skilyrðin skyldu eiga við ef átöppunaraðili reyndist vera með yfir 40% markaðshlutdeild á viðkomandi markaði og meira en tvöfalt hærri hlutdeild en næsti keppinatur. Í því tilviki bæri viðkomandi aðila að gera viðeigandi breytingar á samningum sínum og háttsemi á markaði innan tilskilins tíma. Áfrýjandi telur að ákvörðun þessi hafi gilt um starfsemi kæranda á Íslandi og hann farið að ákvæðum hennar í einu og öllu á gildistíma hennar (2005-2010), m.a. hafi markaðshlutdeild áfrýjanda aldrei verið yfir tvöfalt hærri en næsta keppinatur, Ölgerðar Egils Skallagrímssonar ehf. Hins vegar hafi Samkeppniseftirlitið í hinni kærðu ákvörðun lagt til grundvallar aðra aðferðafræði í þessu sambandi en lögð hafi verið til grundvallar í umræddri ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar og komist að þeirri niðurstöðu að háttsemi áfrýjanda bryti gegn 11. gr. samkeppnislaga.

Áfrýjunarnefndin getur ekki fallist á þessa málsástæðu kæranda. Í því sambandi er rétt að víkja að ákvæði 2. mgr. 25. gr. samkeppnislaga, en þar segir að þegar Samkeppniseftirlitið og áfrýjunarnefnd samkeppnismála taka ákvörðun um samninga, ákvarðanir eða aðgerðir skv. 53. og 54. gr. EES-samningsins, sem þegar hafi verið fjallað um í ákvörðun Eftirlitsstofnunar EFTA í sama máli, sé þeim ekki heimilt að taka ákvörðun sem gangi gegn þeirri ákvörðun sem Eftirlitsstofnunin hafi samþykkt. Ákvæði þetta er samkvæmt orðum sínum bundið við ákvarðanir Eftirlitsstofnunar EFTA og virðist því almennt ekki geta tekið til ákvarðana framkvæmdastjórnar ESB, en jafnvel þótt áfrýjunarnefndin féllist á að beita 2. mgr. 25. gr. samkeppnislaga um ákvarðanir framkvæmdastjórnar ESB ætti þessi málsástæða áfrýjanda ekki við. Ber hér að líta til þess að 2. mgr. 25. gr. samkeppnislaga er byggð á 2. mgr. 16. gr. reglugerðar ráðsins (EB) nr. 1/2003 frá 16. desember 2002 um framkvæmd samkeppnisreglna sem mælt er fyrir um í 81. gr. og 82. gr. EB sáttmálans. Hefur ákvæði 2. mgr. 16. gr. reglugerðarinnar verið skýrt svo að það taki ekki til ákvarðana framkvæmdastjórnarinnar sem teknar eru á grundvelli 9. gr. reglugerðarinnar, sbr. einnig 13. og 22. tölulið aðfaraorða hennar, enda eru slíkar ákvarðanir sérstaks eðlis og í veigamiklum atriðum frábrugðnar hefðbundnum stjórnvaldsákvörðunum framkvæmdastjórnarinnar samkvæmt 7. gr. reglugerðarinnar. Að þessu virtu og að öðru leyti með vísan til forsendna hinnar kærðu ákvörðunar verður ekki fallist á með áfrýjanda að ákvörðun í máli TCCC o.fl. hafi takmarkað valdheimildir Samkeppniseftirlitsins á þann hátt sem hann heldur fram.

Að mati áfrýjunarnefndarinnar leiðir af framangreindu að áfrýjanda hafi mátt vera ljóst að Samkeppniseftirlitið gæti komist að þeirri niðurstöðu, á grundvelli hefðbundinna viðmiða í íslenskum og evrópskum samkeppnisrétti, að áfrýjandi hefði brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga og 54. gr. EES-samningsins með því að misnota markaðsráðandi stöðu sína. Gat áfrýjandi því hvorki bundið væntingar við þær viðmiðanir sem byggt var á í ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar í máli TCCC o.fl. né vænt þess að sú ákvörðun væri tæmandi um skyldur áfrýjanda í þessu sambandi. Með vísan til framangreinds er þessari málsástæðu áfrýjanda hafnað.

3.

Þá er á því byggt af hálfu áfrýjanda að Samkeppniseftirlitið hafi brotið gegn rannsóknarskyldu sinni við meðferð málsins, sbr. 10. gr. stjórnarsýslulaga nr. 37/1993, sem og andmælarétti áfrýjanda, sbr. 13. og 15. gr. stjórnarsýslulaga, sbr. 15. gr. reglna nr. 880/2005 um málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins.

Að því er varðar fyrrnefnda atriðið vísar áfrýjandi til þess að Samkeppniseftirlitið hafi kosið að líta framhjá ýmsum gögnum og upplýsingum sem áfrýjandi hafi afhent því við meðferð málsins, þar á meðal varðandi skilgreiningu á þeim markaði sem áfrýjandi starfar á. Áfrýjunarnefndin getur ekki fallist á með áfrýjanda að þau sjónarmið og gögn sem hann tefldi fram við meðferð málsins, þ. á m. neytendakönnun MMR og úttekt hagfræðingsins Derek Ridyard, hafi gefið Samkeppniseftirlitinu tilefni til að láta fara fram frekari rannsókn á markaðinum.

Í hinni kærðu ákvörðun svo og greinargerð Samkeppniseftirlitsins fyrir áfrýjunarnefndinni er tekin rökstudd afstaða til megin sjónarmiða áfrýjanda um brot á rannsóknarreglu og þeim hafnað. Færð eru fram ítarleg rök fyrir niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins um þau atriði sem athugasemdir áfrýjanda í tengslum við rannsókn málsins lúta að. Að mati áfrýjunarnefndarinnar hefur áfrýjandi ekki sýnt fram á að rannsókn Samkeppniseftirlitsins hafi ekki uppfyllt kröfur 10. gr. stjórnsýslulaga.

Áfrýjandi vísar til þess að Samkeppniseftirlitið hafi brotið gegn andmælarétti áfrýjanda með því að synja honum um aðgang að gögnum sem lágu til grundvallar mati eftirlitsins á markaðshlutdeild einstakra fyrirtækja á hinum skilgreinda markaði málsins. Hafi áfrýjanda borið nauðsyn til að fá aðgang að umræddum gögnum, m.a. til að bera þau saman við eigin gögn og niðurstöður um markaðshlutdeild, sem séu talsvert frábrugðnar mati Samkeppniseftirlitsins.

Með úrskurði áfrýjunarnefndarinnar í máli nr. 12/2010 var staðfest ákvörðun Samkeppniseftirlitsins um að synja áfrýjanda um aðgang að hluta þeirra gagna, sem áfrýjandi vísar til, með vísan til 17. gr. stjórnsýslulaga. Taldi áfrýjunarnefndin að gögnin, sem synjunin tók til, innihéldu viðkvæmar viðskiptaupplýsingar og að það varðaði því mikilvæga viðskiptahagsmuni Ölgerðar Egils Skallagrímssonar ehf. að gögnin færu leynt. Jafnframt að áfrýjandi gæti tekið til varna í málinu með sanngjörnum og eðlilegum hætti, þrátt fyrir að njóta ekki aðgangs að þessum gögnum.

Ákvæði 17. gr. stjórnsýslulaga felur í sér lögbundna undantekningu frá upplýsingarétti aðila stjórnsýslumáls, en samkvæmt ákvæðinu er stjórnvaldi heimilt, þegar sérstaklega stendur á, að takmarka aðgang aðila að gögnum máls „ef hagsmunir hans af því að notfæra sér vitneskju úr þeim þykja eiga að víkja fyrir mun ríkari almanna- eða einkahagsmunum“, sbr. einnig 16. gr. reglna nr. 88/2005. Í fyrrgreindum úrskurði taldi áfrýjunarnefndin viðskiptahagsmuni þeirra fyrirtækja, sem gögnin vorðuðu, veða þyngra en hagsmuni áfrýjanda af því að notfæra sér vitneskju úr gögnunum.

Að þessu virtu, sem og forsendum úrskurðarins að öðru leyti, verður röksemdum áfrýjanda er lúta að broti gegn andmælarétti hafnað, sbr. til hliðsjónar dóm Hæstaréttar 18. nóvember 2010 í máli nr. 188/2010 *Hagar hf. gegn Samkeppniseftirlitinu og íslenska ríkinu*.

4.

Í hinni kærðu ákvörðun var komist að þeirri niðurstöðu að vörumarkaður máls þessa sé sala á gosdrykkjum annars vegar til aðila á veitingamarkaði (neysla á staðnum) og hins vegar til aðila á dagvörumarkaði (neysla síðar). Áfrýjandi mótmælir þeirri afstöðu Samkeppniseftirlitsins að gosdrykkir myndi aðgreindan markað frá öðrum drykkjarvörum. Telur áfrýjandi að vörumarkaðurinn sé allir óáfengir drykkir og að um sé að ræða átöppun, heildsölu og dreifingu slíkra drykkja, eða í öllu falli að kolsýrðir vatnsdrykkir tilheyri sama markaði og gosdrykkir. Ekki er ágreiningur um að landfræðilegur markaður málsins sé Ísland.

Við mat á framangreindu telur áfrýjunarnefndin að líta megi til álits samkeppnisráðs nr. 3/1999 *Fyrirhuguð kaup Coca-Cola Nordic Beverages A/S á öllu hlutafé í Vífilfelli ehf.* Í álitinu var talið að annars vegar gosdrykkir og hins vegar vatn og safi tilheyrðu ekki sama vörumarkaðinum m.a. með skírskotun til þess að þessir drykkir hafi ólíka eiginleika, uppfylli mismunandi þarfir og höfði ekki með sama hætti til allra hópa neytenda, auk þess sem þeir séu markaðssettir á mismunandi hátt. Af hálfu framkvæmdastjórnar ESB og samkeppnisyfirvalda á Norðurlöndunum hefur einnig verið á því byggt að gosdrykkir myndi aðgreindan vörumarkað frá öðrum óáfengum drykkjum eins og nánar er rakið í hinni kæru ákvörðun. Að mati áfrýjunarnefndarinnar er ekkert fram komið af hálfu áfrýjanda sem rennir stoðum undir þá ályktun hans að aðstæðum og þróun á drykkjarvörumarkaði hér á landi sé svo hátt að framangreind fordæmi eigi ekki við í málinu. Að þessu virtu og að öðru leyti með vísan til þeirra röksemda, sem fram koma í hinni kærðu ákvörðun og fyrrnefndu áleti samkeppnisráðs nr. 3/1999, verður ekki fallist á með áfrýjanda að vörumarkaður málsins sé sala allra óáfengra drykkja.

Að því er varðar þá málsástæðu áfrýjanda að gosdrykkir og kolsýrðir vatnsdrykkir tilheyri í öllu falli sama markaði, þá telur áfrýjunarnefndin að það hafi mikla þýðingu í því samhengi að kolsýrðir vatnsdrykkir eru markaðssettir sem vatn og eru þannig að jafnaði tengdir heilsusamlegu lífernri en hið sama getur tæpast átt við um gosdrykki. Telja verður að eiginleikar þessara tveggja drykkjategunda séu ólíkir í hugum neytenda og að þeim sé ætlað að höfða til ólíkra hópa, sem mælir gegn því að um staðgengdarvörur sé að ræða. Breytir engu í þessu sambandi þó svo einstakar tegundir

kolsýrðra vatnsdrykkja innihaldi áþekkt hitaeiningamagn og ákveðnir gosdrykkir líkt og áfrýjandi bendir á. Um þetta atriði vísar áfrýjunarnefndin að öðru leyti til forsendna hinnar kærðu ákvörðunar.

Áfrýjunarnefndin getur ekki fallist á aðrar röksemdir áfrýjanda fyrir staðgöngu kolsýrðra vatnsdrykkja og gosdrykkja. Hvorki er í þessu sambandi unnt að byggja á niðurstöðum tilvitnaðrar neytendakönnunar MMR né hefur áfrýjandi rennt nægum stöðum undir þá ályktun sína að bein fylgni sé milli aukningar á sölu kolsýrðra drykkja og samdráttar á sölu gosdrykkja eða að slíkt leiði til þess að þessar tvær drykkjartegundir teljist staðgönguvörur í skilningi samkeppnisréttar.

Að framangreindu virtu og að öðru leyti með vísan til þeirra röksemda, sem fram koma í hinni kærðu ákvörðun, verður fallist á þá niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins að vörumarkaður málsins sé sala á gosdrykkjum annars vegar til aðila á veitingamarkaði (neysla á staðnum) og hins vegar til aðila á dagvörumarkaði (neysla síðar) og að landfræðilegur markaður málsins sé Ísland.

5.

Samkeppniseftirlitið komst að þeirri niðurstöðu í hinni kærðu ákvörðun að áfrýjandi væri í markaðsráðandi stöðu á hinum skilgreinda markaði, í ljósi u.þ.b. 70% markaðshlutdeildar áfrýjanda í sölu á gosdrykkjum miðað við veltu á viðmiðunartímabilinu 2005 til 2008, stöðugleika hlutdeildarinnar á því tímabili og hins mikla mismunar milli hlutdeildar áfrýjanda og helsta keppinautar fyrirtækisins, Ölgerðar Egils Skallagrímssonar ehf. Að auki er vísað til aðgangshindrana að umræddum markaði og yfirburða vörumerkja áfrýjanda sem dregur mjög úr áhrifum kaupendastyrks aðila á dagvörumarkaðinum.

Áfrýjandi hefur að mati áfrýjunarnefndarinnar ekki hnekkt þeirri niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins að áfrýjandi hafi u.þ.b. 70% markaðshlutdeild á markaði málsins á árunum 2005-2008, sem byggð er á upplýsingum um heildarsölu áfrýjanda og helsta keppinautar hans, Ölgerðar Egils Skallagrímssonar ehf., á gosdrykkjum á árunum 2005-2008. Sú meginregla gildir í samkeppnisrétti að fyrirtæki með 50% markaðshlutdeild eða meira á viðkomandi markaði teljist í markaðsráðandi stöðu nema veigamikil rök standi til annars, en um þetta má m.a. vísa til dóms Hæstaréttar Íslands 18. nóvember 2010 í máli nr. 188/2010, *Hagar hf. gegn Samkeppniseftirlitinu og íslenska ríkinu*. Með vísan til markaðshlutdeildar áfrýjanda samkvæmt framansögðu og hinnar kærðu ákvörðunar að öðru leyti verður niðurstaða Samkeppniseftirlitsins um markaðsráðandi stöðu áfrýjanda á hinum skilgreinda markaði staðfest.

Í kærðu áfrýjanda er gerð athugasemd við að í hinni kærðu ákvörðun hafi ekki verið litið til þess að markaðshlutdeild áfrýjanda hafi farið dvínandi á því tímabili sem ákvörðunin tekur til. Í þessu sambandi tekur áfrýjunarnefndin fram að það er meginregla í samkeppnisrétti að við mat á markaðsráðandi stöðu beri að horfa til hlutdeildar fyrirtækis á þeim tíma sem atvik máls taka til, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008 Hf. *Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu*. Af því leiðir að samdráttur á markaðshlutdeild getur að jafnaði aðeins skipt máli að því leyti sem hann á sér stað á viðkomandi tímabili. Samkvæmt upplýsingum um markaðshlutdeild áfrýjanda á umræddum árum, sem greinir í hinni kærðu ákvörðun, er ljóst að markaðshlutdeild áfrýjanda dróst aðeins lítillega saman á tímabilinu, þ.e. minnkaði úr $[x]^1$ % í $[x]^2$ %, og var því enn veruleg í lok þess. Áfrýjunarnefndin getur því ekki fallist á sjónarmið áfrýjanda hvað þetta varðar.

6.

Í hinni kærðu ákvörðun var komist að þeirri niðurstöðu að áfrýjandi hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með gerð fjölmargra einkakaupasamninga við viðskiptavinum á hinum skilgreinda markaði. Nánar tiltekið hafi áfrýjandi, á þriggja ára tímabili frá upphafi árs 2005 til loka árs 2008, verið með í gildi 899 samninga sem innihaldi ákvæði, ýmist einkakaupaákvæði og/eða önnur tryggðarákvæði, sem brjóti gegn 11. gr. samkeppnislaga. Fyrir liggur að níu þessara samninga voru við dagvöruverslanir en hinir við aðra söluaðila. Í hinni kærðu ákvörðun er rakið að um er að ræða 713 viðskiptasamninga sem fela í sér einkakaup og hafa verið í gildi á árunum 2005-2008. Flestir þessara samninga fela einnig í sér önnur tryggðarákvæði, en þar af eru um 454 samningar sem fela í sér ákvæði um að viðskiptavinir noti eingöngu þjónustuvörur áfrýjanda, 598 samningar með ákvæðum um skilyrta afslætti sem í flestum tilvikum eru greiddir eftir á í vörum eða peningum, 82 tilvik þar sem viðsemjendur áfrýjanda gefa út tryggingarvixil eða skuldabréf til tryggingar á fyrirframgreiddum afsláttum eða öðrum framlögum áfrýjanda, og 572 samningar sem innihalda tryggðarákvæði sem tengjast markaðsaðgerðum. Um einstaka samninga og samningstegundir áfrýjanda vísast til hinnar kærðu ákvörðunar.

Áfrýjandi hefur ekki mótmælt því sérstaklega við meðferð málsins fyrir áfrýjunarnefndinni að framangreindir samningar séu einkakaupasamningar í skilningi samkeppnisréttar. Áfrýjandi byggir hins vegar á því að samningarnir brjóti ekki gegn 11. gr. samkeppnislaga þar sem þeir hafi ekki haft skaðleg áhrif á samkeppni.

¹ trúnaðarupplýsingar

² trúnaðarupplýsingar

Á það má fallast með Samkeppniseftirlitinu að það sé ekki skilyrði þess að einkakaupsamningar brjóti gegn fyrrnefndu ákvæði að ljóst sé að þeir hafi í reynd haft skaðleg áhrif á samkeppni. Það er almennt ekki skilyrði fyrir beitingu 11. gr. samkeppnislaga að misnotkun á markaðsráðandi stöðu hafi haft einhver tiltekin áhrif, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 8/2008 *Fiskmarkaður Íslands hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Ástæða þess að einkakaupaákvæði og annars konar tryggðarákvæði eru talin brjóta gegn tilvísuðu ákvæði er fyrst og fremst sú að þau eru til þess fallin að útiloka eða takmarka verulega samkeppni frá minni eða nýjum keppinautum um viðkomandi viðskipti, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008 *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu*. Er gengið út frá því að samningsákvæði af þessu tagi séu til þess fallin að raska samkeppni og brjóti því gegn 11. gr. samkeppnislaga án tillits til þess hvort sýnt sé fram á raunveruleg skaðleg áhrif þeirra á samkeppni. Hafi slík áhrif komið fram getur það haft áhrif á ákvörðun viðurlaga. Að þessu virtu og að öðru leyti með vísan til forsendna hinnar kærðu ákvörðunar verður nefndri málsástæðu áfrýjanda hafnað.

Í kæru áfrýjanda er á því byggt að hin kærða ákvörðun sé til þess fallin að skekkja samkeppni á markaðinum þar sem aðeins sé um að ræða íhlutun gagnvart einum keppinauti af tveimur sem starfi á honum. Með því komist helsti keppinautur áfrýjanda, Ölgerð Egils Skallagrímssonar ehf., í kjörstöðu enda verði honum heimilt að gera áfram einkakaupasamninga svo sem tíðkast hafi og geti hann þannig náð til sín mikilvægum viðskiptum frá áfrýjanda.

Áfrýjunarnefndin bendir á að gerð einkakaupasamninga telst ekki brot gegn 11. gr. samkeppnislaga nema viðkomandi fyrirtæki sé í markaðsráðandi stöðu. Eins og áður er komið fram var keppinautur áfrýjanda, Ölgerð Egils Skallagrímssonar ehf., ekki í slíkri stöðu á árunum 2005 til 2008 heldur hafði áfrýjandi talsverða yfirburði þegar markaðshlutdeild þessara tveggja aðila á tímabilinu er borin saman. Vegna markaðsráðandi stöðu sinnar var áfrýjanda óheimilt að grípa til ráðstafana sem teljast misnotkun á slíkri stöðu samkvæmt 11. gr. samkeppnislaga án tillits til háttsemi keppinauta á viðkomandi markaði. Eins og að framan er rakið eru einkakaupasamningar til þess fallnir að raska samkeppni með alvarlegum hætti. Með vísan til þessa og að öðru leyti forsendna hinnar kærðu ákvörðunar verður ekki fallist á með áfrýjanda að hin kærða ákvörðun sé til þess fallin að raska samkeppni.

Að framangreindu virtu verður niðurstaða hinnar kærðu ákvörðunar staðfest að því er varðar brot áfrýjanda gegn 11. gr. samkeppnislaga. Þá telur áfrýjunarnefndin að staðfesta beri niðurstöðu hinnar kærðu ákvörðunar um brot áfrýjanda gegn 54. gr. EES-

samningsins, sbr. lög nr. 2/1993 um Evrópska efnahagssvæðið, og vísast um það til rökstuðnings hennar þar að lútandi.

7.

Með hinni kærðu ákvörðun var áfrýjanda gert með heimild í 37. gr. samkeppnislaga að greiða stjórnvaldssekt að fjárhæð kr. 260.000.000 vegna framangreindra brota gegn 11. gr. sömu laga og 54. gr. EES-samningsins. Fyrir áfrýjunarnefndinni krefst áfrýjandi þess til vara að sektin verði felld niður og til þrautavara að hún verði lækkuð verulega. Að því er varðar fyrrnefnda atriðið telur áfrýjandi að hlutlægar réttlætningarástæður, sem eigi við í málinu, leiði til niðurfellingar sektar. Að mati áfrýjunarnefndarinnar hefur áfrýjandi ekki sýnt fram á að slíkum aðstæðum sé til að dreifa í málinu sem leitt geti til þeirrar niðurstöðu. Er þeirri kröfu því hafnað.

Í 2. mgr. 37. gr. samkeppnislaga segir að sektir geti numið allt að 10% af heildarveltu síðasta almanaksárs hjá því fyrirtæki sem brotlegt er. Þá segir að við ákvörðun á fjárhæð sekta skuli hafa hliðsjón af eðli og umfangi brota, hvað brot hafa staðið lengi og hvort um ítrekuð brot sé að ræða. Þá hafa í fyrri ákvörðunum áfrýjunarnefndar ýmiss önnur atriði verið talin hafa þýðingu við sektarákvörðun.

Í því máli sem hér er til meðferðar hefur áfrýjandi misnotað markaðsráðandi stöðu sína með því að gera samninga við sína viðskiptamenn ýmist þannig að þeim var samkvæmt þeim óheimilt að eiga viðskipti við samkeppnisaðila hans eða áfrýjanda var með þeim tryggt hillupláss, framsetning vara og önnur aðstaða sem ætlað er að viðhalda og styrkja markaðsráðandi stöðu hans. Í þessu felst skaðleg samkeppnisleg háttsemi sem var til þess fallin að veikja samkeppnina á markaðnum. Það er því mat áfrýjunarnefndar að brot áfrýjanda séu alvarleg.

Stjórnvaldssektum samkvæmt samkeppnislögum er m.a. ætlað að hafa varnaðaráhrif og er fjárhæð sekta mikilvæg í því sambandi. Því er nauðsynlegt eins og 37. gr. samkeppnislaga gerir ráð fyrir að taka mið af stærð og styrkleika viðkomandi fyrirtækis við sektarákvörðun. Þá telur áfrýjunarnefnd mikilvægt að samhengi og samræmi, eins og við getur átt, sé á milli ákvarðana sekta í samkeppnismálum. Er því sérstaklega horft til úrlausna áfrýjunarnefndar í málum sem varða misnotkun á markaðsráðandi stöðu undanfarin misseri. Með vísan til þessa og þeirra sjónarmiða og raka sem fram koma í hinni kærðu ákvörðun ákveðst stjórnvaldssekt á hendur áfrýjanda kr. 80.000.000,-.

VI.

Úrskurðarorð:

Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 11/2011, um að áfrýjandi hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 með framangreindum samningum, er staðfest.

Áfrýjandi greiði kr. 80.000.000,- í stjórnvaldssekt innan mánaðar frá dagsetningu úrskurðar þessa.

Reykjavík 30. september 2011.

Lárus L. Blöndal

Brynhildur Benediktsdóttir

Ingveldur Einarsdóttir

Rétt endurrit staðfestir: