



SAMKEPPNISEFTIRLITIÐ

Miðvikudagur, 30. mars, 2011

Ákvörðun nr. 11/2011

Misnotkun Vífilfells hf. á markaðsráðandi stöðu sinni

Efnisyfirlit

I.	Upphaf máls og málsmeðferð	3
II.	Upplýsingar og sjónarmið Vífilfells hf.	7
III.	Ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB í máli TCCC o.fl.	19
1.	Ákvörðunin.....	19
2.	Sjónarmið Vífilfells	20
3.	Niðurstaða	21
IV.	Markaðurinn og staða fyrirtækja á honum	24
1.	Skilgreining markaðarins.....	24
1.1	Sjónarmið Vífilfells	25
1.2	Mat Samkeppniseftirlitsins.....	26
1.2.1	Aðgreining vörumarkaða á drykkjarvörumarkaði	26
1.2.2	Uppskipting drykkjarvörumarkaða eftir smásöludreifingarleiðum ...	32
1.2.3	Landfræðilegur markaður.....	33
1.2.4	Niðurstaða um skilgreiningu markaðarins.....	33
2.	Staða Vífilfells á markaðnum	35
2.1	Sjónarmið Vífilfells	35
2.2	Mat Samkeppniseftirlitsins.....	36
2.2.1	Álit samkeppnisráðs nr. 3/1999	39
2.2.2	Markaðshlutdeild	39
2.2.2.1	Nánar um sjónarmið Vífilfell varðandi markaðshlutdeild	41
2.2.3	Fjárhagslegur styrkur Vífilfells	46
2.2.4	Kaupendastyrkur	50
2.2.5	Aðgangshindranir.....	52
2.2.6	Niðurstaða	54
V.	Brot Vífilfells á 11. gr. samkeppnislaga	55
1.	Ákvæði 11. gr. samkeppnislaga	55
1.1	Um sjónarmið Vífilfells varðandi túlkun 11. gr. samkeppnislaga	58
1.2	Túlkun 11. gr. samkeppnislaga varðandi einkakaup og afslátt.....	60
2.	Almennt um samninga Vífilfells	67
2.1	Einkakaupaákvæði í viðskiptasamningum Vífilfells	68
2.2	Afslættir Vífilfells.....	74
2.2.1	Fyrirframgreiddir, skilyrtir afslættir – lánveitingar Vífilfells.....	74
2.2.1	Eftirágreiddir afslættir Vífilfells.....	76
2.3	Ákvæði um gildistíma	78
2.4	Ákvæði um markaðsmál	80
2.5	Ákvæði um þjónustu	82



2.6	Samningar Vífilfells og leiðbeiningar framkvæmdastjórnar ESB	83
3.	Viðskiptasamningar Vífilfells	88
3.1.1	Viðskiptasamningur Vífilfells og Haga hf.....	89
3.1.2	Viðskiptasamningar Vífilfells og Kaupáss hf.	93
3.1.3	Viðskiptasamningur Vífilfells við Samkaup hf.	97
3.1.4	Viðskiptasamningur Vífilfells við Þína verslun hf.	98
3.1.5	Viðskiptasamningur Vífilfells við Fjarðarkaup hf.	99
3.1.6	Viðskiptasamningur Vífilfells við Miðbúðina.....	100
3.2	Samningar Vífilfells á veitingamarkaði	101
3.2.1	Viðskiptasamningar Vífilfells við Tankinn ehf.....	101
3.2.2	Viðskiptasamningar Vífilfells við Stjórnuna ehf.	105
3.2.3	Viðskiptasamningur Vífilfells við Pizza Pizza ehf.	108
3.2.4	Viðskiptasamningur Vífilfells við Flugleiðahótel ehf.	110
3.2.5	Viðskiptasamningur Vífilfells við Kaffibarinn ehf.	111
3.2.6	Viðskiptasamningar Vífilfells við Sam-félagið ehf.....	113
3.3	Aðrir viðskiptasamningar Vífilfells.....	115
3.3.1	Flokkar samningsákvæða í töflu 5	116
3.3.2	Tafla yfir aðra viðskiptasamninga Vífilfells	118
4.	Samantekt og niðurstaða varðandi brot Vífilfells.....	121
VI.	54. gr. EES-samningsins	123
VII.	Viðurlög.....	125
1.	Sjónarmið Vífilfells um viðurlög.....	125
2.	Mat Samkeppniseftirlitsins.....	126
VIII.	Ákvörðunarorð:	132



I. Upphaf máls og málsmeðferð

Í máli þessu er tekið til athugunar hvort Vífilfell hf. (hér eftir Vífilfell) hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 með samkeppnishamlandi ákvæðum í viðskiptasamningum sínum á heildarmarkaði fyrir gosdrykki. Er aðallega um að ræða ákvæði sem hafa það að markmiði að binda viðskiptavinum Vífilfells í viðskiptum við fyrirtækið með svonefndum einkakaupum. Þá verður einnig fjallað um ýmis tryggðarákvæði í samningum Vífilfells.

Ákvörðun þessari er skipt upp í sjö hluta. Í fyrsta hluta er greint frá tildrögum málsins og málsmeðferð, í öðrum hluta koma fram upplýsingar og sjónarmið Vífilfells, í þriðja hluta er fjallað um ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB í máli TCCC, í fjórða hluta er markaður málsins skilgreindur og staða fyrirtækja á honum metin, í fimmta og sjötta hluta er fjallað um ætluð brot Vífilfells. Í sjöunda hluta er svo fjallað um viðurlög. Þá fylgir ákvörðuninni viðauki sem inniheldur lista yfir viðskiptasamninga og ákvæði þeirra sem Samkeppniseftirlitið telur að fari gegn samkeppnislögum.

1. Aðdragandi og rannsókn Samkeppniseftirlitsins

Í byrjun árs 2007 hóf Samkeppniseftirlitið almenna athugun á samningum birgja og viðskiptavina þeirra á matvörumarkaði. Beindist sú gagnaöflun að um 70 birgjum, þ.m.t. Vífilfelli. Þessi athugun leiddi til þess að í maí 2008 gaf Samkeppniseftirlitið út skýrslu nr. 1/2008, *Viðskiptasamningar birgja og annað samstarf fyrirtækja á matvörumarkaði*. Í skýrslunni voru m.a. áréttuð þau sjónarmið samkeppnisráðgjafarinnar að markaðsráðgjafi fyrirtækis, þ.m.t. birgjar, geti brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með gerð samninga sem innihalda tryggðarákvæði og ákvæði um einkakaup. Var þeim tilmælum beint til m.a. birgja að tryggja að í samningum þeirra fælist ekki samkeppnishamlandi ákvæði. Einnig var tekið fram í skýrslunni að Samkeppniseftirlitið myndi í sérstökum stjórnarsýslumálum taka afstöðu til þess hvort tiltekin fyrirtæki hefðu brotið gegn samkeppnislögum.

Í tengslum við þessa almennu athugun óskaði Samkeppniseftirlitið, á grundvelli 19. gr. samkeppnislaga, eftir afriti af skriflegum viðskiptasamningum Vífilfells við 20 stærstu endursöluaðila fyrirtækisins með bréfi, dags. 29. janúar 2007. Umræddir samningar bárust Samkeppniseftirlitinu með bréfi þann 8. mars 2007.

Eftir skoðun á umræddum samningum ákvað Samkeppniseftirlitið að hefja sérstakt stjórnarsýslumál og taka til skoðunar hvort ákvæði í þessum samningum feli í sér brot á samkeppnislögum og var sér í lagi vísað til 11. gr. laganna. Hér er einkum um að ræða samningsákvæði þar sem viðsemjendur Vífilfells skuldbinda sig til að bjóða eingöngu upp á vörur frá Vífilfelli en auk þess ákvæði sem virðist ætlað að viðhalda tryggð endursöluaðila við vörur fyrirtækisins.

Samkeppniseftirlitið ritaði Vífilfelli bréf, dags. 27. júní 2007, þar sem Vífilfelli var tilkynnt að eftirlitið hyggðist taka til skoðunar hvort ákvæði í viðskiptasamningum Vífilfells færu gegn 11. gr. samkeppnislaga. Í bréfinu var óskað eftir ýmsum upplýsingum og gögnum. Nánar tiltekið var óskað eftir rökstuddu mati Vífilfells á því hver markaðurinn eða markaðirnir væru sem Vífilfell og endursöluaðilar



fyrirtækisins störfuðu á. Jafnframt var óskað eftir sundurliðun á tekjum Vífilfells eftir tilteknum vörflokkum fyrir árin 2005, 2006 og fyrstu sex mánuði ársins 2007. Óskað var eftir því að sölutekjur yrðu flokkaðar og gefnar upp fyrir matvöruverslanir annars vegar og fyrir aðra söluaðila hins vegar. Fram kom að með matvöruverslunum væri átt við hefðbundnar dagvöruverslanir, s.s. verslanir innan vébanda Haga, Kaupáss, Samkaupa, Fjarðarkaupa o.s.frv. Með öðrum söluaðilum var átt við söluturna, verslanir, bensínstöðvar, mótuneyti og aðra söluaðila sem ekki teljast til hefðbundinna matvöruverslana. Frestur til að skila umræddum upplýsingum, sjónarmiðum og gögnum var veittur til 31. júlí 2007. Sá frestur var síðar framlengdur til 9. ágúst 2007. Með bréfum, dags. 26. júní 2008 og 25. febrúar 2009, var óskað eftir samskonar sundurliðun á tekjum Vífilfells fyrir árin 2007 og 2008 og áður hafði verið óskað eftir fyrir árin 2005 og 2006 og fyrstu sex mánuði ársins 2007. Í því bréfi sem dags. var 26. júní 2008 var auk þess óskað eftir afriti af öllum viðskiptasamningum Vífilfells sem gerðir höfðu verið til þess dags við matvöruverslanir eða aðra söluaðila og ekki voru afhent Samkeppniseftirlitinu með bréfi Vífilfells, dags. 8. mars 2007, í tengslum við þá almennu athugun Samkeppniseftirlitsins á samningum birgja og viðskiptavina þeirra á matvörumarkaði sem fyrr var getið.

Til að meta markaðshlutdeild aflaði Samkeppniseftirlitið upplýsinga um tekjur frá 27 öðrum framleiðendum og birgjum á drykkjarvörumarkaði. Voru þessum aðilum send bréf, dags. 13. og 15. ágúst 2007, og ítrekað með bréfum dags. 10. september og 31. október 2007, þar sem óskað var eftir sömu upplýsingum um tekjur og gert hafði verið í bréfi til Vífilfells. Upphaflegur frestur til að skila umræddum upplýsingum og gögnum var veittur til 29. ágúst 2007. Hann var síðar framlengdur til 25. september 2007. Samkeppniseftirlitinu bárust umbeðnar tekjuupplýsingar á tímabilinu frá 15. ágúst til 6. nóvember 2007. Samkeppniseftirlitinu barst sundurliðun á tekjum Vífilfells fyrir árin 2007 og 2008 með bréfi, dagsettu 24. júlí 2008, og tölvupósti þann 30. mars 2009.

Samkeppniseftirlitinu bárust sjónarmið og upplýsingar frá Vífilfelli með bréfi, dags. 9. ágúst 2007. Með bréfi dagsettu 24. júlí 2008, barst eftirlitinu afrit af öllum viðskiptasamningum Vífilfells, sem gerðir höfðu verið fram til 26. júní 2008.

Eftirlitinu bárust jafnframt viðbótarsjónarmið frá Vífilfelli með bréfi, dags. 18. ágúst 2009, þar sem Vífilfell kom sjónarmiðum og rökum á framfæri er lutu að því að íhlutun Samkeppniseftirlitsins á grundvelli samkeppnislaga væri óþörf í þessu máli.

Þá var haldinn fundur að ósk Vífilfells þann 23. febrúar 2010 þar sem Vífilfell áréttaði fyrri sjónarmið fyrir starfsmönnum Samkeppniseftirlitsins.

Með bréfi, dags. 18. maí 2010, óskaði Samkeppniseftirlitið eftir afriti af öllum skriflegum viðskiptasamningnum sem Vífilfell hefði gert við verslanir innan vébanda Haga á tímabilinu 2005 til 2008, að báðum árum meðtöldum. Að auki var óskað eftir nákvæmum upplýsingum um alla munnlega samninga og ákvæði þeirra á sama tímabili. Umræddir viðskiptasamningar og upplýsingar bárust eftirlitinu með bréfi, dags. 1. júní 2010.



Þann 5. júlí 2010 sendi Samkeppniseftirlitið Vífilfelli andmælaskjal í málinu ásamt lista yfir gögn málsins og viðauka sem innihélt lista yfir þá viðskiptasamninga Vífilfells og ákvæði þeirra sem Samkeppniseftirlitið taldi að færu gegn samkeppnislögum. Vífilfelli var veittur frestur til 9. ágúst 2010 til að gera athugasemdir við efni andmælaskjalsins.

Þann 7. júlí 2010 barst Samkeppniseftirlitinu tölvupóstur frá Vífilfelli þar sem óskað var eftir aðgangi að öllum gögnum sem fram kæmu á gagnalista málsins sem fylgdi andmælaskjalinu og Vífilfell hafði ekki undir höndum. Með bréfi, dags. 12. júlí 2010, var Vífilfelli sent afrit af þeim þessara umbeðnu gagna sem ekki töldust trúnaðargögn.

Með bréfi, dags. 16. júlí 2010, óskaði Vífilfell eftir að fá afrit af umræddum trúnaðargögnum. Þessi gögn höfðu að geyma upplýsingar um tekjur keppinauta Vífilfells vegna sölu á gosdrykkjum sem Samkeppniseftirlitið aflaði á grundvelli heimildar í 19. gr. samkeppnislaga og notaði til útreiknings á markaðshlutdeild Vífilfells og annarra aðila á markaðnum. Vífilfell taldi nauðsynlegt að fá aðgang að þessum upplýsingum til þess að geta nýtt sér lögbundinn andmælarétt og einnig að staðfesta þá markaðshlutdeild sem Samkeppniseftirlitið taldi fyrirtækið vera með, enda væri markaðshlutdeild þess samkvæmt andmælaskjali eftirlitsins allt önnur en fyrirtækið hefði sjálft, á grundvelli árlegra athugana, talið sig vera með. Með bréfi, dags. 27. júlí 2010, hafnaði Samkeppniseftirlitið að veita Vífilfelli aðgang að trúnaðargögnunum.

Þann 29. júlí 2010, barst tölvupóstur frá Vífilfelli þar sem óskað var eftir að frestur Vífilfells til að gera athugasemdir við andmælaskjalið yrði framlengdur til 6. september 2010. Vífilfell ítrekaði beiðni sína með tölvupósti, dags. 30. júlí 2010. Sama dag sendi Samkeppniseftirlitið Vífilfelli tölvupóst þar sem samþykkt var að framlengja frest Vífilfells til að gera athugasemdir við andmælaskjalið til 30. ágúst 2010.

Með bréfi, dags. 10. ágúst 2010, tilkynnti Samkeppniseftirlitið Vífilfelli að samkvæmt 26. gr. samkeppnislaga skyldi eftirlitið einnig beita 54. gr. EES samningsins ef það hygðist beita 11. gr. samkeppnislaga vegna misnotkunar á markaðsráðandi stöðu, þar sem slíkt væri einnig bannað samkvæmt þeirri grein EES samningsins. Þar sem það væri frummat eftirlitsins samkvæmt andmælaskjalinu að Vífilfelli hefði brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga þá væri það frummat eftirlitsins að Vífilfell hefði einnig brotið gegn 54. gr. EES samningsins.

Sama dag kærði Vífilfell til áfrýjunarnefndar samkeppnismála þá ákvörðun Samkeppniseftirlitsins að synja Vífilfelli um aðgang að umræddum trúnaðargögnum. Með úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 12/2010 *Vífilfell hf. gegn Samkeppniseftirlitinu* frá 1. nóvember 2010, var ákvörðun Samkeppniseftirlitsins að synja um Vífilfelli aðgang að umræddum trúnaðargögnum í aðalatriðum staðfest. Einungis skyldi afhenda Vífilfelli fjögur gögn sem að mati nefndarinnar innihéldu ekki trúnaðarupplýsingar. Í úrskurðinum kom m.a. fram að umrædd gögn sem töldust vera trúnaðargögn væru svör við



upplýsingabeiðni Samkeppniseftirlitsins. Um væri að ræða m.a. veltutölur birgja eða smásöluaðila í einstökum söluflokkum, skiptingu eftir smásöluaðilum og þróun milli ára, auk upplýsinga um sundurliðun tekna helsta keppinautar Vífilfells ásamt frekari upplýsingum. Að mati áfrýjunarnefndarinnar væri ljóst að í öllum þessum tilvikum væri um að ræða viðskiptaleyndarmál sem eðlilegt væri að færi leynt.

Á meðan áfrýjunarnefndin fjallaði um það hvort Samkeppniseftirlitið skyldi afhenda Vífilfelli trúnaðargögnin var hefðbundinni málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins frestað.

Með bréfi, dags. 3. nóvember 2010, afhenti Samkeppniseftirlitið Vífilfelli umrædd fjögur gögn í samræmi við úrskurð áfrýjunarnefndarinnar. Auk þess var frestur Vífilfells til að gera athugasemdir við andmælaskjalið framlengdur til 17. nóvember 2010.

Með tölvupósti, dags. 17. nóvember 2010 óskaði Vífilfell eftir að frestur fyrirtækisins til að gera athugasemdir við andmælaskjal eftirlitsins yrði framlengdur til 24. nóvember 2010. Með tölvupósti síðar sama dag veitti Samkeppniseftirlitið Vífilfelli viðbótarfrest til 19. nóvember 2010 til að koma athugasemdunum til skila.

Þann 19. nóvember 2010 bárust athugasemdir Vífilfells við andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins ásamt fylgigögnum.

Þann 8. desember 2010, sendi Samkeppniseftirlitið Vífilfelli tölvupóst og óskaði eftir skýringum á athugasemdum í ársreikningum Vífilfells fyrir árin 2006 og 2007 auk nákvæmra upplýsinga um eignatengsl, þ.m.t. krosseignatengsl Vífilfells, Stuðlaháls ehf. og Stuðlaháls fasteignafélags ehf. á árunum 2006-2008. Svör Vífilfells, ásamt fylgigögnum, bárust með bréfi, dags. 15. desember 2010.



II. Upplýsingar og sjónarmið Vífilfells hf.

Í bréfum frá ágúst 2007 setur Vífilfell fram ýmis sjónarmið sem tengjast m.a. skilgreiningu á markaði málsins og samkeppni og stöðu fyrirtækisins á markaðnum. Verður nú gerð grein fyrir helstu sjónarmiðum Vífilfells.

Starfsemi Vífilfells

Samkvæmt upplýsingum Vífilfells felst starfsemi fyrirtækisins í framleiðslu, pökkun, markaðssetningu og dreifingu og sölu á drykkjarvörum.

Í umsögn Vífilfells segir að fyrirtækið hafi verið stofnað árið 1942 til að sinna átöppun Coca-Cola drykkja hér á landi. Frá þeim tíma hafi Vífilfell smátt og smátt aukið vöruúrval sitt og bætt við það öðrum óáfengum drykkjum frá *The Coca-Cola Company* (hér eftir TCCC). Vífilfell beri nú ábyrgð á allri framleiðslu, pökkun, markaðssetningu, sölu og dreifingu óáfengra drykkja undir vörumerkjum TCCC hér á landi. Þá bruggi Vífilfell einnig bjór í bjórverksmiðju sinni á Akureyri auk þess sem fyrirtækið flytji inn vín og aðra áfenga drykki, sojamjólk, orkudrykki, og ípróttadrykki. Árið 2007 hafi Vífilfell hafið framleiðslu á kakómjólk, einkum í samkeppni við Mjólkursamsöluna. Þá segir að fyrirtækið hafi framleitt gosdrykki fyrir tiltekna aðila á matvælamarkaðnum á því tímabili sem fyrirspurn Samkeppniseftirlitsins náði til.

Heildarvelta Vífilfells hafi á árinu 2006 numið 6,8 mö.kr. en þar af hafi 2,3 ma.kr. verið greiddar íslenska ríkinu í áfengisskatt. Velta fyrirtækisins eftir þann skatt hafi því numið 4,5 mö.kr. á árinu 2006 samkvæmt upplýsingum Vífilfells.

Markaðurinn fyrir óáfenga drykki

Að mati Vífilfells er sá markaður sem málið varðar, markaður óáfengra drykkja, afar víðtækur. Til hans teljast m.a. gosdrykkir, átappað vatn, bragðbættir drykkir, mjólkurdrykkir, íste, safar, vatn, ípróttadrykkir og orkudrykkir. Greinileg samkeppni sé á milli allra óáfengra drykkja og telur Vífilfell að sú staðreynd marki grundvöll að skilgreiningu þess vörumarkaðar sem Vífilfell starfi á.

Að mati Vífilfells einkennist markaður óáfengra drykkja af miklu vöruúrvali og vörumerki á markaðnum séu að mörgu leyti ólík. Megi þar meðal annars nefna ólíkan fjölda hitaeyninga í drykkjum, mismunandi lit, bragð, kolsýru og vítamín svo fátt eitt sé nefnt. Tilvist þessara ólíku drykkja á markaðnum setji mikinn þrýsting á Vífilfell og samkeppnishegðun fyrirtækisins, einkum þegar komi að verðlagningu. Saman veiti þessir ólíku drykkir samkeppnislegt aðhald á markaðnum þrátt fyrir að hver einstakur drykkur hafi ef til vill ekki sömu áhrif og einhver tiltekinn annar drykkur.

Þá segir í umsögn Vífilfells að samkvæmt upplýsingum byggðum á AC Nielsen rannsóknnum hafi sala mismunandi gosdrykkja í matvöruverslunum jafngilt [40-45]%¹ af seldum óáfengum drykkjum á Íslandi árið 2006. Næststærsti geirinn,

¹ Upplýsingar innan hornklofa [...] eru trúnaðarupplýsingar og verða því ekki birtar í ákvörðun þessari. Tölulegar upplýsingar kunna þó að vera birtar á tilteknu bili. Upplýsingar um markaðshlutdeild eru



drykkjarvörur unnar úr mjólk, jafngildi [40-45]% af seldum óáfengum drykkjum. Safar jafngildi um [10-15]% og átappað vatn, íþróttadrykkir og orkudrykkir nemi um [5-10]%.

Reynsla Vífilfells sýni að neytendur hafi í huga marga og fjölbreytta drykki, allt eftir því hvað henti aðstæðum hverju sinni, þegar val standi á milli drykkja. Verð geti þar m.a. skipt máli. Auk þessa sé neysluhegðun og staðganga mismunandi frá einum einstaklingi til annars, þannig að ógerlegt sé að draga skýrar línur á milli ákveðinna drykkja. Sem dæmi megi nefna að á heitum sumardegum geti sá sem sé við vinnu í garðinum sínum ýmist valið t.d. vatn, sóðavatn með sítrónubragði, ávaxtasafa eða bjór.

Á undanförunum árum hafi markaður óáfengra drykkja, bæði á Íslandi og í Evrópu, tekið miklum breytingum þegar litið sé til samkeppni. Þessar breytingar styðji og styrki það mat Vífilfells að fyrirtækið keppi við framleiðendur fjölda ólíkra drykkjartegunda á markaði fyrir óáfenga drykki. Breytingar hafi átt sér stað bæði á framboði og eftirspurn. Breytingin sem hafi orðið á árunum 2003-2006 sé í megindráttum sú að markaðshlutdeild ávaxtasafa, sykurlausra gosdrykkja og ýmissa vatnsdrykkja hafi aukist til muna á kostnað sígildra gosdrykkja.

Að mati Vífilfells hefur eftirspurn neytenda tekið miklum breytingum á undangengnum árum. Meðal annars hafi lífsmynstur fólks breyst, meiri áhersla hafi verið lögð á heilsusamlega lífnaðarhætti og fólk sé viljugra en áður að prófa að drekka nýja drykki. Þá hafi einnig orðið miklar breytingar á stefnumörkun í markaðssetningu, kynningu og dreifingu vöru. Allt hafi þetta mikil áhrif á val neytenda á drykkjarvörum. Bæði hér á landi og í Evrópu hafi neytendur sífellt reynt viljugri til að prófa nýja drykki og nýtt bragð, auk þess sem þeir aðlagi val sitt í auknum mæli að ákveðnum tilefnum. Við ákveðin tilefni skarist síðan einstaklingsbundið val og eiginleikar drykksins, neytendur séu með öðrum orðum viljugri að nota hina ýmsu ólíku drykki við hin ýmsu ólíku tækifæri. Af þessu leiði að val neytenda sé nú fjölbreyttara en áður og leiði slíkt til þess að tryggð við ákveðna drykkjartegund eða vörumerki minnki. Neytendur vilji sífellt reyna nýja hluti. Þannig veiti einstakir söluaðilar óáfengra drykkja Vífilfelli mikið aðhald samhliða breyttu neyslumynstri almennings.

Vífilfell telur ennfremur að breytingar á eftirspurn neytenda og aukin samkeppni hafi hvatt framleiðendur til að bjóða upp á meira úrval drykkjartegunda sem henti við sífellt fjölbreyttari tilefni. Til að mæta aukinni eftirspurn eftir fjölbreytileika hafi fjöldi nýrra tegunda í drykkjarvörum komið á markað hér á landi á undangengnum árum. Þessar nýju vörur hafi oft og tíðum þá eiginleika að vera einhvers konar blanda úr tveimur eða fleiri drykkjarflokkum. Þessu til skýringar megi meðal annars nefna að ekki sé langt síðan að bragðbætt kolsýrt vatn hafi komið á markað hér á landi. Þessi vara sé í raun á milli þess sem skilgreina megi sem gosdrykk og vatn. Vörur í þessum flokki séu til dæmis Kristall og Toppur. Kristall Plús hafi í senn eiginleika bæði vatnsdrykks og gosdrykks. Um sé að ræða

jafnframt birtar á tilteknu bili í skjali þessu. Fjárhagsupplýsingar sem aðgengilegar eru hjá Lánstrausti (Creditinfo Ísland) eru ekki felldar út vegna trúnaðar.



drykk sem er mjög bragðmikill og ríkur af hitaeningum þó svo að hann sé markaðssettur sem vatnsdrykkur. Þessi vara hafi notið mikilla vinsælda og hafi máð út skýrar línur milli gosdrykkja og vatns. Toppur T2 sé kolsýrður vatnsdrykkur sem blandaður sé saman við hreinan ávaxtasafa. Þrátt fyrir að drykkurinn sé bragðmikill eins og gosdrykkur sé hann skilgreindur sem vatnsdrykkur. Kristall Sport sé á mörkum íþróttadrykks og vatns. Hann sé bragðbættur með sætuefnum og innihaldi lítið af kolsýru. Síðan megi einnig benda á venjulega gosdrykki með ávaxtabragði sem séu að má út skýrar línur á milli venjulegra gosdrykkja og safa. Besta dæmið sé Egils Cider, sem innihaldi 20% ávaxtasafa og engan viðbættan sykur. Til samanburðar megi benda á að Hi-Ci sem innihaldi aðeins 16% ávaxtasafa en sé þrátt fyrir það talinn vera ávaxtasafi. Að lokum megi nefna fjölda drykkja sem hafa komið á mjólkur- og safamarkaði, líkt og Smoothie, sem séu gjarnan blanda af mjólk og safa. Þessi þróun sé svar framleiðenda við sífellt meiri kröfum neytenda um fjölbreytileika sem aftur sé afleiðing af breytingum í eftirspurn og vali neytenda á drykkjum.

Vífilfell álitur það vera ljóst, með hliðsjón af því sem hér hefur verið endursagt úr bréfum Vífilfells, að sá vörumarkaður sem um sé að ræða í þessu máli sé markaður fyrir óáfenga drykki, þ. á m. kolsýrða drykki, átöppað vatni, bragðbætta drykki, t.d. hina ýmsu mjólkurdrykki, íste, safa, vatn, íþróttadrykki og orkudrykki.

Vífilfell tekur það hins vegar fram að hvernig sem markaðurinn kunnir að vera skilgreindur í málinu þá gefi hegðun fyrirtækisins ekki tilefni til afskipta samkeppnisyrvalda.

Frekari uppskipting markaðar málsins eftir smásöludreifingarleiðum

Vífilfell staðfestir að átöppunaraðilar á borð við Vífilfell selji ekki óáfenga gosdrykki beint til neytenda heldur fari varan til neytenda fyrir tilstuðlan endursöluaðila. Til hægðarauka sé greint á milli annars vegar dreifingar til aðila sem selji neytendum vörur sem þeir neyti síðar (*e. future consumption channel*) og hins vegar dreifingar til aðila sem selja neytendum vörur sem þeir neyti á staðnum (*e. immediate consumption channel*).² Í fyrra tilvikinu sé um að ræða matvöruheðjur, sjálfstæða kaupmenn, bensínstöðvar og sólarhringsverslanir. Í seinna tilvikinu sé um að ræða söluturna, bari, veitingastaði, hótél, skemmtistaði og aðra afþreyingarstaði.

Vífilfell tekur fram að samningarnir sem Samkeppniseftirlitið hafi undir höndum eigi við um báðar þessar dreifingarleiðir, og líkt og Samkeppniseftirlitið hafi vafalaust tekið eftir, séu samningarnir eftir þessum ólíku dreifingarleiðum ólíkir.

Landfræðilegur markaður

Vífilfell telur að í sumum tilvikum sé unnt að líta svo á að samkeppni fari fram á milli drykkjarvörutegunda á heimsvísu, þ.e.a.s. samkeppni á markaði af hálfu eigenda alþjóðlegra vörumerkja. Vífilfell geri hins vegar ráð fyrir að

² Til einföldunar nefnir Samkeppniseftirlitið markaðinn fyrir vörur sem seldar eru til neyslu síðar „dagvörumarkað“ og markaðinn fyrir vörur sem seldar eru til neyslu á staðnum nefnir Samkeppniseftirlitið „veitingamarkað“.



Samkeppniseftirlitið muni greina markaðinn fyrir framboð drykkja á þann hátt að Ísland sé afmarkað svæði í rannsókn sinni. Jafnframt kemur fram hjá Vífilfelli að þar sem tekjur félagsins falli nær allar til innanlands megi telja landfræðilega markaðinn vera Ísland.

Samkeppnin á drykkjarvörumarkaði

Að mati Vífilfells er samkeppnin á hinum skilgreinda markaði hörð. Það megi m.a. ráða af því að verð á vörum Vífilfells hafi hækkað minna en verð á matvörum hér á landi almennt. Jafnframt hafi hin blómlega samkeppni leitt til þess að framlegð Vífilfells hafi minnkað. Í þessu sambandi vísar Vífilfell til mikils kaupendastyrks á markaðnum, einkum á matvörumarkaði, og þess að smærri endursöluaðilar geti hæglega att keppinautum hverjum gegn öðrum. Þessu til stuðnings bendir Vífilfell á að viðskiptavinir færi sig í miklum mæli á milli átöppunaraðila/birgja. Stóru aðilarnir tveir á markaðnum, Vífilfell og Ölgerð Egils Skallagrímssonar (ÖES), taki þátt í útboðsferlum sem hvetji til afsláttar og aukinnar þjónustu sem á endanum skili sér bæði til viðskiptavina og neytenda og í aukinni hagkvæmni. Ennfremur kemur fram í máli Vífilfells að einkakaupasamningar geti falið í sér aukin og jákvæð samkeppnisleg áhrif á verð og hag viðskiptavina.

Ölgerð Egils Skallagrímssonar

Vífilfell telur að ÖES sé gífurlega öflugur keppinautur. ÖES sé gamalgróinn framleiðandi drykkjarvöru og keppi við Vífilfell í allri dreifingu til neytenda. ÖES hafi ekki einungis yfir að ráða mörgum af vinsælustu vörumerkjunum hér á landi heldur einnig ýmsum af best þekktu vörumerkjum heims í þessum geira.

Þá kemur fram í máli Vífilfells að ÖES sé með meiri veltu en Vífilfell og hagnaður þess sé meiri. Heildarvelta ÖES á árinu 2005 hafi verið 6,6 ma.kr. en heildarvelta Vífilfells hafi verið 6,2 ma.kr. á sama tíma. Ennfremur, að grunnkostnaður ÖES í óáfengum drykkjum sé umtalsvert lægri en sambærilegur kostnaður Vífilfells. Þannig sé ÖES ekki einungis harður keppinautur vegna breiðara vöruúrvals á öllum sviðum, heldur hafi fyrirtækið, í krafti sterkrar stöðu eigin vörumerkja sem leitt hafa til lægri grunnkostnaðar, einnig getu til að ástunda mjög harða verðsamkeppni í þeim tegundum drykkjarvöru sem háðar séu leyfissamningum og séu í beinni samkeppni við drykkjarvörur Vífilfells.

Vífilfell bendir jafnframt á að frá árinu 2002 hafi ÖES verið hluti af samstæðu Danól Group sem sé leiðandi hér á landi í innflutningi, markaðssetningu og dreifingu á almennri matvöru sem og sérvöru fyrir bakarí, veitingastaði og sælkeraverslanir. Vegna breiðara vöruúrvals geti ÖES einnig boðið ólíkum viðskiptavinum mikilvægar vörur með afsláttarkjörum, t.a.m. kaffi og hveiti, og náð þannig viðskiptum vegna gosdrykkja.

Þá segir Vífilfell að ÖES hafi verið sameinað Lind, dótturfélagi Danól, sem hafi verið stærsti innflytjandi landsins á bjór, víni og sterku áfengi, í þeim tilgangi að skapa fyrirtæki með heildstæða starfsemi á drykkjavörumarkaði. Samanlögð velta ÖES og Danól nemi um 9,0 mö.kr. og sameiginlegur hagnaður fyrirtækjanna fyrir skatt nemi um 730 m.kr.



Aðrir keppinautar

Þá nefnir Vífilfell matvörukeðjurnar til sögunnar. Þær flytji sjálfar inn safe og láti framleiða fyrir sig safe undir merkjum verslana sinna. Þá flytji Europris bæði inn Coca-Cola og Coca-Cola light í dósum til sölu í verslunum sínum og Hagkaup hafi flutt inn ýmsa TCCC gosdrykki, svo sem Coke Zero, til sölu í verslunum sínum. Þá nefnir Vífilfell að sá hluti markaðarins er taki til mjólkurdrykkja hafi vaxið ört og að Mjólkursamsalan bjóði ekki aðeins upp á mjólkurdrykki heldur einnig ýmsa aðra drykki, s.s. Floridana.

Þá bendir Vífilfell á að þrátt fyrir að sérmerktir ávaxtasafar og innflutt búðarmerki matvörukeðja hafi um 60% hlutdeild af safasölu hér á landi, þá hafi matvörukeðjur hér á landi ekki lagt eins mikla áherslu á sérmerktar vörur og aðrar keðjur í Evrópu. Þær séu hins vegar vel í stakk búnar til að grípa þau tækifæri sem gefist að þessu leyti og möguleikar þeirra á frekari innreið á markaðinn veiti Vífilfelli og öðrum aðilum á markaðnum verulegt aðhald.

Aðgengi nýrra aðila

Vífilfell álitur að margar leiðir séu færar fyrir þau fyrirtæki sem hafi áhuga á inngöngu á umræddan markað. Í þessu sambandi nefnir Vífilfell að átöppunaraðilar geti hafið framleiðslu á erlendum drykkjum skv. samningi, að matvörukeðjurnar geti fært út kvíarnar á sviði eigin drykkjarvöruframboðs, að innflutningur erlendra drykkjarvöru geti aukist og að markaðssetning á grundvelli sameiginlegra innkaupa auðveldi nýjum aðilum á markaði og þeim sem þar starfi nú að bjóða nýja vöru. Þá nefnir Vífilfell einnig þann möguleika að fyrirtæki sem eru starfandi á markaðnum víkka út eða endurhanni þær vörutegundir sem þegar séu á markaðnum og er vörutegundin Pepsi Max sem ÖES framleiðir nefnd sem dæmi.

Samkvæmt framangreindu megi ráða að aðgangshindranir inn á markaðinn séu óverulegar. Þá beri að hafa í huga að eigandi vörutegundar sem hafi hug á markaðssetningu hennar hér á landi þurfi ekki nauðsynlega að koma sér upp tækjabúnaði til framleiðslu, þökkunar eða dreifingar. Slíkur aðili geti auðveldlega komið inn á markaðinn með því að gera leyfis- eða þjónustusamning við einhvern af þeim átöppunaraðilum sem þegar hafi yfir nauðsynlegri aðstöðu að ráða og það ætti ekki að reynast þeim örðugt að víkka út starfsemi sína sem því næmi. Sem dæmi um þetta megi nefna að Mjólkursamsalan framleiði Frissa Fríska fyrir ÖES samkvæmt þjónustusamningi og þannig hafi fyrirtækið náð að hasla sér völl á safamarkaði án þess að koma sér upp viðeigandi búnaði.

Markaðshlutdeild

Fram kemur í máli Vífilfells að fyrirtækið hafi um [30-35]% hlutdeild (byggt á magni) í sölu óáfengra drykkja á dagvörumarkaði og [35-40]% hlutdeild (byggt á magni) í sölu óáfengra drykkja á veitingamarkaði. Hlutdeild ÖES sé hins vegar um [15-20]% og [15-20]% á þessum sömu mörkuðum. Mjólkursamsalan og matvörukeðjurnar (einkum Aðföng, Kaupás og Samkaup) hafi um [50-55]% og [40-45]% hlutdeild á þessum sömu mörkuðum. Sé einvörðungu litið til gosdrykkja, vatns og orku-/íþróttadrykkja, gerir Vífilfell ráð fyrir að fyrirtækið hafi [55-60]% og [65-70]% markaðshlutdeild samanlagt á þessum tveimur



mörkuðum (matvöru- og veitingamarkaði). Til samanburðar sé áætluð markaðshlutdeild ÖES á þessum mörkuðum um það bil [40-45]% og [30-35]%.

Þá kemur jafnframt fram í máli Vífilfells að á árinu 2006 hafi hlutdeild Vífilfells á markaði fyrir óáfenga gosdrykki verið um það bil [35-40]%. Þegar þessi markaður sé sundurgreindur nánar komi í ljós að hlutdeildin sé mjög misjöfn frá einum drykkjarvöruflokki til annars. Þannig sé Vífilfell með um [60-65]% hlutdeild í gosdrykkjasölu og um [30-35]% hlutdeild í vatnsdrykkjasölu. Í ávaxtasöfum hafi Vífilfell verið með um [45-50]% markaðshlutdeild árið 2006 og um [55-60]% hlutdeild í íþróttá- og orkudrykkjum.

Vífilfell telur að fyrirtækið sé ekki í markaðsráðandi stöðu á hinum skilgreinda markaði þar sem það hafi ekki þann efnahagslega styrkleika sem til þurfi til að geta hindrað virka samkeppni á viðkomandi markaði, að það geti ekki á nokkurn hátt starfað án þess að taka tillit til keppinauta, viðskiptavina og neytenda.

Staðan á dagvörumarkaði

Tekjur Vífilfells koma í miklum mæli frá viðskiptavinum á matvörumarkaði. Vífilfell telur að á árinu 2006 hafi heildartekjur félagsins af sölu óáfengra drykkja numið [...] mö.kr. og þar af hafi sala til viðskiptavina sem selja drykki til neyslu síðar (þ.e. á dagvörumarkaði) numið a.m.k. [...] mö.kr. eða um [...] af heildarsölu óáfengra drykkja.

Samkeppnisaðhald á dagvörumarkaði

Vífilfell segir stóra smásala gjarnan nýta mikinn kaupendastyrk sinn í viðskiptum við Vífilfell. Einnig bendir Vífilfell á að vörur fyrirtækisins séu einungis lítið hlutfall af þeim vörum sem matvörukeðjur kaupi inn í verslanir sínar. Smásalar séu því mikilvægari fyrir framleiðendur/innflytjendur drykkja, líkt og Vífilfell, heldur en öfugt. Þá hafi aukin samþjöppun verið á eignarhaldi í smásölu undangengin ár. Hér á landi séu nú þrjár stórir aðilar á matvörumarkaði sem hafi samanlagt allt að 95% markaðshlutdeild. Aðföng muni vera stærst þessara fyrirtækja og hafi fyrirtækið um 55-60% markaðshlutdeild. Þar á eftir fylgi Kaupás sem hafi um 15-20% markaðshlutdeild. Þriðji stærsti aðilinn á markaðnum sé Samkaup, sem hafi um 10-15% markaðshlutdeild. Vífilfell segir stærstu matvörukeðjurnar hafa meira en 98% hlutdeild í sölu óáfengra drykkja á matvörumarkaði hér á landi.

Í þessu sambandi bendir Vífilfell einnig á að smærri smásalar, sem ekki eru hluti af þremur stóru matvörukeðjunum, geti notast við innkaupafyrirtæki líkt og Aðföng. Hvort sem þeir nýta sér þjónustu Aðfanga eða ekki, sé ljóst að Vífilfell verði að bjóða þeim samkeppnishæft verð til þess að koma í veg fyrir að kaupendastyrkur stærri keðjanna verði enn meiri.

Vífilfell metur stöðu matvörukeðjanna svo að allar þær aðferðir sem þær geti beitt til að sporna gegn hugsanlegum tilraunum birgja til að stjórna viðskiptaskilmálum séu sönnun þess að smásalar hafi mikinn styrk. Jafnvel í tilfelli öflugra vörumerkja líkt og Coca-Cola og Coke Light geti smásalar meðal annars minnkað magn vörunnar á lager, minnkað eða takmarkað innkeypt magn af öðrum vörum frá Vífilfelli, minnkað stuðning við kynningar á Vífilfelli eða vörum þess, neitað að



styðja kynningar á nýjum vörum, neitað Vífilfelli um aðgang að sölustað eða neitað um aðgang að kælum eða hillum.

Þá nefnir Vífilfell að smásalar etji birgjum gjarnan hverjum gegn öðrum. Vegna þessa bjóði birgjar gjarnan lægra verð, taki þátt í sameiginlegri markaðssetningu og borgi aukalega fyrir aðgang að hillum. Sterkir smásalar, líkt og til dæmis Bónus, noti samningatækni óhikað í þessum tilgangi.

Þá telur Vífilfell að miklar sveiflur á hlutdeild fyrirtækisins og ÖES hjá stóru matvörukeðjunum þemur, sýni að þær geti haft veruleg áhrif á stöðu Vífilfells og ÖES og sé samkeppni þeirra á milli þar með tryggð enn frekar. Þá séu þessar matvörukeðjur keppinautar Vífilfells að mörgu leyti, einkum og sér í lagi í sölu á ávaxtasöfum.

Í þessu sambandi bendir Vífilfell á að félagið hafi lotið í lægra haldi fyrir ÖES innan Hagasamstæðunnar í júní 2008. Staða ÖES hafi styrkst enn frekar á kostnað Vífilfells frá þeim tíma og náði hlutdeild ÖES um [60-65]% í júní 2009. Innan Kaupássamstæðunnar hafi staða ÖES einnig styrkst stöðugt með tímanum, og hefur hlutdeild ÖES aukist frá [30-35]% árið 2001 í rúm [40-45]% árið 2009. Vífilfell hafi hins vegar aukið hlutdeild sína að einhverju leyti innan Samkaupa á undangengnum árum en ÖES hafi eftir sem áður um [40-45]% hlutdeild hjá Samkaupum.

Samningar Vífilfells á dagvörumarkaði

Vífilfell segir þá viðskiptasamninga sem félagið hefur gert við smásala almennt fela í sér ákvæði sem varða afslætti, markaðssetningu, uppstillingu í verslunum og í sumum tilvikum ákvæði um hillupláss. Afslættir sem Vífilfell bjóði viðskiptavinum sínum byggist alfarið á keyptu magni. Þessir samningar gildi að jafnaði í 1-3 ár, en þeim megi þó segja upp með skömmum fyrirvara.

Fram kemur í máli Vífilfells að samningsákvæði um markaðssetningu feli gjarnan í sér að ákveðinni fjárhæð skuli varið til markaðssetningar á þeirri eða þeim vörutegundum sem viðskiptavinir kaupa af Vífilfelli. Fjárhæðin nemi jafnan lágri prósentu af því heildarmagn sem viðkomandi viðskiptavinir kaupir, t.d. [...]%. Á móti fái viðskiptavinurinn kynningu og auglýsingu, líkt og Vífilfell.

Hvað varðar ákvæði um uppstillingu og hillurými í verslunum, þá séu þau almenn og það rýmishlutfall sem Vífilfell fær fyrir vörur sínar í hillum og almennt í verslun viðskiptavinarins miðist við selt magn samkvæmt AC Nielsen upplýsingum. Hlutfallið sé því byggt á hlutlægum forsendum og því ekki ætlað að hindra eða takmarka sölu á vöru keppinautarins.

Að mati Vífilfells fær það ekki staðist að samningar Vífilfells við viðskiptavini sem selji drykki til neyslu síðar verði metnir sem einkakaupasamningar eða þeir taldir hafa hamlandi áhrif á samkeppni. ÖES sé öflugur keppinautur sem sé kleift að bjóða viðskiptavinum sínum upp á það sama og Vífilfell bjóði sínum viðskiptavinum, hvort heldur sem er varðandi verð, vöruúrval eða þjónustu. Þá telur Vífilfell að vaxandi markaðshlutdeild ÖES á kostnað Vífilfells hjá



matvörumörkuðum styðji það mat Vífilfells að samningar fyrirtækisins útiloki ekki aðra keppinauta á markaðnum. Tölurnar sem vitnað sé í komi frá AC Nielsen.

Loks bendir Vífilfell á í þessu sambandi að söluaðilar á matvörumarkaði séu afar stórir og geti því gætt stöðu sinnar vel og komið í veg fyrir hugsanlega misnotkun af hálfu Vífilfells. Þessir viðskiptavinir myndu aldrei líða ofríki af hendi Vífilfells.

Staðan á veitingamarkaði

Samkvæmt upplýsingum Vífilfells um sölu á drykkjum til neyslu á staðnum er samkeppni birgja mikil og hörð og það eigi við um alla óáfenga drykki. Oft og tíðum sé þessi samkeppni einnig tengd áfengissölu. Sala á þessum markaði sé um [...] % af starfsemi Vífilfells. Árið 2006 hafi sala Vífilfells á óáfengum drykkjum numið um [...] mö.kr. og þar af hafi sala til neyslu á staðnum numið [...] mö.kr.

Samkeppnisaðhald á veitingamarkaði

Að mati Vífilfells færir breitt vöruúrval ÖES af drykkjarvöru, ásamt úrvali fyrirtækisins af snakki, ÖES umtalsverða yfirburði á þeim hluta markaðarins er taki til sölu drykkjarvöru til neyslu á staðnum. Vífilfell bendir einnig á að mörg veitingahús, kaffihús og hótél kjósi ekki einungis að eiga öll sín drykkjarvöruviðskipti við sama aðila heldur vilji þau fækka birgjum almennt og breitt vöruúrval veiti því umtalsvert forskot að þessu leyti.

Vífilfell nefnir að viðskiptavinir á veitingamarkaði leitist við takmarka fjölda birgja og beina innkaupum eingöngu til þeirra sem selja vinsælar vörur, m.a. vegna takmarkaðs hillurýmis. Þetta eigi t.d. við um bari, kaffihús, skyndibitastaði, kvikmyndahús og veitingastaði. Aðilar í þessum geira semji einnig oft um kaup á bjór og öðrum áfengum drykkjum við sama birgja. Þessir viðskiptavinir velji á milli birgja sem geti boðið þeim upp á alla þá drykki sem þeir þarfnast. Það sé því auðsýnt að þessir aðilar líti gjarnan til Vífilfells og ÖES. Samkeppni milli þessara tveggja aðila sé því mikil í þessum geira.

Þá kemur fram í máli Vífilfells að lykilviðskiptavinir hafi tilhneigingu til að viðhafa formlegt eða óformlegt útboð um viðskipti sín. Algengt sé að samningar séu afrakstur einhvers konar útboðsferlis, sem stærri viðskiptavinir, þar á meðal flugfélög og kvikmyndahús, efni til. Samningar í þessa veru eigi sér gjarnan stað á 3-5 ára fresti og það sé reynsla Vífilfells að kaupendur á þessum markaði hafi tilhneigingu til að skipta um birgja ef betra tilboð komi frá öðrum en þeim sem þeir séu í viðskiptum við. Þessir viðskiptavinir séu öflugir viðskiptavinir í sölu óáfengra drykkja en þeir hafi ekki ríka tilhneigingu til að vera tryggir einum birgja í lengri tíma, nema þjónustan sem veitt sé af birgja sé þeim mun betri.

Nýlegar upplýsingar sýni að mikill fjöldi viðskiptavina sem selji vörur til neyslu á staðnum séu enn gjarnir á að færa viðskipti sín á milli birgja. Veki það sérstaka athygli, og telur Vífilfell afar mikilvægt að það sé haft í huga, að á hverju ári færi um 25% af viðskiptavinum Vífilfells öll viðskipti sín yfir til ÖES og öfugt.

Framangreint feli í sér afdráttarlausu staðfestingu þess að um sé að ræða markað þar sem hörð samkeppni ríki á milli tveggja sterkra aðila. Samningar sem hafi að



geyma ákvæði um einkakaup leiði augljóslega ekki til þess að samkeppni frá ÖES sé á einhvern hátt hamlað. Þegar svo beri við, væri rangt að telja slíka samninga jafngilda misnotkun, jafnvel þótt svo ólíklega færi að talið yrði að um markaðsráðandi stöðu Vífilfells væri að ræða á markaðnum.

Samningar Vífilfells á veitingamarkaði

Vífilfell segir alla samninga fyrirtækisins við söluaðila á veitingamarkaði hafa að geyma fasta afslætti sem tengist magni viðskipta og að einhver hluti afsláttanna séu í skiptum fyrir einkakaup, að öllu leyti eða einhverju leyti. Sumir samninganna hafa að geyma ákvæði er lúta að markaðssetningu og tengdum málefnum, auk þjónustuákvæða sem kveða á um að Vífilfell útvegi viðskiptavinum gosvélar, kælliskápa og/eða klakavélar.

Þá segir Vífilfell að þótt samningar við aðila sem selji drykki til neyslu á staðnum hafi að geyma ákvæði sem stuðli að því að því að um einkakaup verði að ræða eða verði jafnvel jafnvel til þess að um einkakaup á vörum verði að ræða, þá verði þessir samningar ekki sjálfkrafa til þess að hamla áhrif á samkeppni. Samkeppnisyfirvöld verði að meta aðstæður hverju sinni í lagalegu og hagfræðilegu samhengi. Í athugun þeirri sem hér sé til umfjöllunar megi skýrlega sjá að ákveðin ákvæði í samningum Vífilfells um einkakaup hafi ekki, og geti ekki haft hamlandi áhrif á samkeppni. Vífilfell eigi í harðri samkeppni við öflugan keppinaut, þ.e. ÖES, og nái samkeppni þessara aðila til allra drykkjarvöruflokka. ÖES njóti kostnaðar- og vöruúrvalshagræðis sem Vífilfelli sé ekki kleift að mæta. Einnig megi nefna að velta ÖES sé meiri en Vífilfells, auk þess sem ÖES skili meiri hagnaði. Ennfremur að viðskiptavinir færast ört á milli Vífilfells og ÖES.

Vífilfell telur einnig mikilvægt að leggja áherslu á að það séu viðskiptavinir þeirra sem óski sérstaklega eftir samningnum í þessa veru. Viðskiptavinir Vífilfells efni gjarnan til keppni á milli Vífilfells og annara birgja um rétt til einkasölu á sölustöðum sínum. Með þessum hætti nái þeir fram eins öflugri samkeppni á milli einstakra birgja og mögulegt er. Með öðrum orðum, einkasölusamningar á þessum markaði efli samkeppni bæði hvað varði verð og þjónustu og stuðli þannig að bættum hag neytenda.

Þá heldur Vífilfell því fram að margir samninganna veiti svigrúm til að skipta um birgja, enda séu gjarnan ákvæði þess efnis að uppsögn sé heimil án þess að til þurfi að koma vanefndir eða annað þess háttar. Viðskiptavinur geti því ávallt sagt upp samningi við Vífilfell bjóðist honum betri kjör hjá ÖES.

Ef Vífilfelli yrði bannað að keppa um viðskipti þessara aðila með samningum af því tagi sem hér um ræðir, myndi kostnaður viðskiptavinanna óhjákvæmilega hækka þar sem ÖES, sem ekki þyrfti að hlíta sömu takmörkunum og Vífilfell, myndi þá hækka verð til þessara viðskiptavina. Afleiðingin yrði m.ö.o. minnkuð samkeppni.

Aukinheldur telur Vífilfell rétt að ítreka að margir viðskiptasamninganna séu þannig að auðvelt sé að segja þeim upp. Þetta hvetji birgja jafnframt til að bjóða viðskiptavinum sínum ávallt bestu þjónustu sem völ sé á og besta verðið.



Efnahagsleg áhrif og nálgun í málinu

Vífilfell segir að lýsa megi þeim markaði sem Vífilfell starfi á sem fákeppnismarkaði, sem þó lúti lögmálum samkeppinnar (e. *competitive oligopoly*).

Vífilfell leggur áherslu á að nauðsynlegt sé að greina hvernig samkeppni á hinum skilgreinda markaði gangi fyrir sig áður en lagt sé mat á einstakar athafnir fyrirtækisins. Efnahagsleg greining á markaðnum sé grundvöllur þess að unnt sé að meta þau áhrif sem athafnir Vífilfells hafi í raun og veru í stað þess að taka einungis mið af formi þeirra. Efnahagsleg greining sé einnig til þess fallin að skapa samræmi þar sem einstakar athafnir séu þá metnar með tilliti til þeirra áhrifa sem þær hafa á samkeppni á viðkomandi markaði; að athafnir sem hafi sambærileg áhrif séu þá meðhöndlaðar á sama hátt.

Þegar greina á þá samninga sem séu til skoðunar hjá Samkeppniseftirlitinu, sé mikilvægt að hafa í huga að hegðun sem ekki hafi neikvæð efnahagsleg áhrif í för með sér, og þar með markaðshindranir og/eða skaða fyrir neytendur, feli ekki í sér misnotkun á meintri markaðsráðandi stöðu. Sú staðreynd að athafnir viðskiptalegs eðlis kunni að fela í sér einkarétt, verðmismun/mismunun eða lágt verð, breyti ekki þessari niðurstöðu, allir þessir þættir kunni undir vissum kringumstæðum að hafa skaðleg áhrif á samkeppni en í máli þessu sé ekki um það að ræða. Samningar í þessa veru geti í framkvæmd haft mikilvægan viðskiptalegan tilgang og eftt samkeppni. Ónákvæm greining á þessum þætti og röng niðurstaða um misnotkun geti sökum þessa leitt til annarra og verri áhrifa en samkeppnisreglur miði að og þar með hamlað frekari þróun þess markaðar sem um ræði.

Þá segir Vífilfell að það sé almennt viðurkennt að viðskiptahættir sem kunni að hafa einhvers konar útilokunaráhrif séu einnig líklegir til að hafa í för með sér aukna hagkvæmni, jafnvel þótt þeim sé beitt af markaðsráðandi fyrirtæki. Í leiðbeinandi reglum ESB um beitingu 82. gr. Rómarsáttmálans sé viðurkennt mikilvægi þess að hagkvæmnisávinningur af þessu tagi náist án þess þó að lögmætum hagsmunum viðskiptavina viðkomandi fyrirtækis sé raskað.

Leiðbeinandi reglur ESB og þýðing þeirra í málinu

Vífilfell bendir á að í desember 2008 hafi framkvæmdastjórn Evrópusambandsins birt leiðbeiningar um beitingu 82. gr. Rómarsáttmálans. Í þeim leiðbeiningum sé þeim aðstæðum lýst sem mögulega geti falið í sér skaðleg áhrif á samkeppni vegna einkakaupaákvæða eða skilorðsbundinna afsláttar. Að mati Vífilfells eigi að hafa þessar leiðbeiningar til hliðsjónar við athugun á starfsemi fyrirtækisins. Í 10. mgr. leiðbeininganna komi fram að markaðsráðandi staða sé einvörðungu fyrir hendi þegar fyrirtæki sé að verulegu leyti laust við virkt samkeppnislegt aðhald. Hörð samkeppnin við ÖES bendi alls ekki til þess að svo sé. Markaðshlutdeild Vífilfells hafi minnkað og framlegð einnig undanfarin ár vegna þessarar samkeppni og kaupendamáttar söluaðila. Tilflutningar viðskipta milli Vífilfells og ÖES, fram og til baka, séu til vitnis um hve virk samkeppnin sé. Sérstaklega þurfi að hafa í huga í þessu sambandi að viðskiptahættir sem leiði ekki til óæskilegra efnahagslegra áhrifa á borð við útilokun og skaða fyrir



neytendur, séu ekki misnotkun. Það sé augljóst að háttsemi Vífilfells feli ekki í sér samkeppnishindrun í skilningi leiðbeinandi reglna ESB. Þessi niðurstaða styrkist enn frekar þegar horft sé til 20. mgr. í leiðbeiningunum þar sem vikið sé að vísbendingum um raunverulegar samkeppnishindranir.

Þá ályktun megi jafnframt draga af leiðbeinandi reglum ESB að markaðsfærsla fyrirtækis sem falist geti í einkakaupaákvæðum, verðmismunun (e. *price differentiation*) eða lágu verði leiði ekki ein og sér til þeirrar niðurstöðu að um misnotkun á stöðu sé að ræða. Allir þessir þættir geti út af fyrir sig haft í för með sér skaðleg áhrif á samkeppni, en alls ekki undantekningarlaust, og þá sérstaklega þegar hafður sé til hliðsjónar sá markaður þar sem markaðsfærslan eigi sér stað. Ónákvæmt mat samkeppnisyfirvalda á þessum atriðum, og röng niðurstaða um misnotkun, geti þar af leiðandi haft þau öfugu áhrif að takmarka samkeppni á þeim markaði sem til skoðunar sé.

Vífilfell bendir á að í leiðbeinandi reglum framkvæmdastjórnar ESB sé fjallað um skilyrta afslætti (e. *conditional rebates*), þ.e. afslætti sem greiddir séu viðskiptavinum og taka mið af sölumarkmiðum eða öðrum skilyrðum sem birgjar setji.³ Að mati Vífilfells sé augljóst að fyrirtækið sé ekki í aðstöðu til að bjóða stærstu matvörukeðjunum þremur neina þá hvata til að auka sölu á vörum Vífilfells sem útilokað gæti aðgang ÖES að markaðnum.

Samandregin niðurstaða

Mat Vífilfells er að félagið sé ekki í markaðsráðandi stöðu á hinum skilgreinda markaði þar sem félagið hafi ekki efnahagslegan styrk til að koma í veg fyrir eða raska virkri samkeppni á markaðnum. Vífilfell bendir á að margir þættir bendi til að Vífilfell geti ekki talist í markaðsráðandi stöðu:

- Helsti keppinautur Vífilfells á markaðnum, ÖES, sé gífurlega öflugur
- Verð vörum fyrirtækisins hafi hækkað minna en almennt verðlag á matvöru og drykkjum
- Álagning hafi dregist saman frá árinu 2002
- Markaðshlutdeild fyrirtækisins hafi dalað
- Kaupendastyrkur sé verulegur hjá matvörukeðjunum
- Endursöluaðilar etji birgjum saman. Vífilfell og ÖES verði að bjóða afslætti og þjónustu til að halda viðskiptum

Vífilfell segir að niðurstaðan af þessu sé sú að í ljósi þess að Vífilfell uppfylli ekki skilyrði 4. mgr. 4. gr. samkeppnislaga þá teljist Vífilfell ekki vera í markaðsráðandi stöðu á hinum skilgreinda markaði. Þar fyrir utan, jafnvel þótt því væri fræðilega slegið upp að Vífilfell væri í slíkri stöðu, sé ekkert sem bendi til þess að Vífilfell hafi misnotað þá stöðu á nokkurn hátt. Vífilfell sé ekki í neinni aðstöðu til að útiloka keppnauta sína frá starfsemi á hinum skilgreinda markaði og ná þar með eða viðhalda einhvers konar yfirburðastöðu.

³ Þau ákvæði sem Vífilfell vísar hér til sem „skilyrtra afslátta“ eru gjarnan nefnd tryggðarákvæði af Samkeppniseftirlitinu sökum þess hvernig áhrif þau hneigjast til að hafa á hegðun kaupandans.



Vífilfell áréttar með vísan til rökstuðnings síns að þar sem Vífilfell sé ekki í markaðsráðandi stöðu geti samningar fyrirtækisins við viðskiptavinina sína ekki talist andstæðir 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005.

Vífilfell áréttar einnig að hvernig sem staða fyrirtækisins á markaðnum verði metin, þá feli viðskiptasamningar þess ekki í sér ákvæði sem séu skaðleg samkeppni, viðskiptavinum eða neytendum.

Að lokum sé mikilvægt að því sé til haga haldið að ef gripið verði til íhlutunar vegna samninga Vífilfells eingöngu, myndi það raska samkeppni verulega og alvarlega. Aðhaldið sem Vífilfell veiti ÖES yrði þannig veikara og afleiðingin yrði sú að viðskiptavinir og neytendur yrðu sviptir þeim jákvæðu kostum sem hörð samkeppni á milli Vífilfells og ÖES hafi leitt af sér.

Að teknu tilliti til alls framangreinds sé að mati Vífilfells auðsýnt að samkeppnin á markaðinum sé sannanlega til staðar og hún sé hörð. Af þeim sökum telji Vífilfell ekki tilefni til íhlutunar af hálfu Samkeppniseftirlitsins.

Hér hafa verið rakin sjónarmið Vífilfells sem sett voru fram í bréfi þess, dags. 9. ágúst 2007. Í athugasemdum Vífilfells við andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins eru einnig sett fram margvísleg sjónarmið. Verður fjallað um þau í tengslum við umfjöllun um einstaka efnispætti málsins.



III. Ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB í máli TCCC o.fl.

Þann 22. júní 2005 tók framkvæmdastjórn ESB ákvörðun í máli sem beindist að TCCC (The Coca Cola Company) og þriggja átöppunaraðila (e. bottlers) í Grikklandi, Lúxemborg og Þýskalandi, ákvörðun í máli nr. COMP/A. 39.116/B2 – *Coca Cola*. Að mati Vífilfells hefur umrædd ákvörðun mikla þýðingu fyrir niðurstöðu í máli þessu og er því rétt að gera nánari grein fyrir henni og sjónarmiðum Vífilfells.

1. Ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB

Framkvæmdastjórn ESB hóf rannsókn á því hvort fyrirtækið TCCC og þrjár nánar tiltekni átöppunaraðilar hefðu misnotað markaðsráðandi stöðu sína. Í þessu sambandi aflaði framkvæmdastjórnin gagna um þá markaði sem fyrirtækin störfuðu á og atvik í aðildarríkjum ESB ásamt Noregi og Íslandi.⁴ Að því búnu upplýsti framkvæmdastjórnin fyrirtækin um það bráðabirgðamat sitt að TCCC og átöppunaraðilarnir þrjár væru í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu á markaðnum fyrir gosdrykki í ýmsum aðildarríkjum ESB. Framkvæmdastjórnin taldi að ýmsar aðgerðir fyrirtækjanna væru til þess fallnar að raska samkeppni, þar á meðal einkakaupasamningar og ýmiss konar tryggðarafslættir, sem hefðu áhrif á hvort tveggja markað fyrir sölu gosdrykkja til neyslu á staðnum (e. *consumption on premise*) og markað fyrir sölu á gosdrykkjum til neyslu síðar (e. *consumption at home*). Í ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar kemur fram að dæmi um slíkar aðgerðir hafi fundist í fjölmörgum ríkjum ESB sem og í Noregi og á Íslandi.

Að fengnu bráðabirgðamati framkvæmdastjórnarinnar lýstu TCCC og umræddir þrjár átöppunaraðilar því yfir að fyrirtækin væru tilbúin að breyta háttsemi sinni og lögðu fyrir framkvæmdastjórnina tillögur að skuldbindingum (skilyrðum) sem þau kváðust reiðubúin að starfa eftir. Framkvæmdastjórnin sendi þessar tillögur til umsagnar hjá hagsmunaaðilum (t.d. matvöruverslunum og veitingahúsakeðjum). Í kjölfarið sendu TCCC og átöppunaraðilarnir framkvæmdastjórninni nýjar tillögur. Í framhaldi af því tók framkvæmdastjórnin ákvörðun skv. 1. mgr. 9. gr. reglugerðar ráðsins nr. 1/2003 um framkvæmd samkeppnisreglna sem mælt er fyrir um í 81. og 82. gr. sáttmálans, en það ákvæði hljóðar svo:

„Ef framkvæmdastjórnin hyggst samþykkja ákvörðun um að brot skuli stöðvað og að hlutaðeigandi fyrirtæki taki á sig skuldbindingar til þess að draga úr þeim áhyggjum sem hún hefur látið í ljós í bráðabirgðamati sínu er henni heimilt að taka ákvörðun um að skylda fyrirtækin til að standa við þær skuldbindingar. Heimilt er að samþykkja slíka ákvörðun til tiltekins tíma og í henni skal koma fram að ekki sé lengur ástæða til aðgerða af hálfu framkvæmdastjórnarinnar.“

Með ákvörðuninni eru tillögurnar sem TCCC og átöppunaraðilarnir í Grikklandi, Lúxemborg og Þýskalandi lögðu fram orðnar bindandi fyrir þessi fyrirtæki, sbr. 1.

⁴ Sjá 13. mgr. aðfararorða ákvörðunar framkvæmdastjórnar EB.



og 4. gr. ákvörðunarorðs.⁵ Skuldbindingarnar eru birtar sem fylgiskjal með ákvörðuninni.

Skuldbindingarnar fela meðal annars í sér að fyrirtækin mega ekki gera samninga um einkakaup, skilyrta afslætti eða hvataábata. Þá megi þau ekki gera það að skilyrði að viðskiptavinur sem vill aðeins kaupa söluhæstu Coca-Cola vörurnar verði jafnframt að kaupa aðrar vörur fyrirtækisins. Skuldbindingarnar taka bæði til dagvöru- og veitingamarkaðar.

Skuldbindingarnar gilda að því tilskildu að markaðshlutdeild Coca-Cola vara hafi á undangengnu ári verið 40% eða hærrí á gosdrykkjemarkaði og að minnsta kosti tvöfalt meiri en stærsta keppinautarins.

Skuldbindingarnar eru aðeins bindandi fyrir fyrirtækin sem voru aðilar að málinu, þ.e. TCCC og átöppunaraðilana þrjá, sbr. 4. gr. ákvörðunarinnar. Í löndum þar sem fyrirtækin eru ekki starfandi skuldbindur TCCC sig til að gera sitt besta (e. „*use its best efforts*“) til að sjá til þess að þeir átöppunaraðilar, sem ekki eru bundnir við ákvörðunina, fylgi skuldbindingunum.⁶ Ef viðkomandi átöppunaraðili gerir það hins vegar ekki skuldbindur TCCC sig til að svipta hann leyfinu til að framleiða vörur fyrirtækisins.

2. Sjónarmið Vífilfells

Að mati Vífilfells leiðir af þessari ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB „að ekki standa forsendur til íhlutunar af hálfu SKE í starfsemi Vífilfells á þann hátt sem ætla má að fyrir SKE vaki og/eða til ákvörðunar viðurlaga á hendur Vífilfelli vegna meintra brota á ákvæðum samkeppnislaga.“ Afstaða Vífilfells virðist byggð á eftirfarandi sjónarmiðum fyrirtækisins:

- Ákvörðunin nái til Íslands og vegna hennar hafi verið „*mælt svo fyrir að samkeppnisyfirvöld á svæðinu hættu rannsóknum sínum er lutu að málefnum sem tekið var á í ákvörðuninni og þau viðurkenndu að samkomulagið tæki til starfsemi TCCC og átöppunaraðila innan EES.*“
- Vífilfell hafi í góðri trú stuðst við aðferðafræði ákvörðunarinnar til að meta hvort fyrirtækið væri í markaðsráðandi stöðu og miðað við hana sé Vífilfell ekki í slíkri stöðu.
- Vífilfell viðurkennir að hluti samninga fyrirtækisins sé ekki í samræmi við fyrirmælin í ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB. Vífilfell sé hins vegar ekki í markaðsráðandi stöðu miðað við umrædda aðferðafræði og samningarnir því ekki ólögmatir. Samkeppniseftirlitinu sé óheimilt að taka ákvörðun

⁵ Í 1. gr. ákvörðunarorðs segir: „*The commitments as listed in the Annex shall be binding on the undertakings referred to in Article 4.*“ Í 4. gr. segir að ákvörðuninni sé beint að TCCC og umræddum þremur átöppunaraðilum.

⁶ Í 50 mgr. aðfararorða ákvörðunarinnar segir m.a.: „*TCCC undertook to use its best efforts to attain compliance by bottlers other than anchor bottlers. As a means of last resort for ensuring the bottlers' compliance, TCCC proposed to commit to terminate the agreements with any bottlers that refuse to adhere to the commitments.*“ Í 48. mgr. aðfararorða segir: „*In the territories not served by the three anchor bottlers to which this Decision is addressed (Cyprus, Denmark, Finland, parts of Germany, Iceland, Malta, Norway, Portugal, Spain and Sweden), TCCC works with one or more other bottlers to produce and market its drinks. In relation to these other bottlers, TCCC proposed to ensure that, in countries where the commitments are applicable, these other bottlers sign the commitments within 90 days of notification of this Decision to the Parties.*“



sem sé ekki í samræmi við umrædda ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar. Vísar fyrirtækið m.a. til VII. kafla samkeppnislaga þessu til stuðnings.

- Ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB hafi gefið Vífilfelli réttmætar væntingar um að ef fyrirtækið notaði þá aðferðafræði sem fælist í samkomulaginu sem ákvörðunin væri reist á og kæmist „á grundvelli hennar að þeirri niðurstöðu að fyrirtækið væri ekki í markaðsráðandi stöðu, þá yrði fyrirtækið ekki sektað fyrir að viðhafa þá háttsemi sem fjallað er um í samkomulaginu.“

3. Niðurstaða

Ákvörðun framkvæmdastjórnar EB í máli TCCC o.fl. er tekin með heimild í 9. gr. reglugerðar ráðsins nr. 1/2003 um framkvæmd samkeppnisreglna sem mælt er fyrir um í 81. og 82. gr. sáttmálans.⁷ Í samkeppnislögum er ekki kveðið á um að heimild Samkeppniseftirlitsins til að beita 11. gr. laganna sé bundin takmörkunum vegna þess að framkvæmdastjórn ESB hafi tekið ákvörðun á grundvelli tilvitnaðrar 9. gr. reglugerðar ráðsins nr. 1/2003. Slíka takmörkun er heldur ekki að finna í reglugerðinni sjálfri.

Í athugasemdum Vífilfells er vísað til VII. kafla samkeppnislaga í þessu sambandi. Í 2. mgr. 26. gr. samkeppnislaga segir að ef Samkeppniseftirlitið beitir ákvæðum laganna vegna misnotkunar á markaðsráðandi stöðu sem bönnuð er skv. 54. gr. EES-samningsins skuli það einnig beita 54. gr. EES-samningsins. Í 2. mgr. 25. gr. laganna segir:

„Þegar Samkeppniseftirlitið og áfrýjunarnefnd samkeppnismála taka ákvörðun um samninga, ákvarðanir eða aðgerðir skv. 53. og 54. gr. EES-samningsins, sem þegar hefur verið fjallað um í ákvörðun Eftirlitsstofnunar EFTA í sama máli, er þeim ekki heimilt að taka ákvörðun sem gengur gegn þeirri ákvörðun sem Eftirlitsstofnunin hefur samþykkt.“

Eins og fram kemur í athugasemdum með frumvarpi því sem varð að núgildandi samkeppnislögum sækir ákvæði þetta fyrirmynd sína til 2. mgr. 16. gr. reglugerðar ráðsins nr. 1/2003.⁸ Segir einnig í athugasemdunum að tilgangur ákvæðisins sé að reyna að „ *tryggja samræmda og einsleita beitingu á 53. og 54. gr. EES-samningsins milli Samkeppniseftirlitsins og áfrýjunarnefndar samkeppnismála og Eftirlitsstofnunar EFTA.*“

Sú ákvörðun sem Vífilfell vísar til er ekki ákvörðun Eftirlitsstofnunar EFTA og fellur því ekki undir 2. mgr. 25. gr. samkeppnislaga. Hvað sem því líður tekur ákvæðið ekki til ákvarðana sem eru teknar á grundvelli 9. gr. reglugerðar ráðsins líkt og í

⁷ Í IV. og V kafla bókunar 4 við samning milli EFTA-ríkjanna um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls er Eftirlitsstofnun EFTA veitt sömu valdheimildir og framkvæmdastjórn ESB hefur samkvæmt reglugerð nr. 1/2003. Samkvæmt reglugerð viðskiptaráðherra nr. 811/2006 gildir reglugerð 1/2003 hér á landi, með þeim breytingum og viðbótum sem leiða af XIV. viðauka við EES-samninginn um samkeppni, bókun I um altæka aðlögun og öðrum ákvæðum samningsins.

⁸ Ákvæði 2. mgr. 16. gr. reglugerðar ráðsins hljóðar svo: „*Þegar samkeppnisyfirvöld í aðildarríkjunum fella úrskurð um samninga, ákvarðanir eða aðgerðir skv. 81. eða 82. gr. sáttmálans, sem þegar hefur verið fjallað um í ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar, er þeim ekki heimilt að taka ákvörðun sem gengur gegn þeirri ákvörðun sem framkvæmdastjórnin hefur samþykkt.*“



máli TCCC. Ástæða þessa er sú að ákvarðanir skv. 9. gr. reglugerðar ráðsins nr. 1/2003 falla ekki undir þá takmörkun sem felst í 2. mgr. 16. gr. hennar. Skal þetta rökstutt nánar.

Í heimild 9. gr. reglugerðarinnar felst að framkvæmdastjórn ESB getur lokið máli með þeim hætti að hún fallist á tillögur viðkomandi fyrirtækis um að breyta háttsemi sinni telji hún það fullnægjandi lyktir viðkomandi máls. Tekur framkvæmdastjórnin þá ákvörðun þar sem tillögur fyrirtækisins um skuldbindingar eru gerðar bindandi fyrir það. Í slíkum ákvörðunum er tekið fram að framkvæmdastjórnin hafi ekki lengur ástæðu til aðgerða í málinu. Er þessu úrræði ætlað að flýta málsmeðferð.⁹

Í 13. tl. aðfararorða reglugerðarinnar er lýst réttaráhrifum ákvarðana samkvæmt 9. gr. Þar segir meðal annars svo:

„Ákvarðanir um skuldbindingar eru með fyrirvara um vald samkeppnisyfirvalda og dómstóla í aðildarríkjunum til að komast að niðurstöðu og úrskurða í málinu.“¹⁰

Í 22. tl. aðfararorðanna er reglan sem felst í 2. mgr. 16. gr. skýrð. Þar er settur fram þessi fyrirvari sem tekur til ákvarðana samkvæmt 9. gr. reglugerðarinnar:

„Ákvarðanir um skuldbindingar, sem framkvæmdastjórnin hefur samþykkt, hafa ekki áhrif á vald dómstólanna og samkeppnisyfirvalda í aðildarríkjunum til að beita 81. og 82. gr. sáttmálans.“¹¹

Ákvörðunum um skuldbindingar á grundvelli 9. gr. reglugerðar ráðsins er því ekki ætlað að takmarka heimildir samkeppnisyfirvalda eða dómstóla.¹² Af þessu leiðir að samkeppnisyfirvöld í aðildarríkjum ESB geta rannsakað og lagt sektir á fyrirtæki vegna háttsemi sem hefur verið grundvöllur þess að framkvæmdastjórnin hefur tekið ákvörðun samkvæmt 9. gr. reglugerðar ráðsins.¹³ Vart þarf að rökstyðja að þetta á ennfrekar við fyrirtæki eins og Vífilfell

⁹ Tilgangi ákvæðisins er lýst svo í dómi dómstóls ESB frá 29. júní 2010 í máli nr. C-441/07P Commission v Alrosa: „This is a new mechanism introduced by Regulation No 1/2003 which is intended to ensure that the competition rules laid down in the EC Treaty are applied effectively, by means of the adoption of decisions making commitments, proposed by the parties and considered appropriate by the Commission, binding in order to provide a more rapid solution to the competition problems identified by the Commission, instead of proceeding by making a formal finding of an infringement. More particularly, Article 9 of the regulation is based on considerations of procedural economy, and enables undertakings to participate fully in the procedure, by putting forward the solutions which appear to them to be the most appropriate and capable of addressing the Commission's concerns.“

¹⁰ „Commitment decisions are without prejudice to the powers of competition authorities and courts of the Member States to make such a finding and decide upon the case.“

¹¹ „Commitment decisions adopted by the Commission do not affect the power of the courts and the competition authorities of the Member States to apply Articles 81 and 82 of the Treaty.“

¹² Sjá t.d. Van Bael & Bellis, Competition Law of the European Community, fimmta útgáfa 2010, bls. 1166: „... it is also important to note that national competition authorities and national courts are not precluded from establishing the existence of an infringement based on the same facts. This is the consequence of the fact that a commitments decision merely concludes that there are no grounds for action.“

¹³ Hafa fræðimenn bent á að sökum þessa felist ávallt áhætta fyrir fyrirtæki að ljúka máli með slíkri ákvörðun. Sjá hér Richard Whish, Article 9 of the Modernisation Regulation (birt í ritinu Liber Amicorum in Honour of Sven Norberg, 2006), bls. 567: „... undertakings that give commitments under Article 9 remain liable to enforcement action against them from national competition authorities and



sem eru ekki aðilar að slíkum ákvörðunum. Þá hefur verið bent á það að ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar leiði til þess að samkeppnisyfirvöld í ESB geti beitt sér gegn TCCC og átöppunaraðilum.¹⁴

Af framansögðu leiðir að ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar í máli TCCC kemur ekki í veg fyrir að Samkeppniseftirlitið taki íþyngjandi ákvörðun vegna háttsemi Vífilfells. Af þessu leiðir einnig að sjónarmið Vífilfells um góða trú og réttmætar væntingar byggja á röngum lagaskilningi og fá ekki staðist. Samhengisins vegna er rétt að taka fram að rannsókn Samkeppniseftirlitsins sýnir að markaðshlutdeild Vífilfells á gosdrykkjamarkaði var mun hærri en 40% og tvöfalt meiri en stærsta keppinautarins, sbr. nánari umfjöllun hér á eftir. Ljóst er því að Vífilfell var eitt þeirra fyrirtækja sem TCCC átti að gera sitt besta til þess að tryggja að það myndi virða umrædda kvaðir, t.d. um að gera ekki einkakaupasamninga.

Í umfjöllun um viðurlög verður tekin afstaða til þess hvort sjónarmið Vífilfells geti haft áhrif á mögulegar sektir í málinu.

third party actions in national courts both in relation to their past action and even in relation to their future conduct (see below). This has serious implications for the parties concerned. Clearly it means that the settlement of a case on the basis of Article 9 does not mean a conclusive end to the competition law case against them."

¹⁴ Sjá hér grein eftir starfsmenn framkvæmdastjórnar ESB sem birt er í fréttabréfi hennar (Competition policy newsletter, 3. tbl. 2005): Coca-Cola: Europe-wide remedies in fizzy drinks, *Philipp GASPARON and Blaž VIŠNAR*: „By bringing the Coca-Cola case to an end with the Commission's commitment decision Member States regained their competence to act against Coca-Cola. In fact, Recital 13 of Regulation (EC) No 1/2003 stipulates that '[c]ommitment decisions are without prejudice to the powers of competition authorities and courts of the Member States to make [a] finding [of infringement] and to decide upon the case', since, as must be recalled, a commitment decision only finds that there are no longer grounds for action by the Commission without taking any position on the existence of an infringement."



IV. Markaðurinn og staða fyrirtækja á honum

Í máli þessu er, eins og áður hefur komið fram, til skoðunar hvort Vífilfell hafi með ákvæðum í viðskiptasamningum sínum við söluaðila á matvöru- og veitingamarkaði brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga. Er aðallega um að ræða ákvæði þar sem endursöluaðilar skuldbinda sig til að bjóða eingöngu upp á vörur Vífilfells auk ákvæða sem virðast til þess fallin að viðhalda tryggð endursöluaðila við vörur fyrirtækisins.

Samkvæmt 11. gr. laganna er misnotkun eins eða fleiri fyrirtækja á markaðsráðandi stöðu bönnuð. Til þess að fyrirtæki geti talist brotlegt gegn 11. gr. samkeppnislaga verður það að vera markaðsráðandi.

Við mat á því hvort fyrirtæki er markaðsráðandi þarf að skilgreina viðkomandi markað og kanna stöðu einstakra fyrirtækja á honum. Hér á eftir verður skýrt hvað átt er við með markaði í skilningi samkeppnislaga, markaður málsins skilgreindur og mat lagt á stöðu Vífilfells á honum.

1. Skilgreining markaðarins

Samkvæmt 5. tl., 1. mgr., 4. gr. samkeppnislaga er markaður skilgreindur sem sölusvæði vöru og staðgengdarvöru og/eða sölusvæði þjónustu og staðgengdarþjónustu. Í ljósi hagfræðilegra raka ber að greina viðkomandi markað út frá að minnsta kosti tveimur sjónarhornum; annars vegar þarf að lýsa þeim vöru- eða þjónustumarkaði sem um er að ræða og hins vegar afmarka landfræðilega markaðinn.

Með vöru- eða þjónustumarkaði er átt við markað fyrir allar vörur og þjónustu sem neytendur líta á sem staðgönguvörur eða staðgönguþjónustu vegna eiginleika sinna, verðs og áformaðrar notkunar, sbr. 4. gr. samkeppnislaga. Staðgönguvara og staðgönguþjónusta er vara eða þjónusta sem að fullu eða verulegu leyti getur komið í stað annarrar vöru eða þjónustu.

Landfræðilegi markaðurinn er það landssvæði þar sem samkeppnisskilyrði fyrir tiltekna vöru eða þjónustu eru sambærileg. Fræðilega séð getur landfræðilegur markaður ýmist verið staðbundinn eða svæðisbundinn, landsmarkaður eða alþjóðamarkaður. Veltur stærð landfræðilegs markaðar m.a. á því að hvaða marki þörf er talin á að kaupandinn (neytandinn) sé í nálægð við seljandann. Þetta mat ræðst venjulega af því hvað einkennir þjónustuna og viðskiptavinina, eftir hvaða leiðum þjónustan er veitt, svo og af eðli viðskiptanna. Sérstaklega skiptir máli hversu mikil þörf er á beinu sambandi milli kaupanda og seljanda þjónustunnar og hver yrði tíma- og ferðakostnaður við að nálgast seljanda í meiri fjarlægð. Markaðir hafa þannig tilhneigingu til að vera staðbundnir þegar mikil þörf er á beinum samskiptum viðskiptavina og seljanda vörunnar. Má segja að smásölumarkaðir teljist yfirleitt vera staðbundnir.¹⁵

¹⁵ Sjá t.d. Mario Monti, Market Definition as a Cornerstone of EU Competition Policy, Workshop on Market Definition, Helsinki 2002, bls. 24. Má hér einnig nefna sem dæmi að í ákvörðunum er varða matvörumarkaðinn hafa samkeppnisyfirlögd t.a.m. talið nálægð kaupenda við matvöruverslanir að öllu jöfnu æskilega ef ekki nauðsynlega, sbr. t.d. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 64/2008 *Misnotkun Haga hf. á markaðsráðandi stöðu sinni á matvörumarkaði*, sbr. einnig úrskurð áfrýjunarnefndar í máli nr. 2/2009 *Hagar ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Sjá einnig ákvörðun samkeppnisráðs nr. 38/2002



Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008 Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu er bent á að það sé viðtekin venja í samkeppnisrétti að skilgreina markaðinn út frá eftirspurnarlið hans. Í úrskurðinum er einnig bent á að markaðsskilgreiningar geti ekki verið nákvæmar og séu aðeins notaðar til viðmiðunar.

1.1 Sjónarmið Vífilfells

Vífilfell heldur því fram að neytendur hafi í huga marga og fjölbreytta drykki, allt eftir því hvað henti aðstæðum hverju sinni. Verð geti haft þar áhrif. Auk þess sé neyslumynstur og staðganga mismunandi frá einum einstaklingi til annars, þannig sé ógerlegt að draga skýrar línur á milli ákveðinna drykkja.

Þá telur Vífilfell að það umhverfi sem fyrirtækið starfi í sé í sífelldri þróun og breytist ört. Það einkenni starfsumhverfi þess að nýjungar séu miklar og fjölbreytileiki haldi áfram að aukast og að það sé greinileg samkeppni á milli allra óáfengra drykkja. Einnig bendir Vífilfell á að á undanförunum árum hafi komið á markað drykkir sem séu blanda af tveimur eða fleiri drykkjarflokkum, þetta hafi máð út skýrar línur milli t.d. gosdrykkja og vatns; gosdrykkja og safa; mjólkur og safa.

Allt þetta leiði til þess að mati Vífilfells að vörumarkaður málsins teljist vera allir óáfengir drykkir og að um sé að ræða átöppun, heildsölu og dreifingu slíkra drykkja. Samkvæmt Vífilfelli samanstandi vörumarkaður málsins þannig þ. á m. af kolsýrðum drykkjum, átöppuðu vatni, bragðbættum drykkjum líkt og hinum ýmsu mjólkurdrykkjum, íste, söfum, vatni, íþróttadrykkjum og orkudrykkjum.

Í athugasemdum Vífilfells við andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins í málinu er þessu til stuðnings vísað til rannsóknar sem MMR gerði fyrir fyrirtækið í júlí 2010. Í rannsókninni hafi neytendur verið spurðir hvort þeir væru sammála eða ósammála ýmsum fullyrðingum um það hvort kolsýrt vatn kæmi í stað hefðbundinna gosdrykkja. Í athugasemdunum er tekið sem dæmi að 49% þátttakenda hafi álitnið að kolsýrt vatn veitti hefðbundnum gosdrykkjum staðgöngu og 46,6% þátttakenda hefðu sagt að þeir neyttu kolsýrðs vatns í stað hefðbundinna gosdrykkja. Telur Vífilfell að af þessu ljóst að eftirspurnarstaðganga sé á milli þessara tveggja drykkjarvara.

Vífilfell gerir einnig í umsögn sinni athugasemdir við að ekki hafi við skilgreiningu markaðarins verið höfð hliðsjón af þróun „undangenginna ára í hinu samkeppnislega umhverfi fyrirtækisins“ eins og það er orðað. Þróunin feli það í sér að hlutdeild hefðbundinna gosdrykkja hafi dregist saman en sala hafi hins vegar aukist á djúsum/ávaxtadrykkjum, sykurlausum gosdrykkjum (lituðum drykkjum) og átöppuðu vatni. Miklar breytingar hafi orðið á kröfum neytenda sem rekja megi til breytts lífsstíls, vitundarvakningar um betri heilsu, aukinna krafna um fjölbreytileika og breytinga á markaðsherferðum vörumerkja, kynningu og



dreifingu. Allt hafi þetta áhrif á val neytenda sem sé orðið sundurleitara en áður sem leiði til minni tryggðar við tiltekna vörur eða vörumerki og aukinn vilja til að prófa nýjar tegundir drykkja. Segir jafnframt um þessi atriði að þau veiti „*verulegt samkeppnislegt aðhald fyrir átöppunaraðila óáfengra drykkja*“ eins og Vífilfell. Er þessi þróun að mati Vífilfells til þess fallin að styðja það mat að allir óáfengir drykkir séu sérstakur markaður.

Í umsögn Vífilfells er því einnig haldið fram að niðurstaða Samkeppniseftirlitsins um skilgreiningu vörumarkaðarins byggist fyrst og fremst á „*ósönnuðum yfirlýsingum*“ og að engar „*rannsóknir eða annars konar skjálleg gögn*“ liggja til grundvallar niðurstöðunni. Þá er því einnig haldið fram að niðurstaðan beri „*keim*“ að því að Samkeppniseftirlitið vilji af einhverjum ástæðum skilgreina markaðinn mun þrengra en efni standi til.

Í umfjöllun Vífilfells er einnig gerður greinarmunur á markaðnum eftir smásöludreifingarleiðum, þ.e. greint er á milli annars vegar dreifingar til aðila sem selja neytendum vörur sem ætlaðar eru til neyslu síðar og hins vegar dreifingar til aðila sem selja neytendum vörur til neyslu á staðnum.

Jafnframt álitur Vífilfell að þar sem tekjur þess falli nær undantekningarlaust til á Íslandi teljist landfræðilegi markaðurinn vera Ísland.

1.2 Mat Samkeppniseftirlitsins

Að mati Samkeppniseftirlitsins er mikilvægt í þessu máli að greina hvort drykkjarvörumarkaðurinn sé einn og óskiptur markaður sambærilegra vara eða hvort hann greinist niður eftir tegundum drykkjarvöru eða drykkjarvöruflokkum.

Viðskiptasamningar Vífilfells, sem mál þetta snýst um, eru annars vegar viðskiptasamningar við aðila sem selja drykki til neyslu síðar, s.s. matvöruverslanir, bensínstöðvar og söluturnar (sá hluti markaðarins sem í ákvörðun þessari nefnist dagvörumarkaður) og hins vegar viðskiptasamningar við aðila sem selja drykki til neyslu á staðnum (sá hluti markaðarins sem í ákvörðun þessari nefnist veitingamarkaður). Viðskiptasamningarnir ná yfir allar drykkjarvörur sem viðkomandi viðskiptamenn kaupa af Vífilfelli, bæði áfenga og óáfenga drykki. Langstærstur hluti viðskiptasamninganna er þó um óáfenga drykki, einkum gosdrykki.

1.2.1 Aðgreining vörumarkaða á drykkjarvörumarkaði

Við mat á því hvort drykkjarvörumarkaðurinn kunni að skiptast upp eftir drykkjarvöruflokkum er gagnlegt að hafa hliðsjón af fordæmum í eldri málum og verður hér farið yfir nokkur slík. Fyrst er til að taka álit samkeppnisráðs nr. 3/1999 *Fyrirhuguð kaup Coca-Cola Nordic Beverages A/S á öllu hlutafé í Vífilfelli ehf.* Í því máli var óskað eftir áliti á því hvort fyrirhuguð kaup Coca-Cola Nordic Beverages A/S (CCNB) á öllu hlutafé í Vífilfelli bryti gegn ákvæðum 1. mgr. 18. gr. þáverandi samkeppnislaga. Í því áliti segir varðandi markaðsskilgreininguna:



„Meginstarfsemi Vífilfells felst í því að laga, pakka, markaðssetja, dreifa og selja gosdrykki, vatn og safa. Hefur Vífilfell leyfi TCCC til að laga og selja vörumerki þess. Meðal framleiðsluvara Vífilfells eru gosdrykkirnir Coca-Cola, Tab, Sprite, Fanta og Fresca. Fyrirtækið selur einnig Hi-C og Minute Maid safa og vatn undir auðkenninu Toppur.

Að mati samkeppnisráðs verður að telja að annars vegar gosdrykkir og hins vegar vatn og safi tilheyri ekki sama markaðnum. Drykkir þessir hafa ólíka eiginleika, uppfylla mismunandi þarfir og höfða ekki með sama hætti til allra hópa neytenda. Í þessu sambandi má t.d. benda á að safar eru frekar en gosdrykkir hluti af daglegri fæðu. Átappað vatn uppfyllir ekki þörf þeirra sem sækjast eftir sætum drykkjum og er neysla þess tengd heilbrigðum lífsháttum og varan markaðssett að einhverju leyti á þeim grunni. Markaðssetning gosdrykkja virðist almennt séð miðast við að tengja neyslu þeirra frístundum og skemmtunum. Ekki er þörf á því í þessu máli að fjalla um hvort safar og vatn tilheyri sama markaðnum.

Í máli þessu er ekki nauðsynlegt að skilgreina frekar þá vörumarkaði sem við eiga, sbr. kfl. 3. Þó er rétt að geta þess, samhengisins vegna, að færa má fyrir því rök að kólagosdrykkir tilheyri sérstökum markaði og hefur m.a. verið á því byggt í ESB-samkeppnisrétti. Einnig má leiða að því líkur að sala á gosdrykkjum og öðrum óáfengum drykkjarvörum skiptist í mismunandi markaði eftir því til hverra er selt. Þannig geta sérstök lögmál átt við sölu til viðskiptavina þar sem drykkjarvara er neytt á staðnum, t.d. veitingastaðir og barir. Sala til stórmarkaða getur einnig falið í sér sjálfstæðan markað í skilningi samkeppnislaga og hugsanlega einnig sala til söluturna, bensínstöðva og þess háttar fyrirtækja."

Samkvæmt þessu álitu eru gosdrykkir annars vegar og vatn og safar hins vegar ekki á sama markaði og eru rökin einkum þau að þessar drykkjartegundir uppfylli ólíkar þarfir og sé neytt við ólík tækifæri.

Ýmis mál er varða drykkjarvörumarkaðinn hafa komið til kasta framkvæmdastjórnar ESB og hefur hún í úrskurðum sínum ítrekað aðgreint gosdrykki frá öðrum óáfengum drykkjum og metið það svo að gosdrykkir myndi aðgreindan markað. Hér verður dregið á því helsta í evrópskum úrskurðum sem hafa bersýnilega skírskotun til þessa máls.

Í máli nr. IV/M.794 - *Coca-Cola Enterprises Inc. og Amalgamated Beverages* – frá árinu 1997, kvað framkvæmdastjórn ESB upp þann úrskurð að gosdrykkir væru frábrugðnir öðrum óáfengum drykkjum og mynduðu aðgreindan vörumarkað. Neysluhegðunin sem tengist ólíkum tegundum drykkja gæfi, að mati framkvæmdastjórnarinnar, til kynna að verulegur eðlismunur sé til staðar. Nefnt er að vatns og ávaxtasafa sé gjarnan neytt með mat heima við, ávaxtasafa sé t.d. oft neytt með morgunverði. Gosdrykkja sé aftur á móti neytt við önnur tækifæri, einkum á skyndibitastöðum og á mannamótum af ýmsu tagi. Þá sé vatn og



ávaxtasafar tengdir heilsusamlegu lífernir en það séu gosdrykkir ekki. Þá líti neytendur á mjólk og ávaxtasafa sem náttúrulegar vörur sem uppfylli næringarþörf en gosdrykki tengi neytendur við sykurbragð og að í hugum neytenda séu gosdrykkir eins konar gerviefni. Þannig má segja að niðurstaða framkvæmdastjórnarinnar hafi verið sú að gosdrykkir uppfylli ekki sömu þarfir eða langanir og aðrir óáfengir drykkir sem bornir hafa verið saman við þá.

Jafnframt úrskurðaði framkvæmdastjórnin í þessu tiltekna máli að aðgreindur markaður væri til staðar fyrir kólagosdrykki innan gosdrykkjafjölskyldunnar. Samandregið voru rökin á þessa leið:

- Meirihluti neytenda og keppinauta líta svo á að kóladykkir myndi aðgreindan markað. (Samkvæmt niðurstöðum framkvæmdastjórnarinnar myndu fáir kólakaupendur skipta yfir í aðra drykki þótt smá hlutfallsleg verðhækkun ætti sér stað á kóladykkjum.)
- Aðilar málsins sjálfir og keppinautar þeirra skipuleggja markaðsrannsóknir sínar á grundvelli „kólamarkaðarins“.
- Keppinautarnir útfæra sérstaka verðstefnu fyrir kóladykki.
- Búðarmerktir kólagosdrykkir (búðarkóla) hafa eiginleika sem eru ólíkir eiginleikum annarra búðarmerktra gosdrykkja. Búðarkóla virðist eingöngu taka markaðshlutdeild frá öðrum kóladykkjum. Framleiðendur Coke og Pepsi (í Bretlandi) bregðast við innleiðingu búðarkóla - með tilboðum o.s.frv. - en gera ekkert þegar aðrir búðargosdrykkir eru innleiddir.

Jafnframt var bent á það í þessari ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar að eftirspurn eftir kóladykkjum sé að miklu leyti drifin af vörumerkjamatí neytandans og þeirri ímynd sem neytandinn tengir mismunandi vörumerkjum. Þótt bragð sé einnig áhrifaþáttur sem beini neytandanum að kóladykkjum þá virðist bragð skipta minna máli að mati markaðsaðila í tilviki kóladykkja heldur en í tilviki annarra gosdrykkja. Þær miklu fjárhæðir sem framleiðendur kóladykkja verðu í auglýsingar á kólavörumerkjum sínum voru taldar renna stoðum undir þetta álit.

Framkvæmdastjórnin tók þó ekki afstöðu til þess í þessu máli hvort aðrir gosdrykkir mynduðu aðgreinda vörumarkaði eða hvort skipta ætti gosdrykkjum enn frekar upp eftir bragðtegundum þar sem það var ekki talið hafa þýðingu í málinu.

Í máli nr. IV/M.833 - *The Coca-Cola Company/Carlsberg A/S* frá árinu 1997 staðfesti framkvæmdastjórnin að gosdrykkir væru ólíkir öðrum óáfengum drykkjum og að þeir mynduðu aðgreindan markað. Framkvæmdastjórnin leiddi jafnframt getum að því að kólagosdrykkir kynnu að mynda aðgreindan markað en tók ekki formlega afstöðu í því sambandi.

Í máli nr. COMP/M.2504 - *Cadbury-Schweppes/Pernod Ricard* frá árinu 2001 komst framkvæmdastjórnin aftur að þeirri niðurstöðu á gosdrykkir tilheyri sérstökum markaði. Þá staðfesti rannsókn framkvæmdastjórnarinnar þá niðurstöðu að kólagosdrykkir kynnu að mynda aðgreindan vörumarkað.



Kólagosdrykkir virtust ólíkir öðrum gosdrykkjum að ýmsu leyti. Meðal annars væri ímynd vörumerkisins mikilvægari í tilviki kólagosdrykkja en í tilviki annarra gosdrykkja, kólagosdrykkir væru álitnir ásættanlegri staðgönguvara fyrir áfenga drykki heldur en aðrir gosdrykkir og staðganga milli kólagosdrykkja og annarra gosdrykkja, jafnvel í tilviki verðbreytinga, væri ósennileg. Í málinu var þó ekki tekin afstaða til þess hvort kóladrykkir mynduðu aðgreindan markað þar sem ekki var talið að það hefði áhrif á niðurstöðu málsins.

Í framangreindri ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar ESB frá 2005 í máli nr. COMP/A. 39.116/B2 – *Coca Cola* kom fram það frummat að markað málsins bæri að skilgreina sem gosdrykkjamarkað, sem samanstæði af kóla-, appelsínu-, sítrónu- og/eða límonaði-, og öðrum ávaxtabragðbættum og beiskum gosdrykkjum. Aðrir drykkir, svo sem átappað vatn og íprótta- og orkudrykkir voru taldir tilheyra öðrum markaði. Byggðist þetta á því að einkenni gosdrykkja og notagildi þeirra aðgreindi þá frá öðrum drykkjum.

Í ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB frá 26. október 2009 í máli nr. COMP/M.5633 – *Pepsico/The Pepsico Bottling Group* var bent á að framkvæmdastjórnin hefði ítrekað komist að þeirri niðurstöðu að gosdrykkir tilheyri sérstökum markaði. Jafnframt hefði framkvæmdastjórnin í eldri málum talið að kólagosdrykkir gætu tilheyrt sérstökum undirmarkaði. Taldi framkvæmdastjórnin hins vegar ekki nauðsynlegt í málinu að taka afstöðu til þess hvort kólagosdrykkir væri hluti af gosdrykkjamarkaðnum eða hvort rétt væri að flokka þá sem sjálfstæðan undirmarkað gosdrykkjamarkaðarins.

Danska samkeppniseftirlitið hefur lagt til grundvallar svipaða markaðsskilgreiningu og framkvæmdastjórn ESB. Í máli frá 2001 sem varðaði yfirtöku Carlsberg á Coca-Cola Tapperierne var markaðurinn skilgreindur sem blöndun, pökkun, dreifing, sala og markaðssetning á kolsýrðum gosdrykkjum í Danmörku.¹⁶ Finnsk¹⁷, norsk¹⁸ og sænsk¹⁹ samkeppnisyfirvöld hafa einnig komist að þeirri niðurstöðu að gosdrykkir tilheyri sérstökum markaði. Bandarísk samkeppnisyfirvöld hafa einnig lagt til grundvallar að gosdrykkir tilheyri sérstökum markaði. Dæmi um þetta er mál frá febrúarmánuði 2010 sem varðar Pepsi.²⁰

Hér má einnig hafa hliðsjón af úrskurði breska samkeppnisráðsins (Competition Commission) frá 28. mars 2006 um samruna *Cott Beverages Ltd og Macaw (Holdings) Ltd* en þar kemur eftirfarandi fram um staðgöngu vatnsdrykkja og gosdrykkja:

„Þrátt fyrir að kolsýrt, bragðbætt vatn sé gosdrykkur þá verður það aðgreint frá öðrum hefðbundnari gosdrykkjum um sinn þar sem það er markaðssett sem vatn og nýtur þar með góðs af ímynd sem tengist heilsusamlegu lífverni og skilar, að því er virðist, meiri

¹⁶ Sjá *Carlsberg overtagelse af Coca-Cola Tapperierne*, Konkurrence Styrelsen, 2001.

¹⁷ Ákvörðun finnska samkeppniseftirlitsins frá 28. febrúar 2001.

¹⁸ Ákvörðun norska samkeppniseftirlitsins frá 21. febrúar 2001.

¹⁹ Ákvörðun sænska samkeppniseftirlitsins frá 28. mars 2001.

²⁰ Federal Trade Commission, *In the Matter of PepsiCo, Inc.* (FTC no. 091 0133), 26. febrúar 2010.



framlegð. Þær vísbendingar sem við höfum aflað gefa til kynna að ólíklegt sé að þessi staða breytist til skamms eða meðallangs tíma lítið. Í því máli sem hér er til umfjöllunar notum við orðið gosdrykkur til að vísa til hefðbundnari vara og fjöllum um kolsýrt vatn með aðgreindum hætti.”²¹

Þetta mat er auðveldlega hægt að yfirfæra á íslenska markaðinn því hérlendis hafa Vífilfell og ÖES þróað eigin vatnsdrykki sem eru bæði kolsýrðir og bragðbættir. Þessir drykkir innihalda jafnvel sykur af einhverju tagi eða sætuefni, a.m.k. í einhverjum tilvikum. Engu að síður eru þessir drykkir markaðssettir sem eins konar heilsudrykkir og neytendur eru að því er virðist hvattir í auglýsingum til að neyta þeirra heilsu sinnar vegna. Þannig hafa þessir drykkir verið tengdir heilbrigðu lífni í hugum neytenda jafnvel þótt sumum þeirra sviði til ávaxtagosdrykkja. Þar sem ætla má að neytendur muni seint neyta gosdrykkja til að bæta heilsu sína þá verður ekki annað séð en þessir vatnsdrykkir tilheyri öðrum markaði en gosdrykkir enda er engin ástæða til að ætla að neytendur líti þessa drykki öðrum augum en samræmist þeirri ímynd sem framleiðendur hafa skapað um þá.

Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á að hugsanlegar breytingar í lífsstíl neytenda valdi því að allir óáfengir drykkir tilheyri sérstökum markaði. Vitaskuld kann það að vera að breyttar áherslur í lífsstíl fólks hafi leitt til breyttrar þróunar á neyslu á drykkjarvörum, þ. á m. gosdrykkjum. Á hinn bóginn fær eftirlitið ekki séð að þessi atriði breyti á nokkurn hátt þeirri niðurstöðu að gosdrykkir, og eftir atvikum aðrir flokkar drykkjarvöru, t.d. kolsýrt vatn, ávaxtasafar eða léttöl, séu sérstakir vörumarkaðir í skilningi samkeppnislaga. Ljóst er að út frá sjónarhóli endurseljenda eins og matvöruverslana og reyndar flestra söluaðila sem bjóða upp á eitthvert úrval drykkjarvara er nauðsynlegt að hafa á boðstólum flestar ef ekki allar þessar vörutegundir. Þannig er ekki raunhæfur kostur fyrir matvöruverslun að hætta að bjóða upp á gosdrykki, ef t.d. verð á þeim hækkar, og leggja þess í stað meiri áherslu á kolsýrt vatn eða ávaxtadjús. Í skilningi samkeppnislaga myndar því framleiðsla og dreifing á hverjum drykkjarvörflokki, t.d. gosdrykkjum, sjálfstæðan vörumarkað þar sem aðrar drykkjarvörur eða tegundir geta ekki komið í stað þess vörflokks sem fyrr er getið. Með vísan til þessa telur Samkeppniseftirlitið jafnframt að það sjónarmið Vífilfells að neytendur krefjist sífellt meiri fjölbreytileika í vöruúrvali sé fremur til þess fallið að styðja þá niðurstöðu að endurseljendur með allnokkurt úrval drykkjarvara þurfi að hafa flesta ef ekki alla drykkjarvörflokka á boðstólum sem þýðir að um aðgreinda markaði er að ræða.

Samkeppniseftirlitið getur heldur ekki fallist á að niðurstöður umræddrar könnunar MMR veiti vísbendingar um að um eftirspurnarstaðgöngu geti verið að ræða á milli kolsýrðs vatns og gosdrykkja. Í fyrsta lagi er ljóst samkvæmt niðurstöðunum að meira en helmingur þátttakenda drekkur ekki kolsýrt vatn í

²¹ „While carbonated flavoured waters are CSDs, they are differentiated from more traditional CSDs at present by being branded as bottled water, thereby enjoying a healthier image and, it seems, higher margins. The evidence we received suggested that this situation is unlikely to change in the short to medium term. For the purposes of this inquiry, we use the term 'CSDs' to refer to the more traditional products and deal separately with sparkling flavoured waters.”



stað gosdrykkja. Sama á við um þá sem telja að kolsýrt vatn komi í stað gosdrykkja en meira en helmingur þátttakenda var ósammála þeirri fullyrðingu. Niðurstöður könnunarinnar eru því allt eins til þess fallnar að styðja þá niðurstöðu að þessar tegundir drykkjarvara, þ.e. gosdrykkir annars vegar og kolsýrt vatn hins vegar, tilheyri hvor sínum markaðnum.

Þess utan telur Samkeppniseftirlitið könnunina byggja á afar ótraustum grunni. Nær útilokað er að draga ályktanir um staðgönguhæfi viðkomandi vörutegunda á grundvelli hennar að mati Samkeppniseftirlitsins vegna þess hve leiðandi hún er. Með fyrstu spurningunni, sem lögð er fyrir þátttakendur, er lagt til grundvallar að gosdrykkir og kolsýrt vatn séu staðgönguvörur eins og sjá má á fyrirspurnarforminu skv. upplýsingum frá Vífilfelli. Spurningarnar voru settar svona fram:

	Algerlega ósammála	Frekar ósammála	Frekar sammála	Algerlega sammála
Ég drekk kolsýrt vatn í stað hefðbundinna gosdrykkja				
Ég þekki fólk sem drekkur kolsýrt vatn í stað hefðbundinna gosdrykkja				
Kolsýrt vatn kemur í stað hefðbundinna gosdrykkja				
Kolsýrt vatn er notað í sama tilgangi og hefðbundnir gosdrykkir				

Fyrsta spurningin, sem felur í sér þá leiðandi forsendu að gosdrykkir og kolsýrt vatn séu staðgönguvörur, hefur óhjákvæmilega áhrif á nálgun svarenda í svörum við þeim spurningum/fullyrðingum sem eftir koma. Með hliðsjón af þessu má draga þá ályktun að þar sem þeirri hugmynd er nánast komið inn í huga svarenda í upphafi að þessar vörur séu staðgönguvörur sé yfirhöfuð ekki á þessari könnun að byggja í málinu. Raunar er könnunin leiðandi í heild sinni þar sem hún er sett fram í formi fullyrðinga sem lúta að því að kolsýrt vatn og gosdrykkir séu staðgönguvörur. Þess utan snýst málið ekki um hvort kolsýrt vatn komi í stað hefðbundinna gosdrykkja, eins og það er orðað í könnuninni, heldur um það hvort þessar vörur geti talist staðgönguvörur í skilningi samkeppnisréttar. Í vissum tilvikum getur kolsýrt vatn augljóslega komið í stað og þjónað sama tilgangi og gosdrykkir, þ.e. til þess að slökkva þorsta. Svör við þessum fullyrðingum staðfesta því ekki markaðsskilgreiningu Vífilfells.

Í ljósi framangreinds telur Samkeppniseftirlitið rétt að leggja til grundvallar sömu markaðsskilgreiningu og gert var í álitni samkeppnisráðs nr. 3/1999, þ.e. að gosdrykkir tilheyri sérstökum markaði.



1.2.2 Uppskipting drykkjarvörumarkaða eftir smásöludreifingarleiðum

Í áðurnefndu Cadbury-Schweppes/Pernod Ricard máli frá árinu 2001 lagði framkvæmdastjórn ESB til grundvallar að dreifingarleiðirnar væru ólíkar eftir því hvort um væri að ræða drykki til neyslu síðar eða drykki til neyslu á staðnum. Þessar tvær mismunandi smásöludreifingarleiðir voru ekki taldir tilheyra sama markaðnum, m.a. með þeim rökum að sala á gosdrykkjum til neyslu á staðnum fæli í sér aukna þjónustu sem ekki er til staðar hjá söluaðilum sem selja drykki til neyslu síðar auk þess sem það er verðmunur á drykkjarvörum sem ræðst af því á hvorri dreifingarleiðinni þær eru seldar.

Í danska málinu sem hér var getið að framan var markaðnum fyrir gosdrykki skipt upp enn frekar eftir því hvort um dagvörumarkað, þ.e. markað fyrir kaup og sölu á drykkjum til neyslu síðar, eða veitingamarkað, þ.e. markað fyrir kaup og sölu á drykkjum til neyslu samstundis eða á staðnum, væri að ræða. Viðurkennt var að hvatakaupamarkaður væri fyrir hendi en í því tilviki sem um ræddi var talið að munurinn á hvatakaupamarkaði og dagvörumarkaði væri ekki umtalsverður og voru því sölustaðir sem tilheyra hvatakaupamarkaði taldir með dagvörumarkaði.

Til nánari skýringar á hvað átt er við með þessari skiptingu er rétt að vísa í áðurnefnda ákvörðun í máli nr. IV/M.794 - *Coca-Cola Enterprises Inc. og Amalgamated Beverages*. Þar var það reifað að viðeigandi gæti verið að skipta markaðnum fyrir gosdrykki í þrennt í samræmi við aðferðafræði Coca-Cola í Bretlandi: dagvörumarkað, hvatakaupamarkað og veitingamarkað. Til dagvörumarkaðar teldust stórar matvöruverslanir. Til hvatakaupamarkaðs teldust klukkubúðir, bensínstöðvar, söluturnar og kaupmaðurinn á horninu. Til veitingamarkaðar teldust veitingastaðir, skyndibitastaðir, barir, pöbbar, skemmtistaðir, vinnustaðir, skólar og sjúkrahús.

Hvatakaupamarkaðurinn hefur þó að því er virðist ekki þótt skipta meginmáli í hinum erlendu úrskurðum. Fremur er greint á milli sölu til neyslu síðar og sölu til neyslu á staðnum. M.t.t. söludreifingar óáfengra drykkja í Frakklandi í máli Cadbury-Schweppes og Pernod Ricard, sem vísað var til hér framar, leiddi rannsókn í ljós sannfærandi vísbendingar um að greina bæri á milli sölu til neyslu síðar annars vegar og sölu til neyslu á staðnum hins vegar. Verð er hærra á sölustöðum þar sem neysla fer fram á staðnum og einingar eru seldar í stykkjatali andstætt því sem gjarnan gerist á sölustöðum þar sem neytandinn tekur vöruna með sér heim en þar er verð lægra og vörur gjarnan seldar í kippum eða stærri pakkningum. Að teknu tilliti til allra fyrirliggjandi upplýsinga þá var það mat framkvæmdastjórnarinnar að flest benti til að um ólíka markaði væri að ræða m.t.t. smásöludreifingar að þessu leyti.

Við mat á því hvort viðeigandi sé að skipta íslenska gosdrykkjamarkaðnum upp á grundvelli þess hvert tilefni viðskiptanna er, þ.e. dagvörumarkaðskaup, hvatakaup eða veitingakaup, þá er ljóst að nauðsynlegt er að gera a.m.k. greinarmun á veitingamarkaði (neyslu á staðnum) annars vegar og dagvörumarkaði (neyslu síðar) hins vegar.



1.2.3 Landfræðilegur markaður

Í máli Coca-Cola Company/Carlsberg A/S, sem áður hefur verið vísað til, áleit framkvæmdastjórn ESB að hinn viðkomandi landfræðilegi markaður væri í eðli sínu afmarkaður af landamærum viðkomandi ríkis vegna mismunandi neysluhegðunar, flutnings- og dreifingarkerfis, markaðssetningar o.s.frv. Ennfremur kom fram að athuganir á markaðinum bentu til að þessi markaðsskilgreining væri rétt.

Í tengslum við landfræðilega markaðinn þá er einnig gagnlegt að líta til áðurnefnds úrskurðar breska samkeppnisráðsins í máli Cott og Macaw. Þar kemur fram að dreifingarkostnaður vegna gosdrykkja sem fluttir eru inn til Bretlands frá meginlandi Evrópu væri 3-4 sinnum meiri en dreifingarkostnaður framleiðanda sem staðsettur er í Stóra-Bretlandi. Í tilviki búðargosdrykkja (sem eru ódýrari en gosdrykkir sem seldir eru undir vörumerki framleiðanda) taldi breska samkeppnisráðið (OFT) að flutningskostnaður gæti numið allt að 30% af heildsöluverði dæmigerðrar tveggja lítra flösku af búðargosi. Á grundvelli þessa var álitnið að umtalsverður innflutningur á búðargosi væri nánast útilokaður.

Ísland er talsvert lengra frá meginlandi Evrópu en Bretland og því má ætla að flutningskostnaður vegna innflutnings á gosi hingað til lands sé nokkru hærra heldur en sá flutningskostnaður sem greindur var í framangreindu máli. Það er því mat Samkeppniseftirlitsins með hliðsjón af því sem hér hefur komið fram, þ.m.t. sjónarmiðum er snúa að mismunandi neysluhegðun o.s.frv., að hinn landfræðilegi markaður fyrir gosdrykki sé Ísland í því máli sem hér er til umfjöllunar.

1.2.4 Niðurstaða um skilgreiningu markaðarins

Að mati Samkeppniseftirlitsins, er ekki hægt að fallast á þau rök Vífilfells að gosdrykkir teljist tilheyra sama markaði og t.d. mjólkurdrykkir, safar, íþrótt- og orkudrykkir eða aðrir óáfengir drykkir. Gosdrykkir hafa ólíka eiginleika og ímynd í hugum neytenda sem greina þá frá þessum drykkjartegundum. Gosdrykkir uppfylla aðrar þarfir en þessar drykkjartegundir að mati eftirlitsins, og þeirra er neytt við aðrar aðstæður. Rétt er að hafa í huga að þessar drykkjartegundir höfðu ekki með sama hætti til allra hópa neytenda og þeirra er oftast neytt við ólíkar kringumstæður.

Þá telur Samkeppniseftirlitið að gosdrykkir uppfylli ekki þörf þeirra sem sækjast eftir vatnsdrykkjum og öfugt, einkum og sér í lagi vegna þess að vatnsdrykkir hafa verið tengdir heilbrigðum lífsháttum í hugum neytenda af framleiðendum drykkjanna með markaðssetningu. Að mati eftirlitsins eru gosdrykkir gerólíkir vatnsdrykkjum í hugum kaupenda. Fæstir neytendur tengi gosdrykki við heilbrigði, ólíkt því sem á við um vatnsdrykki og því er ljóst að gosdrykkir samsvara ekki vatnsdrykkjum. Þessar drykkjartegundir geta því ekki talist tilheyra sama markaði vegna gjörólíkrar ímyndar, jafnvel þótt fallist yrði á að m.t.t. eiginleika séu sumir íslenskir vatnsdrykkir á markaðnum óneitanlega teknir að líkjast gosdrykkjum meira en vatni. Verður að mati eftirlitsins að ætla að neytendur líti vatnsdrykkina ekki öðrum augum en kynning framleiðenda á þeim gefur tilefni til.



Það er jafnframt mat Samkeppniseftirlitsins að mjólkurdrykkir og gosdrykkir séu gjörólíkar drykkjartegundir sem neytt er við gjörólík tækifæri. Hvergi í fordæmunum sem nefnd hafa verið til sögunnar hér að framan er svo mikið sem vikið að þeim möguleika að mjólkurdrykkir og gosdrykkir kunni að tilheyra sama markaði. Neytendur líta á mjólk sem náttúrulega vöru sem uppfyllir næringarþörf en gosdrykki tengja neytendur við sykurbragð sem uppfyllir þannig annars konar þörf en næringarþörf og það gefur auga leið að þessara drykkja er neytt við gjörólík tækifæri.

Að mati Samkeppniseftirlitsins teljast safar og gosdrykkir einnig vera ólíkar drykkjartegundir sem tilheyra ólíkum mörkuðum af sömu ástæðu og mjólkurdrykkir og gosdrykkir eru ólíkar drykkjarvörur, þ.e. safar hafa ímynd náttúrulegrar, hollrar vöru sem aðallega er neytt til að uppfylla næringarþörf og við önnur tækifæri heldur en þegar fólk neytir gosdrykkja; t.d. er safa gjarnan neytt með morgunverði en gosdrykkja t.d. gjarnan neytt á skyndibitastöðum.

Íþróttadrykkir og orkudrykkir eru tiltölulega nýjar vörur á markaðnum sem neytendur kaupa gjarnan til að auka úthald við íþróttaiðkun og útivist af ýmsu tagi, s.s. líkamsrækt. Að mati Samkeppniseftirlitsins geta þessir drykkir ekki talist falla undir sama markað og gosdrykkir þar sem þeirra er almennt neytt við ólík tækifæri enda er ímynd þeirra nokkuð ólík ímynd gosdrykkja. Hlutdeild þessara drykkja er afar lítil enn sem komið er á drykkjarvörumarkaðnum og verður það að teljast ólíklegt að afstaðan til þeirra myndi breyta nokkru í því máli sem hér er til umfjöllunar.

Í máli Vífilfells kemur fram það sjónarmið að skilin milli drykkjartegunda séu að verða óskýrari vegna vöruþróunar síðustu ára. Auk hinna nýju vatnsdrykkja sem sumir hverjir hafa eiginleika sem líkjast meira gosdrykkjum en vatni, hefur Vífilfell nefnt sambland af safa og mjólkurdrykk, svonefndan „smoothie“. Þegar hefur verið bent hér á að ímynd nýju vatnsdrykkjanna er gjörólík ímynd gosdrykkja. Hvað varðar áðurnefndan „smoothie“ þá verður ekki annað séð en sá drykkur sé einfaldlega á sama markaði og aðrir mjólkurdrykkir og safar sem neytendur líta á sem náttúrulega, holla vöru sem neytt er til þess að uppfylla næringarþörf. Að mati Samkeppniseftirlitsins eru gosdrykkir enn sem fyrr sérgreindur markaður.

Að mati Samkeppniseftirlitsins er hægt að færa fyrir því rök að kóladykkir myndi aðgreindan markað meðal gosdrykkja. Rökin fyrir því voru rakin hér framar í umfjöllun um ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB í máli nr. IV/M.794 - *Coca-Cola Enterprises Inc. og Amalgamated Beverages*. Rannsóknir leiddu í ljós að allir markaðsaðilar, bæði framleiðendur og neytendur, litu á kóladykki sem sérstaka vöru. Ýmsir eiginleikar aðgreina kóladykki frá öðrum gosdrykkjum en þeir helstu eru að líkindum öflug merkjavöruímynd þeirra og koffeininnihald. Þá kom fram í einum úrskurðinum sem rakin var hér að framan að kóladykkir séu álitnir ásættanlegri staðgengdarvara fyrir áfenga drykki heldur en aðrir gosdrykkir. Þá kom fram að staðganga milli kólagosdrykkja og annarra gosdrykkja sé ósennileg, jafnvel í tilviki verðbreytinga. Í því máli sem hér er til umfjöllunar telur Samkeppniseftirlitið þó ekki nauðsynlegt að taka afstöðu til þess hvort kóladykkir myndi sérstakan markað.



Í ljósi framangreinds er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að gosdrykkir myndi aðgreindan markað frá öðrum drykkjarvörum. Undir heildarmarkað gosdrykkja falla allir óáfengir kóla-, appelsínu-, sítrónu- og/eða límonaðidrykkir auk annarra ávaxtabragðbættra gosdrykkja. Ípróttadrykkir, orkudrykkir sem og allir vatnsdrykkir, safar, mjólkurdrykkir o.s.frv. teljast falla utan þessa markaðar og verður ekki fjallað um þá í þessu máli.

Í máli Vífilfells er markaðnum fyrir gosdrykki skipt upp enn frekar eftir því hvers eðlis smásöludreifingin er. Þannig er gerður greinarmunur á markaðnum eftir því hvort um er að ræða staði sem selja gosdrykki til neyslu síðar (dagvörumarkað) eða til neyslu á staðnum (veitingamarkað). Ýmis fordæmi eru fyrir þessari skiptingu og ágreiningur um hana vart mikill enda skýr rök fyrir hendi sem farið hefur verið yfir hér framar. Samkeppniseftirlitið fylgir því þessari uppskiptingu í málinu.

Samkeppniseftirlitið fellst ekki á þau sjónarmið Vífilfells að framangreind niðurstaða um skilgreiningu markaðarins byggji á „*ósönnuðum yfirlýsingum*“ eða beri „*keim*“ af því að eftirlitið vilji skilgreina markaðinn þrengra en efni standi til. Þessi málflutningur Vífilfells er enda órökstuddur með öllu. Þá er ekkert í málflutningi Vífilfells sem gefur tilefni til annarrar ályktunar en þeirrar að gosdrykkir myndi aðgreindan vörumarkað á drykkjarvörumarkaði. Reyndar telur Samkeppniseftirlitið að skýringar Vífilfells styðji, ef eitthvað er, niðurstöðuna, sbr. umfjöllun um breytingar á neysluvenjum hér að framan. Hér að framan hafa því verið færð skýr efnisleg rök fyrir þeirri niðurstöðu að vörumarkaður þessa máls sé sala á gosdrykkjum annars vegar til aðila á veitingamarkaði (neysla á staðnum) og hins vegar til aðila á dagvörumarkaði (neysla síðar).

Ekki er ágreiningur um það í málinu að landfræðilegi markaðurinn í málinu skuli teljast vera Ísland.

2. Staða Vífilfells á markaðnum

Ákvæði 11. gr. samkeppnislaga á aðeins við um fyrirtæki sem eru í markaðsráðandi stöðu. Í máli þessu þarf að kanna hvort Vífilfell hafi verið í slíkri stöðu á þeim tíma sem umræddir viðskiptasamningar fyrirtækisins voru gerðir. Rannsóknartímabil þessa máls eru árin 2005-2008.

2.1 Sjónarmið Vífilfells

Vífilfell telur rétt að skilgreina vörumarkað málsins þannig að hann sé markaður fyrir alla óáfenga drykki. Vífilfell telur að fyrirtækið sé ekki markaðsráðandi á þeim markaði. Þá kveðst Vífilfell ekki hafa þann efnahagslega styrk sem til þyrfti til að geta hindrað virka samkeppni á umræddum markaði og geti ekki á nokkurn hátt starfað án þess að taka tillit til keppnauta, viðskiptavina og neytenda.

Vífilfell vísar til nokkurra atriða máli sínu til stuðnings um að Vífilfell geti ekki talist vera í markaðsráðandi stöðu:



- Helsti keppinautur Vífilfells á markaðnum, ÖES, sé gífurlega öflugur.
- Verð á vörum fyrirtækisins hafi hækkað minna en almennt verðlag á matvöru og drykkjum.
- Álagning fyrirtækisins hafi dregist saman.
- Markaðshlutdeild fyrirtækisins hafi dalað.
- Kaupendastyrkur sé verulegur hjá matvörukeðjunum.
- Endursöluaðilar etji birgjum saman. Vífilfell og ÖES verði að bjóða afslætti og þjónustu til að halda viðskiptum.
- Auðvelt aðgengi nýrra aðila að markaðnum.

Í ljósi framangreinds sé það mat Vífilfells að fyrirtækið uppfylli ekki skilyrði 4. mgr. 4. gr. samkeppnislaga og geti því ekki talist vera í markaðsráðandi stöðu á hinum skilgreinda markaði.

Í máli Vífilfells kemur fram að hlutdeild fyrirtækisins á árinu 2006 á markaði fyrir óáfenga drykki hafi verið um það bil [35-40]%. Séu drykkjarvöruflokkar hins vegar greindir hver frá öðrum komi í ljós að hlutdeildin sé mjög misjöfn frá einum drykkjarvöruflokki til annars. Þannig hafi Vífilfell verið með um [60-65]% hlutdeild í gosdrykkjasölu og um [30-35]% hlutdeild í vatnsdrykkjasölu. Í ávaxtasöfum hafi Vífilfell verið með um [45-50]% markaðshlutdeild árið 2006 og um [55-60]% hlutdeild í sölu íprótta- og orkudrykkja. Til nánari glöggvunar á sjónarmiðum Vífilfells varðandi þetta efni vísast í II. hluta þessarar ákvörðunar.

2.2 Mat Samkeppniseftirlitsins

Samkvæmt 4. tl. 1. mgr. 4. gr. samkeppnislaga hefur fyrirtæki markaðsráðandi stöðu:

„...þegar fyrirtæki hefur þann efnahagslega styrkleika að geta hindrað virka samkeppni á þeim markaði sem máli skiptir og það getur að verulegu leyti starfað án þess að taka tillit til keppinauta, viðskiptavina og neytenda.“

Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008 *Hf Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu* kemur fram að við mat á stöðu fyrirtækja á markaði skipti mestu að huga að markaðshlutdeild og því skipulagi sem ríki á markaðnum. Í dómi Hæstaréttar Íslands frá 18. nóvember 2010 í máli nr. 188/2010 *Hagar hf. gegn Samkeppniseftirlitinu* var dómur Héraðsdóms Reykjavíkur staðfestur með vísan til forsendna hans. Í dómi héraðsdóms kemur fram að við „mat á því hvort fyrirtæki hafi haft markaðsráðandi stöðu á skilgreindum markaði er litið til nokkurra atriða og þau metin saman:

1. Hver er markaðshlutdeild viðkomandi fyrirtækis á skilgreindum markaði og þróun hennar. Ein viðmiðun er að ef markaðshlutdeild fer yfir 50% þá eru allar líkur á að fyrirtækið hafi markaðsráðandi stöðu.
2. Litið er til markaðshlutdeildar þess fyrirtækis sem verið er að meta og hún borin saman við markaðshlutdeild annarra fyrirtækja á markaði. Ef miklu munar á markaðshlutdeild þess fyrirtækis sem stærstu hlutdeild hefur og



Þess fyrirtækis sem næst kemur í röðinni er líklegt að stærsta fyrirtækið hafi markaðsráðandi stöðu.

3. Þá er einnig litið til aðgangshindrana að markaði. Hér er átt við atriði á borð við lagalegar hindranir, fjárhagslegar hindranir, stærðarhagkvæmni, aðgengi að birgjum, þróað sölukerfi og þekkt vörumerki."

Fram kemur einnig að dómurinn telji að „þriðja atriðið sem nefnt er að framan, þ.e. aðgangshindranir að markaði, ráði ekki úrslitum þegar meta skal hvort stefnandi hafi verið í markaðsráðandi stöðu ...” Hins vegar geti þessi atriði skv. dómnum styrkt frekar þá niðurstöðu að fyrirtæki sé í markaðsráðandi stöðu.

Markaðshlutdeild veitir því mjög sterka vísbendingu um markaðsráðandi stöðu, sbr. einnig t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2006 *Dagur Group hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

Skilgreining 4. gr. samkeppnislaga á markaðsráðandi stöðu sækir fyrirmynd sína til EES/ESB samkeppnisréttar og er efnislega samhljóða skilgreiningu dómstóls ESB á markaðsráðandi stöðu sem fram kemur m.a. í Hoffman-La Roche málinu.²² Ítrekað hefur komið fram hjá dómstólum ESB að mjög há markaðshlutdeild feli ein og sér í sér sönnun á því að viðkomandi fyrirtæki sé í markaðsráðandi stöðu nema fyrir hendi séu einstakar kringumstæður sem bendi til annars. Þetta eigi við þegar fyrirtæki hafi 50% markaðshlutdeild.²³ Ályktunin um markaðsráðandi stöðu sem draga má af markaðshlutdeild er enn sterkari ef fyrirtæki hafa meira en 50% markaðshlutdeild.²⁴

Rétt er að hafa í huga að fyrirtæki geta einnig verið í markaðsráðandi stöðu þrátt fyrir að hafa lægri hlutdeild en 50% á viðkomandi markaði. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 8/2008 *Fiskmarkaður Íslands hf. gegn Samkeppniseftirlitinu* var fyrirtæki með 42-46% markaðshlutdeild talið markaðsráðandi. Einnig hefur dómstóll ESB talið að fyrirtæki sem hafa innan við 40% markaðshlutdeild geti verið í markaðsráðandi stöðu.²⁵

Eins og að framan greinir verður einnig að horfa til markaðshluteildar keppinauta og bera hana saman við hlutdeild þess fyrirtækis sem til rannsóknar er. Í

²² Mál nr. 85/76 *Hoffman-La Roche v Commission* [1979] ECR 3451.

²³ Sjá hér t.d. dóm undirréttar ESB frá 25. júní 2010 í máli nr. T-66/01 *ICI v Commission*: „*Very large market shares are in themselves, and save in exceptional circumstances, evidence of the existence of a dominant position. ... Thus, according to the case-law of the Court of Justice, a market share of 50% is in itself, and save in exceptional circumstances, evidence of the existence of a dominant position (see, to that effect, Case C-62/86 AKZO v Commission [1991] ECR I-3359, paragraph 60).*”

Sjá ennfremur Whish, *Competition Law*, sjötta útgáfa 2009, bls. 46: „*There is a legal presumption that, with 50% of the market, you have a dominant position.*” Sjá einnig Faull & Nikpay, *The EC Law of Competition*, önnur útgáfa 2007, bls. 324: „*Very high market shares provide in themselves virtually conclusive proof that a firm is dominant.*”

²⁴ Sjá t.d. dóm undirréttar ESB í máli nr. T-30/89 *Hilti AG v Commission* [1991] ECR II-1439 og dóm dómstóls ESB í máli nr. C-53/92P *Hilti AG v Commission* [1994] ECR I-667. Í dómum þessum var staðfest sú niðurstaða framkvæmdastjórnar ESB að markaðshlutdeild milli 70-80% væri það há að engrar frekari rannsóknar væri þörf til þess að sýna fram á viðkomandi fyrirtæki væri markaðsráðandi. Sjá einnig dóm undirréttar ESB í sameinuðum málum nr. m.a. T-191/98 *Atlantic Container Lines v Commission* [2003] ECR-3257: „*... a market share of 60% on the trade in question gave rise to strong presumption of a dominant position.*”

²⁵ Sjá dóm undirréttar ESB frá 17. desember 2003 í máli nr. T-219/99 *British Airways plc v Commission*.



umræddum dómi í Hagamálinu þótti hafa þýðingu að markaðshlutdeild Haga var 20-25% hærrí en hjá helsta keppinaut fyrirtækisins. Í EES/EB-samkeppnisrétti er einnig litið svo á að það sé vísbending um markaðsráðandi stöðu ef talsverður munur er á markaðshlutdeild viðkomandi fyrirtækis og keppinauta þess.²⁶ Litið er svo á að meira en 20% munur á markaðshlutdeild hins ætlaða ráðandi fyrirtækis og stærsta keppinutarins sé sterk vísbending um ráðandi stöðu, sérstaklega ef sá munur hefur verið fyrir hendi um talsverðan tíma.²⁷

Samkvæmt framansögðu geta önnur atriði styrkt þá niðurstöðu að fyrirtæki sé markaðsráðandi. Dæmi um þetta er hvort aðgangur að markaðnum sé auðveldur, hvort viðkomandi fyrirtæki sé almennt öflugt með hliðsjón af fjármagni, tækjum og framboði vöru eða þjónustu.

Hafa ber í huga að í hugtakinu markaðsráðandi staða felst ekki krafa um að engin samkeppni ríki á viðkomandi markaði.²⁸ Um markaðsráðandi stöðu getur þannig verið að ræða þrátt fyrir líflega samkeppni á viðkomandi markaði.²⁹ Jafnvel þótt markaðshlutdeild viðkomandi fyrirtækis minnki á því tímabili sem til skoðunar er telst það markaðsráðandi ef hlutdeildin er eftir sem áður mjög há.³⁰

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála hefur ítrekað bent á að við mat á markaðsráðandi stöðu í málum sem varða brot á 11. gr. samkeppnislaga verði að líta til stöðu viðkomandi fyrirtækis eins og hún var þegar ætluð brot áttu sér stað, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008 *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu*. Fram kemur einnig í þessum úrskurði áfrýjunarnefndar að upplýsingar um stöðu fyrirtækja eftir ætlaðan brotatíma hafi takmarkaða þýðingu.³¹ Er þetta lagt til grundvallar í þessu máli en mál þetta tekur til aðgerða Vífilfells á markaði á árunum 2005-2008.

²⁶ Sjá t.d. Van Bael & Bellis, *Competition Law of the European Community*, fimmta útgáfa 2009 bls. 110: „When there is a significant gap between the market share of the potentially dominant undertaking and the market shares of its competitors, this element may be considered as confirmation of the existence of a dominant position.”

²⁷ Sjá t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB í máli nr. COMP/M.1741 *MCI/WorldCom/Sprint*. Sjá einnig ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar í Tetra Pak II málinu, OJ 1992 L72/1. Til stuðnings því að Tetra Pak væri markaðsráðandi var m.a. vísað til þess að Tetra Pak hefði 55% markaðshlutdeild en helstu keppinautarnir höfðu hins vegar 27% og 11% markaðshlutdeild.

²⁸ Sjá t.d. dóm dómstóls EB í máli nr. 85/76 *Hoffman-La Roche v Commission* [1979] ECR 3451.

²⁹ Sjá dóm dómstóls EB í máli nr. 2/76 *United Brands v Commission* [1978] ECR 207. Sjá einnig dóm undirréttar ESB frá 30. janúar 2007 í máli nr. T-340/03 *France Télécom v Commission*: „Even the existence of lively competition on a particular market does not rule out the possibility that there is a dominant position on that market ...”

³⁰ Sjá dóm undirréttar EB í sameinuðum málum nr. m.a. T-24/93 *Compagnie Maritime Belge v Commission* [1996] ECR II-1201. Sjá einnig dóm undirréttar ESB frá 30. janúar 2007 í máli nr. T-340/03 *France Télécom v Commission*. Í málinu var vísað til þess að markaðshlutdeild viðkomandi fyrirtækis (WIN) hafði á brotatímabilinu minnkað úr 72% í 63,6%. Var því haldið fram að þetta sýndi virka samkeppni á markaðnum og WIN gæti því ekki verið í markaðsráðandi stöðu. Undirréttur ESB féllst ekki á þetta: „With regard to the fall in market shares between August and October 2002, a decline in market shares which are still very large cannot in itself constitute proof of the absence of a dominant position ... Even by proceeding on the basis of the figure put forward by WIN, WIN's market share was still in fact very high at the end of the infringement period.”

³¹ Er sama regla lögð til grundvallar í EES/EB-samkeppnisrétti. Sjá t.d. dóm undirréttar EB frá 30. janúar 2007 í máli nr. T-340/03 *France Télécom v Commission*: „According to the case-law, Article 82 EC refers to the position occupied by the undertaking concerned on the common market at the time when it acted in a way which is alleged to amount to an abuse ...”



2.2.1 Álit samkeppnisráðs nr. 3/1999

Áður en vikið er að stöðu Vífilfells á markaðnum á rannsóknartímabilinu er rétt að líta til þess að samkeppnisyrkvöld hafa áður fjallað um markaðsstyrk fyrirtækisins. Það var gert í álit samkeppnisráðs nr. 3/1999 *Fyrirhuguð kaup Coca-Cola Nordic Beverages A/S á öllu hlutafé í Vífilfelli ehf.* Var þar komist að þeirri niðurstöðu að Vífilfell væri í markaðsráðandi stöðu á gosdrykkjamarkaðnum:

„Meginþátturinn í starfsemi Vífilfells er framleiðsla og sala á gosdrykkjum. Yfirgnæfandi hluti veltu fyrirtækisins er vegna þeirrar starfsemi. Ef litið er á gosdrykkjamarkaðinn í heild sinni var hlutdeild fyrirtækisins á árinu 1998 miðað við veltu um 70% og markaðshlutdeild helsta keppinautarins innan við 30%. Vörumerki þau sem Vífilfell hefur heimild til að nota eru alþjóðleg og mjög þekkt og skapa fyrirtækinu styrka stöðu, m.a. gagnvart endurseljendum. Má í því sambandi hafa í huga að t.d. á danska og breska markaðnum hafa endurseljendur litið svo á að Coca-cola sé sk. „must stock brand“. Á grundvelli m.a. þessa hefur verið litið svo á að stórar og öflugar keðjur matvöruverslana á danska og breska markaðnum geti ekki beitt kaupendastyrk sínum til að vinna gegn markaðsyfirráðum seljenda Coca-cola. Sé miðað við heildar gosdrykkja-markaðinn er að mati samkeppnisráðs ljóst að Vífilfell er í markaðsráðandi stöðu í skilningi samkeppnislaga, sbr. 4. gr. laganna.“

2.2.2 Markaðshlutdeild

Eins og fram kom hér framar getur Samkeppniseftirlitið ekki fallist á markaðsskilgreiningu Vífilfells þess efnis að vörumarkaður málsins teljist fela í sér alla óáfenga drykki. Það er mat Samkeppniseftirlitsins eins og áður sagði að aðgreindur markaður sé fyrir gosdrykki á drykkjarvörumarkaði og að vörumarkaður málsins teljist vera heildarmarkaður fyrir gosdrykki. Með vísan til þess að Samkeppniseftirlitið hafnar markaðsskilgreiningu Vífilfells tekur Samkeppniseftirlitið jafnframt ekki afstöðu til mats Vífilfells á markaðshlutdeild sinni á markaði fyrir óáfenga drykki.

Þegar meta skal markaðshlutdeild er að jafnaði stuðst við upplýsingar hlutaðeigandi fyrirtækja um tekjur þeirra vegna sölu á vöru og/eða þjónustu sem um ræðir, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2006 *Flugþjónustan á Keflavíkurflugvelli ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu.*

Við mat á markaðshlutdeild Vífilfells og annarra aðila á drykkjarvörumarkaðnum aflaði Samkeppniseftirlitið upplýsinga um tekjur frá Vífilfelli, ÖES og 26 öðrum framleiðendum og birgjum á drykkjarvörumarkaðnum. Óskað var eftir því að tekjuupplýsingarnar eða salan yrði annars vegar flokkuð fyrir matvöruverslanir og hins vegar fyrir aðra söluaðila. Með matvöruverslunum kom fram að átt væri við hefðbundnar dagvöruverslanir s.s. verslanir innan vébanda Haga, Kaupáss og Samkaupa, Fjarðarkaupa o.s.frv. Með öðrum söluaðilum kom fram að átt væri við söluturna, verslanir, bensínstöðvar, mötuneyti sem og aðra söluaðila sem ekki flokkuðust til hefðbundinna matvöruverslana. Jafnframt var óskað eftir því að tekjuupplýsingarnar yrðu sundurliðaðar fyrir árin 2005, 2006 og fyrstu sex mánuði ársins 2007 eftir ákveðnum vöruflokkum sem tilgreindir voru í umræddri



beiðni. Vöruflokkarnir fyrir matvöruverslanirnar voru gosdrykkir, sem skiptust annars vegar í kóladyrki og hins vegar í aðra gosdrykki, kolsýrt vatn, íþróttadyrki, orkudyrki, safu, léttöl og svo aðrar tekjur vegna sölu á vörum til matvöruverslana. Fyrir aðra söluaðila voru vöruflokkarnir gosdrykkir, sem skiptust annars vegar í kóladyrki og hins vegar aðra gosdrykki, kolsýrt vatn, íþróttadyrki, orkudyrki, safu, bjór, léttöl og aðrar tekjur vegna sölu á vörum til annarra söluaðila. Samkeppniseftirlitið aflaði jafnframt upplýsinga um tekjur Vífilfells og ÖES fyrir seinni sex mánuði ársins 2007, þ.e. eftirlitið fékk upplýsingar um heildartekjur ársins 2007 ásamt 2008, flokkaðar á sama hátt og talið er að ofan.

Tekjuupplýsingarnar frá Vífilfelli leiddu í ljós að markaðshlutdeild fyrirtækisins er meiri á markaðnum fyrir kóladyrki sérstaklega, heldur en á heildarmarkaði fyrir gosdrykki en munurinn er þó ekki svo mikill í heildarsamhengi málsins að Samkeppniseftirlitið hafi talið ástæðu til að taka afstöðu til þess hvort kóladyrki myndi aðgreindan markað eins og kom fram í kaflanum um markaðsskilgreiningu. Þar sem markaður málsins telst vera gosdrykkjamarkaðurinn í heild, eins og hann hefur verið skilgreindur hér framfar, verður umfjöllun um markaðshlutdeildina einungis miðuð við þær tekjuupplýsingar sem aflað var í tengslum við heildarmarkaðinn fyrir gosdrykki.

Samkvæmt athugunum Samkeppniseftirlitsins sjá Vífilfell og ÖES neytendum fyrir því sem næst öllu gosdrykkjaframboðinu sem er á markaðnum. Innflutningur var smávægilegur og svo lítill í heildarsamhengi málsins að ekki er talin ástæða til að gera grein frá honum hér.

Í töflum 1 og 2 koma fram upplýsingar um heildarsölu Vífilfells og ÖES á gosdrykkjum á árunum 2005-2008. Töflunum er skipt upp eftir smásöldreifingarleiðum. Tafla 1 gefur yfirlit um sölu á m.kr. og tafla 2 gefur yfirlit um markaðshlutdeildina.



Tafla 1. Velta á gosdrykkjamarkaði. Tölur eru í milljónum kr.

Ár	Dagvöruverslanir		Aðrir söluaðilar		Söluaðilar alls	
	Vífilfell	ÖES	Vífilfell	ÖES	Vífilfell	ÖES
2005	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
2006	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
2007	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
2008	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

Tafla 2. Markaðshlutdeild á gosdrykkjamarkaði miðað við veltu.

Ár	Dagvöruverslanir		Aðrir söluaðilar		Söluaðilar alls	
	Vífilfell	ÖES	Vífilfell	ÖES	Vífilfell	ÖES
2005	[70-75]%	[25-30]%	[70-75]%	[25-30]%	[70-75]%	[25-30]%
2006	[70-75]%	[25-30]%	[70-75]%	[25-30]%	[70-75]%	[25-30]%
2007	[65-70]%	[30-35]%	[70-75]%	[25-30]%	[65-70]%	[30-35]%
2008	[65-70]%	[30-35]%	[70-75]%	[25-30]%	[65-70]%	[30-35]%

Samkvæmt þessu breyttist heildarstærð markaðarins lítið á árunum 2005-2007 en jókst síðan nokkuð árið 2008. Heildarveltan var liðlega [...] ma.kr. árið 2005 en hafði hækkað upp í um [...] ma.kr árið 2008. Markaðshlutdeildin hjá tveimur stærstu aðilunum á markaðnum breyttist ekki mikið á tímabilinu. Hlutdeild Vífilfells var u.þ.b. 70% á meðan hlutdeild ÖES var u.þ.b. 30% öll viðmiðunarárin. Hlutdeild Vífilfells á dagvörumarkaði jafnt sem hjá öðrum söluaðilum er áþekk hlutdeild fyrirtækisins á markaðnum í heild. Vart er hægt að greina marktæka þróun út frá þessum tölum þó að hlutur ÖES aukist á þessu tímabili. Aukning hlutdeildar ÖES er þó svo lítil að það nær hvergi nærri að ógna þeirri yfirburðastöðu sem Vífilfell nýtur á markaðnum samkvæmt þessu.

Þessar tölur sýna glögglega að Vífilfell hefur ríflega tvöfalda markaðshlutdeild á við ÖES öll árin sem hér um ræðir. Eins og fram kom í umfjölluninni hér að framan er lítið svo á að ef meira en 20% munur sé á markaðshlutdeild hins ætlaða ráðandi fyrirtækis og stærsta keppinautarins þá sé það sterk vísbending um markaðsráðandi stöðu, sérstaklega ef sá munur hefur verið við lýði um talsverðan tíma (eins og hér kemur greinilega fram). Að mati Samkeppniseftirlitsins bendir markaðshlutdeild Vífilfells eindregið til þess að fyrirtækið sé í markaðsráðandi stöðu á gosdrykkjamarkaði.

2.2.2.1 Nánar um sjónarmið Vífilfells varðandi markaðshlutdeild

Vífilfell heldur því fram að Samkeppniseftirlitið leggi of mikla áherslu á markaðshlutdeild og líta verði til fleiri þátta við mat á markaðsráðandi stöðu. Þá heldur fyrirtækið því fram að „*samkvæmt evrópskum samkeppnisrétti, leiðir markaðshlutdeild ein og sér hins vegar ekki sjálfkrafa til þeirrar ályktunar að um markaðsráðandi stöðu sé að ræða.*”

Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á að það ofmeti mikilvægi markaðshlutdeildar. Hér að framan er því lýst hvernig áfrýjunarnefnd samkeppnismála og íslenskir dómstólar, auk dómstóla ESB, meta þýðingu markaðshlutdeildar við mat á því hvort fyrirtæki er í markaðsráðandi stöðu. Eru



þau viðmið lögð til grundvallar í þessu máli. Auk þess er horft til annarra atriða við það mat, sbr. umfjöllun hér á eftir.

Í umsögn Vífilfells við andmælaskjalið eru einnig gerðar athugasemdir við þá aðferð sem notuð er til að meta markaðshlutdeild fyrirtækisins. Heldur Vífilfell því fram að jafnvel þó aðeins væri miðað við gosdrykkjamarkaðinn sé hlutdeild fyrirtækisins verulega ofmetin. Er í því sambandi vísað til aðferðar sem fyrirtækið kveðst hafa notað undanfarin ár til að meta markaðshlutdeild í tengslum við skilyrði sem sett voru í áður nefndri ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB frá árinu 2005 í máli nr. COMP/A. 39.116/B2.

Í athugasemdum Vífilfells segir að ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar taki til tveggja þátta. Fyrri þátturinn „feli í sér ákveðna aðferðafræði við að meta markaðsráðandi stöðu, þannig að unnt sé að ákveða hvort ákvæði samkomulagsins skuli gilda í tilteknu ríki eða á tilteknum markaði.“ Segir Vífilfell að gert sé ráð fyrir að fyrirtæki sé markaðsráðandi og falli undir skilyrðin ef hlutdeild þess „á markaði fyrir sölu gosdrykkja til matvöruverslana (future consumption channel) eða veitingahúsa (immediate consumption channel) (1) fer yfir 40% og (2) er meira en tvisvar sinnum stærri en hlutdeild þess keppinautar sem næstur kemur á sama markaði.“ Kveðst Vífilfell hafa á hverju ári sent framkvæmdastjórninni upplýsingar um þá markaðshlutdeild sem fyrirtækið hefur talið að það væri með á gosdrykkjamarkaði hér á landi. Í máli Vífilfells kemur fram að sérstök aðferðafræði til að reikna út markaðshlutdeild hafi verið þróuð í viðræðum framkvæmdastjórnarinnar og TCCC. Í þessu sambandi er vísað til umfjöllunar um þetta atriði í ákvörðuninni þar sem m.a. komi fram að byggja eigi á gögnum frá fyrirtækjunum AC-Nielsen og Canadean Limited. Segir að á tímabilinu 2005-2008 hafi ekki verið til að dreifa upplýsingum frá þessum fyrirtækjum um íslenska markaðinn, hvorki matvöru- né veitingahúsamarkaðinn. Fyrir matvörumarkaðinn hafi Vífilfell því notað upplýsingar um söluvirði frá IMG Gallup sem verið hafi umboðsaðili fyrir AC Nielsen. Fyrir veitingahúsamarkað hafi hins vegar ekki legið fyrir neinar upplýsingar, hvorki um verðmæti eða magn á árunum 2005-2007. Hafi Vífilfell því byggt á upplýsingum frá Hagstofu Íslands um heildarmagn seldra gosdrykkja sem hafi verið bestu fáanlegu upplýsingarnar til að meta markaðshlutdeildina. Upplýsinga fyrir árið 2008 hafi hins vegar verið unnt að fá frá Canadean Limited. Í neðangreindri töflu kemur fram sú markaðshlutdeild sem Vífilfell kveðst hafa tekið mið af og sent framkvæmdastjórninni. Að mati Vífilfells eru þessar upplýsingar í samræmi við þá aðferðafræði sem sátt framkvæmdastjórnarinnar og TCCC fól í sér.

Tafla 3. Markaðshlutdeild á gosdrykkjamarkaði skv. mati Vífilfells.

Ár	Dagvöruverslanir		Aðrir söluaðilar	
	Vífilfell	ÖES	Vífilfell	ÖES
2005	[60-65]%	[35-40]%	[60-65]%	[35-40]%
2006	[60-65]%	[35-40]%	[60-65]%	[35-40]%
2007	[60-65]%	[35-40]%	[65-70]%	[30-35]%
2008	[65-70]%	[35-40]%	[50-55]%	[45-50]%



Vífilfell heldur því fram að framangreint mat á markaðshlutdeild sé byggt á „bestu upplýsingum“ sem unnt var að nálgast fyrir fyrirtækið. Vífilfell hafi því ekki fallið undir skilyrðin þar sem hlutdeild fyrirtækisins hefði aldrei verið tvöfalt meiri en þess keppinautar sem næst kæmi á eftir, þ.e. ÖES. Segir einnig að þær upplýsingar sem Samkeppniseftirlitið hafi aflað til að meta markaðshlutdeild hafi ekki verið Vífilfelli aðgengilegar og geti því ekki verið bestu fánlegu upplýsingarnar í skilningi samkomulags framkvæmdastjórnarinnar og TCCC frá árinu 2005.

Samkeppniseftirlitið bendir hér fyrst á að í kafla III hér að framan er fjallað um formlega þýðingu umræddrar ákvörðunar framkvæmdastjórnar ESB og vísast til þess. Þá er framangreind lýsing Vífilfells á ákvörðuninni ekki alls kostar rétt. Hér skiptir máli að TCCC og þrír átöppunaraðilar tóku á sig skuldbindingar (e. commitments) og buðust til þess að breyta hegðun sinni á markaðnum, m.a. með því að hætta að nota einkakaupasamninga. Í skuldbindingunum eru ákvæði þar sem þessi fyrirtæki skilgreina þau landsvæði þar sem þau eru tilbúin að láta kvaðirnar almennt gilda. Er það í þeim ríkjum þar sem framangreind skilyrði um markaðshlutdeild eru uppfyllt.³² Þá er lýst aðferðafræði til að meta þessa markaðshlutdeild í skuldbindingunum.³³ Í þessu mati á markaðshlutdeild skv. skuldbindingunum felst engin afstaða til markaðsráðandi stöðu heldur er hér um að ræða aðferð til að skilgreina gildissvið þeirra kvaða sem felast í skuldbindingunum. Ber í því sambandi að líta til þess að viðkomandi fyrirtæki setja fram tiltekinn fyrirvara í upphafskafli skuldbindinganna.³⁴ Að þessu leyti felst því aðeins í ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar að framangreindar skuldbindingar eru gerðar lagalega bindandi fyrir viðkomandi fyrirtæki með heimild í 9. gr. reglugerðar ráðsins nr. 1/2003. Af þessu leiðir að Vífilfell getur ekki dregið þá ályktun að fyrirtækið sé ekki markaðsráðandi jafnvel þótt markaðshlutdeild þess hefði ekki verið meira en tvöfalt meiri en ÖES.

Að mati Samkeppniseftirlitsins er einnig ljóst að sú aðferðafræði sem Vífilfell kveðst hafa beitt við mat á markaðshlutdeild er haldin verulegum annmörkum og er að mati eftirlitsins ekki tæk við athugun á því hvort fyrirtækið sé í markaðsráðandi stöðu. Skal þetta rökstutt nánar.

³² Lýst svo í 41. mgr. ákvörðunarinnar: „*The Parties proposed to apply the commitments in all Member States, Norway and Iceland insofar as TCCC-branded CSDs accounted for more than 40%, and more than twice the share of the nearest competitor, of national CSD sales in either the takehome channel or the on-premise channel in the previous year.*” Orðað svo í I. kafla skuldbindinganna sem fylgja sem viðauki við ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar: „*Countries*” means all Relevant European Countries and future EU Member States in which TCCC-Branded CSDs accounted for more than 40%, and more than twice the share of the nearest competitor, of national CSD sales in either the Take-Home Channel or the On-Premise Channel in the previous year.”

³³ Aðferðafræðin er skilgreind í I kafla skuldbindinganna: „*Approved Methodology*” means the following methodology used to calculate the shares prescribed in this Undertaking for purposes of defining “Countries” and “TCCCBranded Orange CSDs.” Shares will be calculated using the best available value-based Channel-specific data for each of the Take-Home Channel (as currently provided by AC Nielsen) and the On-Premise Channel. Where Channel-specific value-based data are not available for a Channel, shares for that Channel will be calculated using the best available Channel-specific volume-based data (as currently provided by Canadean Limited). In situations where Channel-specific volume-based data are not available, shares for either or both Channels will be based on the best available national volume-based data (as currently provided by Canadean Limited).”

³⁴ „*This Undertaking is made without prejudice to the Companies’ position should the European Commission or any other party decide to open proceedings or to commence any other legal action against any of the Companies.*”



Eins og getið er um hér að framan vísar Vífilfell til þess að við mat á markaðshlutdeild hafi verið stuðst við eftirfarandi upplýsingar:

- Frá IMG Gallup sem sé umboðsaðili AC-Nielsen (markaðshlutdeild á matvörumarkaði 2005-2008).
- Frá Hagstofu Íslands (markaðshlutdeild hjá öðrum endurseljendum 2005-2007).
- Frá Canadean Limited³⁵ (markaðshlutdeild hjá öðrum endurseljendum 2008).

Samkeppniseftirlitið bendir í fyrsta lagi á að þessar skýringar Vífilfells eru ekki í samræmi við þær sem fyrirtækið setti fram í kæru til áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 12/2010 *Vífilfell hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Þar sagði um aðferðafræðina að hlutdeild Vífilfells væri „metin út frá annars vegar upplýsingum Hagstofu Íslands um heildarsölu gosdrykkja og hins vegar upplýsingum Vífilfells um sölu félagsins á gosdrykkjum.“ Segir jafnframt í kærinni að framkvæmdastjórnin hafi fallist á þá aðferðafræði og hún síðan verið notuð til að meta hvort áfrýjandi hafi fallið undir skilmála sáttar framkvæmdastjórnarinnar og TCCC eða ekki. Hvað sem þessu misræmi líður telur Samkeppniseftirlitið enga þeirra raunhæfa leið til að meta raunverulega markaðshlutdeild á skilgreindum mörkuðum. Skal þetta rökstutt nánar.

Hvað varðar upplýsingar frá IMG Gallup sem er umboðsaðili fyrir AC Nielsen á Íslandi þá telur Samkeppniseftirlitið ljóst að þær geta aðeins veitt ákveðna vísbendingu um markaðshlutdeild í sölu á gosdrykkjum til matvöruverslana. Ástæðan er sú að fyrirtækið mælir sölu verslana í verðmæti og magni til neytenda (þ.e. út úr versluninni) en ekki sölu dreifingaraðila til verslananna. Ljóst er því t.d. að mismunandi álagning verslana á vörutegundum getur valdið misræmi í markaðshlutdeild eftir því hvort um er að ræða sölu til verslunar eða út úr versluninni.³⁶ Þá ber að geta þess að IMG Gallup eða AC Nielsen mælir ekki sölu allra matvöruverslana á Íslandi. Þau skekkjumörk sem eru á markaðshlutdeild samkvæmt mati Samkeppniseftirlitsins annars vegar og AC Nielsen hins vegar (1-7%) virðast einmitt geta skýrst af þessu misræmi. Hvað sem því líður er ljóst að gögn frá AC Nielsen mæla ekki nákvæma markaðshlutdeild og er því ekki unnt að byggja á þeim í máli þessu.

Hvað varðar upplýsingar frá Hagstofu Íslands bendir Samkeppniseftirlitið á að Hagstofan birtir ekki né veitir upplýsingar um heildarsölu á gosdrykkjum. Einungis eru veittar upplýsingar um magn og tekjur úr flokkum sem innihalda fleiri tegundir drykkarvara en gosdrykki. eru þessar upplýsingar aðgengilegar á heimasíðu Hagstofunnar. Í einum flokki (1107 Vatn og gosdrykkir, ltr) koma fram upplýsingar um heildarmagn í flokki gosdrykkja og kolsýrðs vatns. Hafi Vífilfell veitt upplýsingar sem byggja á samanburði á framleiddu magni af gosdrykkjum fyrirtækisins við heildarmagn í þessum flokki er því ljóst að þær upplýsingar

³⁵ Canadean Limited er alþjóðlegt fyrirtæki sem safnar upplýsingum um drykkjarvörumarkaði.

³⁶ Sem dæmi má nefna framleiðanda A og B sem selja staðgönguvöru til verslunar C. A selur fyrir 700 þús. kr. en B 300 þús. kr. Markaðshlutdeild A er því 70% en B 30%. Álagning verslunarinnar á vöru frá framleiðanda A er 15% en frá framleiðanda B 25%. Markaðshlutdeild mæld út úr verslun er því rúmlega 68% hjá A en tæplega 32% hjá framleiðanda B.



endurspeglar ekki markaðshlutdeild á gosdrykkjamarkaði. Þær upplýsingar sem Hagstofan veitir um verðmæti við sölu á drykkjarvöru er samtala þess flokks sem inniheldur gosdrykki og vatn (1107) annars vegar og bjór, pilsner og malt (1105) hins vegar. Hafi Vífilfell veitt upplýsingar sem byggja á samanburði á tekjum sínum vegna gosdrykkjasölu við samtölu Hagstofunnar úr þessum tveimur flokkum er því ljóst að slíkur samanburður endurspeglar því síður markaðshlutdeild við sölu á gosdrykkjum. Með öðrum orðum er ljóst að ef Vífilfell hefur borið tekjur sínar eða magn vegna sölu á gosdrykkjum saman við upplýsingar úr nefndum atvinnugreinaflokkum Hagstofunnar hefur hlutdeild fyrirtækisins verið stórlega vanmetin. Að mati Samkeppniseftirlitsins ættu þessir annmarkar upplýsinga Hagstofunnar til að leggja mat á markaðshlutdeild á gosdrykkjamarkaði ekki að hafa dulist Vífilfelli, enda kemur það skýrt fram á heimasíðu Hagstofunnar að flokkarnir innihalda fleiri vörutegundir en gosdrykki.

Samkeppniseftirlitinu er ekki ljóst hvernig líta beri á upplýsingar fyrirtækisins Canadean Limited um markaðshlutdeild á árinu 2008 enda er ekki útskýrt af hálfu Vífilfells hvernig þeirra var aflað. Á hinn bóginn er ljóst að mikið ósamræmi er á milli þeirra upplýsinga annars vegar og raunupplýsinga sem aflað hefur verið frá keppinautum á skilgreindum markaði þessa máls, þ.e. Vífilfelli og ÖES, hins vegar. Að mati eftirlitsins ætti Vífilfelli jafnframt að vera ljóst að upplýsingar frá Canadean Limited um markaðshlutdeild eru fjarri því að vera raunhæfar en samkæmt þeim hefði Vífilfell tapað talsverðri markaðshlutdeild milli árána 2008 og 2007. Upplýsingar Samkeppniseftirlitsins sýna hins vegar að hlutdeild Vífilfells í sölu til annarra aðila en matvöruverslana breyttist óverulega milli árána 2008 og 2007. Fæst því ekki annað séð en að Vífilfell hafi með því að leggja þessi gögn fram vísitandi lagt fram upplýsingar sem stjórnendur fyrirtækisins máttu vita að endurspegluðu ekki rétta markaðshlutdeild.

Með hliðsjón af framangreindu getur Samkeppniseftirlitið ekki fallist á að umræddar upplýsingar sem Vífilfell byggir á til að meta markaðshlutdeild sína endurspeglar raunverulega hlutdeild fyrirtækisins í sölu á gosdrykkjum hér á landi. Í ljósi athugasemda Vífilfells er þó rétt að útskýra nánar hvernig staðið var að öflun upplýsinga til að meta markaðshlutdeild. Eins og áður segir er markaður þessa máls sala á gosdrykkjum til matvöruverslana annars vegar og annarra söluaðila (aðallega veitingahúsa) hins vegar. Eins og Vífilfell vísar reyndar til er það markaður fyrir „*sölu til matvöruverslana ... eða veitingahúsa*“ sem um ræðir. Til að meta hlutdeild á þeim markaði með óyggjandi hætti er einungis unnt að afla raunupplýsinga frá aðilum sem á markaðnum starfa vegna sölu þeirra til endurseljenda. Í þessu tilviki er aðeins um tvo aðila að ræða, þ.e. Vífilfell og ÖES. Var því aflað upplýsinga um tekjur þessara aðila um sölu á gosdrykkjum til matvöruverslana og annarra endurseljenda. Að mati Samkeppniseftirlitsins er ótvírætt að þetta eru áreiðanlegustu upplýsingar til að byggja á við mat á markaðshlutdeild á skilgreindum mörkuðum. Samkeppniseftirlitið vísar í þessu sambandi til dóms Hæstaréttar frá 18. nóvember 2010 í máli nr. 188/2010 *Hagar hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Í málinu var deilt um markaðsyfirráð Haga á matvörumarkaðnum. Í dómi héraðsdóms, sem Hæstiréttur staðfesti með vísan til forsendna, var staðfest sú aðferðafræði að afla gagna hjá þeim aðilum sem starfa á markaðnum til að meta markaðshlutdeild þeirra. Í forsendum dómsins var því



einnig hafnað að samantektir þar sem stuðst er við atvinnugreinaskiptingu Hagstofunnar geti komið í stað upplýsinga frá aðilum á skilgreindum markaði hverju sinni, ekki síst vegna þess að skráning fyrirtækja samkvæmt atvinnugreinum gæti verið ónákvæm. Telur Samkeppniseftirlitið ljóst að sömu röksemdir eigi við í þessu máli. Þau gögn sem sem aflað er frá þeim fyrirtækjum sem á markaðnum starfa eru bestu gögnin til að leggja mat á markaðshlutdeild þeirra. Gerð hefur verið grein fyrir þessum gögnum og öflun þeirra hér að framan.

Vífilfell hefur gert athugasemdir við það í málinu að Samkeppniseftirlitið hafi ekki heimilað óháðum aðila að staðreyna upplýsingar um markaðshlutdeild. Var þessum sjónarmiðum einnig haldið fram af hálfu Vífilfells fyrir áfrýjunarnefnd í máli nr. 12/2010. Vegna þessa er rétt að taka fram að Samkeppniseftirlitið er stjórnvald sem er skylt að rannsaka mál og taka ákvarðanir í þeim í samræmi við kröfur samkeppnis- og stjórnsýslulaga. Ákvarðanir Samkeppniseftirlitsins sæta síðan fullri endurskoðun áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Við stjórnsýslumeðferð samkeppnismála er engin lagastoð fyrir skipun utanaðkomandi aðila til þess að leggja mat á rannsóknir Samkeppniseftirlitsins. Var þessi niðurstaða staðfest í nefndum úrskurði áfrýjunarnefndar í máli nr. 12/2010.

2.2.3 Fjárhagslegur styrkur Vífilfells

Við mat á því hvort fyrirtæki sé í markaðsráðandi stöðu getur efnahagslegur styrkleiki á viðmiðunartímabilinu skipt máli, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 8/2008 *Fiskmarkaður Íslands hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Vífilfell hefur í máli sínu lagt mikla áherslu á styrk helsta keppinautar síns, ÖES, til að rökstyðja að Vífilfell geti ekki talist hafa þann efnahagslega styrk sem dugi til að hindra virka samkeppni á umræddum markaði og þar af leiðandi sé Vífilfell ekki í markaðsráðandi stöðu.

Við mat á fjárhagslegum styrkleika telur Samkeppniseftirlitið að gagnlegt sé að bera saman helstu fjárhagsupplýsingar sem sýna stöðu Vífilfells og ÖES. Í töflu 3 hér á eftir eru bornar saman rekstrartekjur, rekstrarhagnaður, EBITDA, heildareignir, skuldir og eigið fé þessara fyrirtækja samkvæmt ársreikningum þeirra fyrir árin 2006, 2007 og 2008. Telja verður að samanburður fyrir þessi ár gefi gagnlegar vísendingar um fjárhagslegan styrkleika þessara fyrirtækja en atvik málsins taka að stærstum hluta til þessara ára.



Tafla 4. Upplýsingar um rekstrartekjur, rekstrarhagnaður, EBITDA, heildareignir, skuldir og eigið fé Vífilfells og ÖES. Tölur eru í milljónum kr.

	2008		2007		2006	
	Vífilfell ³⁷	ÖES ³⁸	Vífilfell	ÖES	Vífilfell	ÖES
Rekstrartekjur	[...]	[10.405,7]	[5.046,3]	[...]	[4.522,6]	[3.763,1]
Rekstrarhagnaður	[...]	[952,5]	[251,5]	[...]	[537,9]	[135,3]
EBITDA	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Hagnaður f. skatta	[...]	[-2.533,6]	[70,2]	[...]	[-123,8]	[35,3]
Heildareignir	[...]	[15.402,8]	[5.690,5]	[...]	[4.383,1]	[3.680,6]
Skuldir	[...]	[15.310,9]	[3.695,4]	[...]	[3.498,0]	[2.244,2]
Eigið fé	[...]	[91,9]	[1.995,1]	[...]	[885,1]	[1.436,4]

Almennur samanburður á ársreikningum fyrirtækjanna tveggja fyrir árin 2006 og 2007 bendir til þess að fjárhagslegur styrkur Vífilfells hafi heildrænt metið verið meiri heldur en fjárhagslegur styrkur ÖES. Tekjur, rekstrarhagnaður, EBITDA og heildareignir eru hærra hjá Vífilfelli bæði árin. Þá er eigið fé Vífilfells tæplega tvöfalt á við eigið fé ÖES á árinu 2007. Eigið fé ÖES er hins vegar talsvert herra en Vífilfells árið 2006. Mikil breyting verður reyndar á eiginfjárstöðu félaganna milli árána 2006 og 2007. Það skýrist einkum af því að ÖES greiddi út [...] m.kr. í arð á árinu 2007 þrátt fyrir að hagnaður fyrir skatta hafi aðeins numið [...] m.kr á árinu 2006. Það hefur einnig áhrif á samanburðinn að á árunum 2007 og 2008 sameinast Vífilfell og Stuðlaháls í tveimur skrefum. Þannig færast fasteignir Vífilfells inn í félagið að nýju eftir að hafa verið á bókum Stuðlaháls ehf. frá árinu 2001 en nánin eigendatengsl voru á milli þess félags og Vífilfells.

Mikil hækkun á tekjum ÖES árið 2008 skýrist af samruna ÖES við Daníel Ólafsson ehf. og Límonaði ehf. Tekjur, rekstrarhagnaður, EBITDA og heildareignir ÖES voru því meiri en sambærilegar stærðir Vífilfells á árinu 2008. Hér ber þó að hafa í huga að umræddar viðbótartekjur ÖES stafa nær eingöngu frá starfsemi á öðrum mörkuðum en þeim mörkuðum sem um er að ræða í máli þessu. Heildartekjur Vífilfells eru hins vegar að stærstum hluta vegna sölu á skilgreindum markaði þessa máls, þ.e. sölu á gosdrykkjum. Þá er eiginfjárstaða Vífilfells miklum mun sterkari heldur en eiginfjárstaða ÖES á þessu sama ári samkvæmt ársreikningunum.

Að öllu þessu virtu er það þó mat Samkeppniseftirlitsins að fjárhagslegur styrkur Vífilfells sé heldur meiri en ÖES. Skiptir þar mestu að eiginfjárstaða Vífilfells er mun sterkari tvö síðari viðmiðunarárin.

³⁷ Þann 1. janúar 2008 sameinuðust Vífilfell og Stuðlaháls hf. Í tengslum við sameininguna voru fasteignir Vífilfells endurmetnar sem leiddi til hækkunar á virði fasteignanna um u.þ.b. [...] kr.

³⁸ Miðað er við reikningsárið 1. mars 2008 til 28. febrúar 2009 í uppgjöri ÖES fyrir árið 2008. Á því reikningsári er afkoma og staða eigna og skulda Daníels Ólafssonar ehf. og Límonaðis ehf. einnig inni í tölunum þar sem fyrirtækin sameinuðust ÖES á síðari hluta ársins 2007. Nýja sameinaða félagið nefnist Ölgerðin Egill Skallagrímsson ehf.



Vífilfell hefur í síðari athugasemdum sínum í málinu fjallað nánar um eignatengsl fyrirtækisins við félagið Stuðlaháls ehf. Stuðlaháls hafi verið stofnað árið 2001 og hafi þá allar fasteignir Vífilfells verið færðar inn í það félag. Samhliða hafi fasteignirnar verið veðsettar til kaupa á eignarhlut í Vífilfelli en Stuðlaháls átti 36,5% í Vífilfelli. Velta Stuðlaháls hafi aðeins stafað af leigu fasteigna til Vífilfells. Þann 1. janúar 2007 hafi fasteignirnar hins vegar verið færðar aftur yfir til Vífilfells og þann 1. janúar 2008 hafi Stuðlaháls runnið inn í Vífilfell og allar skuldir fyrrgreinda félagsins orðið skuldir Vífilfells. Á sama tíma hafi virði fasteignanna verið endurmetið um [...] m. kr. Til nánari útskýringar fylgdi athugasemdum Vífilfells samstæðuuppgjör fyrir Vífilfell og Stuðlaháls fyrir árin 2006, 2007 og 2008. Samkvæmt uppgjörinu eru Vífilfell og Stuðlaháls gerð upp sem ein samstæða með þeim afleiðingum að eigið fé Vífilfells í samstæðuuppgjöri með Stuðlahálsi lækkar úr [...] m.kr. í [...] m.kr. á árinu 2006 og úr [...] m.kr. í [...] m.kr. á árinu 2007. Á hinn bóginn aukast heildareignir samkvæmt uppgjörinu á árinu 2006 úr [...] m.kr. í [...] m.kr. og á árinu 2007 úr [...] m.kr. í [...] m.kr.

Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á þær röksemdir Vífilfells að til samans myndi Vífilfell og Stuðlaháls samstæðu, hvorki í skilningi samkeppnislaga né laga um ársreikninga. „Samstæða“ í skilningi 7. tl., 2. mgr., 2. gr. laga nr. 3/2006 um ársreikninga er móðurfélag og dótturfélög þess. Ekki hefur verið sýnt fram á það í málinu að Vífilfell hafi verið dótturfélag Stuðlaháls á þeim tíma sem um ræðir því sá 36,5% eignarhlutur sem Stuðlaháls átti í Vífilfelli nægir ekki til að hið fyrrnefnda félag geti talist dótturfélag nema það atkvæðavægi sem fylgi hlutnum sé hærra en sem svarar eignarhlutnum. Svo er ekki í þessu tilviki. Þá er fyrirtækjasamstæða í skilningi samkeppnislaga samband fyrirtækja með þannig eignaupbyggingu að eitt fyrirtæki á svo stóran hlut í öðru fyrirtæki eða fleiri fyrirtækjum að það fer með meirihluta atkvæða. Þá segir ennfremur að til fyrirtækjasamstæðu teljist einnig fyrirtæki þar sem móðurfyrirtæki og dótturfyrirtæki eða eitt eða fleiri dótturfyrirtæki eiga saman svo mörg hlutabréf eða hluti að þau fara með meirihluta atkvæða í þeim. Þetta á ekki við í tilviki Stuðlaháls og Vífilfells enda átti Stuðlaháls aðeins 36,5% í Vífilfelli á tímabilinu sem um ræðir.

Þá er það „samstæðuuppgjör“ sem Vífilfell hefur lagt fram í málinu fyrir Vífilfell og Stuðlaháls ekki samstæðureikningur í skilningi 8. tl. 2. mgr. 2. gr. laga nr. 3/2006 um ársreikninga. Hefur uppgjörið heldur ekki verið undirritað af löggiltum endurskoðanda í samræmi við 2. mgr., 3. gr. laganna og getur því ekki komið í staðinn fyrir ársreikninga fyrirtækjanna sem hafa verið undirritaðir í samræmi við lagaákvæðið.

Þá telur Samkeppniseftirlitið ljóst að jafnvel þótt litið yrði fram hjá þeirri staðreynd að félögin mynda ekki samstæðu í skilningi laga um ársreikninga, eins og skýrt er hér að ofan, þá geti þær aðferðir sem beitt er við „samstæðuuppgjörið“ ekki talist réttar. Þannig hefur í uppgjörinu 36,5% eignarhlutur Stuðlaháls í Vífilfelli verið dreginn frá eigin fé samstæðu bæði fyrir árin 2006 og 2007 á því verði sem hann er færður á í bókum Stuðlaháls (væntanlega kaupverði) að fullu þótt hluturinn svari aðeins til 36,5% af eigin fé



Vífilfells. Ekki fylgja þó nein skýr rök fyrir þessari aðferðafræði en umræddur frádráttur eignarhlutarins frá eigin fé í uppgjörinu skýrir gífurlega lækkun eigin fjár í útreikningum Vífilfells.

Hér er að mati Samkeppniseftirlitsins um villandi uppgjör að ræða sem á sér stað nokkrum árum eftir að brot Vífilfells hófust og hafa þær enga þýðingu við mat á fjárhagslegum styrk félagsins á þeim tíma. Uppgjörið virðist að öllu leyti til þess fallið að gefa ranga mynd af fjárhagslegum styrk Vífilfells eins og hann birtist í endurskoðuðum ársreikningum félagsins. Skal það ítrekað að félögin tvö geta ekki talist mynda samstæðu og skiptir því í raun engu hvort einstakar færslur í útreikningum Vífilfells eru réttar eða rangar.

Rétt er að nefna að skv. 1. mgr., 5. gr. laga um ársreikninga eiga þeir að gefa glögga mynd af afkomu, efnahag og breytingum á handbæru fé. Í 2. mgr. sömu lagagreinar segir að ef ákvæði laga nægi ekki til að gefa glögga mynd af afkomu, efnahag og breytingu á handbæru fé skuli vikið frá þeim í undantekningartilvikum til þess að reikningurinn gefi glögga mynd í skilningi 1. mgr. Segir enn fremur að í skýringum með ársreikningi skuli greina frá slíkum frávikum ásamt ástæðum fyrir þeim og hvaða áhrif þau hafa á afkomu og efnahag. Er því ljóst að ekki er unnt að fallast á þær breytingar og skýringar sem veittar eru í athugasemdum Vífilfells í tengslum við umrædda útreikninga.³⁹

Samkeppniseftirlitið bendir hér einnig á að eitt af því sem almennt styrkir rekstrarstöðu fyrirtækja er rétt skipaður og sterkur efnahagur. Ef efnahagsreikningur fyrirtækis er trúverðugur, sem ætla verður að verið hafi hjá félaginu á árunum 2006 og 2007, þá auðveldar það viðkomandi fyrirtæki aðgang að fjármagni hjá lánastofnunum og öðrum fjármálafyrirtækjum. Þessi staða skapar viðkomandi fyrirtæki auðveldari aðgang að rekstrarfjármagni og viðskiptum sem eflir bæði rekstrar- og fjárhagslegan styrk fyrirtækisins. Þessi aðstaða ásamt traustum undirliggjandi rekstri gefur hvaða fyrirtæki sem er mikla möguleika til þess að nýta sér hana í samkeppni og skapar samkeppnislegt forskot gagnvart minni og veikari keppinautum. Því má spyrja hvernig fjármagnseigendur hefðu litið á félagið ef eigið fé þess hefði verið um [...] m.kr. í stað tæplega [...] kr. á þessum tíma. Má telja víst að lánastofnanir hefðu verið tregari á lánafyrirgreiðslur og birgjar jafnvel hætt að lána félaginu. En svo var ekki. Því er ljóst að sterkur efnahagur í bókum fyrirtækisins styrkti það og hafði áhrif á efnahagslegan styrk þess út á við. Að mati Samkeppniseftirlitsins eiga þessi atriði við hjá rekstrarfélaginu Vífilfelli í þessu máli. Þá ber að árétta það sem áður segir að um framsetningu ársreikninga gilda ákveðin lög. Umræddum lögum er m.a. ætlað að tryggja að framsetning ársreikninga sé samræmd,

³⁹ Þess má geta að í bókum Vífilfells var eignarhlutur félagsins í evrópska drykkjarvöruframleiðandanum Refresco metinn á [...] ma.kr. á þeim árum sem um ræðir. Sá hlutur er 3,5 milljarða kr. virði nú miðað við það verð sem greitt var fyrir hluti í félaginu í hlutafjáruakningu sem fram fór í mars 2010 samkvæmt frétt í Viðskiptablaðinu 20. janúar 2011. Sé þetta rétt reiknað mætti ætla að eigið fé Vífilfells kunni að hafa verið vanmetið um [...] ma.kr. árin sem um ræðir vegna skorts á upplýsingum um markaðsverð hlutarins. Ef viðeigandi væri að gera þær breytingar á reikningum Vífilfells aftur í tímenn sem gerðar eru í samstæðuuppgjörinu væri sannarlega ekki síður viðeigandi að taka þetta mikla vanmat á virði Refresco hlutarins með í reikninginn. Það er jafnvel hugsanlegt að lánveitendum Vífilfells hafi verið ljóst að hluturinn var vanmetinn í bókunum og þannig hafi það styrkt stöðu Vífilfells hvað varðar aðgengi að fjármagni. Afturvirkar uppgjörsbreytingar af þessu tagi eru hins vegar ekki við hæfi að mati Samkeppniseftirlitsins eins og fram kemur í kaflanum.



gagnsæ og áreiðanleg. Með því er verið að gæta hagsmuna og jafnræðis allra aðila sem hafa hagsmuni af rekstri fyrirtækja. Má þar nefna hluthafa og aðra mögulega fjárfesta, viðskiptavinir og starfsmenn, lánastofnanir og önnur fjármálafyrirtæki sem og opinbera aðila, þ.m.t. eftirlitsaðila. Með hliðsjón af framansögðu verður að ætla að ársreikningur sem saminn er í samræmi við lög og reglur hafi að geyma áreiðanlegustu opinberu upplýsingarnar um rekstur og stöðu fyrirtækja hverju sinni.

Með hliðsjón af öllu framangreindu breyta samstæðusjónarmið Vífilfells ekki mati Samkeppniseftirlitsins á fjárhagslegum styrk Vífilfells í samanburði við ÖES. Fjárhagsleg staða Vífilfells á rannsóknartímabili þessa máls er því til stuðnings því að fyrirtækið hafi verið í markaðsráðandi stöðu.

2.2.4 Kaupendastyrkur

Vífilfell hefur lagt á það áherslu á að fyrirtækinu sé veitt mikið samkeppnisaðhald í formi mikils kaupendastyrks sem öflugar matvörumarkaðskeðjur búa yfir á dagvörumarkaði. Segir í bréfi Vífilfells, dags. 19. nóvember sl. að þrír stærstu viðskiptavinir á matvörumarkaðnum séu samtals með 95% markaðshlutdeild. Um sé að ræða Aðföng með 55-60% hlutdeild, þá Kaupás með 15-20% hlutdeild og Samkaup með 10-15% hlut. Þá segir að vörur frá Vífilfelli vegi aðeins 3-4% af matvöruveltu þessara aðila. Þá segir að kostnaður smásala við að skipta um birgi sé fremur lágur. Birgir verði hins vegar fyrir miklum kostnaði komi til þess að hann tapi hlutdeild vegna þess að smásali skipti um birgja. Hvað varði veitingamarkaðinn segir að lykilviðskiptavinir velji birgja í flestum tilvikum eftir formlegt eða óformlegt útboð. Eigi þetta sérstaklega við um stærri aðila eins og kvikmyndahús og flugfélög. Þá heldur Vífilfell því fram að það sé algengt að viðskiptavinir skipti um birgi. Eru í þessu sambandi nefndar upplýsingar um að á árunum 2002-2007 hafi um 84% viðskiptavina Vífilfells ekki átt viðskipti við fyrirtækið öll umrædd ár. Ennfremur hafi 55% aðila alfarið hætt að kaupa drykkjarvörur frá Vífilfelli á þessu tímabili. Um 25% aðila hafi hins vegar verið nýir viðskiptavinir. Þá hefur Vífilfell haldið því fram að aðilar á veitingamarkaði etji Vífilfelli og ÖES saman um tilboð á sviði drykkjarvöru og geri svo samning við annan aðilann um öll drykkjarvörukaup sín.

Samkeppniseftirlitið bendir á að með kaupendastyrk er í samkeppnisrétti átt við að kaupendur séu það öflugir að þeir ryðji burt eða geri að engu þann efnahagslega styrk sem seljandi hefur, svo sem á grundvelli hárrar markaðshlutdeildar, sbr. úrskurðir áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008 *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu* og 3/2006 *Flugþjónustan á Keflavíkflugvelli ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.⁴⁰ Markaðurinn sem um ræðir verður þar af leiðandi að vera mjög sérstakur og á honum mjög fáir og öflugir kaupendur.⁴¹ Hefur fyrst og fremst reynt á slíkt í samrunamálum

⁴⁰ Sjá t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar EB í Coca-Cola/Amalgamated Beverages málinu nr. COMP/M.794: „... in an assessment of dominance the question is whether there is sufficient countervailing buyer power to neutralise the market power of the parties.“

⁴¹ Sjá t.d. ákvörðun samkeppnisráðs nr. 32/2002 *Erindi Aalborg Portland Íslandi hf. vegna viðskiptahátta Sementsverksmiðjunnar hf.* Þar var t.a.m. komist að þeirri niðurstöðu að kaupendastyrkur þriggja sementskaupenda á markaðnum sem samtals keyptu 60–70% af heildarframleiðslu Sementsverksmiðjunnar væri það mikill að verksmiðjan væri ekki markaðsráðandi jafnvel þó hún væri með 75–80% markaðshlutdeild. Sjá hér einnig t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar



þar sem kaupendastyrkur hefur aðeins í sérstökum tilvikum verið talinn fela í sér nægt mótvægi gegn þeim efnahagslega styrk sem felst í hárrí markaðshlutdeild sameinaðs félags.⁴² Jafnframt verður að gæta að því að kaupendastyrkur fárra öflugra kaupenda nægir ekki í þeim tilvikum þegar jafnframt eru margir veikir kaupendur á markaðinum. Ástæða þess er sú að fyrirtæki með háa markaðshlutdeild getur hæglega beitt markaðsstyrk sínum gagnvart hinum veikum kaupendum, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2006.⁴³

Samkeppniseftirlitinu er kunnugt um styrk stóru matvörumarkaðskeðjanna og tekur tillit þess í mati sínu á markaðsstöðu Vífilfells. Gera verður þó greinarmun á hvaða keðja á í hlut því þær eru missterkar. Þannig liggur það fyrir, samkvæmt upplýsingum Samkeppniseftirlitsins, að Hagar hafa ótvírætt sterkustu samningsstöðuna á dagvörumarkaði gagnvart birgjum, sem stærsta matvörumarkaðskeðjan á markaðnum. Að mati Samkeppniseftirlitsins verður þó að horfa til þess að ekki er möguleiki fyrir keppinauta á dagvörumarkaði að útiloka stóran hluta af vörumerkjum Vífilfells og kaupa þess í stað eingöngu vörur frá ÖES. Hér skiptir miklu máli einstakur vörumerkjastyrkur Vífilfells.

Í álitni samkeppnisráðs nr. 3/1999 kemur fram að þau vörumerki „sem Vífilfell hefur heimild til að nota eru alþjóðleg og mjög þekkt og skapa fyrirtækinu styrka stöðu, m.a. gagnvart endurseljendum. Má í því sambandi hafa í huga að t.d. á danska og breska markaðnum hafa endurseljendur litið svo á að Coca-cola sé sk. „must stock brand“. Á grundvelli m.a. þessa hefur verið litið svo á að stórar og öflugar keðjur matvöruverslana á danska og breska markaðnum geti ekki beitt kaupendastyrk sínum til að vinna gegn markaðsyfirráðum seljenda Coca-cola.“ Var í álitinu m.a. vísað til mats TCCC á styrk vörumerkisins Coca-Cola.⁴⁴ Þá var á árinu 2010 greint frá því að skv. árlegri könnun tímaritsins Business Week og fyrirtækisins Interbrand hafi Coca-Cola, ellefta árið í röð, verið valið besta og verðmætasta vörumerki heims.⁴⁵ Í ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB frá 2005 í máli TCCC var bent á þennan einstaka vörumerkjastyrk fyrirtækisins og á algjöra nauðsyn (e. „must stock“ nature) þess fyrir smásöluaðila að geta boðið sterkustu vörumerki fyrirtækisins. Þessi vörumerkjastyrkur sem Vífilfell býr að vegur að mati Samkeppniseftirlitsins upp á móti hugsanlegum kaupendastyrk

EB í Enso/Stora málinu (mál nr. IV/M.1225) þar sem fallist var á að um kaupendastyrk væri að ræða. Í því máli runnu saman tvö fyrirtæki sem höfðu sameiginlega 50-70% markaðshlutdeild en kaupendur á markaðnum voru aðallega þrír. Í ákvörðuninni segir m.a.: „...the merger will result in a market structure with one large and two smaller suppliers facing one large and two smaller buyers. This is a rather exceptional market structure. On balance, the Commission considers that the buyers in these rather special market circumstances have sufficient countervailing buyer power to remove the possibility of the parties' exercising market power.“

⁴² Sjá Lindsay, The EC Merger Regulation: Substantive Issues, 2003 bls. 250: „... buyer power in itself is rarely sufficient to justify clearing a transaction without undertakings when the merger results in very high market shares because, in such cases, customers generally cannot defeat attempts by the merged group to exercise market power.“

⁴³ Sjá hér einnig dóm undirréttar EB í máli nr. T-228/97 *Irish Sugar v Commission* [1999] ECR II-2969.

⁴⁴ Bent var á að í ársskýrslu TCCC frá árinu 1995 komi fram að orðtakið „Coca-Cola“ sé annað þekktasta orðtak í gjörvöllum heiminum á eftir „OK“. Verðmæti vörumerkisins Coca-Cola er lýst með þessum hætti í ársskýrslunni: „The Coca-Cola trademark must be worth billions, right? Actually, it's worth \$1- from an accounting standpoint, that is. According to some valuation sources, however, its real value is closer to US\$39 billion. We don't really know how much it's worth. We do know this: If our company burned to the ground, we'd have no trouble borrowing money to rebuild, based on the strength of our trademarks alone.“

⁴⁵ Sjá t.d. frétt sem birtist á visir.is þann 19. september 2010.



matvörumarkaðskeðjanna á dagvörumarkaði. Um er að ræða einhverja vinsælustu og þekktustu neysluvöru veraldar og er því óraunhæft að dagvöruverslun á samkeppnismarkaði geti komist hjá því að bjóða upp á slíka vöru.

Hvað varðar veitingamarkaðinn þá getur Samkeppniseftirlitið ekki fallist á að þar sé um að ræða kaupendastyrk viðskiptavina. Enginn einstakur viðskiptavinur er það stór kaupandi á gosdrykkjum á þeim markaði að tilfærsla á viðskiptum milli gosdrykkjaframleiðendanna hefði afgerandi áhrif á markaðsstöðu þeirra. Þá gefur yfirburðastaða Vífilfells á veitingamarkaði á grundvelli markaðshlutdeildar, sem fram kom hér fram, sterka vísbendingu um að vörumerki Vífilfells séu mun sterkari en vörumerki ÖES. Þessa ályktun má draga af því að mun fleiri aðilar á veitingamarkaði hafa valið að gera einkakaupasamninga við Vífilfell en við ÖES. Þannig er kaupendastyrkur aðila á veitingamarkaði miklum mun minni, að mati Samkeppniseftirlitsins, en ella vegna þeirra yfirburða sem vörumerki Vífilfells hafa yfir vörumerki ÖES.

2.2.5 Aðgangshindranir

Vífilfell heldur því fram að ekki séu aðgangshindranir að gosdrykkjemarkaðnum. Fjöldi endursöluaðila hafi ekki gert samninga við Vífilfell og nýir aðilar geti því auðveldlega komið inn á markaðinn. Þó nýir aðilar hafi ekki komið inn á markaðinn sé það ekki sönnun þess að aðgangshindranir séu miklar eða að ólíklegt sé að umsvifamiklir aðilar komi inn á markaðinn síðar. Þá kemur fram í máli Vífilfells að þrátt fyrir að Coca-Cola vörumerkið sé sterkt þá leiði það ekki sjálfkrafa til þess að aðgangshindranir séu miklar. Sterkt vörumerki geti verið letjandi fyrir nýja keppinauta. Á hinn bóginn sé ekki útilokað að keppa við sterkt vörumerki.

Samkeppniseftirlitið bendir hér á að við mat á því hvort fyrirtæki telst vera í markaðsráðandi stöðu sé rétt að horfa til þess hvort um sé að ræða aðgangshindranir inn á viðkomandi markað sem takmarka möguleika nýrra keppinauta á að hasla sér þar völl, sbr. úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008 *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu*. Aðgangshindranir eru hvers konar hindranir sem gera nýjum keppinauti erfitt að komast inn á viðkomandi markað. Þessar hindranir geta t.d. verið af lagalegum toga, þær geta falist í nauðsyn þess að ná lágmarks stærð svo rekstur verði hagkvæmur og í miklum óendurkræfum kostnaði ef innkoma á markaðinn misheppnast. Dæmi um slíkan óendurkræfan kostnað er kostnaður við markaðssetningu og kostnaður við rannsóknir og þróun. Mikilvægt er að hafa í huga að álitamálið er ekki hvort nýr aðili *getur* hafið starfsemi á viðkomandi markaði. Álitamálið er hversu líklegt sé að inn á markaðinn komi burðugur keppinautur sem er fær um að veita viðkomandi fyrirtæki nægjanlega virka samkeppni þannig að dregið sé verulega úr markaðsstyrk þess. Horfa ber sérstaklega til þess að í „*máli um misnotkun á markaðsráðandi stöðu ræðst mat á möguleikum nýrra keppinauta vegna aðgangshindrana af þeim aðstæðum sem ríktu er ætlað brot átti sér stað*“, sbr. úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2006 *Flugþjónustan á Keflavíkurlflugvelli ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.



Umtalsverðar lagalegar aðgangshindranir á gosdrykkjamarkaðnum eru ekki fyrir hendi að mati Samkeppniseftirlitsins. Á hinn bóginn telur eftirlitið að miklar hagrænar aðgangshindranir séu til staðar sem byggja m.a. á öflugri stöðu Vífilfells á markaðnum á grundvelli vörumerkjastyrks og stærðarhagkvæmni í framleiðslu, dreifingu og sölu.

Við mat á því hvort um aðgangshindranir sé að ræða skiptir máli hvort markaðsráðandi fyrirtæki hafi um langt skeið haft verulega hlutdeild á skilgreindum mörkuðum, sbr. áðurnefndur úrskurður áfrýjunarnefndar í máli nr. 3/2008. Í álitni samkeppnisráðs nr. 3/1999 sem fjallað var um hér að framan kemur fram að hlutdeild Vífilfells í sölu á gosdrykkjum á árinu 1998 var um 70% miðað við veltu. Markaðshlutdeild á rannsóknartímabili þessa máls, þ.e. 2005-2008 var einnig um 70%, sbr. umfjöllun um markaðshlutdeild hér að framan. Sú staðreynd að Vífilfell hefur haldið svo hárrí hlutdeild í a.m.k. áratug er því í beinni mótsögn við þá fullyrðingu fyrirtækisins að ekki séu miklar aðgangshindranir að markaðnum. Ef litlar aðgangshindranir væru að þessum markaði leiða hagfræðileg rök til þess að nýir eða starfandi keppinautar hefðu með aðgerðum sínum dregið verulega úr markaðsstyrk Vífilfells.⁴⁶ Það hefur ekki gerst á því tímabili sem til skoðunar er og er það, eitt og sér, óræk vísbending um markaðsráðandi stöðu Vífilfells og að aðstæður á markaði hindri starfandi keppinaut og hugsanlega nýja keppinauta í að komast inn á markaðinn eða efla verulega hlut sinn.⁴⁷

Að mati Samkeppniseftirlitsins er ein helsta ástæða þess að afar örðugt er fyrir nýja aðila að hasla sér völl á gosdrykkjamarkaðnum sú að það er mjög kostnaðarsamt að byggja upp nýtt vörumerki fyrir gosdrykki. Gosdrykkir hafa eiginleika merkjavöru sem gerir kröfu um mikla fjárfestingu í markaðssetningu og tekur uppbygging nýs vörumerkis langan tíma. Af sömu ástæðum er vöxtur annarra aðila á markaðnum takmarkaður í samkeppni við hin öfluggu vörumerki Vífilfells. Í þessu sambandi er við hæfi að vísa aftur til einstæðs vörumerkjastyrks Vífilfells sem er tvímælalaust aðgangshindrun að mati Samkeppniseftirlitsins.

Þá er ljóst að einkakaupasamningar Vífilfells á veitingamarkaðnum veldur afar miklum aðgangshindrunum inn á þann markað þar sem stórum veitingakeðjum er bannað í samningunum að eiga drykkjarvöruviðskipti við aðra en Vífilfell.

Ekki er mikið um búðarmerkta gosdrykki á markaði hérlendis. Þessi staða kann að gefa til kynna að slíkar vörur njóti lítillar hylli meðal íslenskra neytenda í samanburði við hin öfluggu vörumerki Vífilfells og ÖES og/eða að

⁴⁶ Sjá t.d. Faull & Nikpay, *The EC Law of Competition*, önnur útgáfa 2007, bls. 321: „*The temporal element is crucial to the existence of dominance. In the absence of insurmountable barriers to entry, market forces would normally ensure that dominance is not sustainable over the long term.*”

⁴⁷ Sjá hér einnig dóm dómstóls EB í máli nr. 85/76 Hoffmann-La Roche v Commission [1979] ECR 461: „*An undertaking which has a very large market share and holds it for some time, ... is by virtue of that share in a position of strength which makes it an unavoidable trading partner and which, already because of this secures for it, at the very least during relatively long periods, that freedom of action which is the special feature of a dominant position.*” Sjá einnig Lindsay, *The EC Merger Regulation: Substantive Issues*, önnur útgáfa 2006 bls. 220: „*If the merging parties have held consistently high market shares over several years, this suggests that they enjoy market power.*”



stærðarhagkvæmni Vífilfells og ÖES sé það mikil að slík framleiðsla sé ekki hagkvæm. Er það vísbending um aðgangshindranir fyrir slíkar tegundir gosdrykkja.

Hugsanlegt er þó að innlendir átöppunaraðilar á sviði safaframleiðslu kynnu að sjá sér hag í því að hefja framleiðslu á gosdrykkjum þar sem slíkir aðilar búa nú þegar við nokkra stærðarhagkvæmni m.t.t. tækjakosts, dreifingar og sölu. Sú staðreynd að þeir hafa ekki gert marktæka tilraun til þess gæti hins vegar bent til þess að til samans myndi vörumerkjastyrkur og stærðarhagkvæmni Vífilfells og ÖES mikla aðgangshindrun að gosdrykkjamarkaðnum. Þessi sama skýring gæti einnig legið að baki þeirri staðreynd að innflutningur gosdrykkja hefur ekki verið mikill.

2.2.6 Niðurstaða

Eins og fram kom hér að framan er 50% markaðshlutdeild almennt talin fela í sér mjög sterkar vísbendingar um að viðkomandi fyrirtæki hafi markaðsráðandi stöðu, nema sérstakar kringumstæður fyrirtækisins bendi til annars. Ef fyrirtæki hefur meira en 50% markaðshlutdeild eru vísbendingar um markaðsráðandi stöðu þess taldar enn sterkari enn ella. Í ljósi hinnar umfangsmiklu markaðshlutdeildar Vífilfells á hinum skilgreinda markaði málsins, stöðugleika hlutdeildarinnar á tímabilinu sem hefur verið til skoðunar, auk hins mikla mismunar á markaðshlutdeildum Vífilfells og helsta keppinautar fyrirtækisins, er það mat Samkeppniseftirlitsins að þessar upplýsingar einar og sér sýni að Vífilfell hafi markaðsráðandi stöðu á hinum skilgreinda markaði málsins.

Þegar litið er til annarra atriða sem fjallað hefur verið um í kaflanum, þá sérstaklega kaupendastyrks og aðgangshindrana telur Samkeppniseftirlitið þau atriði styrkja enn frekar þá niðurstöðu eftirlitsins að Vífilfell hafi markaðsráðandi stöðu á gosdrykkjamarkaði héraðs.



V. Brot Vífilfells á 11. gr. samkeppnislaga

Í tengslum við athugun Samkeppniseftirlitsins á samningum birgja og viðskiptavina þeirra á matvörumarkaði var kallað eftir viðskiptasamningum Vífilfells við tuttugu stærstu endursöluaðila fyrirtækisins. Í ljós kom að stór hluti viðskiptasamninga Vífilfells innihélt einkakaupaákvæði og margvísleg tryggðarhvetjandi ákvæði. Í ljósi sterkrar stöðu Vífilfells á drykkjarvörumarkaði var því ákveðið að taka til rannsóknar hvort Vífilfell kynni að hafa brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með gerð slíkra viðskiptasamninga.

Viðskiptasamningar Vífilfells snúast að miklu leyti um sölu á gosdrykkjum en einnig taka þeir til annarra drykkjarvara fyrirtækisins. Hér að framan hefur verið komist að þeirri niðurstöðu að gosdrykkjamarkaðurinn sé sérstakur markaður og jafnframt hefur verið greint frá því hvaða vörur beri að telja til gosdrykkja. Þá hefur verið sýnt fram á að Vífilfell er markaðsráðandi á gosdrykkjamarkaðnum.

Eins og nánar verður rökstutt er það mat Samkeppniseftirlitsins að gögn málsins sýni að Vífilfell braut gegn 11. gr. samkeppnislaga með einkakaupaákvæðum og tryggðarhvetjandi ákvæðum í viðskiptasamningum sínum. Þá má ennfremur draga þá ályktun að Vífilfell hafi beitt vogarafli sínu á gosdrykkjamarkaðnum til þess að auka sölu annarra drykkjarvara en gosdrykkja með ákvæðum samninganna.

Hér á eftir verður farið almennt og sérgreint yfir ákvæðin í viðskiptasamningum Vífilfells og rökstutt að Vífilfell hafi brotið samkeppnislög með tilgreindum ákvæðum í viðskiptasamningum sínum.

Áður en fjallað er nánar um það í hverju brot Vífilfells felast er rétt að víkja nánar að nokkrum almennum atriðum sem tengjast túlkun á banni 11. gr. samkeppnislaga við misnotkun á markaðsráðandi stöðu.

1. Ákvæði 11. gr. samkeppnislaga

Í 11. gr. samkeppnislaga er lagt bann við hvers konar misnotkun fyrirtækis á markaðsráðandi stöðu þess. Ákvæði 11 gr. eru byggð á 54. gr. EES-samningsins og við túlkun þeirra er almennt rétt að hafa einnig hliðsjón af EES/ESB-samkeppnisrétti, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008 HF. *Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu*. Túlka ber ákvæðin í tengslum við það íslenska lagaumhverfi sem það tilheyrir og með hliðsjón af markaðsaðstæðum hér á landi. Í heild sinni hljóðar 11. gr. samkeppnislaga svo:

*„Misnotkun eins eða fleiri fyrirtækja á markaðsráðandi stöðu er bönnuð.
Misnotkun skv. 1. mgr. getur m.a. falist í því að:*

- a. beint eða óbeint sé krafist ósanngjarns kaup- eða söluverðs eða aðrir ósanngjarnir viðskiptaskilmálar settir,*
- b. settar séu takmarkanir á framleiðslu, markaði eða tækniþróun, neytendum til tjóns,*
- c. viðskiptaaðilum sé mismunað með ólíkum skilmálum í sams konar viðskiptum og samkeppnisstaða þeirra þannig veikt,*



d. sett sé það skilyrði fyrir samningagerð að hinir viðsemjendurnir taki á sig viðbótarskuldbindingar sem tengjast ekki efni samninganna, hvorki í eðli sínu né samkvæmt viðskiptavenju."

Í dómi Héraðsdóms Reykjavíkur, sem staðfestur var með vísan til forsendna af Hæstarétti Íslands í máli nr. 550/2007 *Árdegi hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*, segir:

„Skilgreina verður hverju sinni hvort um misnotkun er að ræða á markaðsráðandi stöðu sem er bönnuð samkvæmt 11. gr. samkeppnislaga, en í lagagreininni kemur ekki fram tæmandi talning á því hvað teljist misnotkun, eins og réttilega kemur fram í úrskurði áfrýjunarnefndarinnar."

Í samkeppnisrétti er talið að misnotkun sé hlutlægt hugtak sem vísar til hegðunar markaðsráðandi fyrirtækis sem er til þess fallin að hafa áhrif á gerð tiltekins markaðar þar sem samkeppni er þegar takmörkuð vegna þess að á markaðnum er fyrir hendi markaðsráðandi fyrirtæki. Hegðunin felst í aðgerðum sem ekki geta talist til eðlilegrar samkeppni (e. *normal competition*) í skilningi samkeppnisréttarins. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2006 *Flugþjónustan á Keflavíkurflugvelli ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu* segir:

„Verður almennt talið að um misnotkun á markaðsráðandi stöðu sé að ræða þegar fyrirtæki beita aðferðum á tilteknum markaði sem ekki er unnt að samrýma eðlilegri samkeppni og hindra hana eða vöxt hennar. Af framangreindu leiðir að markaðsráðandi fyrirtæki má ekki grípa til neinna aðgerða sem veikt geta keppinauta þess og þar með styrkt markaðsráðandi stöðu sína nema aðgerðirnar helgist af samkeppni á grundvelli rekstrarlegrar frammistöðu fyrirtækisins."

Samkvæmt þessu er markaðsráðandi fyrirtæki óheimilt að styrkja stöðu sína á markaði með öðrum aðgerðum en samkeppni á grundvelli rekstrarlegrar frammistöðu fyrirtækisins (e. *competition on the merits*). Hér má einnig vísa t.d. til úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála í málum nr. 17-18/2003, 4/2007, 3/2008 og dóma dómstóla ESB.⁴⁸

Framangreint þýðir óhjákvæmilega að möguleikar markaðsráðandi fyrirtækja til að taka þátt í samkeppni eru takmarkaðri heldur en almennt er heimilt í viðskiptum, sbr. t.d. dóm Héraðsdóms Reykjavíkur frá 2. desember 2010 í máli nr. E-202/2010 *Vélar og verkfæri ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Hugtakið eðlileg samkeppni í framangreindum skilningi hefur því þrengri merkingu en sú

⁴⁸ Í dómi undirréttar ESB í máli nr. T-301/04 *Clearstream Banking AG v Commission* [2009] 5 CMLR 24 er dómaframkvæmdin að þessu leyti dregin saman með eftirfarandi hætti: „According to settled case-law, the concept of abuse is an objective concept relating to the behaviour of an undertaking in a dominant position which is such as to influence the structure of a market where, as a result of the very presence of the undertaking in question, the degree of competition is weakened and which, through recourse to methods different from those which condition normal competition in products or services on the basis of the transactions of commercial operators, has the effect of hindering the maintenance of the degree of competition still existing on the market or the growth of that competition."



samkeppni sem fyrirtæki geta stundað sem ekki eru í ráðandi stöðu. Markaðsráðandi fyrirtæki er þannig ekki heimilt að keppa á grundvelli verðlagningar nema sú samkeppni byggist á eðlilegum efnahagslegum grunni.⁴⁹ Það getur því verið ólöglegt fyrir markaðsráðandi fyrirtæki að grípa til ráðstafana sem almennt þykja sjálfagðar á samkeppnismarkaði, eins og t.d. að bjóða viðskiptavinum smærri keppinautar lægra verð. Þessi regla helgast af þeirri ríku skyldu sem hvílir á markaðsráðandi fyrirtækjum, sbr. dóm Hæstaréttar Íslands frá 18. nóvember 2010 í máli nr. 188/2010 *Hagar hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

Í hinni ríku skyldu sem hvílir á markaðsráðandi fyrirtækjum í samkeppnisrétti felst að þau mega ekki grípa til neinna ráðstafana sem raskað geta með óeðlilegum hætti þeirri samkeppni sem ríkir á markaðnum eða misbeita með öðrum hætti stöðu sinni, sbr. m.a. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008 *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu*.⁵⁰ Umfang hinnar sérstöku skyldu sem hvílir á markaðsráðandi fyrirtækjum um að raska ekki samkeppni ræðst af atvikum í hverju máli fyrir sig.⁵¹ Við nánari skilgreiningu á umræddri skyldu ber að líta til ákvæðis 1. gr. samkeppnislaga, en samkvæmt því skal markmiði laganna náð með því m.a. að vinna gegn skaðlegri fákeppni og samkeppnishömlum og að auðvelda nýjum keppinautum aðgengi að markaðnum, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 8/2008 *Fiskmarkaður Íslands hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

Má telja að skyldur fyrirtækja nái m.a. til þess að vinna ekki gegn framangreindum markmiðum samkeppnislaga, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2006. Þá ber að horfa til þess að skyldur markaðsráðandi fyrirtækja geta að öðru jöfnu verið því ríkari þeim mun sterkari sem staða þeirra á markaðnum er enda má ætla að samkeppni veikist þá að sama skapi meira, sbr. nefnda úrskurði áfrýjunarnefndar í málum nr. 17-18/2003 og 4/2007. Af þessari skyldu leiðir m.a. að markaðsráðandi fyrirtæki geta brotið 11. gr. samkeppnislaga með aðgerðum sem einar og sér fela ekki í sér misnotkun, t.d. gerð samninga.⁵²

⁴⁹ Sjá t.d. Dr. Hans-Georg Kamann og Ellen Bergman, *The Granting of Rebates by Market Dominant undertakings under Article 82 of the EC Treaty*, [2005] ECLR 83. „A market dominant undertaking is not allowed to take recourse to price and rebate methods which do not constitute normal means of efficiency competition. Such methods would constitute an abuse under Article 82. EC.”

⁵⁰ Sjá einnig t.d. dóm dómstóls ESB í máli nr. 322/81 *Michelin v. Commission* [1983] ECR 3461.

⁵¹ Sjá t.d. dóm dómstóls ESB í máli nr. C-333/94P, *Tetra Pak v. Commission* [1996] ECR I-5951.

⁵² Sjá hér t.d. dóm undirréttar EB í máli nr. T-111/96 *ITT Promedia NV. v Commission* [1998] ECR II-2937: „It follows from the nature of the obligations imposed by Article 86 [nú 82. gr.] of the Treaty that, in specific circumstances, undertakings in a dominant position may be deprived of the right to adopt a course of conduct or take measures which are not in themselves abuses and which would even be unobjectionable if adopted or taken by non-dominant undertakings ... Thus, the conclusion of a contract or the acquisition of a right may amount to abuse for the purposes of Article 86 of the Treaty if that contract is concluded or that right is acquired by an undertaking in a dominant position.” Sjá einnig t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB frá 15. júní 2005 í máli nr. COMP/A.37.507 *AstraZeneca*: „... conduct which may be permissible in a normal competitive situation may amount to an abuse if carried out by dominant firms. Undertakings in a dominant position may be deprived of the right to adopt a course of conduct or take measures which are not in themselves abuses and which would even be unobjectionable if adopted or taken by non-dominant undertakings.”



Misnotkun á markaðsráðandi stöðu getur falist í hvers konar aðgerðum sem miða að því að styrkja eða verja hina ráðandi stöðu.⁵³ Misnotkunin getur einnig verið fólgin í því að vinna gegn framangreindum markmiðum samkeppnislaga ef slíkar aðgerðir byggja ekki á eðlilegum samkeppnislegum forsendum. Misnotkun þarf því ekki að felast í því að hinni markaðsráðandi stöðu sé beitt eða að misnotkunin byggji á hinum efnahagslega styrkleika sem felst í markaðsráðandi stöðu.⁵⁴ Kjarni þeirra misnotkunar á markaðsráðandi stöðu sem raskar samkeppni er að hegðun markaðsráðandi fyrirtækis sé til þess fallin að hamla þeirri takmörkuðu samkeppni sem er á markaðnum eða hindra vöxt hennar.⁵⁵ Markaðsráðandi fyrirtæki mega þannig ekki grípa til óeðlilegra aðgerða sem miða að því að styrkja stöðu sína á markaðnum, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar nr. 17-18/2003.

1.1 Um sjónarmið Vífilfells varðandi túlkun 11. gr. samkeppnislaga

Vífilfell virðist byggja á því að ekki geti verið um að ræða brot á 11. gr. samkeppnislaga nema sýnt sé fram á skaðleg áhrif á samkeppni. Vísar fyrirtækið í því sambandi til dóma dómstóla ESB og bendir fyrirtækið m.a. á að „með hliðsjón af 102 gr. EB sáttmálans hefur þróun dómstólsins orðið sú að markmið samninga og háttsemi verði að skoða í ljósi raunverulegra áhrifa og m.t.t. allra aðstæðna á markaðnum.“ Vísar fyrirtækið einnig til leiðbeininga framkvæmdastjórnar ESB í tengslum við beitingu 82. gr. Rómarsáttmálans (nú 102. gr.) og heldur því fram að í þeim sé „staðfest nauðsyn þess að sýna fram á útilokandi samkeppnishamlandi áhrif ef staðreynd á brot gegn 102. gr.“

Samkeppniseftirlitið vísar hér til úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008 Hf. *Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu* en þar segir í umfjöllun um 11. gr. samkeppnislaga:

„Eðlilegt er að skýra þessi ákvæði þannig að sú staðreynd að misnotkun hafi verið beitt af hálfu markaðsráðandi fyrirtækis sé nægjanleg til að aðferðin teljist ólögmat. Í þessu felst að það er ekki skilyrði fyrir beitingu ákvæðisins að misnotkun hafi tiltekin áhrif eða að ákveðin skilgreindur tilgangur hafi verið með aðgerðunum.“

Í þessu felst óhjákvæmilega að brot á 11. gr. samkeppnislaga er ekki háð því að sýnt sé fram á skaðleg áhrif á samkeppni. Hefur áfrýjunarnefnd ítrekað byggt á þessari túlkun í úrskurðum sínum og hefur hún verið staðfest af dómstólum, sbr. t.d. dóm Hæstaréttar í máli nr. 550/2007 *Árdegi hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

⁵³ Sjá t.d. dóm undirréttar EB í máli nr. T-128/98 *Aéroports de Paris v Commission* [2000] ECR II-3929. Sjá einnig ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB frá 15. júní 2005 í máli nr. COMP/A.37.507 *AstraZeneca*: ... „the Court of Justice has held that the strengthening of the position of an undertaking may be an abuse and prohibited under Article 82 of the Treaty, regardless of the means and procedure by which it is achieved, and even irrespective of any fault.“

⁵⁴ Sjá hér dóm dómstóls EB í máli nr. 6/72 *Europemballage and Continental Can v Commission* [1973] ECR 215: Í málinu benti dómstóllinn á þetta: „Such being the meaning and the scope of article 86 of the EEC treaty, the question of the link of causality ... between the dominant position and its abuse, is of no consequence, for the strengthening of the position of an undertaking may be an abuse and prohibited under article 86 of the treaty, regardless of the means and procedure by which it is achieved, ...“

⁵⁵ Sjá hér dóm dómstóls EB í máli nr. 85/76 *Hoffman-La Roche v Commission* [1979] ECR 461.



Þessu til viðbótar ber að líta til þess að túlkun Vífilfells á dómaframkvæmd í EES/ESB-rétti er röng og hafa dómstólar ESB lagt til grundvallar sömu túlkun og gert hefur verið í íslenskum rétti.⁵⁶ Þetta kom t.d. skýrt fram í dómi undirréttar ESB frá 9. september 2010 í máli nr. T-155/06. Í því máli lá fyrir að framkvæmdastjórn ESB hafði lagt sekt á norskt fyrirtæki, Tomra Systems, vegna misnotkunar á markaðsráðandi stöðu með gerð einkakaupasamninga og beitingu samkeppnishamlandi afsláttar.⁵⁷ Fyrir dómstólnum hélt fyrirtækið því m.a. fram að ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar stæðist ekki þar sem hún hefði ekki sýnt fram á samkeppnishamlandi áhrif. Dómstóllinn féllst ekki á það og árétaði fordæmi þess efnis að brot á 102. gr. sé ekki háð því að sýnt sé fram á skaðleg áhrif.⁵⁸ Benti dómstóllinn einnig á það að jafnvel þótt framkvæmdastjórnin hefði ranglega byggt á því að aðgerðir Tomra hefðu í raun raskað samkeppni myndi það ekki breyta neinu um lögmæti ákvörðunarinnar.⁵⁹ Var ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar staðfest. Sama túlkun á banni við misnotkun á markaðsráðandi stöðu hefur komið fram í ákvörðun Eftirlitsstofnunar EFTA.⁶⁰

Varðandi umræddar leiðbeiningar framkvæmdastjórnar ESB bendir Samkeppniseftirlitið á að þær fela í sér lýsingu á því hvernig framkvæmdastjórnin hyggst forgangsráða í framkvæmd hennar á banni við misnotkun á markaðsráðandi stöðu.⁶¹ Í þeirri forgangsröðun felst að framkvæmdastjórn ESB ætlar sér að leggja meiri áherslu á að kanna möguleg eða raunveruleg skaðleg áhrif af hegðun markaðsráðandi fyrirtækis (e. effects based approach). Framkvæmdastjórnin muni því horfa minna til forms viðkomandi háttsemi markaðsráðandi fyrirtækis (form based approach) í framangreindri forgangsröðun

⁵⁶ Sjá t.d. dóm undirréttar EB í máli nr. T-212/99 *British Airways v Commission* [2003] ECR II-5917: „...for the purposes of establishing an infringement of Article 82 EC, it is not necessary to demonstrate that the abuse in question had a concrete effect on the markets concerned.“ Þessi dómur undirréttarins var staðfestur með dómi dómstól EB frá 15. mars 2007 í máli nr. C-95/04P. Sjá einnig dóm undirréttar EB sem kveðinn var upp 9. september 2009 í máli nr. T-301/04 *Clearstream Banking AG v Commission* [2009] 5 CMLR 24: „The effect referred to in the case-law cited in paragraph 140 above does not necessarily relate to the actual effect of the abusive conduct complained of.“

⁵⁷ Áður en dómurinn féll fjölluðu fræðimenn um þennan þátt málsins. Sjá Richard Whish, *Competition Law*, sjötta útgáfa 2009, bls. 197: „It is ultimately for the Community Courts to determine whether per se rules are appropriate under Article 82. In a case currently before the CFI, *Tomra Systems v Commission*, one of Tomra's specific grounds of appeal against the Commission's decision is that the Commission committed a manifest error in holding that exclusivity arrangements, individualised quantity commitments, and individualised retroactive rebates were unlawful per se under Article 82.“

⁵⁸ „It must also be stated that, for the purposes of establishing an infringement of Article 82 EC, it is not necessary to show that the abuse under consideration had an actual impact on the relevant markets. It is sufficient in that respect to show that the abusive conduct of the undertaking in a dominant position tends to restrict competition or, in other words, that the conduct is capable of having that effect (*Michelin II*, paragraph 239, and *British Airways v Commission*, paragraph 293).“

⁵⁹ „In fact, even if the Commission had made a manifest error of assessment, as the applicants allege, in holding that those agreements actually eliminated competition, the legality of the contested decision would not be affected.“

⁶⁰ Sjá ákvörðun Eftirlitsstofnunar EFTA frá 14. júlí 2010 í máli nr. 34250 Norway Post/Privpak: „The effect referred to in the case-law cited in the preceding paragraph does not necessarily relate to the concrete or actual effect of the abusive conduct complained of. For the purposes of establishing an infringement of Article 54 EEA, it is sufficient to show that the abusive conduct of the undertaking in a dominant position tends to restrict competition or, in other words, that the conduct is capable of or liable to having that effect.“

⁶¹ Communication from the Commission — Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, 2009/C 45/02. Í II. kafla er tilgangi leiðbeininganna lýst: „This document sets out the enforcement priorities that will guide the Commission's action in applying Article 82 to exclusionary conduct by dominant undertakings.“



sinni.⁶² Það er hins vegar er ekki rétt hjá Vífilfelli að í leiðbeiningunum sé staðfest „*nauðsyn þess að sýna fram á útilokandi samkeppnishamlandi áhrif*“. Framkvæmdastjórnin telur duga að sýna fram á möguleg skaðleg áhrif.⁶³

Er tekið sérstaklega fram í leiðbeiningunum að þeim sé ekki ætlað að fela í sér lýsingu á gildandi rétti.⁶⁴ Þetta skjal felur því eðli málsins samkvæmt ekki í sér leiðbeiningar til handa samkeppnisyfirvöldum aðildarríkja ESB um efni og inntak bannsins við misnotkun á markaðsráðandi stöðu.⁶⁵ Í fræðilegri umræðu hefur verið rökstutt að ekki sé líklegt að dómstólar og samkeppnisyfivöld í aðildarríkjum ESB muni fylgja framangreindri stefnumörkun framkvæmdastjórnarinnar fyrr en ljóst sé orðið hvort dómstólar ESB séu sama sinnis.⁶⁶ Framangreindur dómur í Tomra málinu og dómar í öðrum nýlegum málum sýna að dómstólar ESB leggja til grundvallar hefðbundna túlkun á banni við misnotkun á markaðsráðandi stöðu.⁶⁷

1.2 Túlkun 11. gr. samkeppnislaga varðandi einkakaup og afslátt

Það fer gegn 11. gr. samkeppnislaga ef markaðsráðandi fyrirtæki skuldbindur kaupanda til þess að kaupa alla þjónustu eða vörur viðkomandi tegundar, eða stóran hluta hennar, af því fyrirtæki. Má í þessu sambandi vísa t.d. til dóma Hæstaréttar Íslands í máli nr. 323/2003 *Skífan hf. gegn samkeppnisráði* og í máli nr. 550/2007 *Árdegi hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Hér má einnig vísa til úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008 *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu* þar sem til umfjöllunar voru einkakaupasamningar og samkeppnishamlandi afslættir. Í úrskurðinum segir:

„Þegar fyrirtæki er í markaðsráðandi stöðu er almennt óheimilt að semja svo um að samningsaðili þess (kaupandi) megi aðeins snúa sér til þess um kaup á þjónustu eða vörum eða stærsta hluta hennar, sem hann þarfnast. Ástæða þess að slík ákvæði um einkakaup eru talin ólögð er fyrst og fremst sú að þau eru til þess fallin að útiloka eða takmarka verulega samkeppni frá minni eða nýjum keppinautum um viðkomandi

⁶² Sjá Manuel Kellerbauer, *The Commission's new enforcement priorities in applying article 82 EC to dominant companies exclusionary conduct: A shift towards a more economic approach?*, [2010] European Competition Law Review, vol. 31, bls. 175-186.

⁶³ Sjá Manuel Kellerbauer, *The Commission's new enforcement priorities in applying article 82 EC to dominant companies exclusionary conduct: A shift towards a more economic approach?*, [2010] European Competition Law Review, vol. 31, bls. 183: „There are further indications that the Guidance does not give way to a fully-fledged effects-based approach. Rather than requiring proof of the actual impact of a dominant company's behaviour on competition, the Commission intends to intervene already where allegedly abusive conduct is likely to lead to anti-competitive foreclosure.”

⁶⁴ „This document is not intended to constitute a statement of the law and is without prejudice to the interpretation of Article 82 by the Court of Justice or the Court of First Instance of the European Communities.”

⁶⁵ Sjá Van Bael & Bellis, *Competition Law of the European Community*, fimmta útgáfa 2010 bls. 806: „Rather than providing genuine guidance to undertakings, National Competition Authorities and Member State Courts on the meaning of Article 82, the Guidance on Abusive Exclusionary Conduct consists only a description of the Commission's enforcement priorities; it is expressly „not intended to constitute a statement of the law.”

⁶⁶ „Manuel Kellerbauer, *The Commission's new enforcement priorities in applying article 82 EC to dominant companies exclusionary conduct: A shift towards a more economic approach?*, [2010] European Competition Law Review, vol. 31, bls. 175-186: „National Competition authorities and courts are therefore likely fully to align their practice of applying art. 82 EC to the Guidance only if the Community courts' case law evolves by establishing effects-based requirements for finding abusive behaviour.”

⁶⁷ Sjá t.d. dóm undirréttar ESB frá 25. júní 2010 í máli nr. T-66/01 *Imperial Chemical Industries v Commission*: „It should be recalled, in that regard, that the effect to which the case-law cited in paragraph 295 above refers is not necessarily the actual effect of the abusive conduct complained of.”



viðskipti. Slíkt getur haft skaðleg áhrif á þá takmörkuðu samkeppni sem getur ríkt á slíkum mörkuðum."

Sama regla um einkakaupasamninga markaðsráðandi fyrirtækja er lögð til grundvallar í EES/ESB-samkeppnisrétti.⁶⁸

Ástæða þess að slík ákvæði um einkakaup eru ólögmat er fyrst og fremst sú að þau eru til þess fallin að útiloka samkeppni frá minni eða nýjum keppinautum um viðkomandi viðskipti. Slíkt getur haft verulega skaðleg áhrif á þá takmörkuðu samkeppni sem getur ríkt á mörkuðum þar sem fyrir hendi eru markaðsráðandi fyrirtæki, sbr. úrskurður áfrýjunarnefndar í máli nr. 3/2008.⁶⁹ Þá er ljóst að einkakaupasamningur markaðsráðandi fyrirtækis er ólögmatur jafnvel þótt hann hafi ekki komið til framkvæmda, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2006. Hafi samningurinn hins vegar verið framkvæmdur telst brotið alvarlegra en ella. Gildistími einkakaupasamnings sem markaðsráðandi fyrirtæki stendur að getur skipt máli. Því lengri sem gildistíminn er því líklegri er að hann sé til þess fallinn að hafa alvarleg áhrif á samkeppni. Þá er lögmæti einkakaupasamnings ekki háð því hvort samningurinn gildi að lágmarki til ákveðins tíma. Því síður ræður það úrslitum hvort viðskiptavinur geti auðveldlega sagt samningnum upp, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar í máli nr. 3/2008. Huga þarf að aðstæðum á markaðnum þegar lagt er mat á skaðsemi slíkra samninga markaðsráðandi fyrirtækja.

Einkakaupasamningur markaðsráðandi fyrirtækis felur í sér misnotkun jafnvel þó slíkur samningur sé gerður að beiðni kaupandans, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar í máli nr. 3/2006. Ástæða þessa er sú að samkeppni á viðkomandi markaði er þegar mjög takmörkuð vegna tilvistar hins markaðsráðandi fyrirtækis og einkakaupasamningar raska með alvarlegum hætti þeirri takmörkuðu samkeppni. Í því sambandi skiptir ekki máli að lögum hver á frumkvæði að gerð samnings af þessum toga.

Samningur þarf ekki að kveða á um að kaupandi kaupi allar viðkomandi vörur af hinu markaðsráðandi fyrirtæki til þess að hann teljist einkakaupasamningur og fari þannig gegn 11. gr. heldur nægir að einkakaupin taki til verulegs hluta

⁶⁸ Sjá dóm dómstól ESB í máli nr. 85/76 *Hoffman-La Roche v Commission* [1979] ECR 461. Sjá einnig dóm undirréttar ESB frá 9. september 2010 í máli nr. T-155/06 *Tomra Systems v Commission*: „It should also be recalled that, according to case-law, an undertaking which is in a dominant position on a market and ties purchasers – even if it does so at their request – by an obligation or promise on their part to obtain all or most of their requirements exclusively from that undertaking abuses its dominant position within the meaning of Article 82 EC, whether the obligation in question is stipulated without further qualification or whether it is undertaken in consideration of the grant of a rebate.”

⁶⁹ Sjá einnig t.d. dóm undirréttar ESB frá 9. september 2010 í máli nr. T-155/06 *Tomra Systems v Commission*: „Obligations of this kind to obtain supplies exclusively from a particular undertaking, whether or not they are in consideration of rebates or of the granting of fidelity rebates intended to give the purchaser an incentive to obtain his supplies exclusively from the undertaking in a dominant position, are incompatible with the objective of undistorted competition within the common market, because they are not based on an economic transaction which justifies this burden or benefit but are designed to remove or restrict the purchaser’s freedom to choose his sources of supply and to deny producers access to the market (*Hoffmann-La Roche v Commission*, paragraph 90).” Sjá hér einnig Peter Reinert, *Industrial Supply Contracts under EC Competition Law*, (1996) 17 ECLR 6: „A supplier which is in a dominant position ... may not enter into a purchase agreement with one of his customers if such agreements relate to all or most of the customer’s requirement. This is even the case if customer asks for such an agreement, because it restricts access to the market for the dominant supplier’s competitors.”



kaupanna. Dómstóll ESB hefur talið að 75-80% teljist verulegt í þessu samhengi.⁷⁰

Einkakaupasamningur markaðsráðandi fyrirtækis telst eins og áður sagði misnotkun á markaðsráðandi stöðu, óháð því hvort skyldan um einkakaup sé tengd tilteknum afslætti í (umræddum) viðskiptum eða ekki. Ljóst er hins vegar að ef einnig er að finna í samningum um einkakaup tiltekna tegund af afslætti getur það styrkt útilokunaráhrif viðkomandi gernings, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2006.⁷¹ Jafnframt er ljóst að markaðsráðandi fyrirtæki geta brotið 11. gr. samkeppnislaga með því einu að veita afslátt eða tryggðarkjör sem eru til þess fallinn að raska samkeppni, sbr. t.d. úrskurður áfrýjunarnefndar í máli nr. 5/2010 *Lyf og heilsa hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

Í umfjöllun um bann við misnotkun á markaðsráðandi stöðu í greinargerð með frumvarpi sem varð að lögum nr. 107/2000, um breytingar á samkeppnislögum segir að almennt afsláttarfyrirkomulag sem byggist á kostnaðarlegum forsendum, þ.e. verðlækkun sem grundvallist á lægri kostnaði, sé ekki talið hafa skaðleg áhrif á samkeppni ef það byggist á hlutlægum og sanngjörnum forsendum sem kaupendur þekkja. Afsláttur eða verðlækkun sem ekki byggist á slíkum sjónarmiðum geti hins vegar haft áhrif á samkeppni milli fyrirtækja og þar með á aðgang að markaðnum. Þetta á sérstaklega við þar sem samkeppni er þegar takmörkuð, t.d. vegna markaðsráðandi stöðu fyrirtækis á viðkomandi markaði. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008 er bent á þetta:

„Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur með líkum hætti og Samkeppniseftirlitið að afsláttarfyrirkomulag sem byggist á kostnaðarlegum og hlutlægum forsendum sem grundvallast á lægri kostnaði sé að öllu jöfnu ekki talin hafa skaðleg áhrif á samkeppni. Samkeppnislög banni markaðsráðandi fyrirtækjum ekki að veita magnafslátt ef slíkur afsláttur endurspeglar t.d. sannanlegt kostnaðarlegt hagræði af auknum viðskiptum. Í þessu sambandi teljist það lögmætir afslættir sem veittir eru í tengslum við einstök viðskipti og vegna þess hagræðis sem leiðir af þeim tilteknu viðskiptum. Áfrýjunarnefndin telur enn fremur að afslættir markaðsráðandi fyrirtækja sem tengdir séu einkakaupum eða ætlað sé að tryggja tryggð viðskiptavina geti falið í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu.“

Í Hoffman-La Roche málinu setti dómstóll ESB fram þá reglu að markaðsráðandi fyrirtæki væri óheimilt að veita afslætti gegn því skilyrði að viðskiptavinurinn keypti allt eða megnið af því sem hann þarfnaðist frá markaðsráðandi fyrirtæki og þá skipti ekki máli hvort heildarmagnið væri mikið eða lítið.⁷² Slíkir

⁷⁰ Sjá dóm dómstóls ESB í máli nr. 85/76 *Hoffman-La Roche v Commission* [1979] ECR 461.

⁷¹ Sjá einnig t.d. Ritter & Braun, *European Competition Law*, þriðja útgáfa 2004 bls. 465: „Certain kind of price discounts can tie customers to a supplier just as effectively as requirements contracts or can reinforce the effects of such contracts.“

⁷² Dómur dómstóls ESB í máli nr. 85/76 *Hoffman-La Roche v Commission*: „The same applies if the said undertaking, without tying the purchasers by a formal obligation, applies, either under the terms of the agreements concluded with these purchasers or unilaterally, a system of fidelity rebates, that is



tryggðarafslættir hafi í raun sömu áhrif og einkakaupasamningar.⁷³ Í dómi dómstóls ESB í Michelin málinu var fjallað um afsláttarkerfi dekkjaframleiðandans Michelin.⁷⁴ Afsláttarkerfið var þannig uppbyggt að viðskiptavinir fengu tiltekinn afslátt sem ákvarðaður var af Michelin með hliðsjón af mati fyrirtækisins á áætluðum heildarinnkaupum viðskiptavinanna yfir eins árs tímabil. Í dómi dómstólsins var þetta afsláttarkerfi aðgreint frá því sem um var að ræða í Hoffmann-La Roche-málinu að því leyti að viðskiptavinir Michelin voru ekki bundnir að því að eiga eingöngu viðskipti við það fyrirtæki. Dómurinn gat samt sem áður ekki fallist á að um væri að ræða afsláttarkerfi sem jafngilti hefðbundnu magnafsláttarkerfi þar sem afslátturinn hefði verið tengdur sölu til viðskiptavina árið áður.⁷⁵ Til að ákvarða hvort Michelin hefði gerst sekt um misnotkun á markaðsráðandi stöðu með afsláttarkerfinu taldi dómurinn að nauðsynlegt væri að taka til skoðunar hvaða viðmið giltu fyrir veitingu afsláttarins og hvort hann væri til þess fallinn að takmarka frelsi kaupenda við val sitt á birgjum og hvort hann takmarkaði aðgang keppinauta Michelin að markaðnum.⁷⁶ Niðurstaða dómsins var sú að með afsláttarkerfi þar sem afslættir væru veittir í tengslum við það magn sem selt væri á tiltölulega löngu tímabili hefði það þau áhrif að við lok tímabilsins myndi skapast aukinn þrýstingur á kaupandann um að ná þeirri upphæð sem til þyrfti til að fá afsláttinn eða til að forðast tap fyrir árið í heild. Eins og atvikum málsins væri háttað gæti jafnvel ein lítil pöntun haft talsverð áhrif á hagnað fyrirtækisins fyrir allt árið.⁷⁷

to say discounts conditional on the customer's obtaining all or most of its requirements-whether the quantity of its purchases be large or small- from the undertaking in a dominant position."

⁷³ Sjá einnig dóm undirréttar ESB frá 9. september 2010 í máli nr. T-155/06 *Tomra Systems v Commission*: „With more particular regard to the granting of rebates by an undertaking in a dominant position, it is apparent from a consistent line of decisions that a loyalty rebate, which is granted in return for an undertaking by the customer to obtain his stock exclusively or almost exclusively from an undertaking in a dominant position, is contrary to Article 82 EC. Such a rebate is designed through the grant of financial advantage, to prevent customers from obtaining their supplies from competing producers ...”

⁷⁴ Mál nr. 322/81 *Michelin v Commission* [1983] ECR 3461.

⁷⁵ Mál nr. 322/81 *Michelin v Commission* [1983] ECR 3461: „As regards the system at issue in this case, which is characterized by the use of sales targets, it must be observed that this system does not amount to a mere quantity discount linked solely to the volume of goods purchased since the progressive scale of the previous year's turnover indicates only the limits within which the system applies. Michelin NV has moreover itself pointed out that the majority of dealers who bought more than 3000 tyres a year were in any case in the group receiving the highest rebates. On the other hand the system in question did not require dealers to enter into any exclusive dealing agreements or to obtain a specific proportion of their supplies from Michelin NV, and that this point distinguishes it from loyalty rebates of the type which the court had to consider in its judgement of 13 february 1979 in *Hoffmann-La Roche*.”

⁷⁶ „In deciding whether Michelin NV abused its dominant position in applying its discount system it is therefore necessary to consider all the circumstances, particularly investigate whether, in providing an advantage not based on any economic service justifying it, the discount tends to remove or restrict the buyer's freedom to choose his sources of supply, to bar competitors from access to the market, to apply dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties or to strengthen the dominant position by distorting competition.”

⁷⁷ „The discount system in question was based on an annual reference period. However, any system under which discounts are granted according to the quantities sold during a relatively long reference period has the inherent effect, at the end of that period, of increasing pressure on the buyer to reach the purchase figure needed to obtain the discount or to avoid suffering the expected loss for the entire period. In this case the variations in the rate of discount over a year as a result of one last order, even a small one, affected the dealer's margin of profit on the whole year's sales of Michelin heavy-vehicle tyres. In such circumstances, even quite slight variations might put dealers under appreciable pressure.”



Afsláttarkerfi Michelin dekkjaframleiðandans var enn til athugunar í seinna máli, svonefndu Michelin II máli.⁷⁸ Nánar tiltekið voru tekin til skoðunar margvísleg afsláttar- og bónuskerfi sem Michelin bauð viðskiptavinum sínum. Voru öll þessi afsláttar- og tryggðarkerfi talin fela í sér misnotkun Michelin á markaðsráðandi stöðu og má í raun segja að með dómi undirréttar í því máli hafi verið gerðar enn ríkari kröfur en í fyrri málum til afsláttar markaðsráðanda fyrirtækja.⁷⁹ Þannig var í Michelin II málinu ekki fallist á að markaðsráðandi fyrirtæki mætti nota almennt magnafsláttarkerfi þar sem sýnt þótti m.a. fram á að það væri tryggðarhvetjandi.⁸⁰

Nánar tiltekið fól magnafsláttarkerfið (e. quantity discounts) það í sér að veittir voru tilteknir afslættir sem voru mismunandi eftir umfangi viðskipta. Ef keypt var fyrir minna en 9.000 FF var veittur 7,5% afsláttur, ef keypt var fyrir 9.001 til 15.000 FF var veittur 8,5% afsláttur og ef keypt var fyrir 15.001 til 25.000 var veittur 9% afsláttur. Þrjár ástæður voru einkum taldar vera fyrir því að afsláttarkerfið fæli í sér misnotkun. Í fyrsta lagi að kerfið fæli í sér hvata (e. loyalty-inducing effect) fyrir viðskiptavinum til að ná auknum viðskiptum svo þeir færu upp í næsta afsláttarflokk. Í öðru lagi endurspeglaði afsláttarkerfið ekki stærðarhagkvæmni (e. transaction-specific savings), þ.e. lítill munur gat verið á afsláttarkjörum þó umtalsverður munur væri á viðskiptum. Þannig er ljóst samkvæmt framansögðu að aðili sem átti viðskipti fyrir 10.000 FF fékk 8,5% afslátt en sá sem keypti fyrir 20.000 FF fékk 9% afslátt. Í þriðja lagi þótti óeðlilegt að afslátturinn væri greiddur út í febrúarmánuði á næsta ári á eftir, þ.e. hann væri ekki veittur á sama rekstrarári og viðskiptin áttu sér stað. Önnur afsláttarkerfi voru einnig til skoðunar í málinu, t.d. svokallaður þjónustubónus (e. service bonus) sem var afsláttur sem var greiddur eftir á þegar viðskiptavinir höfðu safnað tilteknum fjölda punkta með því að nýta sér þjónustu Michelin. Voru þessi kerfi einnig talin fela í sér misnotkun þar sem þau voru talin vera tryggðarhvetjandi og ósanngjörn m.a. af því að þau mismunuðu viðskiptavinum auk þess sem þau gerðu ráð fyrir að viðskiptavinir afhentu Michelin viðkvæmar viðskiptaupplýsingar. Í dómi undirréttar ESB kom fram að afsláttarkerfi þar sem afslátturinn hækkaði í sama hlutfalli og aukið magn fæli almennt ekki í sér útilokandi áhrif og þar með brot.⁸¹ Þá hefði kerfi, þar sem afslátturinn væri veittur um leið og viðskiptin áttu sér stað (kæmi fram á reikningi) og væri að auki í hlutfalli við stærð þöntunar, engin tryggðarhvetjandi áhrif.⁸² Við mat á því hvort afsláttarkerfi fæli í sér misnotkun væri nauðsynlegt að líta til forsendna afsláttarins og þá sérstaklega hvaða reglur giltu um veitingu hans. Þá væri nauðsynlegt að rannsaka hvort afslátturinn byggðist á efnahagslegum forsendum

⁷⁸ Ákvörðun framkvæmdastjórnar EB frá 20. júní 2001, COMP/E-2/36.041/PO-Michelin og dómur undirréttar EB frá 30. september 2003 í máli nr. T-203/01 *Michelin v Commission*.

⁷⁹ Sjá grein eftir Massimo Motta, „*Michelin II – The treatment of rebates*“. 27. nóvember 2006.

⁸⁰ „It follows from the foregoing that the Commission was correct to find that the quantity rebate system applied by the applicant infringed Article 82 EC, inter alia because it was loyalty-inducing.“

⁸¹ „Quantity rebate systems linked solely to the volume of purchases made from an undertaking occupying a dominant position are generally considered not to have the foreclosure effect prohibited by Article 82 EC.“

⁸² „It follows that a rebate system in which the rate of the discount increases according to the volume purchased will not infringe Article 82 EC unless the criteria and rules for granting the rebate reveal that the system is not based on an economically justified countervailing advantage but tends, following the example of a loyalty and target rebate, to prevent customers from obtaining their supplies from competitors.“



sem gætu réttlætt hann. Einnig þyrfti að kanna hvort afslátturinn takmarkaði frelsi kaupandans við val á birgjum, hvort hann fæli í sér aðgangshindranir fyrir keppinauta og hvort hann mismunaði aðilum í samskonar viðskiptum eða væri til þess fallinn að styrkja markaðsyfirráð með röskun á samkeppni.⁸³ Ljóst er því samkvæmt þessu að magnafsláttur getur talist ólögmætur ef hann helgast ekki af málefnalegum forsendum.⁸⁴

Með hliðsjón af þessu má almennt segja að dómaframkvæmd dómstóla ESB sýni að meta þurfi tvö atriði varðandi lögmæti afsláttar markaðsráðandi fyrirtækja. Í fyrsta lagi þarf að svara því hvort afsláttur hafi í för með sér útilokunaráhrif, þ.e. hvort afslátturinn t.d. geri það erfiðara eða ómögulegt fyrir keppinauta að afla sér viðskipta. Í þessu sambandi skiptir miklu máli að meta hvort afsláttirnir séu tryggðarhvetjandi eða takmarki val viðskiptavina á söluaðilum. Í öðru lagi verður að skoða hvort efnahagslegar forsendur geti réttlætt veitingu afsláttarins.⁸⁵ Hér má og líta til þess að framkvæmdastjórn ESB hefur dregið þá ályktun að í Hoffman-La Roche og Michelin málinu hafi dómstóll ESB sett fram þá reglu að markaðsráðandi fyrirtæki geti veitt afslátt sem grundvallast á hagræði eða lægri kostnaði af t.d. stærri pöntunum. Hins vegar megi markaðsráðandi fyrirtæki ekki veita afslátt eða aðra ívilnun til þess að skapa tryggð og vinna þannig gegn því að viðskiptavinir þess eigi viðskipti við keppinauta.⁸⁶ Þá er ljóst með hliðsjón af dómi undirréttar í Michelin II málinu að ekki er nægilegt að sömu afsláttarkjör standi öllum til boða. Nauðsynlegt er að afslátturinn byggi á hlutlægum viðmiðum og tengist umfangi viðskipta og að hann sé helst veittur um leið og viðskiptin eiga sér stað. Þá ber að hafa sérstaklega í huga að ef afslætti er beinlínis ætlað að raska samkeppni getur hann ekki talist eðlilegur í þessum skilningi. Þá skiptir ekki

⁸³ „In determining whether a quantity rebate system is abusive, it will therefore be necessary to consider all the circumstances, particularly the criteria and rules governing the grant of the rebate, and to investigate whether, in providing an advantage not based on any economic service justifying it, the rebates tend to remove or restrict the buyer's freedom to choose his sources of supply, to bar competitors from access to the market, to apply dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties or to strengthen the dominant position by distorting competition.”

⁸⁴ Sjá einnig dóm undirréttar ESB frá 9. september 2010 í máli nr. T-155/06 *Tomra Systems v Commission*: „It follows that a rebate system in which the rate of the discount increases according to the volume purchased will not infringe Article 82 EC unless the criteria and rules for granting the rebate reveal that the system is not based on an economically justified countervailing advantage but tends, following the example of a loyalty and target rebate, to prevent customers from obtaining their supplies from competitors (see *Hoffmann-La Roche v Commission*, paragraph 90, and *Michelin II*, paragraph 59).”

⁸⁵ Sjá hér t.d. álit Kokott aðallögsögumanns við dómstól EB frá 23. febrúar 2006 í máli nr. C-95/04P *British Airways v Commission*: „It therefore needs to be examined first whether the rebates or bonuses granted by an undertaking in a dominant position can give rise to a foreclosure effect, i.e. whether they are capable of making it difficult or impossible for the competitors of the dominant undertaking to have access to the market and for the business partners of the dominant undertaking to choose between various sources of supply; secondly, it needs to be examined whether there is an objective economic justification for the rebates or bonuses granted.”

⁸⁶ Sjá ákvörðun framkvæmdastjórnar EB frá 14. júlí 1999 í máli nr. IV/D-2/34.780 *Virgin/British Airways*: „The *Hoffmann-La Roche* and *Michelin* cases establish a general principle that a dominant supplier can give discounts that relate to efficiencies, for example discounts for large orders that allow the supplier to produce large batches of product, but cannot give discounts or incentives to encourage loyalty, that is for avoiding purchases from a competitor of the dominant supplier. ... The two cases taken together establish that a dominant company can only give rebates in return for efficiencies realised and not in return for loyalty, and establish that the two particular discount schemes concerned are of the type that rewards loyalty rather than efficiencies.”, sbr. einnig dóm undirréttar ESB frá 17. desember 2003 í máli nr. T-219/99.



máli varðandi lögmætið hvort hið samkeppnishamlandi markmið nær fram að ganga eða ekki.⁸⁷

Samkeppniseftirlitið vísar í þessu sambandi einnig til máls þar sem til skoðunar var afsláttarkerfi apóteks Lyfja og heilsu á Akranesi, sbr. úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 5/2010 *Lyf og heilsa hf. gegn Samkeppniseftirlitinu* og áður ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 4/2010 *Misnotkun Lyfja og heilsu á markaðsráðandi stöðu sinni*. Í málinu var komist að þeirri niðurstöðu að afslættir sem apótekið, sem talið var markaðsráðandi í lyfsölu á Akranesi, bauð í tengslum við starfrækslu Vildarklúbbs fælu í sér brot á 11. gr. samkeppnislaga. Nánar tiltekið fólu afslættirnir það í sér að viðskiptavinurinn fékk tiltekna fasta upphæð endurgreidda í lok samningstíma eftir að hafa átt viðskipti í tiltekinn fjölda skipta. Ekki skipti máli hvert umfang viðskiptanna var, endurgreiðsla í lok tímabils sem og önnur fríðindi sem veitt voru á samningstíma, voru alltaf þau sömu. Í úrskurði áfrýjunarnefndar í málinu kom skýrt fram að afsláttarkerfið fæli í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu á grundvelli þess að afslættirnir styddust ekki við kostnaðarlegt hagræði auk þess sem þeir væru tryggðarhvetjandi. Var það því niðurstaða áfrýjunarnefndar að afsláttarkerfið fæli í sér brot á 11. gr. samkeppnislaga.

Hér verður að hafa í huga að það er meginregla í samkeppnisrétti að markaðsráðandi fyrirtæki verða sjálf að sýna fram á efnahagsleg rök fyrir tilteknum afslætti.⁸⁸ Í því felst að fyrirtækin verða að sýna með nákvæmum hætti hið kostnaðarlega hagræði sem réttlætir afslátt. Almennar staðhæfingar um hagræði af auknum viðskiptum duga ekki.⁸⁹ Ef fullnægjandi upplýsingar liggja ekki fyrir verður hið markaðsráðandi fyrirtæki að bera halla af skorti á upplýsingum um það, að annað hafi vakað fyrir því með veitingu viðkomandi afsláttar en að styrkja og viðhalda að einhverju leyti markaðsráðandi stöðu sinni, sbr. dóm Hæstaréttar Íslands í máli nr. 120/2001, *Landssími Íslands hf. gegn samkeppnisráði*.

Með hliðsjón af framangreindu má draga saman eftirfarandi niðurstöðu um það hvenær einkakaup og afslættir markaðsráðandi fyrirtækja fara gegn 11. gr. samkeppnislaga:

- það fer gegn 11. gr. samkeppnislaga þegar markaðsráðandi fyrirtæki skuldbindur kaupanda til þess að kaupa alla vöru/þjónustu viðkomandi tegundar, eða stóran hluta hennar, af hinu markaðsráðandi fyrirtæki. Hafa slíkar skuldbindingar verið nefndar einkakaup eða einkakaupasamningar. Ef eftirágreiddir afslættir eða önnur sambærileg viðskiptakjör eru hluti af slíkum samningum eykur það skaðleg áhrif samninganna.

⁸⁷ Sjá t.d. Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, sjötta útgáfa 2008 bls. 950: „Conduct that may otherwise be permissible even on the part of a dominant firm may be rendered abusive if its purpose is anti-competitive. ... Equally, conduct may be abusive where it has failed to achieve its intended effect.”

⁸⁸ Sjá t.d. dóm undirréttar ESB í máli nr. T-228/97 *Irish Sugar v Commission* [1999] ECR II 2969. Sjá einnig dóm undirréttar ESB frá 30. september 2003 í máli nr. T-203/01 *Michelin v Commission*.

⁸⁹ Sjá t.d. dóm dómstóls ESB í máli nr. C-163/99 *Portugal v Commission* [2001] ECR I-2613. Sjá einnig dóm undirréttar ESB frá 30. september 2003 í máli nr. T-203/01 *Michelin v Commission*.



- Það fer gegn 11. gr. samkeppnislaga ef markaðsráðandi fyrirtæki veitir afslætti gegn því skilyrði að viðskiptavinurinn kaupi allt eða megnið af því sem hann þarfnast frá markaðsráðandi fyrirtæki.
- Það felur einnig í sér brot á 11. gr. samkeppnislaga ef markaðsráðandi fyrirtæki býður kaupanda afslætti, t.d. magnafslætti, sem eru tryggðarhvetjandi og styðjast ekki við kostnaðarlegt hagræði eða önnur málefnaleg rök.

2. Almennt um samninga Vífilfells

Eins og áður hefur verið getið aflaði Samkeppniseftirlitið afrita af viðskiptasamningum Vífilfells við viðskiptavinina sína á dagvörumarkaði og veitingamarkaði. Um er að ræða u.þ.b. 1.200 viðskiptasamninga ásamt viðaukum, sem bæði voru afhentir í formi útprentaðra eintaka og einnig afrita á geisladiskum, sem Samkeppniseftirlitið leggur til grundvallar í málinu.

Viðskiptasamningarnir taka bæði til áfengra og óáfengra drykkja. Auk samninga við dagvöruverslanir er um að ræða samninga við skyndibitastaði, kaffihús, bensínstöðvar, veitingastaði, söluturna, myndbandaleigur, ípróttafélög, félagsmiðstöðvar, bakarí, ísbúðir, framhaldsskóla og fleiri aðila.

Við skoðun á viðskiptasamningunum kom í ljós að Vífilfell virðist aðallega vera með tvenns konar staðlaðar tegundir af samningum. Samningsgerðirnar eru að mörgu leyti líkar og innihalda áþekk eða hliðstæð ákvæði. Annars vegar virðist vera um að ræða samningsgerð þar sem m.a. er að finna ákvæði um sölurétt og kvaðir sem honum fylgja og hins vegar er um að ræða samningsgerð þar sem m.a. er að finna ákvæði um í hvaða hlutfalli viðskiptavinir Vífilfells skuli bjóða upp á vörur frá Vífilfelli á sölustöðum sínum. Ekki virðist vera um það að ræða að önnur samningsgerðin eigi frekar við um tiltekna tegund viðskiptavina Vífilfells en hin.

Að mati Samkeppniseftirlitsins innihalda viðskiptasamningarnir nær allir eða langflestir ólögmat ákvæði sem eru til þess fallin að útiloka keppinauta Vífilfells á markaðnum frá því að eiga viðskipti við viðskiptavinina Vífilfells auk þess að hindra aðkomu nýrra keppinauta inn á markaðinn. Að mati Samkeppniseftirlitsins eru ákvæði um einkakaup og skilyrta afslætti í samningunum einkar alvarleg.

Hér á eftir verður með almennum hætti gerð grein fyrir ýmsum ákvæðum í viðskiptasamningum Vífilfells sem talist geta samkeppnishamlandi, s.s. ákvæðum um einkakaup, eftirágreidda afslætti og skilyrta fyrirframgreidda afslætti. Einnig verður vikið að sjónarmiðum Vífilfells sem tengjast þessu. Í næsta kafla verður svo ítarlega lýst nokkrum samningum Vífilfells sem innihalda einkakaupaákvæði, tryggðarákvæði og önnur samkeppnishamlandi ákvæði. Jafnframt er í sérstakri töflu, sem fylgir með sem viðauki ákvörðunarinnar, gerð grein fyrir öðrum viðskiptasamningum Vífilfells sem innihalda samskonar samkeppnishamlandi ákvæði.



2.1 Einkakaupaákvæði í viðskiptasamningum Vífilfells

Í viðskiptasamningum Vífilfells er að finna ákvæði um svonefndan sölurétt. Er oftast um að ræða ákvæði sem bera annað hvort yfirskriftina „söluréttur“ eða „einkasöluréttur“. Með ákvæðinu skuldbindur kaupandinn (viðskiptavinurinn) sig til að veita Vífilfelli svokallaðan sölurétt hjá fyrirtæki sínu. Þetta felur yfirleitt í sér að kaupandinn samþykkir að stór hluti af drykkjarvöru sem hann selur á sölustöðum sínum, skuli vera vörur frá Vífilfelli eða eingöngu vörur Vífilfells. Viðskiptavinurinn er ennfremur oftast nær óheimilt að selja drykkjarvörur frá öðrum. Sölurétturinn er síðan nánar útfærður í ákvæðinu t.d. á þann hátt að kaupandinn skuldbindi sig til þess að selja að heildarmagni ákveðinn lítrafjölda af ákveðinni vöru á samningstímanum.

Oftast nær eru ákvæði um sölurétt samofin öðrum ákvæðum í viðskiptasamningunum um skyldur kaupandans. Í því felst að kaupandinn skuldbindur sig til að fullnægja ákveðnum skilyrðum undir öllum kringumstæðum. Skilyrðin eru nær undantekningarlaust þessi:

1. Að selja eingöngu vörur frá seljanda (Vífilfelli) og umrætt magn í samræmi við ákvæðið um sölurétt.
2. Að gera ekki viðskiptasamninga eða samkomulag við keppinauta í andstöðu við samninginn á gildistíma hans.
3. Að vera ekki í vanskilum við seljanda.
4. Að kaupandi og starfsmenn hans gangi vel um eignir seljanda og valdi ekki viljandi skemmdum á eignum seljanda og geri nauðsynlegar ráðstafanir til að forða tjóni á eignum seljanda.
5. Að hlíta í einu og öllu ráðleggingum þjónustudeildar seljanda varðandi frágang og umgengni við tæki og vélar sem seljandi útvegar. Seljandi ber enga ábyrgð á tjóni sem kaupandi verður fyrir vegna þess að hann fylgir ekki fyrirmælum frá seljanda.

Með ákvæðum þar sem viðskiptavinirnir skuldbinda sig til þess að selja eingöngu vörur Vífilfells og gera ekki viðskiptasamninga eða samkomulag við aðra aðila í andstöðu við samninginn á gildistímanum, sem og með ákvæðum sem fela í sér skuldbindingu um að kaupa umsamið magn á gildistíma samningsins, er verið að útiloka vörur keppinautanna. Með þessu býr Vífilfell svo um hnútana að keppinautum Vífilfells er gert ókleift að selja vörur sínar til viðkomandi viðskiptavinar á gildistíma samningsins. Þá er nýjum aðilum á markaði einnig gert ómögulegt að koma vörum sínum á framfæri til þessara samningsbundnu söluaðila.

Samkeppniseftirlitið telur ótvírætt að með ákvæðum í viðskiptasamningum Vífilfells um sölurétt og nánar útfærðar skyldur kaupandans, hafi viðskiptavinirnir gengist undir þá skyldu að kaupa ekki vörur af keppinautum Vífilfells. Samningar markaðsráðandi fyrirtækja sem innihalda slík ákvæði fela því í sér einkakaup í skilningi samkeppnislaga og eru brot á 11. gr. laganna. Einnig verður að ætla að viðskiptavinirnir þurfi að uppfylla magntakmarkið sem samningurinn kveður á um til að njóta umsamdra afsláttá og hagsbóta sem nánar er kveðið á um í samningunum.



Til nánari glöggvunar á einkakaupaákvæðum Vífilfells skal hér vikið að nokkrum dæmum. Í mörgum samninga Vífilfells við viðskiptavinum er að finna ákvæði á borð við eftirfarandi:

„Vörur seljanda skulu vera einu drykkjarvörur í samlökukælum kaupanda þar sem þeir eru“,

„Eingöngu verða aukakælar og vörur í þeim frá seljanda í vöruflokkunum gos, vatn, léttbjór og safar“,

„Sölustaðir kaupanda skulu ávallt hafa til sölu þær drykkjarvörur sem seljandi framleiðir eða flytur inn, í þeim pakkningum/stærðum sem seljandi leggur áherslu á.“

„Kaupandi skuldbindur sig til að gera ekki viðskiptasamninga eða samkomulag við samkeppnisaðila í andstöðu við samning þennan á gildistíma hans.“

Í nokkrum samningum Vífilfells við veitingastaði eru ákvæði á borð við:

„Kaupandi skuldbindur sig til að selja eingöngu gosdrykki, kolsýrt vatn, íþrótt- og orkudrykki, léttöl og djús sem framleitt er af seljanda eða flutt inn af honum“.

Samkvæmt ofangreindum ákvæðum gangast viðskiptavinir Vífilfells undir þá skyldu að kaupa ekki sambærilegar vörur af öðrum aðilum en Vífilfelli á samningstímanum eða að bjóða ekki aðrar sambærilegar vörur á ákveðnum stöðum í verslunum eða veitingastöðum sínum á samningstímanum.

Eins og getið var um í kaflanum um túlkun á 11. gr. samkeppnislaga getur gildistími samninga sem markaðsráðandi fyrirtæki stendur að og fela í sér ákvæði um einkakaup skipt máli. Sama á við um samninga sem innihalda ákvæði sem eru til þess fallin að viðhalda tryggð viðskiptavina. Því lengri sem gildistíminn er því líklegri er að samningurinn muni hafa skaðleg áhrif á samkeppni. Viðskiptasamningar Vífilfells og viðskiptavina þess hafa mjög mislangan gildistíma. Langoftast er um að ræða samninga sem gilda allt frá einu ári og upp í þrjú til fjögur ár, þó að í einstaka tilvikum gildi viðskiptasamningarnir lengur. Ljóst er að einkakaupasamningar markaðsráðandi fyrirtækis eins og Vífilfells með slíkan gildistíma eru til þess fallnir að hafa alvarleg áhrif á samkeppni, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2006 *Dagur Group hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

Lögmæti einkakaupasamnings er þó ekki háð því að samningurinn gildi að lágmarki til ákveðins tíma og þaðan af síður ræður úrslitum hvort viðskiptavinur geti auðveldlega sagt upp samningnum, sbr. úrskurður áfrýjunarnefndar í máli nr. 3/2008.



Í ljósi markaðsráðandi stöðu Vífilfells er fyrirtækinu lögum samkvæmt óheimilt að gera samninga sem skuldbinda viðskiptavinum til að hafa einungis vörur Vífilfells á boðstólum og útiloka þannig vörur keppinauta og hamlar þar með einnig gegn því að nýir aðilar geti náð fótfestu á markaðnum.

Í flestum tilvikum taka einkakaupaákvæði í samningum Vífilfells til allra viðskipta viðkomandi viðskiptavinar. Í nokkrum samningum eru þó ákvæði um lægra hlutfall eða frá 70%-90%.

Eftirfarandi eru dæmi um slík ákvæði:

„Á sölustað seljanda (sic) verður að lágmarki 70% af því plássi sem ætlað er undir gosdrykki notað undir gosdrykki seljanda (hillur, kælar og gólf). Það pláss sem ætlað er undir cola drykki skal vera 90%. Vörur seljanda skulu ávallt vera fyrstar í umferðarflæði á hverjum sölustað. Þegar sérstök tilboð með mat (skyndibita) eru í gangi hjá kaupanda þá skal eingöngu selja vörur seljanda með tilboðum“.

„Í kælum seljanda er kaupanda óheimilt að vera með vörur frá öðrum en seljanda nema þá með sérstöku samkomulagi við seljanda“.

Eins og áður hefur verið rakið telst það einkakaupasamningur í skilningi samkeppnislaga þegar samningar taka til 75-80% viðskipta. Ljóst er því að samningar með ákvæðum um svo hátt hillurými eða framstillingu teljast til einkakaupasamninga.

Þá eru dæmi um samninga með 65% hlutfall og að vöruframboð sé miðað við svokallaðar AC-Nielsen tölur sem þýðir að framstilling skuli vera í samræmi við markaðshlutdeild. Verður í því sambandi að gera ráð fyrir að átt sé við a.m.k. 70% framstillingu. Samkeppniseftirlitið telur í ljósi stöðu Vífilfells og umfangs samninga fyrirtækisins að jafnvel þó einstaka samningar feli í sér aðeins lægra hlutfall sé um að ræða einkakaup eða ígildi einkakaupa í skilningi samkeppnisréttar. Verða því samningar þar sem vísað er til framstillingar skv. AC-Nielsen tölum og samningar þar sem kveðið er á um 65-70% framstillingu hér flokkaðir sem einkakaupasamningar.

Rétt er að taka fram að ákvæðin um hlutfall af hillurými eða framstillingarhlutföll í viðskiptasamningnum Vífilfells tengjast oft ákvæðinu um að báðir aðilar muni vinna sameiginlega að því að auka sölu á vörum Vífilfells. Þó ber að geta þess að í sumum viðskiptasamningum þar sem kveðið er á um sölurétt er einnig að finna ákvæði um hillurými og framstillingarhlutföll fyrir vörur Vífilfells. Þá eru dæmi um að í viðskiptasamningum Vífilfells sé að finna ákvæði um framstillingu og uppröðun á drykkjum Vífilfells um stórhátíðir og í aðdraganda frídaga. Oftast nær er ákvæðið á þá leið að hlutföllin fyrir drykkjarvörur Vífilfells eigi ekki að vera undir ákveðinni prósentutölu af því rými sem nýtt er undir drykkjarvörur á þessum tíma.



Í samningum Vífilfells við matvöruverslanir eru í sumum tilvikum ákvæði um að Vífilfell skuli vera svonefndur „*forgangsbirgir*“. Í tengslum við einn slíkan samning er lagt til að viðkomandi viðskiptavinur leggi sig fram um að auka sölu á vörum Vífilfells í „*öllum verslunum sínum hér á landi hlutfallslega umfram aðrar vörur í sama geira*.“ Í öðrum samningi er nefnt að sem forgangsbirgir hafi Vífilfell forgang að öllum söluherferðum viðkomandi viðskiptavinar og að vörur Vífilfells skuli vera þær einu sem stillt sé upp í samlokukælum. Í sama samningi er einnig kveðið á um að framstilling vara Vífilfells skuli vera 60-70%. Að mati Samkeppniseftirlitsins valda ákvæði á borð við þessi því að samningarnir eru ígildi einkakaupasamnings þar sem þau takmarka með óeðlilegum hætti möguleika annarra keppinauta til að koma vörum sínum að í verslunum viðkomandi viðskiptavina.

Ljóst er að með því að hafa mjög há framstillingarhlutföll og hillurýmishlutföll í viðskiptasamningum Vífilfells, er verið að hygla vörum Vífilfells á kostnað vara frá öðrum keppinautum. Verið er að búa svo um hnútana að erfiðara verði fyrir keppinautana að koma sínum vörum á framfæri þar sem þær verða iðulega með lakari framstillingu og fá úthlutað minna rými heldur en vörum Vífilfells. Þetta ætti því, að öðru jöfnu, að leiða til þess að vörur Vífilfells verði frekar keyptar af neytendum. Auk þessa er ljóst að þegar Vífilfell semur við viðsemjendur sína um að þeim verði óheimilt að hafa aðrar vörur en vörur Vífilfells í kælum sínum er fyrirtækið að útiloka samkeppni af hálfu keppinautanna og að koma í veg fyrir að nýir aðilar komist inn á markaðinn.

Að mati Samkeppniseftirlitsins eru þessi ákvæði til þess fallin að stuðla að því að auka sölu á vörum Vífilfells og hindra inngöngu nýrra keppinauta á markaðinn. Slík ákvæði fela í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu og fara gegn 11. gr. samkeppnislaga.

Hér má einnig hafa í huga framangreinda ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB frá júní 2005 í máli TCCC. Í henni felst að skuldbindingar TCCC o.fl. um gera ekki einkakaupasamninga eða bjóða samkeppnishamlandi afslætti eru gerð bindandi fyrir viðkomandi fyrirtæki, sbr. umfjöllun í kafla II. hér að framan. Í athugasemdum Vífilfells við andmælskjál Samkeppniseftirlitsins segir að nokkur hluti þeirrar háttsemi sem Samkeppniseftirlitið telji ólögmeta varði samningsákvæði „*sem tekið er á*“ í ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar „*og Vífilfell hefði ekki notað í samningum sínum ef því hefði hefði verið ljóst að fyrirtækið væri í markaðsráðandi stöðu ...*“.

2.1.1 Um sjónarmið Vífilfells um einkakaup o.fl.

Í athugasemdum Vífilfells við andmælskjalið er lögð áhersla á að samningar fyrirtækisins hafi ekki skaðleg áhrif á samkeppni. Er því m.a. haldið fram að „*sú staðreynd að ákvæði viðskiptasamninga fyrirtækisins kunni hugsanlega að hvetja til eða jafnvel ná einkakaupum, þýði það ekki jafnframt að samningarnir hafi skaðleg áhrif á samkeppni*.“ Vífilfell heldur því einnig fram að samningar þess við veitingahús komi ekki í veg fyrir að aðrir birgjar geti tekið þátt í samkeppni með því að fá aðgang að nægilegum fjölda veitingahúsa. Í þessu sambandi er vísað til upplýsinga frá Lögreglustjóranum á höfuðborgarsvæðinu sem veiti leyfi til



reksturs hótela og veitingahúsa. Samkvæmt þeim séu nú í gildi 1.487 rekstrarleyfi. Í athugasemdunum segir að frá og með ágúst 2010 hafi Vífilfell selt drykkjarvörur til 568 aðila eða 38% þeirra sem séu með gild rekstrarleyfi. Af þessu leiði að 62% hótela og veitingahúsa hafi engin viðskiptaleg tengsl við Vífilfell.

Samkeppniseftirlitið vísar til framangreindar umfjöllunar þar sem rökstutt er að markaðsráðandi fyrirtækjum er óheimilt að gera einkakaupasamninga og að brot á 11. gr. samkeppnislaga séu ekki háð því að sýnt sé fram á skaðleg áhrif. Þessu til viðbótar getur Samkeppniseftirlitið ekki fallist á að þessar upplýsingar um fjölda hótela og veitingahúsa sem Vífilfell á í viðskiptum við veiti vísbendingar um að auðvelt sé fyrir nýja birgja að koma inn á markaðinn. Í fyrsta lagi er hér um að ræða fjölda hótela og veitingahúsa. Upplýsingarnar segja því ekkert til um heildarveltu eða umsvif þeirra 568 hótela og/eða veitingahúsa sem Vífilfell hefur átt í viðskiptum við. Þá eiga þessar upplýsingar ekki við um það tímabil sem til athugunar er í þessu máli.

Samkeppniseftirlitið vísar hér þó til þess að við mat á mögulegum skaðlegum áhrifum einkakaupasamninga markaðsráðandi fyrirtækja getur verið gagnlegt að horfa til svokallaðrar bundinnar markaðshlutdeildar (e. tied market share) hins ráðandi fyrirtækis. Með bundinni markaðshlutdeild er átt við þann hluta markaðshlutdeildar viðkomandi fyrirtækis sem er til kominn vegna sölu þess samkvæmt samningum sem fela í sér einkakaup. Eins og áður hefur verið fjallað um var Vífilfell með um [70-75]% markaðshlutdeild á markaði fyrir sölu á gosdrykkjum til annarra endursöluaðila en matvöruverslana á árunum 2005-2008. Nær allir samningar sem aflað hefur verið frá Vífilfelli í máli þessu við hótél eða veitingahús eru einkakaupasamningar. Af því má ætla að bundin hlutdeild Vífilfells á þessum markaði hafi verið því sem næst sú sama og umrædd markaðshlutdeild fyrirtækisins segir til um. Hefur því mun stærri hluti markaðarins verið útilokaður öðrum keppinautum en Vífilfell heldur fram.

Hvað sem þessu líður vill Samkeppniseftirlitið þó taka fram að jafnvel þó einungis 38% söluaðila (miðað við veltu vegna gosdrykkjasölu) væru með einkakaupasamninga við Vífilfell væri það ekki til þess fallið að eyða mögulegum skaðlegum áhrifum þeirra. Má í þessu sambandi nefna að í dómi dómsstóls ESB frá september 2010 í máli norska fyrirtækisins Tomra Systems sem vikið var að hér að framan hafnaði dómurinn því að samningar fyrirtækisins væru ekki til þess fallnir að hafa ekki skaðleg áhrif þó bundin markaðshlutdeild væri um 39%. Í dómnum kom fram að ekki væri hægt að réttlæta útilokun á svo stórum hluta markaðarins þó sýnt væri fram á takmarkaða samkeppni á þeim hluta hans sem ekki væri bundin. Í dómnum kom fram að ástæðan væri m.a. sú að keppinautar ættu að eiga möguleika á að keppa á öllum markaðnum en ekki bara hluta hans.⁹⁰ Þá getur það haft skaðleg áhrif á samkeppni þegar markaðsráðandi

⁹⁰ Um þetta segir í dómnum: „In fact, the foreclosure by a dominant undertaking of a substantial part of the market cannot be justified by showing that the contestable part of the market is still sufficient to accommodate a limited number of competitors. First, the customers on the foreclosed part of the market should have the opportunity to benefit from whatever degree of competition is possible on the market and competitors should be able to compete on the merits for the entire market and not just for



fyrirtæki gerir einkakaupasamninga jafnvel þótt hin bundna markaðshlutdeild markaðsráðandi fyrirtækisins sé tiltölulega lág.⁹¹ Líta má til þess að í *Hoffmann La-Roche* málinu, þar sem dómstóll ESB taldi einkakaupasamninga Hoffman LA-Roche ólögmæta, hafði fyrirtækið, sem var í markaðsráðandi stöðu, gert einkakaupasamninga við á þriðja tug viðskiptavina sinna en hin bundna markaðshlutdeild var aðeins um 2%.⁹² Með hliðsjón af þessu er því ljóst að það er ekki skilyrði fyrir ólögmæti einkakaupasamnings eða samninga markaðsráðandi fyrirtækis að þeir hafi umtalsverð útilokandi áhrif þótt það auki vitaskuld skaðleg áhrif þeirra.

Vífilfell leggur einnig á það áherslu að fjöldi viðskiptavina á veitingahúsamarkaðnum hafi „*ríka tilhneigingu*“ til að skipta um gosdrykkjabirgja þegar samningur rennur út. Þá hafi aðilar kost á að segja upp samningi með sanngjörnum uppsagnarfresti. Þannig leiði „*stöðugt flæði*“ viðskiptavina til þess að samkeppni sé tryggð. Eru í þessu sambandi nefnd 11 fyrirtæki sem hafi sagt upp viðskiptum við Vífilfell.⁹³ Að mati Samkeppniseftirlitsins er örðugt að átta sig á hvernig þessi málsástæða geti réttlætt tilvist einkakaupasamninga Vífilfells. Ólögmæti einkakaupasamninga markaðsráðandi fyrirtækja ræðst ekki af því hvort viðskiptavinur hætti í viðskiptum þegar samningstíma lýkur eða hvort hann eigi kost á því að segja upp samningi í samræmi við uppsagnarákvæði hans. Skuldbinding viðskiptavina til að kaupa ekki gosdrykki og hugsanlega aðrar drykkjarvörur frá öðrum aðilum en Vífilfelli á samningstímanum er skýr og óumdeild að því er varðar einkakaupasamninga í máli þessu. Í því fellst útilokun um lengri eða skemmri tíma fyrir aðra keppinauta Vífilfells. Er því ekki unnt að fallast á þessar skýringar Vífilfells.

Eins og fjallað var um hér að framan hefur hlutdeild Vífilfells (byggð á tekjum) á hinum skilgreinda markaði verið stöðug í kringum 70% á því tímabili sem er til skoðunar í máli þessu. Samkeppniseftirlitið fellst ekki á þá réttlætingu Vífilfells fyrir samningunum að þrýstingur viðskiptavina hafi leitt til þess að einkakaupasamningar fyrirtækisins hafi verið gerðir. Í þessu sambandi ber að hafa í huga að einkakaupasamningar markaðsráðandi fyrirtækis fela í sér misnotkun á þeirri stöðu jafnvel þótt slíkir samningar séu gerður að beiðni kaupandans eins og fjallað hefur verið um hér að framan, sbr. einnig úrskurð áfrýjunarnefndar í máli nr. 3/2006. Ástæðan fyrir því er sú að samkeppni á viðkomandi markaði er þegar takmörkuð vegna hinnar markaðsráðandi stöðu fyrirtækisins og einkakaupasamningar eru taldir raska með alvarlegum hætti þeirri takmörkuðu samkeppni sem fyrir hendi er. Í þessu sambandi skiptir því ekki máli að lögum hver á frumkvæði að gerð samnings af þessum toga.

a part of it. Second, it is not the role of the dominant undertaking to dictate how many viable competitors will be allowed to compete for the remaining contestable portion of demand."

⁹¹ Sjá bls. 20 í riti framkvæmdastjórnar ESB „Competition policy in Europe – The competition rules for supply and distribution agreements“: „for a dominant company, even a modest tied market share may lead to significant foreclosure. The stronger its dominance, the higher risk of foreclosure of other competitors.“

⁹² Sjá Korah, EEC Competition Law and Practice, 4. útg 2000, bls. 73.

⁹³ Um er að ræða Players, Pottinn og pönnuna á Blönduósi, Glaumbar, Brasseri Krákan, Hótel Hellissand, Hótel Glym, Útlagann, Hótel Selfoss, Hótel Dyrhólaey og Þrastalund.



Vífilfell vísar til þess að ÖES sé öflugur keppinautur og Samkeppniseftirlitið líti algerlega framhjá þeirri staðreynd að samningar ÖES hafi að geyma samskonar ákvæði og samningar Vífilfells. Samkeppniseftirlitið bendir hér á að í máli þessu hefur verið rökstutt að Vífilfell er í markaðsráðandi stöðu á gosdrykkjamaarkaðnum en ÖES ekki. Bann 11. gr. samkeppnislaga tekur aðeins til markaðsráðandi fyrirtækja.

2.2 Afslættir Vífilfells

Ákvæði um afslætti í viðskiptasamningum Vífilfells felast annars vegar í almennum föstum afsláttarprósentum fyrir ákveðnar vörutegundir og hins vegar í ákvæðum um fyrirframgreidda afslætti eða eftirágreidda afslætti. Þessi ákvæði eru ýmist tilgreind í einhverju ákvæði samningsins eða í fylgiskjali með samningnum. Ákvæðin um föstu afsláttarprósenturnar geta verið misháar allt eftir því hverjir eiga í hlut og um hvaða vörur er að ræða. Hér verður gerð nánari grein fyrir helstu tegundum afsláttar Vífilfells. Þá verður fjallað um sjónarmið fyrirtækisins varðandi afslættina og þau metin.

2.2.1 Fyrirframgreiddir, skilyrtir afslættir – lánveitingar Vífilfells

Þegar um er að ræða ákvæði um svokallaðan fyrirframgreiddan afslátt í samningum Vífilfells er yfirleitt um að ræða lán sem Vífilfell veitir kaupanda. Lánið er síðan tengt afsláttarkjörunum og endurgreiðist í samræmi við umsamið keypt magn af vörum Vífilfells. Nánar tiltekið, þá gefur kaupandi út tryggingarvixil til Vífilfells fyrir allri upphæðinni sem fyrirframgreiddi afslátturinn svarar til. Tryggingarvixillinn lækkar svo í samræmi við keypt magn. Fyrirframgreiddi afslátturinn er því í raun skuld kaupanda við Vífilfell þar til umsamið magn hefur verið keypt. Vífilfell sér svo um að gefa út mánaðarlegan kreditreikning til lækkunar í samræmi við keypt magn. Afslættirnir eru greiddir út fyrirfram gegn því að gefinn sé út tryggingarvixil sem lækkar svo jafnt og þétt í samræmi við keypt magn af vörum Vífilfells. Afslættirnir eru því í raun tryggðarafslættir eða öðru nafni skilyrtir afslættir (e. *conditional rebates*) sem hafa þær afleiðingar að kaupandinn fær mikla hvatningu til þess að leggja höfuðáherslu á að selja vörur Vífilfells til þess að uppfylla skyldur sínar samkvæmt samningnum. Dæmi um afsláttarákvæði af þessu tagi í viðskiptasamningum Vífilfells er eftirfarandi:

„Seljandi lánar kaupanda kr. [...],- við undirskrift samnings þessa. Lánið er tengt afsláttarkjörum kaupanda og endurgreiðist í samræmi við áunna afslætti eins og þeir eru tilgreindir á fylgiskjali 2 og [sic] samning þennan. Gegn láninu gefur kaupandi út tryggingavíxla að fjárhæð kr. [...],-, með ábyrgðarmönnum sem Vífilfell hf. samþykkir. Kaupanda er skylt að endurnýja tryggingavíxilinn á ári hverju og verður upphæð víxilsins lækkuð í samræmi við selt magn skv. samningi þessum. Seljandi hefur þegar greitt kaupanda ofangreint lán að fullu. Tryggingavíxlarnir eru til tryggingar á endurgreiðslu lánsins, vanefnda á viðskiptaskuld og til tryggingar greiðslu skaðabóta sem seljandi kann að verða fyrir vegna annarra vanefnda kaupanda. Ef brot verða á samningi þessum eða annað það kemur upp, sem leiðir til ógildingar samningsins eða riftunar hans, getur Vífilfell hf. þá þegar hafið innheimtu víxilsins.



Seljandi mun afhenda forsvarsmönnum kaupanda víxilinn að samningstíma loknum, enda hafi þeir efnt hann að fullu."

.....

„Ofangreind fyrirframgreiðsla er skuld kaupanda við seljanda þar til kaupandi hefur að fullu keypt það magn sem um ræðir í 3. grein."

„Árlega eftir undiritun samningsins skulu samningsaðilar yfirfara söluáætlun þessa samnings sbr. 3. gr., Hafi kaupandi ekki náð að selja hlutfallslegt magn sbr. 3. gr. á hverju ári, er seljanda heimilt að endurkrefja kaupanda (sic) um þá fjárhæð lánsins sem vangreidd er á þeim tíma, þar sem sölumarkmið hafa ekki náðst. Jafnframt skulu samningsaðilar leita leiða til þess að auka sölu á þá sem uppá vantar."⁹⁴

Vífilfell segir alla viðskiptasamninga fyrirtækisins við söluaðila á veitingamarkaði hafa að geyma fasta afslætti sem tengjast magni viðskipta og að einhver hluti afsláttanna sé í skiptum fyrir einkakaup, að öllu eða einhverju leyti. Vífilfell hefur einnig veitt þær skýringar að lánveitingar fyrirtækisins séu ekki „þvingandi fyrir viðskiptavinum“ þess. Þá sé fjárhagslegur stuðningur ekki mikill. Vífilfell komi að fjármögnun í þeim tilvikum sem bankar og önnur fjármála fyrirtæki hafni slíkrum fyrirgreiðslu. Segir að með þessu geti Vífilfell haft „betri yfirsýn yfir þá áhættu sem fylgi því að eiga viðskipti [við] veitingahús“ auk þess sem blómlegri starfsemi veitingahúsa stuðli að aukinni sölu drykkja, og þá ekki aðeins frá Vífilfelli heldur einnig öðrum aðilum. Þá segir:

„Væri ekki samhliða kveðið á um einhvers konar einkakaup í samningi aðila, gætu samkeppnisaðilar á drykkjarvörumarkaðnum notið ábatans af lánsfjármögnun annars aðila með því að eiga viðskipti við hið nýja veitingahús en þurfa hins vegar ekki að taka á sig sömu áhættu og sá sem veitir fjármögnun."

Einnig segir um lánveitingarnar að hægt sé að segja þeim upp hvenær sem er með sanngjörnum uppsagnarfresti og endurgreiðslu lánsins. Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á að þessi sjónarmið Vífilfells réttlæti lánafyrirgreiðslu fyrirtækisins til endursöluaðila. Ljóst er að ákvæði af því tagi sem hér um ræðir eru til þess fallin að binda viðsemjendur Vífilfells í viðskiptum við fyrirtækið um langa hríð og koma þannig í veg fyrir að þeir færi viðskipti sín yfir til keppinauta Vífilfells. Þá er ljóst af því sem fram kemur í máli Vífilfells að lánveitingarnar eru háðar einkakaupum. Sú skýring Vífilfells að lánveitingarnar auki sölu hjá öðrum söluaðilum en Vífilfelli stenst því ekki. Þvert á móti eru þær til þess fallnar að stuðla að því að viðskiptavinirnir kaupi ekki gosdrykki hjá öðrum söluaðilum en Vífilfelli. Þessar greiðslur skapa því mikla tryggð og eru auk þess ekki magntengdar og byggja því ekki á kostnaðarlegu hagræði.

⁹⁴ Ofangreind ákvæði er að finna í 8. gr. viðskiptasamnings Vífilfells hf. og Fálkagerðisbræðra ehf., dags. 6. júní 2003.



Samkeppniseftirlitið bendir á að það breytir litlu um tryggðaráhrifin að endursöluaðilar geti endurgreitt lánin á samningstíma. Reyndar verður að telja það afar ólíklegt að t.d. veitingahús, sem eru þeir endurseljendur sem oftast njóta lánafyrirgreiðslu af því tagi sem um ræðir, séu í stakk búin að endurgreiða eða endurfjármagna lánin á miðjum samningstíma, enda eru þau, eins og Vífilfell bendir á, helst veitt þegar bankar og/eða aðrar fjármálastofnanir hafa hafnað lánveitingum.

2.2.1 Eftirágreiddir afslættir Vífilfells

Ákvæðin um eftirágreiddu afslættina í viðskiptasamningunum eru yfirleitt á þann veg að Vífilfell endurgreiðir kaupandanum ákveðna krónutölu á grundvelli lítratals eða miðað við ákveðna kaupfjárhæð. Oft eru þessi ákvæði tengd því að ákveðin sölumarkmið náist. Dæmi um ákvæði um eftirágreiddan afslátt í viðskiptasamningum Vífilfells eru eftirfarandi:

„Seljandi eftirá greiðir kaupanda [...] kr. per líter af öllum TCCC vörum og skal (sic) uppgjör fara fram einu sinni á ári.“⁹⁵

„Seljandi greiðir á hverju ári samnings þann 01. september kr. [...] í eftirágreiddan afslátt.“⁹⁶

„Seljandi eftirágreiðir kaupanda kr. [...] per líter af gosdrykkjum seljanda og skal uppgjör hafa farið fram fyrir 10 dag hvers mánaðar. Samtals kr. [...] á samningstímanum.“⁹⁷

„Seljandi veitir kaupanda eftirfarandi eftirágreidda hvatagreiðslu fari magn yfir [...] % árið 2008 umfram heildarsölu í lítrum 2007. Hvatagreiðslan nemur [...] % af nettóviðskiptum á samningstímabilinu. Aukist viðskiptin í lítrum meira en [...] % árið 2008 þá greiðast [...] % af nettóviðskiptum.“⁹⁸

Ákvæðin um eftirágreidda afslætti í viðskiptasamningnum Vífilfells eru einnig oft á þann veg að Vífilfell skuldbindir sig til þess að afhenda kaupandanum ákveðið magn af vörum Vífilfells t.d. 1 bretti af ½ L coke flöskum með 90% afslætti á ákveðnum tímum samningsins, t.d. einu sinni á hverju ári samningsins.

Að mati Samkeppniseftirlitsins er með ákvæðum um fyrirframgreiddan eða eftirágreiddan afslátt í viðskiptasamningnum Vífilfells í raun verið að tryggja að viðskiptavinir Vífilfells færi ekki viðskipti sín yfir til keppinauta Vífilfells. Umræddir afslættir eru það sem kallað er tryggðarafslættir en markmiðið með þeim er að útiloka vörur keppinautanna. Oft dreifast afslættirnir yfir allan gildistíma

⁹⁵ Ofangreint ákvæði er að finna í 6. gr. viðskiptasamnings Vífilfells hf. og Golfklúbbsins Keilis / Veitingar, dags. 7. júní 2006.

⁹⁶ Ofangreint ákvæði er að finna í 8. gr. viðskiptasamnings Vífilfells hf. og Flugleiðahótelshf., dags. 15. febrúar 2006.

⁹⁷ Ofangreint ákvæði er að finna í 3. gr. viðskiptasamnings Vífilfells hf. og Kaffibarsins ehf., dags. 28. júní 2007.

⁹⁸ Ofangreint ákvæði er að finna í 2. gr. viðskiptasamnings Vífilfells hf. og Kaupáss, dags. 27. maí 2008.



viðskiptasamningsins og þannig er sköpuð sterk hvöt fyrir viðskiptavinum Vífílfells til að leggja ofurríka áherslu á sölu á vörum Vífílfells allan samningstímann.

Oft er með afsláttunum jafnframt verið að verðlauna viðskiptavinum fyrir að ná einhvers konar fyrirfram ákveðnu sölumarkmiði, þ.e. ef ákveðin söluaukning á vörum Vífílfells næst yfir fyrirfram ákveðið tímabil fæst tiltekinn viðbótarafsláttur. Afleiðingin af þessum afsláttum er að erfiðara er eða vonlaust fyrir nýja keppinauta að komast inn á markaðinn.

Til skýringar eða réttlætningar á afsláttarfyrirkomulagi sínu hefur komið fram í máli Vífílfells að afslættirnir í viðskiptasamningum félagsins séu fastir afslættir þar sem miðað er við það magn sem keypt er. Vífílfell viðurkennir þó einnig að sumir afslættirnir í viðskiptasamningum er taka til veitingamarkaðar séu veittir í skiptum fyrir skuldbindingu um að söluaðilar selji aðeins, eða að mestu leyti, vörur Vífílfells. Þá hefur Vífílfell í athugasemdum við andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins ítrekað að afslættir fyrirtækisins í framangreindum samningum við aðila á matvörumarkaði séu „*alfarið byggðir á keyptu magni hlutaðeigandi viðskiptavina.*“ Að mati Samkeppniseftirlitsins er ekki unnt að túlka þetta sjónarmið öðruvísi en að Vífílfell líti svo á að afslættirnir séu magntengdir og þar með byggðir á kostnaðarlegu hagræði.

Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á þessi sjónarmið Vífílfells enda hefur fyrirtækið ekki sett fram neinn rökstuðning fyrir því að afslættirnir byggji á efnahagslegum forsendum og að þeir mismuni ekki viðskiptavinum. Eftirlitið áréttar að afsláttarfyrirkomulag sem byggist á kostnaðarlegum og hlutlægum forsendum, þ.e. verðlækkun sem grundvallast á lægri kostnaði, er að öllu jöfnu ekki talið hafa skaðleg áhrif á samkeppni. Samkeppnislög banna markaðsráðandi fyrirtækjum þannig ekki að veita magnafslátt ef slíkur afsláttur endurspeglar sannanlegt kostnaðarlegt hagræði af auknum viðskiptum. Í þessu sambandi teljast þeir afslættir lögmætir sem veittir eru í tengslum við einstök viðskipti og vegna þess hagræðis sem leiðir af þeim tilteknu viðskiptum.⁹⁹ Það er hins vegar ljóst að afslættir markaðsráðandi fyrirtækja sem tengdir eru einkakaupum eða veittir eru með því skilyrði að viðskiptavinur haldi tryggð sinni fela í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu.

Eins og getið var um hér að framan skiptir einnig máli við mat á því hvort afsláttarkerfi fari gegn 11. gr. samkeppnislaga hvort það sé í eðli sínu til þess fallið að takmarka frelsi kaupenda við val sitt á birgjum og hvort það takmarki aðgang annarra keppinauta að markaðnum. Þannig telst það t.a.m. samkeppnishamlandi þegar markaðsráðandi fyrirtæki áætla heildarinnkaup viðskiptavina fyrir tiltekið tímabil og veitir afsláttarkjör gegn því að viðskiptavinirnir standi við áætluð innkaup. Með því er skapaður þrýstingur á viðskiptavinina um að kaupa ekki af öðrum keppinautum þar sem þeir missa af afslætti hjá hinu markaðsráðandi fyrirtæki náist ekki sett takmark um heildarinnkaup. Segja má að meginreglan sé að markaðsráðandi fyrirtæki sé

⁹⁹ Sjá t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB frá 22. september 1997 í máli nr. IV/34.621 *Irish Sugar*: „Quantity discounts are normally paid in respect of individual orders (i.e. unrelated to the customer's purchases over a period of time) and in return for cost savings achieved by the supplier.“



óheimilt að veita afslætti eða aðra ívilnun sem vinnur með óeðlilegum hætti gegn því að viðskiptavinir þess eigi viðskipti við keppinauta.

Eins og lýst var hér að framan er það meginregla í samkeppnisrétti að markaðsráðandi fyrirtæki verða sjálf að sýna fram á efnahagsleg rök fyrir tilteknum afslætti. Í því felst að fyrirtækin verða að sýna nákvæmlega fram á hið kostnaðarlega hagræði sem réttlætir afslátt. Almennar staðhæfingar um hagræði af auknum viðskiptum duga ekki. Ef fullnægjandi upplýsingar liggja ekki fyrir verður hið markaðsráðandi fyrirtæki að bera hallann af þeim upplýsingaskorti, þ.e. af því að ekki liggja fyrir upplýsingar sem styðja að annað hafi vakað fyrir fyrirtækinu með veitingu þess afsláttar sem um ræðir, en að styrkja og viðhalda að einhverju leyti markaðsráðandi stöðu sinni. Eins og einnig hefur verið nefnt hér áður hefur Vífilfell í máli sínu ekki sýnt fram á með nákvæmum hætti hið kostnaðarlega hagræði sem réttlætir umrædda afslætti fyrirtækisins. Þannig hefur ekki verið sýnt fram á það hvernig eftirágreiddur afsláttur eða greiðslur sem samið hefur verið um tengjast keyptu magni, t.d. þannig að aðilar í samskonar viðskiptum fái sömu kjör. Þvert á móti virðast greiðslurnar helst vera tengdar framstillingu á vörum Vífilfells í verslunum samningsaðila eða að tilteknar vörur verði teknar í sölu.

Að mati Samkeppniseftirlitsins eru afsláttarkjör Vífilfells til þess fallin að útiloka keppinauta Vífilfells frá því að eiga viðskipti við viðskiptavini Vífilells, auk þess að hindra innkomu nýrra keppinauta inn á markaðinn. Samkeppniseftirlitið fær ekki séð að gögn málsins gefi til kynna að fyrir hendi séu efnahagslegar forsendur sem geti réttlætt veitingu þessara afsláttarkjara. Afsláttarkjörin styðjast ekki við kostnaðarleg hagræði auk þess sem þau skapa mikla tryggð viðskiptavina við Vífilfell.

Hér að framan hefur verið gerð grein fyrir ýmsum tegundum afsláttar í samningum Vífilfells. Hefur verið fjallað um fyrirframgreidda skilyrta afslætti Vífilfells sem fela í sér lánveitingar viðskiptavina auk þess sem þeir eru jafnframt tryggðarhvetjandi að mati Samkeppniseftirlitsins. Þá hefur verið greint frá ýmsum tegundum eftirágreiddra afsláttar sem eftirlitið telur að séu tryggðarhvetjandi auk þess sem Vífilfell hefur ekki sýnt fram á að þeir styðjist við kostnaðarlegt hagræði. Samkeppniseftirlitið telur því að umrædd afsláttarkjör fari gegn 11. gr. samkeppnislaga, ýmist ein og sér eða með þeim hætti að þau auki skaðleg áhrif einkakaupaákvæða sem þegar fela í sér brot á 11. gr. laganna.

2.3 Ákvæði um gildistíma

Ákvæðin um gildistíma í viðskiptasamningum Vífilfells eru ýmist á þá leið að miðað er við ákveðinn árafjölda eða ákveðna dagsetningu sem viðskiptasamningarnir eiga að gilda til. Einnig eru algeng ákvæði um gildistíma þar sem miðað er við að samningurinn eigi að gilda þar til ákveðið magn af vörum Vífilfells hefur verið keypt, þ.e. fyrirfram ákveðinn lítrafjöldi sem kaupandinn (viðskiptavinurinn) skuldbindur sig til þess að kaupa af Vífilfelli, svokallaður magntengdur gildistími.



Mjög misjafnt er hve langur gildistíminn er í þeim viðskiptasamningum sem hafa ákveðinn gildistíma. Algengast virðist að samningar Vífilfells gildi í 3 - 4 ár. Einnig virðist 5 ára gildistími vera nokkuð algengur í samningum Vífilfells.

Þegar gildistíminn er magntengdur, þá gildir samningurinn þar til umsamið magn af vörum Vífilfells hefur verið keypt. Oftast er þá útbúin söluáætlun fyrir kaupanda, þ.e. reiknað er út hvað áætlað er að kaupandinn muni selja mikinn lítrafjölda á tímabilinu. Ef kaupandinn nær ekki að standa við að selja umsamið lítramagn framlengist samningurinn oftast nær þar til umrætt lítramagn hefur verið keypt af Vífilfelli.

Oftast nær eru viðskiptasamningar Vífilfells óuppsegjanlegir nema það komi til sannanlegra vanefnda samkvæmt samningunum. Dæmi eru þó um að samningarnir séu uppsegjanlegir og þá yfirleitt með 3-6 mánaða fyrirvara og í samningum Vífilfells á dagvörumarkaði virðist það reyndar vera regla fremur en undantekning. Einnig er algengt að viðskiptasamningarnir framlengist sjálfkrafa í ákveðinn tíma ef þeim er ekki sagt upp í tæka tíð. Þegar um slíka sjálfkrafa framlengingu er að ræða helst uppsagnarheimild þó í gildi í þeim tilvikum sem hún hefur verið hluti af upphaflegu samkomulagi.

Eftirfarandi eru dæmi um gildistímaákvæði í samningum Vífilfells:

„Samningur þessi er magntengdur og gildir frá og með undirritun og þar til kaupandi hefur keypt það magn sem um getur skv. ákvæðum 3. gr. Samningsaðilar áætla að samningstímin verði 4,2 ár og er hann ekki uppsegjanlegur nema að til komi sannanlegar vanefndir og er samningur þessi þá uppsegjanlegur með 6 mánaða fyrirvara. Nái kaupandi ekki að selja umrætt magn sbr. 4. mgr. 6. gr. á 4 árum ber þeim að greiða eftirstöðvar hans til baka til seljanda að öðrum kosti að endursemyja um eftirstöðvar hans....“¹⁰⁰

„Samningur þessi gildir frá 07.01.2004 til 31.12.2005. Samningurinn endurnýjast sjálfkrafa til eins árs í senn að þeim tíma liðnum en heimilt er hvorum aðila um sig að segja samningnum upp með sannanlegum hætti og tekur þá uppsögn gildi sex mánuðum eftir að uppsögn barst gagnaðila.“¹⁰¹

Í máli Vífilfells kemur fram það mat að gildistími samninga fyrirtækisins sé ekki langur og að þeir hafi því ekki útilokandi áhrif. Samningarnir séu yfirleitt til eins árs og í flestum tilvikum gildi þeir í skemmri tíma en þrjú ár. Þá séu þeir með sanngjörnum uppsagnarfresti. Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á þetta. Eins og áður sagði getur gildistími samninga sem markaðsráðandi fyrirtæki stendur að og fela í sér ákvæði um einkakaup skipt máli. Sama á við um samninga sem innihalda ákvæði sem eru til þess fallin að viðhalda tryggð viðskiptavina. Því

¹⁰⁰ Ofangreint ákvæði er t.d. að finna í 9. gr. viðskiptasamnings Vífilfells hf. og Tapasbarsins ehf., dags. 25. apríl 2007.

¹⁰¹ Ofangreint ákvæði er t.d. að finna í 6. gr. viðskiptasamnings Vífilfells hf. og Tex Mex Langholtsvegi, dags. 7. janúar 2004.



lengri sem gildistíminn er því líklegri er að samningurinn sé til þess fallinn að hafa mjög alvarleg áhrif á samkeppni. Ólögmati einkakaupasamnings markaðsráðandi fyrirtækis er þó ekki háð því að samningurinn gildi að lágmarki til ákveðins tíma, sbr. umfjöllun hér að framan. Þrátt fyrir það er ljóst að gildistími einkakaupasamninga Vífilfells er í öllum tilvikum það langur að samningarnir eru til þess fallnir að hafa verulega skaðleg áhrif á samkeppni.

2.4 Ákvæði um markaðsmál

Ákvæði um markaðsmál eða markaðsframlög eru mjög algeng í samningum Vífilfells, en um er að ræða ákvæði á borð við að Vífilfell leggi til ákveðna upphæð til kaupa á fatnaði fyrir starfsfólk sem þá er merkt bæði Vífilfelli og viðsemjanda þess, eða greiði fyrir merkingar á staðnum. Einnig eru algeng ákvæði um að tiltekin krónutala per seldan lítra eða ákveðin prósentutala af heildarviðskiptum Vífilfells og viðsemjanda þess renni í sameiginlegan sjóð sem nota á til sameiginlegra markaðsaðgerða og til söluaukningar á vörum beggja aðila. Dæmi um ákvæði um markaðsaðgerðir í viðskiptasamningum Vífilfells eru m.a.:

„1. Af heildarviðskiptum milli aðila renna [...] % í sjóð sem nota á til sameiginlegra markaðsaðgerða annarra en að neðan greinir. Miðað er við nettó verð þ.e. verðlistaverð að frádregnum afsláttum, vörugjaldi, skilagjaldi og vsk. Uppgjör skal fara fram ársfjórðungslega. Kaupandi skal leggja fram áætlun eða greinargerð um hvernig hann ætlar að ráðstafa eða hefur ráðstafað þessum sjóði. Vörumerki seljanda skal vera áberandi í öllum auglýsingum og auglýsingaefni sem tengist viðkomandi markaðsaðgerðum. Seljandi er heimilt að halda eftir sjóðnum ef kaupandi leggur ekki fram viðunandi áætlun, greinargerð eða sýnir fram á ráðstöfun sjóðsins. Komi til ágreinings skal leita til Verslunarráðs Íslands um úrlausn og skal stefnt að því að úrlausn liggja fyrir eigi síðar en 20 dögum eftir að ágreiningur kemur upp.

2. Þegar kaupandi opnar nýjan sölustað skal seljandi kosta ljósaskilti og merkingar á staðinn. Merkingar þessar skulu vera með merki kaupanda og seljanda og gerðar með samþykki beggja aðila.

3. Seljandi tekur þátt í kostnaði vegna fatnaðar starfsmanna útsölastaðanna. Framlag seljanda á hverju ári á meðan á samningstímanum stendur verður [...],- kr. án vsk., fyrir hvern stað.

...

5. Seljandi útvegar kaupanda [...] plastpoka (stærð C-4), með vörumerki seljanda, á hverju ári á meðan samningurinn er í gildi. ...¹⁰²

„Seljandi mun skaffa fatnað á starfsfólk að verðmæti [...] kr. á ári á meðan á samningstíma stendur.

...

¹⁰² Ofangreint ákvæði er að finna í 6. gr. viðskiptasamnings Vífilfells hf. og Bónusvideo ehf., dags, 11. nóvember 2000.



*Seljandi mun uppfæra merkingar á staðnum eftir nánara samkomulagi.*¹⁰³

„Kaupandi fær kr. [...], auk vsk.- á hverju ári samnings,- v/fatakaupa.

...

*Seljandi tekur þátt í uppákomum með kaupanda sem skal útfært skv. nánara samkomulagi.*¹⁰⁴

*„Seljandi lýsir jafnframt yfir vilja sínum til að taka þátt í tímabundnum söluörvandi aðgerðum ("markaðsaðgerðum) tvisvar á ári. Kaupandi skuldbindur sig til að framkvæmdaráætlun afhendist seljanda til skoðunar og samþykktar a.m.k. 30 dögum fyrir fyrsta dag aðgerða.*¹⁰⁵

*„Seljandi greiðir kr. [...],- á hverju ári v/fatnaðar á starfsfólki.*¹⁰⁶

Vífilfell mótmælir því að ákvæði í viðskiptasamningunum sem lúta að markaðsmálum og markaðsframlögum hafi það markmið að hamlá samkeppni. Þá telur Vífilfell að ákvæðin hafi ekki nein þess háttar áhrif. Ákvæðin geti því ekki farið gegn 11. gr. samkeppnislaga. Þá segir í máli Vífilfells að ákvæðin séu þvert á móti samkeppnishvetjandi þar sem þau örvi markaðs- og kynningarstarf. Vífilfell vísar sérstaklega til þess að ákvæði sem varði kaup á fatnaði starfsfólks, ýmsan varning, s.s. glös, skilti o.fl. verði að meta út frá sjónarhorni viðskiptavinarins, þ.e. að um afslætti sé að ræða. Segir í máli Vífilfells að þessi ákvæði séu ekki tengd frammistöðu kaupandans við sölu og þau hafi engin tryggðarhvetjandi eða útilokandi áhrif. Þá mótmælir Vífilfell því að greiðslur fyrirtækisins í svokallaðan „markaðssjóð“ geti verið samkeppnishamlandi. Þennan sjóð eigi viðskiptavinir að nota til að markaðssetja vörur Vífilfells, t.d. verðtilboð eða auglýsingar í bæklingum. Þá segir í máli Vífilfells að strangt til tekið ætti Vífilfell að greiða með beinum hætti fyrir slíka þjónustu en markaðssjóður veiti viðskiptavinum á hinn bóginn svigrúm til að ákveða sjálfir þær aðgerðir sem þeir telji að skili bestum árangri. Vífilfell heldur því ennfremur fram að markaðssjóðir séu ekki bundnir við einkakaup þannig að viðskiptavinur tapi ekki sjóðsgreiðslum við það að kaupa gosdrykki frá keppinautum Vífilfells. Þá séu greiðslurnar ekki tengdar kröfu um tiltekið selt magn.

Vífilfell heldur því fram að greiðslur sem þessar yrðu aldrei taldar ólögmetar skv. EES/ESB-samkeppnisrétti. Vísar Vífilfell í þessu sambandi til Michelin málsins þar sem dómstóll ESB hafi tekið fram að ólögmetir afslættir hefðu ekki verið veittir á grundvelli viðskiptalegra forsendna eða vegna þjónustu sem viðskiptavinirnir veittu fyrirtækinu. Segir að í tilviki Vífilfells veiti viðskiptavinurinn sannanlega

¹⁰³ Ofangreint ákvæði er að finna í viðauksamningi við viðskiptasamnings Vífilfells hf. og Litlu Kaffistofunnar ehf., dags. 14. júní 2007.

¹⁰⁴ Ofangreint ákvæði er að finna í 5. gr. viðskiptasamnings Vífilfells hf. og BK kjúklings, dags. 14. júlí 2005.

¹⁰⁵ Ofangreint ákvæði er að finna í 6. gr. viðskiptasamnings Vífilfells hf. og Boggabars, dags. 10. janúar 2006.

¹⁰⁶ Ofangreint ákvæði er t.d. að finna í viðskiptasamnings Vífilfells hf. og Sjan ehf., dags. 1. mars 2006.



þjónustu. Segir ennfremur að framkvæmdastjórnin hafi einnig samþykkt samninga sem veita afslætti í skiptum fyrir þjónustu viðskiptavina við neytendur, sem framleiðendur hefðu annars þurft að greiða sjálfir.

Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á þessar skýringar Vífilfells að öllu leyti. Jafnvel þótt hugsanlega megi líta svo á að þær greiðslur sem hér um ræðir geti ekki einar og sér falið í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu, þá auka þær skaðleg áhrif annarra ákvæða sem ótvírætt fela í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu Vífilfells því markaðsframlögin auka tryggðaráhrif annarra ákvæða viðskiptasamninganna með því að færa endurseljendum gosdrykkja (viðskiptavinum) Vífilfells auðfengnar aukatekjur (fyrir að flagga vörum Vífilfells) eða með því að spara endurseljendum rekstrarkostnað (fatnað á starsfólk, kæla). Af þessu má draga þá ályktun að þegar markaðsframlögin eru metin sem hluti af heildarkjörum í viðskiptasamningum Vífilfells, sem innihalda önnur ólögmat ákvæði, þá feli þau í sér brot gegn 11. gr. samkeppnislaga.

Við mat á því hvort markaðsframlögin ein og sér brjóti gegn 11. gr. gæti reynt nauðsynlegt að meta það sérstaklega í hverju tilviki um sig hvort Vífilfell hafi greitt meira fyrir kynningu á vörum sínum hjá viðkomandi verslunum en eðlilegt gæti talist. Jafnframt verður að meta tryggðaráhrif umræddra viðskipta í heild. Að mati Samkeppniseftirlitsins er ekki þörf á því í þessu máli. Áður en sagt er skilið við umfjöllunina um markaðsframlögin skal bent á að Samkeppniseftirlitið fær ekki séð að nein vissa sé fyrir því að viðskiptavinir Vífilfells nýti þau markaðsframlög sem þeir fá frá Vífilfelli til að sinna markaðsstarfi fyrir Vífilfell, t.d. til að auglýsa vörur þess. Í þessu sambandi vísast til fylgiskjals 17, sem fjallað er um í kafla V. 3.1, þar sem tölvupóstsamskipti milli Vífilfells og Bónuss gætu allt eins gefið til kynna að markaðsframlagið sé hvatagreiðsla sem innt sé af hendi til þess að koma á nýjum viðskiptum.

2.5 Ákvæði um þjónustu

„Seljandi mun útvega kaupanda þjónustuvörur samkvæmt sérstöku samkomulagi, samanber fylgiskjal 1, með samningi þessum. Seljandi ákveður í samráði við kaupanda hve mikið af þjónustuvörum kaupandi fái afhentar fyrir tiltekið tímabil í senn. Þjónustuvörur sem kaupandi óska eftir að fá mega aldrei vera í óeðlilegu magni miðað við veltu og viðskipti á veitingastaðnum. Kaupandi skuldbindur sig til að nota þjónustuvörur frá seljanda eingöngu fyrir vörur frá seljanda. Þjónustudeild seljanda mun annast allt viðhald á vélum og tækjum kaupanda að kostnaðarlausu.“¹⁰⁷

Í mörgum af viðskiptasamningum Vífilfells er að finna ákvæði um þjónustu eins og ofangreint. Um er að ræða ákvæði sem fjallar um þær þjónustuvörur sem Vífilfell lánar viðskiptavinum sínum. Eins og sjá má af ofangreindu ákvæði þá skuldbindur kaupandinn sig til þess að nota þjónustuvörur Vífilfells einungis fyrir

¹⁰⁷ Ofangreint ákvæði er t.d. að finna í 4. gr. viðskiptasamnings Vífilfells hf. og Tapasbarsins ehf., dags. 25. apríl 2007.



vörur Vífilfells. Þessar þjónustuvörur eru til dæmis gosdrykkjadælar, kælar og klakavélar.

Með þessu ákvæði er Vífilfell að tryggja að viðskiptavinir Vífilfells noti ekki kæla, gosdrykkjavélar eða klakavélar Vífilfells undir vörur keppinautanna og að því er virðist að reyna að hindra að viðskiptavinir hafi vörur keppinauta á boðstólum. Þegar þetta ákvæði er skoðað í samhengi við önnur einkakaupaákvæði í viðskiptasamningnum Vífilfells er ljóst að ákvæðið er til þess fallið að Vífilfell viðhaldi markaðsráðandi stöðu sinni og kemur í veg fyrir að nýir aðilar komist inn á markaðinn. Er það mat Samkeppniseftirlitsins að þessi ákvæði virt í samhengi við önnur ákvæði í viðskiptasamningnum Vífilfells sem áður hefur verið fjallað um feli í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu Vífilfells og fari því gegn 11. gr. samkeppnislaga.

2.6 Samningar Vífilfells og leiðbeiningar framkvæmdastjórnar ESB

Eins og fram hefur komið hefur Vífilfell í athugasemdum sínum vísað til leiðbeininga framkvæmdastjórnar ESB í tengslum við beitingu 82. gr. Rómarsáttmálans (nú 102. gr.) Virðist fyrirtækið byggja á því að skv. leiðbeiningum sé hegðun þess lögmæt.

Eins og lýst hefur verið fela leiðbeiningarnar í sér lýsingu á því hvernig framkvæmdastjórn ESB hyggst forgangsraða í framkvæmd hennar á banni við misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Í þeirri forgangsröðun felst að framkvæmdastjórn ESB ætlar sér að leggja meiri áherslu á að kanna möguleg eða raunveruleg skaðleg áhrif af hegðun markaðsráðandi fyrirtækis (e. effects based approach).

Í máli þessu er lögð til grundvallar sú regla sem staðfest hefur verið bæði af áfrýjunarnefnd og dómstólum að brot á 11. gr. sé ekki háð því að sýnt sé fram á skaðleg áhrif á samkeppni, sbr. umfjöllun hér að framan. Samkvæmt hefðbundnum viðhorfum samkeppnisréttarins er ljóst að samningar Vífilfells teljast ólögmætir, sbr. rökstuðningur í þessari ákvörðun. Sökum þeirrar áherslu sem Vífilfell leggur á framangreindrar leiðbeiningar framkvæmdastjórnar ESB er rétt að taka fram að jafnvel þó þeim viðmiðunum yrði beitt í þessu máli eru aðgerðir Vífilfells samt sem áður ólögmæt. Skal þetta rökstutt nánar.

Aukin hagkvæmni og samkeppnishamlandi háttsemi

Fjallað er um réttlætingu markaðsráðandi fyrirtækja fyrir samkeppnishamlandi hegðun í kafla III-D í leiðbeiningum framkvæmdastjórnarinnar. Í 30. mgr. er vikið að réttlætingu á grundvelli hagkvæmni. Þau skilyrði sem framkvæmdastjórnin setur fram í þeirri grein eru krefjandi og þau þurfa öll að vera uppfyllt. Jafnframt er krafist skýrra sannana fyrir að skilyrðin séu uppfyllt.

Vífilfell vísaði máli sínu til stuðnings tiltölulega almennt til sjónarmiða í leiðbeiningunum er varða hagkvæmni og er því hér gert ráð fyrir að Vífilfell eigi við fyrrgreindan kafla D í leiðbeiningunum. Hefur Vífilfell á engan hátt sýnt fram á að öll þau viðmið sem nefnd eru 30. mgr. leiðbeininganna eigi við um fyrirtækið



og styðji þannig málstað þess. Almennar fullyrðingar í þessum efnum geta ekki talist marktækar vísbendingar eða sannanir í þessu sambandi.

Viðmiðunarpættir við mat á skaðsemi samkeppnishamlandi háttsemi

Fram kemur í máli Vífilfells að sérstaklega þurfi að hafa í huga að viðskiptahættir sem leiði ekki til óæskilegra efnahagslegra áhrifa á borð við útilokun og skaða fyrir neytendur séu ekki misnotkun. Það sé augljóst að háttsemi Vífilfells feli ekki í sér samkeppnishindrun í skilningi leiðbeininganna. Vífilfell vísar sérstaklega til 20. mgr. í leiðbeiningunum máli sínu til stuðnings í þessu sambandi.

Að mati Samkeppniseftirlitsins renna þeir viðmiðunarpættir sem fram koma í 20. mgr. leiðbeininganna fremur stoðum undir mat eftirlitsins en sjónarmið Vífilfells. Um er að ræða viðmiðunarpætti sem framkvæmdastjórnin álitur almennt viðeigandi við mat á skaðsemi samkeppnishamlandi háttsemi í tengslum við forgangsröðun sína. Verður hér farið yfir þessa viðmiðunarpætti:

- Staða hins markaðsráðandi fyrirtækis: Því sterkari sem staða þess er, þeim mun meiri líkur eru á að aðgerðir þess til varnar þeirri stöðu muni leiða til útilokunar á samkeppni.
 - Samkvæmt mati Samkeppniseftirlitsins er Vífilfell með u.þ.b. 70% markaðshlutdeild á gosdrykkjamarkaði. Slík staða er afar sterk og þar af leiðandi styður þetta viðmið mat eftirlitsins.
- Aðstæður á markaði: Hér er átt við m.a. aðgengi nýrra aðila að markaðnum og möguleika þeirra sem fyrir eru til vaxtar.
 - Að mati Samkeppniseftirlitsins eru aðstæður á gosdrykkjamarkaði með þeim hætti að afar örðugt er fyrir nýja aðila að hasla sér völl á honum. Ein helsta ástæðan er kostnaðurinn við að byggja upp nýtt vörumerki en gosdrykkir hafa eiginleika merkjavöru sem gerir kröfu um mikla fjárfestingu í markaðssetningu og tekur uppbygging nýs vörumerkis langan tíma. Af sömu ástæðum er vöxtur annarra aðila á markaðnum takmarkaður í samkeppni við hin öfluggu vörumerki Vífilfells. Þetta viðmið styður því mat Samkeppniseftirlitsins í málinu.
- Staða keppnauta hins markaðsráðandi fyrirtækis: Þetta viðmið varðar mikilvægi keppnauta til að halda uppi virkri samkeppni. Tiltekinn keppinautur kann að veita mikilvægt samkeppnislegt aðhald jafnvel þótt hlutdeild hans á markaðnum sé lítil samanborið við keppinautana. Hann gæti t.d. verið helsti keppinautur hins markaðsráðandi fyrirtækis eða mjög öflugur á sviði vöruþróunar. Fleiri dæmi eru nefnd.
 - Að mati Samkeppniseftirlitsins má ekki vanmeta mikilvægi ÖES á gosdrykkjamarkaðnum enda eru nánast eingöngu tvö fyrirtæki sem keppa á markaðnum. Á hinn bóginn álitur Samkeppniseftirlitið að í ljósi þess hve yfirburðir Vífilfells hafa staðið yfir lengi, m.t.t. markaðshlutdeildar (u.þ.b. 70% öll samanburðarárin), samanborið við ÖES þá sé samkeppnisstaða ÖES í grundvallaratriðum veik samanborið við Vífilfell. Þetta viðmið styður því ekki sjónarmið Vífilfells að mati eftirlitsins.



- Staða viðskiptavina eða aðfangabirgja: Hér er m.a. litið til þess hvort hið markaðsráðandi fyrirtæki beiti sérstökum markaðshamlandi aðgerðum í tilviki einstakra lykilfyrirtækja meðal viðskiptavina eða birgja í því skyni að fyrirbyggja aðgengi nýrra keppinauta eða aftra vexti keppinauta.
 - Ljóst er að tryggðarákvæðin sem er að finna í samningum Vífilfells við stóru matvörumarkaðskeðjurnar gefa til kynna að þetta eigi við um Vífilfell.
- Stig meintrar misnotkunar á markaðsráðandi stöðu: Almennt metið, eftir því sem hin meinta hegðun snertir hærra hlutfall heildarsölu á viðkomandi markaði, eftir því sem hún hefur staðið lengur yfir og eftir því sem henni hefur verið beitt oftar, þeim mun veigameiri eru hin líklegu útilokunaráhrif af háttseminni.
 - Í ljósi þess að Vífilfell er með u.þ.b. 70% markaðshlutdeild á markaði málsins og gögn málsins gefa til kynna að misnotkun Vífilfells á stöðu sinni hefur staðið yfir árum saman verður að telja að útilokunaráhrifin séu veruleg.
- Hugsanlegar vísbendingar um raunverulega útilokun: Hafi háttsemin verið við lýði um nægilegan langan tíma, kynnu afkomuniðurstöður hins markaðsráðandi fyrirtækis og keppinauta þess að gefa vísbendingar um útilokandi áhrif. Fleira kemur fram í þessu viðmiði en hér er rakið.
 - Að mati Samkeppniseftirlitsins er hér um að ræða viðmið sem ekki gefur ótvíræða niðurstöðu. Fyrirtæki geta verið vel rekin og illa rekin á ólíkum tímabilum. Þá er ljóst að í tilviki Vífilfells og ÖES er um fjölpætta drykkjarvöruframleiðslu að ræða en það þýðir að slæmt gengi á einu drykkjarvöruviði getur dregið niður heildarafkomuna þótt gengi gæti verið gott á öðrum sviðum. Ennfremur kemur til álita fyrir fyrirtæki að lækka verð til að auka selt magn í því skyni að auka hagnað í krónum en samhliða lækkar álagningin. Slíkt jafngildir ekki afkomusamdrætti. Loks skal á það bent að afkomuáhrifin af fjárfestingarstarfsemi Vífilfells flækir greiningu á afkomunni enn frekar. Engar skýrar ályktanir verða dregnar af þeim upplýsingum sem fyrir liggja varðandi þetta viðmið að mati Samkeppniseftirlitsins.
- Beinar vísbendingar um áætlanir um útilokun keppinauta: Hér er m.a. átt við innanhússgögn sem innihalda beinar sannanir fyrir því að hið markaðsráðandi fyrirtæki hafi það markmið að útiloka keppinauta, koma í veg fyrir að nýr aðili komist inn á markaðinn, að fyrirbyggja uppbyggingu nýs markaðar eða vísbendingar um greinilegar hótanir um útilokandi aðgerðir.
 - Að mati Samkeppniseftirlitsins gefa viðskiptasamningar Vífilfells til kynna að fyrirtækið stefni að því að útiloka keppinauta, samanber einkakaupasamninga fyrirtækisins við aðila á veitingamarkaði.

Einkakaupaákvæði og samkeppnisskilyrði

Vífilfell segir í athugasemdum sínum að draga megi þá ályktun af leiðbeinandi reglum ESB að markaðsfærsla fyrirtækis sem falist geti í einkakaupaákvæðum,



verðmismunun (e. *price differentiation*) eða lágu verði leiði ekki ein og sér til þeirrar niðurstöðu að um misnotkun á markaðsráðandi stöðu sé að ræða. Allir þessir þættir geti út af fyrir sig haft í för með sér skaðleg áhrif á samkeppni, en alls ekki undantekningarlaust; nauðsynlegt sé að greina þann markað þar sem markaðsfærslan eigi sér stað. Ónákvæmt mat samkeppnisyrivalda á þessum atriðum, og röng niðurstaða um misnotkun, geti þar af leiðandi haft þau öfugu áhrif að takmarka samkeppni á þeim markaði sem til skoðunar sé.

Í leiðbeiningunum er fjallað um einkakaup í kafla IV-A. Þar er gert grein fyrir þeim kringumstæðum sem helst myndu gefa framkvæmdastjórninni tilefni til að grípa inn í vegna einkakaupafyrirkomulags markaðsráðandi fyrirtækja.

Í leiðbeiningunum segir að ef hið markaðsráðandi fyrirtæki bæti viðskiptavinum að fullu eða að hluta til fyrir missi samkeppninnar kunni það að vera hagfellt fyrir viðskiptavininn að gangast undir einkakaupaákvæði. Þá segir að framkvæmdastjórnin einbeiti sér að þeim tilvikum þar sem það er álitid líklegt að neytendur almennt muni ekki njóta ábata. Þetta eigi einkum við ef neytendur eru margir og einkakaupaákvæði hins markaðsráðandi fyrirtækis leiða til þess að aðgengi nýrra keppnauta eða vexti núverandi keppnauta sé hamlað.

Þá segir í leiðbeiningunum að einkakaupaákvæði séu einkum skaðleg samkeppni í þeim tilvikum þar sem ætla megi að án þeirra yrði öflugt samkeppnisaðhald veitt af keppnautum sem ýmist eru ekki enn til staðar á markaðnum þegar ákvæðin eru innleidd - eða eru ekki í aðstöðu til að keppa um heildareftirspurn viðskiptavinnanna. Keppnautar kynnu að vera ófærir um að keppa um heildareftirspurn einstaks viðskiptavinar vegna þess að hið markaðsráðandi fyrirtæki er lykilviðskiptavinur fyrir a.m.k. hluta af eftirspurninni á markaðnum, t.d. vegna þess að vörumerki þess er brýnfang (e. „*must stock item*“) sem margir neytendur vilji helst - eða vegna þess að framleiðslugeta annarra birgja er svo takmörkuð og aðeins hið markaðsráðandi fyrirtæki getur fullnægt þessari eftirspurn.

Framkvæmdastjórn ESB vísar til einstæðs vörumerkjastyrks og brýnfangaeðlis (e. „*must stock nature*“) sterkustu vörumerkja TCCC í ákvörðun sinni í máli TCCC árið 2005 sem fjallað var um hér að framan. Hér að ofan var þess sérstaklega getið að ef hið markaðsráðandi fyrirtæki hafi yfir að ráða brýnföngum þá geti einkakaupaákvæði verið sérstaklega skaðleg þar sem í slíku tilviki geti önnur fyrirtæki ekki keppt um heildareftirspurn viðskiptavina. Í ljósi þess að Vífilfell býr yfir brýnföngum að mati Samkeppniseftirlitsins þá verður ekki annað séð en málstaður Vífilfells hljóti afar takmarkaðan stuðning í leiðbeiningunum varðandi einkakaupaákvæðin.

Skilyrtir afslættir

Vífilfell bendir á að í leiðbeinandi reglum framkvæmdastjórnar ESB sé fjallað um skilyrta afslætti (e. *conditional rebates*), þ.e. afslætti sem taka mið af sölumarkmiðum eða öðrum skilyrðum sem birgjar setji.¹⁰⁸ Að mati Vífilfells sé

¹⁰⁸ Þau ákvæði sem Vífilfell vísar hér til sem „skilyrtra afslátta“ falla undir flokk ákvæða sem gjarnan eru kölluð tryggðarákvæði með hliðsjón af áhrifum þeirra á viðskiptavininn.



augljóst að fyrirtækið sé ekki í aðstöðu til að bjóða stærstu matvörukeðjunum þremur neina þá hvata til að auka sölu á vörum Vífilfells sem útilokað gæti aðgang ÖES að markaðnum.

Um skilyrta afslætti segir í leiðbeiningunum að þeir geti haft hliðstæð útilokunaráhrif á samkeppni og einkakaupasamningar ef þeim er beitt af markaðsráðandi fyrirtæki. Til þess að meta hvort afsláttarkerfi kunni að leiða til útilokunar á samkeppni tekur framkvæmdastjórnin mið af efni 20 mgr. sem farið var yfir hér framar og einnig m.a. eftirfarandi atriðum:

- Ef keppinautar geta ekki keppt á jafnræðisgrundvelli um heildareftirspurn hvers viðskiptavinar þá eru þeim mun meiri líkur á samkeppnisútilokun. Þá segir ennfremur í þessu sambandi að markaðsráðandi fyrirtæki geti neytt vogarafls til þess að koma þeim vörum sínum á framfæri sem njóta minni hylli heldur en sú vara fyrirtækisins sem nýtur yfirburðastöðu á markaðnum.
- Almenn geta afturvirkir afslættir (e. *retroactive rebates*) leitt til mikillar útilokunar á samkeppni þar sem þeir geta orðið þess valdandi að ekki borgi sig að færa lítinn hluta eftirspurnar til annars birgis þar sem það gæti leitt til þess að afturvirki afslátturinn tapaðist. Því hærri sem afslátturinn er af heildarverðinu og því lengra sem viðskiptavinir þurfa að ganga til að öðlast afsláttinn, því meiri hvatningu hafa þeir til að halda viðskiptunum áfram séu þeir ekki búnir að ná markmiðinu, og þar af leiðandi eru útilokunaráhrif sem vænta má af háttseminni á keppinauta á markaði og hugsanlega keppinauta á markaði þeim mun meiri.
- Þá kemur fram að nauðsynlegt sé að meta hvaða verð keppinauturinn þurfi að bjóða til að bæta viðskiptavininum tapið af hinum skilyrta afslætti hins markaðsráðandi fyrirtækis ef viðskiptavinurinn myndi færa hluta af viðskiptum sínum yfir til keppinautarins. Það verð sem keppinauturinn þarf að jafna, svokallað virkt verð (e. *effective price*), er ekki meðalverð (e. *average price*) hins markaðsráðandi fyrirtækis heldur listaverð þess að frádregnum þeim afslætti sem viðskiptavinurinn tapar við það að skipta um söluaðila (reiknað niður á viðkomandi tímabil og umfang viðskipta). Segir í þessu sambandi að þegar um afturvirka afslætti sé að ræða eigi almennt að meta þá með hliðsjón af markaðsaðstæðum og hversu mikið sé raunhæft að ætla að viðskiptavinurinn geti flutt af viðskiptum til keppinauta. Því lægra sem hið áætlaða virka verð sé yfir tímabilið í samanburði við meðalverð hins markaðsráðandi fyrirtækis, þeim mun sterkari séu tryggðaráhrifin. Þá segir að á meðan virka verðið sé yfir langtíma(meðal)jaðarkostnaði hins markaðsráðandi fyrirtækis þá sé að öllu jöfnu ekki ástæða til að óttast að keppinautur sem býr yfir sömu hagkvæmni geti ekki veitt eðlilega samkeppni.¹⁰⁹

¹⁰⁹ Með langtímajaðarkostnaði (e. *long-run average incremental cost*) er átt við breytinguna á langtímaheildarkostnaði vegna breytinga á framleiðslumagni tiltekinnar vöru eða þjónustu. Fjárfesting í auknu framleiðslufjármagni telst því með í þessum útreikningi á langtímajaðarkostnaði. Almenn er ekki þörf á að gera greinarmun á langtímameðaljaðarkostnaði og langtímajaðarkostnaði nema í fjarskiptaþjónustugeiranum.



Rétt er að taka fram hér að þessi atriði sem hér eru nefnd til sögunnar í leiðbeiningunum í tengslum við skilyrta afslætti eru ekki ákvarðandi þættir heldur einungis atriði sem framkvæmdastjórnin telur að komi til skoðunar samhliða öðrum þáttum máls.

Að mati Samkeppniseftirlitsins er a.m.k. ljóst að ÖES getur ekki keppt við Vífilfell m.t.t. vogaraflsins sem Vífilfelli er kleift að beita í krafti einstæðs vörumerkjastyrks og brýnfangaeðlis (e. „*must stock*“ *nature*) sterkustu vörumerkja fyrirtækisins. Há markaðshlutdeild Vífilfells staðfestir þetta álit að mati Samkeppniseftirlitsins.

Þá má leiða að því getum að nær útilokað væri fyrir nýja aðila sem vildu hasla sér völl á markaðnum að keppa við Vífilfell á grundvelli kostnaðarhagkvæmni og breiddar vörulínu. Þá eru ákvæðin um skilyrta afslætti (einkum afturvirka afslætti) tvímælalaust samkeppnishamlandi og útilokandi í tilviki slíkra aðila.

Af öllu framangreindu leiðir af tilvísun Vífells til umræddra leiðbeininga framkvæmdastjórnar ESB hafa enga þýðingu í málinu.

3. Viðskiptasamningar Vífilfells

Eins og sagði hér að framan verður nú fjallað um einstaka viðskiptasamninga Vífilfells og samkeppnishamlandi ákvæðum þeirra lýst. Fyrst er fjallað um úrtak viðskiptasamninga sem Vífilfell hefur gert á dagvörumarkaði og á veitingamarkaði.

Í þeim samningum sem hér eru teknir fyrir sérstaklega er einungis fjallað um þá efnisþætti þeirra er lúta að gosdrykkjum þótt óhjákvæmilega slæðist tilvísanir í aðrar drykkjarvörur með í sumum tilvikum. Þetta þýðir að þótt fyrir hendi kunni að hafa verið ákvæði um afslætti, hillupláss, markaðsmál o.s.frv. varðandi áfenga drykki, safu, ípróttadrykki, orkudrykki og kolsýrt vatn í samningunum, þá er ekki fjallað um þau ákvæði hér.

Í lok þessa hluta ákvörðunarinnar eru svo birtir hlutar úr töflu sem lýsir ákvæðum þeirra samninga sem ekki hefur verið fjallað um sérstaklega í þessum hluta.

Hér að framan hefur verið fjallað um ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB í máli TCCC frá árinu 2005. Eins og greint hefur verið frá fól ákvörðunin í sér að framkvæmdastjórnin og TCCC gerðu með sér sátt þar sem TCCC og tilteknir átöppunaraðilar Coca-Cola í Evrópu skuldbundu sig m.a. til að hætta með eða beita sér gegn ýmsum samkeppnishamlandi ákvæðum í samningum við kaupendur gosdrykkja. Átti það við ef markaðshlutdeild Coca-Cola á viðkomandi markaðssvæði fór yfir 40% og hlutdeildin var a.m.k. tvöfalt hærri en þess keppinautar sem næst kom að stærð. Dæmi voru um slík ákvæði í samningum TCCC og átöppunaraðila þess í fjölmörgum ríkjum ESB. Samkvæmt ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar gildi í fyrsta lagi almennt bann við einkakaupum eða ákvæðum þar sem gert var ráð fyrir að vörur TCCC fengju tiltekið hlutfall (prósentu) af heildarsölu viðskiptavinar. Þá var kveðið á um bann við tryggðar- og söluhvetjandi afsláttum (e. *target and growth rebates*). Coca-Cola var einnig gert að takmarka lánveitingar til viðskiptavina til fimm ára og að viðskiptavinir



gætu ávallt greitt upp lánin á lánstíma án skilyrða. Ef Coca-Cola byði viðskiptavinum kæla án endurgjalds var heimilt að gera þá kröfu að í þeim yrðu einungis vörur frá Coca-Cola en aðeins að því tilskyldu að aðrir kælar væru á viðkomandi sölustað. Ef ekki væri um aðra kæla að ræða gæti söluaðili ráðstafað að vild 20% af rými í kælum í eigu Coca-Cola. Þá bönnuðu skilyrðin samvinnun á sölu á Coca-Cola og Fanta Orange. Í umfjöllun um samningana hér á eftir verður gerð grein fyrir því hvort þeir innihaldi ákvæði sem bönnuð voru með skilyrðum í ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar. Hvað varðar samninga sem fram koma í töflunni innihalda þeir einnig meira og minna allir ákvæði sem bönnuð voru í skilyrðum ákvörðunarinnar.

3.1 Samningar Vífilfells á dagvörumarkaði

3.1.1 Viðskiptasamningur Vífilfells og Haga hf.

Gögn Samkeppniseftirlitsins varðandi viðskiptasamninga Vífilfells við Haga og verslanir innan vébanda Haga samanstanda af afritum af viðskiptasamningum, tölvupóstum og yfirlitum úr bókhaldi og eru þessi gögn merkt fylgiskjalanúmerum frá 1 til 18. Gögnin voru send Samkeppniseftirlitinu 1. júní 2010 eins og greint var frá í upphafi ákvörðunarinnar.

Í bréfi Vífilfells frá 1. júní 2010 segir að ekki liggi fyrir skriflegir samningar um markaðsframlög. Hins vegar sé samið munnlega um þau í viðskiptum milli aðila. Þetta er að mati Samkeppniseftirlitsins sérstakt þar sem finna má ákvæði um markaðsfé í mörgum samningum Vífilfells sem fylgdu bréfinu, t.a.m. liggur fyrir að samkvæmt samningi við Aðföng frá árinu 2001 sem nánar verður fjallað um hér á eftir hefur það markaðsfé sem Vífilfell hefur greitt verslunum Haga, þ.e. Bónusi, Hagkaupum og 10-11 verið [...] % af heildarsölu a.m.k. frá miðju ári 2001.

Að mati Samkeppniseftirlitsins má ráða af tölvupóstsamskiptum sem fylgdu bréfi Vífilfells frá 1. júní 2010 að það sem nefnt er markaðsfé eða markaðsframlög í samningum fyrirtækisins er í raun skilyrt endurgjald fyrir ákjósanlegar framstillingar á vörum Vífilfells í verslunum kaupanda. Ákvæði af þessu tagi geta skaðað samkeppni þar sem keppinautar Vífilfells eiga þá erfiðara með að koma vörum sínum á framfæri í verslunum Haga. Sem dæmi er eftirfarandi tölvupóstur Kristins Harðarsonar viðskiptastjóra Vífilfells til Lilju Guðjónsdóttur hjá Hagkaupum, sbr. fylgiskjal nr. 8 með bréfi Vífilfells. Í tölvupóstinum segir:

„Í fyrra borgaði ég [...] kr fyrir framstillingar á gosi, ég tel ekki vera svigrúm fyrir það eins og staðan er í dag.

Hvað segir þú um að ég borgi þá upphæð fyrir bæði Jólablönduna og Coke framstillingarnar + eftirágreidda afslætti.

Þetta tel ég vera mjög sanngjarnt.“

Að mati Samkeppniseftirlitsins er eftirágreiddi afslátturinn samkeppnisraskandi. Hér er ekki um að ræða eðlilega afslætti eða hefðbundna magnafslætti heldur skilyrta, afturvirka afslætti sem stuðla að bindingu verslunarkeðjunnar í



viðskiptum við Vífilfell. Þá er ljóst að þessir afslættir eru tryggðarhvetjandi auk þess sem Vífilfell hefur ekki sýnt fram á kostnaðarlegt hagræði vegna þeirra. Slíkir afslættir fela í sér brot á 11. gr. samkeppnislaga að mati Samkeppniseftirlitsins.

Hér á eftir verður gerð nánari grein fyrir samkeppnishamlandi ákvæðum í samningum Vífilfells við Haga/Aðföng og verslanir innan vébanda þeirra. Þá verður einnig fjallað um tölvupóstsamskipti Vífilfells og verslunarkeðjunnar Bónuss frá árinu 2008, sbr. fylgiskjal nr. 17 með bréfi Vífilfells frá 1. júní 2010.

Viðskiptasamningur dags. 1. júní 2001

Samningur þessi er gerður milli Vífilfells og Baugs f.h. Bónuss, Hagkaupa, Nýkaupa og 10-11. Í bréfi sem fylgdi gögnum Vífilfells um viðskiptin við Haga kemur fram að enn sé unnið eftir þessum samningi þar sem hann framlengist sjálfkrafa um eitt ár í senn nema honum sé sagt upp. Samningurinn er uppsegjanlegur með þriggja mánaða fyrirvara. Ljóst er því að samningurinn hefur verið í gildi á rannsóknartímabilinu og er hann eyndar enn í gildi þegar hann barst Samkeppniseftirlitinu þann 1. júní 2010.

Í samningnum er markmið hans sagt vera að „*auka selt magn í lítrum í verslunum kaupanda af vörum seljanda. Magn til viðmiðunar er sala á árinu 2000.*“ Í honum eru tilgreindir ýmsir afslættir á einstökum vörum Vífilfells, þ. á m. nálega [...]% afsláttur af gosdrykkjum í 2 ltr. umbúðum. Samkvæmt samningnum samþykkir kaupandi að líta á seljanda sem forgangsbirgi í vöruflokknum „gosdrykkir“. Tekið er fram að ef markmið samningsins um söluaukningu og/eða framlegð náist ekki geti seljandi sagt upp samningnum með þriggja mánaða fyrirvara. Þá samþykkir seljandi að verja allt að [...]% ¹¹⁰ af heildarsölu TCCC vara til beinna markaðsaðgerða á vörum sínum í verslunum kaupanda.

Að mati Samkeppniseftirlitsins endurspeglast vörumerkjamáttur Vífilfells vel í því að stærsta matvörukeðja landsins hefur fallist á að skilgreina félagið sem „*forangsbirgi*“ sem eins og fyrr segir felur í sér ígildi einkakaupa að mati Samkeppniseftirlitsins. Með hliðsjón af orðalagi samningsins má ennfremur draga þá ályktun að hinir rausnarlegu afslættir sem Högum bjóðast myndu ekki standa til boða ef verslanir Haga næðu ekki að auka sölu á vörum Vífilfells. Þegar þetta fer saman við rausnarleg markaðsfjárframlög Vífilfells til verslana Haga og áður Baugs má draga þá ályktun að samningurinn sé afar tryggðarhvetjandi. Samkeppniseftirlitið telur því að ákvæði um að Vífilfell sé „*forangsbirgi*“ í sölu á gosdrykkjum í verslunum Haga sem og ákvæði um eftirágreiddan markaðsstyrk séu til þess fallin að hindra aðra keppinauta í því að eiga viðskipti við verslanir Haga. Samkeppniseftirlitið telur því að ákvæði þessa samnings á því tímabili sem er til skoðunar fari gegn 11. gr. samkeppnislaga.

Samhengisins vegna er rétt að geta þess að Samkeppniseftirlitið telur að umrædd ákvæði samningsins hafi verið sömu gerðar og lagt er bann við í ákvörðunar framkvæmdastjórnarinnar í máli TCCC og átöppunaraðila þess frá árinu 2005.

¹¹⁰ Af bréfi Vífilfells til Samkeppniseftirlitsins, dags. 1. júní 2010, má skilja að þetta hlutfall hafi verið [...]% að því er varðar verslanir Bónuss á árinu 2005.



Viðskiptasamningur dags. 2. febrúar 2004

Samningurinn var gerður við Bónus. Í samningnum segir að hann skuli taka gildi við undirskrift og gilda í eitt ár. Viljayfirlýsing er til staðar í samningnum um að „hefja viðræður í janúar 2005 um áframhald viðlíka samstarfs“.

Í samningnum skilgreinir Bónus Vífilfell sem forgangsbirgi. Þá segir að sem forgangsbirgir greiði Vífilfell [...] kr. á hverja 2 ltr. gosflösku sem seld er út úr verslunum Bónuss á samningstímanum og skuli uppgjör fara fram í lok hvers mánaðar og greiðslur fari fram fyrir lok þess næsta. Ennfremur segir að Vífilfell muni greiða Bónusi [...] kr. aukalega fyrir hverja 2 ltr. gosflösku ef magnaukning umfram [...] % náist frá sama mánuði árið áður.

Jafnframt er tilgreint að Vífilfell skuldbindi sig til að verja allt að [...] % af heildarsölu í vöruflokkum TCCC til beinna markaðsaðgerða og/eða greiða niður yfirkeyrslu á markaðsfé.

Þá segir í samningnum:

„Að auki mun Bónus leggja sig fram um að auka sölu á vörumerkjum Vífilfells í öllum verslunum sínum hér á landi hlutfallslega umfram aðrar vörur í sama geira.“

Ljóst er af tilvitnuðu ákvæði að það hefur beinlínis verið samkomulag um það milli Vífilfells og Bónuss að stefnt skyldi að því á samningstíma að auka hlut Vífilfells í gossölu meira en annarra keppinauta í verslunum Bónuss. Með öðrum orðum var samkomulag um að auka enn frekar markaðshlutdeild Vífilfells á kostnað keppinauta. Hafa ber í huga að Bónus er stærsta matvörukeðja landsins og stærsti einstaki smásöluaðili hér á landi á gosdrykkjum. Ekki þarf að fjölyrða um að ákvæðið er sérstaklega samkeppnishamlandi og til þess fallið að veikja mjög stöðu keppinauta Vífilfells. Þá er það til þess fallið að hindra innkomu nýrra keppinauta. Þá falla ákvæði um greiðslur Vífilfells til Bónuss fyrir hverja selda flösku af gosi undir ákvæði um skilyrta, afturvirka afslætti sem að mati Samkeppniseftirlitsins fela í sér brotlega samkeppnishætti markaðsráðandi fyrirtækis. Þá eru ákvæði um markaðsframlög til þess fallin að stuðla að því að Vífilfell njóti forgangsframstillingar í verslunum kaupenda eins og fram kemur í umfjöllun um aðra samninga Vífilfells við verslanir Haga. Slík markaðsframlög hamlu eðlilegri samkeppni þar sem keppinautum Vífilfells er gert erfiðara fyrir að koma vörum sínum á framfæri á jafnræðisgrundvelli.

Með hliðsjón af framangreindu er það mat Samkeppniseftirlitsins að umrædd ákvæði samnings Vífilfells og Bónuss fari gegn 11. gr. samkeppnislaga.

Rétt er að geta þess að Samkeppniseftirlitið telur að umrædd ákvæði samningsins hafi verið sömu gerðar og lagt er bann við í ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar í máli TCCC og átöppunaraðila þess frá árinu 2005.¹¹¹

¹¹¹ Fjallað er um þessa ákvörðun í III. hluta skjalsins.



Viðskiptasamningur dags. 12. apríl 2006

Samningurinn var gerður við 10-11/Hraðkaup. Samningurinn tók gildi við undirskrift og gilti í þrjú ár. Í samningnum kemur fram að Vífilfell veiti 10-11 markaðsframlag að andvirði [...] m.kr. á hverju ári samningstímans vegna svokallaðra „menuskilta“ í 10-11.

Þá kemur fram að 10-11 muni eingöngu vera með drykkjarvörur frá seljanda í „menuskiltum“ í verslunum sínum. Jafnframt skuli Vífilfell hafa 2/3 af plássí í öllum samlöku- og aukakælum í hverjum vöruflokki.

Að mati Samkeppniseftirlitsins leiðir af ákvæðum samningsins að afar erfitt er fyrir nýja aðila að hasla sér völl á gosdrykkjamarkaðnum. Vísast þar til þess að Vífilfell öðlast einokun á „menuskiltum“ og er tryggt 2/3 af rými í kælum. Þá verður ekki annað séð en að rífleg markaðsframlög Vífilfells séu skilyrt endurgjald til þess fallið að umbuna 10-11 fyrir þennan forgang Vífilfells. Að öllu samanlögðu telur Samkeppniseftirlitið að samningurinn brjóti gegn 11. gr. samkeppnislaga. Ákvæði samningsins eru heldur ekki í samræmi við skilyrði ákvörðunar framkvæmdastjórnarinnar í máli TCCC.

Tölvupóstur – Fylgiskjal nr. 17

Ljóst er af tölvupóstsamskiptum, aðallega við verslanakeðjuna Bónus, sem fylgdu bréfi Vífilfells frá 1. júní sl. að fyrirtækið hefur boðið og/eða gert samninga um bæði markaðsfé og eftirgreidda afslætti, þá væntanlega í samræmi við samning Vífilfells og Baugs (forvera Haga) frá árinu 2001 sem enn er í gildi. Eru þessar greiðslur þá allajafna hluti af tilboðum Vífilfells til Bónuss á gosdrykkjum. Að mati Samkeppniseftirlitsins styðja þessi gögn enn frekar að umræddar greiðslur og afslættir séu tryggðarhvetjandi og að þeir stafi ekki af kostnaðarlegu hagræði af viðskiptunum.

Má í þessu sambandi nefna tölvupóst, dags 23. júní 2008, frá Helga Tómassyni (HT) forstöðumanni söludeildar til Guðmundar Marteinsonar (GM) hjá Bónus. Í póstinum kemur fram tilboð Vífilfells á Fanta og er [...] kr. í markaðsfé greinilega hluti tilboðsins. Sama gildir um tilboð HT í tölvupósti til GM, dags. 17. nóvember 2008, þar sem [...] kr. er í boði, sbr. eftirfarandi útdrátt:

„Hvernig líst þér á þessa tillögu:

[...] bretti af Coca-Cola light 2L – verð per flöku (sic) [...] kr án vsk

[...] kr markaðsfé og dreifing beint frá okkur

Með því skilyrði að Coca-Cola light 2L verði aftur sett inn í fast vöruval hjá Bónus frá og með deginum í dag og við fáum góða auka dreifingu á Trópi 1l.

Einnig höfum við mikinn áhuga að spila með þér um jólin hvað viltu gera varðandi kaupauka?



Eigum við að hittast í dag og klára okkar mál."

Þá má nefna innanhússtölvupóst Vífilfells frá HT til m.a. Árna Stefánssonar framkvæmdastjóra Vífilfells frá 3. október 2008 þar sem gerð er eftirfarandi tillaga að tilboði til Bónuss:

„Bónus – vika 41

[...] bretti Coca-Cola 2L

[...] bretti Coca-Cola Zero 2L á [...] % afsl. – kostnaður ca. [...] kr.

Kaupir 6pk CC og færð tvær CCZ 2L."

Fleiri tölvupósta í þessu fylgiskjali mætti nefna sem innihalda slík tilboð. M.ö.o. svo virðist sem HT líti á markaðsféð ekki aðeins sem endurgjald fyrir góða gólfframstillingu heldur einnig sem eins konar ábata fyrir Bónus. Póstur frá GM til HT, dags. 9. júlí 2008, þar sem GM kallar eftir [...] kr í „budget“ styður þessa ályktun.

Markaðsframlög sem í raun eru hvatagreiðslur til að koma á viðskiptum og tryggja seljanda bestu framstillingar geta ekki talist til heilbrigðra samkeppnishátta þegar markaðsráðandi fyrirtæki á í hlut. Þær eru til þess fallnar að útiloka keppinauta frá að koma vörum sínum á framfæri á jafnræðisgrundvelli, bæði m.t.t. framstillinga og tækifæra til að koma á viðskiptum. Samkeppniseftirlitið telur því að efni þeirra tölvupósta sem fram koma í umræddu fylgiskjali styðji það mat að umrædd ákvæði í samningum Vífilfells við Haga/Aðföng og verslanir innan þeirra vébanda fari gegn 11. gr. samkeppnislaga.

3.1.2 Viðskiptasamningar Vífilfells og Kaupáss hf.

Samkeppniseftirlitið fjallar hér um tvo samninga sem Vífilfell gerði við Kaupás (sem rekur matvörukeðjurnar Krónuna, Nóatún, 11-11 og Kjarval) á tímabilinu sem er til skoðunar.

Viðskiptasamningur dags. 27. maí 2008

Samningurinn sem hér um ræðir átti að gilda til 1. júlí 2009. Í samningnum eru m.a. tíundaðir þeir afslættir sem Vífilfell veitir Kaupási á vörum Vífilfells. Jafnframt er að finna ákvæði í samningnum um að Vífilfell leggi að auki til eftirfarandi á gildistímanum:

- [...] bretti af 2 l Topp á [...] kr./nett per flösku
- [...] bretti af 2 l Coke light á [...] kr./nett per flösku
- [...] bretti af 2 l Coca Cola á [...] kr./nett per flösku
- [...] bretti af 2 l Fanta á [...] kr./nett per flösku
- [...] bretti af 2 l Sprite á [...] kr./nett per flösku
- [...] bretti af 2 l Sprite Zero á [...] kr./nett per flösku
- [...] bretti af Magic á [...] kr./nett per dós
- [...] bretti af Kappa á [...] kr./nett per 3 pk.



Samkvæmt samningnum er miðað við að þessi bretti verði afhent í þremur jöfnum skömmtum á samningstímabilinu í vöruhúsi Kaupáss og verði vörunum stillt upp aukalega í verslunum Kaupáss. Kaupás tryggir á móti að vörur Vífilfells verði í öndvegi í framstillingum.

Í samningnum er einnig að finna ákvæði um að Vífilfell veiti Kaupási eftirágreiðda hvatagreiðslu ef selt magn til Kaupáss aukist umfram [...] % árið 2008 samanborið við heildarsölu (í lítrum) árið 2007. Hvatagreiðslan á að nema [...] % af nettóviðskiptum á samningstímabilinu. Aukist viðskiptin í lítrum meira en [...] % árið 2008 skuli Vífilfell greiða [...] % af nettóviðskiptum.

Hlutdeild Vífilfells í framstillingum samkvæmt samningnum skal aldrei vera minna en sem nemur hlutdeild fyrirtækisins skv. AC Nielsen tölum fyrir viðkomandi keðju. Hlutfall vara Vífilfells í samlokukælum á jafnframt ekki að vera minna en 50/50 af sölurýminu. Hlutfall aukakæla (e. *Impulse*) á heldur ekki að vera minna en 50/50 af aukakælum í hverri verslun.

Kaupás veitir Vífilfelli ennfremur forgang að öllum tilboðstengingum við heitan mat í Krónuverslunum út samningstímann eftir því sem skilið verður af orðalagi samningsins.¹¹²

Í samningnum er jafnframt að finna ýmis ákvæði um eftirágreiðdan afslátt. Meðal annars mun Vífilfell leggja til „[...] kr./nett“ eftirágreitt fyrir hverja selda einingu af Toppi í 0,5 l. flöskum í tengslum við tilboð með salatbarnum, sem yrði gert upp fyrir þriggja mánaða tímabil í senn.

Vífilfell tekur jafnframt þátt í Nammibarstilboðum á laugardögum í 11-11 verslunum, allt að [...] sinnum næstu sex mánuði samningstímabilsins. Vífilfell leggur einnig til Sprite Zero og Fanta í 0,33 l. dósum með [...] % afslætti, að hámarki [...] pakkningar í hvert skipti.

Ennfremur mun Vífilfell leggja Kaupási til [...] bretti af 2 l. Fanta með [...] % afslætti við undirritun samningsins.

Vífilfell skuldbindur sig að auki til þess að verja allt að [...] % af heildsölu til Kaupáss til beinna markaðsaðgerða í verslunum Kaupáss fyrir vörur Vífilfells. Kaupás leggur fram á móti auknar framstillingar á vörum Vífilfells sem eru til þess fallnar að mæta þeim markaðsaðgerðum sem unnið er í á hverjum tíma.

Samkvæmt samningnum munu Kaupás og Vífilfell stefna að því að setja upp eina verslun í hverri verslunarkeðju Kaupáss sem pilot-búð þar sem leitast yrði við að auka tíðni kaupa neytenda á gosdrykkjum í minni sölueiningum, s.s. 0,5 l., 1,0 l. og fleiri tegundum sem eru framlegðarhærri fyrir báða aðila. Samhliða því muni verða samin áætlun um lausnir varðandi aukakæla, framstillingar og „combó tilboð“, með samþykki Kaupáss.

¹¹² Orðrétt stendur: „Kauþandi veitir seljanda forgang á öllum heitum mat í Krónuverslunum út samningstímanum“.



Að mati Samkeppniseftirlitsins eru hinir eftirágreiddu afslættir og hvatagreiðslur í samningnum til þess fallnir að raska samkeppni. Afslættir markaðsráðandi fyrirtækja teljast lögmætir þegar þeir eru veittir í tengslum við einstök viðskipti og það hagræði sem leiðir af þeim viðskiptum. Ekki er hægt að fallast á að þeir afslættir og hvatagreiðslur sem veittir eru í þessum samningi séu dæmi um slíka afslætti. Afslættir og hvatagreiðslur Vífilfells eru skilyrtir eftirágreiddir afslættir sem eiga við um uppsöfnuð framtíðarviðskipti en ekki einstök viðskipti. Með því að kveða á um að afslátturinn eða hvatagreiðslurnar verði greiddur eftirá á nokkrum fyrirfram ákveðnum tímabilum á gildistíma samningsins er verið að stuðla að því að Kaupás snúi sér ekki til keppinauta Vífilfells á samningstímanum. Samkeppnisleg útilokunaráhrif samningsins eru þeim mun meiri þar sem ætla má að hvatagreiðslurnar geti orðið verulega háar ([...]%) af nettóandvirði vörukaupa Kaupáss af Vífilfelli) ef Kaupás nær markmiðunum sem sett voru í samningnum.

Við undirritun samningsins eru veitt loforð um tilgreinda (eftirágreidda) afslætti í tengslum við tilboð í framtíðinni og er tíðni slíkrar þátttöku tilgreind yfir samningstímann. Þessi ákvæði eru að mati Samkeppniseftirlitsins einnig til þess fallin að raska samkeppni enda er umrætt tilboð tryggðarhvetjandi og fæst ekki séð að umrædd tilboð byggist á kostnaðarlegu hagræði einstakra viðskipta.

Að mati Samkeppniseftirlitsins er samningur þessi því til þess fallinn að útiloka keppinauta Vífilfells frá því að koma vörum sínum á framfæri í verslunum Kaupáss og hefur samningurinn því samkeppnishamlandi áhrif. Vísast í þessu sambandi til þess að kveðið er á um það í samningnum að framstilling skuli aldrei vera minni en sem nemur AC Nielsen tölum en eins og áður segir er það mat Samkeppniseftirlitsins að í ljósi stöðu Vífilfells jafngildi svo hátt hlutfall ígildi einkakaupa í skilningi samkeppnisréttarins. Háar afsláttarprósentur ásamt eftirágreiddum hvatagreiðslum og eftirágreiddum afsláttum eru til þess fallnar að auka skaðleg áhrif einkakaupanna og viðhalda tryggð Kaupáss við Vífilfell. Auk þess eru ákvæðin um framstillingarhlutföll í hillu- og kæliými til þess fallin að viðhalda markaðshlutdeild Vífilfells þar sem þau gera nýjum keppinautum mun erfiðara um vik að koma vörum sínum á framfæri hjá Kaupási vegna hárrar markaðshlutdeildar Vífilfells.

Með hliðsjón af framansögðu er það því mat Samkeppniseftirlitsins að framangreind ákvæði samningsins feli í sér brot á 11. gr. samkeppnislaga.

Umrædd ákvæði samningsins eru sömu gerðar og lagt er bann við í ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar í máli TCCC og átöppunaraðila þess frá árinu 2005.

Viðskiptasamningur dags. 26. janúar 2006

Þann 26. janúar 2006 gerði Vífilfell viðskiptasamning við Kaupás sem gilda átti í þrjú ár frá undirritun. Í samningnum er þó tekið fram að ef annar hvor samningsaðilinn vilji ekki halda samningnum áfram eftir árið beri honum að tilkynna um slíkt með a.m.k. eins mánaðar fyrirvara. Að öðrum kosti framlengist samningurinn um eitt ár í senn en þá með gagnkvæmum þriggja mánaða uppsagnafresti.



Samkvæmt 5. gr. samningsins hefur Kaupás ótakmarkaðan skilarétt á vörum keyptum af Vífilfelli, óháð því hvaða ástæður voru fyrir skilunum; þ.m.t. vegna þess að viðkomandi vara seljist ekki eða vegna þess að varan sé farin yfir síðasta sölundag. Ef Kaupás skilar vöru greiðist ekkert fyrir viðkomandi vöru og skal hún móttækin og fjarlægð á kostnað og ábyrgð Vífilfells. Á þessu er undantekning ef um er að ræða ítrekuð vond meðferð á vörum Vífilfells þar sem uppröðun vörunnar og pantanir eru alfarið í höndum Kaupáss. Samkvæmt ákvæðinu skulu aðilar þá sættast um fyrirkomulag skila og kostnað vegna þeirra.

Samkvæmt 6. gr. samningsins er samkomulag um að Vífilfell leggi til sem nemur [...] % af heildarviðskiptum Kaupáss við Vífilfell í sérstakan sjóð sem kallast markaðssjóður. Framlagið skal reiknað af nettógreiðslum Kaupáss í lok hvers úttektarmánaðar. Sjóðnum skulu Vífilfell og Kaupás ráðstafa sameiginlega til markaðssetningar á vörum Vífilfells. Undir öllum kringumstæðum fer þó markaðssetningin fram í nafni Kaupáss eða einstakra verslunareininga Kaupáss eða hópi slíkra eininga. Sé vöru Vífilfells gerð sérstök skil innan auglýsingar Kaupáss á einstökum verslunum sínum, skuli Kaupás senda Vífilfelli sérstaklega reikning fyrir slíkum kostnaði sem greiðist úr sjóðnum.

Ennfremur kemur fram í samningnum að Vífilfell og Kaupás skuli sammælast um markaðsáætlun fyrir árið og skal áætluninni skipt upp í fjögurra mánaða tímabil. Í áætluninni skal leitast við að ákvarða fyrirfram hvenær ráðast skuli í sérstök sölu- og markaðsátök á vörum Vífilfells í verslunum Kaupáss. Tilgreina skal hvaða vörur eða vöruflokk skuli taka fyrir á hverjum tíma, hversu langan tíma átak skuli standa og hvers eðlis það skuli vera. Þá skal koma fram áætlun um aukaframstillingar, tilboð, vörukynningar o.fl. sem samningsaðilar eru sammála um að standa sameiginlega að. Vífilfell skuldbindur sig til að kynna nýjar vörur eða vörulínur fyrir innkaupadeild Kaupáss áður en þær eru settar á markað.

Í fylgiskjali 1 með samningnum eru tilgreindir þeir afslættir sem Vífilfell veitir Kaupási. Jafnframt eru þar tilgreindir eftirágreiddir afslættir á ákveðnum vörutegundum. Eftirágreiddu afslættirnir eru reiknaðir út í lok hvers mánaðar og gerð er kreditnóta fyrir 5. dag næsta mánaðar.

Framstillingarnar í verslunum Kaupáss skulu vera þannig að vörum Vífilfells sé raðað upp saman og ávallt fremstar í umferðarflæði. Hlutfall framstillinga í kælum/hillum ræðst af hlutdeild Vífilfells samkvæmt AC-Nielsen tölum. Hlutfall vara Vífilfells í samlökukælum skal þó ekki vera minna en 2/3 af söluplássinu. Hlutfall aukakæla (e. *impulse*) skal ekki vera minna en 2/3 af aukakælum í hverri verslun.

Að mati Samkeppniseftirlitsins er þessi samningur til þess fallinn að raska samkeppni. Ákvæðin um að framstillingarhlutföll í kælum og hillum Kaupáss, sem miðast við AC-Nielsen tölur eru ígildi einkakaupaákvæða og til þess fallin að hindra að nýr aðili komist að í verslunum Kaupáss með sínar vörur. Eftirágreiddu afslættirnir sem gerðir eru upp í lok hvers mánaðar á samningstímanum eru til þess fallnir að viðhalda tryggð Kaupáss við Vífilfell og aftra því þannig að Kaupás skipti meira við keppinauta Vífilfells á samningstímanum. Ákvæðin eru því til þess



fallin að auka skaðleg áhrif einkakaupanna. Í ljósi framangreinds telur Samkeppniseftirlitið að samningurinn feli í sér brot á 11. gr. samkeppnislaga. Umrædd ákvæði samningsins eru sömu gerðar og lagt er bann við í ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar í máli TCCC og átöppunaraðila þess frá árinu 2005.

3.1.3 Viðskiptasamningur Vífilfells við Samkaup hf.

Þann 8. júní 2005 gerði Vífilfell viðskiptasamning við Samkaup. Samkvæmt samningnum átti hann að gilda til tveggja ára frá undirritun samningsins en var uppsegjanlegur með þriggja mánaða fyrirvara. Ef samningnum var hins vegar ekki sagt upp þá skyldi hann framlengjast sjálfkrafa um eitt ár í senn.

Í samningnum er að finna yfirlit yfir þá afslætti sem Samkaup fær af vörum Vífilfells í viðskiptum aðilanna. Til viðbótar þeim afsláttarhlutföllum sem talin eru upp í samningnum veitir Vífilfell Kaskó og Nettó [...]% aukaafslátt af öllum 2 ltr. gosdrykkjum Vífilfells og er sá afsláttur gerður er upp í lok hvers mánaðar. Samkaup tryggir að það sem keypt verði inn fyrir Kaskó og Nettó á þessum kjörum verði eingöngu til endursölu í þeim verslunum.

Í samningnum kemur jafnframt fram að ef Vífilfell nái [...]% hlutdeild í Samkaupum Úrval og [...]% hlutdeild í Samkaupum Strax í gosdrykkjum og kolsýrðu vatni í vörumerkjum Vífilfells samkvæmt sölutölum frá AC-Nielsen (meðaltal undangenginna 3. mán.) fái Samkaup Úrval og Samkaup Strax [...]% aukaafslátt af öllum TCCC vörum sem greiddur verður með [...]% afslætti af 2 ltr. Coke brettum. Greiðslurnar verða gerðar upp ársfjórðungslega.

Samkvæmt samningnum skal uppröðun drykkja í stærri verslunum Samkaupa vera eftir bragðtegundum en stuðst verður við sölutölur úr AC-Nielsen könnunum úr verslunum Samkaupa. Í minni verslunum er áætlað framstillingarrými Vífilfells 50-60% af heildarrými gosdrykkja. Síðustu tvær vikurnar fyrir verslunarmannahelgi, jól, áramót, fyrstu helgina í júlí og hvítasunnu skal tryggja að framstillingar á gólfi fyrir vörur Vífilfells fari ekki undir [...]% af því gólfplássi sem notað er undir gosdrykki og kolsýrt vatn.

Vífilfell skuldbindur sig jafnframt til þess að verja allt að [...]% af heildarsölu til beinna markaðsaðgerða á vörum Vífilfells í verslunum Samkaupa. Samkaup leggur fram á móti auknar framstillingar umfram það sem venjulega er kveðið á um samkvæmt samningnum.

Að mati Samkeppniseftirlitsins raskar þessi viðskiptasamningur Vífilfells samkeppni. Með veitingu eftirágreiddra, skilyrtra afslátta skapar Vífilfell mjög sterka hvatningu til Samkaupa um að leggja höfuðáherslu á að koma vörum Vífilfells á framfæri umfram vörur keppinauta Vífilfells í verslunum sínum. Þannig má draga þá ályktun að samningurinn stuðli að útilokun á keppinautum Vífilfells og skapi aðgangshindranir sem erfitt væri fyrir mögulega nýja aðila á markaðnum að yfirstíga. Það er sérstaklega ámælisvert að mati Samkeppniseftirlitsins að Vífilfell skuli veita Samkaupum aukaafslætti ef vörur Vífilfells ná ákveðinni hlutdeild í verslunum Samkaupa. Slíkt er til þess fallið að tryggja að Samkaup leggi aukna áherslu á framstillingar og sölu á vörum Vífilfells til að öðlast



eftirágreidda afsláttinn. Afslættirnir eru því tryggðarhvetjandi. Þá byggja afslættirnir ekki á kostnaðarlegu hagræði. Auk þess er ámælisvert að miða framstillingarhlutföll við AC-Nielsen tölur þar sem há markaðshlutdeild Vífilfells leiðir til þess að stór hluti hillurýmis er frátekinn og skapar þannig aðgangshömlur. Með hliðsjón af framansögðu er það mat Samkeppniseftirlitsins að samningur þessi brjóti gegn 11. gr. samkeppnislaga. Umrædd ákvæði samningsins eru sömu gerðar og lagt er bann við í ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar í máli TCCC og átöppunaraðila þess frá árinu 2005.

3.1.4 Viðskiptasamningur Vífilfells við Þína verslun hf.

Þann 27. september 2002 gerði Vífilfell viðskiptasamning við Þína verslun. Samningurinn átti að gilda frá undirritun og var með þriggja mánaða uppsagnarfresti og skyldi uppsögn vera skrifleg. Samningurinn barst með bréfi Vífilfells þann 9. mars 2007 í tengslum við athugun Samkeppniseftirlitsins á samningum birgja og matvöruverslana. Samningurinn var ekki tímabundinn og er lagt til grundvallar að hann hafi verið í gildi á rannsóknartímabilinu.

Í samningnum eru taldar upp þær afsláttarprósentur sem Vífilfell veitir versluninni á vörum sínum. Báðir aðilar samningsins samþykkja að vinna sameiginlega að því að auka söluna á vörum Vífilfells og er markmiðið að auka heildarframlegð beggja aðila með magnaukningu og góðar framstillingar að leiðarljósi.

Samkvæmt samningnum eiga framstillingarhlutföll á vörum Vífilfells að vera að lágmarki 70% af kæla- og hilluplássi gosdrykkjadeildar (kolsýrt vatn), sama gildir um annað pláss, t.d. á endum og á gólfi. Síðustu tvær vikurnar fyrir verslunarmannahelgi, jól, áramót, páska og hvítasunnu skal tryggt að framstilling á gólfi fyrir vörur Vífilfells fari ekki undir 70% af því gólfplássi sem notað er undir gosdrykki og kolsýrt vatn og að hvorki sé stillt fram kóladykkjum né lemon lime drykkjum frá öðrum en Vífilfelli.

Jafnframt á staðsetning framstilltra gosdrykkja Vífilfells í kælum, hillum og á gólfi ávallt að vera fyrst í umferðarflæði, hvort heldur sem talað er um fast pláss eða laust og skal vörutegundum Vífilfells vera stillt saman upp.

Ennfremur eiga vörur Vífilfells að vera einu drykkjavörurnar í samlokukælum þessar verslunar þar sem þeir eru til staðar. Auk þess verða eingöngu aukakælar og vörur í þeim frá Vífilfelli í vöruflokkunum gos, vatn, léttbjór og safar.

Vífilfell skuldbindur sig jafnframt til að verja allt að [...] % af heildarsölu í vöruflokkum TCCC til beinna markaðsaðgerða (þ.m.t. verðtilboða) á vörum Vífilfells í verslunum þessar verslunar. Þín verslun leggur á mót fram auknar framstillingar umfram það sem kveðið er á um í samningnum.

Að mati Samkeppniseftirlitsins hefur þessi samningur það að markmiði að raska samkeppni. Vífilfell nýtur algjörs forgangs í framstillingarhlutföllum í verslunum þessar verslunar og er ljóst hvað framstillingar varðar að samningurinn felur í sér einkakaup. Í þessu sambandi skal bent á ákvæðin er varða framstillingu í aðdraganda stórhátíða þar sem þinni verslun er bannað að stilla fram



kóladykkjum og lemon lime drykkjum frá öðrum framleiðendum en Vífilfelli. Þá er einnig lagt bann við því að vörur frá öðrum en Vífilfelli séu hafðar í samlokukælum í verslunum þinnar verslunar. Markmiðið með þessum samningi virðist því vera að útiloka vörur keppinauta Vífilfells. Með hliðsjón af framansögðu er það mat Samkeppniseftirlitsins að samningur þessi brjóti gegn 11. gr. samkeppnislaga. Umrædd ákvæði samningsins eru sömu gerðar og lagt er bann við í ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar í máli TCCC og átöppunaraðila þess frá árinu 2005.

3.1.5 Viðskiptasamningur Vífilfells við Fjarðarkaup hf.

Þann 4. desember 2006 gerði Vífilfell viðskiptasamning við Fjarðarkaup hf. Samningurinn átti að gilda í þrjú ár frá undirritun en var þó uppsegjanlegur með þriggja mánaða fyrirvara miðað við mánaðamót.

Í samningnum er að finna yfirlit yfir þá afslætti sem Vífilfell veitir Fjarðarkaupum á vörum Vífilfells. Einnig er samkomulag milli aðila um að þeir muni báðir vinna sameiginlega að því að auka söluna á vörum Vífilfells í verslunum Fjarðarkaupa með það markmið að auka heildarframlegð beggja aðila með magnaukningu og góðar framstillingar að leiðarljósi.

Samkvæmt samningnum verður í verslunum Fjarðarkaupa að lágmarki 60% af kæla- og hillurými gosdrykkjadeildar nýtt undir gosdrykki Vífilfells, sama gildir að meðaltali um annað rými t.d. á endum og á gólfi. Síðustu tvær vikurnar fyrir verslunarmannahelgi, jól, áramót, páska og hvítasunnu skal tryggt að framstillingar á gólfi fyrir vörur Vífilfells fari ekki undir 70% af því gólfplássi sem notað er undir gosdrykki og kolsýrt vatn.

Gosdrykkjum Vífilfells í kælum, hillum og á gólfi Fjarðarkaupa skal vera þannig stillt fram að þeir séu ávallt fremst í umferðarflæði, hvort sem um er að ræða fast rými eða laust og skal vörutegundum Vífilfells vera stillt saman upp.

Vífilfell skuldbindur sig samkvæmt samningnum til að verja allt að [...] % af heildarsölu í vöruflokkum TCCC til beinna markaðsaðgerða (þ.m.t. verðtilboða) á vörum Vífilfells í Fjarðarkaupum. Fjarðarkaup leggur á móti fram auknar framstillingar umfram það sem kveðið er á um í samningnum og gilda á venjulega.

Ennfremur kemur fram í samningnum að Vífilfell sé forgangsbirgir í drykkjarvörum (gosdrykkir, vatn, léttöl, íþróttadrykkir, orkudrykkir og safar) hjá Fjarðarkaupum. Forgangsbirgir hefur forgang að öllum söluherferðum hjá Fjarðarkaupum samkvæmt samningnum.

Einnig kemur fram að vörur Vífilfells skulu vera einu drykkjarvörunar sem stillt sé fram í samlokukælum þar sem þeir eru til staðar. Þegar um er að ræða tilboð með mat, snakki eða sælgæti skal eingöngu nota drykkjavörur frá Vífilfelli. Jafnframt verða eingöngu aukakælar frá Vífilfelli í þeim vöruflokkum sem Vífilfell selur.

Að mati Samkeppniseftirlitsins er þessi samningur til þess fallinn að raska samkeppni. Í samningnum er kveðið á um að Vífilfell skuli vera forgangsbirgir Fjarðarkaupa í drykkjarvörum en það felur í sér ígildi einkakaupaákvæðis að mati



Samkeppniseftirlitsins. Þannig nýtur Vífilfell einokunarstöðu hvað varðar hvers konar samþættingu tilboða, s.s. gos með snakki og mat. Þá er ljóst að ákvæði um há lágmarksframstillingarhlutföll fyrir stórhátíðir eru einkakaupaákvæði. Einnig skulu vörur Vífilfells njóta hagfelldustu framstillingar í kælum og hillum, auk þess sem sett eru há lágmarksframstillingarhlutföll fyrir vörur Vífilfells sem eru bersýnilega aðgangshindrandi fyrir mögulega nýja drykkjarvörubirgja. Þegar samningurinn er metinn í heild sinni verður vart önnur ályktun dregin en sú að markmiðið með honum sé að útiloka keppinauta Vífilfells. Með hliðsjón af framansögðu telur Samkeppniseftirlitið að samningur þessi brjóti gegn 11. gr. samkeppnislaga. Umrædd ákvæði samningsins eru sömu gerðar og lagt er bann við í ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar í máli TCCC og átöppunaraðila þess frá árinu 2005.

3.1.6 Viðskiptasamningur Vífilfells við Miðbúðina

Vífilfell gerði viðskiptasamning við Miðbúðina 2. nóvember 2005. Samningurinn tók gildi við undirritun og var uppsegjanlegur með þriggja mánaða skriflegum fyrirvara.

Í samningnum er að finna yfirlit yfir þá afslætti sem Vífilfell veitir Miðbúðinni á vörum Vífilfells. Einnig er samkomulag milli aðila um að þeir muni báðir vinna sameiginlega að því að auka sölu á vörum Vífilfells í Miðbúðinni með það markmið að auka heildarframlegð beggja aðila með magnaukningu og góðar framstillingar að leiðarljósi.

Samkvæmt samningnum verður að lágmarki 70% af kæla- og hilluplássi gosdrykkjadeildar (+ kolsýrt vatn) í verslunum Miðbúðarinnar nýtt undir gosdrykki Vífilfells. Hið sama gildir að meðaltali um annað rými, t.d. á endum og á gólfi. Síðustu tvær vikurnar fyrir verslunarmannahelgi, jól, áramót, páska og hvítasunnu skal tryggt að framstilling á gólfi fyrir vörur Vífilfells fari ekki undir 70% af því gólfplássi sem notað er undir gosdrykki og kolsýrt vatn og að ekki sé stillt fram kóladykkjum né lemon lime drykkjum frá öðrum en Vífilfelli.

Gosdrykkjum Vífilfells í kælum, hillum og á gólfi Miðbúðarinnar skal vera þannig stillt fram að þeir séu ávallt fremstir í umferðarflæði, hvort sem um er að ræða fast rými eða laust og skal vörutegundum Vífilfells vera stillt saman upp.

Vífilfell skuldbindur sig samkvæmt samningnum til að verja allt að [...] % af heildarsölu í vöruflokkum TCCC til beinna markaðsaðgerða (þ.m.t. verðtilboða) á vörum Vífilfells í Miðbúðinni. Miðbúðin leggur á móti fram auknar framstillingar umfram það sem kveðið er á um í samningnum.

Ennfremur kemur fram í samningnum að vörur Vífilfells skulu vera einu drykkjarvörurnar sem eru í samlokukælum Miðbúðarinnar, þar sem þeir eru til staðar. Jafnframt verða eingöngu aukakælar og vörur frá Vífilfelli í þeim í vöruflokkunum gos, vatn, léttbjór og safar. Auk þess verða ekki drykkjarvörur frá öðrum en Vífilfelli í tilboðum með mat, sælgæti o.fl.



Að mati Samkeppniseftirlitsins er þessi samningur til þess fallinn að raska samkeppni. Samkvæmt samningnum nýtur Vífilfell algjors forgangs í framstillingum hjá Miðbúðinni og felur samningurinn því í sér ígildi einkakaupaákvæða. Í þessu sambandi skal bent á ákvæðin er varða framstillingu í aðdraganda stórhátíða þar sem Miðbúðinni er bannað að stilla fram kóladrykkjum og lemon lime drykkjum frá öðrum framleiðendum en Vífilfelli. Þá er einnig lagt bann við því að vörur frá öðrum en Vífilfelli séu hafðar í samlokukælum og Vífilfell nýtur einokunarstöðu hvað varðar hvers konar samþættingu tilboða, s.s. gos með sælgæti og mat. Loks er ljóst að há lágmarksframstillingarhlutföll fyrir vörur Vífilfells eru bersýnilega aðgangshindrandi fyrir mögulega nýja drykkjarvörubirgja. Vart þarf að fjölýrða frekar um hve skaðleg áhrif slík ákvæði hafa á samkeppni og möguleika nýrra aðila til að bjóða gosdrykki í verslun Miðbúðarinnar. Þegar samningurinn er metinn í heild sinni er ekki unnt að draga aðra ályktun en að markmiðið með honum sé að útiloka keppinauta Vífilfells. Með hliðsjón af framansögðu telur Samkeppniseftirlitið að samningur þessi brjóti gegn 11. gr. samkeppnislaga. Umrædd ákvæði samningsins eru sömu gerðar og lagt er bann við í ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar í máli TCCC og átöppunaraðila þess frá árinu 2005.

3.2 Samningar Vífilfells á veitingamarkaði

Hér að neðan er fjallað um nokkra tiltölulega stóra samninga á veitingamarkaði. Í töflu 4 er birtur útdráttur sem inniheldur aðra samninga en um þá er fjallað nánar hér á eftir.

3.2.1 Viðskiptasamningar Vífilfells við Tankinn ehf.

Hér að neðan er farið yfir tvo viðskiptasamninga sem Vífilfell gerði við Tankinn ehf. sem rekið hefur veitingastaðina T.G.I. Friday's og Burger King.

Viðskiptasamningur dags. 11. jan. 2005

Þann 11. janúar 2005 gerði Vífilfell viðskiptasamning við Tankinn ehf. Samningurinn átti að gilda frá 1. nóvember 2004 til 31. október 2008. Samningurinn skyldi endurnýjast sjálfkrafa til eins árs í senn að þeim tíma liðnum. Báðum aðilum var þó heimilt að segja samningnum upp með sannanlegum hætti eftir 1. nóvember 2006 og átti uppsögnin þá að taka gildi 180 dögum eftir að uppsögnin bærisk gagnaðila.

Samkvæmt samningnum skuldbindur Tankurinn sig m.a. til þess að selja eingöngu gosdrykki sem Vífilfell framleiðir eða flytur inn.

Í samningnum er að finna ákvæði um skyldur Tanksins samkvæmt samningnum. Þær skyldur eru m.a. að selja eingöngu vörur frá Vífilfelli og umrætt magn sem samið hefur verið um og að gera ekki viðskiptasamninga eða samkomulag við keppinauta í andstöðu við samninginn á gildistíma hans.

Í samningnum er ákvæði um að Vífilfell muni útvega Tanknum þjónustuvörur samkvæmt sérstöku samkomulagi. Vífilfell ákveður í samráði við Tankinn hve mikið af þjónustuvörum Tankurinn fær afhent fyrir tiltekið tímabil í senn. Þjónustuvörur þær sem Tankurinn óskar eftir að fá mega þó aldrei vera í óeðlilega



miklu magni miðað við veltu og viðskipti á veitingastaðnum. Tankurinn skuldbindur sig jafnframt til að nota þjónustuvörurnar frá Vífilfelli eingöngu fyrir vörur Vífilfells. Þjónustudeild Vífilfells mun annast allt viðhald á vélum og tækjum, Tanknum að kostnaðarlausu.

Samkvæmt samningnum fékk Tankurinn lán frá Vífilfelli að fjárhæð kr. [...] á árinu 2001 skv. fyrri viðskiptasamningi aðila, dags. 21. apríl 2001. Eftirstöðvar þess láns þann 26. október 2004 voru kr. [...]. Samkvæmt samningnum var lánið tengt afsláttarkjörum Tanksins og skyldi endurgreiðast í samræmi við áunna afslætti. Tankurinn samþykkti að afslættir af viðskiptum allra veitingastaða í eigu Tanksins, þ.m.t. Burger King, skyldi ganga til lækkunar á skuldinni þar til hún væri að fullu greidd. Vífilfell skyldi gefa út kreditreikning mánaðarlega í samræmi við sölu allra veitingastaðanna fyrir áunnu afslættina sem skyldu færast til lækkunar á láninu. Virðisaukaskattur af kreditreikningum skyldi millifærður til lækkunar á hefðbundinni viðskiptaskuld samkvæmt samningnum. Til tryggingar láninu skyldi Tankurinn leggja fram tryggingarvixil sem Vífilfell samþykkti.

Jafnframt segir í samningnum að Tankurinn skuli tryggja að ef eigendaskipti eigi sér stað á Tanknum þá muni nýr rekstraraðili taka við skyldum Tanksins skv. samningnum. Tankurinn ábyrgist þó efndir nýs rekstraraðila á samningnum þangað til Vífilfell leysir hann undan þeirri ábyrgð.

Í fylgiskjali með samningnum eru taldar upp þær afsláttarprósentur sem Vífilfell veitir Tanknum á vörum Vífilfells. Jafnframt kemur fram að afslættirnir gangi til lækkunar á fyrrgreindu láni uns það er að fullu greitt.

Ennfremur er í öðru fylgiskjali að finna ákvæði um markaðsráðstafanir. Þar kemur fram að af heildarviðskiptum Tanksins renni [...] % í sjóð sem nota skuli til að auka sölu á vörum Tanksins og Vífilfells. Miðað er við nettó verð þ.e. verðlistaverð að frádragnum afsláttum, vörugjaldi, áfengisgjaldi, skilagjaldi og virðisaukaskatti. Útreikningur á framlagi í sjóðinn skuli fara fram ársfjórðungslega. Tankurinn skal fyrir upphaf aðgerða leggja fram, til samþykktar, auglýsingaefni og kostnaðar- og birtingaáætlanir og staðfestingu á raunkostnaði að þeim loknum. Vörur- og/eða vörumerki Vífilfells þurfa að vera áberandi í öllum auglýsingum og auglýsingaefni. Samkvæmt ákvæðinu er Vífilfelli heimilt að halda sjóðnum eftir hlíti Tankurinn ekki ofangreindum skilmálum. Komi til ágreinings skuli leita til Verslunarráðs Íslands um úrlausn og skuli stefnt að því að úrlausn liggja fyrir eigi síðar en 20 dögum eftir að ágreiningur komi upp. Vífilfelli skuli jafnframt heimilt að halda ofangreindum sjóði eftir sem bótum ef Tankurinn brýtur ákvæði samningsins.

Hér er um að ræða samning sem inniheldur einkakaupaákvæði. Tankurinn skuldbindur sig til þess að kaupa eingöngu gosdrykki sem Vífilfell framleiðir eða flytur inn. Með þessu gengst Tankurinn undir þá skyldu að kaupa ekki gosdrykki af keppinautum Vífilfells. Þetta ákvæði nægir til að sanna að samningurinn brjóti gegn 11. gr. samkeppnislaga.

Samkeppniseftirlitið telur einnig að hinn fyrirframgreiddi afsláttur sem lækkar í samræmi við afsláttarkjör Tanksins, gegn því að Tankurinn gefi út tryggingarvixil



til tryggingar afslættinum, sé til þess fallinn að raska samkeppni. Hér er ekki um að ræða afslátt sem byggist á hagræði Vífilfells af einstökum magninnkaupum Tanksins heldur er Tankurinn með þessu skuldbundinn til að beina umfangsmiklum viðskiptum til Vífilfells um langa framtíð til að endurgreiða lánið sem Vífilfell veitti fyrirtækinu. Þetta er dæmi um skilyrtan afslátt, þ.e. tryggðarákvæði sem ekki styðst við kostnaðarlegt hagræði. Ákvæðin fara því gegn 11. gr. samkeppnislaga.

Jafnframt gerir Samkeppniseftirlitið athugasemdir við ákvæðin um markaðssjóð aðilanna sem í renna [...] % af heildarsölunni og nýta á til sameiginlegra markaðsaðgerða. Auk þess sem Vífilfell getur haldið sjóðnum eftir hlíti Tankurinn ekki öllum umsömdum skilmálum, getur Vífilfell haldið sjóðnum eftir sem bótum brjóti Tankurinn ákvæði samningsins. Í þessu ákvæði felst fælingarmáttur, þ.e. Vífilfell getur samkvæmt þessu refsað Tanknum ef hann á viðskipti við keppinauta Vífilfells. Þetta er því ákvæði sem eykur skaðleg áhrif hinna ólögmetu ákvæða sem áður greinir.

Samandregið er að finna í þessum samningi ákvæði um einkakaup, skilyrta afslætti og önnur tryggðarákvæði. Virt saman eru þessi ákvæði afar samkeppnishamlandi og fela því í sér brot á 11. gr. samkeppnislaga að mati Samkeppniseftirlitsins. Umrædd ákvæði samningsins eru sömu gerðar og lagt er bann við í ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar í máli TCCC og átöppunaraðila þess frá árinu 2005.

Viðskiptasamningur dags. 21. feb. 2007

Þann 21. febrúar 2007 gerði Vífilfell viðskiptasamning við Tankinn ehf. Samningurinn skyldi gilda á veitingastöðum T.G.I. Friday's og Burger King. Samningurinn var magntengdur og átti að gilda frá undirritun og þar til það magn, sem kveðið var á um í samningnum, hefði verið keypt. Áætlað var að samningstíminn yrði tvö ár.

Með samningnum skuldbatt Tankurinn sig til að veita Vífilfelli sölurétt á veitingastöðunum. Í þeim sölurétti fólst m.a. að Tankurinn skuldbatt sig til þess að selja eingöngu gosdrykki sem Vífilfell framleiðir eða flytur inn. Tankurinn skuldbatt sig jafnframt til að kaupa [...] lítra af gosdrykkjum af Vífilfelli. Áætlað var að árssala yrði [...] lítrar.

Einnig er að finna ákvæði í samningnum um að Vífilfell muni útvega Tanknum þjónustuvörur samkvæmt sérstöku samkomulagi. Vífilfell ákveður í samráði við Tankinn hve mikið af þjónustuvörum Tankurinn fær afhent fyrir tiltekið tímabil í senn. Þjónustuvörur sem Tankurinn óskar eftir að fá mega þó aldrei vera í óeðlilega miklu magni miðað við veltu og viðskipti á veitingastaðnum samkvæmt samningnum. Tankurinn skuldbindur sig jafnframt til að nota þjónustuvörur frá Vífilfelli eingöngu fyrir vörur Vífilfells. Þjónustudeild Vífilfells mun annast allt viðhald á vélum og tækjum, Tanknum að kostnaðarlausu.

Í viðskiptasamningnum er jafnframt að finna ákvæði um skyldur Tanksins samkvæmt samningnum. Þær skyldur eru m.a. að selja eingöngu vörur frá



Vífilfelli og umrætt magn sem samið hefur verið um og að gera ekki viðskiptasamninga eða samkomulag við keppinauta í andstöðu við samninginn á gildistíma hans.

Í samningnum er einnig að finna ýmis ákvæði um afslætti, t.d. er kveðið á um að af heildarviðskiptum Tanksins og Vífilfells skuli renna [...] krónur fyrir hvern lítra í sameiginlegan sjóð sem nota skuli til sameiginlegra markaðsaðgerða og til söluaukningar á vörum beggja aðila. Áætlun skal gerð fyrirfram um nýtingu fjárins (6 mánuði fram í tímann hið minnsta) og skal hún samþykkt af báðum aðilum. Uppgjör skal fara fram ársfjórðungslega og skal greitt fyrir 15. dag næsta mánaðar á eftir.

Tankurinn mun leggja fram áætlun eða greinargerð um hvernig hann ætlar að ráðstafa eða hefur ráðstafað þessum sjóð. Fram kemur að vörumerki Vífilfells þarf að vera áberandi í öllum auglýsingum og auglýsingaefni sem tengist viðkomandi markaðsaðgerðum. Komi til ágreinings skal leitað til Verslunarráðs Íslands um úrlausn og skal stefnt að því að úrlausn liggi fyrir eigi síðar en 20 dögum eftir að ágreiningur kemur upp.

Jafnframt kemur fram að opni Tankurinn nýja veitingastaði á samningstímanum muni hver staður fá kr. [...],- í vöruúttekt frá Vífilfelli miðað við verðlistaverð án virðisaukaskatts. Eins mun Vífilfell taka þátt í merkingum á stöðunum fyrir kr. [...],- án vsk. fyrir hvern stað.

Einnig tekur Vífilfell þátt í kostnaði vegna bola fyrir starfsmenn veitingastaðanna. Heildarframlag Vífilfells á ári hverju til þeirra hluta á meðan á samningstímanum stendur verður kr. [...],- án vsk.

Við opnun nýs staðar fær Tankurinn [...] svonefnda postmixkúta með [...]% afslætti samkvæmt samningnum.

Jafnframt á Tankurinn að tryggja að nýr rekstraraðili taki við skyldum Tanksins samkvæmt samningnum ef eigendaskipti verða á veitingastaðnum. Tankurinn ábyrgist þó efndir nýs rekstraraðila á samningnum þangað til Vífilfell leysir hann undan þeirri ábyrgð.

Í fylgiskjölum með samningnum eru taldar upp þær afsláttarprósentur sem Vífilfell veitir Tanknum á vörum Vífilfells, annars vegar á Burger King og hins vegar á T.G.I. Friday's.

Að mati Samkeppniseftirlitins er hér um að ræða samning sem inniheldur einkakaupaákvæði. Tankurinn skuldbindur sig til þess að kaupa eingöngu gosdrykki sem Vífilfell framleiðir eða flytur inn, auk þess sem Tankurinn skuldbindur sig til þess að kaupa ákveðið lítramagn af gosdrykkjum Vífilfells þ.a. samningurinn renni ekki út fyrr það hafi verið gert. Þessi ákvæði í samningum Vífilfells við Tankinn brjóta í bága við 11. gr. samkeppnislaga.



Samkeppniseftirlitið telur einnig að hinn eftirágreiddi afsláttur sem felst í því að Tankurinn fái postmixkúta með [...]% afslætti við opnun nýrra staða og einnig að við opnun nýrra veitingastaða fái hver staður ákveðna upphæð í vöruúttekt, og loks að Vífilfell taki þátt í kostnaði vegna vinnufatnaðar fyrir starfsfólk Tanksins, sé til þess fallið að raska samkeppni. Í heildarsamhengi samningsins virðast þessi verðmæti fela í sér eins konar endurgjald Vífilfells fyrir því að Tankurinn fallist á að gera einkakaupasamning við Vífilfell og skuldbinda sig langt fram í tímann til að kaupa tiltekið magn af gosdrykkjum Vífilfells þ.a. samningstíminn ráðist af því hvenær það magn hafi verið keypt. Eftirágreiddu afslættirnir eru tryggðarhvetjandi og styðjast ekki við kostnaðarlegt hagræði. Þeir fara því gegn 11. gr. samkeppnislaga. Ákvæði í samningnum um vörugjafir og fatakaupastyrki eru tryggðarhvetjandi og teljast auka skaðleg áhrif samningsins. Umrædd ákvæði samningsins eru sömu gerðar og lagt er bann við í ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar í máli TCCC og átöppunaraðila þess frá árinu 2005.

3.2.2 Viðskiptasamningar Vífilfells við Stjörnuna ehf.

Hér að neðan er farið yfir tvo viðskiptasamninga sem Vífilfell gerði við Stjörnuna ehf. sem rekur veitingastaðinn Subway.

Viðaukasamningur dags. 1. ágúst 2003 (1)

Þann 1. ágúst 2003 gerði Vífilfell viðskiptasamning við Stjörnuna sem rekur Subway veitingastaðina. Samningurinn hefur sama gildistíma og hinn viðskiptasamningur Vífilfells og Stjörnunnar sem fjallað er um hér neðar - og sem einnig er dagsettur 1. ágúst 2003.

Í samningnum er einungis að finna ákvæði um að af heildarviðskiptum Stjörnunnar „á postmixi“ renni [...]% „á hvern seldan RTD lítra“¹¹³ í sérstakan sjóð. Framlagið á að reikna af nettólistaverði, þ.e. án afsláttar, vöru-, skilagjalds og virðisaukaskatts. Útreikningur á framlagi í sjóðinn skal fara fram mánaðarlega og uppgjör eigi síðar en 30 dögum seinna. Upphæðina skal færa sem inneign eða skuldfæra á viðskiptareikning Stjörnunnar gegn framvísun reiknings.

Með samningnum fylgir jafnframt svokallað „Term Sheet – Samningur Subway og Vífilfells“, dags. 25. ágúst 2005. Í samningnum veitir Vífilfell [...]% eftirágreiddan afslátt af hálf líters, eins lítra og tveggjalítra plastflöskum (PET flöskum) sem skulu bæstast við núverandi afslætti. Auk þess skal eftirágreiddur afsláttur vegna drykkja úr kútum (postmix) hækka um [...]% frá fyrri samningi, fara í [...]%. Markaðsfé verði [...] kr. af hverjum „RTD líter“. Samkvæmt samningnum skal stefnt að því að nýta þessa fjármuni til söluaukningar. Jafnframt segir undir liðnum „annað“ að „Sign-on fee“ upp á [...] kr. verði greidd við undirritun auk [...] kr. fyrir hvert ár. Subway muni að auki leitast við að auka sölu vara Vífilfells sem mest á sölustöðum sínum m.a. með „combo í menu kössum“, gera vörur Vífilfells sýnilegri á sölustöðum og stilla drykkjarvörum í hálfslítraumbúðum fram í sal á áberandi hátt þar sem unnt er. Samkvæmt þessu skjali á samningurinn að gilda í fjögur ár frá undirritun.

¹¹³ „RTD“ mun vera skammstöfun sem merkir „ready to drink“, eða „tilbúinn til drykkjar“.



Að mati Samkeppniseftirlitsins raskar þessi viðskiptasamningur Vífilfells við Stjórnuna samkeppni. Með veitingu eftirágreiddra, skilyrtra afslátta skapar Vífilfell mjög sterka hvatningu til Stjórnunnar um að leggja höfuðáherslu á að koma vörum Vífilfells á framfæri umfram vörur keppinauta Vífilfells á veitingastöðum Subway. Umrætt markaðsfé og reglubundnar greiðslur „sign on fee“ fyrir hvert ár skapa einnig mikla tryggð við vörur Vífilfells og auka skaðleg áhrif samningsins. Þannig má draga þá ályktun að samningurinn stuðli að útilokun á keppinautum Vífilfells.

Að mati Samkeppniseftirlitsins felur eftirágreiddur afsláttur í þessum samningi í sér brot á 11. gr. samkeppnislaga þegar hann er virtur með því einkakakupaákvæði sem fram kemur í hinum viðskiptasamningi Vífilfells og Stjórnunnar sem fjallað er um hér á eftir og er með sama gildistíma. Þá telur eftirlitið að önnur nefnd ákvæði hér að ofan tengd markaðsstarfi auki skaðleg áhrif samningsins þar sem þau skapa frekari tryggð á samningstímanum. Þá eru umrædd ákvæði samninganna eru sömu gerðar og lagt er bann við í ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar í máli TCCC og átöppunaraðila þess frá árinu 2005.

Viðskiptasamningur dags. 1. ágúst 2003 (2)

Vífilfell gerði viðskiptasamning við Stjórnuna sem rekur Subway 1. ágúst 2003. Samningurinn átti að gilda frá 1. ágúst 2003 til 1. janúar 2006. Samningurinn var ekki uppsegjanlegur nema að til kæmu sannanlegar vanefndir og var þá heimilt að segja honum upp með sex mánaða fyrirvara.

Með samningnum skuldbindur Stjarnan sig til þess að veita Vífilfelli sölurétt á veitingastöðum Subway á Íslandi. Í þessum sölurétti felst að Stjarnan skuldbindur sig til að selja eingöngu gosdrykki, kolsýrt vatn, íprótta- og orkudrykki, djús, safe og léttbjór sem framleiddir eru eða fluttir inn af Vífilfelli. Stjórnunni er þó heimilt að víkja frá þessu á þeim Subway stöðum þar sem aðstæður krefjast þess og það sé fullreynt að Vífilfell nái ekki sölurétti, t.d. ef um er að ræða kröfu leigusala. Stjórnunni er þó heimilt að selja drykki frá öðrum framleiðendum ef ekki er um gosdrykki að ræða. Stjarnan mun leitast við að beina viðskiptum til Vífilfells ef Vífilfell getur boðið sams konar vöru á sambærilegu verði.

Einnig er að finna ákvæði í samningnum um að Vífilfell muni útvega Stjórnunni þjónustuvörur samkvæmt sérstöku samkomulagi. Vífilfell ákveður í samráði við Stjórnuna hve mikið af þjónustuvörum Stjarnan fær afhent fyrir tiltekið tímabil í senn. Þjónustuvörur sem Stjarnan óskar eftir að fá mega þó aldrei vera í óeðlilega miklu magni miðað við veltu og viðskipti á veitingastaðnum. Stjarnan skuldbindur sig jafnframt til að nota þjónustuvörur frá Vífilfelli eingöngu fyrir vörur Vífilfells. Þjónustudeild Vífilfells mun annast allt viðhald á vélum og tækjum, Stjórnunni að kostnaðarlausu.

Í viðskiptasamningnum er að finna ákvæði um skyldur Stjórnunar samkvæmt samningnum. Þær skyldur eru m.a. að selja eingöngu vörur frá Vífilfelli og umrætt magn sem samið hefur verið um og að gera ekki viðskiptasamninga eða samkomulag við samkeppnisaðila í andstöðu við samninginn á gildistíma hans.



Samkvæmt samningnum ber Stjarnan ennfremur fulla bótaábyrgð á öllu tjóni, sem Vífilfell verður fyrir vegna vanefnda á samningnum, meðal annars vegna tapaðrar sölu.

Verði eigendaskipti á veitingastaðnum skal Stjarnan tryggja að nýr rekstraraðili taki við skyldum Stjörnunnar samkvæmt samningnum.

Í fylgiskjali með samningnum eru svo taldir upp þeir afslættir sem Vífilfell veitir Stjörnunni á vörum Vífilfells. Jafnframt kemur fram að afslættirnir gangi til lækkunar á láni þar til það er að fullu greitt.

Í öðru fylgiskjali með samningnum er einnig að finna ákvæði um markaðsráðstafanir. Þar kemur fram að Vífilfell muni leggja [...] kr. fyrir hvern seldan „RTD lítra“ af gosdrykkjum í sameiginlegan sjóð sem ætlað er að nota til söluaukningar á útsölustöðum Subway og skulu samningsaðilar koma sér saman um aðgerðir og gera áætlanir þremur mánuðum áður en þær koma til framkvæmda. Útreikningar á framlagi í sjóðinn skulu fara fram ársfjórðungslega. Subway skal við upphaf aðgerða leggja fram til samþykktar auglýsingaefni og kostnaðar- og birtingaáætlanir auk staðfestingar á raunkostnaði að þeim loknum. Vörur og/eða vörumerki Vífilfells þurfa að vera áberandi í öllum auglýsingum og auglýsingaefni. Komi til ágreinings skal leitað til Verslunarráðs Íslands um úrlausn og skal stefnt að því að úrlausn liggi fyrir eigi síðar en 20 dögum eftir að ágreiningur kemur upp. Subway greiðir sjálfst allan kostnað við eigin auglýsingar og söluhvetjandi aðgerðir en nýtur kjara Vífilfells þar sem því verður við komið. Vífilfell mun leggja til ráðgjöf varðandi gerð markaðsáætlana fyrir Subway sé þess óskað. Aðilar leitast við að ráðstafa sameiginlegu markaðsfé skv. ofangreindum forsendum. Hafi aðilar ekki komið sér saman um framkvæmd auglýsinga þegar sex mánuðir eru til loka samnings skal féð greitt til Stjörnunnar ehf. gegn framvísun reiknings eða skuldfært á viðskiptareikning Subway.

Óski Stjarnan þess, mun Vífilfell leitast við að tryggja Stjörnunni þjónustu Birtingahússins á sömu kjörum og eigendur þess. Það mun sjá um gerð birtingaáætlana og pöntun á auglýsingaplássi auk þess að veita almenna birtingaráðgjöf sé þess óskað. Stjarnan mun njóta þeirra afsláttarkjara sem Birtingahúsið semur um fyrir sína viðskiptavinum sameiginlega. Jafnframt mun Birtingahúsið/Vífilfell aðstoða við gerð samninga við auglýsingastofur og fjölmiðla sé þess óskað.

Vífilfell mun einnig taka þátt í kynningarherferðum fyrir Subway staðina og vegna frírrar áfyllingar. Markmiðið með þessum kynningarherferðum skal vera að auka sölu á gosi og samlokum fyrir sölustaði Subway. Vífilfell leggur til [...] lítra af gosdrykkjum með [...]% afslætti á samningstímanum eða [...] lítra á ári vegna þessa. Við opnun hvers nýs veitingastaðar bætast [...] lítrar (RTD) við úttekt ársins og skal miða tímabilið við 1. ágúst til 31. júlí ár hvert.

Við opnun hvers nýs Subway staðar mun Vífilfell að auki taka þátt í kynningu á viðkomandi stað og greiðir Subway [...] kr. án vsk. með vöruúttekt eða skv. nánara samkomulagi. Subway mun sýna merki Coca-Cola á áberandi hátt í



auglýsingum við opnun staðanna og munu opnunartilboð innihalda vörur frá Vífilfelli.

Stjarnan mun annast innkaup, birgðahald og dreifingu glasa, loka og röra á samningstímabilinu - og mun Vífilfell greiða [...]% kostnaðar.

Samkvæmt samningnum leggur Vífilfell til [...] m.kr. án vsk. vegna markaðsherferðar sem áætlað er að komi til framkvæmda á árinu 2004. Sérstök áhersla verður lögð á vörumerkið Topp og nánari útfærsla verður í samráði við Stjórnuna.

Vífilfell mun sérmerkja vatn fyrir Stjórnuna. Kostnaður vegna hönnunar á miða fellur á Stjórnuna.

Vífilfell mun að auki útvega Stjórnunni neyslugos án endurgjalds á skrifstofum Stjórnunnar. Miða skal við ca. [...] pakkningar á mánuði.

Að mati Samkeppniseftirlitins er hér um að ræða samning sem inniheldur einkakaupaákvæði. Stjarnan skuldbindur sig til þess að kaupa eingöngu gosdrykki sem framleiddir eru eða fluttir inn af Vífilfelli, auk þess sem leitast er við að beina framtíðarviðskiptum Stjórnunnar til Vífilfells. Með þessu gengst Stjarnan undir þá skyldu að kaupa ekki gosdrykki af keppinautum Vífilfells. Með hliðsjón af þessu er samningurinn því brot á 11. gr. samkeppnislaga.

Samkeppniseftirlitið telur einnig að eftirágreiddi afslátturinn sem felst í því að Vífilfell taki þátt í kynningum með Stjórnunni við opnun hvers nýs staðar með vöruúttekt og einnig með því að afhenda ákveðinn lítrafjölda með [...]% afslætti til að nota í kynningarherferðum, vera til þess fallinn að raska samkeppni. Ekki er hér um að ræða dæmi um eðlilega afslætti eða hefðbundna magnafslætti sem styðjast við kostnaðarlegt hagræði. Að mati Samkeppniseftirlitsins felur afslátturinn því í sér brot á 11. gr. samkeppnislaga. Þá telur eftirlitið að önnur nefnd ákvæði hér að ofan tengd markaðsstarfi auki skaðleg áhrif samningsins þar sem þau skapa frekari tryggð á samningstímanum. Umrædd ákvæði samningsins eru sömu gerðar og lagt er bann við í ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar í máli TCCC og átöppunaraðila þess frá árinu 2005.

3.2.3 Viðskiptasamningur Vífilfells við Pizza Pizza ehf.

Þann 23. desember 2005 gerði Vífilfell viðskiptasamning við Pizza Pizza sem rekur Domino's. Samningurinn átti að gilda frá 1. janúar 2006 til 31. desember 2007. Samningurinn átti að endurnýjast sjálfkrafa til eins árs í senn að þeim tíma liðnum. Domino's var þó heimilt að segja samningnum upp með sannanlegum hætti eftir 1. janúar 2007 og skyldi uppsögn að taka gildi 180 dögum eftir að hún bærisk Vífilfelli. Markaðsfé skyldi hvorki reiknast né greiðast á uppsagnartíma.

Með samningnum skuldbatt Domino's sig til þess að veita Vífilfelli einkasölurétt á gosdrykkjum á Domino's Pizza veitingastöðum. Í einkasöluréttinum felst að Domino's skuldbindur sig til þess að selja eingöngu gosdrykki, kolsýrt vatn, íprótta- og orkudrykki, léttöl og djús sem framleitt er eða flutt inn af Vífilfelli.



Einkasölurétturinn á samkvæmt samningnum ekki að ná til nýrra veitingastaða sem kynnu að verða opnaðir á samningstímanum sem sömu skilyrði eiga við um og útibú Domino's í verslunarmiðstöðinni Kringlunni. Með þessu er átt við að í einstökum tilvikum kunna að vera í gildi staðbundnir samningar um að gosdrykkir frá keppinautum Vífilfells njóti einkasöluréttar á ákveðnum svæðum og ekki verði undan slíkum ákvæðum komist.

Einkasölurétturinn nær samkvæmt samningnum heldur ekki til fjarsölu ef keppinautur Vífilfells hefur áður tryggt sér einkasölu þar. Með fjarsölu er átt við hvers konar sölu sem á sér stað utan hefðbundinna veitingastaða Domino's, svo sem á íþróttaviðburðum, tónleikum, skólaskemmtunum, dansleikjum og öðru þess háttar. Domino's mun þó samkvæmt samningnum hlutast til um að selja vörur Vífilfells í fjarsölu, svo fremi sem það stríði ekki gegn öðrum samningum á viðkomandi stað.

Einnig er að finna ákvæði í samningnum um að Vífilfell muni útvega Domino's þjónustuvörur samkvæmt sérstöku samkomulagi. Vífilfell ákveður í samráði við Domino's hve mikið Domino's fær af þjónustuvörum fyrir tiltekið tímabil í senn. Vífilfell tryggir að nægar birgðir séu ávallt til af þjónustuvörum. Domino's skuldbindur sig jafnframt til að nota þjónustuvörur frá Vífilfelli eingöngu fyrir vörur Vífilfells. Vífilfell lætur Domino's í té kælskápa, klakakistur og annan nauðsynlegan búnað skv. sérstöku samkomulagi. Þjónustudeild Vífilfells mun annast allt viðhald á vélum og tækjum frá Vífilfelli, Domino's að kostnaðarlausu, enda sjái Domino's til þess að farið sé að fyrirmælum Vífilfells hvað varðar umgengni og viðhald á vélum og tækjum.

Í viðskiptasamningnum er að auki að finna ákvæði um skyldur Domino's samkvæmt samningnum. Þær skyldur eru m.a. að selja eingöngu vörur frá Vífilfelli, að gera ekki viðskiptasamninga við keppinauta í andstöðu við samninginn og einnig að Domino's sé óheimilt að vera með aðrar vörur í kælum Vífilfells en þær vörur sem Vífilfell selur eða framleiðir. Vífilfell veitir þó Domino's rétt á að ráðstafa einni hillu í gosdrykkjakæli í hverri verslun fyrir framleiðsluvörur þess samkvæmt samningnum.

Í skiptum fyrir einkasöluréttinn nýtur Domino's þeirra viðskiptakjara sem talin eru upp í fylgiskjali með samningnum. Þar eru tilgreindir þeir afslættir sem Vífilfell veitir Domino's á vörum Vífilfells. Auk þess kemur fram að til viðbótar komi til [...]% eftirágreiddur afsláttur á gosi í tveggja lítra plastumbúðum (PET) sem dregst frá viðskiptaskuld Domino's í lok hvers viðskiptamánaðar. Þannig verði heildarafslátturinn á 2 l. einingum [...]%.

Í öðru fylgiskjali með samningnum eru taldar upp markaðsaðgerðirnar. Þar kemur fram að Vífilfell leggi til allt að [...] m.kr. árlega til auglýsingastarfs vegna Megavikna Domino's Pizza (miðað er við 4 megavikur og [...] m.kr. fyrir hverja herferð) gegn því að vörur Vífilfells séu á tilboði viðkomandi viku (miðað er við kr. [...],- per 2 l. flösku miðað við verðlag 2005) og væru sýnilegar í auglýsingaefni á



vegum Domino's vegna viðkomandi Megavíkna sem og í öðru því sem þeim væri viðkomandi.

Einnig kemur fram að ef Domino's opnar nýja útsölastaði á samningstímanum muni Vífilfell taka þátt í kostnaði við útimerkingar á staðnum fyrir allt að [...] krónur fyrir hvern stað. Merkingarnar skulu þó vera í samræmi við staðla Domino's og með merki bæði Domino's og Vífilfells. Það sama eigi við ef útsölastaður er opnaður á ný eftir gagngerar breytingar. Gegn þessu framlagi skulu Domino's og Vífilfell í sameiningu vinna að auknum sýnileika á vörum Vífilfells inni á viðkomandi sölustað til þess að stuðla að söluaukningu á þeim.

Domino's tryggir einnig að í hverri viku séu haldnar keppnir í þjónustuveri Domino's þar sem starfsmenn eru verðlaunaðir fyrir að beina vöru Vífilfells að viðskiptavinum Domino's. Vífilfell tekur þátt í og stendur undir kostnaði við vikuleg verðlaun til handa starfsmönnum þjónustuvers fyrir kr. [...] á ári, að auki leggur Vífilfell til stærri vinninga árlega að verðmæti kr. [...] fyrir þann eða þá starfsmenn Domino's sem skara fram úr öðrum starfsmönnum. Skal Domino's senda yfirlit yfir árangur til Vífilfells skv. nánara samkomulagi.

Að mati Samkeppniseftirlitins er hér um að ræða samning sem inniheldur einkakaupaákvæði. Domino's skuldbindur sig til þess að kaupa eingöngu gosdrykki sem framleiddir eru eða fluttir inn af Vífilfelli svo framarlega sem það stríði ekki gegn öðrum samningum. Að auki lofar Domino's að reyna eftir fremsta megni að beina fjarsölu til Vífilfells svo fremi sem það stríði ekki gegn öðrum samningum. Að mati Samkeppniseftirlitsins eru þessi ákvæði brot á 11. gr. samkeppnislaga.

Samkeppniseftirlitið telur einnig að eftirágreiddi afslátturinn sem og háar upphæðir sem nota á í markaðsaðgerðir vera til þess fallnar að binda Domino's í viðskiptum við Vífilfell til þess að veitingakeðjan eigi ekki viðskipti við keppinauta Vífilfells. Um er að ræða tryggðarhvetjandi afslætti sem ekki tengjast kostnaðarlegu hagræði og fara þeir því gegn 11. gr. samkeppnislaga.

Einnig þykir Samkeppniseftirlitinu ámælisverð þau ákvæði er mæla fyrir um að Vífilfell leggi til ákveðna upphæð við merkingar utandyra á nýjum stöðum Domino's eða aðra staði sem gerðar hafa verið gagngerar breytingar á. Þessir styrkir eru til þess fallnir að raska samkeppni og metnir í samhengi við einkakaupaákvæðið og tryggðarafslættina teljast þeir auka skaðlegu áhrifin enn frekar og styrkja enn frekar mat Samkeppniseftirlitsins þess efnis að samningurinn feli sér brot á 11. gr. samkeppnislaga. Umrædd ákvæði samningsins eru sömu gerðar og lagt er bann við í ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar í máli TCCC og átöppunaraðila þess frá árinu 2005.

3.2.4 Viðskiptasamningur Vífilfells við Flugleiðahótel ehf.

Þann 15. febrúar 2006 gerði Vífilfell viðskiptasamning við Flugleiðahótel ehf. Samningurinn átti að gilda til 31. desember 2008. Samningurinn var óuppsegjanlegur í eitt ár frá undirritun en að þeim tíma liðnum var heimilt að



segja honum upp með sex mánaða fyrirvara ef um sannanlegar vanefndir á samningnum eða breytingar á starfsemi Flugleiðahótela eða Vífilfells yrði að ræða.

Með samningnum skuldbinda Flugleiðahótel sig til þess að veita Vífilfelli sölurétt á veitingastarfsemi félagsins. Í söluréttinum felst m.a. að Flugleiðahótel skuldbinda sig til þess að selja eingöngu gosdrykki, kolsýrt vatn, íþróttá- og orkudrykki og léttbjór sem framleiddir eru og fluttir inn af Vífilfelli.

Jafnframt er ákvæði í samningnum um að Flugleiðahótel megi ekki gera viðskiptasamninga eða samkomulag við keppinautana í andstöðu við samninginn á gildistíma hans.

Ákvæði eru í samningnum um að Vífilfell muni sjá Flugleiðahótelum fyrir þjónustuvörum samkvæmt sérstöku samkomulagi. Vífilfell ákveður í samráði við Flugleiðahótel hve mikið af þjónustuvörum Flugleiðahótel fá afhentar fyrir hvert tímabil í senn. Þjónustuvörur sem Flugleiðahótel fá mega þó aldrei vera í óeðlilega miklu magni miðað við veltu og viðskipti í veitingastarfseminni. Flugleiðahótel skuldbinda sig jafnframt til að nota þjónustuvörur frá Vífilfelli eingöngu fyrir vörur Vífilfells. Þjónustudeild Vífilfells mun annast allt viðhald á vélum og tækjum, Flugleiðahótelum að kostnaðarlausu.

Í viðskiptasamningnum er einnig að finna ákvæði um eftirágreiðdan afslátt. Fram kemur að Vífilfell muni greiða [...] krónur í eftirágreiðdan afslátt 1. september á hverju ári samningsins.

Í fylgiskjali með samningnum er jafnframt að finna yfirlit um þá afslætti sem Vífilfell veitir Flugleiðahótelum á vörum Vífilfells.

Að mati Samkeppniseftirlitins liggur ljóst fyrir að um er að ræða samning sem inniheldur einkakaupaákvæði og þar með brot á 11. gr. samkeppnislaga. Flugleiðahótel skuldbinda sig til þess að veita Vífilfelli sölurétt á veitingastað sínum og að gera ekki viðskiptasamninga við keppinauta Vífilfells í andstöðu við samninginn á gildistímanum hans. Með þessu gangast Flugleiðahótel undir þá skyldu að kaupa ekki gosdrykki af keppinautum Vífilfells.

Hinn eftirágreiddi afsláttur sem Vífilfell greiðir Flugleiðahótelum, kr. [...], er að mati Samkeppniseftirlitsins til þess fallinn að raska samkeppni. Ekki er hér um að ræða dæmi um eðlilega afslætti eða hefðbundna magnafslætti sem byggjast á kostnaðarlegu hagræði. Afslátturinn fer því gegn 11. gr. samkeppnislaga. Umrædd ákvæði samningsins eru sömu gerðar og lagt er bann við í ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar í máli TCCC og átöppunaraðila þess frá árinu 2005.

3.2.5 Viðskiptasamningur Vífilfells við Kaffibarinn ehf.

Þann 28. júní 2007 gerði Vífilfell viðskiptasamning við Kaffibarinn. Samningurinn var magntengdur og átti að gilda í sjö ár frá undirritun, eða þar til áætluðum magnkaupum yrði náð ef það reyndist taka lengri tíma en sjö ár.



Með samningnum skuldbindur Kaffibarinn sig til þess að veita Vífilfelli sölurétt á veitingastaðnum. Í söluréttinum felst að Kaffibarinn skuldbindur sig til að selja eingöngu gosdrykki, vatn, kolsýrt vatn, ípróttu- og orkudrykki, safe og léttbjór sem framleiddir eru eða fluttir inn af Vífilfelli. Jafnframt kemur fram að Kaffibarinn skuldbindur sig til þess að selja að heildarmagni [...] lítra af gosdrykkjum frá Vífilfelli á ári, eða samtals [...] lítra á samningstímanum sem áætlaður er sjö ár.

Jafnframt er ákvæði í samningnum um að Kaffibarinn megi ekki gera viðskiptasamninga eða samkomulag við keppinauta Vífilfells í andstöðu við samninginn á gildistíma hans.

Samkvæmt samningnum eftirágreiðir Vífilfell Kaffibarnum [...] kr. fyrir hvern seldan lítra af gosdrykkjum Vífilfells og skal uppgjör hafa farið fram fyrir 10. dag hvers mánaðar. Samtals er um að ræða [...] kr. á samningstímanum.

Þá er að finna ákvæði í samningnum um að Vífilfell muni sjá Kaffibarnum fyrir þjónustuvörum samkvæmt sérstöku samkomulagi. Vífilfell ákveður í samráði við Kaffibarinn hve mikið af þjónustuvörum Kaffibarinn fær afhentar fyrir hvert tímabil í senn. Þjónustuvörur sem Kaffibarinn fær mega þó aldrei vera í óeðlilega miklu magni miðað við veltu og viðskipti á veitingastaðnum. Kaffibarinn skuldbindur sig jafnframt til að nota þjónustuvörur frá Vífilfelli eingöngu fyrir vörur Vífilfells. Þjónustudeild Vífilfells mun annast allt viðhald á vélum og tækjum, Kaffibarnum að kostnaðarlausu.

Verði eigendaskipti á veitingastaðnum á Kaffibarinn að tryggja að nýr rekstraraðili taki við skyldum Kaffibarsins samkvæmt samningnum. Kaffibarinn ábyrgist efndir nýs rekstraraðila á samningnum þangað til að Vífilfell leysir hann undan þeirri ábyrgð.

Í fylgiskjali með samningnum eru listar yfir þá afslætti sem Vífilfell veitir Kaffibarnum á vörum Vífilfells.

Það er ótvírætt, að mati Samkeppniseftirlitins, að samningurinn inniheldur einkakaupaákvæði og felur þar með í sér brot á 11. gr. samkeppnislaga. Kaffibarinn skuldbindur sig til þess að veita Vífilfelli svonefndan sölurétt á veitingastaðnum, þ.e. að selja eingöngu vörur Vífilfells ásamt því að gera ekki viðskiptasamninga við keppinauta í andstöðu við samninginn á gildistímanum hans. Með þessu gengst Kaffibarinn undir þá skyldu að kaupa ekki gosdrykki af keppinautum Vífilfells.

Samkeppniseftirlitið telur einnig að hinn langi gildistími viðskiptasamningsins og afslátturinn, sem er greiddur mánaðarlega eftirá, sé til þess fallinn að raska samkeppni. Gildistími samningsins er afar langur, eða sjö ár, en gildir þó lengur ef umsamið lítramagn af gosdrykkjum hefur ekki verið selt innan sjö ára. Með þessum langa gildistíma og eftirágreidda afslættinum er Vífilfell að hamla gegn því enn frekar að Kaffibarinn eigi viðskipti við keppinauta Vífilfells. Ákvæðin um gildistíma og eftirágreidda afsláttinn eru því til þess fallin að auka enn frekar á



skaðleg áhrif samningsins. Í samkeppnisrétti teljast eftirágreiddir afslættir ekki vera eðlilegir afslættir eða hefðbundnir magnafslættir og fela þessi samtvinnuðu ákvæði um gildistíma og eftirágreiddu afslættina því í sér brot á 11. gr. samkeppnislaga að mati Samkeppniseftirlitsins. Umrædd ákvæði samningsins eru sömu gerðar og lagt er bann við í ákvörðunar framkvæmdastjórnarinnar í máli TCCC og átöppunaraðila þess frá árinu 2005. Umrædd ákvæði samningsins eru sömu gerðar og lagt er bann við í ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar í máli TCCC og átöppunaraðila þess frá árinu 2005.

3.2.6 Viðskiptasamningar Vífilfells við Sam-félagið ehf.

Vífilfell gerði viðskiptasamning við Sam-félagið sem rekur Sambíóin og (á þeim tíma einnig) Háskólabíó þann 18. mars 2004. Samningurinn átti að gilda frá 1. nóvember 2003 uns Sam-félagið hafði greitt skuld á eftirstöðvum fyrirframgreidds afsláttar. Samningsaðilar áætluðu að samningstíminn yrði 3,6 ár og að hann myndi ná til sölu á u.þ.b. [...] lítrum. Vífilfell skuldbindur sig samkvæmt samningnum til þess að gefa Sam-félaginu mánaðarlega upplýsingar um framvindu samningsins, bæði í lítrum og krónum talið. Samningurinn skyldi framlengjanlegur í eitt ár í senn að lokinni greiðslu fyrirframgreiddu afsláttanna.

Jafnframt er ákvæði í samningnum um að Sam-félagið megi ekki gera viðskiptasamninga eða samkomulag við keppinauta Vífilfells í andstöðu við samninginn á gildistíma hans.

Í samningnum skuldbindur Sam-félagið sig til þess að veita Vífilfell einkasölurétt í kvikmyndahúsum sínum. Í einkasöluréttinum felst að Sam-félagið skuldbindur sig til þess að selja eingöngu gosdrykki, kolsýrt vatn, íprótta- og orkudrykki og safu sem framleiddir eru eða fluttir inn af Vífilfelli.

Í samningnum er að finna ákvæði um að Vífilfell skuli sjá Sam-félaginu fyrir þjónustuvörum samkvæmt sérstöku samkomulagi. Vífilfell ákveður í samráði við Sam-félagið hve mikið af þjónustuvörum Sam-félagið fær afhent fyrir hvert tímabil í senn. Þjónustuvörur sem Sam-félagið óskar eftir að fá mega þó aldrei vera í óeðlilegu miklu magni miðað við veltu og viðskipti fyrirtækisins við Vífilfell. Sam-félagið skuldbindur sig jafnframt til að nota þjónustuvörur frá Vífilfelli eingöngu fyrir vörur Vífilfells og að kvikmyndahúsin noti kæla og tæki eingöngu undir vörur Vífilfells nema um annað sé samið sérstaklega. Þjónustudeild Vífilfells mun annast allt viðhald á vélum og tækjum Vífilfells Sam-félaginu að kostnaðarlausu.

Í samningnum er, eins og fyrr segir, að finna ákvæði um endurgreiðslu á eftirstöðvum fyrirframgreidds afsláttar. Þar kemur fram að eftirstöðvar fyrirframgreidds afsláttar frá fyrri viðskiptasamningi aðila, dags. 1. júní 2000, séu kr. [...],-. Við undirritun á þessum viðskiptasamningi fellur eldri samningurinn úr gildi og eftirstöðvar hans lækka um sem nemur kr. [...],-, þ.a. að skuld Sam-félagsins við Vífilfell vegna fyrirframgreidds afsláttar nemur kr. [...],- skv. þessum samningi. Þó kemur fram að fyrrgreind niðurfærsla sé bundin því skilyrði að samningnum sé ekki sagt upp, honum rift eða hann falli úr gildi af öðrum



ástæðum. Falli samningurinn úr gildi vegna uppsagnar, riftunar eða af öðrum viðlíka ástæðum, þá hækkar skuldin vegna fyrirframgreidds afsláttar um sem nemur eftirstöðvum niðurfellingar. Eftirstöðvar niðurfellingarinnar taka breytingum á samningstímanum, þ.a. þær lækka hlutfallslega miðað við keypt magn framleiðsluvara Vífilfells. Eftirstöðvar hins fyrirframgreidda afsláttar lækka jafnframt á samningstímanum í takt við keypt magn, eða um sem nemur [...] kr. fyrir hvern lítra sem Sam-félagið kaupir af framleiðsluvörum Vífilfells samkvæmt samningnum.

Í fylgiskjali með samningnum koma fram þeir afslættir sem Vífilfell veitir Sam-félaginu á vörum Vífilfells. Einnig er að finna í fylgiskjali með samningnum uppgjör vegna eftirstöðva á fyrirframgreiddum afslætti frá fyrra samningstímabili.

Í enn öðru fylgiskjali með samningnum fylgir yfirlit um markaðsaðgerðir. Þar kemur fram að Sam-félagið skuldbindur sig til þess að sýna auglýsingar frá Vífilfelli í kvikmyndahúsum Sam-félagsins á gildistíma samningsins. Vífilfell hefur til ráðstöfunar eina auglýsingu, allt að 60 sekúnda langa, fyrir hverja sýningu í öllum sölum. Auglýsing Vífilfells skal ávallt vera síðasta auglýsing á undan sýnishornum fyrir sýningu á viðkomandi kvikmyndum. Fyrir þetta greiðir Vífilfell kr. [...],- á hvern seldan lítra samkvæmt samningi þessum og er sú krónutala innifalin í fyrrgreindum [...] kr. sem afsláttarskuld Sam-félagsins við Vífilfell lækkar um fyrir hvern lítra í takt við kaup Sam-félagsins á vörum Vífilfells. Virðisaukaskattur af mánaðarlegum birtingarreikningum Sam-félagsins er færður til lækkunar á hefðbundinni viðskiptaskuld Sam-félagsins eða greiddur út til Sam-félagsins.

Vörumerki Vífilfells skulu vera tengd þremur kvikmyndum á áberandi hátt sem líklegar eru til vinsælda á hverju ári á gildistíma samningsins. Í öllu efni sem birt er til kynningar á kvikmyndunum skulu vörumerki Vífilfells vera vel sýnileg og skulu vörumerki keppinauta Vífilfells aldrei vera auglýst í tengslum við sömu kvikmyndir.

Sam-félagið tengir vörumerki Vífilfells við útgáfu eins myndbands á ári. Í því felst að vörumerki Vífilfells tengist öllu efni við útgáfu þeirrar kvikmyndar á áberandi hátt. Sam-félagið og Vífilfell munu leggja sig fram við að tengja vörurnar á þann hátt að söluhvati verði af, báðum aðilum samningsins til hagsbóta.

Sam-félagið og Vífilfell lýsa einnig yfir gagnkvæmum vilja til sameiginlegra söluhvetjandi aðgerða í kvikmyndahúsum Sam-félagsins enda telji báðir aðilar sig bera hag þar af, og skal miðað við að Vífilfell og Sam-félagið eigi með sér slíkt samstarf a.m.k. tvisvar sinnum á ári.

Í fylgiskjali nr. 5 með samningnum er að finna yfirlit yfir viðskiptakjör verði samningurinn framlengdur að samningstímanum loknum. Þar er að finna yfirlit yfir afsláttarprósentur en einnig kemur fram að ákvæði um markaðssamstarf gildi áfram og muni Vífilfell greiða [...] krónur fyrir hvern lítra fyrir auglýsingabirtingar í kvikmyndahúsum Sam-félagsins.



Að mati Samkeppniseftirlitsins fer ekki milli mála að samningur þessi inniheldur einkakaupaákvæði og felur þar með í sér brot á 11. gr. samkeppnislaga. Samfélagið skuldbindur sig til þess að selja eingöngu drykkjarvörur Vífilfells auk þess sem Samfélagið skuldbindur sig til þess að nota kæla og tæki eingöngu undir vörur Vífilfells nema um annað sé samið sérstaklega. Auk þess skuldbindur Samfélagið sig til þess að gera ekki viðskiptasamninga við keppinauta Vífilfells í andstöðu við samninginn á gildistíma hans. Með þessu gengst Samfélagið undir þá skyldu að kaupa ekki gosdrykki af keppinautum Vífilfells á samningstímanum.

Einnig er ljóst að fyrirframgreiddi afslátturinn er til þess fallinn að raska samkeppni. Lækkun eftirstöðva hins fyrirframgreidda afsláttar frá fyrra samningstímabili er bundið því skilyrði að nýja samningnum sé ekki sagt upp, honum rift, eða að hann falli úr gildi af öðrum ástæðum. Með þessu setur Vífilfell mikinn þrýsting á Samfélagið um að halda áfram viðskiptum sínum við Vífilfell því ella verður lækkun eftirstöðva skuldarinnar dregin til baka. Með þessu er dregið enn frekar úr möguleikum keppinauta Vífilfells til að koma vörum sínum á framfæri í kvikmyndahúsum Samfélagsins. Þá hefur lækkun skuldarinnar í samræmi keypt magn Samfélagsins á vörum Vífilfells augljóslega tryggðarhvetjandi áhrif. Þessi ákvæði samningsins stríða gegn ákvæðum 11. gr. samkeppnislaga að mati Samkeppniseftirlitsins.

Þá álitur Samkeppniseftirlitið að ákvæðið er lýtur að því að vörumerki Vífilfells skuli tengd þremur kvikmyndum sem líklegar eru til vinsælda á hverju ári samningsins og koma fram í öllu efni sem birt er til kynningar á þeim vera til þess fallið að raska samkeppni þar sem þess er samhliða krafist að vörumerki keppinauta Vífilfells verði aldrei auglýst í tengslum við sömu kvikmyndir. Með þessu er tryggir Vífilfell að vörur þess fái bestu mögulegu kynningu á mikilvægum neytendamarkaði því mjög drjúgur hluti bíógesta eru ungmenni sem eru helsti markhópur gosdrykkjaframleiðenda. Á sama tíma útilokar Vífilfell með samningnum að vörur keppinautanna hljóti viðlíka kynningu. Þegar þetta ákvæði er metið í samhengi við áður nefnd ákvæði samningsins er það mat Samkeppniseftirlitsins að brot Vífilfells samkvæmt fyrrgreindum ákvæðum séu enn ámælisverðari en ella. Umrædd ákvæði samningsins eru sömu gerðar og lagt er bann við í ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar í máli TCCC og átöppunaraðila þess frá árinu 2005.

3.3 Aðrir viðskiptasamningar Vífilfells

Hér að framan hefur nokkrum viðskiptasamninga Vífilfells verið lýst sem eiga það allir sameiginlegt að innihalda ákvæði um einkakaup og/eða tryggðarákvæði, s.s. ákvæði um skilyrta afslætti. Allir fela þessir samningar í sér brot á 11. gr. samkeppnislaga. Fjöldi sambærilegra samninga hefur verið aflað frá Vífilfelli og eru 882 af þeim samningnum sem koma fram í viðauka með þessari ákvörðun. Um er að ræða yfirlit/töflu yfir alla aðra samninga sem að mati Samkeppniseftirlitsins fela í sér samskonar brot á 11. gr. samkeppnislaga á rannsóknartímabilinu. Með öðrum orðum eiga lang flestir samningarnir það sameiginlegt að innihalda ólögmat einkakaupaákvæði en til viðbótar eru tryggðarákvæði af ýmsum toga eins og fjallað hefur verið um í samningum hér að framan. Í töflunni í viðaukanum eru nöfn viðsemjenda tilgreind, dagsetning



samninganna, gildistími þeirra og hvort samningurinn innihaldi ákvæði um einkakaup. Jafnframt hefur verið farið sý leið að skipta ákvæðunum í tryggðarákvæði A til D. Rétt er að útskýra hvað heyrir undir þessa flokka tryggðarákvæða.

3.3.1 Flokkar samningsákvæða í töflu 5

Nánast allir viðskiptasamningar Vífilfells innihalda einkakaupaákvæði af einhverju tagi. Á veitingamarkaðnum er algengt að viðsemjendurnir skuldbindi sig beinlínis til þess að veita Vífilfelli svonefndan sölurétt á sölustöðum sínum, eða skuldbinda sig til þess að selja eingöngu vörur sem Vífilfell framleiðir eða flytur inn og selur. Auk þess getur verið um að ræða ákvæði þar sem viðsemjendurnir skuldbinda sig til þess að gera ekki viðskiptasamninga eða samkomulag við keppinauta á gildistímanum. Einnig lítur Samkeppniseftirlitið svo á að ákvæði þar sem viðsemjendur Vífilfells skuldbinda sig til þess að vera með að lágmarki 65-100% af því rými sem ætlað er undir gosdrykki á sölustöðunum, undir gosdrykki Vífilfells, teljist vera einkakaupaákvæði. Jafnframt getur verið um að ræða ákvæði á þá leið að óheimilt sé að vera með sams konar vörur eða ákveðnar vörur s.s. kóla eða lemon gosdrykki frá öðrum framleiðendum á sölustöðum kaupanda, í kælum eða á öðrum tilgreindum stöðum.

Allt eru þetta ákvæði sem eru til þess fallin að tryggja að viðsemjendur Vífilfells bjóði eingöngu drykkjarvörur Vífilfells á sölustöðum sínum. Þannig fyrirbyggja ákvæðin að keppinautar Vífilfells geti komið vörum sínum á framfæri á þeim sölustöðum þar sem einkakaupaákvæði þessi gilda. Vísast til framangreinds rökstuðnings um ólögmæti slíkra ákvæða í samningum markaðsráðandi fyrirtækja.

Tryggðarákvæði A

Það sem Samkeppniseftirlitið hefur kosið að flokka sem tryggðarákvæði A eru ákvæði um að viðsemjendur Vífilfells gangist undir þá skyldu að nota eingöngu þjónustuvörur sem að Vífilfell útvegar, s.s. rör, glös, gosvélar, klakavélar o.s.frv., undir vörur Vífilfells. Samkeppniseftirlitið telur að slík ákvæði skapi sterka tryggð viðskiptavina og hamli því að þeir kaupi gosdrykki af keppinautum Vífilfells. Þau fela í sér ígildi afsláttar frá söluverði sem ekki getur talist magntengdur. Slíkir afslættir eða ívilnun byggja ekki á kostnaðarlegu hagræði. Vísast til framangreinds rökstuðnings um ólögmæti slíkra ákvæða í samningum markaðsráðandi fyrirtækja.

Að þessu virtu telur Samkeppniseftirlitið að þessi ákvæði í samningum Vífilfells við viðsemjendur þess fari gegn 11. gr. samkeppnislaga.

Tryggðarákvæði B

Það sem fellur undir tryggðarákvæði B í flokkuninni eru ýmsir skilyrtir afslættir (e. *conditional rebates*) sem ekki teljast til hefðbundinna viðskiptaafsláttar. Almennir eru þessir afslættir innleiddir til að efla tryggð viðskiptavina við vörur Vífilfells. Yfirleitt er hér um að ræða afturvirka afslætti (e. *retroactive rebates*) sem greiddir eru eftirá í vörum eða peningum.



Þannig eru dæmi um að Vífilfell afhendi bretti af einhverri tegund af drykkjarvörum sínum með mjög miklum afslætti, jafnvel allt að 90%, einu sinni á hverju ári samningsins eða oftár, gegn því að viðsemjandinn nái að uppfylla tiltekin markmið um keypt magn. Einnig eru dæmi um að tiltekin krónutala greiðist af Vífilfelli til viðsemjenda þess, eftirá, fyrir hvern seldan lítra af vörum Vífilfells á tilteknum tímum.

Jafnframt getur verið um það að ræða að Vífilfell veiti viðsemjendum sínum vöruúttekt eða inneign fyrir einhverja ákveðna upphæð, annað hvort við undirskrift samningsins eða á einhverjum öðrum tíma, t.d. vegna opunar nýrra sölustaða á samningstímanum.

Hinir skilyrtu afslættir sem hér um ræðir eru að mati Samkeppniseftirlitsins sniðnir að því markmiði að fyrirframtryggja Vífilfelli stóran hluta drykkjarvöruviðskipta söluaðilans yfir gildistíma samningsins. Samkeppniseftirlitið telur að slíkir afslættir eða endurgreiðslur skapi sterka tryggð viðskiptavina og stuðli að því að þeir kaupi ekki gosdrykki af keppinautum Vífilfells. Þessir afslættir geta tæplega talist magntengdir og byggja því ekki á kostnaðarlegu hagræði. Vísast til framangreinds rökstuðnings um ólögmæti slíkra ákvæða í samningum markaðsráðandi fyrirtækja.

Að þessu virtu telur Samkeppniseftirlitið að afslættirnir fari gegn 11. gr. samkeppnislaga.

Tryggðarákvæði C

Undir tryggðarákvæði C falla ákvæði sem fela í sér að viðsemjendur Vífilfells gefi út tryggingarvixil eða skuldabréf til tryggingar fyrirframgreiddum afsláttum eða öðrum framlögum Vífilfells.

Það sem liggur til grundvallar þessum skuldaviðurkenningum eru oftast skilyrtir afslættir (e. *conditional rebates*) sem ekki teljast til hefðbundinna viðskiptaafslátta. Yfirleitt er hér um að ræða afturvirka afslætti (e. *retroactive rebates*) sem greiddir eru út fyrirfram í formi eins konar láns sem lækkar í takt við kaup viðskiptavinarins á vörum Vífilfells á gildistíma samningsins. Tryggingarvixlar eða aðrar skuldaviðurkenningar sem söluaðili gefur út eru til tryggingar láninu.

Skuldaviðurkenningarnar eru trygging Vífilfells fyrir því að viðsemjendurnir kaupir það magn af vörum Vífilfells sem samningurinn kveður á um og eru jafnframt til tryggingar því að farið sé eftir samningnum. Undir skuldaviðurkenningarnar rita yfirleitt ábyrgðarmenn sem Vífilfell samþykkir. Samkvæmt ákvæðunum getur Vífilfell hafið innheimtu á þessum skuldum viðsemjendanna ef þeir fara ekki eftir samningunum.

Ljóst er að ákvæði af því tagi sem hér um ræðir eru til þess fallin að binda viðsemjendur Vífilfells í viðskiptum við fyrirtækið um langa hríð og koma þannig í veg fyrir að þeir færi viðskipti sín yfir til keppinauta Vífilfells. Þessar greiðslur skapa því mikla tryggð og eru auk þess ekki magntengdar og byggja því ekki á



kostnaðarlegu hagræði. Vísast til framangreinds rökstuðnings um ólögmæti slíkra ákvæða í samningum markaðsráðandi fyrirtækja.

Að þessu virtu telur Samkeppniseftirlitið að afslættirnir fari gegn 11. gr. samkeppnislaga.

Tryggðarákvæði D

Þau ákvæði sem falla undir tryggðarákvæði D í flokkuninni tengjast markaðsaðgerðum. Um er að ræða ákvæði sem lúta að því að Vífilfell taki þátt í kostnaði vegna fatnaðar starfsfólks kaupanda, kostnaði vegna merkinga á sölustöðum kaupanda, hvort sem er innandyrna eða utandyra og annara auglýsinga. Einnig getur verið um að ræða ákvæði á borð við að Vífilfell taki þátt í ýmiss konar tilboðum eða uppákomum vegna starfsfólks kaupanda. Auk þess getur verið um að ræða ákvæði um að ákveðið hlutfall af heildarviðskiptum Vífilfells og viðsemjanda fyrirtækisins renni í sameiginlegan markaðssjóð sem nota eigi til að auka sölu á vörum beggja aðila. Oft er samin einhvers konar markaðsáætlun í tengslum við þessi ákvæði.

Eins og áður hefur verið vikið að hefur Vífilfell haldið því fram að greiðslur fyrirtækisins í markaðssjóði viðskiptavina eigi að nota til að markaðssetja vörur Vífilfells, t.d. verðtilboð eða auglýsingar í bæklingum. Strangt til tekið ætti Vífilfell að greiða með beinum hætti fyrir slíka þjónustu en markaðssjóður veiti viðskiptavinum á hinn bóginn svigrúm til að ákveða sjálfir þær aðgerðir sem þeir telji að skili bestum árangri. Þá séu markaðssjóðir ekki bundnir einkakaupaákvæðum. Viðskiptavinur tapi ekki sjóðsgreiðslum við það að kaupa gosdrykki frá keppinautum Vífilfells. Þá séu greiðslurnar ekki tengdar kröfu um tiltekið selt magn. Eins og einnig hefur verið vikið að hér að framan er það mat Samkeppniseftirlitsins að jafnvel þótt hugsanlega megi líta svo á að markaðsgreiðslur einar og sér feli ekki í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu, þá auka þær skaðleg áhrif annarra ákvæða sem ótvírætt fela í sér misnotkun. Þegar markaðsframlögin eru metin sem hluti af heildarkjörum í viðskiptasamningum Vífilfells, sem innihalda önnur ólögmæt ákvæði, þá fela þau í sér brot gegn 11. gr. samkeppnislaga.

Að þessu virtu telur Samkeppniseftirlitið að þessi ákvæði Vífilfells í samningum við viðsemjendur þess fari gegn 11. gr. samkeppnislaga.

3.3.2 Tafla yfir aðra viðskiptasamninga Vífilfells

Eins og greint var frá hér að framan er heildartafla með upplýsingum um alla aðra viðskiptasamninga Vífilfells að finna í viðauka með þessari ákvörðun. Með öðrum orðum inniheldur taflan alla aðra viðskiptasamninga Vífilfells en þá sem fjallað hefur verið um í undirköflunum hér að framan. Rétt þykir þó að birta hér útdrátt úr töflunni til nánari skýringa. Birt er greining á fyrstu tíu og síðustu tíu samningunum sem lýst er í töflunni. Upplýsingar um aðra viðskiptasamninga sem fela í sér brot á 11. gr. samkeppnislaga koma fram í viðaukanum. Í töflunni kemur fram nafn viðskiptavinar, dagsetning samnings og gildistími. Þá er merkt við hvort um einkakaupasamning sé að ræða og hvort í samningnum sé að finna tryggðarákvæði af tegund A-D. Taflan í viðaukanum er sett upp með sama hætti.



Tafla 5. Viðskiptasamningar Vífilfells

Viðskiptavinur	Dags- samn.	Gildis- tími	Einka- kaupa- ákvæði	A	B	C	D
Abaco Heilsulind	14.01.05	14.01.05- 14.01.08, ekki uppsegj., endurn. sjálkr. til eins árs í senn að þeim tíma liðnum.	x	x	x		x
Adesso ehf. v. Kaffi Addressos	18.03.02	Magnt.	x	x	x		
Aðalbakarí	01.04.07	01.04.07- 01.04.10. ekki uppsegj., endurn. sjálfk. til eins árs í senn a.þ.t.lið.	x	x	x		x
Aðalheiður Kjartansdóttir v. Ljós- búð-kaffihús	26.05.07	26.05.07- 30.08.07, ekki uppsegj.	x				x
Aftureldng handknattsleiksd.	11.09.07	11.09.07- 11.09.11	x	x	x		x
Afturelding Meistaraflokkur kvenna í knattspyrnu	25.07.07	25.07.07- 25.07.10, endurn. sjálfk. til eins árs í senn a.þ.t.lið.	x	x	x		x
A-Hansen / Kunnur ehf.	01.11.2005	Magnt., ekki uppsegj.	x	x	x	x	
Akrasel ehf. v. Zamba	01.03.2002	Magnt.	x	x	x		x
Allinn ehf.	10.05.2003	10.05.03-		x	x		x



		10.05.06, ekki uppsegj., endurn. sjálfkr. til eins árs í senn a.þ.t.lið.					
Allra best	10.11.2003	10.11.03- 30.11.06, endurn. sjálfkr. til eins árs í senn a.þ.t.lið.	x				
Allra best, viðauki	Ódags.	Ekki tilgreint			x		x
...				
ÞinghúsBar	02.03.04	02.03.04- 02.03.07, ekki uppsegj., endurn. sjálfk. til eins árs í senn a.þ.t.l.	x	x	x		x
Þórðarfell ehf. v. Salthúsins, Grindavík	28.03.08	3. ár frá undirr., ekki uppsegj.	x	x	x		x
Þrastarskógur ehf. v. Þrastarlundar	26.03.2004	26.03.04- 31.12.07, ekki uppsegj. endurn. sjálfkr. til eins árs í senn a.þ.t.lið.	x	x	x		x
Þríeining ehf. v. Pottsins og Pönnunar, viðauki	29.03.2007	3. ár frá undirr.			x		x
Ömmubakstur ehf.	11.04.2003	11.04.03- 11.04.05, ekki uppsegj.	x	x			



101 Heild ehf. v. Café Victor, Kaffi Sólon, Thorvaldsenbar, Sj�varkjallarinn, Nellys, Hótel Borg og Café Opera	27.02.2006	Magnt., ekki uppsegj.	x	x	x	x	
101 Heild ehf. v. Kaffibrennsluna, Silfur og Matur Englanna	17.09.2007	3. �r frá undirr.	x	x	x		x
101 Heimur � Selfossi	02.04.2008	2. �r	x		x		x
3. bekkur Menntaskólans � Ísafirði	�dags.	30.08.06-30.08.07, uppsegj.	x		x		x
800 Selfoss ehf. v. Selfossb�o	08.10.2004	Magnt., ekki uppsegj.	x	x	x	x	x

Eins og fram kemur   töflunni liggja fyrir 713 viðskiptasamningar sem Vífilfell hefur gert við viðskiptavini s na sem fela   sér einkakaup og hafa verið   gildi   árunum 2005-2008. Flestir þessara samninga fela einnig   s r önnur trygg ar kv e i. Um 454 samningar fela   sér  kv e i sem l ta    v i     viðskiptavinir noti eingöngu  j nustuv rur Vífilfells (trygg ar kv e i A).  a eru 598 samningar sem innihalda skilyrta afslætti sem   flestum tilvikum eru greiddir eftir     vörum eða peningum (trygg ar kv e i B).   82 tilvikum hafa viðsemjendur gefið út tryggingarv xil eða skuldabref til tryggingar   fyrirframgreiddum afsláttum eða öðrum framlögum Vífilfells (trygg ar kv e i C).  a eru 572 samningar sem innihalda trygg ar kv e i sem tengjast markaðsaðgerðum (trygg ar kv e i D). Eins og áður segir koma meira og minna   öllum þessum samningunum fram  kv e i sömu gerðar og lagt er bann við   ákvörðun framkv emdastj rnarinnar   máli TCCC og átöppunaraðila þess frá árinu 2005.

Vífilfell er mark sr  andi   mark i fyrir framleiðslu og sölu   gosdrykkjum h r   landi. Ljóst er af framangreindri umfjöllun   Vífilfell hefur,   þriggja ára tímabili frá upphafi árs 2005 til loka árs 2008, verið með   gildi 899 samninga sem innihalda  kv e i, ýmist einkakaupa kv e i og/eða önnur trygg ar kv e i. Er það mat Samkeppniseftirlitsins   þessir samningar feli   sér misnotkun   mark sr  andi stöðu og þar með brot   11. gr. samkeppnislaga.

4. Samantekt og niðurstaða varðandi brot Vífilfells

  fjórða hluta ákvörðunar þessarar voru f er  rök fyrir  v i   Vífilfell væri   mark sr  andi stöðu   gosdrykkjamark  num. Flestir viðskiptasamningar Vífilfells snúast   miklu leyti um gosdrykki enda   tt þeir fjalli yfirleitt einnig um þróar drykkjarv rutegundir sem Vífilfell framleiðir og selur. Samkeppniseftirlitið



hefur því skilgreint gosdrykkjamaarkaðinn sem markað málsins. Eins og hefð er fyrir í sambærilegum málum erlendis er í ákvörðun þessari gerður greinarmunur á sölu gosdrykkja á dagvörumarkaði annars vegar og sölu gosdrykkja á veitingamarkaði hins vegar. Samkeppniseftirlitið telur tvímælalaust að þessi greinarmunur eigi við héraðs líkt og hann á við erlendis. Vífilfell nýtur markaðsráðandi stöðu í sölu gosdrykkja bæði á dagvörumarkaði og veitingamarkaði hér á landi að mati Samkeppniseftirlitsins.

Í fimmta hluta ákvörðunarinnar var fjallað um margvísleg ákvæði í viðskiptasamningum Vífilfells. Einnig hefur verið skýrt út hvaða takmarkanir 11. gr. samkeppnislaga leggur á markaðsráðandi fyrirtæki og ýmis háttsemi skýrð sem getur falið í sér misbeitingu slíkrar stöðu. Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins er ótvírætt sú að viðskiptasamningar Vífilfells brjóti í bága við 11. gr. samkeppnislaga.

Svo sem fram hefur komið er að finna í samningum Vífilfells ákvæði um einkakaup og skilyrta afslætti sem að mati Samkeppniseftirlitsins brjóta ótvírætt í bága við ákvæði 11. gr. samkeppnislaga. Önnur ákvæði, s.s. um hillurými og markaðsframlög, álitur Samkeppniseftirlitið að brjóti einnig í bága við samkeppnislög þegar þau eru metin í samhengi við ákvæðin um einkakaup og skilyrta afslætti. Öll eru þessi ákvæði til þess fallin að þrengja að eða útiloka keppinauta Vífilfells frá viðskiptum við þá aðila sem gert hafa umrædda viðskiptasamninga við Vífilfell. Þá er ljóst að samningar Vífilfells girða að miklu leyti, og í sumum tilvikum alfarið, fyrir að nýir aðilar geti náð fótfestu á markaðnum.

Að öllu samanlögðu er það mat Samkeppniseftirlitsins að ákvæðin í viðskiptasamningum Vífilfells feli í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu fyrirtækisins og brot á 11. gr. samkeppnislaga.



VI. 54. gr. EES-samningsins

Samkvæmt 1. mgr. 21. gr. samkeppnislaga skal Samkeppniseftirlitið beita 53. og 54. gr. EES-samningsins eftir því sem kveðið er á um í lögnum. Nánar er mælt fyrir um þetta í m.a. 26. gr. laganna en þar segir m.a:

„Ef Samkeppniseftirlitið, áfrýjunarnefnd samkeppnismála eða dómstólar beita ákvæðum laga þessara vegna misnotkunar á markaðsráðandi stöðu sem bönnuð er skv. 54. gr. EES-samningsins skulu þau einnig beita 54. gr. EES-samningsins.“

Í 54. gr. er lagt bann við misnotkun á markaðsráðandi stöðu á svæðinu sem EES-samningurinn tekur til að því leyti sem hún kann að hafa áhrif á viðskipti milli samningsaðila EES-samningsins. Efnisákvæði 54. gr. EES-samningsins eru fyllilega sambærileg við ákvæði 11. samkeppnislaga enda sækja samkeppnislögin að þessu leyti fyrirmynd sína til EES/ESB-samkeppnisréttar.

Í 93. mgr. tilkynningar Eftirlitsstofnunar EFTA, *Leiðbeiningar um hugtakið áhrif á viðskipti eins og það er notað í 53. gr. og 54. gr. EES-samningsins*, segir:

„Ef fyrirtæki, sem nýtur markaðsráðandi stöðu í einu EES-ríki í heild, grípur til markaðshindrandi misnotkunar geta viðskipti milli EES-ríkjanna venjulega orðið fyrir áhrifum. Misnotkun af því tagi gerir keppinautum í öðrum EES-ríkjum yfirleitt erfiðara um vik að komast inn á markaðinn, og viðskiptamynstur geta þá orðið fyrir áhrifum.“¹¹⁴

Ber að hafa í huga ekki þarf að sýna fram á raunveruleg áhrif á viðskipti til þess að 54. gr. EES-samningsins geti átt við.¹¹⁵

Vífilfell er í markaðsráðandi stöðu og markaður málsins tekur til landsins alls. Þau útilokunaráhrif sem stafa af misnotkun Vífilfells á markaðsráðandi stöðu sinni eru til þess fallin að hindra mögulega keppinauta í því að ná fótfestu á íslenska markaðnum. Unnt er að flytja gosdrykki frá öðrum EES-ríkjum til Íslands og sá möguleiki er einnig fyrir hendi að gosdrykkir séu framleiddir og átappaðir á Íslandi á grundvelli leyfis frá fyrirtæki sem starfar í öðru EES-ríki. Í báðum tilvikum væri um ræða viðskipti milli EES ríkja. Í ljósi þessa og með hliðsjón af atvikum þessa máls verður að telja að aðgerðir Vífilfells séu til þess fallnar að hafa áhrif á viðskipti milli EES ríkja í skilningi 54. gr. EES-samningsins. Af þessu leiðir að beita verður því ákvæði í málinu.

Hér að framan hafa verið færð fyrir því rök að Vífilfell hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með gerð fjölmargra viðskiptasamninga við endurseljendur á

¹¹⁴ Birt í EES-viðbæti við Stjórnartíðindi Evrópusambandsins, 30.11.2006.

¹¹⁵ Sjá ákvörðun Eftirlitsstofnunar EFTA frá 14. júlí 2010 í máli nr. 34250 Norway Post/Privpak: „... it is sufficient that the abuse “may affect trade”, i.e. that it is sufficiently probable that the practices are capable of having an effect on the patterns of trade based on an objective assessment.⁵¹⁷ It is not necessary that trade be reduced; the abusive practices must simply be capable of affecting the pattern of trade.“



gosdrykkjum. Með vísan til sömu raka er það einnig niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að samningarnir hafi farið gegn 54. gr. EES-samningsins.



VII. Viðurlög

Í þessum kafla verður fjallað um ákvæði 37. gr. samkeppnislaga og hugað að þeim sjónarmiðum sem líta verður til við ákvörðun viðurlaga í málinu.

1. Sjónarmið Vífilfells um viðurlög

Vífilfell vísar til umfjöllunar EFTA-dómstólsins og dómstóls ESB um meginreglurnar um gagnsæi og réttmætar væntingar og segir að þessar reglur séu viðurkenndar í Evrópulöggjöf. Vífilfell heldur því fram að umrædd ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB (sem Vífilfell nefnir „samkomulagið“) frá árinu 2005 í máli TCCC hafi gefið fyrirtækinu „*réttmætar væntingar um að ef fyrirtækið notaði þá aðferðafræði sem samkomulagið boðaði og kæmist á grundvelli hennar að þeirri niðurstöðu að fyrirtækið væri ekki í markaðsráðandi stöðu, þá yrði fyrirtækið ekki sektað fyrir að viðhafa þá háttsemi sem fjallað er í samkomulaginu.*“ Þá er sagt að efni þessarar ákvörðunar hafi verið kunnugt Samkeppniseftirlitinu.

Vífilfell heldur því fram að fyrirtækið hafi á fundi með Samkeppniseftirlitinu árið 2005 rætt um ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB og aðferðafræði hennar. Hafi Vífilfell lagt það til að Samtökum iðnaðarins yrði falið að taka saman hlutaðeigandi upplýsingar og meta markaðshlutdeild á gosdrykkjamarkaði. Þær upplýsingar hygðist Vífilfell nota til að finna út hvort Vífilfell félli undir ákvörðunina. Segir fyrirtækið að Samkeppniseftirlitið hafi verið mótfallið þessari tillögu þess og vísað til þess að hugsanlegt væri að háttsemin færi gegn 10. gr. samkeppnislaga. Segir enn fremur að með þessu hafi Vífilfell verið gert ókleift að fá þær upplýsingar um markaðinn sem ákvörðunin miðaði við. Vífilfell hafi síðan leitast við að afla eins nákvæmra upplýsinga um markaðshlutdeild eins og unnt hafi verið í því skyni að meta hvort fyrirmæli í ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar næðu til fyrirtækisins. Fráleitt sé að Samkeppniseftirlitið ætli nú að fordæma fyrirtækið fyrir að hafa ekki notað upplýsingar sem eftirlitið lagðist gegn að yrðu notaðar.

Vífilfell segir að Samkeppniseftirlitinu hafi ekki dulist „*að á grundvelli samkomulagsins hafi Vífilfell talið að fyrirtækið væri ekki í markaðsráðandi stöðu samkvæmt íslenskum lögum og ákvæðum EES samningsins*“. TCCC og átöppunaraðilar hafi sent framkvæmdastjórn ESB skýrslu þar sem tilgreind hafi verið þau ríki sem féllu undir ákvörðunina. Slíkur listi hafi einnig birst á heimasíðu TCCC og Ísland hafi aldrei verið á þeim lista enda hefði Vífilfell ekki talist uppfylla skilyrði til þess að vera á listanum á grundvelli bestu upplýsinga um markaðshlutdeild. Samkeppniseftirlitinu hafi verið í lófa lagið að kalla eftir upplýsingum ef það hefði haft efasemdir um þá aðferðafræði sem þetta mat byggðist á. Þar sem Vífilfell hafi ekki fallið undir þau fyrirmæli sem felist í ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar hafi fyrirtækið talið heimilt að viðhafa þá háttsemi sem sé fordæmd í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins.

Þá bendir fyrirtækið á þetta: „*Hlutlæg notkun bestu fáanlegu upplýsinga til að ákvarða hvort Vífilfell væri í markaðsráðandi stöðu leiddi til þeirrar niðurstöðu að ákvæði samkomulagsins ættu ekki við hér á landi. Að mati Vífilfells var því bæði rétt og eðlilegt að fyrirtækið ályktaði að það yrði ekki talið í markaðsráðandi*



stöðu á hinum skilgreinda markaði fyrir sölu á gosdrykkjum til matvöruverslana eða veitingahúsa m.t.t. 11. gr. samkeppnislaga og 54. gr. EES-samningsins. Með vísan til þessa telur Vífilfell ekki grundvöll til þess að ákvarða sekt."

2. Mat Samkeppniseftirlitsins

Í 37. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 segir að Samkeppniseftirlitið leggi stjórnvaldssektir á fyrirtæki sem brjóti m.a. gegn 11. gr. samkeppnislaga og 54. gr. EES-samningsins nema brotið teljist óverulegt eða af öðrum ástæðum sé ekki talin þörf á slíkum sektum til að stuðla að og efla virka samkeppni. Eins og leiðir af orðalagi 1. mgr. 37. gr. er tilgangur ákvæðisins sá að varnaðaráhrif sekta stuðli að framkvæmd samkeppnislaga og þar með að aukinni samkeppni. Með lögum nr. 107/2000, er breyttu eldri samkeppnislögum nr. 8/1993, var m.a. gerð sú breyting á 52. gr. eldri samkeppnislaga að í stað orðanna „getur lagt“ var tekið upp orðið „leggur“. Í athugasemdum með frumvarpi sem varð að lögum nr. 107/2000 kom fram að tilgangur þessa væri að tryggja að meginreglan yrði sú að stjórnvaldssektir yrðu lagðar á ef brot á bannreglum laganna ættu sér stað, sbr. einnig t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 8/2008 *Fiskmarkaður Íslands hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Var tekið fram að þetta myndi stuðla að því að markmið laganna næðu fram að ganga. Því er 37. gr. samkeppnislaga að þessu leyti samhljóða 52. gr. samkeppnislaga nr. 8/1993 eftir breytinguna með lögum nr. 107/2000. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 2/2002 *Landssími Íslands hf. gegn samkeppnisráði* kemur fram að ákvæðinu sé ætlað að skapa almenn og sérstök varnaðaráhrif. Mjög ríkar ástæður verða hins vegar að réttlæta það að sektum sé ekki beitt vegna brota á samkeppnislögum, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 10/2008 *Sundagarðar ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

Í 37. gr. samkeppnislaga kemur m.a. fram að sektir geti numið allt að 10% af veltu síðasta almanaksárs hjá því fyrirtæki eða samtökum fyrirtækja sem aðild eiga að samkeppnishömlunum. Við ákvörðun sekta ber skv. ákvæðinu að hafa hliðsjón af eðli og umfangi samkeppnishamlna og hvað þær hafa staðið lengi. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 2/2002 segir að hér sé ekki um að ræða tæmandi talningu á þeim atriðum sem horfa má til við álagningu sekta. Hefur áfrýjunarnefndin talið að það megi einnig líta t.d. til stærðar fyrirtækja sem teljast brotleg, huglægrar afstöðu stjórnenda, hagnaðarsjónarmiða og eldri brota á samkeppnislögum, sbr. einnig úrskurð áfrýjunarnefndar í máli nr. 3/2008 *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu*. Eins og lögskýringargögn bera skýrlega með sér er eðlilegt að túlka ákvæðið með hliðsjón af EES/EB-samkeppnisrétti.¹¹⁶

Til stuðnings því að ekki beri að leggja á sektir í málinu vísar Vífilfell til ákvörðunar framkvæmdastjórnar ESB frá 22. júní 2005 í máli sem beindist að TCCC og átöppunaraðilum í Grikklandi, Lúxemborg og Þýskalandi. Eins og fram kemur í kafla III hér að framan felst í ákvörðuninni að tiltekna skuldbindingar,

¹¹⁶ Í athugasemdum við 2. gr. frumvarps sem varð að lögum nr. 52/2007 er fjallað um tillögur að breytingum á 37. gr. samkeppnislaga: „Í ákvæðinu er mælt fyrir um skyldu Samkeppniseftirlitsins til að leggja stjórnvaldssektir á fyrirtæki eða samtök fyrirtækja, við nánar tiltekna aðstæður. Byggist tillagan eins og núgildandi ákvæði á fyrirmyndum úr EES/EB-samkeppnisrétti.“



sem TCCC og umræddir átöppunaraðilar lögðu til, eru gerðar skuldbindandi að lögum fyrir þessi fyrirtæki. Kvaðirnar sem leiða af skuldbindingum og leggjast á umrædd fyrirtæki með ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar fela meðal annars í sér að samningar megi ekki innihalda ákvæði um einkakaup, skilyrta afslætti eða hvataábata. Kvaðirnar sem hér um ræðir eiga almennt séð við í ríkjum ESB, auk Noregs og Íslands ef hlutdeild TCCC vörutegunda var, undangengið ár, 40% eða hærrí á gosdrykkjamarcaði og markaðshlutdeildin var tvöfalt meiri en stærsta keppinautarins. Hins vegar eru skuldbindingarnar skv. ákvörðuninni aðeins lagalega bindandi fyrir umrædd fjögur fyrirtæki. Varðandi lönd þar sem viðkomandi fyrirtæki eru ekki starfandi (eins og á Íslandi) felst í kvöðunum að TCCC heitir því að gera sitt besta til að sjá til þess að þeir átöppunaraðilar, sem ekki eru formlega bundnir við ákvörðunina, fylgi kvöðunum.

Þessi ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB var tekin með heimild í 1. mgr. 9. gr. reglugerðar nr. 1/2003 um framkvæmd samkeppnisreglna ESB. Í kafla III hér að framan er lýst réttaráhrifum ákvarðana af þessum toga. Kjarni málsins hér er að slíkar ákvarðanir koma ekki í veg fyrir að innlend samkeppnisyfírvöld geti rannsakað og lagt á sektir á fyrirtæki sem eru aðilar að ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar skv. 9. gr. vegna sömu háttsemi og fellur undir hana. Fyrirtæki sem eru aðilar að slíkum ákvörðunum geta því ekki haft neinar væntingar um að þær komi í veg fyrir afskipti innlendra samkeppnisyfírvalda.¹¹⁷ Sökum þessa hafa fræðimenn bent á að því fylgi ávallt áhætta fyrir fyrirtæki að fallast á að ljúka máli með ákvörðun skv. 1. mgr. 9. gr. reglugerðar nr. 1/2003.¹¹⁸ Einnig má líta til þess að í opinberu fréttabréfi framkvæmdastjórnar ESB var á árinu 2005 sérstaklega gerð grein fyrir þessum réttaráhrifum umræddrar ákvörðunar í máli TCCC.¹¹⁹ Þá ber jafnframt að hafa í huga að Vífilfell er ekki aðili að umræddri ákvörðun. Af þessu öllu leiðir óhjákvæmilega að umrædd ákvörðun gat ekki gefið Vífilfelli réttmætar væntingar um að Samkeppniseftirlitið myndi ekki grípa til aðgerða vegna þeirrar háttsemi fyrirtækisins sem mál þetta tekur til. Jafnframt gat Vífilfell ekki með réttu dregið þá ályktun að fyrirtækið væri ekki markaðsráðandi þótt það teldi sig ekki falla undir gildissvið þessarar ákvörðunar framkvæmdastjórnar ESB.

¹¹⁷ Sjá t.d. Van Bael & Bellis, *Competition Law of the European Community*, fimmta útgáfa 2010, bls. 1166: „... it is also important to note that national competition authorities and national courts are not precluded from establishing the existence of an infringement based on the same facts. This is the consequence of the fact that a commitments decision merely concludes that there are no grounds for action.”

¹¹⁸ Sjá hér Richard Whish, *Article 9 of the Modernisation Regulation* (birt í ritinu *Liber Amicorum in Honour of Sven Norberg*, 2006) bls. 567: „... undertakings that give commitments under Article 9 remain liable to enforcement action against them from national competition authorities and third party actions in national courts both in relation to their past action and even in relation to their future conduct (see below). This has serious implications for the parties concerned. Clearly it means that the settlement of a case on the basis of Article 9 does not mean a conclusive end to the competition law case against them.”

¹¹⁹ Sjá hér grein eftir starfsmenn framkvæmdastjórnar ESB sem birt er í fréttabréfi hennar (*Competition policy newsletter*, 3. tbl. 2005): *Coca-Cola: Europe-wide remedies in fizzy drinks*, Philipp GASPARDON and Blaž VIŠNAR: „By bringing the Coca-Cola case to an end with the Commission's commitment decision Member States regained their competence to act against Coca-Cola. In fact, Recital 13 of Regulation (EC) No 1/2003 stipulates that '[c]ommitment decisions are without prejudice to the powers of competition authorities and courts of the Member States to make [a] finding [of infringement] and to decide upon the case', since, as must be recalled, a commitment decision only finds that there are no longer grounds for action by the Commission without taking any position on the existence of an infringement.”



Hér ber einnig að líta til þess að í álitni samkeppnisráðs nr. 3/1999 *Fyrirhuguð kaup Coca-Cola Nordic Beverages A/S á öllu hlutfé í Vífilfelli ehf.* var komist að þeirri niðurstöðu að Vífilfell væri í markaðsráðandi stöðu á gosdrykkjamarkaðnum. Kom fram í málinu að markaðshlutdeild Vífilfells á gosdrykkjamarkaðnum væri um 70% og ÖES í kringum 30%. Einnig var vísað til styrks sem felst í þeim vörumerkjum sem Vífilfell hefur heimild til að nota. Þá hefur lengi legið skýrt fyrir í samkeppnisrétti að 50% markaðshlutdeild eða meira feli í sér mjög sterkar vísbendingar um markaðsráðandi stöðu.¹²⁰ Einnig er þekkt að meira en 20% munur á markaðshlutdeild hins ætlaða ráðandi fyrirtækis og stærsta keppinutarins er einnig vísbending um ráðandi stöðu.¹²¹ Vífilfell hefur upplýst í málinu að athugun þess á markaðshlutdeild í sölu á gosdrykkjum til matvöruverslana hafi leitt í ljós að hlutdeildin á tímabilinu 2005-2008 hafi verið á milli [60-65]-[65-70]% og hlutdeild ÖES var á bilinu [35-40]-[35-40]%. Í ljósi þessa alls hafði Vífilfell að sönnu ástæðu til þess að ætla að fyrirtækið kynni að vera í markaðsráðandi stöðu og mátti því vita að einkakaupsamningar og aðrar samkeppnishamlandi aðgerðir gætu verið ólögmetar.

Varðandi staðhæfingar Vífilfells um samskipti við Samkeppniseftirlitið er fyrst rétt að benda á að samkvæmt ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB er það hlutverk TCCC að senda framkvæmdastjórninni upplýsingar um þau lönd þar sem skilyrði um markaðshlutdeild eru uppfyllt og skuldbindingarnar gildar þar með, sbr. 2. tl. E-liðar í skuldbindingunum. Samkeppniseftirlitið hefur þar engu hlutverki að gegna og hefur eðli málsins samkvæmt ekki tekið afstöðu til þeirra aðferða sem Vífilfell hefur byggt á við mat á markaðshlutdeild og lagt til grundvallar í upplýsingagjöf vegna umræddrar ákvörðunar. Þá hefur Samkeppniseftirlitið ekki tekið afstöðu til þess hvort það fari gegn 10. gr. eða 12. gr. samkeppnislaga að Samtök iðnaðarins söfnuðu upplýsingum frá framleiðendum gosdrykkja til að meta markaðshlutdeild þeirra. Vífilfell og/eða Samtök iðnaðarins gátu óskað eftir undanþágu frá 10 og/eða 12. gr. samkeppnislaga, sbr. 15. gr. laganna, ef þau hefðu talið að umrædd upplýsingaöflun færi í bága við samkeppnislög. Það var ekki gert og þegar af þeirri ástæðu getur fyrirtækið ekki haldið því fram að vegna ætlaðrar afstöðu Samkeppniseftirlitsins til upplýsingaöflunarinnar hafi þeim verið „gert ókleift“ að fá fullnægjandi upplýsingar um markaðinn.

Vífilfell er öflugt fyrirtæki á sínu sviði og hefur í samkeppnismálum notið ráðgjafar sérfræðinga. Fyrirtækið hlaut því að gera sér grein fyrir því að umrædd ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar gat ekki komið í veg fyrir rannsókn og aðgerðir Samkeppniseftirlitsins. Er því ekki unnt að fallast á það með fyrirtækinu að ekki sé grundvöllur til þess að leggja á sektir í málinu.¹²²

¹²⁰ Í t.d. ákvörðun samkeppnisráðs nr. 40/2001 *Erindi FÍH og Japis ehf. vegna samnings Skífunnar hf. og Aðfanga ehf. um sölu á geisladiskum* segir þetta um markaðsráðandi stöðu: „Við mat á því hvort fyrirtæki telst markaðsráðandi skiptir markaðshlutdeild þess verulegu máli svo og staða keppinauta. Þannig er í samkeppnisrétti almennt litið svo á að há markaðshlutdeild geti ein og sér sýnt markaðsráðandi stöðu fyrirtækis nema fyrir hendi séu sérstakar kringumstæður sem bendi til annars. Um slíkt getur a.m.k. verið að ræða þegar fyrirtæki hefur helmings hlutdeild eða meira á viðkomandi markaði.“ Þessu til stuðnings er í ákvörðun samkeppnisráðs m.a. vísað til dóms dómstóls ESB í Akzo málinu frá 1991.

¹²¹ Sjá t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB frá 28. júní 2000 í máli nr. COMP/M.1741-MCI WorldCom/Sprint.

¹²² Sjá hér ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB í Methylglucamine málinu [2004] O.J. L38/18. Í málinu var sekt hækkuð með vísan til þess að stórfyrirtæki eigi að þekkja lögin: „In order to ensure



Í þessu máli liggur fyrir að Vífilfell er í markaðsráðandi stöðu á gosdrykkjamarkaði á Íslandi. Rannsókn Samkeppniseftirlitsins hefur leitt í ljóst að fyrirtækið hefur gert fjölmarga samninga sem innihalda ákvæði um einkakaup, skilyrta afslætti og önnur atriði sem eru er til þess fallin að skapa með óeðlilegum hætti tryggð viðskiptavina. Öll eru þessi ákvæði til þess fallin að þrengja að eða útiloka keppinauta Vífilfells frá viðskiptum við þá aðila sem gert hafa umrædda viðskiptasamninga við Vífilfell. Einnig unnu ákvæðin gegn því að nýir aðilar gætu náð fótfestu á markaðnum. Það er því mat Samkeppniseftirlitsins að þessar aðgerðir hafi farið gegn 11. gr. samkeppnislaga og 54. gr. EES-samningsins og að þær hafi verið til þess fallnar að viðhalda og styrkja með óeðlilegum hætti stöðu Vífilfells á markaði fyrir vinsæla neytendavöru. Af umfjöllun hér að framan um fjölda samninga Vífilfells er jafnframt ljóst að brotin voru mjög umfangsmikil.

Framangreind brot Vífilfells á 11. gr. samkeppnislaga og 54. gr. EES-samningsins eru því óhjákvæmilega alvarleg í eðli sínu. Því er að mati Samkeppniseftirlitsins nauðsynlegt að sekta fyrir umrædd brot í samræmi við ákvæði 37. gr. samkeppnislaga.

Eins og áfrýjunarnefnd samkeppnismála hefur bent á getur huglæg afstaða þeirra sem hlut eiga að broti skipt máli við mat á fjárhæð sekta, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar í máli nr. 8/2008. Samkeppniseftirlitið vísar hér til þess að í samkeppnisrétti er talið að brot sé framið af ásetningi þegar viðkomandi aðila mátti vera ljóst að aðgerðum hans var ætlað að raska samkeppni. Ekki er skilyrði að viðkomandi hafi verið það ljóst að aðgerðir hans fælu í sér brot á samkeppnisreglum.¹²³ Skýr ásetningur getur falið í sér rök fyrir hækkun sekta en ekki er hins vegar sjálfgefið að brot framin af gáleysi eigi að leiða til lægri sekta en ella.¹²⁴

Að mati Samkeppniseftirlitsins gat Vífilfelli ekki dulist að umrædd brot voru til þess fallin að raska samkeppni með alvarlegum hætti. Umrædd ákvæði í samningum Vífilfells um t.d. einkakaup eru mjög skýr og mátti fyrirtækinu vera ljóst að þau voru til þess fallin að draga verulega úr samkeppni, ekki síst þegar fjöldi samninganna er virtur. Hér vísast einnig til umfjöllunar hér að framan um sjónarmið Vífilfells tengd ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB frá 2005. Þegar þetta er virt saman verður að telja að brot Vífilfells hafi verið framin af ásetningi.

Samkeppniseftirlitið vísar einnig til þess að ákvæði 37. gr. samkeppnislaga gera ekki samkvæmt orðalagi sínu þá kröfu að sektir séu metnar með hliðsjón af þeim áhrifum sem viðkomandi ráðstöfun hefði í reynd haft á markaðnum. Af þessu

that the fine has a sufficient deterrent effect and takes account of the fact that large undertakings have legal and economic knowledge and infrastructures which enable them more easily to recognise that their conduct constitute an infringement and be aware of the consequences stemming from it."

¹²³ Sjá t.d. dóm undirréttar ESB í sameinuðum málum nr. T-202, 204 og 207/98 *Tate & Lyle, British Sugar plc and Napier Brown plc v Commission* [2001] 5 CLMR 22: „It is settled case-law that, for an infringement of the competition rules of the Treaty to be regarded as having been committed intentionally, it is not necessary for an undertaking to have been aware that it was infringing those rules. It is sufficient that it could not have been unaware that its conduct was aimed at restricting competition.”

¹²⁴ Sjá t.d. dóm dómstóls ESB í máli nr. C-137/95P *SPO v Commission* [1996] ECR I-1611.



leiðir að bæði er heimilt og eðlilegt, í því skyni að skapa varnaðaráhrif, að leggja á stjórnvaldssektir vegna brots á bannreglum samkeppnislaga þrátt fyrir að ekki sé sýnt fram á samkeppnislegan skaða, t.d. að verð hafi hækkað eða keppinautur hafi hrökklast út af markaðnum, sbr. t.d. dóm Hæstaréttar í máli nr. 550/2007 *Árdegi hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.¹²⁵ Er þetta sama regla og gildir í EES/ESB-samkeppnisrétti.¹²⁶ Hefur komið skýrt fram að ekki sé við mat á sektum þörf á að horfa til þess að brot hafi ekki skilað viðkomandi fyrirtæki hagnaði eða öðrum ávinningi. Eftir sem áður sé rétt að leggja á sektir til að tryggja varnaðaráhrif.¹²⁷ Ef hins vegar „*sýnt er fram á að ólögsmæt aðgerð hafi komist til framkvæmda getur það haft áhrif til hækkunar sekta*“ eins og segir í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008. Skipta ber mati á áhrifum af samkeppnislaga broti í tvennt. Annars vegar hvort tiltekið brot hafi verið framkvæmt. Dæmi um þetta er ef ólögsmætur samningur markaðsráðandi fyrirtækis kemst til framkvæmda, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 1/2002 *Skífan hf. gegn samkeppnisráði*. Hins vegar hvort framkvæmdin hafi leitt af sér bein áhrif á markaðnum, t.d. á verð vöru eða þjónustu eða á keppinaut.¹²⁸ Báðar þessar tegundir af áhrifum af broti geta falið í sér rök til hækkunar á sektum.

¹²⁵ Í dómnum var staðfest niðurstaða áfrýjunarnefndar og Héraðsdóms Reykjavíkur um sektir með vísan m.a. til þess að brot Skífunnar hf. voru umfangsmikil, alvarleg og stóðu lengi. Í dómi héraðsdóms sagði: „Þá er af hálfu stefnanda vísað til þess að ekkert bendi til þess að meint samkeppnisbrot stefnanda hafi haft í för með sér skaðlegar afleiðingar en líta verði meðal annars til áhrifa af broti þegar alvarleiki þess er metinn. Áhrifin í þessu tilviki verði að teljast óveruleg sem hljóti að draga úr alvarleika brotsins. Ummæli og framsetning í ákvörðun stefnda, sem áfrýjunarnefndin virtist staðfesta, að ósannað sé að meint brot hafi haft í för með sér beinar skaðlegar afleiðingar, verði að skilja þannig að stefndi og áfrýjunarnefndin líti svo á að meint brot hafi ekki haft nein skaðleg áhrif á markaðinn. Hér verður að telja að áfrýjunarnefndin hafi litið svo á að háttsemi stefnanda væri til þess fallin að hafa umtalsverð áhrif enda segir í úrskurði nefndarinnar að fyrirsvarsmönnum stefnanda hafi mátt vera ljóst að af samningunum kynni að leiða röskun á samkeppni og að umfang samkeppnishamla hafi verið verulegt, eins og áður er komið fram. Verður ekki fallist á að mat nefndarinnar á alvarleika brotanna hafi verið rangt, enda hefur ekki verið sýnt fram á það af hálfu stefnanda. Þegar litið er til þessa verður ekki fallist á framangreind rök stefnanda og er þessari málsástæðu hans því hafnað.“

¹²⁶ Sjá hér t.d. dóm undirréttar EB frá 30. september 2003 í máli nr. T-203/01 Michelin v Commission: „... the applicant states that, in the contested decision ... the Commission based its assessment of the seriousness of the infringement on its alleged effects, without carrying out a detailed analysis. It maintains that the Commission made a serious error of assessment in evaluating the alleged effects of the infringement for the purpose of determining its seriousness. The applicant, submits that the practices complained of never had the anti-competitive effects which the Commission alleges. The Court notes that, in the contested decision, the Commission did not examine the specific effects of the abusive practices. Nor was it required to do so ... It is true that, in recitals 355 to 357 of the contested decision, the Commission speculated on the effects of the abusive conduct. However, the seriousness of the infringement was established by reference to the nature and the object of the abusive conduct. ... it is clear from settled case-law ... that factors relating to the object of a course of conduct may be more significant for the purposes of setting the amount of the fine than those relating to its effects.“

¹²⁷ Sjá t.d. dóm undirréttar EB í máli nr. T-213/00 CMA CGM and others v Commission [2003] ECR II913: „...the fact that an undertaking did not benefit from an infringement cannot, according to the case-law, preclude the imposition of a fine, since otherwise it would cease to have a deterrent effect ... It follows that, contrary to Senator Lines' argument, the Commission is not required, in order to fix fines, to establish that the infringement brought about an unlawful advantage for the undertakings concerned, or to take into consideration any lack of benefit from the infringement“

¹²⁸ Af úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 14/2001 má ráða að gerður er greinarmunur annars vegar á því hvort tiltekið samráð hafi komist til framkvæmda og hins vegar hvort samráðið hafi haft bein áhrif á verð (verðáhrif). Sjá hér einnig t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar EB í Zinc Phosphate Cartel málinu [2003] 5 CMLR 14: „... the actual impact of a complex of agreements in the market depends on, first whether these arrangements were implemented and, secondly, whether the implementation of these arrangements produced an effect in the market.“



Hinum fjölmörgu ólögæmtu samningum Vífilfells var hrint í framkvæmd og höfðu þeir með þeim hætti áhrif á markaðnum. Horfir þetta atriði til þyngingar viðurlaga.

Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 14/2009 *Hagar hf. gegn Samkeppniseftirlitinu* kemur fram að taka verði mið af efnahagslegum styrkleika brotlegs fyrirtækis og samstæðu sem það tilheyrir til að tryggja að sektir skv. samkeppnislögum hafi fullnægjandi varnaðaráhrif. Í dómi Hæstaréttar í máli nr. 188/2010 *Hagar hf. gegn Samkeppniseftirlitinu* var niðurstaða héraðsdóms um sektir staðfest með vísan til forsendna. Í héraðsdómi kemur fram að við mat á sekt hafi m.a. verið tekið tillit til fjárhagslegs styrks Haga „á þeim tíma sem brotið var framið.“ Eins og leiðir af framangreindu er við mat á fjárhæð sekta eðlilegt að horfa til heildarveltu hins brotlega aðila og þeirrar samstæðu, sem hann tilheyrir. Einnig getur verið rétt að horfa til veltu á þeim markaði sem brotið átti sér stað.¹²⁹

Þegar atvik þessa máls áttu sér stað var Vífilfell í markaðsráðandi stöðu á gosdrykkjamarkaði og með um 70% markaðshlutdeild. Velta fyrirtækisins á gosdrykkjamarkaði var á árinu 2005 um [...] milljarðar kr., á árinu 2006 um [...] milljarðar kr., á árinu 2007 um [...] milljarðar kr. og á árinu 2008 um [...] milljarðar kr. Ljóst er því að brotin varða umfangsmikil viðskipti. Heildarvelta Vífilfells árið 2005 var rúmlega 4 milljarðar kr., árið 2006 rúmlega 4,5 milljarðar kr., árið 2007 rúmlega 5 milljarðar kr. og árið 2008 rúmlega [...] milljarðar kr. Heildarveltan árið 2009 var rúmlega [...] milljarður kr. og árið 2010 var hún tæplega [...] milljarðar kr. samkvæmt bráðabirgðauppgjöri fyrir það ár.

Verður að hafa þessa stöðu í huga við ákvörðun sekta til að tryggja nægjanleg varnaðaráhrif.

Varðandi varnaðaráhrif ber að líta til þess að árinu 2002 lagði áfrýjunarnefnd samkeppnismála sekt að fjárhæð 10 m.kr. á Landssíma Íslands og sekt að fjárhæð 12 m.kr. á Skífuna fyrir brot á 11. gr. samkeppnislaga sem fólust m.a. í gerð einkakaupasamninga. Á árinu 2006 lagði áfrýjunarnefnd sekt að fjárhæð 60 m.kr. á IGS (Flugþjónustuna Keflavíkurflugvelli ehf.) og 65 m.kr. á Dag Group (Skífuna) fyrir brot á sömu grein með gerð m.a. einkakaupasamninga. Þessi mál höfðu ekki þau áhrif á Vífilfell að fyrirtækið léti af brotum á árunum 2005-2008. Að mati Samkeppniseftirlitsins verður að tryggja að sektir í samkeppnismálum hafi fullnægjandi varnaðaráhrif.¹³⁰

¹²⁹ Skýrt hefur komið fram í EES/EB-rétti að heimilt sé að horfa til bæði heildarveltu og veltu á viðkomandi markaði en ekki eigi að gefa þessum viðmiðunum of mikið vægi. Sjá t.d. dóm undirréttar EB í máli nr. T-77/92 *Parker Pen v Commission* [1994] II-549: „It is permissible to have regard both to the total turnover of the undertaking, which gives an indication, albeit approximate and imperfect, of the size of the undertaking and of its economic power, and to the turnover accounted for by the goods in respect of which the infringement was committed, which gives an indication of the scale of the infringement. It follows that it is important not to attribute to any of those figures a significance which is disproportionate in relation to the other factors relevant to an assessment and, consequently, that an appropriate fine cannot be fixed merely by a simple calculation based on the total turnover ...”

¹³⁰ Dómstóll ESB hefur nýlega áréttað mikilvægi sekta í samkeppnismálum. Sjá dóm hans frá 10. október 2010 í máli nr. C-280/80P *Deutsche Telekom v Commission*: „According to the case-law of the Court, the fact that the Commission, in the past, imposed fines of a certain level for particular types of infringement does not mean that it is stopped from raising that level within the limits indicated in Regulation No 17, if that is necessary to ensure the implementation of European Union competition policy. The proper application of the European Union's competition rules requires that the Commission



Í umfjöllun um brot Vífilfells er gerð grein fyrir hundruðum ólögmætra samninga fyrirtækisins sem hafa verið í gildi á rannsóknartímabili þessa máls, þ.e. árin 2005-2008. Ljóst er því að brot Vífilfells hafa varað í talsverðan tíma og horfir það til þyngingar viðurlaga.

Með vísan til alls framangreinds telur Samkeppniseftirlitið hæfilegt að leggja kr. 260 milljóna sekt á Vífilfell vegna brota fyrirtækisins gegn 11. gr. samkeppnislaga og 54. gr. EES-samningsins.

VIII. Ákvörðunarorð:

„Vífilfell 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 Vífilfell hf. greiða stjórnvaldssekt að fjárhæð kr. 260.000.000 (tvö hundruð og sextíu milljónir kr.) vegna þessara brota.

Sektin skal greiðast 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.“

Samkeppniseftirlitið

Páll Gunnar Pálsson

be able at any time to adjust the level of fines to the needs of that policy (Musique Diffusion française and Others v Commission, paragraph 109).“