



SAMKEPPNISEFTIRLITIÐ

Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 64/2008

Misnotkun Haga hf. á markaðsráðandi stöðu sinni á matvörumarkaði

19. desember 2008

Borgartún 2 pósthólf 5120
Sími: 5 0701
samkeppni@ w.samkeppni.is



19. desember 2008
Ákvörðun nr. 64/2008

Misnotkun Haga hf. á markaðsráðandi stöðu á matvörumarkaði

Efnisyfirlit

I.	Upphaf máls og málsmeðferð	4
1.	Aðdragandi og rannsókn Samkeppniseftirlitsins	4
2.	Um athugasemdir Haga við málsmeðferð o.fl.	8
2.1	Um andmælarétt Haga	8
2.2	Um aðild Bónuss	9
2.3	Um ætlaða hlutdrægni Samkeppniseftirlitsins	15
2.4	Um rannsókn málsins	17
II.	Skilgreining markaða	19
1.	Sjónarmið Haga	19
2.	Mat Samkeppniseftirlitsins	22
2.1	Vöru- og þjónustumarkaðurinn	22
2.1.1	Matvöruverslanir og aðrar verslanir sem selja matvöru	23
2.1.1.1	Almennt um matvöruverslanir	23
2.1.1.2	Sérverslanir og veitingastaðir tilheyra ekki markaðnum	25
2.1.2	Möguleg skipting markaðarins eftir tegundum matvöruverslana	27
2.1.2.1	Neytendahegðun á matvörumarkaði og erlend fordæmi	27
2.1.2.2	Aðstæður á íslenska matvörumarkaðnum	32
2.1.2.3	Niðurstaða um mismunandi tegundir matvöruverslana	36
2.1.3	Niðurstaða um vöru- og þjónustumarkaðinn	37
2.2	Landfræðilegi markaðurinn	37
III.	Staða Haga á markaðnum	41
1.	Sjónarmið Haga um stöðu fyrirtækisins	41
2.	Mat Samkeppniseftirlitsins	42
2.1	Fyrirtæki á matvörumarkaði	43
2.1.1	Hagar	43
2.1.2	Kaupás	44
2.1.3	Samkaup	44
2.1.4	Aðrar matvöruverslanir	44
2.2	Þróun markaðarins og fyrri úrlausnir	45
2.3	Markaðshlutdeild	46
2.3.1	Markaðshlutdeild verslanakeðja og annarra matvöruverslana á landinu öllu.	47
2.3.2	Markaðshlutdeild matvöruverslana á höfuðborgarsvæðinu	50
2.3.3	Markaðshlutdeild matvöruverslana í Borgarbyggð	54
2.3.4	Markaðshlutdeild matvöruverslana á Snæfellsnesi	56
2.3.5	Markaðshlutdeild matvöruverslana á norðanverðum Vestfjörðum	57



2.3.6	Markaðshlutdeild matvöruverslana á Akureyri og Eyjafjarðarsvæðinu	58
2.3.7	Markaðshlutdeild matvöruverslana á Austurlandi	60
2.3.8	Markaðshlutdeild matvöruverslana á Suðurlandi	61
2.3.8	Markaðshlutdeild matvöruverslana á Suðurnesjum	63
2.3.9	Athugasemdir Haga um markaðshlutdeild	64
2.3.10	Niðurstaða um markaðshlutdeild	65
2.4	Efnahagslegur styrkleiki	69
2.4.1	Sjónarmið Haga um efnahagslegan styrkleika félagsins	70
2.4.2	Mat Samkeppniseftirlitsins	70
2.5	Vöruhús Aðfanga og önnur starfsemi á tengdum mörkuðum	75
2.6	Aðgangshindranir og kaupendastyrkur	77
2.6.1	Stærðarhagkvæmni og kaupendastyrkur	78
2.6.2	Rekstur birgðahúsa	81
2.6.3	Niðurstaða um aðgangshindranir	82
2.7	Niðurstaða um stöðu Haga á matvörumarkaðnum	82
IV.	Misnotkun á markaðsráðandi stöðu	84
1.	Ákvæði 11. gr. samkeppnislaga	84
1.1	Undirverðlagning	87
1.2	Undirverðlagning á erlendum matvörumörkuðum	89
1.2.1	Írland	89
1.2.2	Bretland	91
1.2.3	Þýskaland	94
1.3	Sérkenni matvörumarkaðarins	96
1.4	Um sjónarmið Haga um 11. gr. samkeppnislaga og undirverðlagningu..	100
1.5	Niðurstaða	104
2.	Aðgerðir Haga	105
2.1	Verðstefna verslana Bónuss	105
2.2	Verðstríð lágvöruverðsverslana	105
2.3	Kostnaðar- og tekjugreining	110
2.3.1	Nýmjólk (1 l og 1 ½ l) og léttmjólk (1 l og 1 ½ l)	111
2.3.2	Rjómi (½ l og ¼ l) og matreiðslurjómi (½ l)	113
2.3.3	Skýrdrýkkir (330 ml)	115
2.3.4	Samanburður á öllum vörum	116
2.3.5	Samanburður á heildartekjum og heildarkostnaði í verslunum Bónuss ..	120
2.4	Um heimild Haga til þess að mæta samkeppni	123
2.5	Áhrif verðstefnu og orðspors Bónuss	125
2.6	Niðurstaða	127
2.6.1	Nánar um sjónarmið Haga	129
V.	Viðurlög	138
1.	Sjónarmið Haga um viðurlög	138
2.	Mat Samkeppniseftirlitsins	138
VI.	Ákvörðunarorð	145



I. Upphaf máls og málsmeðferð

Í máli þessu er tekið til skoðunar hvort Hagar hf., sem rekur m.a. verslunarkeðjurnar Bónus, Hagkaup og 10-11, hafi brotið 11. gr. samkeppnislaga með undirverðlagningu á helstu tegundum mjólkurvara í verslunum Bónus. Er um að ræða atvik sem áttu sér stað í tengslum við svonefnt verðstríð matvöruverslana sem hófst á árinu 2005. Í þessum kafla verður gerð grein fyrir rannsókn Samkeppniseftirlitsins og málsmeðferðinni lýst í aðalatriðum. Síðan verður fjallað um skilgreiningu á smásölustigi matvörumarkaðarins og farið yfir stöðu Haga á markaðnum. Loks verður fjallað um möguleg brot Haga á 11. gr. samkeppnislaga og viðurlög við þeim.

1. Aðdragandi og rannsókn Samkeppniseftirlitsins

Í desember 2005 kynnti Samkeppniseftirlitið skýrslu sem samkeppniseftirlit á Norðurlöndunum höfðu unnið um matvörumarkaði landanna. Jafnframt kynnti Samkeppniseftirlitið þá eigin áherslur í eftirliti með matvörumarkaði á Íslandi fyrir næstu misseri og aflaði sjónarmiða um stöðuna á matvörumarkaði á fundum með fjölmörgum fyrirtækjum og hagsmunaaðilum. Í framhaldi af þessu hefur Samkeppniseftirlitið ráðist í allmargar athuganir á matvörumarkaði. Má þar nefna ákvörðun nr. 10/2008 *Brot Samtaka iðnaðarins og Samtaka verslunar og þjónustu á samkeppnislögum í tengslum við lækkun á virðisaukaskatti á matvörum*, og skýrslu nr. 1/2008 *Viðskiptasamningar birgja og annað samstarf fyrirtækja á matvörumarkaði*.

Á liðnum árum hafa allnokkur mál sem varða matvörumarkaðinn sætt íhlutun samkeppnisyfirvalda, s.s. mál sem varða misnotkun á markaðsráðandi stöðu, samkeppnishamlandi samráð auk samruna fyrirtækja. Einnig hefur álitum verið beint til ráðherra um lög og reglur sem hafa þótt torvela frjálsa samkeppni á matvörumarkaðnum. Árið 2001 gaf Samkeppnisstofnun út skýrslu um matvörumarkaðinn, *Matvörumarkaðurinn – Verðlagsþróun í smásölu 1996-2000* (hér eftir nefnd matvöruskýrslan) og rúmu hálfu ári síðar leiðbeinandi reglur um viðskipti birgja og matvöruverslana.

Segja má að þessar rannsóknir undirstriki mikilvægi matvörumarkaðarins fyrir neytendur sem og þýðingu þess að þar ríki virk samkeppni. Allur almenningur er lang stærstur hluti neytenda á þessum markaði og þær vörur sem markaðurinn hefur upp á að bjóða eru að miklu leyti nauðsynlegar neysluvörur.

Hagar hafa þá yfirlýstu stefnu að verslanir Bónuss bjóði alltaf lægra verð en keppinautarnir í sölu á matvörum hér á landi. Þannig segir t.a.m. á heimasíðu Haga að frá því að Bónus hafi verið komið á laggirnar „*hefur fyrirtækið lagt metnað sinn í að bjóða alltaf lægsta verðið á markaðnum hverju sinni.*“ Fyrirtækið hefur þannig markað sér þá stefnu að lækka verð ávallt niður fyrir verð keppinauta ef þeir hafa boðið lægra verð en það sem er í gildi verslunum Bónuss. Segja má að birtingarmynd þessarar stefnu hafi orðið hvað skýrust í lok febrúar 2005 en þá birtust fréttir af því í fjölmiðlum að Krónan hygðist lækka vöruverð í öllum verslunum sínum til þess að koma á, að sögn forsvarsmanna fyrirtækisins, virkari samkeppni á matvörumarkaðnum. Næstu daga á eftir hófst svo atburðarrás sem opinberlega var kölluð verðstríð lágvöruverðsverslana. Til einföldunar verður það hugtak einnig notað í ákvörðun þessari.



Verðstríð lágvöruverðsverslana stóð sem hæst frá febrúarlokum 2005 og fram í september sama ár. Þátttakendur voru einkum lágvöruverðsverslanir í eigu Haga og Kaupáss, þ.e. Bónus og Krónan, en einnig tóku lágvöruverðsverslanirnar Kaskó og Nettó í eigu Samkaupa þátt í verðstríðinu. Eru þetta þær verslanir sem yfirleitt voru bornar saman í verðkönnunum á þessu tímabili. Auk þess sem framangreindar verslanir voru virkustu þátttakendur í verðstríðinu hafði það áhrif á smærri verslanir og verslanakeðjur á beinan og óbeinan hátt. Verðstríði umræddra lágvöruverðsverslana fylgdi mikil verðlækkun á ýmsum dagvörum, s.s. brauðmeti og ávöxtum en mest voru mjólkurvörur áberandi í verðstríðinu. Lítraverð á mjólk fór jafnvel niður í 0 kr. á tímabili í verslunum Kaskó, Nettó og Bónuss.

Í ljósi fram kominna ábendinga þess efnis að Hagar hefðu með háttsemi sinni hugsanlega brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga ákvað Samkeppniseftirlitið að hefja rannsókn á háttsemi einstakra aðila á markaðnum og hvernig verðlagningu á mjólkurvörum á umræddu tímabili var háttað hjá stærstu verslanakeðjum landsins. Þann 7. júní 2006 sendi Samkeppniseftirlitið Högum, Kaupási og Samkaupum, eignarhaldsfélögum stærstu verslanakeðja landsins, bréf þar sem óskað var eftir eftirfarandi upplýsingum og gögnum:

- Rökstuddu mati eignarhaldsfélaganna þriggja á því hver væri markaður eða markaðir sem matvöruverslanir í þeirra eigu starfa á.
- Upplýsingum um tekjur matvöruverslana í eigu eignarhaldsfélaganna þriggja, sundurliðað eftir því hvort um væri að ræða sölu á dagvöru eða sérvöru fyrir árin 2004 og 2005. Óskað var eftir að sundurliðunin tæki til hvors árs fyrir sig brotið niður á einstakar verslanir. Þá var óskað eftir upplýsingum um staðsetningu hvernar verslunar og stærð hennar í fermetrum talið.
- Upplýsingum um þær breytingar sem orðið hafa á fyrirkomulagi matvöruverslana í eigu eignarhaldsfélaganna á sl. þremur árum.
- Upplýsingum um sundurliðun á kostnaði vegna rekstrar hvernar einstakrar matvöruverslunar í eigu hvers eignarhaldsfélags matvöruverslana eftir því hvort um væri að ræða dagvöru eða sérvöru fyrir árið 2005. Jafnframt var óskað eftir því að einstakir kostnaðarliðir yrðu sundurliðaðir í fastan eða breytilegan kostnað.
- Upplýsingum um smásöluverð án vsk. á nánar tilteknum tegundum mjólkurvöru eins og það var við lok 1. og 15. dags hvers mánaðar allt frá 1. janúar 2005 til 15. maí 2006 í verslunum í eigu eignarhaldsfélaganna. Einnig var óskað eftir upplýsingum um heildar sölutekjur og heildar innkaupsverð án vsk. á viðkomandi vörutegundum sundurliðað eftir mánuðum frá janúar 2005 til og með apríl 2006.
- Upplýsingum um heildar sölutekjur og heildar innkaupsverð án vsk. á öllum mjólkurvörum í mjólkurkæli annars vegar og öðrum mjólkurvörum, s.s. viðbiti og ostum, hins vegar eftir verslunum í eigu eignarhaldsfélaganna, sundurliðað niður á mánuði frá janúar 2005 til og með apríl 2006.



- Afriti af öllum minnisblöðum, skýrslum, bréfum, tölvupósti og þess háttar hjá eignarhaldsfélagunum og matvöruverslunum í eigu þeirra sem tengjast verðbreytingum á tilgreindum vörum á tímabilinu janúar 2005 til og með apríl 2006.
- Afriti af öllum samningum sem gerðir hafa verið milli eignarhaldsfélaganna þriggja og/eða matvöruverslana í þeirra eigu annars vegar og birgja á dagvöru hins vegar og hafa verið í gildi á árinu 2005 og það sem af var árinu 2006 þegar bréf Samkeppniseftirlitsins var sent.

Þessi gagnaöflun þjónaði þeim tilgangi að varpa ljósi á verðmyndun á ákveðnum dagvörum á meðan verðstríðið stóð yfir og jafnframt skyldi kannað hver væri staða þriggja stærstu eignarhaldsfélaga verslanakeðja á matvörumarkaðnum. Frestur til þess að veita umsögn við bréfið og afhenda umbeðnar upplýsingar var veittur til 5. júlí 2006. Þann 22. júní 2006 óskuðu Hagar eftir fundi með starfsmönnum Samkeppniseftirlitsins vegna rannsóknar stofnunarinnar. Töldu Hagar að þau gögn og upplýsingar sem óskað var eftir í bréfi eftirlitsins væru of viðamiklar. Þá óskaði fyrirtækið eftir nánari skýringum á tilefni rannsóknarinnar og hver staða Haga væri í umræddri rannsókn. Jafnframt var óskað eftir fresti til 5. ágúst 2006 til að veita umbeðnar upplýsingar og var sá frestur veittur. Þann 9. ágúst 2006 barst umsögn Haga ásamt umbeðnum gögnum og upplýsingum.

Þann 5. september 2006 ritaði Samkeppniseftirlitið smærri aðilum á markaðnum bréf þar sem m.a. var óskað eftir upplýsingum um heildarveltu viðkomandi aðila sundurliðað í sölu sérvara og dagvara. Þá óskaði Samkeppniseftirlitið þann 15. desember 2006 einnig eftir upplýsingum frá Ríkisskattstjóra um aðra aðila á markaðnum svo hægt væri að meta stærð markaðarins með fullnægjandi hætti.

Auk þeirra málgagna sem þegar hefur verið gerð grein fyrir hér að framan hefur Samkeppniseftirlitið aflað ýmissa gagna og upplýsinga bæði frá aðilum á matvörumarkaðnum og stjórnvöldum fyrir árin 2004, 2005 og 2006. Er hér einkum um að ræða gögn sem varpa ljósi á stærð vörumarkaðarins. Þess má geta að Samkeppniseftirlitið býr einnig yfir upplýsingum um matvörumarkaðinn vegna fyrri athugana.

Þann 5. nóvember 2007 sendi Samkeppniseftirlitið Högum andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins í málinu og var frestur til þess að koma að athugasemdum við andmælaskjalið gefinn til 10. desember 2007. Í andmælaskjalinu var komist að þeirri frumniðurstöðu að Hagar væru í markaðsráðandi stöðu og hefðu með tilteknum aðgerðum og háttsemi sinni á smásölustigi matvörumarkaðarins farið gegn 11. gr. samkeppnislaga.

Þann 12. nóvember 2007 barst Samkeppniseftirlitinu bréf frá Högum þar sem krafist var lengri frests til þess að koma að sjónarmiðum vegna andmælaskjals Samkeppniseftirlitsins, eða til 15. apríl 2008. Jafnframt var krafist aðgangs að þeim gögnum sem lágu til grundvallar umræddu andmælaskjali. Með bréfi Samkeppniseftirlitsins, dags. 20. nóvember 2007, var kröfu Haga um frest til 15. apríl 2008 hafnað. Frestur til þess að skila athugasemdum vegna andmælaskjalsins var hins



vegar framlengdur til 11. janúar 2008. Með bréfinu fylgdu einnig þau gögn sem óskað hafði verið eftir og andmælaskjalið byggði á.

Þann 29. nóvember 2007 barst Samkeppniseftirlitinu bréf frá Högum þar sem þess var krafist að stofnunin drægi andmælaskjal sitt frá 5. nóvember 2007 til baka og að málið yrði sameinað öðru máli sem hófst með húsleit hjá m.a. Högum hinn 15. nóvember 2007. Töldu Hagar að forsendur málsins hefðu gjörbreyst þar sem til meðferðar væru tvö mál er sneru að Högum og vörðuðu sömu háttsemina. Með bréfi Samkeppniseftirlitsins, dags. 4. desember 2007, var þeirri kröfu Haga hafnað. Var m.a. vísað til þess að um væri að ræða tvö aðskilin og óskyld mál. Hinn 12. desember 2007 skutu Hagar þessari ákvörðun eftirlitsins til áfrýjunarnefndar samkeppnismála.

Þann 4. janúar 2008 barst Samkeppniseftirlitinu bréf frá Högum þar sem óskað var eftir framlengdum fresti til þess að koma að sjónarmiðum vegna andmælaskjalsins. Töldu Hagar að niðurstaða áfrýjunarnefndarinnar um sameiningu mála gæti haft verulega þýðingu í málinu og þar sem niðurstaða nefndarinnar lægi ekki fyrir væri nauðsynlegt að framlengja þann frest sem Högum hefði verið veittur svo félagið gæti nýtt sér andmælarétt sinn. Laut meginkrafa Haga að því að fresturinn yrði framlengdur til 15. apríl 2008 en til vara að hann yrði framlengdur til 15. febrúar 2008. Með bréfi Samkeppniseftirlitsins þann 8. janúar 2008 var umbeðinn frestur framlengdur til 1. febrúar 2008.

Með úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 8/2007 *Hagar hf. gegn Samkeppniseftirlitinu* frá 11. janúar 2008 var kæru Haga vegna ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins um að hafna kröfu Haga um sameiningu mála vísað frá nefndinni.

Með bréfi Haga, dags. 1. febrúar 2008, barst endanleg umsögn félagsins vegna andmælaskjals Samkeppniseftirlitsins.

Samkeppniseftirlitið ritaði Högum bréf, dags. 28. febrúar 2008, þar sem óskað var eftir skýringum á þeim sjónarmiðum félagsins að verslanakeðjan Bónus hafi ekki notið andmælaréttar í málinu og beina hefði átt andmælaskjalinu til Bónuss en ekki Haga. Þann 7. mars 2008 óskuðu Hagar eftir fresti til þess að svara bréfi Samkeppniseftirlitsins frá 28. febrúar sl. Jafnframt var óskað eftir fundi með eftirlitinu til þess að m.a. að koma á framfæri sjónarmiðum fyrirtækisins við bréf eftirlitsins. Fundur með forsvarsmönnum Haga var haldinn 14. mars sl. þar sem Hagar afhentu Samkeppniseftirlitinu svarbréf við bréfi eftirlitsins frá 28. febrúar 2008 og gerðu munnlega grein fyrir sjónarmiðum sínum



2. Um athugasemdir Haga við málsmeðferð o.fl.

Hagar gera í andmælum sínum ýmsar athugasemdir við málsmeðferð og rannsókn Samkeppniseftirlitsins í máli þessu. Verður nú vikið að þessum sjónarmiðum Haga.

2.1 Um andmælarétt Haga

Hagar hafa gert athugasemdir við þann frest sem félagið fékk til þess að koma að athugasemdum vegna andmælaskjalsins. Frestur til 1. febrúar 2008 hafi ekki verið nægur né sanngjarn til að koma fram með réttar varnir. Að mati Haga hefði átt að veita frest í a.m.k. tvo mánuði til viðbótar svo eðlilegs jafnræðis væri gætt. Því sé ljóst að félaginu hafi verið gert erfitt fyrir að gæta andmælaréttar síns.

Hagar vísa einnig til þess að Samkeppniseftirlitið hafi gert húsleit hjá fyrirtækinu. Tvö mál séu nú til rannsóknar á hendur félaginu og „*óljóst hvort niðurstaða í þessu máli verði byggð á gögnum sem aflað var við húsleitina, án þess að fyrirtækinu hafi gefist færi á að koma að athugasemdum sínum. Óvissa þessi felur í sér mikinn meinbug á rannsókn SE enda ómögulegt fyrir fyrirtækið að átta sig á þýðingu haldlagðra gagna fyrir málið, sem hér er til umfjöllunar, eða hvort andmæli í þessu máli verði nýtt með einhverjum hætti í hugsanlegu máli síðar.*“

Samkeppniseftirlitið vísar til þess að andmælaskjalið var sent Högum þann 5. nóvember 2007 og var frestur gefinn til 10. desember s.á. til að koma að athugasemdum við það. Að beiðni Haga var sá frestur ítrekað framlengdur og skilaði félagið athugasemdum sínum 1. febrúar sl. Af þessu leiðir að komið hefur verið til móts við beiðnir um aukinn frest til þess að koma að athugasemdum við andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins. Þá er og sá frestur sem Hagar hafa haft til að koma að þeim athugasemdum lengri en almennt er miðað við í 3. mgr. 17. gr. reglna nr. 880/2005 um málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins. Verður því að telja að athugasemdir Haga um ónógan frest eigi ekki rétt á sér.¹

Eins og lýst hefur verið hóf Samkeppniseftirlitið athugun árið 2006 á því hvort Hagar hefðu brotið 11. gr. samkeppnislaga með skaðlegri undirverðlagningu í sölu á mjólkurafurðum í verslunum Bónuss á tilteknu tímabili. Í andmælaskjalinu frá 5. nóvember sl. var sett fram það frummat Samkeppniseftirlitsins að Hagar hafi farið gegn 11. gr. samkeppnislaga með skaðlegri undirverðlagningu í sölu á mjólkurafurðum í verslunum Bónuss. Með andmælaskjalinu fylgdi gagnalisti þar sem tilgreind eru þau gögn sem ályktanir eftirlitsins byggjast á. Þau gögn, ásamt athugasemdum Haga við andmælaskjalið eru megingögn, þessa máls. Húsleit hjá Högum, sem fram fór 15. nóvember 2007, er upphaf rannsóknar á því hvort smásalar og birgjar á matvælamarkaði hafi haft með sér ólöglegt samráð, sbr. 10. gr. samkeppnislaga. Einnig markar húsleitinn upphaf rannsóknar á því hvort Hagar hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með þvingunum eða ómálefnalegum viðskiptakjörum í garð birgja eða keppinauta. Þessi ætluðu brot varða ekki mögulega ólögmeta undirverðlagningu á mjólk í verslunum

¹ Í EES/EB-samkeppnisrétti er almennt litið svo á að tveir mánuðir séu fullnægjandi frestur fyrir aðila til að koma athugasemdum við andmælaskjal framkvæmdastjórnar EB í viðamiklum samkeppnismálum. Sjá t.d. dóm undirréttar EB frá 20. mars 2002 í máli nr. T-9/99 HFB Holding v Commission: „... the Community Courts have held, in a number of cases involving voluminous documentation, that a period of two months was sufficient for submission of observations on the statement of objections.“



Bónuss. Ljóst er því að mál þetta og sú rannsókn sem hófst 15. nóvember 2007 eru óskyld og að mál þetta byggir ekki á þeim gögnum sem aflað var í húsléitinni. Fær Samkeppniseftirlitið ekki séð að þessi málsmeðferð skapi óvissu eða sé á einhvern hátt óeðlileg.

2.2 Um aðild Bónuss

Hagar vísa til þess að í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins hafi verið komist að þeirri frumniðurstöðu að verðlagning Bónuss á mjólkurvörum hafi falið í sér skaðlega undirverðlagningu og því hafi Hagar gerst sekir um misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Hins vegar sé ekki „tekið tillit til þess að Bónus lýtur sjálfstæðri stjórn og er í samkeppni við fyrirtæki á borð við Hagkaup og 10/11 ekkert síður en við Krónuna, Nóatún, Samkaup, Fjarðarkaup o.s.frv.“ Hagar vísa til þess að Bónus sé sjálfstætt fyrirtæki með eigin kennitölu þó það sé í eigu Haga. Framkvæmdastjóri Bónuss taki sjálfstæðar ákvarðanir um verðstefnu og verðlagningu í verslunum fyrirtækisins en ekki forstjóri eða stjórn Haga. Þá sé Bónus rekið sem firma, sem geti átt réttindi og borið skyldur í lagalegu tilliti, með vísan til laga nr. 42/1903 um verslanaskrár, firmu og prókúruumboð. Samkvæmt samkeppnislögum sé fyrirtæki skilgreint sem einstaklingur, félag, opinberir aðilar og aðrir sem stunda atvinnurekstur. Atvinnurekstur sé svo skilgreindur sem hvers konar atvinnustarfsemi, óháð formi eignarhalds og án tillits til þeirrar vöru, þjónustu eða réttinda, sem verslað eða sýslað sé með gegn endurgjaldi. Enginn vafi leiki á því að Bónus falli undir þessa skilgreiningu laganna og teljist því fyrirtæki í skilningi þeirra. Að mati Haga hafi því rannsókn Samkeppniseftirlitsins átt að beinast gegn því fyrirtæki, en ekki Högum, frekar en Baugi eða Gaumi, sem sé meirihluta eigandi Baugs.

Að mati Haga sé ljóst að þrátt fyrir að fram komi í andmælaskjalinu að rannsóknin hafi einungis beinst að Högum sé henni einnig beint að fyrirtækinu Bónusi. Beinlínis hafi komið fram í andmælaskjalinu að verðlagning í verslunum Bónuss hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga. Bónus eigi því lögvarinna hagsmuna að gæta. Eigi að síður hafi því fyrirtæki aldrei verið veitt aðild að málinu né því gefinn kostur á að gæta andmælaréttar. Sé þetta verulegur ágalli á málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins.

Í ljósi framangreinds ritaði Samkeppniseftirlitið Högum bréf, dags. 28. febrúar 2008, þar sem óskað var eftir frekari skýringum á þeim sjónarmiðum félagsins að verslanakeðjan Bónus hafi ekki notið andmælaréttar í málinu og hvers vegna hefði átt að beina andmælaskjalinu til Bónuss en ekki Haga. Í bréfinu var fjallað um skilyrði fyrir því að móðurfélag og dótturfélag myndi í skilningi samkeppnislaga eina efnahagslega einingu (e. single economic unit) auk þess sem skipulagi Haga var lýst og raktar þær eignabreytingar sem orðið höfðu á fyrirtækinu og dótturfélögum þess allt frá árinu 1992. Gögn málsins sýni að Bónus sé deild innan Haga og ársreikningar þess séu hluti af samstæðureikningi Haga. Í ljósi þessa hefði að mati Samkeppniseftirlitsins verið eðlilegt að beina málum sem varða aðgerðir sem gripið hafi verið til í nafni verslanakeðjunnar Bónuss að Högum. Samkeppniseftirlitið óskaði því eftir viðbrögðum Haga við þessum sjónarmiðum eftirlitsins. Nánar tiltekið var óskað eftir eftirfarandi upplýsingum:

1. Ef Hagar teldu þá lýsingu sem sett var fram á skipulagi Haga í bréfinu ranga var óskað eftir upplýsingum þar að lútandi.
2. Hvort Hagar teldu að Bónus og Hagar mynduðu ekki eina efnahagslega einingu.



3. Hvort Hagar teldu að Bónus, Hagkaup og 10-11 séu ekki hluti af einni efnahagslegri einingu undir yfirlitum Haga.
4. Ef Hagar teldu að félagið og viðkomandi verslanir mynduðu ekki eina efnahagslega einingu var óskað eftir mati félagsins á því hvort það teldi að svo hafi verið frá stofnun Baugs hf. á árinu 1998. Ef Hagar teldu að þetta hefði gerst eftir 1998 var óskað upplýsinga um þau atvik.
5. Hvort Hagar hefðu orðið fyrir örðugleikum við að fá upplýsingar og/eða gögn frá starfsmönnum Bónuss um þau atriði sem rannsókn og andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins tók til. Ef svo væri var óskað upplýsinga um hvaða þættir málsins Hagar teldu að skorti upplýsingar.
6. Óskað var eftir afriti af gögnum sem Hagar teldu að sýndu fram á að Bónus væri sjálfstætt fyrirtæki.

Í svarbréfi Haga er fallist á að lýsing Samkeppniseftirlitsins á forsögu og skipulagi Haga og Bónuss sé rétt. Einnig taka Hagar undir það sjónarmið Samkeppniseftirlitsins að Hagar myndi efnahagslega einingu með verslanakeðjum sínum, þ.m.t. Bónuss. Að mati Haga komi það hins vegar ekki í veg fyrir að beina hefði átt erindinu að Bónusi. Að mati Haga virðist sem Samkeppniseftirlitið „leyfi sér að ákveða eftir eigin hentisemi hvaða aðilar séu nægjanlega sjálfstæðir til að eiga sjálfstæða aðild og í hvaða tilvikum, án þess að byggja slík sjónarmið á lögum. Engin fyrirsjáanleg regla virðist vera á því í hvaða tilvikum stofnunin kýs annars vegar að leggja mál sín þannig upp að þau beinist að Högum hf. eða hins vegar að þau beinist að fyrirtækjum sem eru í eigu Haga hf.“ Nefna Hagar sem dæmi ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 20/2006, en að því máli hafi Hagar enga aðkomu haft, enda hafi Samkeppniseftirlitið kosið að beina erindum sínum að Hagkaupum. Í bréfi Haga segir einnig:

„Þrátt fyrir eignarhald Haga hf. á Bónus lýtur fyrirtækið sérstakri framkvæmdastjórn sem stýrir fyrirtækinu og tekur allar ákvarðanir varðandi daglegan rekstur Bónus, þ.m.t. verðákvarðanir. Þannig, eins og bent hefur verið á í fyrri bréfaskriftum, keppa fyrirtæki í eigu Haga hf. innbyrðis þótt þau tilheyri sömu efnahagslegu einingu. Af þeim sökum er það mat Haga hf. að erindi Samkeppniseftirlitsins, andmælaskjali, hefði réttilega átt að beina að Bónus og því fyrirtæki veitt sjálfstæð aðild að málinu.“

Engin gögn fylgdu með bréfi Haga sem sýna að Bónus sé sjálfstætt fyrirtæki. Varðandi það hvort Hagar hefðu orðið fyrir örðugleikum við að fá upplýsingar og/eða gögn frá starfsmönnum Bónuss um þau atriði sem rannsókn og andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins tók til segir eftirfarandi í bréfi Haga:

„Við þessari spurningu er ekki hægt að veita önnur svör en að Hagar hf. telja, líkt og áður er fram komið, að Samkeppniseftirlitið hefði átt og á að snúa sér til Bónuss, sé óskað eftir upplýsingum frá því fyrirtæki. Í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins var ekki farið fram á, að Hagar hf. ættu að afla einhverra tiltekinna gagna frá Bónus, að öðru leyti en því sem snýr einnig að Högum hf. Ekki var erfiðleikum bundið að afla gagna frá Bónus sem einnig varða Haga hf.“



Við mat á framangreindum sjónarmiðum Haga verður fyrst að líta til þess að í máli þessu kemur til álita að leggja á sektir vegna brota á 11. gr. samkeppnislaga og samkvæmt 37. gr. laganna leggur Samkeppniseftirlitið stjórnvaldssektir á fyrirtæki sem brjóta gegn bannákvæðum þeirra. Ákvæði 37. gr. er að þessu leyti efnislega samhljóða ákvæði 1. mgr. 52. gr. samkeppnislaga nr. 8/1993, eins og því var breytt með 17. gr. laga nr. 107/2000, en ákvæðið er sniðið að EES-löggjöfinni og þeim reglum sem gilda í EB.² Í athugasemdum með frumvarpi því sem varð að lögum nr. 107/2000 kemur fram að breytingunni á stjórnvaldssektarákvæði samkeppnislaga sé ætlað að stuðla að því að sektarákvarðanir samkeppnisyfirvalda verði í samræmi við það sem tíðkist í EES/EB-samkeppnisrétti. Hugtakið fyrirtæki í 11. gr. samkeppnislaga sækir einnig fyrirmynd sína til EES/EB-samkeppnisréttar. Samkvæmt því er rétt að hafa hliðsjón af EES/EB-samkeppnisrétti við skýringu á hugtakinu fyrirtæki og stjórnvaldssektarákvæði samkeppnislaga, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 3/2008 *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu*.³

Eins og leiðir af orðalagi 37. gr. samkeppnislaga er það fyrirtæki í skilningi samkeppnisréttar sem sætir ábyrgð vegna brota á samkeppnislögum. Samkvæmt 2. tl. 1. mgr. 4. gr. samkeppnislaga er fyrirtæki einstaklingur, félag eða aðrir sem stunda atvinnurekstur. Atvinnurekstur er hvers konar atvinnustarfsemi, óháð formi eignarhalds og án tillits til þeirrar vöru, þjónustu eða réttinda sem verslað er með gegn endurgjaldi, sbr. 1. tl. 4. mgr. laganna. Dómstólar EB hafa skýrt hugtakið fyrirtæki sjálfstæðri skýringu í þeim skilningi að merking þess getur verið önnur en lögð er í það á öðrum réttarsviðum, svo sem á sviði félagaréttar.⁴ Af dómum dómstóla EB verður ráðið að fyrirtæki séu efnahagsleg eining (e. economic unit) sem samanstendur af persónulegum, hlutbundnum og óhlutbundnum þáttum, sem leitast við að ná efnahagslegu markmiði og geta haft í för með sér brot á samkeppnislöggjöf.⁵ Er því um að ræða afstætt hugtak og nauðsynlegt að meta það með hliðsjón af atvikum hvers máls fyrir sig hvort um sé að ræða fyrirtæki í framangreindum skilningi.⁶

² Í athugasemdum við stjórnvaldssektarákvæðið í frumvarpi sem varð að lögum nr. 8/1993 segir: „Hér er um nýmæli að ræða í íslenskri löggjöf, ákvæðið er sniðið eftir þeirri löggjöf sem væntanlega mun gilda innan EES og gildir nú í ríkjum EB.“

³ Í athugasemdum við 2. gr. frumvarps sem varð að lögum nr. 52/2007 er vísað til þess að framkvæmd í EES/EB-samkeppnisrétti hafi verið höfð til hliðsjónar við túlkun á stjórnvaldssektarákvæði samkeppnislaga og að frumvarpinu sé ekki ætlað að breyta þeirri framkvæmd. Sjá einnig t.d. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 9/2006 *Misnotkun Flugþjónustunnar á Keflavíkurlflugvelli ehf. á markaðsráðandi stöðu sinni*.

⁴ Sjá t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar EB frá 16. desember 2003 í máli COMP/E-1/38.240- Industrial tubes: „The subject of Community and EEA competition rules is the „undertaking“, a concept that is not identical with the notion of corporate legal personality in national commercial or fiscal law.“ Sjá einnig Kerse & Khan, EC Antitrust Procedure, 5. útg. 2005, bls. 363: „... it is important to note that „undertaking“ is essentially a functional and economic concept which for competition law purposes is not necessarily identical with that of legal personality under national company laws.“

⁵ Sjá t.d. dóm undirréttar EB í máli nr. T-352/94 *Mo Och Domsjo v Commission* [1998] ECR II-1989: „... Article 85 (1) of the Treaty is aimed at economic units which consist of a unitary organisation of personal, tangible and intangible elements, which pursues a specific economic aim on a long-term basis and can contribute to the commission of an infringement of the kind referred to in that provision.“ Sjá einnig dóm dómstóls EB í máli nr. 170/83 *Hydroterm v Compact* [1985] ECR 3016: „In competition law the term „undertaking“ must be understood as designating an economic unit for the purposes of the subject matter of the agreement in question even if in law that economic unit consists of several persons, natural or legal.“

⁶ Sjá álit Jacobs aðallögsögumanns dómstóls EB frá 28. janúar 1999 í máli nr. C-67/96 *Albany International v. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*: „... the Court has held that 'in competition law, the term undertaking must be understood as designating an economic unit for the purpose of the subject-matter of the agreement in question. Accordingly, the notion of 'undertaking' is relative and has to be established in concreto with regard to the specific activity under scrutiny.“



Litið er svo á að aðilinn sem starfrækir viðkomandi fyrirtæki þegar brot á sér stað verði almennt gert að greiða sekt vegna brotsins.⁷ Sérstök sjónarmið eiga við um ábyrgð á samkeppnisbrotum þegar tvö eða fleiri fyrirtæki eru ekki sjálfstæð heldur mynda eina efnahagslega einingu. Í því samhengi er rétt að líta til ummæla í athugasemdum með frumvarpi því sem varð að lögum nr. 107/2000 en þar segir:

„Á sama hátt og í EES-samkeppnisrétti er við það miðað að bann ákvæðisins taki til samninga eða samstilltra aðgerða milli tengdra fyrirtækja, t.d. móður- og dótturfyrirtækis eða fyrirtækja innan sömu fyrirtækjasamstæðu, nema viðkomandi fyrirtæki myndi eina efnahagslega einingu (e. single economic unit, d. økonomisk enhed), sbr. t.d. dóm dómstóls EB frá 24. október 1996 í máli nr. C-73/95P, Viho Europe BV gegn framkvæmdastjórninni. Um slíka einingu er að ræða þegar dótturfyrirtæki eða fyrirtæki innan sömu fyrirtækjasamstæðu hefur ekki raunverulegt frelsi til þess að ákveða aðgerðir sínar á markaði. Í þessu felst að eðli sambandsins milli móðurfyrirtækis og tengdra fyrirtækja ræður því hvort fyrirtækin falla undir bannreglu ákvæðisins. Ef samband t.d. dótturfyrirtækis við móðurfyrirtæki er þannig að móðurfélagið hefur boðvald yfir dótturfélaginu og það er í raun ígildi deildar innan móðurfélagsins er um eina efnahagslega einingu að ræða. Í skilningi samkeppnisréttarins eru samningar milli þessara aðila ekki samningar milli sjálfstæðra keppnauta heldur frekar innri ráðstafanir sama fyrirtækis. Ef dótturfélag á hinn bóginn nýtur raunverulegs sjálfstæðis í markaðsstarfi sínu getur samstarf þess við móðurfélagið fallið undir bannregluna. Um slíkt sjálfstæði getur t.d. verið að ræða þegar minnihlutaeigandi hefur sameiginleg yfirráð yfir því með móðurfyrirtækinu á grundvelli t.d. neitunarvalds um mikilvægar ráðstafanir. Þegar móður- og dótturfyrirtæki mynda eina efnahagslega einingu geta aðgerðir þeirra fallið undir ákvæði laganna um bann við misnotkun á markaðsráðandi stöðu.“

Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 9/2008 *Hörður Einarsson gegn Samkeppniseftirlitinu* var staðfest að nán tengsl milli fyrirtækja leiði til þess að þau teljist tilheyra einni efnahagslegri einingu.

Ef t.d. móður- og dótturfyrirtæki mynda eina efnahagslega einingu er unnt í samkeppnisrétti að beina máli og sektarákvörðun að móðurfélagi vegna aðgerða dótturfélagsins á viðkomandi markaði.⁸ Ástæða þessa er að móður- og dótturfélag sem mynda slíka einingu eru í raun einn og sami aðilinn í efnagslegum skilningi. Í þessu samhengi má og hafa í huga að dómstólar EB hafa fallist á að framkvæmdastjórn EB hafi

⁷ Sjá t.d. dóm dómstóls EB í máli nr. C-279/98P *Cascades v Commission* [2000] ECR I-9693: „It falls, in principle, to the legal or natural person managing the undertaking in question when the infringement was committed to answer for that infringement ...“.

⁸ Sjá t.d. dóm undirréttar EB frá 27. september 2006 í máli nr. T-314/01 *Avebe BA v Commission*: „...it should be recalled that it is settled case-law that the anti-competitive conduct of an undertaking can be attributed to another undertaking where it has not decided independently upon its own conduct on the market but carried out, in all material respects, the instructions given to it by that other undertaking, having regard in particular to the economic and legal links between them.“ Sjá einnig Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, sjötta útgáfa 2008, bls. 1329: „Undertakings may be treated as members of the same economic unit, so that a fine may be imposed on one in respect of the conduct of the other, by virtue of the fact that they are each owned by the same individual, provided that it is established on the evidence that the individual actually controls both undertakings.“



val um hvort hún leggi sekt á móðurfélag eða dótturfélag vegna brota dótturfélagsins á samkeppnisreglum.⁹ Það er hins vegar stefna framkvæmdastjórnar EB að leggja sektir á móðurfélag frekar en dótturfélag í þeim tilgangi að efla varnaðaráhrif.¹⁰

Skoða verður í hverju tilviki fyrir sig hvort viðkomandi fyrirtæki mynda eina efnahagslega einingu eða ekki. Hins vegar hefur dómstóll EB talið að ef dótturfélag er alfarið í eigu móðurfélags séu sterkar löglíkur fyrir því að félögin teljist ein efnahagsleg eining.¹¹ Unnt er að hnekkja þessum löglíkum en sönnunarbyrðin um að dótturfélag sé sjálfstætt hvílir alfarið á viðkomandi móðurfélagi.¹² Í því sambandi duga ekki almennar staðhæfingar heldur verður móðurfélagið að sýna með nákvæmum hætti fram á sjálfstæði dótturfélagsins.¹³ Sú staðreynd að móðurfélag kemur fram fyrir hönd dótturfélags í málum sem varða ætluð samkeppnislagabrot veitir vísbendingu um að félögin myndi eina efnahagslega einingu.¹⁴

Fyrir liggur í máli þessu að Hagar telja að félagið og Bónus myndi eina efnahagslega einingu og hafa Hagar heldur ekki lagt fram nein gögn sem eiga að sýna fram á viðskiptalegt sjálfstæði Bónuss. Eins og nánar verður rökstutt er Samkeppniseftirlitið sammála þessu mati á stöðu Bónus innan samsteypu Haga.¹⁵

Í álitni samkeppnisráðs nr. 2/1998 *Fyrirhugaðar eignarhaldsbreytingar í Hagkaupi hf. og Bónus sf. og sameining fyrirtækjanna tveggja* var fjallað um fyrirhugaða sameiningu Hagkaupa hf. og Bónus sf. Samkeppnisráð komst í álitinu að þeirri niðurstöðu að Hagkaup og Bónus hafi orðið að einni efnahagslegri einingu á árinu 1992. Í júlí 1998 tók til starfa nýtt sameinað félag Hagkaups, Bónuss og Nýkaups og bar það heitið Baugur hf. Í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 18/1999 *Yfirtaka Baugs hf. á Vöruveltunni hf.* var vísað til þess að Baugur ætti og ræki verslunarkeðjurnar Hagkaup, Bónus og 10-11. Í maí 2002 var Baugi hf. skipt upp í þrjú félög og tók Baugur Ísland hf. við m.a. öllum

⁹ Sjá t.d. dóm undirréttar EB í máli nr. T-65/89 [1993] ECR II-442: „...whilst it is indeed true that the Commission could have imposed those fines on the parent company ... ” Sjá einnig Wouter Wils, *The Optimal Enforcement of EC Antitrust Law*, 2002 bls. 183: „It is apparent from the case law that the Community Courts recognize a degree of discretion for the Commission in the choice of the company on which it imposes the fine.”

¹⁰ Sjá Faull & Nikpay, *The EC Law of Competition*, önnur útgáfa 2007 bls. 994: „It is the Commission’s prerogative to decide upon the entities to which it addresses its decisions. To ensure the maximum deterrent value of any fines, the Commission will impose –if the circumstances of the case allow it– responsibility at the highest level in a corporate group, by addressing the decision to the parent company within the group.”

¹¹ Sjá t.d. dóm dómstóls EB í máli nr. C-286/98 *Stora Kopparbergs Bergslag v Commission* [2000] ECR I-9925: „As that subsidiary was wholly owned, the Court of First Instance could legitimately assume, as the Commission has pointed out, that the parent company in fact exercised decisive influence over its subsidiary’s conduct, particularly since it had found, in paragraph 85 of the contested judgment, that during the administrative procedure ‘the appellant had presented itself as being, as regards companies in the Stora Group, the Commission’s sole interlocutor concerning the infringement in question. In those circumstances, it was for the appellant to reverse that presumption by adducing sufficient evidence.’”

¹² Sjá t.d. dóm undirréttar EB frá 27. september 2006 í máli nr. T-314/01 *Avebe BA v Commission*: „In the case giving rise to the judgment in *Stora Kopparbergs Bergslags v Commission*, paragraph 129 above, relied on by the Commission, the Court of Justice recognised that when a parent company holds 100% of the shares in a subsidiary which has been found guilty of unlawful conduct, there is a rebuttable presumption that the parent company actually exerted a decisive influence over its subsidiary’s conduct. In that situation, it is for the parent company to reverse that presumption by adducing evidence to establish that its subsidiary was independent ...”

¹³ Sjá Faull & Nikpay, *The EC Law of Competition*, önnur útgáfa 2007 bls. 998 „In order to successfully rebut the presumption, the parent company/shareholder would have to demonstrate true corporate independence on the part of the subsidiary and provide details of the nature of the relationship, or absence of a relationship, between itself and the subsidiary. ... In any case, an undertaking cannot make general assertions when putting forward arguments to rebut the presumption.”

¹⁴ Sjá t.d. dóm dómstóls EB í máli nr. 107/82 *AEG v Commission* [1983] ECR 3151.

¹⁵ Í umfjölluninni hér að framan kemur fram að móður- og dótturfyrirtæki geti myndað eina efnahagslega einingu. Rétt er að taka fram að Bónus er ekki dótturfélag Haga í hefðbundnum skilningi, heldur rekið sem firma í eigu Haga.



verslunarrekstri Baugs hf. á Íslandi í mat- og sérvöru.¹⁶ Í árslok 2003 var nafni Baugs Íslands hf. breytt í Hagar hf. Þann 7. júní 2006 sendi Samkeppniseftirlitið Högum bréf þar sem óskað var eftir tilteknum upplýsingum og gögnum um verslanakeðjur í eigu fyrirtækisins og því jafnframt gefinn kostur á að koma að athugasemdum vegna athugunar Samkeppniseftirlitsins í máli þessu. Í svarbréfi Haga til Samkeppniseftirlitsins frá 9. ágúst 2006 er félaginu lýst með þessum hætti:

„Hagar hf. eru í dag verslunarfyrirtæki sem starfar á Íslandi, annars vegar á mat- og dagvörumarkaði og hins vegar á sérvörumarkaði. Þar sem athugun Samkeppniseftirlitsins lýtur að verðlagningu í matvöruverslunum verður hér fjallað um starfsemi Haga hf. á mat- og dagvörumarkaði og miðast öll svör og upplýsingar við það. Undir Haga hf. fellur rekstur verslana Bónus, Hagkaupa og 10-11.“

Í bréfinu er sagt að markaðshlutdeild Haga byggi á „mikilli vinnu, góðri þjónustu við viðskiptavini, frumkvæði og skynsamlegri verðstefnu.“ Í þeirri markaðshlutdeild sem Hagar vísa til er átt við hlutdeild allra þriggja verslanakeðja í eigu félagsins. Í frekari umfjöllun um matvörumarkaðinn taka Hagar fram að neytendur „snúa sér með innkaup sín þangað sem þeim finnst ódýrast, best og/eða þægilegast að versla. Hagar hf. hafa reynt að mæta þessum þörfum neytenda í öllum skilningi með verslunum sínum.“ Fram kemur að Hagar telji að verslanir félagsins hafi ekki stundað skipulögð undirboð eða skaðlega undirverðlagningu á markaði og í bréfinu segir einnig þetta:

„Hins vegar lýstu samkeppnisaðilar Haga hf. á markaðnum yfir slíkum aðgerðum [verðstríði] og hafa Hagar hf. talið sér bæði heimilt og skylt að verja markaðshlutdeild sína og rekstur en Bónus verslanir Haga hf. hafa frá upphafi lagt áherslu á að bjóða upp á ódýrasta verðið í verslunum sínum. Úrræði sem gripið hefur verið til í þeim tilgangi hafa aldrei falið í sér að stunda skipuleg undirboð á markaðnum heldur einfaldlega miðað að því að gæta hagsmuna fyrirtækisins gagnvart útspili keppinauta og stunda þannig virka samkeppni.“

Hafa Hagar þannig veitt upplýsingar, fjallað um og gefið skýringar á þeim aðgerðum sem mál þetta tekur til, sbr. einnig athugasemdir Haga við andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins.

Hér má einnig líta til þess að í kjölfar mikillar opinberrar umræðu um ætlað verðsamráð verslanakeðjanna Bónuss og Krónunnar óskuðu Hagar eftir því, með bréfi dags. 1. nóvember 2007, að Samkeppniseftirlitið rannsakaði hvort eitthvað væri hæft í þeim orðrómi um „að á matvörumarkaðnum hér á landi sé stundað víðtækt verðsamráð með þátttöku fyrirtækja Haga hf.“ Í bréfi Haga frá 29. nóvember sl. er sagt að hjá Samkeppniseftirlitinu séu til meðferðar tvö mál sem beinist gegn sama aðilanum og þess krafist að þau yrðu sameinuð. Var í því sambandi m.a. vísað til ætlaðrar undirverðlagningar á mjólk í verslunum Bónuss og ætlaðra ólögmetra aðgerða Haga í garð birgja sinna.

¹⁶ Sjá frétt á heimasíðu Haga um niðurstöðu aðalfundar Baugs 30. maí 2002.



Eins og fram hefur komið eiga Hagar og reka þrjár verslanakeðjur, Bónus, Hagkaup og 10-11, en Hagar reka einnig eigið birgða- og innkaupafyrirtæki, Aðföng. Þessar verslanakeðjur og Aðföng eru skráð sem einstaklingsfyrirtæki með kennitölu í fyrirtækjaskrá. Af bréfi Haga frá 1. febrúar 2008 verður ráðið að Bónus sé alfarið í eigu Haga og rekið sem firma. Á heimasíðu Haga er að finna umfjöllun um þau fyrirtæki sem félagið á og rekur og rekstur þeirra. Þar segir m.a. að hlutverk Haga sé að „veita þessum fyrirtækjum aðhald og finna sameiginlega fleti sem geta leitt til hagræðingar í kostnaði og aukið tekjumöguleika fyrirtækjanna og þar af leiðandi samkeppnisstyrk þeirra.“ Samkvæmt skýrslu Lánstrausts hf. felst starfsemi Aðfanga í magninnkaupum fyrir félög Haga. Þar segir að fyrirtækið „annast innkaup, birgðahald og dreifingu á vörum fyrir matvöruverslanir Haga hf. Markmið fyrirtækisins er að ná fram hagkvæmari innkaupum með magni, ná niður kostnaði með miðlægum lager og sameiginlegri dreifingu.“ Í skýrslunni kemur einnig fram að Aðföng séu firma í eigu Haga og að í raun megi segja að um „sértæka afkomueiningu sé að ræða innan samsteypu Haga hf.“ Sama er að segja um verslanakeðjurnar Hagkaup og Bónus, en í skýrslu Lánstrausts um verslanakeðjurnar segir að þær séu deildir innan Haga og að ársreikningar þeirra séu hluti af samstæðureikningi Haga.

Að framansögðu leiðir að verslanakeðjan Bónus er deild innan Haga og alfarið í eigu Haga. Mál þetta varðar sölu á mjólkurvörum í Bónusverslunum Haga. Hagar hafa komið fram fyrir hönd Bónuss og veitt upplýsingar um rekstur Bónuss og gefið skýringar á þeirri verðstefnu sem rekin er í Bónusverslununum og á þeim aðgerðum sem gripið hefur til í nafni Bónuss á markaði þessa máls. Ummæli Haga sýna og að félagið hafi í raun tekið þær ákvarðanir sem fylgdu því að „verja markaðshlutdeild sína og rekstur“ í verðstríðinu svokallaða. Engar upplýsingar hafa heldur komið fram í málinu um að Bónus njóti raunverulegs viðskiptalegs sjálfstæðis frá Högum. Sökum þessa er ljóst að Hagar og Bónus teljast vera ein efnahagsleg eining í skilningi samkeppnislaga. Af framangreindu leiðir að það er bæði heimilt og eðlilegt í máli þessu að beina ákvörðun að Högum vegna þeirra aðgerða sem gripið var til í nafni Bónuss á matvörumarkaðnum. Þar sem Bónus er deild innan Haga var ekki nauðsynlegt að veita þeirri deild sjálfstæðan andmælarétt í máli þessu.

Vísun Haga til ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins í máli nr. 20/2006 getur hér engu breytt. Í því máli var ekki til skoðunar hvort aðgerðir sem gripið var til í nafni Hagkaupa hefðu farið gegn samkeppnislögum.

2.3 Um ætlaða hlutdrægni Samkeppniseftirlitsins

Í athugasemdum Haga frá 1. febrúar 2008 er sagt að eitt af aðalhlutverkum Samkeppniseftirlitsins sé að koma í veg fyrir misnotkun á markaðsráðandi stöðu og mál þetta virðist vera tilraun eftirlitsins til þess að sinna því hlutverki. Eftirlitið hafi hins vegar gleymt meginmarkmiði sínu sem sé að að fylgjast með samkeppnis- og viðskiptaháttum á einstökum mörkuðum í íslensku viðskiptalífi og efla þannig virka samkeppni í viðskiptum. Síðan segir:

„Í stað þess að rannsaka á hlutlausan hátt, forsendur, orsakir og afleiðingar verðstríðsins sem átti sér stað sumarið 2005 á mjólkurvörum, virðist Samkeppniseftirlitið hafa einsett sér að taka upp pískinn og refsa. Þetta kemur berlega fram í viðtali við Pál Gunnar Pálsson, forstjóra



Samkeppniseftirlitsins sem birtist á fréttavef RÚV 31. janúar 2007. Þar óskar Samkeppniseftirlitið eftir aðstoð almennings, þar sem stofnunin ynni að viðamikilli athugun á því hvort markaðsráðandi fyrirtæki, í smásölu á matvörumarkaði, misnoti aðstöðu sínu. Ennfremur má nefna ummæli viðskiptaráðherra í viðtali í sjónvarpsfréttum RÚV hinn 5. nóvember 2007. Í þeim segir viðskiptaráðherra orðrétt: „Mér hefur verið tjáð af forystumönnum Samkeppniseftirlitsins að sú rannsókn muni líka innibera þær ásakanir sem koma fram núna, alla vegana hluta“. Þau ummæli og sú vitneskja sem viðskiptaráðherra bjó yfir, eru algjörlega óútskýrð af hálfu SE. Vísast nánar til um þetta efni, í meðfylgjandi bréf með athugasemdum Haga hf. til SE, dagsett 12. nóvember 2007.“

Í bréfi Haga frá 12. nóvember 2007 var óskað upplýsinga um ummæli viðskiptaráðherra sem birtust í fjölmiðlum þann 5. nóvember 2007. Í athugasemdum Haga er því haldið fram að bréfi Haga frá 12. nóvember 2007 hafi ekki verið svarað.

Þessu bréfi Haga var hins vegar svarað með bréfi Samkeppniseftirlitsins til Haga, dags. 14. nóvember 2007. Í bréfinu segir m.a. þetta:

„Eins og kunnugt er hafa opinberlega komið fram ásakanir í garð fyrirtækja á matvörumarkaði um brot á samkeppnislögum. Þannig hafa verið fluttar fréttir þar sem heimildarmenn fjölmiðla fullyrða að Bónus og Krónan hafi haft með sér ólögmaett samráð. Aðrar heimildir í fjölmiðlum greina frá samskiptum smásöluverslana við birgja og aðkomu þeirra að verðlagningu í smásölu. Hagar hafa með bréfi, dags. 1. nóvember sl., óskað eftir því að Samkeppniseftirlitið hefji rannsókn á framangreindu ætluðu ólögmaetu samráði.“

Af þessu tilefni hefur Samkeppniseftirlitið aðspurt um þessi mál vakið athygli á því að hjá því væru til meðferðar mál er varða matvörumarkaðinn. Hefur Samkeppniseftirlitið í umfjöllun sinni vísað til fréttatilkynningar eftirlitsins frá 31. janúar á þessu ári, þar sem greint er frá eftirliti með samkeppni og samkeppnisaðstæðum á matvörumarkaði. Ennfremur hefur verið vísað til ársrits Samkeppniseftirlitsins, sem kynnt var 30. ágúst sl., en þar er einnig fjallað um athuganir eftirlitsins er varða matvörumarkaðinn. Sérstaklega hefur verið vísað til athugunar á viðskiptasamningum birgja og endurseljenda sem hófst með gagnaöflun gagnvart um 70 birgjum.

Í samskiptum sínum við fjölmiðla hefur Samkeppniseftirlitið látið þess getið að verið sé að meta ábendingar sem fram hafa komið síðustu daga, en að einhverjar þeirra kunni að nýtast í fyrrgreindri athugun á viðskiptasamningum birgja og endurseljenda. Aðspurt hefur Samkeppniseftirlitið ekki getað upplýst um hvenær athugunum þess ljúki, en að þeim verði hraðað eftir því sem kostur er.



Af framangreindu er ljóst að viðskiptaráðherra hefur haft aðgang að upplýsingum um athuganir Samkeppniseftirlitsins sem aðgengilegar hafa verið almenningi á heimasíðu Samkeppniseftirlitsins og í gegnum fjölmiðla. Þar til viðbótar hefur hann verið upplýstur á sama hátt og fjölmiðlar um að verið sé að leggja mat á framkomnar ábendingar og að einhverjar þeirra kunni að nýtast í athugunum sem þegar eru til meðferðar. Ætla verður að í tilvitnuðum ummælum viðskiptaráðherra um rannsókn Samkeppniseftirlitsins hafi hann verið að vísa til þessa. Að öðru leyti en þessu hefur viðskiptaráðherra hvorki leitað upplýsinga um viðbrögð Samkeppniseftirlitsins, né honum verið greint frá þeim.

Samkeppniseftirlitið fær ekki séð að með nokkru móti geti framangreind upplýsingagjöf talist gagnrýnisverð með tilliti til sjálfstæðis stofnunarinnar eða þagnarskylduákvæða samkeppnislaga.

Rétt er að taka fram að athugun sú er viðskiptaráðherra gerir að umtalsefni í viðkomandi frétt lýtur að viðskiptasamningum birgja og smásölnunnar. Er þar um að ræða annað stjórnisýslumál en það sem lýtur að meintri misnotkun Haga á markaðsráðandi stöðu. Verður því ekki séð að ummæli ráðherra tengist með nokkru móti yfirstandandi rannsókn á ætlaðri undirverðlagningu í verslunum Bónuss."

Hér ber einnig að athuga að í máli þessu hefur verið tekið til athugunar hvort Hagar hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga. Eftir gagnaöflun og rannsókn á gögnum málsins var Högum sent andmælaskjal þar sem frumniðurstaða um brot á 11. gr. var rökstudd ítarlega og Högum gefin kostur að tjá sig um þetta. Í ákvörðun þessari er tekin rökstudd afstaða til sjónarmiða Haga um atvik málsins og túlkun samkeppnislaga. Er þessi rannsókn og málsmeðferð í samræmi við hlutverk Samkeppniseftirlitsins og ákvæði samkeppnislaga og stjórnisýslulaga.

Með hliðsjón af framangreindu fær Samkeppniseftirlitið ekki séð að eftirlitið hafi sýnt af sér hlutdrægni eða málsmeðferð þessi hafi verið óeðlileg.

2.4 Um rannsókn málsins

Hagar halda því fram að of mikil áhersla hafi verið lögð á að rannsaka háttsemi verslana félagsins á umræddu tímabili en ekki þátt annarra keppinauta á þessum markaði, sem hafi tekið fullan þátt í því verðstríði sem þetta mál taki til. Að mati Haga eigi stjórnvald, áður en það taki ákvörðun um réttindi og skyldur aðila, að rannsaka mál ítarlega og sjá til þess að það sé nægjanlega upplýst áður en ákvörðun sé tekin. Vísar félagið til 10. gr. stjórnisýslulaga nr. 37/1993 í því sambandi. Þá halda Hagar því fram að engin sjálfstæð rannsókn virðist hafa farið fram á matvörumarkaðnum á Íslandi, heldur einungis stuðst við skýrslur og rannsóknir um matvörumarkaði í öðrum löndum. Af þeim sökum sé með engu móti hægt að halda því fram að Samkeppniseftirlitið hafi fullnægt rannsóknarskyldu sinni, og geti á hlutlausan hátt, tekið rétta efnislega ákvörðun í málinu.



Hagar gera einnig athugasemd við að Samkeppniseftirlitið hafi vitnað til úrlausna breskra samkeppnisyrvalda og segja að aðstæður á erlendum matvörumörkuðum séu frábrugðnar aðstæðum hér á landi.

Í máli þessu hefur Samkeppniseftirlitið aflað fjölmargra gagna um matvörumarkaðinn hér á landi, m.a. frá öllum aðilum sem starfa á honum. Óskað var viðhorfa stærstu verslunarkeðja landsins um það hver væri sá markaður eða markaðir sem þær starfi á. Á grundvelli mats á þessum gögnum voru settar fram frumniðurstöður í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins og Hagar hafa tjáð sig um þær. Í ákvörðun þessari er með rökstuddum hætti tekin afstaða til sjónarmiða Haga. Telur Samkeppniseftirlitið að rannsókn málsins sé fullnægjandi.

Í máli þessu er til skoðunar hvort Hagar séu í markaðsráðandi stöðu og hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga. Í ljósi þessa beinist rannsóknin að aðgerðum Haga á markaðnum. Hegðun keppinauta Haga, sem ekki eru í markaðsráðandi stöðu á markaði þessa máls, er tekin til skoðunar að því marki sem það hefur þýðingu við mat á því hvort Hagar hafi farið gegn 11. gr. samkeppnislaga. Eins og 11. gr. samkeppnislaga ber með sér tekur ákvæðið aðeins til markaðsráðandi fyrirtækja.

Ekki er um það að ræða að Samkeppniseftirlitið beiti niðurstöðum erlendra samkeppnisyrvalda með beinum hætti í þessu máli. Eins og fyrr sagði hefur eftirlitið aflað ítarlegra gagna um íslenska markaðinn og lagt mat á þau gögn. Samkeppniseftirlitið telur hins vegar bæði gagnlegt og málefnalegt í þessu máli að hafa hliðsjón af reynslu erlendra samkeppnisyrvalda við beitingu samkeppnisreglna á matvörumarkaði. Varðandi leiðsagnargildi erlendra fordæma hefur Samkeppniseftirlitið það ávallt í huga að aðstæður á markaði hér á landi geta verið frábrugðnar aðstæðum í stærri ríkjum.



II. Skilgreining markaða

Í máli þessu er til skoðunar hvort Hagar hafi með verðstefnu sinni í verslanakeðjunni Bónusi, verðlagningu og annarri háttsemi, einkum á árinu 2005 og fyrri hluta ársins 2006, brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga. Samkvæmt 11. gr. laganna er misnotkun eins eða fleiri fyrirtækja á markaðsráðandi stöðu bönnuð. Til þess að fyrirtæki geti verið brotlegt við 11. gr. samkeppnislaga verður það að vera markaðsráðandi. Í því skyni að meta hvort fyrirtæki er markaðsráðandi þarf að skilgreina viðkomandi markað og kanna stöðu einstakra fyrirtækja á honum.

Í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins var komist að þeirri frumniðurstöðu að almennar matvöruverslanir störfuðu ekki á sama markaði og sérverslanir með matvörur, s.s. fisk- og kjötbúðir og bakarí. Þá var ekki talið að staðganga væri á milli dagvörusölu í matvöruverslunum annars vegar og sölu á slíkum vörum á bensínstöðvum og söluturnum hins vegar. Þá voru á andmælaskjalinu færð rök fyrir því að almennum matvöruverslunum mætti skipta í stórinnskaup og viðbótarinnskaup og að lágvöruverðsverslanir og stórmarkaðir störfuðu á fyrrnefnda markaðnum og klukkubúðir og minni matvöruverslanir á hinum síðarnefnda. Hagar hafa mótmælt þessari skilgreiningu á markaðnum og verður fyrst gerð grein fyrir sjónarmiðum Haga.

1. Sjónarmið Haga

Hagar telja að sá markaður sem fyrirtækið starfi á sé smásölumarkaður fyrir svokallaðar dagvörur, þ.e. vörur sem uppfylla daglegar neysluþarfir neytenda. Er markaðurinn nefndur mat- og drykkjarvörumarkaður. Verslanir á þessum markaði þurfi að hafa á boðstólum ákveðið úrval af vörum, aðallega mat- og drykkjarvörum, auk hreinlætis- og snyrtivara. Að mati Haga sé ekki þörf á að skipta mat- og dagvörumarkaði í undirflokkka. Verslanir Haga starfi allar á þessum markaði og verslanir sem starfi á markaðnum eigi allar í harðri samkeppni.

Auk verslana Haga eru taldar upp helstu matvöruverslanir annarra matvörukeðja eins og t.d. verslanir Kaupáss og Samkaupa auk þess sem getið er um nokkrar svokallaðar sjálfstæðar matvöruverslanir, þ.e. verslanir sem ekki eru hluti af verslanakeðjum. Að mati Haga sé þó markaðurinn sem verslanir í eigu fyrirtækisins starfi á mun stærri en sem nemur sölu hefðbundinna matvöruverslana á mat- og dagvöru. Fjöldi annarra verslana starfi á mat- og dagvörumarkaði. Dæmi um það séu verslanir olíufélaganna sem bjóði upp á helstu nauðsynjavörur, sérverslanir eins og bakarí, fiskbúðir, kjötbúðir og ostabúðir auk skyndibitastaða.

Sem rök fyrir því að sala bensínstöðva á mat- og dagvöru sé á sama markaði og sala verslana Haga á sömu vörum er m.a. nefnt að bensínstöðvar hafi sífellt verið að auka vöruúrval mat- og dagvara. Einnig sé verslunarrými bensínstöðva síst minna en margra matvöruverslana. Þá vísa Hagar til athugasemda með frumvarpi sem varð að lögum nr. 18/2005 um helgidagafrið þar sem fram hafi komið að skil milli einstakra tegunda verslana verði sífellt óskýrari þar sem matvara sé á boðstólum á m.a. bensínstöðvum og fleiri tegundum verslana. Ennfremur nefna Hagar ummæli forstjóra N1 hf. þessu til stuðnings en hann hafi látið þau orð falla að fyrirtækið væri ekki lengur olíufélag, heldur alhliða verslunarfyrirtæki. Hafi í yfirlýsingunni komið fram kjörorð fyrirtækisins „Meira í



leiðinni", sem væri ætlað að vísa til þess stóraukna vöruúrvals sem verslanir N1 hefðu upp á að bjóða. Telja Hagar af þessu ljóst að sérverslanir t.d. á bensínstöðvum séu í beinni samkeppni við þægindabúðir/klukkubúðir, enda séu slíkar búðir á sumum bensínstöðvum.

Í máli sínu nefna Hagar einnig dóm Héraðsdóms frá 2004 þar sem fjallað hafi verið um brot á eldri lögum um helgidagafrið. Í forsendum dómsins hafi m.a. komið fram að ekki væru viðhlítandi rök fyrir því að mismuna verslunum sem seldu sömu vöru á sama tíma ef eini munur verslananna væri sá að önnur seldi bensín auk nauðsynjavara og kallaðist samkvæmt því bensínstöð og mætti því hafa opið á hvítasunnudegi en hin væri matvöruverslun og ætti því að vera lokuð á hvítasunnudegi. Að mati Haga styðji þessi forsenda dómsins þá niðurstöðu að verslanir bensínstöðva sem bjóði upp á mat- og dagvöru séu á sama markaði og matvöruverslanir í eigu fyrirtækisins. Að mati Haga tilheyri sala söluturna og/eða sjoppa á sömu vörum einnig umræddum markaði.

Þar sem m.a. bakarí, fiskbúðir, kjötbúðir og ostabúðir selji í raun sömu vörur og seldar séu í verslunum Haga er það mat fyrirtækisins að slíkar sérverslanir með mat- og dagvöru starfi á sama markaði og verslanir fyrirtækisins. Að mati Haga sé úrval í þeim vöruflokkum sem sérverslanir selji síst minna en í verslunum Haga. Þá sé verð í mörgum tilvikum sambærilegt. Auk þessa sé form á afgreiðslu til viðskiptavinarins í flestum tilvikum eins hvort heldur um sé að ræða matvöruverslun eða sérverslun með matvörur. Til dæmis sé fiskflak, kjötbiti eða brauðhleifur afgreitt yfir borð samkvæmt vog í báðum verslunargerðunum.

Að mati Haga sé ljóst að verslanir fyrirtækisins eigi í mikilli samkeppni við skyndibitastaði. Fjölskyldur og sérstaklega einstaklingar fari í auknum mæli á skyndibitastaði þegar komi að því að velja máltíð og hafi verslanir því misst viðskipti til skyndibitastaðanna. Til að bregðast við þessari þróun hafi matvöruverslanir í auknum mæli hafið sölu á tilbúnum og hálftilbúnum mat til að keppa við skyndibitastaði á matvörumarkaðnum. Þannig sé í mörgum af verslunum Haga boðið upp á steikta kjúklinga, samlokur, tilbúnar skyndimáltíðir í ílátum o.fl.

Þá nefna Hagar að tvær keðjur apóteka, Lyfja annars vegar og Lyf og heilsa hins vegar, hafi færst inn á markað fyrir hreinlætis- og snyrtivörur sem teljist til hefðbundinna dagvara og séu því í samkeppni við verslanir Haga sem og aðrar matvöruverslanir. Hið sama megi segja um komuverslun Fríhafnarinnar í Flugstöð Leifs Eiríkssonar. Í skjóli tollfrelsis séu þar m.a. seldar hreinlætis- og snyrtivörur auk sælgætis í beinni samkeppni við verslanir Haga og aðrar verslanir sem ekki sitji við sama borð.

Hagar mótmæla þeirri skiptingu á matvörumarkaðnum sem fram kom í andmælskjalinu, þ.e. að skipta markaðnum í annars vegar stórinna kaup þar sem starfi stórmarkaðir og lágvöruverðsverslanir og hins vegar viðbótarinna kaup þar sem starfi klukkubúðir og aðrar minni verslanir. Hvað varðar tilvísanir í skýrslu breskra samkeppnisyfirlitsins um matvörumarkaðinn sem kom út árið 2000 gera Hagar athugasemdir við það að engin rannsókn hafi verið gerð af hálfu Samkeppniseftirlitsins um þau atriði sem vísað sé til í skýrslunni þó höfundar hennar hafi gert þann fyrirvara að þar væri einungis til umfjöllunar breski matvörumarkaðurinn. Þannig hafi verið gert ráð fyrir því í bresku skýrslunni að stórinna kaup væru gerð í verslunum sem væru stærri en 1.400 fm en



viðbótarinnkaup í minni verslunum. Allt aðrar aðstæður eigi við um íslenska markaðinn. Einungis tvær Bónusverslanir séu stærri en 1.400 fm. Krónan sé þó með tvær verslanir sem séu stærri en 1.400 fm og Nettó a.m.k. tvær.

Hagar gera athugasemdir við að Samkeppniseftirlitið hafi ekki kannað einstakar verslanir til að meta hvort þær uppfylltu gefnar forsendur um mismunandi flokka verslana. Þannig er t.a.m. nefnt sem dæmi að ein verslun Krónunnar sé með kjötborð og bakarí auk þess að vera með langan opnunartíma. Þá eru nefnd dæmi um tilteknar verslanir 10-11, Nóatúns og Bónuss sem séu allar álíka stórar í fermetrum talið.

Hagar víkja að því að ekki hafi verið sýnt fram á það í málinu hvernig þættir á borð við mikla bifreiðaeign, greiðar samgöngur og mikla útbreiðslu og almenna notkun fjölmiðla hafi þau áhrif að hegðunarmynstur íslenskra neytenda kunni að vera frábrugðið hegðunarmynstri breskra neytenda. Í þessu sambandi nefna Hagar sem dæmi að u.þ.b. fimmtungur viðskiptavina Iceland matvörukeðjunnar sem Baugur eigi í Bretlandi séu ekki bifreiðaeigendur. Þessi hópur sem og margir aðrir sem eigi bíla nýti sér almenningssamgöngur til að komast í og úr verslun.

Hagar mótmæla því að lágvöruverðsverslanir og klukkubúðir starfi ekki á sama markaði. Mikil staðganga sé á milli þessara tegunda verslana og því ljóst að þær keppi á sama markaði. Hagar telja að sú staðreynd að sala á mjólkurvörum í klukkubúðum hafi minnkað um 15-20% á því tímabili sem hafi verið til rannsóknar (sem sé svipað og söluaukningin hafi verið á sama tíma í lágvöruverðsverslunum) styðji þetta mat. Það sé því fráleitt að halda því fram að neytendur láti margfalt lægra verðlag á vörum í lágvöruverðsverslunum ekki hafa áhrif á viðskipti með sömu vörur í klukkubúðum. Að mati Haga staðfesti áhrif verðbreytinga á lágvöruverðsmarkaði í verðstríðinu á aðrar verslanir á matvörumarkaði, svo sem sýnt hafi verið fram á, að um einn markað sé að ræða en ekki tvo.

Þá nefna Hagar að sérstakar aðstæður á íslenskum markaði geri það að verkum að matvöruverslanir séu að stórum hluta tilneyddar til þess að kaupa nákvæmlega sömu vörur af sömu birgjum. Hvað varði mjólkurvörur þá séu þær allar nákvæmlega eins. Einn aðili á heildsölustigi sé með einokunarstöðu og selji öllum nánast á sama verði. Þannig hafi smásalar og neytendur ekkert val.

Loks halda Hagar því fram að dag- og matvörumarkaðurinn hafi verið „þrengdur til að gera það sennilegra að Hagar hafi markaðsyferráð á grundvelli samanlagðrar matvörusölu Bónus, Hagkaups og 10/11.“ Þá er því mótmælt að niðurstaðan sé afmörkuð við enn þrengri hluta matvörumarkaðarins, þ.e. stórinna kaupamarkað en þó sé öll markaðshlutdeild Haga á matvörumarkaði færð ein og sér undir Bónus. Ekkert sé tekið tillit til þess að Bónus lúti sjálfstæðri stjórn og sé í samkeppni við fyrirtæki á borð við Hagkaup og 10-11 ekkert síður en Krónuna, Nóatún, Samkaup, Fjarðarkaup o.s.frv.

Hvað landfræðilegan markað varðar segir að Hagar reki allar tegundir mat- og dagvöruverslana á höfuðborgarsvæðinu. Utan höfuðborgarsvæðisins reki Hagar verslanir á Ísafirði, Akureyri, Egilsstöðum, Selfossi, í Reykjanesbæ, Borgarnesi, Hveragerði og



Stykkishólmi.¹⁷ Hagar reki því verslanir (aðallega lágvöruverðsverslanir) nokkurn vegin miðsvæðis í hverjum landsfjórðungi. Í ljósi þessa líti Hagar svo á að skilgreina beri þann markað sem matvöruverslanir í eigu fyrirtækisins starfi á sem landið allt.

2. Mat Samkeppniseftirlitsins

Samkvæmt 4. gr. samkeppnislaga er markaður sölusvæði vöru og staðgönguvöru og/eða sölusvæði þjónustu og staðgönguþjónustu. Hagfræðileg rök leiða til þess að líta verður á viðkomandi markað frá tveimur sjónarhornum; annars vegar vöru- eða þjónustumarkaðinn og hins vegar landfræðilega markaðinn. Með viðkomandi vörumarkaði 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 eru vara eða þjónusta sem að fullu eða verulegu leyti geta komið í stað annarrar vöru eða þjónustu. Til landfræðilegs markaðar telst það svæði þar sem hlutaðeigandi fyrirtæki eru viðriðin framboð og eftirspurn eftir viðkomandi vöru eða þjónustu, þar sem samkeppnisskilyrði eru nægilega lík og sem unnt er að greina frá nærliggjandi svæðum, einkum vegna þess að samkeppnisskilyrði eru greinilega frábrugðin á þeim svæðum. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í málum nr. 17–18/2003 *Icelandair ehf. og Iceland Express ehf. gegn samkeppnisráði* er á það bent að viðtekin venja sé í samkeppnisrétti að skilgreina markaðinn út frá eftirspurnarhlið hans. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 3/2008 *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu* er áréttað á að markaðsskilgreiningar í samkeppnisrétti geti ekki verið nákvæmar og séu aðeins notaðar til viðmiðunar.

2.1 Vöru- og þjónustumarkaðurinn

Í fyrri málum þar sem samkeppnisyfirvöld hafa fjallað um vörumarkaðinn hefur vörumarkaðurinn verið skilgreindur sem sala á dagvöru í matvöruverslunum.¹⁸ Með dagvöru er átt við vörur sem uppfylla daglegar neysluþarfir neytenda og þurfa þessar verslanir eins og fram kemur í umsögn Haga að hafa á boðstólum ákveðið úrval af, t.d. matar-, drykkjar-, hreinlætis- og snyrtivörum.¹⁹ Sala á dagvöru hefur þannig verið aðgreind frá sölu á sérvöru en margar matvöruverslanir bjóða jafnframt upp á allnokkurt úrval sérvara, t.d. fatnað og búsað. Þannig var í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 18/1999, þar sem fjallað var um yfirtöku Baugs (sem rak Bónus og Hagkaup) á Vöruveltunni hf. (sem rak 10-11), komist að þeirri niðurstöðu að rekstur á almennri

¹⁷ Hér er miðað við þær verslanir sem Bónus rak á því tímabili sem er til rannsóknar í máli þessu. Núna rekur Bónus einnig verslun á Akranesi.

¹⁸ Sjá t.d. ákvörðun samkeppnisráðs nr. 18/1999 *Yfirtaka Baugs hf. á Vöruveltunni hf. og skýrslu Samkeppnisstofnunar, Matvörumarkaðurinn – Verðlagsþróun í smásölu 1996 til 2000.*

¹⁹ Sambærileg sjónarmið hafa verið lögð til grundvallar í málum framkvæmdastjórnar Evrópusambandsins þar sem fjallað hefur verið um markað fyrir dagvörusölu matvöruverslana. Í ákvörðun framkvæmdastjórnar EB í samrunamáli Kesko/Tuko nr. IV/M.784 (OJ C193), þar sem fjallað var um samruna tveggja finnskra matvörukeðja, segir t.d. um skilgreiningu vörumarkaðarins: „*The range of goods concerned includes principally food, drink, tobacco and nonfood household consumables (that is, cleaning products, toiletries, disposable paper products, and healthcare products). A common characteristic of these products is that they all form part of a "basket of daily consumer goods" that consumers expects to find in a supermarket environment. As the Finnish grocery retail sector has developed from small specialised stores (butchers, bakers etc.) to the larger supermarket stores, consumer behaviour has developed accordingly. Therefore competition in Finland today takes place between supermarkets and other stores that are able to provide the kind of wide selection that enables the consumer to purchase most of the household necessities in a "one-stop shop", with attendant conveniences, such as parking facilities, trolleys etc.*”



matvöruverslun fæli í sér sérstaka tegund af atvinnustarfsemi sem fælist í því að bjóða neytendum til kaups ákveðið úrval af vörum í verslunarrými viðkomandi fyrirtækis með tilheyrandi aðstöðu. Var það mat samkeppnisráðs að almennar matvöruverslanir væru sú tegund verslana sem yfirtakan hefði einkum áhrif á, þ.e. verslanir sem byðu upp á allt það vöruúrval sem neytendur mættu vænta til að uppfylla daglegar neysluþarfir sínar. Yfirtakan hefði því einkum áhrif á smásölumarkað fyrir daglegar neysluvörur. Í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 38/2002 *Samningur Baugs Group hf. og Eignarhaldsfélagsins Fengs hf. um stofnun á félagi um rekstur Ávaxtahússins ehf. og Banana ehf.* er komist að sömu niðurstöðu en þar segir m.a.:

„Langstærstur hluti dagvörusölu fer fram í matvöruverslunum en einnig eru starfandi sérverslanir sem bjóða þá upp á fjölbreyttara úrval í ákveðnum vöruflokkum og meiri þjónustu en matvöruverslanir s.s. bakarí, fiskbúðir, kjötbúðir og snyrtivöruverslanir. Þá er verð í sérverslunum með dagvöru oftast hærra en í matvöruverslunum. Rétt er að taka fram að þó svo staðganga kunnir að vera á milli þeirra dagvara sem seldar eru í matvöruverslunum og sérverslunum með dagvörur hefur að mati samkeppnisráðs hvor verslunargerðin þá sérstöðu að hún tilheyrir hvor sínum markaðnum. Sérstaða matvöruverslananna er þannig fyrst og fremst fólgin í eðli þeirrar þjónustu sem þær veita en ekki af því að hægt sé að kaupa þær vörur sem þar fáast annars staðar. Af því ræðst markaðsskilgreiningin.“

Í máli þessu verður að taka þessa markaðsskilgreiningu til skoðunar á ný.

2.1.1 Matvöruverslanir og aðrar verslanir sem selja matvöru

Eins og getið er um hér að framan hafa Hagar haldið því fram að sala sérverslana sem og sala bensínstöðva, söluturna og jafnvel veitingastaða á dagvöru sé á sama markaði og dagvörusala verslana í þeirra eigu, þ.e. verslana Bónuss, Hagkaupa og 10-11. Í ljósi þessa telur Samkeppniseftirlitið nauðsynlegt að taka til skoðunar fyrri skilgreiningar samkeppnisyfirvalda á markaðnum fyrir sölu matvöruverslana á dagvöru. Þá telur eftirlitið nauðsynlegt að leggja mat á hvort mismunandi form matvöruverslana og verslanakeðja kalli á þrengri markaðsskilgreiningu en í fyrri málum þar sem matvörumarkaðurinn hefur verið til umfjöllunar.

2.1.1.1 Almennt um matvöruverslanir

Sameiginlegt einkenni matvöruverslana er allmikið vöruval og geta vörutegundir í matvöruverslunum verið frá 1.100–1.200 til 10.000–15.000, breytilegt eftir verslunargerð. Sökum þeirrar breiddar í vöruúrvali sem matvöruverslanir búa við geta neytendur gert mest af sínum daglegu innkaupum á einum stað. Annað einkenni matvöruverslana getur verið greið aðkoma fyrir viðskiptavini og næg bifreiðastæði.

Í skýrslu Samkeppnisstofnunar um matvörumarkaðinn frá árinu 2001 var vikið að því að bæði hér á landi og erlendis hefðu matvöruverslanir þróast í átt til ákveðinnar sérhæfingar. Verslunum væri þannig hægt að skipta í ákveðna flokka eftir því m.a. hvernig verðlagi, vöruúrvali og afgreiðslutíma þeirra væri háttað. Þá hefðu þróast svokallaðar verslanakeðjur sem væru hópar verslana sem, eftir atvikum, lytu sama eignarhaldi og væru með sömu áherslur hvað framangreinda þætti varðaði.



Þeir meginflokkar verslana sem að mati Samkeppniseftirlitsins endurspeglar þessa sérhæfingu núna eru 1) stórmarkaðir, 2) lágvöruverðsverslanir, 3) klukkubúðir og 4) aðrar minni verslanir sem ekki falla í flokka 1-3.²⁰ Ljóst er að oft getur verið erfitt að draga skörp skil á milli þessara verslunarforma. Margar matvörubúðir geta þannig tilheyrt fleiri en einum flokki. Matvöruverslanir sem starfa sem hluti af verslanakeðju má þó oftast aðgreina með þessum hætti. Til að skýra nánar umrædda flokkun verslana verða nefnd dæmi um þekktar matvöruverslanir í hverjum flokki.

- **Stórmarkaðir:** Megineinkenni þessara verslana er stórt verslunarrými, breitt vöruúrval og hátt þjónustustig. Stórmarkaðir bjóða yfirleitt upp á fjölbreyttara úrval af mat- og sérvöru en aðrar matvörubúðir. Í mörgum stórmörkuðum er að finna kjöt- og fiskborð, bakarí og jafnvel veitingaaðstöðu þar sem boðið er upp á tilbúna heita rétti. Að mati Samkeppniseftirlitsins hefur markaðurinn breyst að svo miklu leyti að ekki er þörf á því að aðgreina matvöruverslanir með fjölbreytt vöruúrval og víðtæka þjónustu frá almennum stórmörkuðum eins og gert var í matvöruskýrslunni. Dæmi um verslanir sem falla í flokk stórmarkaða eru því verslanir Hagkaupa í eigu Haga, Nóatún í eigu Kaupáss, Samkaup Úrval í eigu Samkaupa og Fjarðarkaup.
- **Lágvöruverðsverslanir:** Lágvöruverðsverslanir er sá flokkur matvöruverslana sem býður hvað lægst vöruverð. Vöruúrval er takmarkað og afgreiðslutími sömuleiðis. Dæmi um lágvöruverðsverslanir eru verslanir Bónuss í eigu Haga og Krónunnar í eigu Kaupáss. Nettó og Kaskó í eigu Samkaupa hafa einnig verið flokkaðar sem lágvöruverðsverslanir..
- **Þæginda- og hverfisverslanir (klukkubúðir):** Um er að ræða verslanir með langan opnunartíma og dæmi eru um að þær séu opnar allan sólarhringinn. Klukkubúðir eru yfirleitt ekki í stóru verslunarrými og vöruframboð er því takmarkaðra en í stórmörkuðum. Dæmi um klukkubúðir eru 10-11 í eigu Haga, 11-11 í eigu Kaupáss og Samkaup Strax í eigu Samkaupa.
- **Aðrar matvöruverslanir:** Til þessa flokks verslana teljast t.d. minni matvöruverslanir sem oftast en ekki hafa verið kenndar við „kaupmanninn á horninu“. Þá verða hér taldar með flestar matvöruverslanir í smærri þéttbýliskjörnum landsins eins og t.d. þær verslanir kaupfélaga sem ekki eru stórmarkaðir.

Þó langstærstur hluti dagvörusölu fari fram í almennum matvöruverslunum eru einnig starfandi sérverslanir með tiltekna dagvörur sem bjóða þá gjarnan upp á fjölbreyttara úrval í afmörkuðum vöruflokkum og eftir atvikum meiri þjónustu en almennar matvöruverslanir. Um er að ræða t.d. bakarí og fiskbúðir. Í fyrri málum hefur sala þessara verslana á dagvöru ekki verið talin með sama markaði og sala matvöruverslana. Þá er dagvara seld að einhverju leyti í öðrum verslunum eins og bensínstöðvum og Hagar telja sig keppa við veitingastaði. Verður því eins og áður sagði að taka afstöðu til þess hvort þessar sérverslanir og veitingastaðir tilheyri markaðnum.

²⁰ Annar flokkur verslana til viðbótar þeim sem hér hafa verið nefndir eru svokallaðir ofurmarkaðir (e. hypermarkets). Þessi flokkur verslana felur í sér mjög stórar verslanir, eða verslanir sem hafa yfir 2.500 fm verslunarrými og eru yfirleitt staðsettar utan við bæjarkjarna, sbr. t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar EB í samrunamáli Kesko/Tuko nr. IV/M.784 (OJ C193). Að mati Samkeppniseftirlitsins er ekki að finna verslanir að þessu tagi hér á landi og verða þær því ekki fjallað sérstaklega um þær hér.



2.1.1.2 Sérverslanir og veitingastaðir tilheyra ekki markaðnum

Eins og vikið hefur verið að hér að framan halda Hagar því fram að verslanir sem hafa dagvöru á boðstólum séu í samkeppni við verslanir Haga. Í þessu sambandi eru m.a. nefndar sérverslanir með dagvöru eins og bakarí, fiskbúðir, kjötbúðir og snyrtivöruverslanir auk bensínstöðva, söluturna, veitingastaða og jafnvel apóteka. Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á að sala þessara verslana á dagvöru sé á sama markaði og sala matvöruverslana á umræddum vörum. Jafnvel þó einhver staðganga kunni að vera milli sölu t.d. stórmarkaða á einstaka dagvörum annars vegar og annarra nefndra verslana hins vegar verður ekki fallist á að þær starfi á sama markaði. Skal þetta útskýrt nánar.

Hér verður fyrst að hafa í huga að í samkeppnisrétti er á engan hátt sjálfgefið að þó sama vara sé til sölu í mismunandi tegundum verslana þá teljist allar slíkar verslanir starfa á sama markaði. Í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 19/2002 *Kaup Byko hf., Húsasmiðjunnar hf. og Kaupfélags Skagfirðinga svf. á hlutum í Steinullarverksmiðjunni hf.* var fjallað um byggingavörumarkaðinn. Þar var tekið fram að þróast hafi svokallaðar alhliða byggingavöruverslanir með áherslu á breitt vöruúrval á sviði byggingavara. Slíkar verslanir leggi sífellt meiri áherslu á að kaupendur umræddra vara geti nálgast þær allar á einum stað. Auk alhliða byggingavöruverslana séu starfandi sérverslanir með ýmsa vöruflokkum sem einnig séu seldir í áðurnefndum alhliða byggingavöruverslunum. Má sem dæmi nefna málningavöruverslanir, gólfefnabúðir og verslanir með lagnir og hreinlætistæki. Tekið var fram að einkenni slíkra sérverslana sé gjarnan mikið vöruúrval innan þess vöruflokks sem þær sérhæfa sig í og víðtæk þjónusta við viðskiptavinum. Það var mat samkeppnisráðs að þótt staðganga kynni að vera á milli þeirra vara sem seldar væru í alhliða byggingavöruverslunum og slíkum sérverslunum hefði hvor verslunargerðin fyrir sig sérstöðu og þær tilheyrðu hvor sínum markaðnum. Sambærileg sjónarmið hafa t.d. verið lögð til grundvallar í erlendum samkeppnisrétti.²¹

Skýr skil eru á milli matvöruverslana sem selja dagvörur og svo sérverslana. Megineinkenni alhliða matvöruverslana er breitt vöruúrval, þ.e. að hægt er að nálgast flesta flokka dagvara þar undir einu þaki. Sérverslanir búa ekki við þessa breidd vöruúrvals en selja aftur á móti margvíslegar útfærslur og mismunandi stærðir af þeim vöruflokkum sem þær sérhæfa sig í, m.ö.o. fjölbreytileiki vöruúrvalsins í sérverslunum er mikill. Þar að auki er þjónusta við viðskiptavinum víðtækari í sérverslunum og verð að öllu jöfnu hærra en í matvöruverslunum. Megineinkenni matvörumarkaðarins er að neytendur fara í matvöruverslanir til þess að uppfylla breidd í verslunarþörf, en sú þörf

²¹ Sjá t.d. dóm alríkisdómstóls Staples og Office Depot málinu (Mál nr. 1:97CV00701 (D.D.C. 1997) Federal Trade Commission v. Staples Inc. and Office Depot Inc.) Í málinu höfðu tvær stórar ritfangakeðjur sameinast. Í málinu reyndi á það hvort markaðurinn væri sala á ritföngum í stórum ritfangabúðum (office superstore) eða hvort markaðurinn væri víðari þar sem viðskiptavinir gætu nálgast ritföng og skrifstofuvörur í fjölda annarra verslana. Í málinu kom þetta fram af hálfu bandarískra samkeppnisyfirlvalda (Federal Trade Commission): „While other retailers also sell office supplies, no other type of retail format offers the breath of product line, inventory on hand, and convenience that office superstores customers require. ... Courts recognize that such a „cluster“ of products and services may be a relevant product market, based on the benefit to consumers accruing from the convenience of purchasing complementary products from a single supplier. Supermarkets and commercial banking services (providing a combination of checking, savings and loan services) are but two examples. ... Defendants have argued to the Commission that the relevant market of office superstores fails to account for office supplies sold by these other retailers. This argument misses the point. The mere fact that two different classes of retail vendors both sell a particular type of merchandise does not mean that they are in the same product market.“ Staðfesti dómstóllinn það mat bandarískra samkeppnisyfirlvalda að markaðurinn væri sala á ritföngum í stórum ritfangabúðum.



endurspeglast almennt ekki með þeim hætti að farið sé í margar búðir til þess að sækja einstaka vörur eða vörflokka. Slíkt myndi óneitanlega vera mjög tímafrekt, auka verslunarkostnað og gæti ekki talist til nútíma viðskiptahátta. Sérverslanir búa ekki við þá breidd vöruúrvals sem nauðsynleg er svo mögulegt sé að uppfylla allar daglegar innkaupaparfir. Þó að hluta þeirra vara sem fánlegar eru í sérverslunum sé einnig að finna í matvöruverslunum er það mat Samkeppniseftirlitsins að hvor verslunargerðin um sig hafi töluverða sérstöðu og tilheyri því hvor sínum markaðnum.

Samkeppniseftirlitið telur að þrátt fyrir að vöruúrval dagvöru í verslunum olúfélaganna sem og í söluturnum kunni að hafa aukist á liðnum árum séu ekki forsendur til að líta svo á að þessar verslanir starfi á sama markaði og matvöruverslanir. Ljóst er að vöruúrval dagvara í þessum verslunum er eftir sem áður mun minna en í matvöruverslunum og tæpast svo mikið að neytendur geti uppfyllt daglegar innkaupaparfir sínar þar. Þá er sú þjónusta sem þessar verslanir veita ekki eins fjölbreytt og sú sem matvöruverslanir geta boðið upp á, s.s. betra aðgengi að bílastæðum og innkaupakerrum.²² Þá fær Samkeppniseftirlitið ekki séð að sala veitingastaða á framreiddum réttum sé á sama markaði og sala matvöruverslana á matvörum, jafnvel þó um sé að ræða sölu þeirra á tilbúnum réttum. Í því sambandi eiga við sömu sjónarmið og gilda um sérverslanir. Úrval veitingastaða af tilbúnum réttum er mun meira en í matvöruverslunum, verðlag að öllu jöfnu hærra auk þess sem áhersla þeirra á gæði og þjónustu er önnur og meiri en hjá matvöruverslunum. Þá bjóða nær allir veitingastaðir upp á rými fyrir viðskiptavinum sína þar sem þeir geta setið og neytt þeirra rétta sem staðirnir bjóða uppá. Þannig þjóna veitingastaðir allt annarri þörf en matvöruverslanir. Þjónusta veitingastaða snýst fyrst og fremst um tilreidda afurð til neyslu, en þjónusta matvöruverslana snýst í mun ríkara mæli um að kaupendur tilreiði matinn sjálfir. Þá verður ekki fram hjá því litið að viðskiptavinir veitingastaða geta einungis uppfyllt skammtíma neyslupörf sína á meðan viðskiptavinir í matvöruverslunum geta þar uppfyllt almenna langtímapörf fyrir dagvörur.

Hér má einnig líta til þess að reynt hefur á framangreint álitafni í ýmsum ákvörðunum framkvæmdastjórnar EB í samkeppnismálum. Hefur framkvæmdastjórnin ítrekað hafnað því að sala sérverslana, eins og t.d. bakaríá og kjötbúða, hverfisbúða, úti- eða innimarkaða, söluturna, gripið og greitt verslana og bensínstöðva á matvörum sé á sama markaði og matvöruverslanir starfa á. Hefur þetta komið fram í málum sem varða t.d. Austurríki²³, Finnland²⁴ Tékkland og Slóvakíu.²⁵ Ekki fæst séð að önnur sjónarmið gildi hér á landi.

²² Í ákvörðun framkvæmdastjórnar EB í máli samrunamáli Kesko/Tuko (mál nr. IV/M.784, OJ C193) var ekki fallist á að sala á dagvöru í sérverslunum og bensínstöðvum væri á sama markaði og sala í matvöruverslunum: „Although the basket of goods supplied by different supermarkets may vary considerably in physical size, some smaller types of outlets, including specialised stores (which are relatively uncommon in Finland), kiosks and petrol stations, do not offer a service which is in direct competition with the basket of goods concept. Petrol stations have a selling area much smaller than even the smallest Kesko- and Tuko outlets, and the sale of daily consumer goods at petrol stations is heavily focused on dry goods (about 70-80 % of total sales), whereas traditional daily consumer goods outlets achieve about 50 % of their sales from fresh produce.”

²³ Sjá ákvörðun framkvæmdastjórnar EB frá í máli nr. IV/M.1221 Rewe/Meinl: „As in other Community countries, consumers in Austria expect from the food-retailing trade a specific distribution service, consisting in the supply of a particular range of food and non-food articles. From the Austrian consumer's point of view, also, shopping at specialised outlets such as butcher's and baker's shops is not interchangeable with the broader experience of shopping at a supermarket or other type of food-retailing outlet where he can find all the goods he needs on the spot (one-stop shopping).”

²⁴ Sbr. ákvörðun framkvæmdastjórnar EB í máli Kesko/Tuko nr. IV/M.784 (OJ C193).



Í ljósi alls framangreinds getur Samkeppniseftirlitið ekki fallist á að sala sérsverslana, bensínstöðva, söluturna og veitingastaða á dagvöru sé á sama markaði og sala matvöruverslana á slíkum vörum. Í því sambandi skiptir mestu máli sú sérstaða sem matvöruverslanir hafa fram yfir aðrar nefndar verslanir, þ.e. að búa yfir breiðu vöruúrvali dagvara. Markaðsskilgreiningin ræðst því af eðli þeirrar þjónustu sem matvöruverslanir veita en ekki af því að hægt sé að kaupa þær vörur sem þar fást annars staðar. Eiginleiki eftirspurnar í ofangreindum verslanaformum er þannig mun þrengri en matvöruverslana og uppfylla umræddar gerðir verslana einungis afmarkaðan hluta hinnar daglegu innkaupaþarfar. Þá verður og á það minnst hér að samkeppnisyfirvöld hér á landi hafa ekki áður talið sérsverslanir, bensínstöðvar, söluturna og veitingastaði með þegar stærð vörumarkaðarins er metin. Þá hefur í þeim erlendu málum og rannsóknum sem vísað verður í hér á eftir ekki heldur verið tekið tillit til þessara verslanaforma við mat á stærð vörumarkaðarins.²⁶

2.1.2 Möguleg skipting markaðarins eftir tegundum matvöruverslana

Að mati Samkeppniseftirlitsins er nauðsynlegt í máli þessu að taka til skoðunar hvort ástæða sé til að skipta markaðnum eftir verslunargerð, þ.e. hvort stórmarkaðir, lágvöruverðsverslanir, klukkubúðir og eftir atvikum aðrar tegundir verslana starfi á sama markaði. Eins og bent hefur verið á er það viðtekin venja í samkeppnisrétti að markaðurinn sé skilgreindur út frá eftirspurnarhliðinni. Með hliðsjón af því ber að mati Samkeppniseftirlitsins að líta til neytendahegðunar á viðkomandi markaði, svo unnt sé að skera úr um það hvort þeir flokkar matvöruverslana sem tilgreindir voru hér að ofan tilheyri sama markaði. Þar að auki ætti sú umfjöllun að varpa enn skýrara ljósi á muninn milli matvöruverslana og sérsverslana. Ljóst er að eftirspurn neytenda eftir dagvöru býr yfir þó nokkurri sérstöðu og að verslunarvenjur neytenda eru afar flóknar. Neytendur hafa mismunandi þarfir sem verslanir uppfylla með misjöfnum hætti. Þá eru verslunarferðir oft tilviljanakenndar og geta með tíð og tíma tekið miklum breytingum og aðlagast breyttum aðstæðum.

2.1.2.1 Neytendahegðun á matvörumarkaði og erlend fordæmi

Í erlendum samkeppnisrétti er tíðkanlegt að skipta matvörumarkaði eftir tegundum verslana. Í EES/EB-samkeppnisrétti er almennt litið svo að sala á dagvörum í svokölluðum ofurmörkuðum (e. hypermarket), stórmörkuðum og lágvöruverslanakeðjum tilheyri sérstökum markaði.²⁷ Aðrar tegundir matvöruverslana sem ekki uppfylla

²⁵ Sjá ákvörðun framkvæmdastjórnar EB í máli nr. COMP/M.3905 Tesco/Carrefour: „The Commission has, however, in previous cases considered that there is a separate product market in the retail of daily consumer goods mainly carried out by retail outlets such as supermarkets, hypermarkets and discount chains. (Whether discounters are to be included in the product market was left open in COMP/M.1684-Carrefour/Promodes ... and COMP/M.1221-Rewe/Meinl ...) Previous decisions argue that these retailers are active in different markets than other retailers such as specialised outlets, service stations and others. As regards cash & carry stores the Commission has stated in its previous decisions that those form part of a distinct product market for cash & carry sales of daily consumer goods. ...Therefore, for the purpose of the present case a product market for daily consumer goods including hypermarkets, supermarkets and discounters but excluding other formats as e.g. neighbourhood stores, specialized stores and cash&carry stores may be defined.”

²⁶ Þessu til viðbótar má svo nefna að almennt er mikill verðmunur á vörum í þessum tilteknu verslanaformum og í matvöruverslunum, sem rennir frekari stoðum undir þá niðurstöðu að þessi verslanaform starfi ekki á sama markaði.

²⁷ Sjá t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar B frá 25. apríl 2007 í máli nr. Comp/M.4590 Rewe/Delvita: „The Commission has in previous decisions considered that there is a separate product market for the retail of daily consumer goods mainly carried out by retail outlets such as supermarkets, hypermarkets and discount chains.”



heildarþarfir neytenda tilheyrir ekki markaðnum. Í bandarískum samkeppnisrétti hefur verið litið svo á að stórmarkaðir sem leggi áherslu á gæði og lífrænar og heilsusamlegar vörur geti tilheyrt sjálfstæðum markaði.²⁸ Árið 2000 gáfu bresk samkeppnisyfivöld (Competition Commission) út skýrslu um matvörumarkaðinn þar í landi.²⁹ Í skýrslunni er ítarlega fjallað um matvörumarkaðinn í Bretlandi og hegðun neytenda á þeim markaði sem ræður því hvernig markaðurinn er skilgreindur. Grundvallarviðmið í flokkun á breskum matvörumarkaði samkvæmt skýrslunni eru fyrst og fremst tveir mismunandi flokkar innkaupaferða sem neytendur fara í til þess að fullnægja vikulegri dagvörubörf heimilisins. Annars vegar svokölluð stórinnaup (e. one stop grocery shopping) og hins vegar viðbótarinnaup (e. top-up grocery shopping). Segja má að sú nálgun sem notuð er í skýrslunni við skilgreiningu á viðkomandi vörumarkaði miði þannig að því að greina innkaupaferðir neytenda. Í nýrri skýrslu breskra samkeppnisyfivalda er aftur fjallað um skilgreiningu á matvörumarkaði.³⁰ Er í því sambandi horft til stærðar verslana og sérkenna þeirra. Er m.a. horft til atriða eins og vöruúrvals og þjónustu í þessum verslunum. Er niðurstaðan sú að stórar dagvöruverslanir (verslanir stærri en 1000-2000 fm.) tilheyrir sérstökum markaði. Er vísað til þess að í slíkum verslunum geti neytendur gert vikuleg stórinnaup. Miðlungsstórar verslanir (frá 280 til 1000-2000 fm.) og stórar verslanir eru taldar vera á sama markaði. Jafnframt eru þægindaverslanir, miðlungs og stærri verslanir taldar tilheyra sama markaði.³¹ Er þannig talið að miðlungsstórar verslanir og þægindaverslanir veiti ekki stórum matvöruverslunum samkeppnislegt aðhald vegna minna vöruúrvals í slíkum verslunum. Hins vegar veiti stórar verslanir minni verslunum slíkt aðhald og skipti máli í því samhengi að mikið af vöruvali í minni verslunum sé þegar fyrir hendi í stærri verslunum.

Að mati Samkeppniseftirlitsins eru almenn fræðileg rök fyrir því að greina matvörumarkaðinn eftir tegundum verslana og þörfum neytenda. Stórinnaup krefjast þess að neytendur geti keypt flestar vörur til þarfa heimilisins í hverri viku á einum stað. Þar af leiðandi þarf dagvöruúrval verslunarinnar að vera mjög breitt. Eins og fjallað hefur verið um eru það fyrst og fremst skilgreindar matvöruverslanir sem búa við nægilega breidd í vöruúrvali svo slík innkaup séu möguleg. Viðbótarinnaup geta verið mjög misjöfn eftir tilgangi þeirra. Ef um er að ræða kaup sem byggja á skyndilegri þörf, s.s. hvatakaup eða kaup á vörum sem gleymdist að kaupa er stórinnaup voru gerð (e. top-up shopping), getur hvaða verslun sem er komið til greina svo fremi sem hún bjóði upp á tiltekna dagvörur. Því geta matvöruverslanir, ákveðnar sérverslanir og jafnvel bensínstöðvar og söluturnar komið til greina, allt eftir smekk og aðstæðum hvers neytanda. Skortur á upplýsingum um vöruúrval í verslunum gerir það þó að verkum að matvöruverslanir hafa almennt yfirburði gagnvart öðrum verslunum sem hugsanlega geta boðið upp á slík viðbótarinnaup í ljósi þess að meiri líkur eru á því að vörunar séu fáanlegar í matvöruverslunum heldur en öðrum sérhæfðari verslunum. Ef um er að ræða

²⁸ Sjá t.d. dóm alríkisdómstóls á áfrýjunarstigi (United States Court of Appeals for the district of Columbia circuit) frá 29. júlí 2008 í máli nr. 07-5276, *Federal Trade Commission v Whole Foods Market, Inc.*

²⁹ Supermarkets: A report on the supply of groceries from multiple stores in the United Kingdom", Competition Commission, útg. 2000.

³⁰ Competition Commission, Groceries Market Investigation, Final Report, 30. apríl 2008.

³¹ Orðað svo í skýrslunni: „We identified three major product markets for the supply of groceries by grocery retailers in the UK that provide the framework for our analysis: (a) for larger grocery stores, other larger grocery stores (ie stores larger than 1,000 to 2,000 sq metres) are in the same product market; (b) for mid-sized stores, other mid-sized and larger grocery stores are in the same product market (ie all stores larger than 280 sq metres); and (c) for convenience stores, all grocery stores (ie convenience stores, mid-sized and larger grocery stores) are in the same product market.”



kaup á vörum sem ekki fást í almennum matvöruverslunum er hægt að gera slík kaup í sérverslunum og vissum matvöruverslunum þar sem vöruúrval innan þess vöruflokks er mikið.

Almennt má segja að stórmarkaðir og lágvöruverðsverslanir séu sniðnar að stórinnaupabörf neytenda, hvor tegund verslana á sinn hátt. Verðlag í lágvöruverðsverslunum er talsvert lægra heldur en í öðrum tegundum matvöruverslana, ásamt því að boðið er upp á nokkra breidd í vöruvali. Neytendur geta því nálgast þar flestar þær dagvörur sem þörf er á í einni verslunarferð og greitt fyrir þær lægri upphæð heldur en ef farið væri í aðrar verslanir. Verðlag í stórmörkuðum er aftur á móti hærra en í lágvöruverðsverslunum og vöruúrval þar er almennt meira og fjölbreytilegra. Þar að auki er aðgengi að stórmörkuðum að öllu jöfnu betra, fleiri bílastæði, styttri raðir við afgreiðslukassa og almennt meiri þjónusta heldur en í lágvöruverðsverslunum. Þegar kemur að stórinnaupum eru því stórmarkaðir betri kostur en lágvöruverðsverslanir fyrir þá neytendur sem kjósa gæði, mikið og fjölbreytilegt vöruúrval og þjónustu fram yfir lágt verðlag. Þægindaverslanir (klukkubúðir) eru aftur á móti betur til þess gerðar að þjóna þörfum fyrir viðbótarinnaup þar sem staðsetning þeirra er hagstæð, boðið er upp á rúman opnunartíma og einfaldleikinn er hafður í fyrirrúmi. Verðlag í klukkubúðum er hærra heldur en í lágvöruverðsverslunum og stórmörkuðum auk þess sem vöruúrvalið er ekki jafn mikið og í stórmörkuðum og henta þær því síður til stórinnaupa.

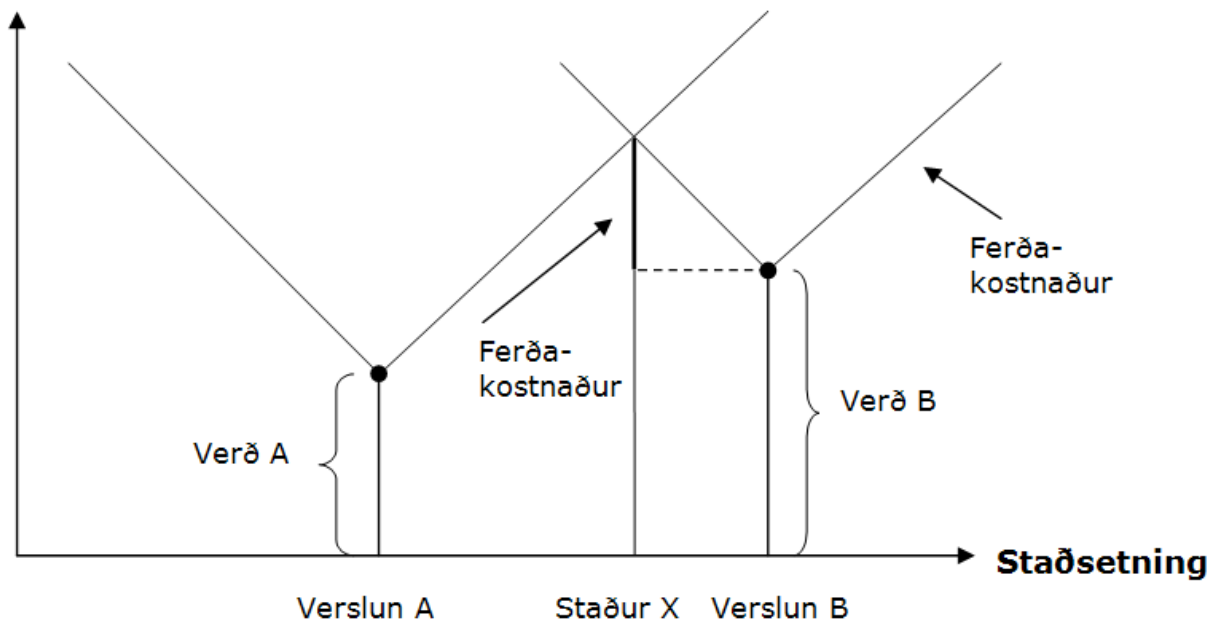
Til þess að skýra betur muninn á stórinnaupum og viðbótarinnaupum er mikilvægt að kanna á hvaða grundvelli neytendur velja á milli verslana. Svo þetta sé mögulegt er nauðsynlegt að íhuga hvaða áhrif sá leitar- og verslunarkostnaður (e. search and shopping cost)³² sem fylgir kaupum á dagvöru hefur á eftirspurn. Þegar neytandi ber saman tvær verslanir á grundvelli þess kostnaðar sem kaup á tiltekinni vöru eða vörukörfu felur í sér íhugar hann ekki einungis verðlag í verslununum heldur getur hann einnig þurft að íhuga þætti eins og vegalengdina sem hann þarf að fara til að komast í hvora verslun fyrir sig og tímann sem það tekur hann að komast þangað, rekstrarkostnað ökutækis, aðgengi að bílastæðum, lengd biðraða við afgreiðslukassa o.s.frv. M.ö.o. þá þarf neytandinn að íhuga verslunarkostnaðinn. Það er því heildarkostnaður verslunarferðarinnar, þ.e. verð vörukörfunnar að viðbættum verslunarkostnaðinum, sem hefur afgerandi áhrif á val neytandans og má ætla að þar sé fjarlægð milli neytanda og verslunar einna mikilvægust. Til þess að útskýra betur hvaða áhrif nálægð við kaupendur hefur á eftirspurn á matvörumarkaði getur verið gagnlegt að skoða þekkt hagfræðilíkan³³ sem skýra má með eftirfarandi mynd.

³² Leitarkostnaður er kostnaður sem fylgir því að leita upplýsinga um verð og gæði vara og seljendur þeirra. Verslunarkostnaður er t.a.m. sá ferðakostnaður sem fellur til við að fara í verslun og til baka, þar með talinn fórnarkostnaður tímans sem það tekur.

³³ Sjá t.a.m. skýrslu Bygðarrannsóknarstofnunar og Hagfræðistofnunar Háskóla Íslands (2003), *Fólk og fyrirtæki: Um búsetu og starfsskilyrði á landsbyggðinni*, k. II.2.3. þar sem sama líkani er beitt.



Heildarkostnaður innkaupa



Mynd 1: Áhrif ferðakostnaðar á markaðssvæði verslana í smásölu.

Lóðrétti ásinn táknar hér heildarkostnað verslunarferðarinnar og lárétti ásinn táknar staðsetningu. Hæð beinu línunnar sem gengur lóðrétt upp við staðsetningu hvorrar verslunar táknar verð vörukörfunnar úr búð, sem eins og sjá má er lægra í verslun A heldur en verslun B í þessu dæmi. Skásettu línurnar sem ganga út frá verðinu sýna hvernig ferðakostnaðurinn bætist við eftir því sem verslunin er lengra í burtu frá staðsetningu viðskiptavinarins. Ef neytandi er staddur í eða rétt við verslun A er heildarkostnaðurinn einungis það gjald sem greitt er fyrir tiltekna vörukörfu, þ.e. kostnaðurinn er í samræmi við verðlag í versluninni. Eftir því sem neytandinn er staddur lengra frá versluninni mun heildarkostnaðurinn aukast línulega, þar sem ferðakostnaður bætist við. Einstaklingur sem býr á stað X er sama hvort hann verslar í verslun A eða verslun B þar eð heildarkostnaðarferlarnir skerast við þá staðsetningu. Hann gæti verslað í verslun B en þá væri kostnaður hans samsettur af lóðréttu brotna strikinu sem svarar til verðs úr verslun B að viðbættum ferðakostnaði frá þeirri verslun sem svarar til þykka lóðréttu striksins fyrir ofan. Hann hefði líka getað verslað í verslun A með lægra verði en hærri ferðakostnaði sem á endanum hefði gert heildarverð hans jafnt á hvorum staðnum sem hann verslar. Þannig er mun hagkvæmara fyrir þá sem eru hægra megin við stað X að versla í verslun B og hagkvæmara fyrir þá sem eru vinstra megin við stað X að versla í verslun A. Líkanið sýnir þannig hvernig flutningskostnaður við verslunarferð getur búið til fjarlægðavernd fyrir verslun með háu verðlagi.

Staðsetning verslana getur því haft mikla þýðingu við mat á því hversu mikil markaðstök (e. market power) þær hafa í næsta nágrenni við sig. Eftir því sem upphæð innkaupa er hærri þeim mun minna vægi hefur ferðakostnaðurinn og því eru neytendur tilbúnir til þess að ferðast lengri vegalengdir þegar gera á veigamikil innkaup. Almennt séð er talið að neytendur geri stórinnaup sín fyrst og fremst í lágvöruverðsverslunum og stórmörkuðum en viðbótarinnaup í klukkubúðum. Þar sem stórinnaup fela í sér stærri vörukörfur er í flestum tilvikum um hærri upphæðir að ræða þegar fólk verslar í



lágvöruverðsverslunum og stórmörkuðum heldur en klukkubúðum.³⁴ Því er ferðakostnaðurinn hlutfallslega minni hjá meðalviðskiptavinum slíkra verslana og markaðssvæði þeirra því stærra.

Þetta endurspeglast glögglega í skiptingu matvörumarkaðsins. Verðlag í klukkubúðum er að jafnaði hærra en í stórmörkuðum og lágvöruverðsverslunum en samkeppnislegt forskot þeirra byggist frekar á þægindum, sveigjanlegri opnunartíma og nálægð og eru þær því sniðnar að þörfum tímabundinna neytenda sem eru síður líklegir til þess að ferðast langar vegalengdir. Einnig eru í klukkubúðum oftast gerð hvatakaup og kaup á vörum sem ekki var fyrir séð að þörf væri á og er því nálægð við kaupanda og rýmri opnunartími mikilvægir þættir. Þar af leiðandi er markaðssvæði klukkubúða minna heldur en markaðssvæði stórmarkaða og lágvöruverðsverslana sem útskýrir t.a.m. hvers vegna þær eru oftast en ekki staðsettar innan íbúðahverfa.³⁵

Hvað sérverslanir með dagvöru varðar þá ætti landfræðilegt markaðssvæði þeirra að vera tiltölulega stórt, þrátt fyrir að þjóna einungis markaðnum fyrir viðbótarinnkaup. Ástæða þess er að sú þörf sem sérverslanir þjóna er mun sérhæfðari. Vörunar sem þar er boðið upp á geta verið óalgengar á markaðnum og greiðsluvilji þeirra sem sækjast eftir slíkum vörum því hærri. Sá greiðsluvilji endurspeglast bæði í því að sérverslanir geta boðið hærra verð fyrir vörur sínar og neytendurnir eru tilbúnir til þess að ferðast lengri vegalengdir til þess að nálgast þær.

Sú staðreynd að matvöruverslanir hafa í ríkara mæli opnað eigin sérverslanir innan búðanna sjálfra, s.s. bakarí, ostasölu, kjötbörð o.s.frv. endurspeglar einnig þessi áhrif verslunarkostnaðar á eftirspurn, sem og tilhneiging sumra sem reka sjálfstæðar sérverslanir að opna þær í grennd við stærri matvöruverslanir. Þannig má segja að með aukinni nálægð matvöruverslana og sérverslana sé verslunarkostnaðurinn lágmarkaður og þær sérverslanir sem hér um ræðir því á vissan hátt innlimaðar í stórinnskaupferlið. Það hefur aftur á móti ekki í för með sér að telja eigi sjálfstætt reknar sérverslanir sem hluta af markaðnum fyrir stórinnskaup. Staðgangin milli sérverslana sem reknar eru innan matvöruverslana annars vegar og almennra sérverslana hins vegar lýsir sér þannig að neytandi sem ætlar einungis að kaupa vörur sem tiltekin tegund sérverslunar býður upp á (þ.e. gera viðbótarinnkaup) ætti að líta svo á að fullkomin staðgang sé milli sérverslunar innan matvöruverslunar og sjálfstæðrar sérverslunar. Neytandi sem ætlar að kaupa þessar sömu vörur en einnig gera önnur innkaup (þ.e. gera stórinnskaup) ætti aftur á móti að líta á sérverslun innan matvöruverslunar sem töluvert hagstæðari kost en sérverslun utan matvöruverslunarinnar. M.ö.o. viðskiptavinur sjálfstæðrar sérverslunar lítur svo á að sú verslun sé fullkomlega jafngild sérverslun innan matvöruverslunar en einungis hluti af viðskiptavinum sérverslana sem staddir eru innan matvöruverslunar eru sama sinnis. Þar af leiðandi er staðgangin meiri í aðra áttina³⁶ og geta þær

³⁴ Á vefsíðu Huga kemur t.a.m. eftirfarandi fram varðandi verslanir 10-11, sem skilgreindar eru sem klukkubúðir: „Viðskiptavinir Tíu-Ellefu eiga það flestir sameiginlegt að versla litla innkaupakörfu af matvöru sem þeir neyta samdægurs eða strax næsta dag“.

³⁵ Niðurstaða bresku matvöruskýrslunnar frá 2000 styður einnig framangreint, þar sem sagt er frá því að smærri verslanir sem séu til þess fallnar að uppfylla þarfir heimilanna fyrir viðbótarinnkaup sé yfirleitt að finna í verslunarkjörnum eða miðbæjarkjörnum viðkomandi sveitafélags. Stærri verslanir með fjölbreytt vöruúrval eru frekar staðsettar utan bæjarkjarna. („*Supermarkets: A report on the supply of groceries from multiple stores in the United Kingdom*“) Í skýrslunni frá 2008 er talið að landfræðilegur markaður þægindaverslana sé minni en landfræðilegur markaður stærri verslana.

³⁶ Sjá hér líkanið á mynd 1 til frekari glöggvunar.



samkeppnislegu hömlur sem sérverslanir innan matvöruverslana setja á sjálfstæðar sérverslanir verið talsverðar á meðan áhrif í hina áttina eru mun minni.³⁷

2.1.2.2 Aðstæður á íslenska matvörumarkaðnum

Samkvæmt framansögðu eru fræðileg rök fyrir því að skilgreina markaðinn eftir tegundum matvöruverslana. Horfa verður hins vegar til sérstakra aðstæðna hér á landi. Sem dæmi um það hvernig íslenski matvörumarkaðurinn víkur frá erlendum mörkuðum má nefna að vöruúrval hér á landi er að öllum líkindum ekki jafn mikið og t.a.m. á Bretlandseyjum og vöruverð hér er allnokkru hærra.³⁸ Í ljósi þess má ætla að vöruverð hér á landi sé hlutfallslega hærra í samanburði við verslunarkostnað³⁹ og þar af leiðandi stærri hluti af heildarkostnaði verslunarferða. Sökum þessa ætti verðlag verslana að hafa meiri áhrif á val neytenda á matvöruverslunum hér á landi, þ.e. verðteygnin ætti að vera hærri. Af þeirri ástæðu meðal annarra hefur þróun markaðarins verið önnur hér heldur en hjá stærri þjóðum þar sem þéttbýli er meira. Sem dæmi má nefna að hér hafa komið fram margar lágvöruverðsverslanir, þar sem áhersla er lögð á að lágmarka allan kostnað svo hægt sé að bjóða vörur á sem hagstæðustu verði og bregðast þannig við auknum kröfum neytenda um lágt vöruverð, á meðan klukkubúðir hafa verið að sækja í sig veðrið víða erlendis. Lágvöruverðsverslunum hefur fjölgað mikið hér á landi og ljóst að flest heimili gera stórinnaup sín þar.

Víða í erlendum fordæmum má finna ýmsa mælikvarða sem tilgreina hvort verslun geti boðið upp á stórinnaup, s.s. ákveðið lágmarksverslunarrými. Að mati Samkeppniseftirlitsins eiga slíkir mælikvarðar ekki að öllu leyti við um íslenskar aðstæður og koma þar margir þættir til skýringar. Ástæða þess að fermetraffjöldi er gjarnan notaður til þess að endurspeglar möguleika neytenda á stórinnaupum er ekki sú að stórinnaup séu einungis möguleg þar sem rými er mjög mikið heldur vegna þess að stórt verslunarrými er talið gefa til kynna ríkt vöruúrval, næg bílastæði og gott aðgengi. Hér á landi eru fleiri tækifæri á því að reka smærri verslanir sem fullnægja öllum skilyrðum stórinnaupaverslunar á tiltölulega þéttbýlum svæðum án þess að skortur sé á bílastæðum o.fl. slíkum þáttum.

Að mati Samkeppniseftirlitsins eru það fyrst og fremst stórmarkaðir og lágvöruverðsverslanir sem geta uppfyllt þörf neytenda fyrir stórinnaup. Hvað klukkubúðir varðar bjóða þær almennt ekki upp á jafn breitt vöruúrval og stórmarkaðir og ekki jafn lágt verð og lágvöruverðsverslanir. Því þykja þær ekki heppilegur kostur fyrir neytendur til þess að framkvæma stórinnaup. Viðbótarinnaup kunna þó í einhverjum tilvikum að vera gerð í stórmörkuðum og lágvöruverðsverslunum og stórar innkaupaferðir

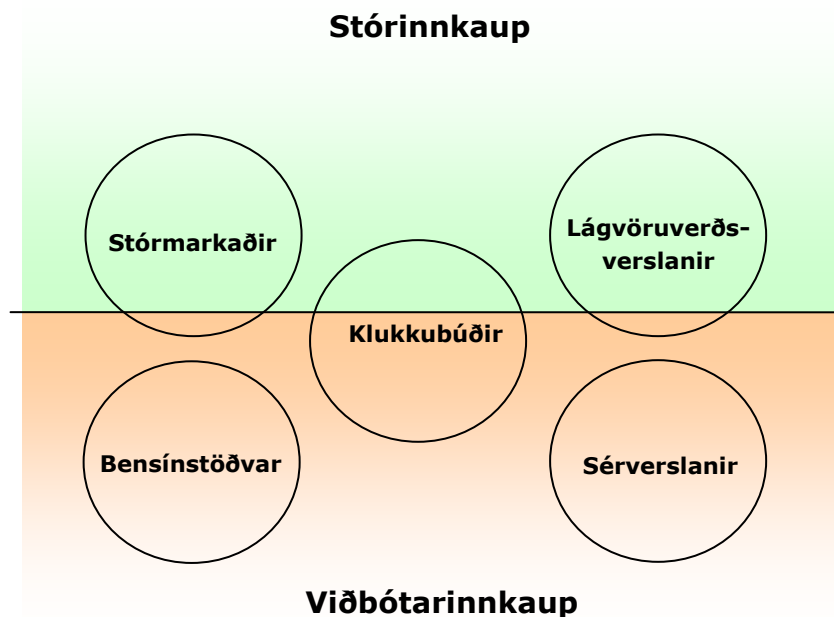
³⁷ Breska samkeppnisráðið (*Competition Commission*) notar sömu nálgun þegar munurinn á stórum verslunum (sem gefa möguleika á stórinnaupum) og smærri verslunum (sem gefa fyrst og fremst möguleika á viðbótarinnaupum) er skoðaður í núverandi rannsókn sinni á matvörumarkaðnum: „we consider larger grocery stores to be an effective substitute for smaller grocery outlets, and as a result, these larger stores constrain the prices, and other non-price competitive variables, such as product quality, product range and service (together the 'retail offer') of smaller stores. However, we do not currently view smaller grocery outlets as providing a similar effective substitute for larger grocery outlets." – Groceries Market Investigation: Current Thinking (2007). Sjá einnig lokaskýrslunna frá 2008.

³⁸ Samkvæmt alþjóðlegum verðsamanburði sem gerður var árið 2004 í 33 Evrópuríkjum kom fram að hlutfallslegt verðlag á mat og drykkjarvörum var 45% hærra hér á landi heldur en í Bretlandi. Sjá Hagtíðindi 92. árgangur 6. tbl.

³⁹ Einnig má benda á að verslunarkostnaður getur í mörgum tilvikum verið meiri í stærri og þéttbýlari borgum, þar sem minna er um einkabílaeign, meira um umferðateppur og samgöngur almennt flóknari.



kunna í undantekningartilvikum að vera gerðar í klukkubúðum og smærri matvöruverslunum. Eftirfarandi mynd skýrir þetta betur.



Mynd 2: Eðli innaupa og skörun mismunandi tegunda matvöruverslana.

Mynd 2 hér að ofan sýnir markaðinn fyrir dagvörur og hvernig honum getur verið skipt niður í markað fyrir stórinnaup og markað fyrir viðbótarinnaup og staðsetningu hvernar verslunargerðar á þessum tveimur mörkuðum. Ætla má að stórmarkaðir og lágvöruverðsverslanir séu því fyrst og fremst á markaðnum fyrir stórinnaup en starfi þó að einhverju leyti á markaðnum fyrir viðbótarinnaup. Klukkubúðir eru á sama hátt fyrst og fremst á markaðnum fyrir viðbótarinnaup en lítill hluti af viðskiptavinum slíkra verslana getur í einhverjum tilfellum gert stórinnaup þar. Þrátt fyrir að breidd vöruúrvalsins í bensínstöðvum hafi verið að aukast á síðastliðnum árum verður það ekki talið nógu umfangsmikið svo neytendur geti uppfyllt vikulegar innaupaþarfir sínar þar, auk þess sem verðlag er hátt. Bensínstöðvar geta því ekki uppfyllt stórinnaupaþörf neytenda og starfa því einungis á markaðnum fyrir viðbótarinnaup. Sérverslanir með dagvörur starfa einungis á markaðnum fyrir sérhæfð viðbótarinnaup.

Þá má einnig benda á að þar sem vöruúrval í lágvöruverðsverslunum er oftar en ekki minna en í stórmörkuðum gætu neytendur sem þar kaupa inn þurft að kaupa inn víðar til þess að uppfylla kröfur sínar. Auk þess að kaupa inn helstu nauðsynjavörur í verslunum með lágt vöruverð þurfa þeir e.t.v. að gera viðbótarinnaup í klukkubúðum og stórmörkuðum með mikið vöruúrval og eykst þar af leiðandi verslunarkostnaðurinn. Því er viss staðganga milli þess að gera öll dagvöruinnaupin í stórmörkuðum og matvöruverslunum með fjölbreytt vöruúrval og að gera stórinnaup í lágvöruverðsverslunum en gera viðbótarinnaup annars staðar. Á það sérstaklega við um neytendur sem ekki hafa mikinn tíma til þess að framkvæma dagvöruinnaup heimilisins. Þá eru ýmsar vörur einungis fáanlegar í sérverslunum. Því er ekki óalgengt að heimilin



þurfi að gera vikuleg innkaup sín á fleiri en einum stað. Þó er ljóst að lágvöruverðsverslanir hér á landi hafa á undanförunum árum þróast í þá átt að bjóða sífelldu upp á fleiri vörur og vöruflokka í verslunum sínum. Þannig bjóða lágvöruverðsverslanir upp á mun meira vöruúrval núna en þær gerðu fyrst eftir að þær komu á markaðinn. Skilin milli lágvöruverðsverslana og stórmarkaða hvað vöruúrval varðar hafa því minnkað umtalsvert á undanförunum árum.

Eins og áður hefur verið rakið hafa mismunandi innkaupaþarfir neytenda kallað eftir fjölbreyttari verslunargerðum. Neytendur standa nú frammi fyrir ákveðnum og skýrum valkostum þegar kemur að því að fullnægja þörfum sínum fyrir dagvörur. Þessir valkostir eru fyrst og fremst að kaupa sem mest inn í einu undir einu þaki á sem hagstæðastan hátt eða fullnægja dagvöruþörf sinni með því að kaupa smærri körfur í einu á fleiri stöðum. Fyrri valkosturinn er eins og fram hefur komið mun algengari og ódýrari vegna verslunarkostnaðar og þess tíma sem fer í að gera innkaup á mörgum stöðum. Þá hafa nútíma verslunarhættir neytenda þróast þannig að fólk gerir nú oft og tíðum stærri innkaup og þá sjaldnar. Eftir því sem útgjöld til dagvöruinnkaupa eru meiri því meiri tíma og kostnað eru neytendur tilbúnir að leggja á sig til þess að komast í verslanir með lægra vöruverð eða breitt vöruúrval. Hér á landi, þar sem vöruverð hefur jafnan verið nokkuð hátt, er því hagkvæmast fyrir neytendur að kaupa stærri vörukörfur í einu til þess að lágmarka verslunarkostnað og fyrirhöfn tengda því að gera innkaupin á mörgum stöðum.

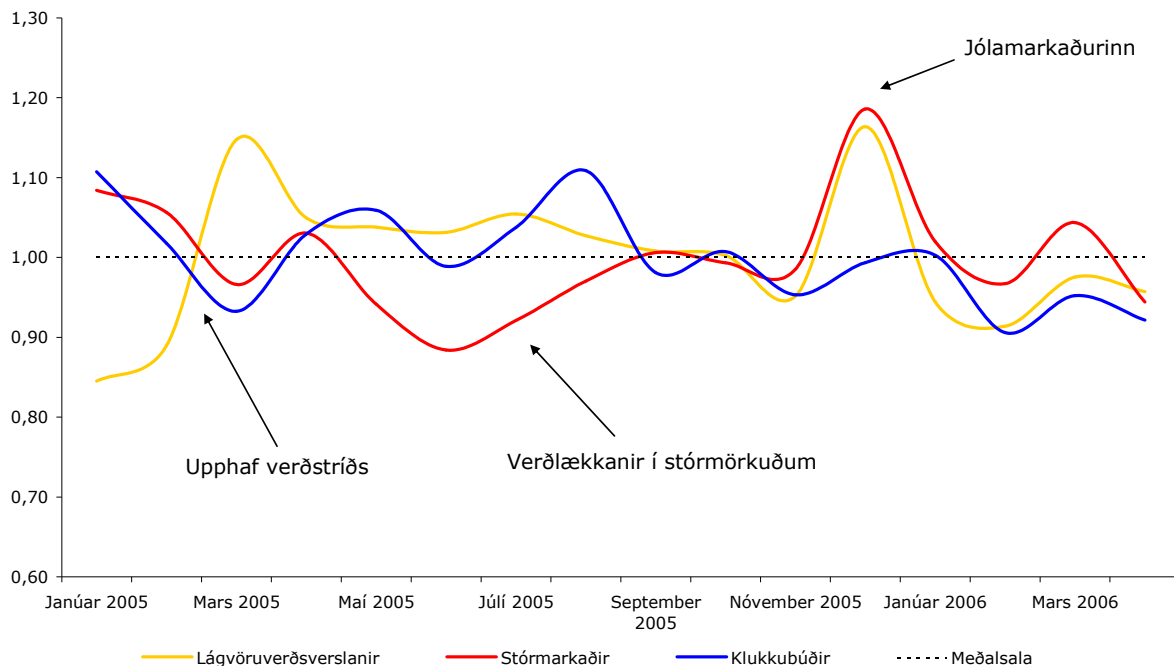
Ýmsar vísbendingar því til stuðnings að Bónus og aðrar lágvöruverðsverslanir starfi nær einungis á markaðnum fyrir stórinnaup og þar af leiðandi ekki á sama markaði og t.a.m. klukkubúðir, má lesa úr gögnum um verðstríðið svokallaða. Þegar verðstríðið hófst urðu stórfelldar verðlækkningar t.a.m. á mjólkurvörum í flestum lágvöruverðsverslunum á landinu. Stórmarkaðir starfa einnig á markaðnum fyrir stórinnaup og voru viðbrögð slíkra verslana við þessum aðgerðum í flestum tilvikum í því fólgin að lækka verð sitt, en þó ekki svo mikið að þeir gætu talist virkir þátttakendur í verðstríðinu. Af gögnum sem Samkeppniseftirlitið aflaði um verðstríð lágvöruverðsverslananna má ráða að hinar skilgreindu klukkubúðir og aðrar smærri verslanir hafi ekki brugðist við verðstríðinu með miklum verðlækkunum. Verðlag er mikilvægur þáttur í ákvörðun neytenda um það hvar þeir versla og því ætti mikill munur á verðlagi í verslunum á sama markaði í flestum tilfellum að hafa úrslitaáhrif á það hvar neytendur gera sín innkaup. Því ætti óbreytt verðlagning klukkubúðanna við verðlækkunum lágvöruverðsverslana að gefa ákveðnar vísbendingar um að ekki sé um verslanir á sama markaði að ræða. Enn frekari vísbendingar má þó lesa úr gögnum um það hvernig sala á mjólkurvörum þróaðist á tímabilinu.

Til þess að varpa ljósi á mismunandi þarfir sem lágvöruverðsverslanir og stórmarkaðir þjóna annars vegar og klukkubúðir hins vegar getur því verið gagnlegt að bera saman innkeypt magn mjólkurvara⁴⁰ (með þeim rökum að það magn mjólkurvara sem keypt var inn endurspeglir selt magn þeirra) hjá einstökum verslunum á því tímabili sem verðstríðið stóð yfir. Yfirlit yfir innkeypt magn var fengið úr gögnum sem safnað var frá þremur stærstu aðilum matvöru markaðsins, þ.e. Högum, Samkaupum og Kaupási. Gögnin sýna innkaupakostnað og nettó innkaupsverð hvorrar tegundar mjólkurvöru. Ljóst er að selt

⁴⁰ Um er að ræða 17 söluhæstu mjólkurvörurnar.



magn og innkeypt magn er ekki í öllum tilvikum jafnt, t.a.m. vegna rýrnunar, en að mati Samkeppniseftirlitsins er þó um fullnægjandi nálgun að ræða.



Mynd 3: Hlutfallsleg frávik frá meðalsölu á seldu magni mjólkurvara á rannsóknartímabilinu.

Línuritið hér að ofan sýnir hvernig selt magn mjólkurvara í hverru verslunargerð breytist hlutfallslega í samanburði við meðalsölu á rannsóknartímabilinu. Meðalsölu hjá hverri verslunargerð á rannsóknartímabilinu er gefið gildið 1 (brotna línun) og sýna línurnar frávik frá meðalsölu yfir tímabilið. Einungis var miðað við verslanir í eigu Haga, Kaupáss og Samkaupa. Hér er notast við þá aðferð að flokka verslanir niður í lágvöruverðsverslanir, stórmarkaði og klukkubúðir. Í töflu 1 hér að neðan er að finna yfirlit um það hvaða verslanakeðjur falla í hvern flokk. Listinn er til viðmiðunar.

Tafla 1: Flokkun verslanakeðja í mynd 3.

Lágvöruverðsverslanir	Stórmarkaðir	Klukkubúðir
Bónus	Hagkaup	10-11
Krónan	Nóatún	11-11
Nettó og Kaskó	Samkaup Úrval	Samkaup Strax

Eins og sjá má virðast verðlækkningar lágvöruverðsverslana í upphafi verðstríðsins árið 2005 hafa haft töluverð áhrif á selt magn í stórmörkuðum. Verðbreytingarnar höfðu í fyrstu nokkur áhrif á selt magn í klukkubúðum en eins og sjá má er hér aðeins um að ræða breytingu til skamms tíma. Sú eftirspurnarminnkun sem átti sér stað í klukkubúðum í upphafi verðstríðsins endurspeglar að mati Samkeppniseftirlitsins fyrst og fremst væntingar neytenda varðandi lengd verðstríðsins. Þar sem fæstir bjuggust við því að



verðstríðið ætti eftir að vara í svo langan tíma byggðu viðbrögð neytendanna á því að um skammtíma verðlækkun væri að ræða, umfjöllun um verðlagningu jókst til muna og tóku því margir upp á því að hamstra þær vörur sem verðlækkunin náði til, á kostnað klukkubúðanna. Þegar leið á verðstríðið tóku hin hefðbundnu sjónarmið stórinnskaupa og viðbótarinnskaupa við á ný og eftirspurnin jókst í klukkubúðum. Í júní var verð lækkað talsvert í flestum stórmörkuðum til þess að bregðast við verðstríði lágvöruverðsverslana og kemur það glögglega fram í söluaukningunni sem á eftir fylgdi.⁴¹ Þá má einnig sjá að umtalsvert söluaukning varð í lágvöruverðsverslunum og stórmörkuðum í desember, þ.e. í kringum jól, en sambærilegrar aukningar gætti ekki hjá klukkubúðum. Þetta rennir frekari stoðum undir það að klukkubúðir tilheyri ekki sama markaði og stórmarkaðir og lágvöruverðsverslanir, þar sem þessar verslanir þjóna annarri þörf en lágvöruverðsverslanir og stórmarkaðir, þ.e. þörf fyrir viðbótarinnskaup. Sú staðreynd að soluminnkun klukkubúðanna varð ekki meiri en raun bar vitni þegar verðstríðið stóð sem hæst er sérstaklega þýðingamikil þegar tekið er tillit til þess að litlar verðlækkanir urðu á mjólkurvörum í klukkubúðum.

Þegar um er að ræða markað með einsleita vöru eins og einstaka flokka mjólkurvöru geta þættir eins og verð haft verulega þýðingu á eftirspurn eftir vörunni ef aðrir þættir haldast óbreyttir. Þannig má ætla að ef allar verslanir væru með sama opnunartíma, sama vöruúrval og sama þjónustustig, og þar af leiðandi á sama markaði, myndi það hafa veruleg áhrif á selt magn í hinum verslununum ef ein verslun myndi lækka verð hjá sér umtalsvert. Eins og mynd 3 hér að ofan sýnir glögglega þá höfðu verðlækkanir lágvöruverðsverslana ekki teljandi áhrif á selt magn í klukkubúðunum. Sérstaða klukkubúða og sambærilegra matvöruverslana gerir það að verkum að þær uppfylla aðra þörf en lágvöruverðsverslanir og stórmarkaðir, þ.e. þörf neytenda fyrir viðbótarinnskaup.

Niðurstaða greiningarinnar hér að ofan undirstrikar það enn fremur hvers vegna sérverslanir með dagvöru, bensínstöðvar, söluturnar, veitingastaðir og apótek eru ekki hluti af þeim markaði sem rannsóknin snýr að. Að meginstefnu til eru stórmarkaðir og lágvöruverðsverslanir einu verslunargerðirnar sem búa yfir svo breiðu vöruúrvali að stórinnskaup séu þar möguleg. Þrátt fyrir að einhverjar klukkubúðir geti mögulega boðið upp á stórinnskaup, og að einhverjir viðskiptavinir slíkra verslana geri stórinnskaup sín þar, virðast þær ekki vera á sama markaði og lágvöruverðsverslanir og stórmarkaðir nema að takmörkuðu leyti. Uppbygging og verðlag klukkubúða gerir það að verkum að þær eru betur til þess gerðar að þjóna markaðnum fyrir viðbótarinnskaup og sést það glögglega á því hversu lítil áhrif verðstríðið hafði á selt magn. Sú staðreynd að verðlag í lágvöruverðsverslunum og stórmörkuðum hafi haft svo lítil áhrif á selt magn í klukkubúðum og öðrum áþekktum verslunargerðum gefur mjög sterklega til kynna að staðganga milli þessara verslunargerða sé óveruleg.

2.1.2.3 Niðurstaða um mismunandi tegundir matvöruverslana

Með vísan til alls framangreinds eru fræðileg rök fyrir því að skipta markaði málsins eftir tegundum matvöruverslana. Sýnir umfjöllunin að flestar lágvöruverðsverslanir og stórmarkaðir uppfylla þarfir neytenda fyrir stórinnskaup á dagvörum. Flestar klukkubúðir og aðrar minni matvöruverslanir sinna hins vegar þörfum fyrir viðbótarinnskaup.

⁴¹ Á umræddu tímabili voru lækkanir Hagkaupa á þeim 17 vörum sem til skoðunar voru á bilinu 7-23%.



Samkeppniseftirlitið telur á hinn bóginn ljóst að vegna aðstæðna hér á landi geti verið erfiðleikum bundið að skilgreina hverja einstaka verslun á landinu samkvæmt framangreindum sjónarmiðum auk þess sem hætta er á að slík flokkun verslana gæti orðið ónákvæm vegna þess hve mörk mismunandi matvöruverslana geta verið óljós. Mörg sjónarmið, eins og rakið hefur verið, geta komið til álita þegar matvöruverslanir eru annars vegar og hvort þær uppfylli kröfur neytenda um stórinnskaup eða sérhæfð viðbótarinnskaup. Í þessu sambandi má nefna vöruúrval, stærð verslunarrýmis og aðgengi auk staðsetningar viðkomandi verslunar. Þá eru einnig sérstakar aðstæður á landsbyggðinni hvað þetta varðar, og getur verið vandkvæðum bundið að skilgreina nákvæmlega hverja verslun eftir þjónustugetu.

Í ljósi þessa og í varúðarskyni mun Samkeppniseftirlitið í máli þessu ekki skilgreina markaðinn eftir tegundum matvöruverslana. Verður að telja að með þessari nálgun séu Hagar í raun að njóta vafans hvað mat á markaðshlutdeild varðar. Telja verður að allar ef ekki flestar verslanir Bónuss og Hagkaupa uppfylli stórinnskaupþörf neytenda og má því ætla að ef sérstakur markaður yrði skilgreindur fyrir stórinnskaupþörf yrði markaðshlutdeild Haga ívið hærri heldur en á markaðnum í heild.

2.1.3 Niðurstaða um vöru- og þjónustumarkaðinn

Í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 18/1999 *Yfirtaka Baugs hf. á Vöruveltunni hf.* var komist að þeirri niðurstöðu að markaðurinn væri sala á dagvörum í matvöruverslunum. Sala á dagvörum í sérverslunum var ekki talin falla undir markaðinn. Byggt var á sömu skilgreiningu í skýrslu Samkeppnisstofnunar frá 2001 um matvörumarkaðinn og í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 38/2002 *Samningur Baugs Group hf. og Eignarhaldsfélagsins Fengs hf. um stofnun á félagi um rekstur Ávaxtahússins ehf. og Banana ehf.*

Hér að framan hefur verið rökstutt að matvöruverslanir uppfylla ákveðnar þarfir neytenda sem sérverslanir gera ekki. Þrátt fyrir að fræðilegar forsendur standi til þess að skipta matvörumarkaðnum í undirmarkaði er í varúðarskyni ákveðið að gera það ekki í máli þessu. Markaður þessa máls telst því vera sala á dagvörum í matvöruverslunum. Í eftirfarandi umfjöllun um markaðshlutdeild verður því miðað við veltu allra skilgreindra matvöru- eða dagvöruverslana á landinu. Sérverslanir eins og bakarí, fiskbúðir, bensínstöðvar, söluturnar, skyndibitastaðir og aðrar verslanir sem bjóða upp á mjög takmarkað úrval af dagvöru verða ekki taldar með eins og áður segir.

2.2 Landfræðilegi markaðurinn

Í samkeppnisrétti er landfræðilegi markaðurinn það svæði þar sem samkeppnisskilyrði eru nægjanlega lík til þess að unnt sé að greina þau frá öðrum svæðum í samkeppnislegu tilliti, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 3/2008 *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu*. Er hér um að ræða landsvæði þar sem hlutaðeigandi fyrirtæki eru viðriðin framboð og eftirspurn eftir viðkomandi vöru eða þjónustu og sem unnt er að greina frá nærliggjandi svæðum, einkum vegna þess að samkeppnisskilyrði eru greinilega frábrugðin á þeim svæðum. Meðal þátta sem skipta máli við mat á viðkomandi landfræðilegum markaði eru eðli og einkenni viðkomandi vöru eða þjónustu, hugsanlegar aðgangshindranir eða neytendavenjur, greinilegur munur á markaðshlutdeild fyrirtækja á viðkomandi svæði og aðliggjandi svæðum, verðmunur og flutningskostnaður.



Fræðilega séð getur landfræðilegur markaður verið ýmist staðbundinn, svæðisbundinn, landsmarkaður eða alþjóðamarkaður. Stærð landfræðilegs markaðar veltur m.a. á því að hvaða marki þörf er talin á því að kaupandinn sé í nálægð við seljandann. Þetta mat ræðst venjulega af því hvað einkennir vöruna/þjónustuna og viðskiptavinina, eftir hvaða leiðum sala og þjónusta fer fram svo og af eðli viðskiptanna. Sérstaklega skiptir máli hversu mikil þörf er á beinu sambandi milli kaupanda og seljanda 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. Er almennt litið svo í samkeppnisrétti að smásölumarkaðir séu staðbundnir.⁴²

Í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 18/1999 *Yfirtaka Baugs hf. á Vöruveltunni hf.* var komist að þeirri niðurstöðu að landfræðilegur markaður fyrir dagvöru væri staðbundinn. Í ákvörðuninni leit ráðið svo á að yfirtakan hefði fyrst og fremst áhrif á smásölumarkaðinn fyrir dagvörur á höfuðborgarsvæðinu, þ.e. í Reykjavík og nágrennasveitarfélögum. Byggt var á sömu nálgun í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 38/2002 *Samningur Baugs Group hf. og Eignarhaldsfélagsins Fengs hf. um stofnun á félagi um rekstur Ávaxtahússins ehf. og Banana ehf.* en þar segir einnig:

„Ljóst er að nálægð kaupanda við matvöruvöruverslanir er að öllu jöfnu æskileg ef ekki nauðsynleg. Í ákvörðunum samkeppnisráðs þar sem fjallað hefur verið um samruna fyrirtækja á smásölustigi hefur landfræðilegur markaður verið skilgreindur staðbundinn. Þannig hefur verið við það miðað að viðkomandi markaðssvæði sé innan 20 km radíusar frá staðsetningu þeirra verslana sem samruni eða yfirtaka nær til. Einnig hefur í þessu sambandi verið miðað við að verslanir geti að öðru jöfnu náð til sín viðskiptavinum sem ekki þurfi að leggja á sig lengri en 20 mínútna akstur í viðkomandi verslun. Að mati samkeppnisráðs er smásala matvöruverslana á dagvöru til neytenda staðbundinn markaður.“

Hér má einnig nefna ákvörðun framkvæmdastjórnar EB í máli Kesko/Tuko en þar var einnig komist að þeirri niðurstöðu að hinn landfræðilegi markaður í Finnlandi fyrir sölu á dagvörum væri staðbundinn markaður.⁴³ Í ákvörðuninni segir að stærð hins landfræðilega markaðar miðist við 20 mínútna akstursfjarlægð frá heimili viðkomandi neytanda, en 20 mínútna akstur geti gefið kost á einum, tveimur eða fleiri stórmörkuðum þar sem hægt er að framkvæma stórinnaup.⁴⁴

Ljóst er að nálægð kaupanda við dagvöruverslanir er að öllu jöfnu æskileg ef ekki nauðsynleg. Í því samhengi má t.a.m. benda á hvernig verslunarkostnaður og fjarlægðir hafa áhrif á eftirspurn eftir dagvörum, sbr. hagfræðilíkan sem kynnt var hér að framan. Sökum þess að ferðakostnaður neytenda eykst u.þ.b. línulega eftir því sem verslun liggur fjær þeim er landfræðilegt markaðssvæði hvernar verslunar takmarkað. Þar af leiðandi er staðganga milli verslana sem staðsettar eru á mismunandi landssvæðum því sem næst engin.

⁴² Sjá t.d. Mario Monti, *Market Definition as a Cornerstone of EU Competition Policy*, Workshop on Market Definition, Helsinki 2002, bls. 24.

⁴³ Sbr. ákvörðun framkvæmdastjórnar EB í samrunamáli Kesko/Tuko nr. IV/M.784 (OJ C193), sbr. málsgr. 21 23.

⁴⁴ Sjá einnig ákvörðun framkvæmdastjórnar EB frá 25. apríl 2004 í máli nr. COMP/M.4590 Rewe/Delvita.



Með hliðsjón af ofangreindu verður markaðurinn því að teljast mun þrengri en landsmarkaðurinn. Hefur í eldri málum verið miðað við að verslanir geti að öðru jöfnu náð til sín viðskiptavinum sem ekki þurfi að leggja á sig lengri en 20 mínútna akstur í viðkomandi verslun. Að mati Samkeppniseftirlitsins verður ekki annað séð en að sambærileg viðmið eigi við í þessu máli.

Hér verður og að líta til þess að frá sjónarhóli neytenda gæti tuttugu mínútna akstur í þéttbýli gefið kost á einum, tveimur eða fleiri stórmörkuðum og lágvöruverðsverslunum auk minni matvöruverslana sem bjóða upp á takmarkað vöruúrval, allt eftir því hvar viðkomandi neytandi er niður kominn. Það er vissulega óraunhæft að skilgreina nákvæmlega allar mögulegar samsetningar og umraðanir, sem falla eftir þéttleika byggðar og dreifingu bæði neytenda og verslana og er því ljóst að ávallt verður um vissa nálgun að ræða. Þar að auki mætti vel rökstyðja að til lengri tíma litið séu stærri verslanir innan sama bæjarfélags í virkri samkeppni hver við aðra þrátt fyrir að ekki sé bein staðganga milli t.a.m. þeirra stórmarkaða sem eru staðsettir í sitthvorum enda bæjarfélagsins. Þetta mætti útskýra með dæmi þar sem þrjár stórmarkaðir eru starfandi á markaði, verslanir A, B og C, þar sem verslun A starfar á sama markaðssvæði og verslun B, sem starfar einnig á sama markaðssvæði og verslun C, en verslanir A og C eru sín á hvoru markaðssvæðinu. Þrátt fyrir að verslun A sé ekki í beinni samkeppni við verslun C um viðskiptavini þá getur verðlagning verslunar A sett verslun C vissar hömlur í gegnum verslun B, sem er í samkeppni við báða aðila. Ef verslun A lækkar verð þarf verslun B að bregðast við með verðlækkun og þar af leiðandi verslun C sömuleiðis. Því hafa stórmarkaðir, upp að vissu marki, keðjuverkandi áhrif á stórmarkaði lengra í burtu í samkeppninni.⁴⁵ Jafnframt er ljóst í þessu sambandi að miklu getur munað eftir því hvort um er að ræða verslanir í þéttbýli eða dreifbýli.⁴⁶

Enn fremur má nefna að þrátt fyrir að markaðir séu almennt skilgreindir út frá eftirspurnarhliðinni þá nær framboð á matvörumarkaðnum upp að vissu marki til landsins alls. Í tilfelli verslanakeðja sem reka verslanir um land allt eru mikilvægir þættir samkeppninnar, s.s. vöruúrval, uppruni vara, gæði, þjónustustig, auglýsingar, kynningarherferðir og verð, ekki ákvarðaðir á staðbundnum grundvelli, heldur á svæðisbundnum og jafnvel á grundvelli landsins alls. Flestar af stærri verslanakeðjunum á Íslandi eru t.a.m. með sama verð á sömu vörum í öllum verslunum sínum um land allt. Þrátt fyrir að eftirspurnin sé í eðli sínu staðbundin er því mikilvægt að hafa hliðsjón af markaðshlutdeildinni yfir landið allt, sem og öðrum þáttum er hafa áhrif á markaðsstyrk fyrirtækis.

Rannsókn Samkeppniseftirlitsins í þessu máli mun fyrst og fremst beinast að verðlagningu í verslunum Haga og þá sérstaklega í Bónusi. Í ljósi þess ber að mati Samkeppniseftirlitsins fyrst og fremst að kanna hver staða verslana í eigu Haga sé á þeim

⁴⁵ Sjá hér m.a. ákvörðun framkvæmdastjórnar EB í máli Kesko/Tuko nr. IV/M.784 (OJ C193).

⁴⁶ Í áður nefndri skýrslu breskra samkeppnisyfivalda um matvörumarkaðinn er hinn landfræðilegi markaður sem matvöruverslanir starfa á skilgreindur sem staðbundinn. Þar segir að verslanir hafi ákveðið yfirráðasvæði eða svæði þar sem verslunin geti mögulega laðað að sér viðskiptavinum. Þetta yfirráðasvæði afmarkist af þeim tíma sem það tekur viðskiptavinum að komast til verslunarinnar, en gengið er út frá því í skýrslunni að það sé um 10 mínútna akstur í þéttbýli en um 15 mínútur í dreifbýli. Hversu langt viðskiptavinir eru tilbúnir að ferðast til þess að framkvæma heildarinnkaup heimilisins og hversu miklum kostnaði þeir leggja á sig við það, ræðst þannig oftar en ekki að umhverfinu sem viðskiptavinirnir og verslanirnar sem um ræðir eru í. Í skýrslunni er tekið fram að því þéttari sem byggðin er því víðari verði markaðsskilgreiningin og nái þá yfir stærra svæði.



landfræðilegu markaðssvæðum sem verslanir Bónuss starfa, auk þess sem víska hliðsjón megi hafa af stöðu þeirra á landinu í heild sinni. Í eftirfarandi markaðsskiptingu verður miðað við að verslun geti að öðru jöfnu laðað til sín neytendur sem staddir eru í u.þ.b. 20-30 mín. akstursfjarlægð frá versluninni. Ljóst er að þetta er nokkuð rýmri skilgreining en áður hefur verið notuð við mat á landfræðilegum markaði matvöruverslana á landsbyggðinni. Undir venjulegum kringumstæðum ferðast neytendur e.t.v. ekki svo langar vegalengdir til þess að gera matvöruinnkaup sín en slík markaðsskipting getur þó aldrei verið fullkomlega nákvæm. Hér má hins vegar benda á að margir íbúar á landsbyggðinni þurfa oft að sækja aðra þjónustu og eiga viðskipti við sérverslanir í svipaðri akstursfjarlægð og verslun sem uppfyllir stórinna kaupþörf, s.s. heilbrigðisþjónustu, byggingavöruverslanir, snyrtivöruverslanir o.fl. Hagar reka hlutfallslega færri verslanir á landsbyggðinni en á höfuðborgarsvæðinu. Þess vegna má ætla að rýmri skilgreining á hinum landfræðilegu mörkuðum gefi í raun veikari mynd af stöðu Haga en ef miðað væri við þrengri skilgreininguna.

Þau landfræðilegu markaðssvæði sem sérstaklega verða tekin til skoðunar í næstu köflum í skjali þessu eru eftirfarandi:

Höfuðborgarsvæðið: Undir þennan markað falla Reykjavík, Seltjarnarnes, Kópavogur, Hafnarfjörður, Garðabær, Sveitarfélagið Álftanes, Mosfellsbær og Kjósarhreppur.

Borgarbyggð (Borgarnes): Undir þennan markað fellur Borgarbyggð (Borgarnes, Hvanneyri, Varmaland, Reykholt, og Bifröst).

Snæfellsnes (Stykkishólmur): Undir þennan markað falla Stykkishólmur, Grundarfjörður, og Snæfellsbær (Ólafsvík, Rif og Hellissandur).

Norðanverðir Vestfirðir (Ísafjörður): Undir þennan markað falla Ísafjarðarbær (Ísafjörður, Flateyri, Hnífsdalur, Suðureyri og Þingeyri), Súðavík og Bolungarvík.

Akureyri og Eyjafjarðarsvæðið (Akureyri) Undir þennan markað falla Akureyri, Dalvíkurbyggð og aðrir staðir við Eyjafjörð.

Austurland (Egilsstaðir): Undir þennan markað falla Egilsstaðir, Seyðisfjörður, Fjarðabyggð (Neskaupstaður, Eskifjörður og Reyðarfjörður) og Fellabær.

Suðurland (Árborg): Undir þennan markað falla Árborg (Selfoss, Stokkseyri, Eyrarbakki), Flúðir, Laugarás, Árnes, Hveragerði, Þorlákshöfn, Hella, Hvolsvöllur og Þykkvibær.

Suðurnes (Reykjanesbær): Undir þennan markað falla Reykjanesbær (Keflavík, Njarðvík og Hafnir), Garður, Sandgerði, Grindavík og Vogar.



III. Staða Haga á markaðnum

Eins og fyrr sagði tekur bannregla 11. gr. samkeppnislaga aðeins til markaðsráðandi fyrirtækja. Í málinu verður því að taka til athugunar hvort Hagar hafi verið í markaðsráðandi stöðu á hinum skilgreindu mörkuðum þegar ætluð brot áttu sér stað

Í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins var komist að þeirri niðurstöðu að Hagar væru í markaðsráðandi stöðu. Skipti mestu um það mat há markaðshlutdeild Haga samanborið við helstu keppinauta, en einnig mikill efnahagslegur styrkleiki, aðgangshindranir að markaðnum o.fl. Í þessum kafla verður fjallað um stöðu Haga á matvörumarkaðnum. Fyrst verður greint frá helstu sjónarmiðum Haga og því næst fjallað um mat Samkeppniseftirlitsins.

1. Sjónarmið Haga um stöðu fyrirtækisins

Hagar halda því fram að markaðshlutdeild fyrirtækisins á matvörumarkaði sé innan við 40%. Ef tekið sé tillit til hlutdeildar sérverslana og annarra verslana sem selji matvörur sé hlutdeildin eitthvað lægri. Þessu til grundvallar er stuðst við veltu Haga vegna sölu á mat- og dagvöru árið 2005 og hún borin saman við heildarveltu á markaðnum á sama ári samkvæmt upplýsingum frá Hagstofu Íslands og tölum frá Rannsóknarsetri verslunarinnar.

Hagar halda því fram að fyrirtækið geti ekki talist vera markaðsráðandi þegar höfð sé hliðsjón af ákvæði 4. tl. 1. mgr. 4. gr. samkeppnislaga. Hagar geti ekki að verulegu leyti starfað án þess að taka tillit til keppinauta, viðskiptavina og neytenda. Því til stuðnings nefna Hagar að enginn markaður fái eins mikla athygli og sé undir jafn miklu eftirliti og dag- og matvörumarkaðurinn. Þetta eftirlit stundi fjölmiðlar, neytendasamtök, launþegasamtök, samkeppnisyfirvöld, heilbrigðisyfirvöld, stjórnvöld, stjórnámálemenn, viðskiptavinir, birgjar, keppinautar sem og neytendur sjálfir. Í slíku umhverfi geti Bónus ekki starfað með þeim hætti sem lýst sé í umræddu lagaákvæði.

Sem nánari rök fyrir því að Bónus sé ekki markaðsráðandi vísa Hagar til athugunar sem landbúnaðarráðuneytið lét KPMG gera á árinu 2004 um viðskiptakjör verslana hjá Mjólkursamsölnunni. Niðurstöður þeirrar skoðunar hafi verið þær að ekkert gæfi tilefni til þess að ætla að viðskiptavinum Mjólkursamsölnunnar væri mismunað á grundvelli viðskiptakjara. Bónus sitji því við sama borð og hafi sömu stöðu gagnvart þessum viðskiptavinum sínum og aðrir keppinautar á markaðnum.

Í athugasemdum Haga við andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins var ennfremur mótmælt umfjöllun um efnahagslegan styrkleika sem og því að aðgangshindranir væru að markaðnum. Nánar verður fjallað um sjónarmið Haga varðandi þessi atriði o.fl. í eftirfarandi undirköflum og þau metin.



2. Mat Samkeppniseftirlitsins

Samkvæmt 4. tl.. 1. mgr. 4. gr. samkeppnislaga er markaðsráðandi staða fyrir hendi þegar fyrirtæki hefur þann efnahagslega styrkleika að geta hindrað virka samkeppni á þeim markaði sem máli skiptir og getur að verulegu leyti starfað án þess að taka tillit til keppinauta, viðskiptavina og neytenda. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2007 *Icelandair ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu* kemur fram að við mat á stöðu fyrirtækja á markaði skipti mestu að huga að markaðshlutdeild og því skipulagi sem ríkir á markaðnum. Markaðshlutdeild veitir sterka vísbendingu um markaðsráðandi stöðu, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2006 *Dagur Group hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Eins og fram kemur í þessum úrskurði áfrýjunarnefndarinnar leiðir af eðli málsins að því hærrí sem markaðshlutdeildin er því sterkari vísbendingu gefur hún um markaðsráðandi stöðu. Má hér einnig vísa til dóms Hæstaréttar frá 19. febrúar 2004 í máli nr. 323/2003 *Skífan hf. gegn samkeppnisráði*.

Skilgreining 4. gr. samkeppnislaga á markaðsráðandi stöðu sækir fyrirmynd sína til EES/EB-samkeppnisréttar og er efnislega samhljóða skilgreiningu dómstóls EB á markaðsráðandi stöðu sem fram kemur m.a. í Hoffman-La Roche málinu.⁴⁷ Ítrekað hefur komið fram hjá dómstólum EB 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.⁴⁸

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. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 5/1999 *Landssími Íslands hf. og Skíma ehf. gegn samkeppnisráði* var litið svo á að Landssíminn væri markaðsráðandi á Internetmarkaðnum með 37% markaðshlutdeild. Var í því sambandi einnig horft m.a. til styrkrar stöðu Símans á tengdum mörkuðum. Dómstólar EB hafa einnig talið fyrirtæki sem hafa innan við 40% markaðshlutdeild vera í markaðsráðandi stöðu.⁴⁹ Í þessu sambandi verður sérstaklega að horfa til styrks keppinauta. Eins og bent er á í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 4/2007 er almenna reglan sú að eftir því sem „þeir eru smærri og fleiri séu þeir almennt veikari fyrir áhrifum heldur en ef þeir eru færri með talsverða markaðshlutdeild“. Í EES/EB-samkeppnisrétti er einnig litið svo á að það sé vísbending um markaðsráðandi stöðu ef talsverður munur er á markaðshlutdeild

⁴⁷ Mál nr. 85/76 *Hoffmann-La Roche v Commission* [1979] ECR 3451.

⁴⁸ Sjá hér t.d. dóm undirréttar EB frá 30. janúar 2007 í máli nr. T-340/03 *France Télécom v Commission*: „... although the importance of market shares may vary from one market to another, very large shares are in themselves, and save in exceptional circumstances, evidence of the existence of a dominant position (*Hoffmann-La Roche v Commission*, paragraph 80 above, paragraph 41, and *Case T-221/95 Endemol v Commission* [1999] ECR II-1299, paragraph 134). The Court of Justice held in *Case C-62/86 AKZO v Commission* [1991] ECR I-3359, paragraph 60, that this was so in the case of a 50% market share.“ Sjá ennfremur Whish, *Competition Law*, fimmta útgáfa 2003, bls. 48: „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.“

⁴⁹ Sjá dóm undirréttar EB frá 17. desember 2003 í máli nr. T-219/99 *British Airways plc v Commission*.



viðkomandi fyrirtækis og keppinauta þess.⁵⁰ Talið er að ef meira en 20% munur er á markaðshlutdeild hins ætlaða ráðandi fyrirtækis og næst stærsta keppinautarins sé það sterk vísbending um ráðandi stöðu.⁵¹

Með viðmiðinu skipulag á markaðnum er vísað til ýmissa ólíkra atriða sem talin eru geta gefið vísbendingar um markaðsráðandi stöðu, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2006 *Dagur Group hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Dæmi um þetta er hvort aðgangur að markaðnum sé auðveldur, hvort viðkomandi fyrirtæki sé almennt öflugt með hliðsjón af fjármagni, tækjum og nægjanlegu framboði af vöru eða þjónustu. Einnig er horft til fjölda og styrks keppinauta auk þess sem fleiri atriði geta komið til skoðunar, sbr. umræddan úrskurð áfrýjunarnefndarinnar. Einnig getur verið rétt að horfa til mögulegs kaupendastyrks.

Hafa ber í huga að í hugtakinu markaðsráðandi staða felst ekki krafa um að engin samkeppni ríki á viðkomandi markaði.⁵² Um markaðsráðandi stöðu getur þannig verið að ræða þrátt fyrir líflega samkeppni á viðkomandi markaði.⁵³ Jafnvel þótt markaðshlutdeild viðkomandi fyrirtækis minnki á því tímabili sem til skoðunar er telst það markaðsráðandi ef hlutdeildin er eftir sem áður há.⁵⁴

Verður nú litið til þeirra atriða sem hér hafa verið nefnd við mat á stöðu Haga á markaðnum. Í upphafi þykir rétt að gera stutta grein fyrir þeim fyrirtækjum sem starfa á matvörumarkaðnum og um þróun markaðarins á undanförunum árum.

2.1 Fyrirtæki á matvörumarkaði

2.1.1 Hagar

Undanfari Haga, Baugur hf. (síðar Baugur Group hf.) var stofnaður í júní 1998 við samruna fimm félaga, Hagkaupa, Bónuss, Bónusbirgða, Aðfanga (áður Baugs) og Íspors. Árið 1999 sameinaðist svo Vöruveltan hf., sem rak verslanakeðjuna 10-11, Baugi hf. Árið 2003 var Baugi Group hf. skipt í tvö félög, Baug Group hf. og Baug Ísland ehf., en nafni þess síðarnefnda var síðar sama ár breytt í Haga og félaginu breytt í hlutfélag.

Hagar eru verslunarfyrirtæki sem starfrækir um 80 smásöluverslanir hér á landi aðallega með dagvörur og fatnað (tískuvörur). Verslanakeðjur Haga á sviði dagvöru eru þrjár, Bónus, Hagkaup og 10-11. Áherslur þessara verslanakeðja hvað varðar verðlag og þjónustu eru mismunandi. Þannig leggur Bónus áherslu á lágt verðlag, vöruúrval er

⁵⁰ Sjá t.d. Van Bael & Bellis, *Competition Law of the European Community*, fjórða útgáfa 2005 bls. 125: „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.”

⁵¹ Sjá t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar EB 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.

⁵² Sjá t.d. dóm dómstóls EB í máli nr. 85/76 *Hoffman-La Roche v Commission* [1979] ECR 3451.

⁵³ Sjá dóm dómstóls EB í máli nr. 27/6 *United Brands v Commission* [1978] ECR 207. Sjá einnig dóm undirréttar EB 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 ...”

⁵⁴ Sjá t.d. dóm undirréttar EB í sameinuðum málum nr. m.a. T-24/93 *Compagnie Maritime Belge v Commission* [1996] ECR II-1201.



takmarkað og opnunartími verslana er skemmri en í öðrum verslunum. Hagkaup býður hins vegar meiri þjónustu, vöruúrval er meira (þ.m.t. úrval sérvöru) auk þess sem búðir eru opnar lengi. 10-11 eru svokallaðar þægindaverslanir eða klukkubúðir, þ.e. litlar verslanir með langan opnunartíma (jafnvel allan sólarhringinn). Á dagvörusviði reka Hagar jafnframt birgðahúsið Aðföng sem annast innkaup frá birgjum fyrir verslanakeðjurnar, þó aðallega á þurrvörum. Þá starfrækja Hagar fyrirtækið Banana ehf. sem annast innkaup og dreifingu ávaxta og grænmetis. Ennfremur á fyrirtækið Ferskar kjötvörur ehf. sem er alhliða kjötvinnsla sem þjónar verslanakeðjunum að stórum hluta að því er varðar kjötvörur.

2.1.2 Kaupás

Fyrirtækið Kaupás var stofnað í júlí árið 1999 af Kaupfélagi Árnesinga. Sama ár tók félagið við rekstri verslanakeðjanna Nóatúns og 11-11 og urðu fyrri eigendur þeirra fyrirtækja meðeigendur í Kaupási. Árið 2000 keypti Kaupás Intersport ehf. og Húsgagnahöllina ehf. og voru þau félög sameinuð fyrirtækinu. Árið 2003 keypti Norvik hf. Kaupás og er fyrirtækið því núna hluti af Norvikursamstæðunni ásamt m.a. BYKO hf. og ELKÓ hf.

Kaupás rekur fjórar matvörukeðjur, Krónuna, Nóatún, 11-11 og Kjarval. Segja má að þessar verslanakeðjur endurspegli svipaða sérhæfingu og keðjur Haga. Í verslunum Krónunnar er megináhersla lögð á lágt verðlag og í verslunum Nóatúns hátt þjónustustig og gæði. Verslanir 11-11 eru á hinn bóginn þægindaverslanir með áherslu m.a. á langan opnunartíma. Verslanir Kjarvals eru allar utan höfuðborgarsvæðisins og eru þær svipaðar 11-11 verslunum en þó sniðnar að þörfum íbúa minni bæjarfélaga.

2.1.3 Samkaup

Samkaup voru stofnuð árið 1998. Árið 2001 sameinaðist félagið Matbæ ehf. og áður verslunarsviði Kaupfélags Eyfirðinga undir merkjum Samkaupa. Flestar verslanir Samkaupa eru á landsbyggðinni en félagið rekur verslanir undir fjórum merkjum, Samkaup úrval sem eru stórmarkaðir, Samkaup strax sem eru hverfaverslanir og Nettó og Kaskó sem eru lágvöruverðsverslanir.

2.1.4 Aðrar matvöruverslanir

Langflestar matvöruverslanir hér á landi eru reknar af framangreindum eignarhaldsfélögum, þ.e. Högum, Kaupási og Samkaupum. Aðrar matvöruverslanir sem rétt er að greina frá eru Fjarðarkaup sem rekur stórmarkað í Hafnarfirði, en sú verslun er reyndar ein af stærri matvöruverslunum hér á landi, Sparverslun í Kópavogi, Verslun Einars Ólafssonar á Akranesi og Þín verslun sem er keðja fimm sjálfstæðra matvöruverslana, þar af tveggja á höfuðborgarsvæðinu (Melabúðin og Miðbúðin).

Nokkur kaupfélög eru starfandi á landsbyggðinni sem reka allnokkurn fjölda matvöruverslana. Þannig rekur t.a.m. Kaupfélag Héraðsbúa sex verslanir (reyndar undir merkjum Samkaupa) á Austfjörðum, Kaupfélag Skagfirðinga rekur fjórar verslanir á Norðurlandi og Kaupfélag Steingrímsfjarðar þrjár búðir á Hólmavík og Ströndum. Þá ber að nefna að allnokkur fjöldi minni matvöruverslana eru starfandi sem gjarnan eru kenndar við „kaupmanninn á horninu“. Þeim hefur fækkað nokkuð á undanförunum árum en þó má ætla að þær séu ennþá um 30-35 talsins. Þar af eru um tíu á höfuðborgarsvæðinu.



2.2 Þróun markaðarins og fyrri úrlausnir

Samkeppnisyfirvöld hafa aflað upplýsinga og gagna frá fyrirtækjum sem starfa á matvörumarkaði allt frá árinu 1995. Aðstæður á matvörumarkaði hafa gjörbreyst ef horft er einn til tvo áratugi aftur í tímann. Áður en verslanakeðjur tóku að myndast höfðu birgjar, þ.e. innflytjendur og framleiðendur, tögl og hagldir á markaðnum. Verslanir höfðu ekki til annarra að leita vegna innkaupa á vörum. Þegar viðskiptafrelsi jókst og smásöluverslunum með dagvöru óx fiskur um hrygg, bæði með fjölgun stórmarkaða og stofnun lágvöruverslana, hófu verslanakeðjur að reyna fyrir sér með eigin innflutning á vörum. Við það jókst samkeppni í smásölunni og keðjurnar fóru að veita birgjum, einkum innflytjendum, aukið aðhald. Máttur birgja í samningum við verslanir dvínaði en samningsstyrkur verslanakeðja jókst. Tölfræðileg gögn sem Samkeppnisstofnun aflaði fyrir rannsókn sína árið 2001 bera með sér að samkeppni í matvöruverslun var á tímabili, a.m.k. fram á miðjan síðasta áratug, virk og neytendur nutu góðs af í hlutfallslega lækkuðu verði. Eftir þann tíma hefur samþjöppun aukist mjög á smásölustiginu sem hefur styrkt samningsstöðu verslanakeðja enn frekar gagnvart birgjum.

Árið 1999 voru 44 matvöruverslanir Baugs með um 43% markaðshlutdeild á landinu öllu en rúmlega 60% á höfuðborgarsvæðinu þar sem fyrirtækið rak 35 matvöruverslanir. Í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 18/1999 *Yfirtaka Baugs hf. á Vöruveltunni* kemur fram það mat samkeppnisráðs að Baugur hafi verið í markaðsráðandi stöðu áður en yfirtakan átti sér stað og var talið að yfirtakan á Vöruveltunni (10-11) myndi styrkja þá stöðu.⁵⁵

Í matvöruskýrslunni frá 2001 kemur fram að mikil samþjöppun hafi orðið á matvörumarkaðnum á árunum 1996-2001 og eigi það bæði við um smásölu- og heildsölustigið. Í skýrslunni er tekið fram að undir lok rannsóknartímabilsins hafi um 67% hlutdeild smásölumarkaðarins verið á hendi tveggja fyrirtækja, Baugs og Kaupáss, samanborið við 45% hlut við upphaf rannsóknartímabilsins. Á síðustu árum hefur markaðshlutdeild stóru verslanakeðjanna aukist, sérstaklega hjá Baugi/Högum ef litið er á landið í heild sinni. Meðal helstu niðurstaðna úr matvöruskýrslunni er að markaðurinn hafi einkennst af miklum kaupendastyrk. Kaupendastyrkurinn fælist í meginatriðum í því að verslanakeðjurnar eða birgðahús þeirra settu í raun línurnar í viðskiptum sínum við birgja. Fram kemur að *„efnahagslegur styrkleiki stærstu verslunarkeðjanna og árleg vöruvelta þeirra er mun meiri en flestra ef ekki allra birgjanna, hvers um sig. Smásöluverslunin býr við þær aðstæður að allnokkur staðganga er á milli mikils hluta þeirra vörutegunda sem hún selur. Það eitt gefur henni undirtökin í viðskiptum við birgja. Á þetta ekki síst við um innlenda framleiðendur samkeppnisvara. Samkvæmt athugun Samkeppnisstofnunar svara hlutfallsleg innkaup stærstu verslunarkeðjanna hjá allmörgum smærri og meðalstórum birgjum nokkurn veginn til þeirrar markaðshlutdeildar sem keðjurnar hafa á smásölumarkaðnum. Það þýðir í sumum tilvikum að 50-80% af heildarsölu einstakra birgja er til tveggja kaupenda. Birgjarnir þurfa með öðrum orðum að reiða sig á viðskipti við umrædda kaupendur. Vísbending er um að samningsstyrkur verslunarkeðjanna hafi í mörgum tilvikum skapað þeim yfirburðastöðu gagnvart birgjum. Keðjurnar kunni því að hafa það sem í samkeppnisrétti kallast kaupendastyrkur (e.*

⁵⁵ Styrkingin var hins vegar ekki talin vera veruleg í skilningi dóms Hæstaréttar í máli nr. 500/1997 Flugleiðir hf. gegn samkeppnisráði.



buying power)." Ljóst er að stærstu verslanakeðjur landsins hafa aukið enn við hlutdeild sína eftir að skýrslan kom út og því er ekki ástæða til þess að ætla að þetta ástand hafi breyst í þá átt að dregið hafi úr kaupendastyrk verslanakeðjanna, heldur þvert á móti að staða þeirra gagnvart birgjum hafi styrkst enn frekar. Í skýrslunni var komist að þeirri niðurstöðu að Baugur væri í markaðsráðandi stöðu í sölu á dagvöru í matvöruverslunum.

Í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 38/2002, *Samningur Baugs Group hf. og Eignarhaldsfélagsins Fengs hf. um stofnun á félagi um rekstur Ávaxtahússins ehf. og Banana ehf.*, var einnig komist að þeirri niðurstöðu að Baugur væri markaðsráðandi: „Eins og getið var um í tl. 3.1.2. hér að framan er markaðshlutdeild Baugs á höfuðborgarsvæðinu svipuð núna og þegar umrædd ákvörðun vegna yfirtöku á verslunum 10–11 var tekin. Efnahaglegur styrkleiki Baugs hefur hins vegar aukist verulega en velta fyrirtækisins árið 2001 var 47 milljarðar króna samkvæmt samstæðureikningi en til samanburðar var hún um 19 milljarðar árið 1998 en það ár var notað sem viðmið þegar ákvörðunin var tekin. Að mati samkeppnisráðs er með vísan til framanritaðs ljóst að Baugur er markaðsráðandi á höfuðborgarsvæðinu fyrir sölu á dagvöru í matvöruverslunum. Þá verður ekki horft fram hjá því að staða fyrirtækisins á mörgum þéttbýlisstöðum á landsbyggðinni er mjög sterk, t.d. á Akureyri en þar er hlutur fyrirtækisins um [45-50%].“

Eignarhald matvöruverslana hefur á undanförunum árum færst á færri hendur en á sama tíma hefur matvöruverslunum innan stærstu verslanakeðjanna fjölgað. Á aðfangamarkaðnum, þ.e. markaðnum fyrir birgja matvöruverslana, hefur einnig átt sér stað samþjöppun og það sem einkennt hefur þróun á þeim markaði undanfarin ár er stofnun og rekstur eigin aðfangafyrirtækja stærstu verslanakeðjanna. Þessi fyrirtæki annast innkaup og dreifingu á vörum til þeirra matvöruverslana sem þeim tengjast og jafnvel til fleiri aðila en þeirra. Aðfangafyrirtækin hafa þó ekki annast innkaup í öllum vöruflokkum, heldur er algengt að verslanirnar sjálfar sjái um innkaup á t.d. ferskvörum, þó með ákveðinni milligöngu aðfangafyrirtækjanna. Nánar verður fjallað um aðfangafyrirtæki í eigu verslanakeðjanna síðar í þessari ákvörðun.

2.3 Markaðshlutdeild

Við ákvörðun á 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 nr. 3/2006 *Flugþjónustan á Keflavíkurflugvelli ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

Eins og fram hefur komið óskaði Samkeppniseftirlitið eftir ítarlegum upplýsingum um heildartekjur stærstu verslanakeðja landsins auk sambærilegra upplýsinga frá smærri aðilum á markaðnum. Þá var óskað eftir upplýsingum frá Ríkisskattstjóra til þess að meta stærð þeirra aðila sem eftir stóðu. Eftirfarandi umfjöllun um markaðshlutdeild matvöruverslana á Íslandi miðast því einkum við þessar upplýsingar. Þess ber þó að geta að jafnframt er stuðst við sambærilegar upplýsingar sem áður hefur verið aflað um markaðshlutdeild matvöruverslana vegna fyrri athugana á þessum markaði.

Aðgerðir Haga sem málið tekur til áttu sér stað á árinu 2005 og fram á mitt ár 2006 og verður markaðshlutdeild á því tímabili skoðuð. Þar sem fyrir liggja eldri upplýsingar um



hlutdeild Haga og forvera þess verða þær einnig teknar til athugunar. Undir vissum kringumstæðum getur þróun í markaðshlutdeild gefið ákveðnar vísbendingar.

Eins og fram kemur hér að framan í umfjöllun um landfræðilegan markað eru smásölumarkaðir almennt skilgreindir út frá eftirspurnarhliðinni og markaðurinn í þessu máli því staðbundinn. Hins vegar liggur fyrir í máli þessu að helstu keppinautar starfa víða um landið og líta ber til þess að flestar af stærri verslanakeðjunum á Íslandi eru t.a.m. með sama verð á sömu vörum í öllum verslunum sínum um land allt. Verður því markaðshlutdeild í málinu skoðuð bæði á landinu öllu og á einstökum landfræðilegum mörkuðum.

2.3.1 Markaðshlutdeild verslanakeðja og annarra matvöruverslana á landinu öllu
Í töflu 2 hér að neðan eru talin upp þrjú helstu eignarhaldsfélög verslanakeðja sem nú starfa á Íslandi og hlutdeild þeirra í dagvörusölu frá árinu 1995 til ársins 2000. Við mat á markaðshlutdeild er stuðst við tekjur allra matvöruverslana í eigu hvers eignarhaldsfélags vegna sölu á dagvöru sem hlutfall af heildarsölu allra matvöruverslana á landinu.⁵⁶

Tafla 2: Þróun markaðshlutdeildar frá árinu 1995 til ársins 2000 á landinu öllu.

	1995	1996	1997	1998	1999	2000
Baugur/Hagar	36%	34%	34%	34%	43%	39%
Kaupás	-	-	-	-	21%	23%
Samkaup	4%	4%	5%	5%	14%	16%
Aðrir	60%	62%	61%	61%	22%	22%

Eins og greina má út frá ofangreindri töflu áttu töliverðar breytingar sér stað á íslenskum matvörumarkaði árið 1999. Árið á undan yfirtók Baugur rekstur matvöruverslana Hagkaupa, Nýkaupa, Bónuss og Hraðkaupa auk innkaupa- og dreifingarfélagssins Aðfanga. Árið 1999 eignaðist Baugur Vöruveltuna sem rak verslanakeðjuna 10-11. Eignarhaldsfélagið Kaupás kom inn á þennan markað sama ár þegar verslanir Nóatúns, Kaupfélags Árnesinga og 11-11 sameinuðust undir hatti félagsins. Hlutdeild Kaupáss var 21% á umræddu ári. Árið 2000 sameinuðust Samkaup og Matbær sem áður rak verslanir Nettó og aðrar verslanir sem reknar voru undir merkjum Kaupfélags Eyfirðinga. Sama ár undirrituðu Samkaup jafnframt sérleyfissamning við Kaupfélag Héraðsbúa um rekstur verslanakeðju. Samskonar samkomulag var svo gert við Kaupfélag Borgfirðinga nokkrum árum síðar.

Eins og sjá má á töflu 2 hér að ofan réðu verslanakeðjurnar þrjár um 78% af matvörumarkaðnum á árunum 1999 og 2000. Baugur/Hagar töpuðu nokkurri hlutdeild árið 2000 en markaðshlutdeild Kaupáss og Samkaupa jókst sem því nam.

⁵⁶ Sala á sérvörum innan dagvöruverslana er því undanskilin.

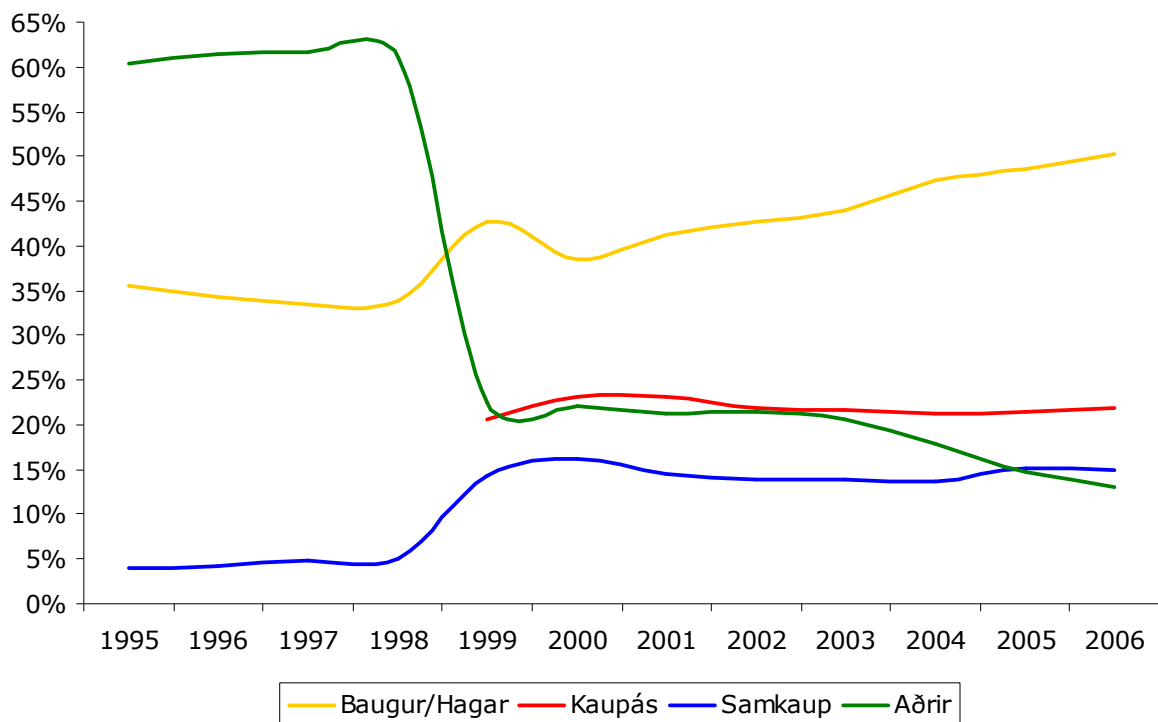


Tafla 3: Þróun markaðshlutdeildar frá árinu 2001 til 2006⁵⁷ á landinu öllu.

	2001	2002	2003	2004	2005	2006
Baugur/Hagar	41%	43%	44%	47%	49%	50%
Kaupás	23%	22%	22%	21%	21%	22%
Samkaup	15%	14%	14%	14%	15%	15%
Aðrir	21%	21%	20%	18%	15%	13%

Ef litið er á tímabilið frá árinu 2001 er ljóst að verslanir í eigu Haga (áður Baugs) hafa aukið hlutdeild sína verulega. Hlutdeild hinna stóru keðjanna tveggja, þ.e. Kaupáss og Samkaupa, hefur hins vegar haldist nánast óbreytt. Aðrar minni verslanir hafa á sama tíma tapað hlutdeild. Þannig var hlutdeild matvöruverslana í eigu Haga árið 2004 um 47%, samanborið við 21% hlut Kaupáss og 14% hlutdeild Samkaupa. Samtals höfðu þessi þrjú eignarhaldsfélög verslanakeðja um 82% hlutdeild á matvörumarkaðnum umrætt ár.

Á neðangreindu línuriti má sjá þessa þróun með myndrænum hætti fyrir allt tímabilið, þ.e. frá árinu 1995-2005.



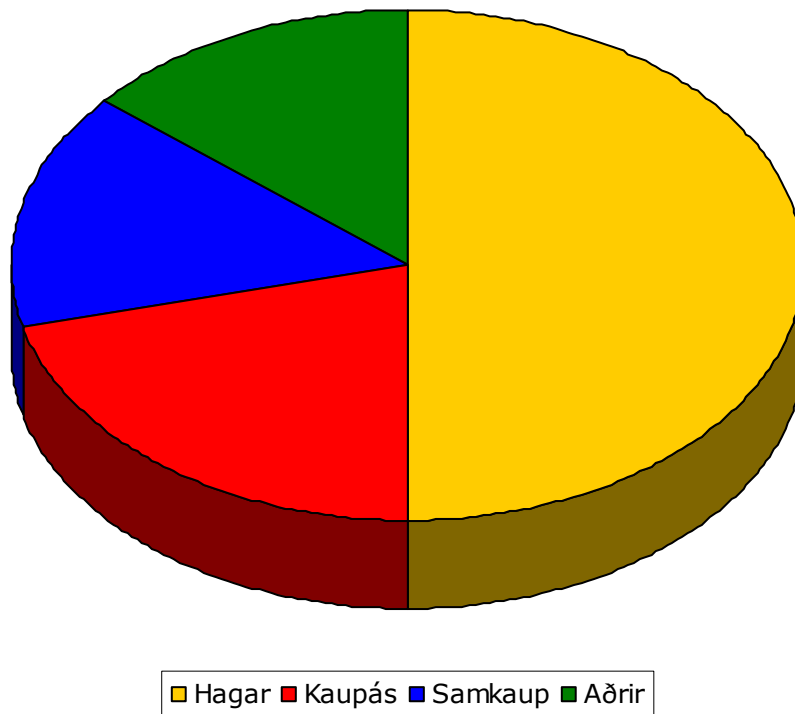
Mynd 4: Þróun markaðshlutdeildar frá árinu 1995 til 2006 á landinu öllu.⁵⁸

⁵⁷ Veltutölur fyrir árið 2006 sem notaðar eru til grundvallar fyrir mat á markaðshlutdeild fyrir það ár eru fyrir fyrstu sex mánuði ársins.

⁵⁸ Rétt er að geta þess að ákveðið framvindubrot á matvörumarkaðnum átti sér stað árið 1999, eins og glögglega má sjá á þessari mynd. Myndræn þróun markaðshlutdeildarinnar gæti því verið nokkuð misvísandi ef litið er svo langt aftur í tímann. Vísað er til umfjöllunar um þróun markaðarins fyrir í skjali þessu til frekari skýringa.



Myndin hér að ofan sýnir þróun markaðshlutdeildar matvöruverslana eftir eignarhaldi á umræddu tímabili. Glögglega má sjá að frá árinu 2000 hefur markaðshlutdeild Haga vaxið nokkuð stöðugt en markaðshlutdeild Kaupáss og Samkaupa lítið breyst. Hér fyrir neðan má sjá skífurit af hlutdeild Haga, Kaupáss og Samkaupa annars vegar og allra annarra matvöruverslana á landinu hins vegar. Skífan sýnir markaðshlutdeild matvöruverslana á landinu eftir eignarhaldi árið 2005 og 2006, eða á því tímabili sem rannsókn Samkeppniseftirlitsins beinist einkum að.



Mynd 5: Markaðshlutdeild árið 2005 og 2006 á landinu öllu.

Eins og greina má á skífuritinu hér að ofan var markaðshlutdeild Haga árið 2005 og 2006 um 50%, Kaupáss um 21-22% og Samkaupa um 15% á landinu öllu. Aðrar matvöruverslanir höfðu því samtals um 13-15% markaðshlutdeild á landinu öllu. Í töflu 4 er að finna nánari sundurliðun á hlutdeild einstakra verslana og verslanakeðja.



Tafla 4: Markaðshlutdeild einstakra verslana og verslanakeðja árið 2005 og 2006 á landinu öllu.

Verslanakeðja	Markaðshlutdeild
Bónus (Hagar)	34%
Hagkaup (Hagar)	11%
10-11 (Hagar)	4%
Nóatún (Kaupás)	11%
Krónan (Kaupás)	7%
11-11 (Kaupás)	3%
Kjarval (Kaupás)	0-1%
Kaskó (Samkaup)	1%
Nettó (Samkaup)	5%
Samkaup Strax (Samkaup)	2%
Samkaup Úrval (Samkaup)	6%
Fjarðarkaup	3%
Kaupfélag Héraðsbúa	1%
Verslun Einars Ólafssonar	1%
Melabúðin	1%
Kaupfélag Skagfirðinga	1%
Aðrar verslanir	5-10%

Ef hlutdeild einstakra verslanakeðja er skoðuð er ljóst að Bónus í eigu Haga er langstærsta verslanakeðja landsins með um 34% markaðshlutdeild á landinu öllu á því tímabili sem rannsókn Samkeppniseftirlitsins beinist einkum að. Næst á eftir Bónusi koma Hagkaup í eigu Haga með um 11% og Nóatún í eigu Kaupáss með um 11% hlutdeild á landinu öllu. Þar á eftir koma verslanir Krónunnar í eigu Kaupáss með um 7% markaðshlutdeild, Samkaup Úrval í eigu Samkaupa með um 6% markaðshlutdeild, verslanir Nettó í eigu Samkaupa með um 5% hlutdeild og verslanir 10-11 í eigu Haga með 4% hlut á landinu öllu.

2.3.2 Markaðshlutdeild matvöruverslana á höfuðborgarsvæðinu

Hér að framan hefur verið fjallað um hvernig landfræðilegir markaðir geti verið svæðisbundnir eða staðbundnir. Í þeim rannsóknum sem bent hefur verið á í köflunum hér á undan og fyrri ákvörðunum samkeppnisyfirvalda hér á landi og í Evrópu⁵⁹ hefur hinn landfræðilegi markaður matvöruverslana verið skilgreindur staðbundinn. Þá var höfuðborgarsvæðið talið sérstakur markaður í ákvörðunum samkeppnisráðs nr. 18/1999 og 38/2002. Eins og fram hefur komið fer langstærstur hluti dagvöruverslunar fram á höfuðborgarsvæðinu, þar sem um 62% þjóðarinnar búa.⁶⁰ Að mati Samkeppniseftirlitsins er því nauðsynlegt að líta sérstaklega til markaðshlutdeildar einstakra verslanakeðja á því svæði.

⁵⁹ Sjá hér t.d. matvöruskýrslu breskra samkeppnisyfirvalda frá árinu 2000, ákvörðun samkeppnisráðs nr. 18/1999 Yfirtaka Baugs hf. á Vöruveltunni hf. og ákvörðun Framkvæmdastjórnar EB í máli Kesko/Tuko nr. IV/M.784 (OJ C193).

⁶⁰ Samkvæmt upplýsingum frá Hagstofunni voru íbúar á höfuðborgarsvæðinu 191.612 talsins en alls voru 307.261 íbúar á landinu öllu í lok árs 2006.



Tafla 5: Þróun markaðshlutdeildar frá árinu 1995 til ársins 2000 á höfuðborgarsvæðinu.

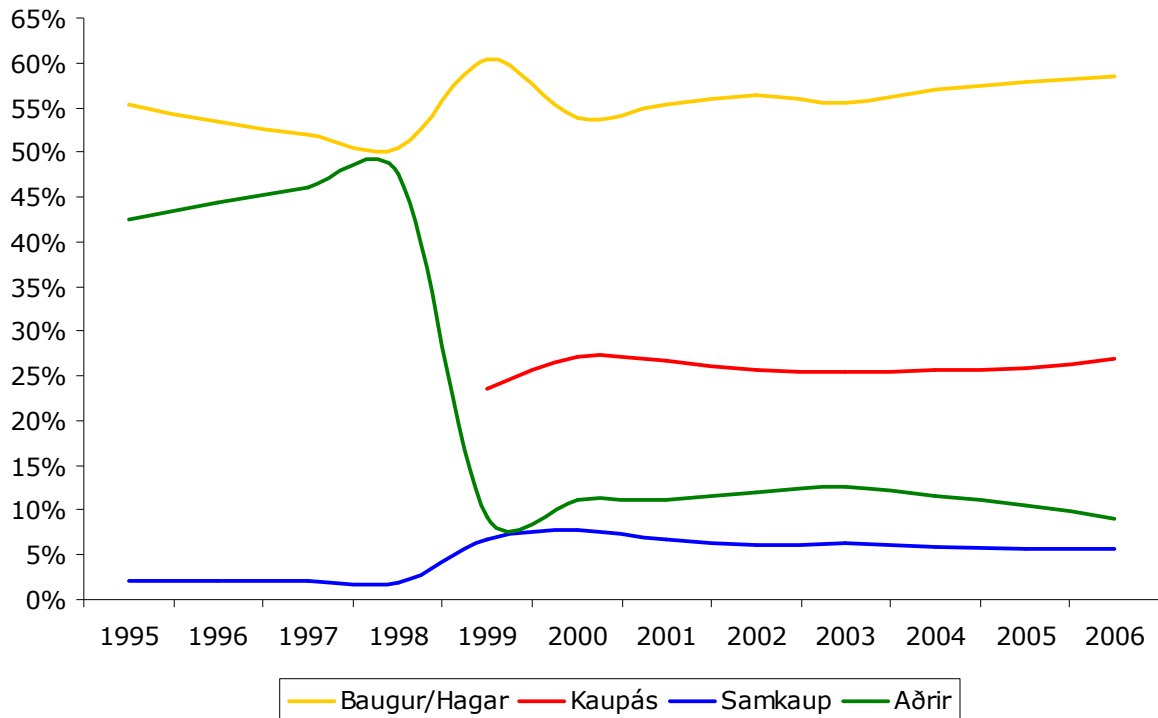
	1995	1996	1997	1998	1999	2000
Baugur/Hagar	55%	54%	52%	51%	60%	54%
Kaupás	-	-	-	-	24%	27%
Samkaup	2%	2%	2%	2%	7%	8%
Aðrir	43%	44%	46%	47%	9%	11%

Sem fyrr segir áttu miklar breytingar sér stað hjá þremur stærstu eignarhaldsfélögum verslanakeðja árið 1999. Á því ári höfðu Baugur/Hagar 60% markaðshlutdeild á höfuðborgarsvæðinu, Kaupás hafði 24% hlutdeild og Samkaup 7%. Sameiginlega voru þessar keðjur því með um 91% markaðshlutdeild á höfuðborgarsvæðinu árið 1999. Svipuð þróun átti sér stað næstu ár á höfuðborgarsvæðinu og á landinu öllu hvað markaðshlutdeild verslanakeðjanna varðar. Árið 2000 misstu Baugur/Hagar nokkurra prósentu hlutdeild en Kaupás og Samkaup bættu við sig hlutfallslega. Annars var tímabilið 1995-2000 nokkuð sveiflukennt hjá Baugi eins og sjá má.

Tafla 6: Þróun markaðshlutdeildar frá árinu 2001 til 2006 á höfuðborgarsvæðinu.

	2001	2002	2003	2004	2005	2006
Baugur/Hagar	55%	56%	56%	57%	58%	58%
Kaupás	27%	26%	26%	26%	26%	27%
Samkaup	7%	6%	6%	6%	6%	6%
Aðrir	11%	12%	12%	11%	10%	9%

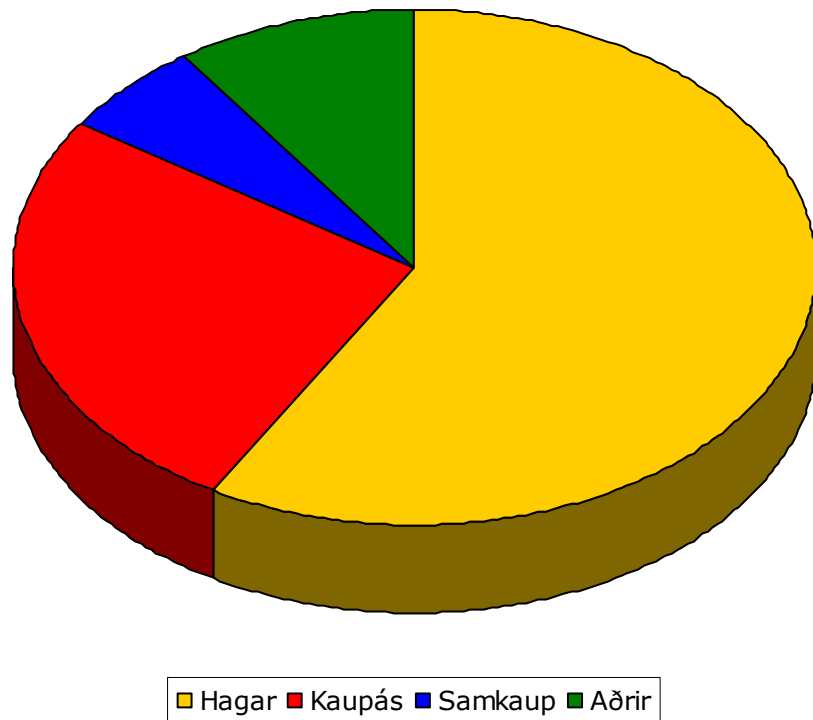
Eins og fram kemur í töflu 6 hefur markaðshlutdeild Baugs aukist jafnt og þétt á tímabilinu frá 2001 til 2006. Hlutdeild Kaupáss hefur hins vegar nokkurn veginn staðið í stað frá árinu 2001. Markaðshlutdeild Samkaupa hefur einnig haldist nokkuð stöðug. Aukning Haga er því fyrst og fremst á kostnað minni verslana. Á neðangreindu línuriti má sjá þróun markaðshlutdeildar Haga, Kaupáss og Samkaupa frá árinu 1995 til 2006.



Mynd 6: Þróun markaðshlutdeildar frá árinu 1995 til 2006 á höfuðborgarsvæðinu.⁶¹

Á ofangreindu línuriti má sjá að markaðshlutdeild Haga hefur heldur farið vaxandi á höfuðborgarsvæðinu frá árinu 2000. Þá sýnir línuritið einnig örlitla aukningu á hlutdeild Kaupáss árið 2006 en minnkun á hlutdeild Samkaupa.

⁶¹ Rétt er að geta þess að ákveðið framvindubrot á matvöru markaðnum átti sér stað árið 1999, eins og glögglega má sjá á þessari mynd. Myndræn þróun markaðshlutdeildarinnar gæti því verið nokkuð misvísandi ef litið er svo langt aftur í tímann. Vísað er til umfjöllunar um þróun markaðarins fyrr í skjali þessu til frekari skýringa.



Mynd 7: Markaðshlutdeild verslanakeðja árið 2005 og 2006 á höfuðborgarsvæðinu.

Mynd 7 hér að ofan sýnir meðaltals markaðshlutdeild verslanakeðja árið 2005 og 2006 á höfuðborgarsvæðinu. Er þetta tímabil sérstaklega afmarkað sem rannsóknartímabil þessa máls. Árið 2005 og 2006 höfðu verslanir Haga 58% markaðshlutdeild á höfuðborgarsvæðinu og eru því langstærsti aðilinn á markaðnum. Næstir á eftir Högum koma Kaupás með 26-27% markaðshlutdeild. Samkaup hafa 5-6% hlutdeild á þessu tímabili og samanlagt höfðu þessar þrjár keðjur því um 90% markaðshlutdeild á höfuðborgarsvæðinu.

Ef horft er til markaðshlutdeildar einstakra verslanakeðja á höfuðborgarsvæðinu yfir sama tímabil, eða árið 2005 og 2006, er ljóst að verslanir Bónuss í eigu Haga bera höfuð og herðar yfir aðrar verslanakeðjur, sérstaklega ef litið er til keðja sem hafa sambærilega verðstefnu og Bónus, þ.e. lágvöruverðsverslanir. Á höfuðborgarsvæðinu hafði Bónus um 37% markaðshlutdeild en hlutdeild einstakra keðja var með eftirfarandi hætti:



Tafla 7: Markaðshlutdeild einstakra verslana og verslanakeðja árið 2005 og 2006 á höfuðborgarsvæðinu.

Verslanakeðja	Markaðshlutdeild
Bónus	37%
Hagkaup	15%
10-11	6%
Nóatún	16%
Krónan	8%
11-11	3%
Nettó	3%
Samkaup Strax	1%
Samkaup Úrval	1%
Fjarðarkaup	5%
Sparverslun	1%
Europris	1%
Melabúðin	1%
Allar aðrar verslanir	3-4%

Næst á eftir Bónusi kemur Nóatún í eigu Kaupáss með um 16% og Hagkaup í eigu Haga með um 15% markaðshlutdeild á höfuðborgarsvæðinu. Aðrir keðjur eru töluvert minni og engin sem nær yfir 10% markaðshlutdeild á þessu svæði.

2.3.3 Markaðshlutdeild matvöruverslana í Borgarbyggð

Hér verður fjallað um markaðshlutdeild einstakra matvöruverslana í Borgarbyggð. Þeir staðir sem falla innan þeirra marka eru m.a. Borgarnes, Hvanneyri, Varmaland og Bifröst. Hagar ráku eina verslun á því svæði sem hér er til umfjöllunar á tímabilinu sem er til athugunar, þ.e. Bónus verslun í Borgarnesi. Verslunin var áður rekin undir merki 10-11 en var breytt í Bónusverslun árið 2002. Kaupás eru ekki starfandi á þessu svæði en Samkaup reka þrjár verslanir á svæðinu, Samkaup Úrval og Hyrnuna í Borgarnesi og Samkaup Strax á Bifröst. Í neðangreindri töflu má sjá þróun hlutdeildar umræddra matvöruverslana í Borgarbyggð frá árinu 2002 og fram á mitt ár 2006.

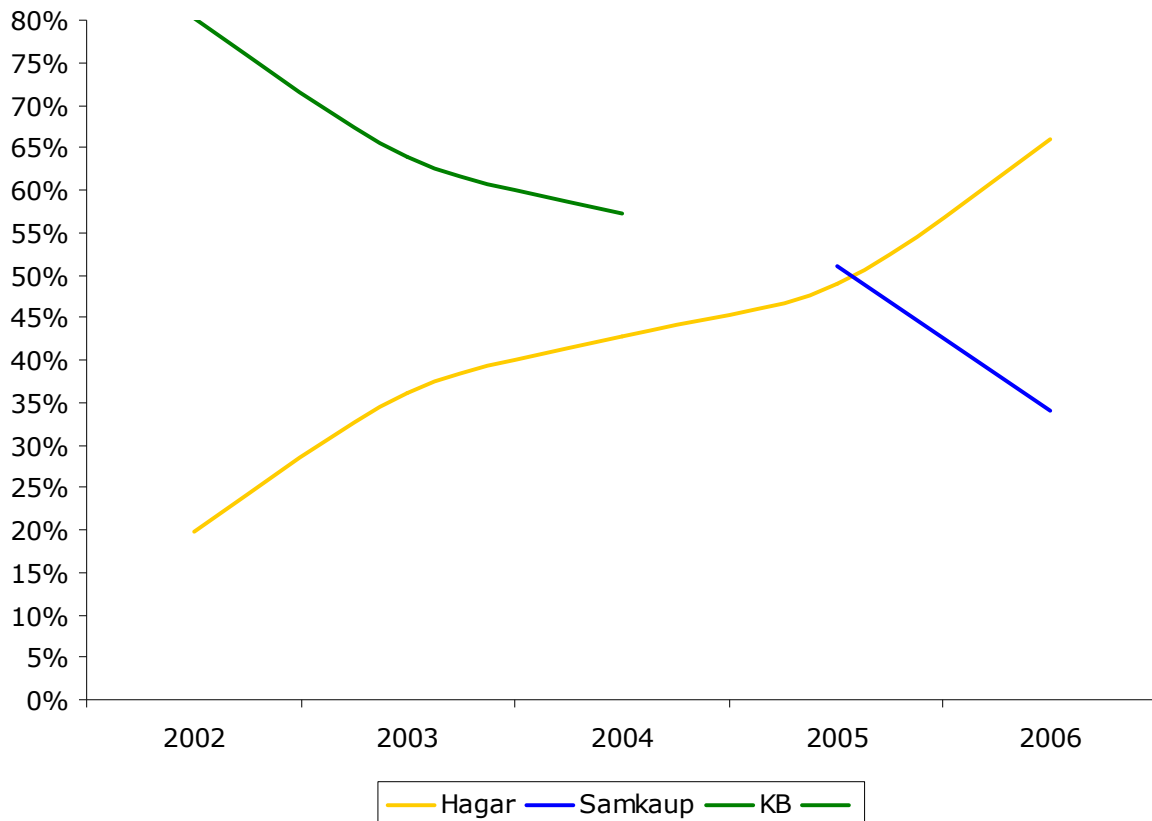
Tafla 8: Markaðshlutdeild í Borgarbyggð frá árinu 2002 til 2006.

	2002	2003	2004	2005	2006
Hagar	20%	36%	43%	49%	66%
Samkaup	-	-	-	51%	34%
KB	80%	64%	57%	-	-

Eins og sjá má höfðu Hagar um 20% markaðshlutdeild á þessu svæði árið 2002. Það ár var 10-11 verslun Haga breytt í Bónus verslun og jókst markaðshlutdeild Haga umtalsvert á milli ára eftir það, en árið 2005 var markaðshlutdeild félagsins á þessu svæði um 49%. Ef horft er til ársins 2006 má sjá að hlutdeild félagsins hélt áfram að vaxa mikið, eða um 17 prósentustig á hálfu ári. Verslanir Samkaupa komu ekki inn á þennan markað fyrr en um áramótin 2004-2005, en þá rann Kaupfélag Borgfirðinga (KB)



inn í verslunarrekstur Samkaupa. Markaðshlutdeild KB og síðar Samkaupa hefur minnkað mikið á því tímabili sem hér er til skoðunar. Eins og sjá má var hlutdeild félagsins um 80% árið 2002 en var komin niður í 51% eftir að Samkaup tóku við árið 2005. Hlutdeild félagsins hefur haldið áfram að minnka mikið ef horft er til ársins 2006 en á því tímabili var hlutdeild félagsins um 34%. Á neðangreindri mynd má sjá línurit sem lýsir þróun markaðshlutdeildar á þessu svæði, en Y-ás línuritsins táknar markaðshlutdeild í prósentum:



Mynd 8: Markaðshlutdeild í Borgarbyggð frá árinu 2002 til 2006.

Ljóst er að markaðshlutdeild Haga á þessu svæði hefur aukist umtalsvert á því tímabili sem hér er til skoðunar, eða úr 20% árið 2002 í 66% árið 2006. Af ofangreindri umfjöllun má sjá að staða Haga á því landfræðilega afmarkaða svæði í Borgarbyggð sem hér er til umfjöllunar er mjög sterk og hefur hlutdeild félagsins vaxið jafnt og þétt síðustu ár á meðan hlutdeild keppinautanna hefur farið minnkandi. Þess má geta að ofangreind hlutdeild Haga á þessu svæði stafar aðeins af einni verslun, þ.e. Bónusi í Borgarnesi. Engar vísbendingar hafa komið í ljós sem gefa til kynna að draga muni úr þessari þróun á svæðinu á næstu árum. Þannig hefur staða Haga á svæðinu styrkst enn frekar þegar þetta er ritað því frá þeim tímapunkti sem ofangreind tafla nær til hafa Hagar opnað Hagkaupsverslun í Borgarnesi.



2.3.4 Markaðshlutdeild matvöruverslana á Snæfellsnesi

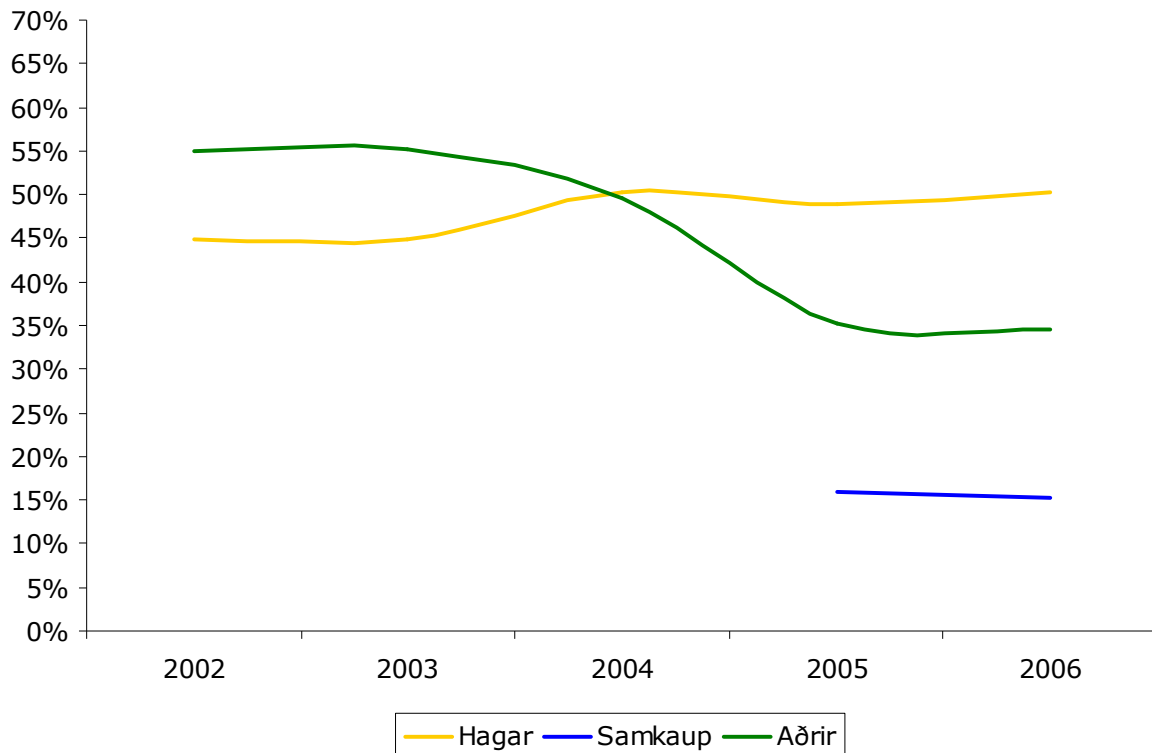
Hér verður fjallað um markaðshlutdeild einstakra matvöruverslana á Snæfellsnesi. Þeir staðir sem falla innan þeirra marka eru m.a. Stykkishólmur, Grundarfjörður og Snæfellsbær (Ólafsvík, Rif og Hellissandur).

Hagar reka eina verslun á því svæði sem hér er til umfjöllunar, þ.e. eina Bónusverslun í Stykkishólmi. Sú verslun var áður undir merkjum 10-11 en var breytt í Bónusverslun árið 2004. Kaupás er ekki starfandi á þessu svæði. Samkaup hófu starfsemi á markaðnum árið 2005 þegar það félag yfirtók sjálfstætt starfandi verslun í Grundarfirði og opnaði undir merkjum Samkaupa Strax. Auk verslana Haga og Samkaupa er nokkur fjöldi sjálfstæðra verslana starfandi á svæðinu. Á neðangreindri töflu má sjá þróun hlutdeildar umræddra matvöruverslana í Stykkishólmi og nærliggjandi byggðarlögum frá árinu 2002 og fram á mitt ár 2006.

Tafla 9: Markaðshlutdeild á Snæfellsnesi frá árinu 2002 til ársins 2006.

	2002	2003	2004	2005	2006
Hagar	45%	45%	50%	49%	49%
Samkaup	-	-	-	16%	15%
Aðrir	55%	55%	50%	35%	36%

Eins og sjá má höfðu Hagar um 45% markaðshlutdeild þessu svæði á árinu 2002 en aðrar sjálfstæðar matvöruverslanir voru með 55% hlutdeild. Hagar höfðu því umtalsverða markaðshlutdeild á svæðinu, en hlutdeildin hélst nær óbreytt til ársins 2004. Það ár var 10-11 verslun Haga breytt í Bónusverslun eins og áður segir. Við þær breytingar jókst hlutdeild Haga á þessu svæði úr 45% í 50%. Hlutdeild sjálfstæðra matvöruverslana minnkaði sem því nam, eða niður í 50%. Árið 2005 lækkaði hlutdeild Haga örlítið á þessu svæði, eða um tæpt 1%. Þetta ár komu Samkaup inn á markaðinn með verslun á Grundarfirði en sú verslun var áður sjálfstæð, sem að hluta skýrir þá miklu lækkun markaðshlutdeildar sjálfstæðra verslana á svæðinu, eða úr 50% í 35%. Ef litið er til ársins 2006 má sjá að hlutdeild Haga stóð nánast í stað en Samkaup misstu um 1% markaðshlutdeild til sjálfstæðra verslana. Á neðangreindri mynd má svo sjá línurit sem lýsir þessari þróun betur, en Y-ás línuritsins táknar markaðshlutdeild í prósentum:



Mynd 9: Markaðshlutdeild á Snæfellsnesi frá árinu 2002 til ársins 2006.

Markaðshlutdeild Haga á þessu svæði er umtalsverð, eða um 50% ef litið er á markaðshlutdeild fyrir árið 2005 og 2006, eða því tímabili sem athugun Samkeppniseftirlitsins beinist fyrst og fremst að. Af ofangreindri umfjöllun má sjá að staða Haga á því landfræðilega afmarkaða svæði í kringum Stykkishólm sem hér er til umfjöllunar er ákaflega sterk. Hlutdeild félagsins hefur vaxið jafnt og þétt síðustu ár á meðan hlutdeild annarra keppinauta hefur farið minnkandi. Þá má geta þess að öll hlutdeild Haga á þessu svæði stafar aðeins af einni verslun í Stykkishólmi. Engar vísbendingar komið í ljós sem gefa til kynna að draga muni úr þessari þróun á svæðinu.

2.3.5 Markaðshlutdeild matvöruverslana á norðanverðum Vestfjörðum

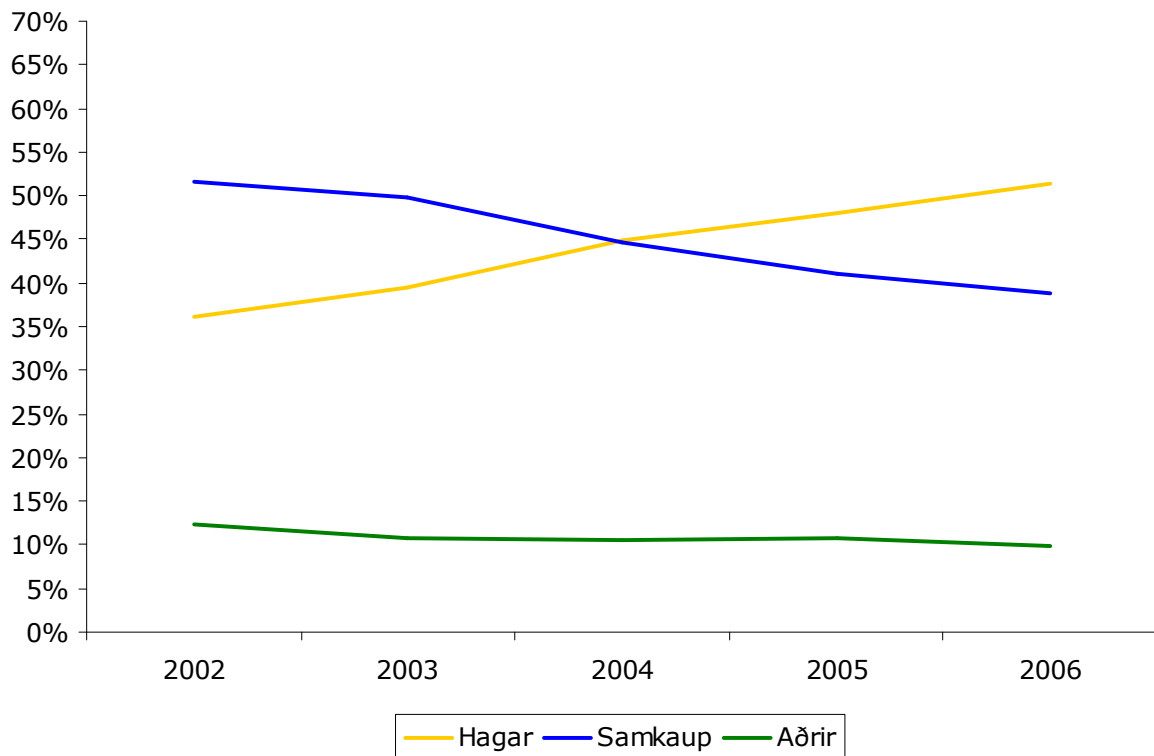
Hér verður fjallað um markaðshlutdeild matvöruverslana á norðanverðum Vestfjörðum, þ.e. í Ísafjarðarbæ, Bolungarvík og Súðavík. Hagar reka eina Bónus verslun á Ísafirði en Kaupás er ekki starfandi þessu svæði. Samkaup reka tvær verslanir á svæðinu, eina á Ísafirði og aðra í Bolungarvík. Á neðangreindri töflu má sjá þróun hlutdeildar umræddra matvöruverslana á þessum markaði frá árinu 2002 og fram á mitt ár 2006.

Tafla 10: Markaðshlutdeild á norðanverðum Vestfjörðum frá árinu 2002 til ársins 2006

	2002	2003	2004	2005	2006
Hagar	36%	40%	45%	48%	51%
Samkaup	52%	50%	45%	41%	39%
Aðrir	12%	11%	11%	11%	10%



Eins og fram kemur í töflunni höfðu Hagar árið 2002 um 36% markaðshlutdeild á svæðinu öllu en sú hlutdeild hefur aukist ár frá ári og árið 2005 var hlutdeild þeirra á markaðnum orðin 48%. Árið 2006 gefur svo til kynna að sú hlutdeild hafi haldið áfram að aukast. Á þessu sama tímabili hefur hlutdeild Samkaupa og annarra aðila á markaðnum minnkað í samræmi við aukna hlutdeild Haga. Samkaup voru með 52% markaðshlutdeild á svæðinu öllu árið 2002 en sú hlutdeild var komin niður í 39% ef horft er til ársins 2006. Á neðangreindri mynd má svo sjá línurit sem lýsir þessari þróun betur, en lóðrétti ás línuritsins tákna markaðshlutdeild í prósentum:



Mynd 10: Markaðshlutdeild á norðanverðum Vestfjörðum frá árinu 2002 til ársins 2006

Markaðshlutdeild Haga á þessu svæði er umtalsverð, eða um 50% ef litið til ársins 2005 og 2006, eða þess tímabils sem athugun Samkeppniseftirlitsins beinist fyrst og fremst að. Þá er ljóst að hlutdeildin hefur vaxið jafnt og þétt síðustu ár meðan hlutdeild annarra keppinauta hefur minnkað. Staða Haga á norðanverðum Vestfjörðum er því sterk. Þá er rétt að geta þess að öll hlutdeild Haga á þessu svæði stafar aðeins af einni verslun á Ísafirði. Engar vísbendingar hafa komið í ljós sem gefa til kynna að draga muni úr þessari þróun á svæðinu.

2.3.6 Markaðshlutdeild matvöruverslana á Akureyri og Eyjafjarðarsvæðinu

Til þess að varpa ljósi á markaðshlutdeild einstakra matvöruverslana á Eyjafjarðarsvæðinu er miðað við Akureyri og staði þar í kring í um 20-30 mín. akstursfjarlægð frá Akureyri. Staðir sem falla þar undir eru auk Akureyrar t.d. Dalvík og Ólafsfjörður.

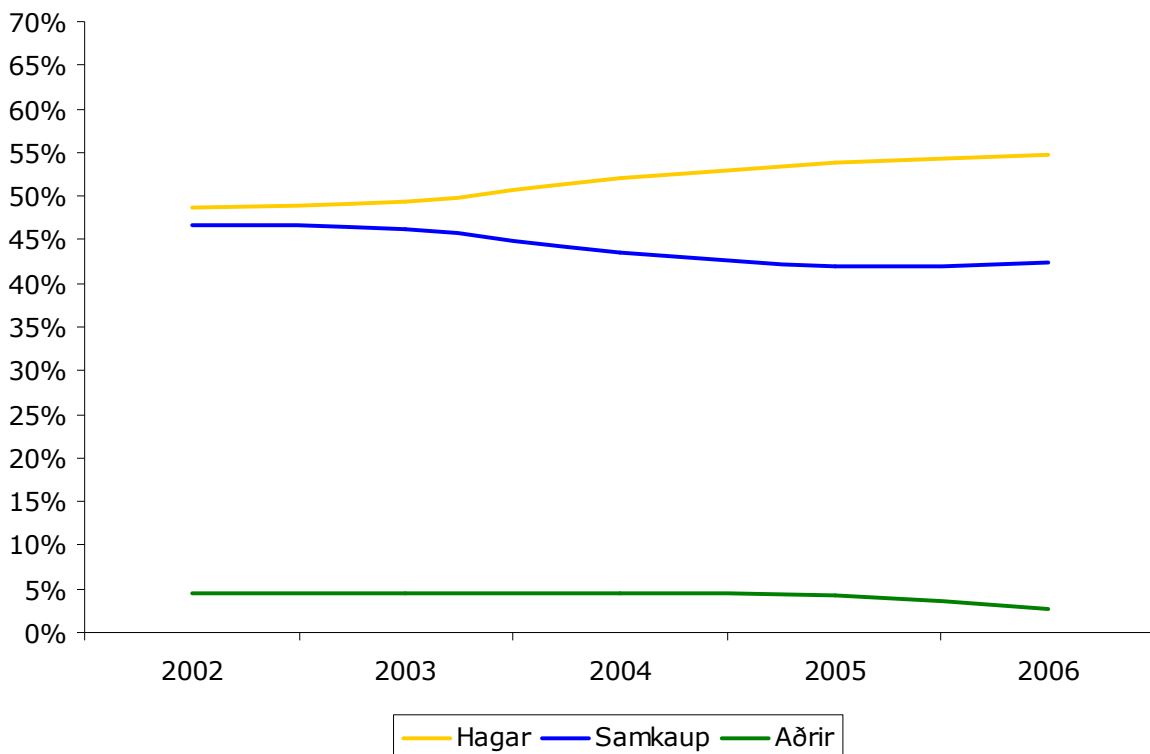
Hagar reka fjórar verslanir á þessu svæði sem allar eru á Akureyri, þ.e. eina Bónusverslun, eina Hagkaupsverslun og tvær verslanir 10-11. Kaupás er ekki starfandi á



Tafla 11: Markaðshlutdeild á Akureyri og Eyjafirði frá árinu 2002 til 2006

	2002	2003	2004	2005	2006
Hagar	49%	49%	52%	54%	55%
Samkaup	47%	46%	43%	42%	43%
Aðrir	4%	5%	5%	4%	2%

Eins og sjá má höfðu Hagar um 49% markaðshlutdeild á þessu svæði árið 2002 á móti 47% markaðshlutdeild Samkaupa. Aðrar matvöruverslanir höfðu um 4% hlutdeild. Það er því ljóst að bæði Hagar og Samkaup höfðu á þessum tíma sterka stöðu á þessu svæði. Frá þeim tíma hefur markaðshlutdeild Haga hins vegar aukist jafnt og þétt en hlutdeild félagsins var árið 2005 orðin 54% á móti 42% hlut Samkaupa á sama tíma. Ef litið er til ársins 2006 má sjá að hlutdeild Haga heldur áfram að aukast, einna helst á kostnað minni matvöruverslana þar sem hlutdeild Samkaupa stendur í stað. Á neðangreindri mynd má svo sjá línurit sem lýsir þessari þróun betur, en Y-ás línuritsins táknar markaðshlutdeild í prósentum:



Mynd 11: Markaðshlutdeild á Akureyri og nærliggjandi byggðarlögum frá árinu 2002 til ársins 2006

Markaðshlutdeild Haga á þessu svæði er umtalsverð, eða 54% ef litið er til ársins 2005 og 2006. Hagar hafa því öflugra stöðu á Eyjafjarðarsvæðinu. Hlutdeild félagsins hefur



vaxið jafnt og þétt síðustu ár á meðan hlutdeild keppinautanna hefur farið minnkandi. Engar vísbendingar hafa komið í ljós sem gefa til kynna að draga muni úr þessari þróun á svæðinu.

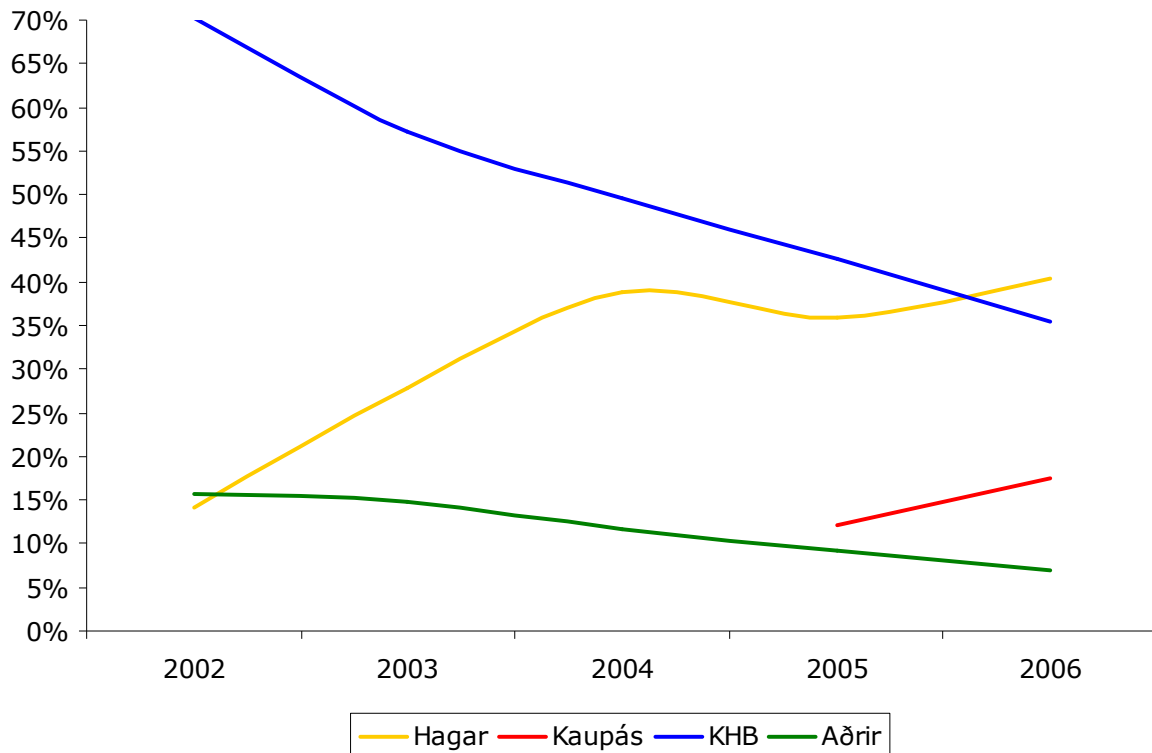
2.3.7 Markaðshlutdeild matvöruverslana á Austurlandi

Við mat á markaðshlutdeild matvöruverslana á Austurlandi verður miðað við Egilsstaði og kaupstaði þar í kring, eða í um u.þ.b. 20-30 mín. akstursfjarlægð frá Egilsstöðum. Auk Egilsstaða er hér um að ræða t.d. Seyðisfjörð, Eskifjörð, Reyðarfjörð og Fellabæ. Hagar reka í dag eina Bónusverslun á Egilsstöðum, en voru áður auk hennar með eina 10-11 verslun sem hætti starfsemi árið 2002. Kaupás rekur eina verslun á Reyðarfirði sem opnuð var árið 2005. Kaupfélag Héraðsbúa (KHB) rekur alls sex verslanir á svæðinu undir merkjum Samkaupa, tvær á Egilsstöðum, eina á Eskifirði, eina á Seyðisfirði, eina á Reyðarfirði og eina á Neskaupstað. Á neðangreindri töflu má sjá þróun hlutdeildar umræddra matvöruverslana á Egilsstöðum og nærliggjandi byggðarlögum frá árinu 2002 og fram á mitt ár 2006.

Tafla 12: Markaðshlutdeild á Austurlandi frá árinu 2002 til ársins 2006

	2002	2003	2004	2005	2006
Hagar	14%	28%	39%	36%	40%
Kaupás	-	-	-	12%	17%
KHB	70%	57%	50%	43%	35%
Aðrir	16%	15%	12%	9%	7%

Eins og sjá má í töflunni höfðu Hagar um 14% markaðshlutdeild á Egilsstöðum og nærliggjandi byggðarlögum árið 2002 þegar KHB hafði um 70% hlutdeild. Aðrar matvöruverslanir höfðu hins vegar um 16% hlutdeild á markaðnum. Ef litið er til þróunar markaðshlutdeildar Haga og KHB fram á mitt ár 2006 má hins vegar sjá að hlutdeild KHB hefur dregist saman um helming á þessu tímabili, eða úr 70% í 35% sé miðað við árið 2006. Á þessu sama tímabili nær þrefaldast hlutdeild Haga, þ.e. fór úr 14% í 40% sé miðað við árið 2006. Glögglega má sjá að innkoma Kaupáss á þennan markað árið 2005 hafði áhrif á stöðu Haga og KHB á þessu svæði. Á fyrsta starfsári Kaupáss á þessu svæði náði félagið 12% hlutdeild sem jókst í 17% á árinu 2006. Hvað Haga áhrærir virðast áhrifin þó ekki hafa verið langvinn því hlutdeild félagsins eykst strax aftur á árinu 2006 eftir tímabundna minnkun. Hagar eru því eftir sem áður með nokkra yfirburði hvað markaðshlutdeild varðar eða 40% hlutdeild á móti 35% hlutdeild KHB. Á myndinni hér fyrir neðan má svo sjá línurit sem lýsir þessari þróun betur, en Y-ás línuritsins táknar markaðshlutdeild í prósentum:



Mynd 12: Markaðshlutdeild á Austurlandi frá árinu 2002 til ársins 2006

Ljóst er að markaðshlutdeild Haga á þessu svæði hefur aukist hratt á því tímabili sem hér er til skoðunar, eða úr 14% í 38%. Að sama skapi hefur hlutdeild KHB minnkað mjög mikið á þessu tímabili, en þess má geta að Bónusverslun Haga á Egilsstöðum hefur nú hærri markaðshlutdeild en allar sex verslanir KHB á svæðinu samanlagt.

2.3.8 Markaðshlutdeild matvöruverslana á Suðurlandi

Til þess að meta markaðshlutdeild matvöruverslana á Suðurlandi er miðað við Árborg (Selfoss, Stokkseyri og Eyrarbakki) auk þeirra staða sem eru í u.þ.b. 20-30 mín. akstursfjarlægð frá Árborg. Um er að ræða Flúðir, Laugarás, Árnes, Hveragerði, Þorlákshöfn, Hellu, Hvolsvöll og Þykkvabæ.

Hagar reka tvær verslanir á því svæði sem hér er til umfjöllunar, eina Bónus verslun á Selfossi og aðra Bónus verslun í Hveragerði. Kaupás rekur 5 verslanir á þessu svæði, eina Nóatúnsverslun á Selfossi, 11-11 verslanir á Hellu annars vegar og Hvolsvelli hins vegar og Krónu verslanir á Selfossi annars vegar og Þorlákshöfn hins vegar.⁶² Samkaup reka tvær verslanir á þessu svæði, annars vegar Samkaup Strax á Flúðum og svo Samkaup Úrval á Selfossi. Einnig eru starfandi á Selfossi verslanir Europris og Þinnar verslunar. Á neðangreindri töflu má sjá þróun hlutdeildar umræddra matvöruverslana á Selfossi og nærliggjandi byggðarlögum frá árinu 2002 og fram á mitt ár 2006.

⁶² 11-11 á Hellu og Hvolsvelli og Krónunni í Þorlákshöfn hefur nú verið breytt í Kjarvalsverslanir.

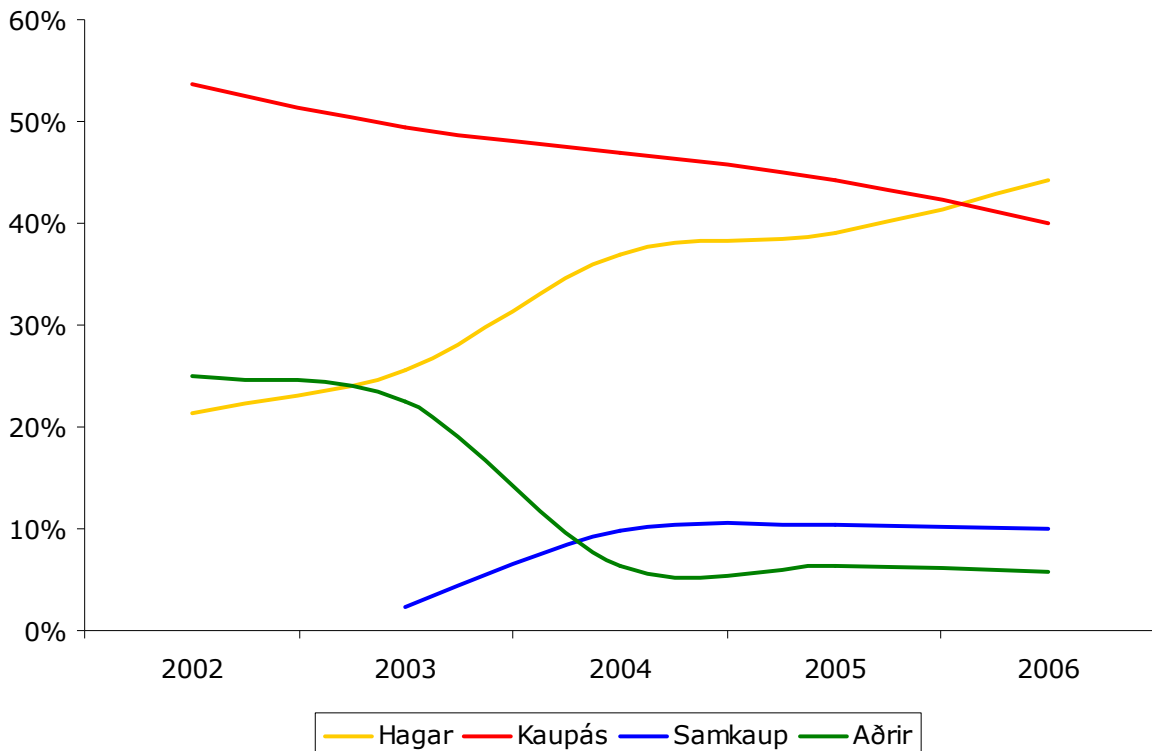


Tafla 13: Markaðshlutdeild á Suðurlandi frá árinu 2002 til ársins 2006

	2002	2003	2004	2005	2006
Hagar	21%	26%	37%	39%	44%
Kaupás	54%	50%	47%	44%	40%
Samkaup	-	2%	10%	11%	10%
Aðrir	25%	23%	6%	6%	6%

Eins og sjá má höfðu Hagar um 21% markaðshlutdeild árið 2002 á þessu svæði en á þessum tíma var aðeins starfandi ein verslun á vegum Haga, þ.e. verslun Bónuss á Selfossi. Ljóst er að Hagar hafa aukið hlutdeild sína mikið en við lok viðmiðunartímabilsins var hlutdeild félagsins orðin um 44%. Hlutdeild Kaupás var umtalsverð í upphafi tímabilsins eða um 54% en árið 2002 rak Kaupás einnig þrjár verslanir Kjarvals á svæðinu, þ.e. eina á Eyrarbakka, eina í Hveragerði og eina á Stokkseyri. Þessar verslanir hættu hins vegar starfsemi árið 2002. Þá hefur Kaupás tapað talsverðri hlutdeild en félagið var með 40% hlutdeild sé miðað við árið 2006. Smærri matvöruverslanir á svæðinu voru með töluverða markaðshlutdeild eins og sjá má árið 2002 eða 25%. Árið 2003 komu Samkaup inn á þennan markað með verslun á Flúðum. Samkaup juku svo hlutdeild sína upp í 10% árið 2004 en það ár opnaði félagið verslun Samkaupa Strax á Selfossi. Samkaup héldu svipaðri hlutdeild á svæðinu fram á mitt ár 2006. Ljóst er að smærri matvöruverslanir hafa tapað talsverðri hlutdeild á viðmiðunartímabilinu, þ.e. voru samtals með 25% í upphafi tímabilsins en 6% við lok þess.

Þessi þróun sést betur á línuritinu á myndinni hér fyrir neðan, en Y-ás þess táknar markaðshlutdeild í prósentum:





Mynd 13: Markaðshlutdeild á Suðurlandi frá árinu 2002 til ársins 2006

Ljóst er að markaðshlutdeild Haga á þessu svæði er umtalsverð, eða um 42% ef litið er á markaðshlutdeild félagsins árið 2005 og 2006, eða því tímabili sem athugun Samkeppniseftirlitsins beinist fyrst og fremst að.

Af ofangreindri umfjöllun er ljóst að staða Haga á því landfræðilega afmarkaða svæði á Suðurlandi sem hér er til umfjöllunar er sterk. Hlutdeild félagsins hefur vaxið jafnt og þétt síðustu ár á meðan hlutdeild flestra keppinauta hefur farið minnkandi, þá sérstaklega hlutdeild Kaupáss.

2.3.8 Markaðshlutdeild matvöruverslana á Suðurnesjum

Til þess að varpa ljósi á markaðshlutdeild einstakra matvöruverslana á Suðurnesjum verður miðað við tekjur slíkra verslana í Reykjanesbæ (Keflavík, Njarðvík og Hafnir) sem kjarna og nærliggjandi stöðum. Þeir staðir sem falla þannig undir landfræðilegan markað með Reykjanesbæ eru m.a. Garður, Sandgerði, Grindavík og Vogar.

Hagar reka þrjár verslanir á þessu svæði, þ.e. eina Bónusverslun og tvær 10-11 verslanir í Reykjanesbæ. Kaupás var fram til ársins 2004 með Nóatúnsverslun í Keflavík en er ekki starfandi á þessu svæði núna. Samkaup reka fimm verslanir á svæðinu, Kaskó í Reykjanesbæ, Nettó í Grindavík, Samkaup Strax í Sandgerði og Garði og Samkaup Úrval í Reykjanesbæ. Á neðangreindri töflu má sjá þróun hlutdeildar á umræddu svæði frá árinu 2002 til 2006.

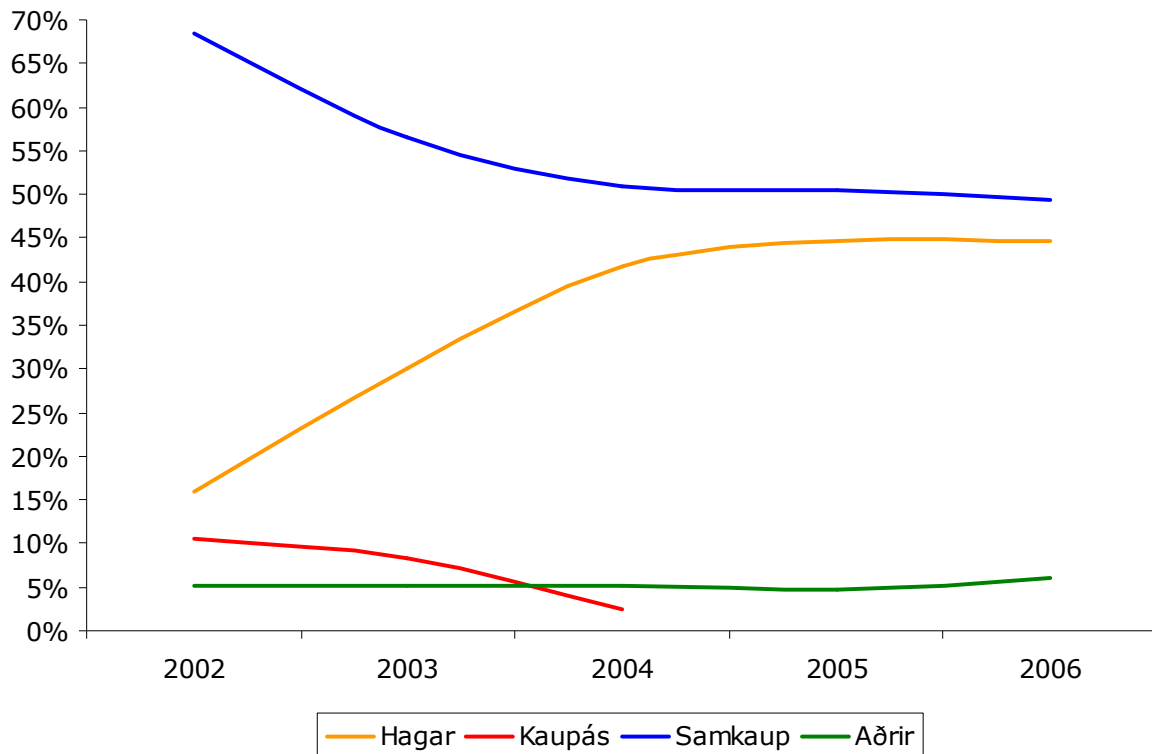
Tafla 14: Markaðshlutdeild matvöruverslana eftir eignarhaldi á Suðurnesjum frá árinu 2002 til ársins 2006

	2002	2003	2004	2005	2006
Hagar	16%	30%	42%	45%	45%
Kaupás	10%	8%	2%	-	-
Samkaup	69%	57%	51%	51%	49%
Aðrir	5%	5%	5%	5%	6%

Eins og sjá má á töflunni hér fyrir ofan höfðu Hagar um 16% markaðshlutdeild á Suðurnesjum árið 2002 á móti 10% markaðshlutdeild Kaupáss og 69% markaðshlutdeild Samkaupa. Aðrar matvöruverslanir voru hins vegar samanlagt með um 5% hlutdeild á markaðnum. Það er því ljóst að Samkaup höfðu mjög sterka stöðu á markaðnum í upphafi viðmiðunartímabilsins. Árið 2003 jókst hlutdeild Haga hins vegar um tæpan helming en það ár opnaði félagið Bónus verslun í Reykjanesbæ, þ.e. Hagkaupsverslun sem áður var starfandi var breytt í Bónusverslun. Hlutdeild Kaupáss og Samkaupa minnkaði hins vegar sem nam aukningu Haga. Árið 2004 jókst markaðshlutdeild Haga enn meira, eða upp í 42% á meðan hlutdeild Samkaupa minnkaði niður í 51%. Hlutdeild Kaupáss var 2% á þessum markaði árið 2004 en það ár hætti eina verslun þess félags starfsemi sinni á svæðinu. Árið 2005 hélt sama þróun áfram, þ.e. markaðshlutdeild Haga jókst á meðan markaðshlutdeild Samkaupa dróst saman. Þróunin virðist hins vegar hafa verið nokkuð hægari en árin á undan. Ef síðan er litið til ársins 2006 má sjá að hlutdeild Haga stendur í stað en hlutdeild Samkaupa heldur áfram að minnka, úr 51% í 49%, nú jókst hlutur annarra matvöruverslana á markaðnum úr 5% í 6%. Á neðangreindri mynd



má svo sjá línurit sem lýsir þessari þróun betur, en Y-ás línuritsins tákna markaðshlutdeild í prósentum:



Mynd 14: Markaðshlutdeild á Suðurnesjum frá árinu 2002 til ársins 2006

Ljóst er að markaðshlutdeild Haga á þessu svæði er talsverð, eða um 45% ef litið er til ársins 2005 og 2006, eða þess tímabils sem athugun Samkeppniseftirlitsins beinist fyrst og fremst að. Af ofangreindri umfjöllun má sjá að staða Haga á Suðurnesjum er nokkuð sterk. Hlutdeild félagsins hefur vaxið jafnt og þétt síðustu ár á meðan hlutdeild keppinautanna hefur minnkað. Hins vegar er staða Samkaupa enn talsvert sterk á þessu svæði, þrátt fyrir að hlutdeild þeirra hafi minnkað umtalsvert á síðustu árum.

2.3.9 Athugasemdir Haga um markaðshlutdeild

Eins og áður hefur verið vikið að er það mat Haga að fyrirtækið sé með innan við 40% markaðshlutdeild. Til grundvallar þessu mati er velta Haga við sölu á mat- og dagvöru á árinu 2005 borin saman við heildarveltu á þessum markaði á sama ári samkvæmt upplýsingum frá Hagstofu Íslands og tölum frá Rannsóknarsetri verslunarinnar. Að mati Haga skjóti það skökku við að Samkeppniseftirlitið skuli véfengja upplýsingar sem fengnar séu frá opinberum aðilum. Segir að aðilar á markaði hljóti að geta treyst þeim gögnum sem gefin séu út af Rannsóknarsetri verslunarinnar, Hagstofu Íslands og öðrum opinberum aðilum.

Að mati Samkeppniseftirlitsins verður að telja að þessi athugasemd Haga byggist á misskilningi. Þær upplýsingar sem notaðar eru í máli þessu til að meta markaðshlutdeild var aflað frá þeim aðilum sem óumdeilt er að starfa á matvörumarkaði. Í fyrirspurnum til þessara aðila hefur sérstaklega verið óskað eftir að þeir sundurliðuðu tekjur sínar eftir því hvort um væri að ræða dagvöru eða sérvöru. Verður því að telja að þær upplýsingar sem notaðar hafa verið í máli þessu til að meta markaðshlutdeild séu mjög áreiðanlegar enda



um frumgögn að ræða sem aflað hefur verið frá aðilum markaðarins. Hagstofan aflar ekki upplýsinga til þess að meta markaðshlutdeild í samkeppnismálum. Hagstofan leggur aðrar forsendur til grundvallar og aðgreinir t.d. ekki sölu á sérvöru frá sölu á dagvörum.

Þá vill Samkeppniseftirlitið taka fram að það sjónarmið Haga um að fyrirtækið sé með innan við 40% markaðshlutdeild er í mótsögn við opinber ummæli Finns Árnasonar forstjóra Haga sem birtust í vefriti Viðskiptablaðs Morgunblaðsins þann 19. janúar 2006 en þar segir Finnur eftirfarandi um markaðshlutdeild félagsins:

„...við [Hagar] séum með rétt rúmlega 50% markaðshlutdeild í dag, skýrsla norrænu samkeppnisyfirvaldanna segir 47% en því hefur verið haldið fram að við höfum aukið hlutdeild okkar frá því hún var gerð. Ég held að það sé rétt.“

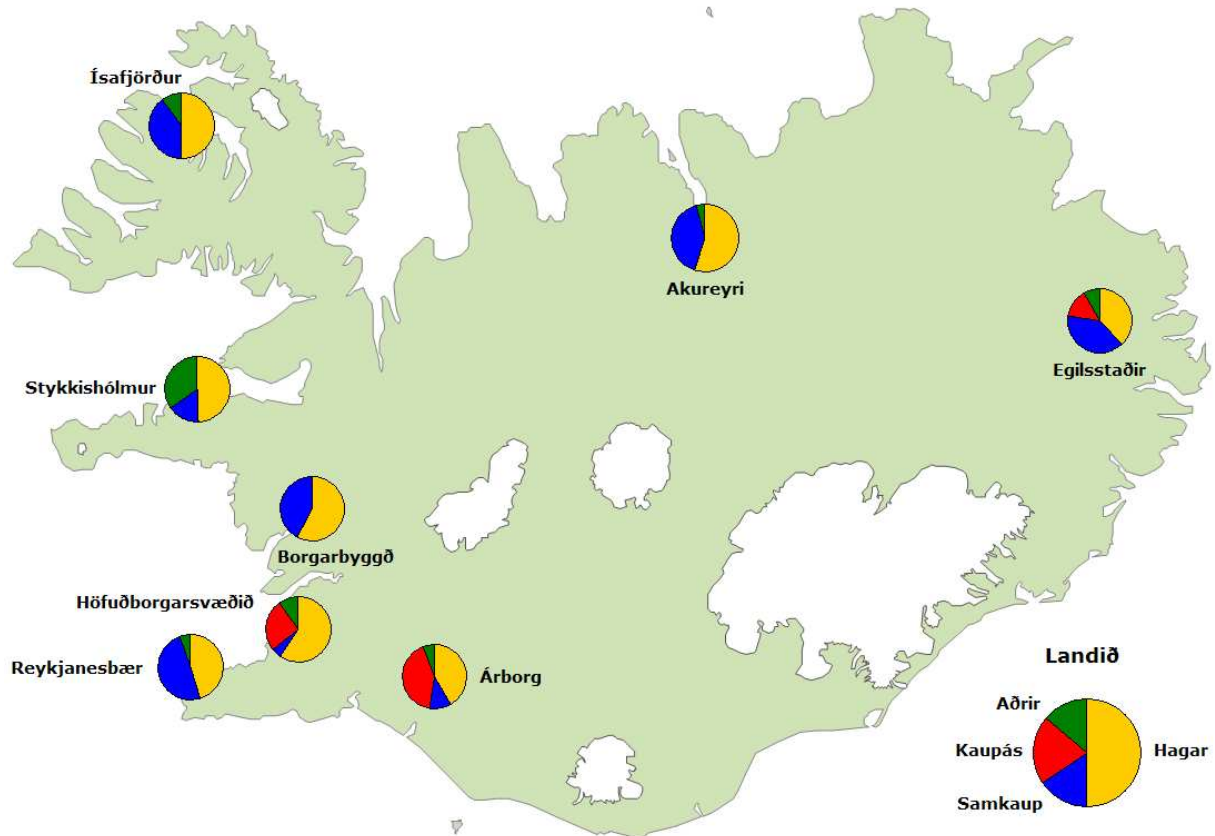
Bent skal á að yfirlýsing sem þessi hefur þýðingu í samkeppnisrétti við mat á því hvort fyrirtæki er í markaðsráðandi stöðu, sbr. dóm Hæstaréttar Íslands 19. febrúar 2004 í máli nr. 323/2003 Skífan hf. gegn samkeppnisráði.⁶³ Að mati Samkeppniseftirlitsins er framangreind tilvitnun til marks um að forsvarsmenn Haga hafi í raun annan skilning á stöðu félagsins en haldið hefur verið fram við meðferð þessa máls og dregur þetta úr trúverðugleika málflytningu Haga.

2.3.10 Niðurstaða um markaðshlutdeild

Eins og framangreind umfjöllun ber með sér er staða Haga bæði á skilgreindum mörkuðum sem og á landinu öllu mjög sterk. Á landsvísu er félagið með um 50% hlutdeild þegar miðað er við árið 2005 og 2006. Þá hafa Hagar að jafnaði verið að auka hlut sinn um u.þ.b. 2 prósentustig á ári á sl. sex árum. Á umræddu viðmiðunartímabili var hlutdeild Kaupáss 20-25% og Samkaupa 15-20% en hlutdeild þessara keðja hefur lítið breyst á liðnum árum. Af einstökum markaðssvæðum er staða Haga hvað sterkust á höfuðborgarsvæðinu en þar er félagið með tæplega 60% markaðshlutdeild en félagið og fyrirrennarar þess hafa haldið mjög hárrí hlutdeild á því svæði a.m.k. frá árinu 1995. Augljóst er að öflug staða Haga á stærsta markaðssvæðinu skapar félaginu almennt séð mikinn markaðsstyrk og yfirburði gagnvart keppinautum sínum. Hvað önnur framangreind svæði áhrærir er ljóst að opnun Haga á Bónusverslunum í flestum af stærri þéttbýlisstöðum á landsbyggðinni hefur leitt til þess að félagið hefur aukið hlutdeild sína verulega. Sé litið til einstakra svæða sem fjallað hefur verið um hér að framan er ljóst að hlutfallslega hefur aukning Haga orðið mest í Borgarbyggð, farið úr 20% árið 2002 í 66% sé miðað árið 2006. Á Austurlandi hefur hlutdeildin aukist úr 14% í 40% á sama tímabili, á Suðurnesjum úr 16% í 45%, á Suðurlandi úr 21% í 44%, á norðanverðum Vestfjörðum úr 36% í 51% og á Akureyri úr 49% í 55%. Á sama tíma hefur hlutdeild helstu keppinauta Haga á umræddum svæðum ýmist staðið í stað eða minnkað og þá verulega í mörgum tilvikum.

Að mati Samkeppniseftirlitsins lýsir eftirfarandi yfirlitskort af Íslandi stöðunni nokkuð vel. Guli liturinn í skífuritunum endurspeglar hlut Haga, sá blái hlut Samkaupa, rauður er fyrir Kaupás og grænn er fyrir aðra.

⁶³ Sjá einnig Whish, Competition Law, fimmta útgáfa 2003, bls. 188. Sjá einnig dóm breska áfrýjunardómstólsins í samkeppnismálum (Competition Appeal Tribunal) í máli nr. 1005/1/1/01 *Aberdeen Journals v Director General of Fair Trading* [2002] CAT 4.



Mynd 15: Yfirlit yfir markaðshlutdeild á landinu öllu árið 2005 og 2006

Eins og sjá má af yfirlitskortinu hafa Hagar mikla yfirburði í markaðshlutdeild á nær öllum landssvæðum sem skilgreind hafa verið sem sérstakir markaðir í máli þessu. Verslanir Samkaupa eru þó a.m.k. enn sem komið er, öflugar víða á landsbyggðinni en tiltölulega veikar á höfuðborgarsvæðinu í samburði við verslanir Haga og Kaupáss. Hlutdeild annarra keppnauta er minni.

Eins og fjallað er um hér að framan getur staðsetning matvöruverslana haft mikla þýðingu við mat á því hversu mikil ítök þær hafa á markaðnum í næsta nágrenni við sig. Verslanir Bónuss eru staðsettar í öllum helstu landshlutum og aðgengilegar meirihluta landsmanna. Verslanir Bónuss hafa verið skilgreindar sem lágvöruverðsverslanir og eru eins og áður segir sniðnar til þess að þjóna neytendum fyrir stórinnaup. Eru neytendur því tilbúnir að ferðast lengri vegalengdir en ella þegar þeir gera innkaup í slíkum verslunum.

Ljóst er í samkeppnisrétti að svonefnd breiddarhagkvæmni (e. economy of scope) getur rennt stoðum undir að fyrirtæki sé í markaðsráðandi stoðu, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2007 *Icelandair ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Í því sambandi skiptir máli að Hagar reka víða um landið, eins og fram hefur komið, verslanakeðjur sem falla í alla flokka þeirra verslunarforma sem er að finna á markaðnum. Þá reka Hagar einnig fjölda verslana á öðrum mörkuðum, s.s. tískuvörumörkuðum. Þessir þættir eru mikilvægur hluti efnahagslegs styrkleika Haga enda felst í þeim m.a. töluverð breiddarhagkvæmni. Breiddarhagkvæmni fæst þegar fyrirtæki nær að nota sömu



framleiðslutæki til þess að framleiða fleiri en eina afurð og þannig dreifa föstum kostnaði á fleiri einingar. Í matvöruverslunarrekstri er afurðin sem um ræðir þjónusta við neytendur á sviði dagvöruinnkaupa. Með því að staðsetja verslanir sínar, sem geta sinnt öllum dagvöruþörfum neytenda, í öllum stærstu byggðum hvers landshluta geta Hagar náð fram auknu hagræði sem felst í kostnaðardreifingu, mikilli útbreiðslu vörumerkja auk þess sem þjónusta fyrirtækisins nær til mikils meirihluta landsmanna. Í krafti stærðar sinnar og útbreiðslu geta Hagar dreift kostnaði betur á mismunandi tegundir verslana og þar með aukið hagkvæmni í rekstri. Það er eðlilegt að Hagar nýti framleiðsluþætti sína á hagkvæman hátt (eins og orðið breiddarhagkvæmni felur í sér) en þó ber að huga að því hvaða þýðingu þetta hefur fyrir stöðu fyrirtækisins á markaðnum. Ljóst er að þegar tvö fyrirtæki, A og B, keppa á einum landfræðilegum markaði, X, og eru þar með sömu markaðshlutdeild eru þau ekki jafn sterk ef annað fyrirtækið, B, er með mun hærri markaðshlutdeild en A á öðrum landfræðilegum mörkuðum sem eru Y og Z. Ljóst er að B getur notað breiddarhagkvæmni sína af mörkuðum Y og Z til að styrkja stöðu sína á markaði X. Staða B á markaði X er því sterkari en markaðshlutdeildin ein segir til um.

Rétt er að ítreka það að í framangreindri umfjöllun er miðað við rýmri markaðsskilgreiningu en almennt er talin eiga við þegar landfræðilegir markaðir eru skilgreindir í málum sem varða smásöluverslun. Er það gert sökum þess að ætla má að neytendur á landsbyggðinni og þá sérstaklega þeir sem búa í dreifbýli séu almennt reiðubúnir (og reyndar þurfi) að leggja á sig lengri ferð til að komast í matvöruverslun en þeir sem búa á þéttbýlli stöðum eins og t.a.m. á höfuðborgarsvæðinu. Hins vegar er ljóst eins og áður hefur komið fram að þessi víðari skilgreining er (ef eitthvað er) ívilnandi fyrir stöðu Haga þar sem markaðshlutdeild þeirra væri hærri ef miðað væri við þrengri skilgreininguna. Gefur þetta vísbendingar um að staða Haga sé jafnvel enn sterkari á mörkuðum á landsbyggðinni en sú markaðshlutdeild sem notuð er til viðmiðunar hér að framan gefur vísbendingar um.

Ljóst er af framansögðu að samþjöppun á skilgreindum mörkuðum er mikil og að hún hefur aukist mjög hin síðari ár. Áreiðanleg aðferð til að meta samþjöppun á einstökum mörkuðum er að styðjast við svonefndan Herfindahl-Hirschman samþjöppunarstuðull (HHI), sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 6/2006 *DAC ehf. og Lyfjaver ehf. og Lyf og heilsa ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Er þessi stuðull bæði notaður af samkeppnisyfirkvöldum í Bandaríkjunum og Evrópu til að meta samþjöppun, einkum breytinguna á samþjöppun sem verður við samruna tveggja eða fleiri fyrirtækja sem starfa á sömu mörkuðum. Stuðullinn má þó einnig nota sem mælikvarða á samþjöppun á mörkuðum þegar meta á samkeppnisstöðuna á þeim. HHI mælikvarðinn er reiknaður með því að leggja saman margfeldi markaðshlutdeildar (þ.e. markaðshlutdeild í öðru veldi) þeirra fyrirtækja sem eru á þeim markaði sem við á.⁶⁴ HHI stuðullinn er talinn ein áreiðanlegasta vísbendingin um það hve samþjöppun á markaði er mikil og hvort eða hvenær ástæða er til að fylgjast náið með mörkuðum. Litið er svo á að HHI undir 1.000 stigum gefi til kynna að samþjöppun á markaði sé lítil, HHI gildi á milli 1.000-1.800 þýði miðlungssamþjöppun á markaði og að hún sé mikil þegar HHI er hærra en 1.800. Eftir

⁶⁴ Sem dæmi um þetta má nefna markað með 10 fyrirtækjum sem hvert um sig er með 10% markaðshlutdeild. HHI væri þar $10^2 \times 10 = 1.000$. Gildi stuðulsins liggur á milli talnanna 0 og 10.000. Eftir því sem það er hærra, þeim mun meiri er markaðssamþjöppunin. Ef aðeins eitt fyrirtæki er á markaðnum sem við á, þ.e. fyrirtækið hefur 100% markaðshlutdeild þá er $HHI 100^2 = 10.000$. Ef fyrirtækin á markaðnum eru mörg og öll með örlitla markaðshlutdeild er HHI því sem næst 0.



Því sem samþjöppunin er meiri er almennt talin meiri hætta á samkeppnishömlum. Í töflunni hér fyrir neðan er yfirlit yfir þróun HHI-stuðulsins á matvörumarkaðnum fyrir landið allt annars vegar og höfuðborgarsvæðið hins vegar allt frá árinu 1995 til og með ársins 2006.

Tafla 15: Þróun HHI-stuðulsins frá árinu 1996 til og með ársins 2006 annars vegar á landinu öllu og hins vegar á höfuðborgarsvæðinu

Ár	Allt landið	Höfuðborgar- svæðið
1996	1.426	3.273
1997	1.406	3.148
1998	1.446	3.036
1999	2.471	4.279
2000	2.313	3.740
2001	2.462	3.866
2002	2.531	3.908
2003	2.613	3.824
2004	2.888	3.979
2005	3.071	4.080
2006	3.253	4.199

Eins og ljóst er af töflunni hefur gildi HHI stuðulsins á matvörumarkaðnum hækkað jafnt og þétt sl. áratug, að undanskyldu árinu 1999 eins og áður hefur verið vikið að. Á það bæði við um landið allt og höfuðborgarsvæðið. Sé miðað við landið allt er gildi HHI-stuðulsins 3.253 stig en 4.199 stig sé einungis miðað við höfuðborgarsvæðið. Þá er gildið í báðum tilvikum mun hærra en 1.800 stig en eins og fyrr segir telst samþjöppun á markaði mikil þegar gildi HHI-stuðulsins er hærra en það viðmið.

Rétt er að taka fram að umfjöllun um markaðshlutdeild í ákvörðun þessari miðast við veltu aðila á matvörumarkaðnum. Ætla má að heildarvelta lágvöruverðsverslana í samanburði við veltu stórmarkaða og minni verslana sé hlutfallslega minni en umfang heildarsölu lágvöruverðsverslana mælt í magni í samanburði við selt magn hjá stórmörkuðum og minni verslunum. Verslanakeðjan Bónus er lágvöruverðsverslun sem hefur heitið því að bjóða ávallt lægsta vöruverðið á markaðnum hverju sinni, og verðkannanir hafa sýnt að svo sé. Verðlag í lágvöruverðsverslunum, sérstaklega Bónus, er mun lægra en í öðrum verslunum og því má ætla að heildarvelta vanmeti raunverulega markaðshlutdeild lágvöruverðsverslana gagnvart öðrum keppinautum miðað við selt magn. Samkeppnisyfirvöld hafa áður beitt þeirri aðferð að bera saman selt magn sameiginlegra vöruflokka, en slík viðmiðun er óháð kostnaðarþáttum og veltu varanna. Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 11/2007 *Erindi Iceland Express ehf. vegna verðlagningar Icelandair ehf. á fargjöldum til Kaupmannahafnar og London*, var endanleg markaðshlutdeild miðuð við tekjur, en einnig var höfð til hliðsjónar upplýsingar um hlutdeild miðað við fjölda farþega. Í þessu máli sem hér er til skoðunar geisaði verðstríð milli lágvöruverðsverslana og má því áætla að heildarvelta þeirra gefi veikari mynd af raunverulegri markaðshlutdeild þeirra en hlutdeild mæld í seldu magni og fjölda viðskiptavina. Á þetta sérstaklega við um Bónus, en verslanakeðjan hefur eins og fyrr segir heitið því að bjóða ávallt lægsta vöruverðið á markaðnum. Þar sem matvöruverslanir eiga það sameiginlegt að bjóða upp á fjölbreytt úrval af ólíkum



dagvörum er hins vegar nær ómögulegt að bera saman selt magn í öllum matvöruverslunum á landinu. Eins og sýnt hefur verið fram á er verslanakeðjan Bónus stærsta verslanakeðja landsins. Með hliðsjón af framanrituðu er því mikilvægt að hafa í huga að líklega er markaðshlutdeild þeirra miðað við selt magn talsvert hærri en sú sem sýnd hefur verið miðað við heildarveltu.

Eins og fram hefur komið sýna fordæmi áfrýjunarnefndar samkeppnismála að há markaðshlutdeild feli í sér sterka vísbendingu um markaðsráðandi stöðu. Fram hefur einnig komið að 50% markaðshlutdeild feli í sér sönnun á tilvist markaðsráðandi stöðu nema einstakar kringumstæður bendi til annars. Samkeppniseftirlitið telur að markaðshlutdeild Haga sé það há á landsvísu og á öllum skilgreindum mörkuðum að hún gefi sterka vísbendingu um að félagið sé í markaðsráðandi stöðu. Jafnframt skiptir hér máli að Hagar hafa um langa hríð haft háa markaðshlutdeild. Ennfremur hefur framangreind breiddarhagkvæmni þýðingu. Einnig má líta til þess að Hagar hafa í eldri málum verið taldir markaðsráðandi. Þessi atriði leyfa þá ályktun að Hagar hafi verið í markaðsráðandi stöðu þegar atvik þessa máls áttu sér stað. Eins og nánar verður vikið að styrkja önnur atriði í málinu þetta mat. Verður í því sambandi litið til efnahagslegs styrkleika, reksturs vöruhúss Aðfanga og starfsemi á tengdum mörkuðum sem og til aðgangshindrana. Horfa verður á þessi atriði eins og þau voru fyrir hendi þegar atvik þessa máls 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.⁶⁵

Verður nú fjallað nánar um þessi atriði.

2.4 Efnahagslegur styrkleiki

Við mat á því hvort fyrirtæki sé í markaðsráðandi stöðu getur efnahagslegur styrkleiki á viðmiðunartímabilinu skipt máli, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 8/2008 *Fiskmarkaður Íslands hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Þetta getur haft þýðingu við mat á því hvort keppinautar sem reka stórar verslanakeðjur á markaðnum geti veitt fullnægjandi samkeppnislegt aðhald. Þá getur staða tengdra fyrirtækja einnig haft þýðingu, þ.e. fyrirtækja innan sömu fyrirtækjasamstæðu og hvort þau starfi á mörkuðum sem tengjast með beinum hætti þeirri starfsemi sem er til skoðunar, sbr. t.d. úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2007 *Icelandair ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

⁶⁵ 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 ... ”



2.4.1 Sjónarmið Hagar um efnahagslegan styrkleika félagsins

Hagar halda því fram að félagið hafi enga sérstöðu þegar efnahagslegur styrkleiki þeirra félaga sem starfa á matvörumarkaði er metinn. Er nefnt í þessu sambandi að Kaupás, helsti keppinautur Haga, hafi orðið hluti af Norvikursamstæðunni árið 2004. Sú samstæða reki fjölda stórra félaga og ljóst að efnahagslegur styrkleiki hennar sé mikill. Þá segir enn fremur að „*fjölmargir aðrir aðilar á markaðnum búa yfir verulegum fjárhagslegum styrk, svo sem Samkaup, Fjarðarkaup, Spar og Þín verslun. Hagar hf. eru ekki í stöðu til að geta hindrað virka samkeppni á matvörumarkaðnum í krafti efnahagslegs styrkleika umfram aðra.*”

Í athugasemdum við andmælaskjalið segir að þrátt fyrir að Baugur sé einn helsti eigandi að Högum sé Baugur ekki í þeirri stöðu að geta fært fjármuni frá fjárfestingarverkefnum sínum til að auka markaðshlutdeild Haga á matvörumarkaðnum. Baugur eigi einungis 20-30% hlut í mörgum af þeim félögum sem fyrirtækið hafi fjárfest í og um rekstur þeirra gildi hluthafasamkomulag. Sem dæmi þá eigi Baugur 25% hlut í Teymi hf. sem sé skráð félag á markaði. Baugur geti ekki fært fjármuni úr því félagi yfir í rekstur annarra félaga, s.s. Haga eða Bónuss. Það hafi því takmarkaða þýðingu að líta til fjárfestingaverkefna Baugs og heildareigna þess félags og draga þá ályktun að efnahagslegur styrkleiki Haga sé gríðarlegur. Eingöngu eigi að líta til efnahagslegs styrkleika móðurfélags ef sýnt þykir að það noti fjármuni til niðurgreiðslu fyrir dótturfélög. Slíkt eigi ekki við í tilviki Baugs og Haga. Því eigi eingöngu að líta til efnahags Haga við mat á efnahagslegum styrkleika.

Þá gera Hagar athugasemdir við þá veltutölu Baugs sem notuð er til grundvallar við mat á efnahagslegum styrkleika Baugs. Í veltutölunni sem sé birt á heimasíðu Baugs sé einnig meðtalin velta vegna þeirra fjárfestingaverkefna sem Baugur sé þátttakandi í og sé hún „*einungis birt til fróðleiks.*” Þessa veltu sé ekki heimilt að birta í ársreikningi Baugs vegna ákvæða í lögum um ársreikninga. Allt önnur og lægri tala komi því fram í ársreikningnum. Að mati Haga er „*mildilega*” fjallað um Norvik (móðurfélag Kaupáss) í andmælaskjalinu en það félag fjárfesti um allan heim og eigi m.a. banka í Lettlandi sem skilað hafi 1.200 milljónum kr. í hagnað árið 2007. Þá sé ljóst að Norvik niðurgreiði rekstur matvöruverslana í eigu Kaupáss, sbr. yfirlýsingar eiganda Norvikur í fjölmiðlum. Hvorki sé vilji né geta til slíks af hálfu móðurfélags Haga.

2.4.2 Mat Samkeppniseftirlitsins

Að mati Samkeppniseftirlitsins er nauðsynlegt leggja mat á efnahagslegan styrkleika Haga og stærstu keppinauta félagsins, þ.e. Kaupáss og Samkaupa. Sé litið til rekstrarlegrar og fjárhagslegrar stöðu þessara stærstu aðila á hinum skilgreinda markaði er ljóst að þeir hafa haft talsverða yfirburði gagnvart öðrum keppinautum sem allir eru með mjög lága markaðshlutdeild nema e.t.v. á einstaka litlum landfræðilegum svæðum á landsbyggðinni. Í þeim samanburði sem hér fer á eftir verður því látið nægja að bera saman fjárhagslegan styrkleika þriggja nefndra félaga.

Hagar

Eins og áður segir voru Hagar stofnaðir af Baugi Group hf. (Baugur) árið 2004 og tók félagið við starfsemi Baugs Íslands hf. Tilgangur Haga er að sjá um allan verslunarrekstur Baugs á Íslandi og Norðurlöndunum. Verslanir og fyrirtæki í eigu félagsins eru: Bónus,



Hagkaup, 10-11, Útilíf, Zara, Debenhams, Topshop og Skeljungur. Jafnframt á fyrirtækið innkaupafyrirtækin Aðföng, Hýsingu, Banana, og Ferskar kjötvörur. Samtals eiga Hagar 76 verslanir í þremur löndum, þ.e. á Íslandi, í Danmörku og í Svíþjóð.⁶⁶ Hlutverk Haga skv. heimasíðu félagsins er „að veita þessum fyrirtækjum aðhald og finna sameiginlega fleti sem geta leitt til hagræðingar í kostnaði og aukið tekjumöguleika fyrirtækjanna og þar af leiðandi samkeppnisstyrk þeirra.“

Stærstu eigendur Haga og eignarhlutur þeirra er sem hér segir:

Tafla 16: Eigendur Haga og eignarhlutur þeirra árið 2006

Nafn:	Eignarhlutur:
Baugur Group hf.	47,4%
Fasteignafélagið Stoðir hf.	24,1%
Talden Holding S.A. og Orchides Holding S.A.	27,3%
Aðrir	1,2%

Eins og sjá má er Baugur stærsti hluthafinn í Högum. Á þessum tíma átti Baugur 50% í fasteignafélaginu Stoðum (nú Landic Property) þannig að óbeinn eignarhlutur Baugs í Högum í gegnum Stoðir var yfir 10%. Ljóst er Baugur hafði á viðmiðunartímanum yfirráð yfir Högum.⁶⁷

Baugur er alþjóðlegt fjárfestingarfélag sem hefur fjárfest í fyrirtækjum á Íslandi og í Evrópu.

Kaupás

Kaupás, sem er eignarhaldsfélag verslanakeðjanna Nóatúns, 11-11 og Krónunnar er eins og fram hefur komið annar stærsti aðilinn á matvörumarkaðnum. Kaupás er í eigu eignarhalds- og fjárfestingarfélagsins Norvikur, sem var stofnað árið 2000. Norvik á alls 14 dótturfyrirtæki, og má þar auk verslana Kaupáss nefna Byko, Elko, Húsgagnahöllina og Intersport. Þá átti Kaupás 45% hlut í Búri ehf., en Búr er innkaupafyrirtæki á sviði dagvöru sem annast birgðahald og dreifingu aðallega á þurrvöru og ávöxtum og grænmeti fyrir um 100 matvöruverslanir um land allt. Kaupás seldi hlut sinn í félaginu til Samkaupa árið 2007.

Samkaup

Þriðji stærsti aðilinn á markaðnum eru Samkaup, en aðaleigandi Samkaupa er Kaupfélag Suðurnesja með um 57% eignarhlut. Samkaup eiga og reka fjölda verslana víðsvegar um landið. Samkaup áttu, á rannsóknartímabili þessa máls, um 43% hlut í aðfangafyrirtækinu Búri. Árið 2007 keyptu Samkaup 45% hlut Kaupáss í félaginu og eru því stærsti eigandi þess í dag. Að öðru leyti eiga Samkaup ekki hluti í öðrum félögum í tengdri starfsemi.

⁶⁶ Skv. heimasíðu Haga, www.hagar.is (sótt 14. september 2006).

⁶⁷ Þessi staða hefur styrkst eftir viðmiðunartímabilið. Samkvæmt tilkynningu frá Högum, dags. 20. apríl 2007, hefur Baugur Group keypt allan eignarhlut félaganna Talden Holding S.A. og Orchides Holding S.A.



Af framangreindu má sjá að skipulag og starfsemi Haga og stærstu keppinauta félagsins er að ákveðnu marki áþekkt. Um er að ræða félög sem reka verslanakeðjur um land allt, auk þess sem Hagar og Kaupás reka einnig fleiri tegundir verslana. Þá er að auki ljóst að öll þrjú félögin njóta nokkurrar hagkvæmni í innkaupum í gegnum vöruhúsin Aðföng og Búr, en nánar verður vikið að því atriði síðar. Þetta felur þó ekki í sér að Hagar, Kaupás og Samkaup séu álíka öflugir keppinautar. Verður því að horfa til upplýsinga um stöðu þessara félaga sem og tengdra fyrirtækja í efnahagslegum skilningi. Í töflunni hér að neðan eru bornar saman heildartekjur Haga, Kaupáss og Samkaupa fyrir árin 2004, 2005 og 2006.⁶⁸

Tafla 17: Upplýsingar um heildar sölutekjur Haga, Kaupáss og Samkaupa árin 2004, 2005 og 2006.⁶⁹ Fjárhæðir eru í milljónum króna.⁷⁰

	2004	2005	2006
Hagar	46.133	58.429	46.513
Kaupás	[...]	[...]	[...]
Samkaup	[...]	[...]	[...]

Eins og taflan hér að ofan sýnir hefur verið mikill munur á heildar sölutekjum Haga annars vegar og Kaupáss og Samkaupa hins vegar. Árið 2005 voru sölutekjur félagsins um 58,4 milljarðar kr. en árið 2006 voru sölutekjur þess um 46,5 milljarðar kr. Samkaup og Kaupás juku nokkuð við sölutekjur sínar frá árinu 2004 til 2006. Hér má einnig benda á að sölutekjur Kaupás samstæðurnar voru einungis um [30-35]% af sölutekjum Haga árið 2006. Sölutekjur Haga námu u.þ.b. [60-65]% af samanlagðri veltu allra fyrirtækjanna þriggja á árinu 2006. Þessar upplýsingar gefa sterka vísbendingu um að Hagar hafi á viðmiðunartímabilinu haft yfirburðastöðu gagnvart helstu keppinautum sínum.

Í umsögn Haga er tekið fram að Kaupás sé hluti af Norvikursamstæðunni og ljóst sé að efnahagslegur styrkleiki hennar sé mikill. Verður því einnig gerður samanburður á Baugi, sem er stærsti hluthafinn í Högum, og Norvik.

Ljóst er að fjárhagslegur styrkur fyrirtækja skiptir máli við mat á stöðu þeirra á viðkomandi mörkuðum svo sem áður hefur verið vikið að. Ef byrjað er á að bera saman heildarveltu móðurfélaga Haga og Kaupáss, þ.e. Baugs og Norvikur, árið 2006 má sjá að mikill munur er á félögunum tveimur. Samkvæmt upplýsingum sem Samkeppniseftirlitið hefur aflað í þessu máli nam heildarvelta Baugs árið 2006 yfir 1.000 milljörðum kr. Af þessu er ljóst að móðurfélag Haga var umtalsvert stærri bakhjarl en móðurfélag Kaupáss,

⁶⁸ Í töflunum hér á eftir er í flestum tilvikum bornar saman fjárhagsupplýsingar fyrir árin 2004, 2005 og 2006, Telja verður að samanburður fyrir þessi þrjú ár gefi sem gleggsta mynd af fjárhagslegum styrkleika nefndra félaga á því rannsóknartímabili sem mál þetta tekur til og nánar verður fjallað um hér á eftir.

⁶⁹ Rekstrarár Haga er frá 1. mars ár hvert til 28. febrúar. Tekjur fyrir árið 2006 í töflunni eru því fyrir tímabilið frá 1. mars 2006 til 28. febrúar 2007.

⁷⁰ Hluti þeirra upplýsinga sem fram koma í töflunum hér á eftir eru fengnar hjá Ríkisskattstjóra. Þær eru öllum opinberar og því birtar í ákvörðun þessari. Upplýsingar innan hornklofa [...] eru hins vegar túnaðarupplýsingar sem ekki eru opinberar en umrædd fyrirtæki hafa lagt þær fram við meðferð málsins. Upplýsingar innan hornklofa kunna þó að vera birtar á tilteknu bili, t.d. [30-40%].



hvað veltu varðar. Telja verður að svo mikill munur á fjárhagslegum styrkleika sem raun ber vitni milli Baugs og Norvikur vísi til enn styrkari stöðu Haga á skilgreindum mörkuðum en markaðshlutdeildin ein segir til um. Í því sambandi verður sérstaklega að hafa í huga að mál þetta snýst um að meta hvort verðlagning þess félags sem hinna fjárhagslegu yfirburða nýtur hafi brotið í bága við samkeppnislög. Við slíkt mat er ljóst að fjárhagslegur styrkleiki skiptir hefur þýðingu.

Í töflunum hér að neðan er að finna upplýsingar um annars vegar heildareignir og hins vegar eigið fé umræddra fyrirtækja en Samkeppniseftirlitið telur að þessar upplýsingar gefi áreiðanlega vísbendingu um fjárhagslegan styrkleika á viðmiðunartímabilinu.

Tafla 18: Upplýsingar um heildareignir Haga⁷¹, Kaupás og Samkaupa árin 2004, 2005 og 2006. Fjárhæðir eru í milljónum króna.

	2004	2005	2006
Hagar	34.017	27.061	23.543
Kaupás	4.626	4.216	4.346
Samkaup	3.333	3.489	3.859

Tafla 19: Upplýsingar um eigið fé Haga⁷², Kaupás og Samkaupa árin 2004, 2005 og 2006. Fjárhæðir eru í milljónum króna.

	2004	2005	2006
Hagar	5.949	6.946	6.465
Kaupás	1.488	905	606
Samkaup	1.127	1.118	1.196

Tafla 20: Upplýsingar um heildareignir Baugs og Norvikur árin 2004, 2005 og 2006. Fjárhæðir eru í milljónum króna.

	2004	2005	2006
Baugur	82.810	142.494	178.644
Norvik	18.446	10.684	13.277

Tafla 21: Upplýsingar um eigið fé Baugs og Norvikur árin 2004, 2005 og 2006. Fjárhæðir eru í milljónum króna.

	2004	2005	2006
--	------	------	------

⁷¹ Efnahagsreikningur Haga fyrir árið 2004 er miðaður við 28. febrúar 2005, fyrir árið 2005 28. febrúar 2006 og fyrir árið 2006 28. febrúar 2007.

⁷² Efnahagsreikningur Haga fyrir árið 2004 er miðaður við 28. febrúar 2005, fyrir árið 2005 28. febrúar 2006 og fyrir árið 2006 28. febrúar 2007.



Baugur	35.618	63.045	73.150
Norvik	3.954	3.385	4.377

Af lestri ofangreindra taflna er ljóst að verulegur munur hefur verið á efnahagslegum styrkleika Baugs og Haga annars vegar og keppinauta þeirra sem hér eru til umfjöllunar hins vegar. Það er sama við hvaða mælikvarða er miðað, veltu, heildar eignir eða eigið fé fyrirtækjanna. Allar kennitölur Haga og eftir atvikum Baugs eru margfalt hærri en keppinautanna.

Samkvæmt ofansögðu er ljóst að efnahagslegur styrkleiki Haga var umtalsvert meiri en Kaupáss sem er næst stærsti aðilinn á flestum af hinum skilgreindu mörkuðum. Má því segja að efnahagslegir yfirburðir Haga veiti vísbendingar um að staða fyrirtækisins á skilgreindum mörkuðum hafi verið enn öflugri en markaðshlutdeild segir til um.

Ekki er því hægt að fallast á það sjónarmið Haga að félagið hafi enga sérstöðu hvað varði efnahagslegan styrkleika. Af þeim upplýsingum sem birtar eru í töflunum hér að ofan er ljóst að efnahagslegir og fjárhagslegir yfirburðir Haga hafa verið verulegir. Ljóst er þó að með yfirtöku Norvikur á Kaupási styrktist staða síðarnefnda félagsins nokkuð. Eftir sem áður voru Hagar þó mun öflugra félag hvaða framangreinda þætti áhrærir.

Þess misskilnings virðist gæta af hálfu Haga að við mat á efnahagslegum styrkleika eigi einungis að líta til áhrifa tengdra félaga (móður- og systurfélaga) ef þau niðurgreiði eða taki þátt í greiða niður tap þess félags sem sé til skoðunar. Þetta er ekki rétt mat. Eins og vikið var að í upphafi þessa undirkafla hefur áfrýjunarnefnd samkeppnismála staðfest að við mat á efnahagslegum styrkleika hafi þýðingu að líta einnig til stöðu tengdra félaga, þ.e. fyrirtækja innan sömu fyrirtækjasamsteypu. Í samkeppnisrétti er tíðkanlegt í þessu sambandi að líta m.a. til heildareigna og eigin fjár þeirra félaga sem tilheyra fyrirtækjasamsteypunni, þ.e. lúta yfirráðum sömu aðila. Hagar hafa ekki fært rök fyrir því hvers vegna annað sjónarmið ætti að gilda um það félag og þá fyrirtækjasamstæðu sem félagið er hluti af. Jafnvel þó Baugur sem móðurfélag Haga eða önnur systurfélög þess hafi ekki greitt niður tap af undirverðlagningu Haga fæst ekki séð hvað kemur í veg fyrir að slíkt geti gerst enda ekkert að lögum sem bannar að fjármunir séu færðir á milli félaga innan sömu fyrirtækjasamstæðu. Þó hluthafasamkomulag kunni í einhverjum tilvikum að koma í veg fyrir slíkt (í þeim tilvikum þar sem Baugssamstæðan á einungis hluti í fyrirtækjum) þá breytir það ekki þeirri stöðu að fjárhagslegi styrkleikinn hefur verið fyrir hendi og t.a.m. ætti að vera hægt að losa fjármuni (með sölu á hlutfé) ef greiða þyrfti fyrir tap innan samstæðunnar. Er því ekki hægt að fallast á sjónarmið Haga hvað þetta varðar.

Í janúar 2006 greindu fjölmiðlar frá afkomu Baugs:

„Í tilkynningu frá Baugi segir að góð afkoma félagsins stafi af innleystum og óinnleystum hagnaði af fjárfestingum í Bretlandi, Danmörku og á Íslandi. Baugur er kjölfestufjárfestir í hátt í 30 fyrirtækjum í löndunum þremur. Velta þeirra nam um 950 milljörðum króna á síðasta ári og hagnaður þeirra fyrir afskriftir, fjármagnsliði og skatta, EBITDA-hagnaður, var um 40 milljarðar



króna. Í eigu þessara fyrirtækja eru 3.500 verslanir og hjá þeim starfa um 62 þúsund manns.⁷³

Á heimasíðu Baugs kom eftirfarandi fram:⁷⁴

„Baugur Group is an international investment company focussing [sic] on investments within the fields of retail, financial investments and media in Iceland, the UK, and Scandinavia. Companies related to Baugur Group employ some 75,000 people worldwide in over 3,900 stores with a total turnover of £9.8 billion.“

Hagar halda því fram að ekki sé unnt að horfa til þessara upplýsinga um veltu þar sem þær séu einungis birtar „til fróðleiks“. Segja Hagar að þessi upphæð sé of há. Önnur lægri veltutala sé birt í ársreikningi Baugs. Samkeppniseftirlitið telur að framangreindar upplýsingar sem Baugur hefur birt opinberlega styðji að sú samstæða sem Hagar tilheyrir hafi verið efnahagslega mjög sterk á viðmiðunartímabilinu Hvað sem þessu líður er ljóst að framangreindar upplýsingar um eigið fé og heildareignir Baugs og Haga sýna að Hagar hafi haft mun meiri efnahagslegan styrkleika heldur en keppinautarnir á mörkuðum þessa máls. Er þetta til stuðnings því að Hagar sé í markaðsráðandi stöðu.

Ekki er ljóst hvað Hagar eiga við með þeirri fullyrðingu að „mildilega“ hafi verið fjallað um Norvik, móðurfélag Kaupáss í andmælaskjalinu. Hér að framan hefur verið lagt sambærilegt mat á stöðu þessara fyrirtækja.

2.5 Vöruhús Aðfanga og önnur starfsemi á tengdum mörkuðum

Ljóst er að styrk staða viðkomandi fyrirtækis (eða fyrirtækjasamstæðu) á tengdum mörkuðum getur skapað því samkeppnisforskot og stutt þá ályktun að það sé í markaðsráðandi stöðu á hinum skilgreinda markaði, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2007 *Icelandair ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

Eins og fram hefur komið eiga Hagar birgða- og dreifingarhúsið Aðföng, sem sér um innkaup, birgðahald og dreifingu í matvöruverslanir Haga (þ.e. Hagkaup, Bónus og 10-11) og í einhverjum tilfellum í fleiri verslanir. Aðföng eru annað tveggja birgðahúsa fyrir dagvöru sem starfrækt eru á Íslandi en hitt birgðahúsið er Búi sem var í eigu Kaupáss, Samkaupa o.fl. hluthafa á rannsóknartímabilinu.⁷⁵ Kaupás hefur nú selt sinn hlut í Búi til Samkaupa en á eftir sem áður einhver viðskipti við birgðahúsið. Aðföng eru, að sögn fyrirtækisins, stærsta og fullkomnasta birgða- og dreifingarstöð landsins og hafa umsvif þess aukist til muna á liðnum árum.⁷⁶ Flestir innflytjendur og framleiðendur á þurrvörum fyrir matvöruverslanir dreifa vörum sínum til birgðahúsanna sem síðan dreifa þeim áfram til matvöruverslananna. Þó svo að rekstur birgðahúsanna felist aðallega í dreifingu á svokallaðri þurrvöru (pakka- og dósavöru o.þ.h.) hefur þeim vöruflokkum fjölgað að undanförmu sem fara um birgða- og dreifingakerfi húsanna. Sem dæmi má nefna

⁷³ Frétt sem birtist í Morgunblaðinu 21. janúar 2006. Sömu upplýsingar koma fram á heimasíðu Baugs.

⁷⁴ <http://www.baugurgroup.com/?PageID=383> (sótt 20. október 2007).

⁷⁵ Aðrir hluthafar voru m.a. Olíufélagið hf., Samvinnusjóður Íslands hf., Kaupfélag Borgfirðinga og Kaupfélag Héraðsbúa.

⁷⁶ Sjá vefsíðu Aðfanga: <http://www.adfong.is> (sótt 14. september 2006).



ákveðna flokka ferskvöru og frystivöru. Þá hefur eigin innflutningur birgðahúsanna frá erlendum birgjum aukist töluvert.

Ljóst er að með því að samræma innkaup fyrir Hagkaup, Bónus og 10-11 undir þaki Aðfanga hefur náðst fram mikið hagræði, t.a.m. með auknum magnafsláttum, lægri flutningsgjöldum, meiri veltuhraða og minna birgðarými. Búr hefur alla jafna séð um stóran hluta innkaupa og dreifingar fyrir verslanir í eigu þeirra sem Búr standa að og eykur það að öllum líkindum samkeppnishæfni þeirra á matvörumarkaðnum. Sameiginlegt eignarhald á fyrirtækjum á mismunandi framleiðslu og/eða sölustigi eins og um ræðir í tilfalli Haga og Aðfanga kallast lóðrétt samþætting (e. vertical integration). Hagur slíkrar tilhögunar getur meðal annars falist í lágmarkun viðskiptakostnaðar, minni óvissu og betri samstillingu á framboði og eftirspurn. Í tilfalli Búrs var um að ræða hlutafélag í eigu nokkurra keppinauta á matvörumarkaðnum og því ekki mögulegt að nýta kosti lóðréttar samþættingar á sambærilegan hátt og í tilfalli Aðfanga. Í því samhengi má nefna að í kjölfar verðstríðsins sem háð var milli lágvöruverðsverslana árið 2005 færði Kaupás töluverðan hluta af innkaupum sínum frá Búri svo mögulegt væri að hagræða í rekstri og gera verslanir Kaupáss samkeppnishæfari.⁷⁷ Því fæst ekki annað séð en að birgðahús Aðfanga hafi styrkt stöðu Haga á markaðnum á rannsóknartímabilinu.

Hagar reka einnig fyrirtækin Banana og Ferskar kjötvörur. Bananar eru einn stærsti dreifingaraðilinn í ferskum ávöxtum og grænmeti á Íslandi.⁷⁸ Bananar sjá bæði um innflutning og heildsöludreifingu á ávöxtum og grænmeti en Ferskar kjötvörur sjá um vinnslu og sölu á fersku kjöti og reka meðal annars kjötbörðin í Hagkaupsverslununum auk þess að stunda viðskipti við fjölmargar aðrar verslanir og veitingahús. Í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 38/2002 *Samningur Baugs Group hf. og Eignarhaldsfélagsins Fengs hf. um stofnun á félagi um rekstur Ávaxtahússins ehf. og Banana ehf.*, kom fram það mat samkeppnisráðs að samruninn (sem fólst í því að Baugur, sem fyrir átti helmingshlut í Ávaxtahúsinu, eignaðist helmingshlut í Bönunum) væri „til þess fallinn að styrkja stöðu samrunaaðila á þeim mörkuðum sem þeir starfa, stöðu sem þegar var mjög styrk.“⁷⁹ Að mati Samkeppniseftirlitsins átti þessi fullyrðing við á rannsóknartímabilinu þar sem aðstæður höfðu ekki breyst í veigamiklum atriðum síðan ákvörðunin var tekin.

Hagar eiga auk þeirra fyrirtækja sem hér hafa verið nefnd Hýsingu, sem er fyrirtæki sem rekur 11.000 fm² sérvörulager fyrir verslanir Haga, auk fleiri viðskiptavina, auk þess að sjá um tollafgreiðslu, birgðahald og afgangreiðslu, vörumerkingar og hvað annað sem þarf til að gera vörur söluhæfar.

Í tilvikum allra þeirra fyrirtækja í eigu Haga sem talin voru upp hér að framan er um að ræða lóðréttu samþættingu þar sem að um er að ræða fyrirtæki á mismunandi stigi

⁷⁷ Um ástæður þess sagði Sigurður Arnar Sigurðsson, forstjóri Kaupáss: „ef við ætluðum að eiga möguleika á því að bjóða hagstæðari verð til neytenda þá þyrftum við að hafa meira forræði yfir okkar málum heldur en við vorum að fá ... Við erum að stíga út úr þessu samstarfi, stofnum okkar eigið vöruhús og semjum við birgja á okkar eigin forsendum um þessar vörur. Þetta er hluti af þeim aðgerðum sem farið var í á þessu ári, að staðsetja Krónuna jafnfætis Bónus í verði. Þá var talið nauðsynlegt að gera skipulagsbreytingar hvað varðar innkaup og það er þess vegna sem við erum í þessum aðgerðum,“. Markaðurinn, 28. september 2005, 26. tölublað, 1. árgangur.

⁷⁸ Á heimasíðu Banana, <http://www.bananas.is> (sótt 14. september 2006), „...í dag eru Bananar ehf langstærsta innflutnings- og dreifingarfyrirtæki landsins í ávöxtum og grænmeti og er í reynd eitt stærsta innflutningsfyrirtæki landsins.“

⁷⁹ Félögin Bananar og Ávaxtahúsið (Grænt) eru núna rekin undir nafninu Bananar. Félagið er í 100% eigu Haga.



aðfangakeðjunnar (þ.e. vöruhús, birgjar og smásöluverslanir). Þrátt fyrir að fyrirtæki Haga séu öll rekin sem sjálfstæðar einingar getur slíkt fyrirkomulag aukið samkeppnishæfni hvers fyrirtækis vegna þeirra hagsbóta sem geta fylgt lóðréttri samþættingu, samanber eftirfarandi yfirlýsingu sem finna má á vefsíðu Haga:⁸⁰ „*Hlutverk Haga er að veita þessum fyrirtækjum aðhald og finna sameiginlega fleti sem geta leitt til hagræðingar í kostnaði og aukið tekjumöguleika fyrirtækjanna og þar af leiðandi samkeppnisstyrk þeirra*”. Að mati Samkeppniseftirlitsins veita vöruhús Aðfanga og tengd starfsemi verslanakeðjum Haga því umtalsvert forskot á matvörumarkaðnum. Þrátt fyrir að Kaupás og Samkaup geti gert innkaup sín í gegnum Búr er af framansögðu ljóst að töluvert hagræði fylgir því að reka eigið vöruhús og á annan hátt samþætta aðföng, birgðahald og sölu. Framangreind atriði eru því til stuðnings því að Hagar hafi verið í markaðsráðandi stöðu þegar atvik þessa máls áttu sér stað.

2.6 Aðgangshindranir og kaupendastyrkur

Hagar hafna því að miklar aðgangshindranir séu að matvörumarkaðnum. Í umsögn Haga þar sem fjallað er um aðgangshindranir segir að „*vegna þeirrar miklu samkeppni sem ríkir á markaðnum hefur fjárhagsleg afkoma fyrirtækja á þessum markaði almennt ekki verið góð. Aðilar á markaðnum auglýsa mikið sem er merki um þá samkeppni sem ríkir. Einmitt vegna þess hversu hörð samkeppnin er hafa nýir aðilar síður treyst sér að hefja slíkan rekstur. Nýleg dæmi eru þó um árangursríka innkomu nýrra aðila, sbr. t.d. Europris og Spar.*” Hagar hafa einnig sagt að ekki þurfi annað en verslunarrými og íburðarlitlar innréttingar til að hefja verslunarrekstur. Að mati Haga séu helstu aðgangshindranir að markaðnum „*óaðlaðandi rekstrarumhverfi*” og „*óblíð*” og „*skaðleg*” umfjöllun opinberra aðila um fyrirtæki sem starfi á markaðnum. Að mati Haga hafi samkeppnisyfirvöld ekki síst stuðlað að slíku með harkalegum aðgerðum á borð við húsleitir og áskorunum til almennings um að færa fram áskanir á hendur fyrirtækjum á markaðnum.

Þá telja Hagar að fyrirtækið geti ekki notað stærðarhagkvæmni eða kaupendastyrk sinn til þess að knýja fram óeðlileg viðskipti við birgja. Nefnir félagið sem dæmi að staða fjölmargra birgja, s.s. mjólkurvöruframleiðenda, kjúklingaframleiðenda og aðila á gosdrykkjamarkaðnum, sé ákaflega sterk og sé vernduð með höftum og bönnum stjórnvalda um innflutning á samkeppnisvörum. Aðilar á markaði séu þannig bundnir því að eiga viðskipti við sama eða sömu birgja og hafa takmarkaða möguleika á að snúa sér annað, líki þeim ekki þau kjör sem séu í boði.

Samkeppniseftirlitið vísar til þess að í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 3/2008 Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu segir eftirfarandi:

„Aðgangur að markaðnum og möguleg samkeppni skipta einnig máli við mat á því hvort fyrirtæki hafi verið í markaðsráðandi stöðu. Hér skiptir meginmáli hvaða möguleikar keppinautar eiga til að komast inn á þann markað sem til skoðunar er. Teknar eru til skoðunar þær aðgangshindranir og aðstæður sem ríkjja er ætluð brot eiga sér stað. Í því sambandi ber helst að nefna að áfrýjandi hefur um langt skeið haft verulega hlutdeild á

⁸⁰ Vefsíða Haga: <http://www.hagar.is> (sótt 14. september 2006).



skilgreindum mörkuðum. Sú staða hefur aðeins breyst óverulega með tilkomu nýs samkeppnisaðila."

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 kostnað er kostnaður við markaðssetningu og kostnaður við rannsóknir og þróun. Ef engar eða litlar aðgangshindranir eru að markaðnum þarf há markaðshlutdeild ekki nauðsynlega að fela í sér vísbendingu um markaðsráðandi stöðu. 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.

Ef það er rétt hjá Högum að litlar aðgangshindranir hafi verið að matvörumarkaðnum leiða hagfræðileg rök til þess að nýir eða starfandi keppinautar hefðu með aðgerðum sínum dregið verulega úr markaðsstyrk Haga.⁸¹ Það hefur ekki gerst á því tímabili sem til skoðunar er. Þvert á móti hefur staða Haga á markaðnum styrkst og hér skiptir máli að Hagar hafa um langa hríð verið í yfirburðastöðu á markaðnum, sbr. umfjöllun hér að framan. Er þetta óræk vísbending um markaðsráðandi stöðu Haga og að aðstæður á markaði hindri nýja og starfandi keppinauta í að komast inn á markaðinn eða efla verulega hlut sinn.⁸² Tvö dæmi um fyrirtæki sem komu inn á markaðinn og ætluðu í samkeppnisrekstur á þessum markaði en hrökkluðust þaðan eru Europris (er nánast hætt viðskiptum með matvöru) og Sparverslun (fyrirtæki sem ætlaði sér að fjölga búðum). Samkeppniseftirlitið fær því ekki séð að fullyrðing sú í umsögn Haga að innkoma Europris og Spar séu dæmi um árangursríka innkomu nýrra aðila fáí staðist þar sem þessi fyrirtæki hafa þurft að láta í minni pokann með verðstefnu sína og ekki getað vaxið með sama hætti og t.d. verslanakeðjur Haga.

Að mati Samkeppniseftirlitsins er því ljóst að talsverðar aðgangshindranir eru á þeim markaði sem hér um ræðir, sbr. einnig umfjöllun hér á eftir. Má hér helst nefna efnahagslegar aðgangshindranir sem felast í stærðarhagkvæmni markaðsins og þeim breytingum á viðskiptaháttum sem hafa orðið á síðastliðnum árum. Verður í eftirfarandi undirköflum vikið að helstu þáttum sem hafa áhrif á og stuðla að aðgangshindrunum á matvörumarkaði.

2.6.1 Stærðarhagkvæmni og kaupendastyrkur

⁸¹ 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.*”

⁸² 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.*”



Stærð fyrirtækja á markaði getur haft talsverð áhrif á það hvort aðgangshindranir séu að honum. Með öðrum orðum þá nýta fyrirtæki sér stærðarhagkvæmni til að styrkja stöðu sína á markaðnum. Af framangreindri umfjöllun má ráða að á undanförunum árum hefur eignarhald á matvöruverslunum færst á færri hendur og má segja að nú sé svo komið að þrjár aðilar ráði yfir 80-90% af markaðnum.

Sem fyrr segir eru Hagar langstærsti aðilinn á markaðnum, eða með um 50% markaðshlutdeild á landinu öllu. Í krafti stærðar sinnar geta Hagar náð fram umtalsverðri hagkvæmni í rekstri og innkaupum á vörum og fengið þannig lægra vöruverð og betri þjónustu en ella svo dæmi sé tekið og gert þannig reksturinn í heild arðbærari. Smærri aðilar á markaðnum eiga því erfiðara með að keppa við þá stærri á grundvelli verðs eða þjónustu. Þessar verslanir eru því máttlitlar gagnvart hinum stóru verslanakeðjum. Þær færðu halloka í langvarandi verðsamkeppni frá stærri fyrirtækjum og enduðu á því að þurfa að hækka verð sitt eða hrökklast ella út af markaðnum.

Í stærðarhagkvæmni matvöruverslana felst samkeppnislegt forskot. Þau fyrirtæki sem hennar njóta hafa meira þanþol í samkeppninni og geta betur tekist á við langvarandi verðsamkeppni. Þannig er unnt að nota stærðarhagkvæmni matvöruverslana sem vopn til þess að hrekja keppinauta af markaðnum með því að verðleggja vörur ávallt undir verði keppinautarins, þar sem hugsanlegt tap af slíkri verðlagningu er minna hjá þeim verslunum sem njóta hagkvæmni í stærð en hjá þeim verslunum sem gera það ekki.

Ein helsta niðurstaða skýrslu Samkeppnisstofnunar um matvörumarkaðinn frá árinu 2001 var að kaupendastyrkur stóru verslanakeðjanna gagnvart birgjum á umræddum markaði hefði sífellt verið að aukast. Nefndu birgjar á þessum tíma að mikið ójafnræði hefði verið með verslanakeðjum og birgjum á matvörumarkaðnum hvað markaðsstyrk áhrærir. Í meginatriðum settu verslanakeðjurnar eða birgðahús þeirra línurnar í viðskiptunum. Smásöluverslunin býr við þær aðstæður að allnokkur staðganga er á milli mikils hluta þeirra vörutegunda sem hún selur. Þeim mun meiri staðganga sem er á milli einstakra vöruflokka hjá matvöruverslunum þeim mun auðveldara er fyrir verslanakeðju með mikinn markaðsstyrk að taka einstaka vörutegundir eða vöruflokka frá ákveðnum birgjum úr sölu og afla staðgönguvara annars staðar. Þessi staða eykur enn á kaupendastyrk viðkomandi keðju. Það eitt gefur henni undirtökin í viðskiptum við birgja. Á þetta ekki síst við um innlenda framleiðendur samkeppnisvara. Eins og komið hefur fram hér að framan hefur eignarhald matvöruverslana sífellt færst á færri hendur og er nú svo komið að þrjár aðilar ráða yfir 80-90% af matvörumarkaðnum. Staða stærstu aðilanna hefur því styrkst töluvert frá því að matvöruskýrslan var gerð og má ætla að hið sama eigi við um kaupendastyrk þeirra.

Ef kaupendastyrkur er notaður til að knýja fram ósanngjarnt og ómálefnalegt verð og önnur viðskiptakjör getur hann dregið úr samkeppnishæfni minni og meðalstórra birgja. Þegar til lengri tíma er litið getur það verið til skaða fyrir neytendur. Þessir þættir hamlu aðgangi nýrra aðila að markaðnum þar eð þeir þurfa í upphafi að greiða mun hærra verð fyrir vöru en þeir sem fyrir eru, jafnvel óháð magni viðskipta hverju sinni. Þegar jafnræði ríkir með kaupendum og seljendum á markaði þar sem virkrar samkeppni gætir leiðir lækkun á innkaupsverði smásöluverslana til lækkunar þeirra á smásöluverði sem neytendur njóta góðs af. Þegar dregur úr samkeppni á smásölumarkaðnum leiðir kaupendastyrkur smásöluverslana til lækkunar á innkaupsverði þeirra án þess að vissa sé



fyrir því að sú lækkun skili sér í lækkuðu smásöluverði til neytenda. Í matvöruskýrslunni kom fram að hækkun á smásöluverði í matvöruverslunum á fimm ára tímabili fyrir útgáfu skýrslunnar hefði verið meiri en verðhækkun frá birgjum gæfi tilefni til. Gæfi það til kynna að dregið hefði úr samkeppni í smásölunni.

Samkeppniseftirlitið telur ekki ástæðu til þess að ætla að dregið hafi úr kaupendastyrk verslanakeðjanna á þessum markaði frá því skýrsla Samkeppnisstofnunar kom út árið 2001. Þvert á móti má reikna með að kaupendastyrkur þeirra hafi aukist frekar en hitt þar sem markaðshlutdeild þeirra hefur aukist nokkuð frá því skýrslan kom út. Ljóst er að vegna stærðar Haga þurfa birgjar, sérstaklega minni og meðalstórir, að reiða sig á viðskipti við verslanir Haga til þess að tryggja afkomu sína. Þess má geta að framkvæmdastjórn EB hefur áður komist að þeirri niðurstöðu að u.þ.b. 55% markaðshlutdeild skapi fyrirtækjum mikla sérstöðu á matvörumarkaðnum hvað kaupendastyrk varðar. Ennfremur gæti slíkur kaupendastyrkur gefið viðkomandi verslanakeðju aukinn mátt í samningaviðræðum við birgja um framleiðslu á vörum sem eru seldar undir vörumerkjum viðkomandi keðju (e. private-label), s.s. með því að knýja fram lægra verð frá birgja eða aukinn markaðsstuðning.⁸³

Einnig má nefna að aðgangshindranir er lúta að stærðarhagkvæmni og magnafsláttum í innkaupum koma t.a.m. verr niður á lágvöruverðsverslunum og stórmörkuðum heldur en klukkubúðum, þó áhrifin þar séu engu að síður töluverð. Klukkubúðir keppa mikið á grundvelli aukinnar þjónustu, þæginda og staðsetningar og er þeim því ekki jafn mikilvægt að geta boðið lægsta verðið á markaðnum. Þar af leiðandi hefur það hagræði sem fylgir rekstri verslanakeðja umfram rekstur stakra verslana minna að segja hvað varðar klukkubúðir heldur en lágvöruverðsverslanir og stórmarkaði.

Í athugasemdum Haga við andmælaskjalið er því mótmælt að félagið njóti stærðarhagkvæmni sem styrki stöðu þess á markaðnum. Í því sambandi er nefnt að Bónus reki 25 verslanir, Krónan átta og Kaskó þrjár. Allar þessar verslanir fái mjólkurvörur á sömu kjörum og því sé ljóst að tap Bónuss sé þrisvar sinnum meira en Krónunnar og jafnvel meira þar sem Bónus sé alltaf með sama verðið á öllu landinu. Á þetta er ekki unnt að fallast nema að litlu leyti. Það er rétt að verslanir Haga njóta ekki annarra eða betri kjara en keppinautar fyrirtækisins á matvörumarkaðnum hvað varðar mjólkurvörur, þ.e. viðskiptakjör miðast við magninnkaup hverrar einstakrar verslunar. Það á þó í besta falli einungis við um mjólkurvörur en almennt gildir á matvörumarkaði að stærri verslunarkeðjur njóta mun betri kjara hjá birgjum en minni verslanir.

Þá mótmæla Hagar því að fyrirtækið geti beitt kaupendastyrk sínum gagnvart birgjum. Segir að Hagar séu háðir tvenns konar birgjum. Annars vegar innlendum birgjum og hins vegar kaupum erlendis frá, ýmist beint af hinum erlenda birgi eða í gegnum íslenskan heildsala en mikil samþjöppun hafi orðið í heildsölu á matvörum. Þá segir að um 70% af innkaupum matvöruverslana séu frá innlendum framleiðendum, þar af séu 50% íslenskar landbúnaðarvörur. Þá er bent á að tvö fyrirtæki ráði 95% af kjúklingamarkaði, einn aðili ráði öllum markaðnum fyrir osta og smjör og tvö fyrirtæki ráði nær öllum gosdrykkjamarkaðnum. Af þessu sé ljóst að sú aðstaða sé einfaldlega ekki fyrir hendi að verslanir geti nýtt sér kaupendastyrk sinn í samskiptum við birgja. Skýrasta dæmið um

⁸³ Sbr. ákvörðun Framkvæmdastjórnar EB í máli Kesko/Tuko nr. IV/M.784 (OJ C193).



Þetta sé reyndar markaðurinn fyrir mjólkurvörur. Þar sé Mjólkursamsalan með einokunarstöðu og eins og komið hafi fram í málinu njóti Hagar engra sérkjara umfram aðra keppinauta hjá því fyrirtæki. Framangreint geti því ekki falið í sér rök fyrir því að Hagar séu í markaðsráðandi stöðu.

Fallast má á það með Högum að margir birgjar eru öflugir á þeim mörkuðum sem þeir starfa á og mörg dæmi eru um vöruflokka þar sem einungis tveir til þrjú birgjar sinna nær öllu vöruframboði. Ljóst er að kaupendastyrkur gagnvart birgjum í slíkri stöðu, eða jafnvel í þeim tilvikum þar sem birgjar er því sem næst í einokunarstöðu, er mun minni en þar sem margir birgjar keppa um að koma vörum sínum í hillur verslana. Sá samanburður sem hér um ræðir snýst hins vegar ekki um að meta hversu mikill þessi styrkur er gagnvart einstökum birgjum heldur er það fyrst og fremst samanburður við kaupendastyrk annarra keppinauta á markaðnum sem skiptir máli. Eins og umfjöllun hér að framan ber með sér er markaðshlutdeild Haga u.þ.b. tvöföld á við Kaupás sem er næst stærsti aðilinn á markaðnum. Hún lætur nærri því að vera þreföld á við Samkaup og meira en tíuföld á við aðra minni keppinauta á markaðnum. Eins og Hagar benda sjálfir á eru innkaup matvöruverslana að stórum hluta frá sömu birgjum. Óhjákvæmilega veldur þessi háa markaðshlutdeild Haga því að kaupendastyrkur fyrirtækisins er mun meiri en annarra keppinauta á matvörumarkaðnum.

2.6.2 Rekstur birgðahúsa

Í framhaldi af umfjöllun um birgðahúsin er af öllu ljóst að mikið stærðarhagræði fylgir rekstri þeirra og þá ekki einungis hvað varðar aukna skilvirkni og lækkun rekstrarkostnaðar. Eins og áður segir hefur samningsstaða þeirra verslanakeðja sem að birgðahúsunum standa, einkum verslanakeðja Haga, gagnvart birgjum styrkst til muna. Aðföng semja t.d. í megindrátum fyrir hönd verslananna sem við þau skipta um viðskiptakjör við birgja og hafa Aðföng, m.a. á grundvelli þess, náð að knýja fram betri kjör en ella, oftar en ekki í formi aukinna afslátta. Ljóst er að nýjar verslanir og smærri aðilar á markaðnum geta ekki náð fram jafn háum afsláttum og birgðahúsið Aðföng. Þar sem vöruinnkaup eru að öðru jöfnu stærsti kostnaðarliður smásöluverslana vinnur slíkt afsláttakerfi gegn smærri verslunum og verslanakeðjum í samkeppninni og getur þannig virkað sem umtalsverð aðgangshindrun. Fáir sjá sér hag í því að koma inn á markaðinn þar sem nær ómögulegt er að keppa við stærri fyrirtæki á kostnaðarlegum grundvelli.⁸⁴ Afslættir birgja byggja ekki einungis á því kostnaðarlega hagræði sem hlýst af viðskiptum með mikið magn. Ef birgðahúsin, ekki síst Aðföng sem bera höfuð og herðar yfir keppinauta sína, eru ekki sátt við þau kjör sem fást frá birgjum og telja sig geta fengið betri kjör með því að flytja sjálf inn vörurnar eru birgjarnir tilneyddir til þess að veita þeim hærri afslætti. Ellegar eiga þeir á hættu að missa viðskipti birgðahúsanna, sem er í fæstum tilvikum viðunandi kostur fyrir birgjana þar sem þær verslanakeðjur sem birgðahúsin þjóna voru með samtals 86% markaðshlutdeild á landinu öllu árið 2005 Möguleikar smærri verslana til þess að ná fram betri kjörum með eigin innflutningi eru háðir ýmsum annmörkum. Umsvif þeirra eru hvorki nægileg til að þær njóti

⁸⁴ Sbr. t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar EB í máli Kesko/Tuko nr. IV/M.784 (OJ C193): „*Post-merger, Kesko will thus be able to obtain lower prices from producers to an extent that none of its competitors will be able to match. This will act as a further dis-incentive for Kesko's competitors to actively compete, in particular, on prices against Kesko. It will also make new entry on the market more difficult and as such act as a significant barrier to entry on the market.*”



stærðarhagkvæmni í innkaupum frá erlendum birgjum né sambærilegs magnafsláttar hjá farmflytjendum.

2.6.3 Niðurstaða um aðgangshindranir

Að framangreindu virtu er ljóst að aðgangshindranir inn á þann markað sem um ræðir í máli þessu eru töluverðar, sérstaklega vegna stærðar Haga og styrkleika á markaðnum. Einnig verður að horfa til þess að Hagar njóta hagræðis í innkaupum vegna tengsla sinna við Aðföng og gerir þetta öðrum aðilum erfitt um vik að ná fótfestu á markaðnum eða efla stöðu sína þar.

Ljóst er að Hagar voru á rannsóknartímabilinu í yfirburðastöðu efnahagslega gagnvart keppinautum sínum. Hagar eru allmiklu stærri en Norvik, eignarhaldsfélag Kaupáss, og Samkaup samanlögð auk þess sem móðurfélag Haga, Baugur Group, var með stærstu og öflugustu fyrirtækjum landsins. Efnahagslegur styrkleiki Haga var því mikill á því tímabili sem til skoðunar er og til þess fallinn að styrkja markaðsráðandi stöðu félagsins enn frekar.

Að síðustu má svo nefna orðspor Haga og verslanakeðjunnar Bónuss en verslanakeðjan hefur gefið sig út fyrir að vera ávallt sú ódýrasta á markaðnum. Orðspor fyrirtækja getur verið aðgangshindrun, sérstaklega þegar markaðsráðandi fyrirtæki á í hlut sem heitir viðskiptavinum lægsta verðinu á markaðnum hverju sinni. Smærri eða nýir aðilar sjá því ekki hag í því að keppa við viðkomandi verslun á grundvelli verðs þar sem stærri verslunin myndi ávallt bregðast við með lægra verði. Slíkt orðspor eru þannig skilaboð þess til viðskiptavina sinna um að þar ríki ákveðin verðvernd. Aðgerðir markaðsráðandi fyrirtækis í þessa veru geta því skapað aðgangshindrun og dregið úr samkeppni. Nánar verður fjallað um orðspor og verðstefnu Haga í verslunum Bónuss hér á eftir.

2.7 Niðurstaða um stöðu Haga á matvörumarkaðnum

Mikil samþjöppun hefur orðið á smásölumarkaðnum fyrir dagvöru á Íslandi á undanförunum árum. Matvöruverslanir sem ráða um 85-90% af markaðnum eru í eigu þriggja fyrirtækja, þ.e. Haga, Kaupáss og Samkaupa. Í 4. gr. samkeppnislaga kemur fram að markaðsráðandi staða sé fyrir hendi þegar fyrirtæki hefur þann efnahagslega styrkleika að geta hindrað virka samkeppni á þeim markaði sem máli skiptir og það geti að verulegu leyti starfað án þess að taka tillit til keppinauta, viðskiptavina og neytenda. Markaðsráðandi stöðu má leiða af ýmsum þáttum. sbr. umfjöllun hér að framan.

Þegar lagt er mat á hvort fyrirtæki er í markaðsráðandi stöðu er auk markaðshlutdeildar einkum litið til atriða eins og efnahagslegs styrkleika, stöðu keppinauta og hverjir séu möguleikar nýrra keppinauta á að hasla sér völl á markaðnum auk kaupendastyrks viðskiptavina. Markaðshlutdeild hefur mikið að segja þegar aðstæður á mörkuðum eru metnar og er ein meginvísibendingin um það hvort einstök fyrirtæki eða fyrirtækjasamstæður séu í markaðsráðandi stöðu.

Hér að framan hefur verið vikið að ákvörðun samkeppnisráðs nr. 18/1999 þar sem fjallað var um yfirtöku Baugs á Vöruveltunni hf. sem rekið hafði verslanir 10-11. Í ákvörðuninni var komist að þeirri niðurstöðu að eftir yfirtökuna yrði Baugur í ráðandi stöðu á þeim markaði sem er sala matvöruverslana á dagvöru á höfuðborgarsvæðinu. Ástæða þess að markaðurinn var skilgreindur með þeim hætti er sú að verslanir 10-11 voru þá aðeins



starfandi á því svæði og áhrifa samrunans gætti því eingöngu þar. Markaðshlutdeild Baugs á skilgreindum markaði fyrir yfirtökuna nam rúmlega 50% og var það mat samkeppnisráðs að fyrirtækið hefði þá þegar verið í markaðsráðandi stöðu. Yfirtakan hafði hins vegar í för með sér 7-8% aukningu á markaðshlutdeild fyrirtækisins. Einnig var komist að þeirri niðurstöðu í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 38/2002 að fyrirtækið væri í markaðsráðandi stöðu.

Rannsókn í þessu máli sýnir fram á að þessi styrka staða hefur ekki breyst heldur þvert á móti hafi verslanir Haga styrkt markaðsráðandi stöðu sína á höfuðborgarsvæðinu. Hvað varðar önnur markaðssvæði þar sem skilgreindir hafa verið landfræðilegir markaðir í máli þessu er það jafnframt mat Samkeppniseftirlitsins að markaðshlutdeild gefi í flestum tilvikum skýra vísbendingu um markaðsráðandi stöðu. Í Borgarbyggð eru Hagar með 66% markaðshlutdeild þegar miðað er við árið 2006, Á Snæfellsnesi 50% á sama tímabili, á Norðanverðum Vestfjörðum 51%, á Akureyri og Eyjarfjarðarsvæðinu 55%, á Austurlandi 40%, á Suðurlandi 44% og á Suðurnesjum 45%. Í flestum tilvikum er hlutdeild þeirra keppinauta sem næst koma að stærð mun minni. Það á þó ekki við öllum tilvikum en á Austurlandi er hlutdeild Kaupfélags Héraðsbúa 35%, á Suðurlandi er hlutdeild Kaupáss 30% og á Suðurnesjum er hlutdeild Samkaupa svipuð eða ívið hærri en Haga á því tímabili sem um ræðir. Samkeppniseftirlitið telur þó ekki að þessi tiltölulega háa markaðshlutdeild stærstu keppinauta á nefndum markaðssvæðum leiði til þeirrar niðurstöðu að Hagar séu þar ekki í markaðsráðandi stöðu. Skiptir þar miklu máli að markaðshlutdeild Haga á landsvísu er langhæst eða 50% sem eins og fyrr segir er rúmlega tvöföld hlutdeild á við Kaupás sem er næst stærsti aðilinn á markaðnum. Þá er ljóst að önnur atriði sem fjallað hefur verið um hér að framan hníga öll að þeirri niðurstöðu að Hagar hafi mikla yfirburði yfir keppinauta sína. Þannig hafa efnahagslegir yfirburðir Haga og móðurfélags þess Baugs verið gríðarlegir á við aðra keppinauta. Þá styrkir rekstur vöruhúss Aðfanga stöðu Haga, sbr. og umfjöllun hér að framan um aðgangshindranir.

Í ljósi alls framangreinds er það mat Samkeppniseftirlitsins að Hagar hafi á rannsóknartímabilinu verið í markaðsráðandi stöðu á skilgreindum mörkuðum þessa máls.



IV. Misnotkun á markaðsráðandi stöðu

Eins og fram kemur í umfjölluninni hér að framan er það mat Samkeppniseftirlitsins að verðslanir Haga séu í markaðsráðandi stöðu á skilgreindum mörkuðum þessa máls. Rannsókn Samkeppniseftirlitsins beinist einkum að því að meta hvort verðslanir Haga hafi misnotað markaðsráðandi stöðu sína með aðgerðum sem hafi verið til þess fallnar að draga úr samkeppni frá keppinautum á matvörumarkaðnum. Er einkum til skoðunar hvort Hagar hafi misnotað markaðsráðandi stöðu sína og brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með undirverðlagningu á mjólkurvörum í verðstríðinu svokallaða sem átti sér stað á árunum 2005 og 2006. Áður en vikið er að ætluðum brotum Haga þykir rétt að fara nokkrum almennum orðum um bann 11. gr. samkeppnislaga við misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Verður síðan vikið að reglum sem gilda um undirverðlagningu.

1. Ákvæði 11. gr. samkeppnislaga

Í 11. gr. samkeppnislaga er lagt bann við hvers konar misnotkun fyrirtækis á markaðsráðandi stöðu þess. Túlka ber ákvæðið í tengslum við íslenskt lagaumhverfi og með hliðsjón af markaðsaðstæðum hér á landi. Ákvæðið er byggt á 54. gr. EES-samningsins en af þeim sökum er almennt rétt við túlkun þess að hafa hliðsjón af EES/EB-samkeppnisrétti, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 3/2008 *HF. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu*. Taka verður þó tillit til sérkenna íslenska markaðarins. Ákvæði 11. gr. samkeppnislaga hljóðar svo:

*„Misnotkun eins eða fleiri fyrirtækja á markaðsráðandi stöðu er bönnuð.
Misnotkun skv. 1. mgr. getur m.a. falist í því að:
beint eða óbeint sé krafist ósanngjarns kaup- eða söluverðs eða aðrir
ósanngjarnir viðskiptaskilmálar settir,
settar séu takmarkanir á framleiðslu, markaði eða tækniþróun, neytendum
til tjóns,
viðskiptaaðilum sé mismunað með ólíkum skilmálum í sams konar
viðskiptum og samkeppnisstaða þeirra þannig veikt,
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.“*

Eins og ákvæðið ber með sér er upptalning á því í hverju misnotkun geti verið fólgin ekki tæmandi. 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 áfrýjunarnefnd 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 EB.⁸⁵

Framangreint þýðir óhjákvæmilega að möguleikar markaðsráðandi fyrirtækja til að taka þátt í samkeppni eru takmarkaðri heldur en almennt er heimilt í viðskiptum. Hugtakið eðlileg samkeppni í framangreindum skilningi hefur því þrengri merkingu en sú samkeppni sem fyrirtæki geta stundað sem ekki eru í ráðandi stöðu.⁸⁶ Markaðsráðandi fyrirtæki er þannig ekki heimilt að keppa í verði nema sú samkeppni byggist á eðlilegum efnahagslegum grunni.⁸⁷ Það getur því verið ólöglegt fyrir markaðsráðandi fyrirtæki að grípa til ráðstafana sem almennt þykja sjálfsagðar 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.⁸⁸

⁸⁵ Í dómi undirréttar EB máli nr. T-228/97 *Irish Sugar v Commission* [1999] ECR II-2969 er dómaframkvæmdin að þessu leyti dregin saman með eftirfarandi hætti: „*The case-law shows that an 'abuse is an objective concept referring 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 already weakened and which, through recourse to methods different from those governing 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 in the market or the growth of that competition ... It follows that Article 86 of the Treaty prohibits a dominant undertaking from eliminating a competitor and thereby reinforcing its position by having recourse to means other than those within the scope of competition on the merits. From that point of view, not all competition on price can be regarded as legitimate ... The prohibition laid down in Article 86 is also justified by the consideration that harm should not be caused to consumers.*”

⁸⁶ Sjá hér t.d. John Ratliff, *Abuse of Dominant Position and Pricing Practices- A Practitioner's Viewpoint*. Birt m.a. í: Claus-Dieter Ehlermann and Isabela Atanasiu: *European Competition Law Annual 2003 - What Is An Abuse of A Dominant Position?*: „... the focus in the definition of abuse on the term „normal competition” can be difficult for some. Many companies argue that all they are doing is competing as hard as they can and that all the methods they use to that end are „normal competition”. They do not readily accept the narrower definition of „competition by trading performance”, which is permitted for the dominant. Often therefore we have to explain that, even though there may be types of competition which appear normal, nevertheless, the dominant company may not use them because of their perceived effects on the „weakened” competition in the market.”

⁸⁷ 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.*”

⁸⁸ Sjá t.d. Ritter og Braun, *European Competition Law*, þriðja útgáfa (2004) bls. 423: „*While some kinds of conduct, such as excessive pricing, are easier to practice for a firm in a dominant position, others may be not only perfectly compatible with but indeed a normal expression of competition, such as undercutting a competitors' price in order to win customers from it and gain market share. However, such conduct may become abusive if engaged in by a dominant enterprise with the effect of appreciably restricting or distorting competition in the marketplace. This is not to be seen as penalizing the dominant firm for the superior quality of its product which may have contributed to its achieving dominance, but mainly reflects the special responsibility incumbent on it not to reduce competition on the market even further from the reduced level remaining, as a result of its position of dominance.*”



Í hinni ríku skyldu sem hvílir í samkeppnisrétti á markaðsráðandi fyrirtækjum 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 málum nr. 17-18/2003.⁸⁹ Þessi sérstaka skylda helgast m.a. af þeirri staðreynd að samkeppni á viðkomandi markaði er þegar mjög takmörkuð vegna tilvistar hins markaðsráðandi fyrirtækis. Sökum efnahagslegs styrks markaðsráðandi fyrirtækja geta tilteknar aðgerðir þeirra haft skaðleg áhrif á samkeppni og hagsmuni viðskiptavina og neytenda. Umfang hinnar sérstöku skyldu sem hvílir á markaðsráðandi fyrirtækjum um að raska ekki samkeppni ræðst af atvikum í hverju máli fyrir sig.⁹⁰ 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. 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, sbr. nefndan úrskurð áfrýjunarnefndar. Af þessari skyldu leiðir að markaðsráðandi fyrirtæki geta brotið 11. gr. samkeppnislaga með aðgerðum sem einar og sér fela ekki í sér misnotkun, t.d. gerð samninga.⁹¹

Misnotkun á markaðsráðandi stöðu getur falist í hvers konar aðgerðum sem miða að því að styrkja eða verja hina ráðandi stöðu. Misnotkunin getur einnig verið fólgin í því að vinna gegn framangreindu markmiði samkeppnislaga ef slíkar aðgerðir byggja ekki á eðlilegum samkeppnislegum forsendum. Misnotkunin 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.⁹² Kjarni þeirrar 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.⁹³ Markaðsráðandi fyrirtæki mega þannig ekki grípa til óeðlilegra aðgerða sem miða að því að styrkja eða verja stöðu sína á markaðnum, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í málum nr. 17-18/2003.

Samkvæmt t.d. úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2007 *Icelandair ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu* verður að skýra 11. gr. samkeppnislaga 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. Samkvæmt þessu er brot á 11. gr. ekki háð því að sýnt sé fram á skaðleg áhrif á samkeppni eða ásetning til þess að raska samkeppni. Af þessu leiðir

⁸⁹ Sjá einnig t.d. dóm dómstóls EB í máli nr. 322/81 *Michelin v. Commission* [1983] ECR 3461.

⁹⁰ Sjá t.d. dóm dómstóls EB í máli nr. C-333/94P, *Tetra Pak v. Commission* [1996] ECR I-5951.

⁹¹ 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.“

⁹² Sjá hér mál 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, ...“

⁹³ Sjá hér dóm dómstóls EB í máli nr. 85/76 *Hoffman-La Roche v Commission* [1979] ECR 461.



einnig að ekki skiptir t.d. máli í þessu sambandi þó markaðshlutdeild hins markaðsráðandi fyrirtækis minnki eða verð þess hafi lækkað á því tímabili sem misnotkun átti sér stað.⁹⁴

1.1 Undirverðlagning

Samkeppnislög banna ekki markaðsráðandi fyrirtækjum að bregðast við samkeppni með því að lækka verð ef sú verðlækkun byggir á hlutlægum og málefnalegum sjónarmiðum eða að bregðast við samkeppni á annan hátt. Þvert á móti er það í samræmi við markmið samkeppnislaga og hagstætt neytendum að markaðsráðandi fyrirtæki taki með virkum hætti þátt í heilbrigðri verðsamkeppni eða bæti og auki vöru- eða þjónustuframboð. Á hinn bóginn verður að líta til þess sem fyrr sagði að ákvæði 11. gr. samkeppnislaga banna markaðsráðandi fyrirtæki að veikja keppinaut með því að beita öðrum aðferðum en þeim sem teljast til eðlilegrar samkeppni í skilningi samkeppnisréttarins.⁹⁵ Af þessu leiðir að ekki er öll verðlækkun eða verðsamkeppni af hálfu markaðsráðandi fyrirtækja lögmæt, sbr. m.a. úrskurð áfrýjunarnefndar í máli nr. 4/2007 og dóm Hæstaréttar nr. 120/2001 *Landssími Íslands hf. gegn samkeppnisráði*. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008 segir þannig:

„Líta ber til þess að markaðsráðandi fyrirtæki væri unnt á grundvelli styrks síns að grípa til verðlækkana eða annarra aðgerða sem miða að því að koma keppinautum út af markaðinum eða hindra að nýr keppinautur geti haslað sér völl á honum. Slíkar aðgerðir geta verið margvíslegar en almennt má segja að megintilgangur þeirra sé að draga úr mætti þess keppinautar sem þeim er beint gegn þannig að stuðlað sé að því að hann neyðist til þess að hverfa af markaðinum er tímar líða. Þá geta samkeppnishamlandi aðgerðir markaðsráðandi fyrirtækis leitt til þess að nýr aðili skirrist við að hefja samkeppni á markaðinum þar sem sú samkeppni yrði of kostnaðarsöm og reksturinn því óarðbær. Frá sjónarhóli hins markaðsráðandi fyrirtækis geta slíkar aðgerðir verið rökréttar þar sem fyrirtækið getur búist við því að geta hækkað verð aftur eftir að hafa eytt eða raskað samkeppni á viðkomandi markaði. Byggt er á þeirri forsendu í samkeppnisrétti að ólögmætt sé að markaðsráðandi fyrirtæki bjóði í skjóli efnahagslegs styrkleika fram vöru eða þjónustu á óhæfilega lágu verði eða grípi til annarra sértækra aðgerða sem raska eðlilegri samkeppni. Litið er til þess að þótt neytendur njóti þess til skamms tíma að fá vöru eða þjónustu á lágu verði í kjölfar slíkra aðgerða er talið að sú röskun á samkeppni sem óeðlileg verðlækkun af hálfu markaðsráðandi fyrirtækis valdi leiði, þegar til lengri tíma er litið, til hærra verðs til neytenda, minni gæða og til þess að valkostum neytenda fækki.

Svonefnd undirverðlagning af hálfu markaðsráðandi fyrirtækis er dæmi um aðgerð sem getur falið í sér misnotkun markaðsráðandi stöðu, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndarinnar í máli 4/2007, Icelandair ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu.“

⁹⁴ Sjá t.d. Sjá t.d. dóm undirréttar EB í máli nr. T-203/01 *Michelin v Commission* [2003] ECR II-4071: „The applicant cannot base an argument on the fact that its market shares and prices fell during the period in question.“

⁹⁵ Sjá t.d. dóm dómstóls EB í Akzo málinu, mál nr. C-62/86 [1991] ECR-3359.



Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2007 er nánar útskýrt í hvaða tilvikum verðlækkun markaðsráðandi fyrirtækis telst vera ólögmæt undirverðlagning:

„Svonefnd undirverðlagning af hálfu markaðsráðandi fyrirtækis er dæmi um aðgerð sem getur falið í sér misnotkun markaðsráðandi stöðu. Í því sambandi ber helst að nefna að verðlagning af hálfu markaðsráðandi fyrirtækis sem stendur ekki undir breytilegum kostnaði getur að öðru jöfnu falið í sér slíka misnotkun. Ástæðan er sú að verðlagning af þessu tagi verður vart skýrð út frá eðlilegum rekstrarsjónarmiðum viðkomandi fyrirtækis. Er þá haft í huga að verðákvarðanir framleiðslu- og þjónustufyrirtækja eru að öllum jafnaði byggðar á þessum grunni. Verðákvörðun markaðsráðandi fyrirtækis sem er lægri en þetta er því að öllum jafnaði til þess fallin að raska samkeppni með ólögmætum hætti. Því má ætla að slíkar aðgerðir af hálfu markaðsráðandi fyrirtækis brjóti í bága við 11., sbr. 1. gr. samkeppnislaga, nema unnt sé að sýna fram á sérstakar ástæður sem réttlæti hana.“

Í úrskurðinum kemur einnig fram að verðlagning markaðsráðandi fyrirtækis sem er undir meðaltali heildarkostnaðar en yfir meðaltali breytilegs kostnaðar geti falið í sér misnotkun. Viðmiðanir í þessum flokki séu ógleggri þar sem slík aðgerð markaðsráðandi fyrirtækis geti verið skýrð út frá eðlilegum rekstrarlegum og samkeppnislegum forsendum og með stoð í eðlilegri sjálfsbjargarviðleitni fyrirtækisins „að teknu tilliti til sérkenna þeirra markaða sem við er að glíma hverju sinni.“ Við mat á þessu er í fyrsta lagi nauðsynlegt að líta til þess hversu mikið frávik frá meðaltali breytilegs kostnaðar verðlagningin felur í sér. Ef verð er lítið yfir meðaltali breytilegs kostnaðar er almennt meiri ástæða til íhlutunar en ef það er mikið hærra en breytilegur kostnaður. Í öðru lagi þarf að meta hversu sérhæfð aðgerð felst í verðlagningunni. Ef verðlagningaraðgerðinni er eingöngu beitt á þeim mörkuðum þar sem keppinautur starfar en ekki á sambærilegum mörkuðum þar sem ekki gætir samkeppni getur það verið vísbending um misnotkun hins markaðsráðandi aðila á stöðu sinni á markaðnum. Sambærilegum viðmiðum er einnig beitt í EES/EB-samkeppnisrétti, sbr. t.d. dóm dómstóls EB í svonefndu AKZO máli.⁹⁶

Aðrir þættir sem þarf að hafa í huga þegar bera á saman verð og kostnað er t.a.m. lengd tímabilsins sem miðað er við, þar sem kostnaður sem telst fastur til mjög skamms tíma getur verið breytilegur þegar lengri tímabil eru skoðuð. Almennt hefur í samkeppnisrétti verið notast við þá reglu að miða við það hversu lengi hin meinta undirverðlagning hefur staðið yfir, eða hve lengi hún muni vara ef henni er ekki lokið þegar rannsókn hefst.

Óeðlileg verðlagning markaðsráðandi fyrirtækja af þeim toga sem hér hefur verið lýst getur leitt til þess að önnur fyrirtæki sem ekki hafa sambærilegan efnahagslegan

⁹⁶ Sjá mál nr. C-62/86 [1991] ECR-3359. Einnig má nefna að þann 3. desember sl. gaf framkvæmdastjórn Evrópusambandsins út leiðbeiningar um beitingu 82. gr. Rómarsáttmálans gegn skaðlegri hegðun markaðsráðandi fyrirtækja. Í leiðbeiningunum er m.a. fjallað um þau kostnaðarviðmið sem notuð eru til að meta hvort verðlagning markaðsráðandi fyrirtækja sé skaðleg og fari gegn 82. gr. Í leiðbeiningunum kemur fram að líklegast sé að framkvæmdastjórnin myndi nota kostnaðarviðmið sem á ensku kallast „avoidable cost“ eða allur sá kostnaður sem unnt er að komast hjá sé vara ekki seld. Í flestum tilvikum er þetta kostnaðarviðmið hið sama og meðaltal breytilegs kostnaðar enda er það oftast breytilegur kostnaður sem hægt er að sneiða hjá ef ekki er um starfsemi (framleiðslu eða sölu) að ræða. Sjá nánar: *Communacation from the Commission, Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings. 3 Desember 2008.*



styrkleika hrökklist af markaðnum. Verðlagningin kann því að stuðla að fákeppni sem er andstæð markmiði samkeppnislaga. Í þessu sambandi ber einnig að hafa í huga að markaðsráðandi fyrirtæki er oft í þeirri stöðu að geta boðið mun meira úrval af þjónustu en smærri keppinautar. Markaðsráðandi fyrirtæki getur því í aðalatriðum mætt samkeppni með lágu verði. Sé verð keppinautarins jafnað getur þó í raun verið um að ræða aðgerð sem ekki samrýmist markmiði samkeppnislaga og þar með eðlilegri samkeppni þar sem ekki er um einsleitar vörur að ræða, sbr. framangreindan úrskurð áfrýjunarnefndar.

Markaðsráðandi fyrirtækjum er heimilt að mæta samkeppni af afli, með hliðsjón af hagrænum aðstæðum hverju sinni, og ná skyldur markaðsráðandi fyrirtækja ekki til þess að hlífa fyrirtækjum á viðkomandi markaði sem ekki geta staðist eðlilega samkeppni, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndarinnar í málum nr. 17-18/2003. Ef aftur á móti markaðsráðandi fyrirtæki mætir aukinni samkeppni með verðlækkunum sem ekki byggja á hlutlægum og málefnalegum sjónarmiðum getur það gert það að verkum að skilvirkari fyrirtæki, sem hafa ekki nægilegan fjárhagsstyrk til þess að standa af sér slíkt verðstríð, neyðist til þess að yfirgefa markaðinn. Verð mun þar af leiðandi haldast hátt eða jafnvel hækka og kemur slíkt að sjálfsgöðu engum til góða nema hugsanlega þeim fyrirtækjum er leggja stund á ólögmetna undirverðlagningu.

Hér ber einnig að líta til þess að fræðilega séð eru ákveðin tilvik þar sem fyrirtæki gætu hagnast á því að bjóða verð undir kostnaði án þess að það hafi neikvæð samkeppnisleg áhrif, t.d. með sölu á gömlum birgðum, og fellur það almennt í hlut fyrirtækisins að færa sannfærandi málefnaleg rök fyrir því.⁹⁷ Með öðrum orðum þarf fyrirtækið að geta sýnt fram á að verðlagning þess hefði verið sú sama jafnvel þó enginn möguleiki hefði verið á því að skaða samkeppnina. Sem dæmi um hugsanlega réttlætingu á undirverðlagningu er t.a.m. sala á birgðum sem eru að nálgast, eða komnar rétt yfir, síðasta söludag eða kynningartilboð á nýjum vörum.

1.2 Undirverðlagning á erlendum matvörumörkuðum

Að mati Samkeppniseftirlitsins er í máli þessu gagnlegt að hafa hliðsjón af umfjöllun erlendra yfirvalda um undirverðlagningu á matvörumarkaði. Rétt er í þessu sambandi að líta til sjónarmiða sem uppi hafa verið á Írlandi, Bretlandi og Þýskalandi í öllum þessum löndum hafa yfirvöld haft til sérstakrar skoðunar undirverðlagningu á matvörumörkuðum.

1.2.1 Írland

Á tímabilinu frá 1987 til 2005 voru í gildi reglur á Írlandi sem kölluðust „The Restrictive Practices (Groceries) Order“, eða einfaldlega „Groceries Order“ (GO). Með GO reglum var m.a. smásölu á matvörumarkaði bannað að selja tilteknar dagvörur⁹⁸ undir innkaupsverði. Nánar tiltekið var þeim bannað að selja vörur á lægra verði en nettó reikningsverði (e. net invoice price), þ.e. verði að frádregnum þeim afsláttarkjörum sem fram komu á reikningi birgjans. Því var t.a.m. ekki tekið tillit til annarra viðskiptakjara, s.s. eftirágreiddra afsláttá og mismunandi greiðsluskilmála. Reglur þessar voru innleiddar

⁹⁷ Sjá t.d. Richard Whish, Competition Law bls. 649.

⁹⁸ „...grocery goods for human consumption (excluding fresh fruit, fresh vegetables, fresh and frozen meat with or without the addition of preservatives) and intoxicating liquid not for consumption on premises and such household necessities (other than foodstuffs) as are ordinarily sold in grocery shops, and includes grocery goods designated as own label, generic or other similar description.“ S.I. No 142/1987: Restrictive Practices (Groceries) Order, 1987.



eftir að H. Williams verslanakeðjan þurfti að hætta rekstri í kjölfar mikils verðstríðs á matvörumarkaði, sem leiddi til þess að fjöldi fólks varð atvinnulaust. Í innleggi Írska samkeppniseftirlitsins (the Irish Competition Authority) í skýrslu OECD, *Resale Below Cost Laws and Regulations*,⁹⁹ kom fram að markmið reglunnar hafi verið að koma í veg fyrir mikla verðsamkeppni á matvælamarkaði sem gæti leitt til enn frekara atvinnuleysis en á þessum tíma var efnahagsástand á Írlandi slæmt, atvinnuleysi var mikið, vextir háir og skuldir ríkissjóðs miklar. Sömuleiðis var óttast að stórar verslanakeðjur gætu beitt undirverðlagningu til þess að útiloka smærri, sjálfstæðar verslanir frá markaðnum. Þessu til viðbótar höfðu samkeppnislög ekki verið innleidd á Írlandi árið 1987 og því engin lög sem gátu komið í veg fyrir undirverðlagningu eða aðra misnotkun á markaðsráðandi stöðu.

Árið 1991 voru samkeppnislög sett á Írlandi (the Competition Act 1991). Árið 2002 voru löginn svo styrkt og samræmd samkeppnislöggjöf EB (the Competition Act 2002) þannig að írsk samkeppnisyfirvöld fengu þær heimildir sem nauðsynlegar eru til að takast á við undirverðlagningu markaðsráðandi fyrirtækja. Í kjölfar þess mælti Írska samkeppniseftirlitið, sem og fjöldinn allur af öðrum stofnunum og hagsmunasamtökum, s.s. OECD, Írsku neytendasamtökin og Írska verslunarráðið, reglulega fyrir afnámi GO reglnanna þar sem þær voru taldar mjög óskilvirk leið til þess að vinna gegn skaðlegri undirverðlagningu á matvörumarkaði.

Í skýrslu¹⁰⁰ Írska viðskipta- og atvinnumálaráðuneytisins frá 2005 (DETE) kemur fram að verð undir kostnaði gæti einungis skaðað samkeppnina þegar um væri að ræða fyrirtæki í markaðsráðandi stöðu. GO reglurnar tóku ekki tillit til slíkra viðmiða heldur var öll verðlagning undir innkaupsverði bönnuð. Í skýrslunni segir einnig að við útreikning á kostnaði eigi að taka mið af öllum afsláttum frá birgjum, burtséð frá því hvernig og hvenær þeir séu greiddir. Það kostnaðarviðmið sem GO reglurnar byggðu á, þ.e. nettó reikningsverð, tók t.a.m. ekki tillit til tryggðarafslátta (e. loyalty discounts) sem birgjar veittu gjarnan smásölum í árslok og því var ekki mögulegt að koma þeim afslætti áfram til neytendanna, sem þó gat verið umtalsverður.¹⁰¹ Auk alls þessa þóttu engin hagfræðileg rök styðja viðmiðið.¹⁰²

Að mati Írskra yfirvalda ætti að styðjast við almenn sjónarmið í samkeppnisrétti þegar kanna ætti hvort undirverðlagning fyrirtækis á matvælamarkaði fæli í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Var í því sambandi m.a. vísað til framangreinds dóms dómstóls EB í Akzo málinu. Í því samhengi kom fram að við mat á lögmæti verðlagningar markaðsráðandi fyrirtækis á matvörumarkaði ætti að notast við innkaupsverð tiltekinnar vöru að frádregnum öllum afsláttum frá birgjum sem kostnaðarviðmið. Um þetta segir í skýrslu DETE:

⁹⁹ DAF/COMP(2005)43.

¹⁰⁰ Restrictive Practices (Groceries) Order 1987 - A Review and Report of Public Consultation Process

¹⁰¹ Allt að 18% skv. skýrslu Consumer Strategy Group, *Making Consumers Count* (2005). www.irishconsumer.ie (sótt 19. janúar 2007).

¹⁰² Um tiltekið viðmið kemur fram í skýrslunni: „The term „net invoice price“ was introduced into the Groceries Order in 1978 solely as an administrative convenience, almost certainly with the agreement and encouragement of the trade, in order to make it easier to enforce a ban on below-cost advertising. The definition of the term, which was later added in the 1981 Order, was based on the High Court’s interpretation of the meaning to be ascribed to the words „net-invoice price“. Thus, the term has no economic rationale whatsoever.”



„It is our view that for purposes of determining predation in the retail grocery trade, that cost should be defined as the actual purchase of the products in question – including all rebates, allowances, discounts and suppliers payments whenever paid.“¹⁰³

Þó reyndar sé ljóst að þetta viðmið vanmeti að einhverju leyti breytilegan meðalkostnað þar sem allan sölukostnað vantar (flutningskostnað, kostnað við uppröðun, sölu o.s.frv.) þótti að mati írskra yfirvalda raunhæft og eðlilegt að styðjast við það. Í einni verslun geta verið allt að 40.000 vörutegundir og því erfitt og vandmeðfarið að skipta slíkum kostnaðarliðum niður á einstaka vörur.

Að auki mátti að mati DETE réttlæta það viðmið að nota innkaupsverð út frá þekktum hagfræðikenningum. Í þessu sambandi er vísað til svonefnds Areeda-Turner prófs¹⁰⁴ og segir um það í skýrslunni: „According to Areeda-Turner, the preferred measure of cost is marginal cost – in other words the additional cost of one additional unit of product. Marginal cost in the retail trade is the cost to the retailer of selling one additional unit of a product. In the case of the retail grocery trade, the marginal cost of any single product on a supermarket’s shelves is, we suggest, close to, if not identical to, the purchase price of that product. Put another way, actual purchase price is the closest measureable quantification of marginal cost and thus largely meets the Areeda-Turner test.“¹⁰⁵

Í kjölfar þessarar skýrslu voru GO reglurnar afnumdar og gilda nú írsk samkeppnislög alfarið um verðlagningu markaðsráðandi fyrirtækja á matvörumarkaði.

1.2.2 Bretland

Í áðurnefndri skýrslu breskra samkeppnisyfirvalda (Competition Commission) um matvörumarkaðinn sem kom út árið 2000 er m.a. fjallað um undirverðlagningu matvöruverslana.¹⁰⁶ Í skýrslunni kemur fram að ekkert fyrirtæki á matvörumarkaðnum væri með yfir 25% markaðshlutdeild. Því hafi verið ljóst að ekkert eitt fyrirtæki væri í markaðsráðandi stöðu á breska matvörumarkaðnum á þessum tíma.¹⁰⁷ Hins vegar var talið að fimm stærstu fyrirtækin á matvörumarkaðnum í Bretlandi¹⁰⁸ hefðu samanlagt það mikinn markaðsstyrk að háttsemi þeirra gæti haft skaðleg áhrif á samkeppnina. Í breskum samkeppnislögum er að finna heimild til að grípa til aðgerða vegna m.a. verðlagningar fyrirtækis þrátt fyrir að það sé ekki í markaðsráðandi stöðu.

Í skýrslunni var það m.a. tekið til athugunar hvort umrædd fyrirtæki seldu tiltekna vörur undir kostnaðarverði og, ef svo reyndist vera, hvort sú hegðun raskaði samkeppni og færi þannig gegn almannahagsmunum. Til þess að meta hvort um undirverðlagningu væri að ræða var innkaupsverð varanna notað sem kostnaðarviðmið. Kemur þó fram að þetta viðmið fæli í sér ákveðið vanmat á kostnaði.¹⁰⁹ Einnig er tekið fram að taka ætti tillit til

¹⁰³ Sjá bls. 102 í skýrslunni.

¹⁰⁴ Hér er vísað til greinar sem Philip Areeda og Donald F. Turner gáfu út árið 1975: „Predatory Pricing and Related Practices Under Section 2 of the Sherman Act“, Harvard Law Review, 88: 697-733. 697 (1975)

¹⁰⁵ Sjá bls. 103 í skýrslunni.

¹⁰⁶ Supermarkets: A report on the supply of groceries from multiple stores in the United Kingdom

¹⁰⁷ Í skýrslunni var talið að ekki væri um „scale monopoly“ í skilningi 6. gr. þágildandi Fair Trading Act.

¹⁰⁸ Um er að ræða Asda, Morrison, Safeway, Sainsbury og Tesco.

¹⁰⁹ Sjá bls. 103 í skýrslunni: „this understates the true degree of below-cost selling, because it ignores the operating costs of distribution, labour, space and display costs, wages etc, which will vary by product. Consequently some products will have a positive gross margin but negative net margin. We nonetheless



allra afslátta og greiðslna sem gætu gert það að verkum að jákvæður arður væri af sölu vara sem seldar væru undir innkaupsverði.

Rannsóknir sem gerðar voru í tengslum við gerð skýrslunnar leiddu í ljós að flestar stærri verslanakeðjur í Bretlandi seldu einhverjar vörur undir kostnaði (aðallega algengar vörur) og var talið að slík verðlagning gæti verið samkeppnishamlandi ef markmið eða afleiðing hennar væri að keppinautar sköðuðust. Undirverðlagning sem væri m.ö.o. byggð á óhlutlægum og ómálefnalegum sjónarmiðum hefði skaðleg áhrif á samkeppni. Undirverðlagning til skamms tíma var undanskilin, s.s. sala á vörum sem væru komnar nálægt síðasta söludegi, úreldum vörum o.s.frv. Nær allir smásöluaðilar stunduðu slíka verðlagningu og var hún almennt ekki talin skaðleg. Þær ástæður sem forsvarsmenn bresku verslanakeðjanna sögðu vera fyrir undirverðlagningu voru m.a. þær að verðlagt væri undir kostnaði til þess að uppfylla svokallað verðloforð (e. price pledge) til neytenda eða til þess að halda ákveðnum verðmismuni milli keðjanna og keppinauta þeirra. Aðrar verslanakeðjur buðu verð undir kostnaði til þess að koma í veg fyrir undirboð keppinauta á ódýrustu uppstillingarvörum sínum (e. cheapest on display lines). Ástæður undirverðlagningar mátti þannig rekja til þess að verslanir reyndu að hafa tiltekna vörur ódýrar til að höfða til hagsýnna neytenda en einnig var skýringuna að finna í mikilli samkeppni.

Að mati forsvarsmanna bresku verslanakeðjanna var undirverðlagning því í flestum tilfellum samkeppnisleg viðbrögð við aðgerðum keppinauta og það væri til marks um það hversu hörð samkeppni væri á markaðnum. Að mati breskra samkeppnisyfirvalda var ekkert sem benti til þess að um skaðlegan ásetning væri að ræða þó ekki væri útilokað að afleiðingar slíkrar undirverðlagningar kynnu að vera skaðlegar. Það sem þyrfti fyrst og fremst að hafa í huga væri hvort stærri verslanir hefðu möguleika á því að niðurgreiða tapið af vörum sem seldar væru undir kostnaði með aukinni framlegð af sölu annara vara og hvort slík hegðun kæmi neikvætt niður á smærri verslunum. Um þetta stóð í skýrslunni: *„If consumers choose to shop at supermarkets because of their convenience, range, choice and value, then their success at the expense of smaller specialist or discount outlets is unobjectionable. However, if consumers are induced to shop at these larger outlets because some products are offered below the resource costs of producing and delivering them, then that would represent a misallocation of resources and a distortion of competition in the grocery market.”*¹¹⁰

Viðskiptavinir smærri verslana, segir í skýrslunni, keyptu að öllu jöfnu færri vörur heldur en viðskiptavinir stórmarkaða gætu minni verslanir ekki unnið upp framlegðartap af aðdráttarvörum með sama hætti og stórmarkaðir og veitti það þeim síðarnefndu ákveðið samkeppnisforskot á smærri verslanir. Um þetta segir: *„Such small stores have a much narrower range of products than stores operated by the main parties, especially the largest multiples, and will be less well placed to sustain losses by cross-subsidy. To the extent that smaller stores try to compensate by raising their prices on other products,*

concentrated on gross margins for two reasons: first, in most cases, the parties did not allocate operating costs or overheads to particular product lines, and so the required information was unavailable ... Secondly, a number of factors affect the level of gross margin making it difficult to identify a lower limit below which gross margins might be viewed as unfair or predatory, but negative gross margins would imply price unambiguously below-average cost.”

¹¹⁰ Sjá bls. 84 í skýrslunni.



this makes them even less competitive."¹¹¹ Ef samkeppnisforskot byggði á því að verð aðdráttarvaranna bjagaði verðskyn neytendanna, stórmörkuðum í vil, gæti því verið um samkeppnishamlandi aðgerðir að ræða. Niðurstaða rannsóknarinnar var sú að þrálát undirverðlagning stærstu verslanakeðjanna hefði skaðleg áhrif á smærri dagvöruverslanir. Óvíst var þó hver áhrifin væru á hag neytenda og var því gerð greining á því hverjar mögulegar afleiðingar væru fyrir almenna velferð í hagkerfinu. Kostir slíkrar verðlagningar kæmu fyrst og fremst fram í lægra vöruverði ákveðinna lykilvera (e. known-value items) eða aðdráttarvara eins og þær hafa verið nefndar hér að framan.

Með því að vega saman framangreinda þætti varð það niðurstaða skýrsluhöfunda varðandi undirverðlagninguna að hún gæti farið gegn hag almennings, eða eins og segir skýrslunni: *„We accordingly find that the practice ... of selling, on a persistent basis, certain frequently purchased products below cost, i.e. at a negative gross margin, operates and may be expected to operate against the public interest. The particular adverse effect of the practice is that it damages smaller reference stores and non-reference grocery outlets because they have to increase the prices of other products in their stores, in extreme cases contributing to the closure of such stores, thereby reducing consumer choice and amenity. There will also be costs to consumers generally, when they buy other, higher-priced, products from which the below-cost prices are subsidized.*"¹¹²

Það eru fyrst og fremst tvær mögulegar aðgerðir sem voru hugleiddar til þess að koma í veg fyrir undirverðlagningu matvöruverslana. Í fyrsta lagi að banna öllum fyrirtækjum að stunda undirverðlagningu með sambærilegum hætti og gert var á Írlandi með GO reglunum en í ljósi þess m.a. að reynsla írska samkeppniseftirlitsins af GO reglunum var ekki góð (sbr. umfjöllun að framan) var sú leið ekki talin æskileg. Í öðru lagi var íhugaður sá möguleiki að neyða verslanir til þess að leyfa hverjum sem er, hvort sem um væri að ræða almennan viðskiptavin eða keppinaut á markaðnum, að kaupa vörur án allra magntakmarkana. Þeir sem keyptu vörurnar hefðu því jafnvel mátt selja þær í eigin verslun. Miklir vankantar hefðu þó fylgt slíku, bæði hvað varðar að framkvæmd og eftirfylgni. Niðurstaðan var því sú að grípa ekki til neinna aðgerða, jafnvel þó svo taldar væru líkur á að sú háttsemi stórmarkaða að selja ákveðnar vörur undir kostnaðarverði til langs tíma færi gegn hag almennings. Var sérstaklega horft til þess að eftir sem áður væri töluverð samkeppni á markaðnum, en eins og áður kom fram var ekkert fyrirtæki með meira en 25% markaðshlutdeild.

Í nýrri skýrslu breskra samkeppnisyfirvalda frá apríl á þessu ári er einnig fjallað um undirverðlagningu.¹¹³ Athuganir í tengslum við gerð þeirrar skýrslu leiddu í ljós að ennþá er um það að ræða að matvöruverslanir í Bretlandi, sérstaklega stærri verslanakeðjur, verðleggi vörur, þá aðallega vinsælar vörur, undir kostnaðarverði. Þær ástæður sem forsvarsmenn verslanakeðjanna gáfu fyrir undirverðlagningunni voru svipaðar og áður, þ.e. þeir vildu forðast að vera undir í verðsamkeppni, oft væri um að ræða árstíðarbundnar vörur sem verðlagðar væru undir kostnaði til að ná viðskiptavinum inn í verslanir, s.s. í kringum jól, auk nýrra vara sem væri verið að markaðssetja. Ljóst er að það kostnaðarviðmið, þ.e. skilgreining á því hvað undirverðlagning felur í sér, er það

¹¹¹ Sjá bls. 85 í skýrslunni.

¹¹² Sjá bls. 87 í skýrslunni.

¹¹³ Competition Commission, Groceries Market Investigation, Final Report, 30. apríl 2008.



sama í þessari skýrslu og það sem miðað var við í skýrslunni frá árinu 2000 og fjallað er um hér að framan.¹¹⁴

Niðurstöður hinnar nýju skýrslu eru í meginatriðum þær að verðlagning undir kostnaði kunni að vera skaðleg þegar hún er stunduð af stærri verslanakeðjum, einkum ef henni er beint að minni búðum. Athuganir sem gerðar voru í tengslum við gerð skýrslunnar sýndu þó ekki fram á að um skaðleg áhrif undirverðlagningar væri að ræða á breska markaðnum. Rétt er að geta þess að staðan á breska matvörumarkaðnum hefur í grundvallaratriðum ekki breyst frá árinu 2000. Þó samþjöppun hafi aukist er eftir sem áður engin matvörukeðja í markaðsráðandi stöðu.

1.2.3 Þýskaland

Í 20. gr. þýsku samkeppnislaganna kemur fram að fyrirtæki sem hefur mikinn markaðsstyrk (e. superior market power) sé óheimilt að nota styrk sinn á markaðnum með beinum eða óbeinum hætti til þess að hindra smærri keppinauta sína með ósanngjörnum hætti. Sérstaklega er tekið fram að með hindrun í þessu sambandi sé einkum átt við það ef fyrirtæki með þennan styrk býður vöru eða þjónustu undir kostnaðarverði, án þess að fyrir slíkri verðlagningu liggi hlutlægar og málefnalegar skýringar.¹¹⁵ Settar hafa verið fram leiðbeinandi reglur í þýskum rétti um hvenær tiltekin verðhegðun sé talin fela í sér undirverðlagningu.¹¹⁶ Í þessum leiðbeiningum er tekið fram að markmiðið með 20. gr. þýsku laganna sé að vernda lítil og meðalstór fyrirtæki fyrir athöfnum öflugra keppinauta og um leið að efla virka samkeppni. Þá hefur komið fram að þó reglan nái til allra atvinnugreina hafi nær öll tilvik þar sem kvartað hafi verið undan undirverðlagningu komið upp í tengslum við matvörumarkaðinn. Fjórar forsendur eru settar fram sem fyrirtæki geta miðað við til að átta sig á því hvort þau séu að brjóta regluna.

Fyrirtæki sem hinar leiðbeinandi reglur ná til

Ákvæðið nær eins og fyrr segir aðeins til fyrirtækja með mikinn markaðsstyrk umfram litla og meðalstóra keppinauta sína. Reglurnar ná í öllum tilvikum til markaðsráðandi fyrirtæki en eru ekki einskorðaðar við þau. Það dugar að viðkomandi fyrirtæki hafi yfirburði í markaðshlutdeild miðað við suma af keppinautum sínum, þ.e. lítil og meðalstór fyrirtæki á markaðnum. Viðkomandi vöru- og landfræðilegan markað þarf að skilgreina í hverju máli og hafa hliðsjón af stærð fyrirtækisins, fjárhagslegum styrkleika og öðrum auðlindum. Þá er fjallað nánar um hvaða viðmið í þýskum mörkum séu lögð til grundvallar til að meta hvort fyrirtæki hafi yfirburði miðað við keppinauta sína o.fl.

Ákvæðið tekur ekki til einstakrar verðlækkunar

Ákvæðið tekur aðeins til sölu undir kostnaðarverði sem ætlað er að vara í tiltekinn tíma. Ákvæðið tekur ekki til „einstakra“ söluherferða sem almennt eru ekki taldar hafa neikvæð

¹¹⁴ Um þetta segir í viðauka (Below-cost selling - Appendix 5.6) með skýrslunni frá 2008: „Below-cost selling is where a retailer sells an item to consumers for less than the input cost.“

¹¹⁵ Sjá hér enska þýðingu á lögnum: Section 20 (4) sentence 2 of the German Act against Restraints of Competition (ARC): „Undertakings with superior market power in relation to small and medium-sized competitors shall not use their market position directly or indirectly to hinder such competitors in an unfair manner. An unfair hindrance within the meaning of sentence 1 exists in particular if an undertaking offers goods or commercial services not merely occasionally below its cost price, unless there is an objective justification for this.“

¹¹⁶ Sjá reglur frá 4. ágúst 2003 nr. 124/2003.



samkeppnisleg áhrif, s.s. þegar verið er að kynna nýjar vörur eða kynningarverð er boðið í tengslum við opnun á nýjum verslunum o.þ.h.

Skipulögð tilboð með reglulegu millibili, s.s. helgartilboð eða tilboð t.d. á þriggja vikna fresti eru ekki skilgreind sem „einstaka sinum“. Það skiptir ekki máli hvort tilboðið sem um ræðir inniheldur alltaf sömu vöruna. Langtímaáhrif söluherferðar þar sem vörulína er seld undir kostnaðarverði en sambærilegum vörum skipt út reglulega er talin hafa sömu áhrif og getur því ekki flokkast undir það að eiga sér stað „einstaka sinum“. Slík endurtekin tilboð verða samt sem áður að vera gerð á sama landfræðilega markaðnum.

Skilgreining á sölu undir kostnaðarverði

Í þýsku reglunum er almennt miðað við meðaltal breytilegs kostnaðar og frávik frá honum til að meta hvort tiltekið verð feli í sér skaðleg áhrif. Í reglunum er lýst hvaða aðferð sé beitt til að finna hið raunverulega kostnaðarverð, þ.e. nettó verðið sem smásalinn greiðir birgjanum. Frá verðlista birgjans er dreginn söluskattur (virðisaukaskattur). Þá eru allar tegundir afsláttu dregnar frá verðinu. Ennfremur kemur fram að draga eigi frá aðrar greiðslur sem aðilar semja um að birgjar greiði matvöruverslunum, s.s. árlegan bónus, framlög vegna auglýsinga og eftirágreidda afslætti sem veittir eru í tengslum við tiltekið sölumarkmið. Afslætti sem byggja á ákveðnum sölumarkmiðum á þó ekki að reikna inn í fyrr en nokkurn vegin er fyrir séð að markmiðin náist. Sé söluverðið út úr búð lægra en það sem greitt er nettó fyrir vöruna skv. framansögðu er um undirverðlagningu að ræða.

Hlutlægar ástæður sem réttlæta sölu undir kostnaðarverði.

Ýmsar hlutlægar ástæður geta réttlætt það að vara sé seld undir kostnaðarverði um lengri eða skemmri tíma. Hér getur t.d. verið um að ræða vörur sem eiga eftir skamman endingartíma, t.d. vörur sem eru að komast á síðasta söludag og vörur sem brátt munu detta úr tísku eða verða úreltar af öðrum orsökum. Þá getur undirverðlagning í þeim tilvikum að verið sé að loka verslunum verið réttlætanleg eða þegar kynningarverð er boðið í tengslum við opnun á nýjum verslunum eins og áður hefur verið getið um.

Hér má einnig benda á að í ákvörðun þýska samkeppniseftirlitsins frá 7. september árið 2000 var undirverðlagning á matvörumarkaði tekin til skoðunar. Í ákvörðuninni var verslanakeðjunum Wal-Mart, Aldi Nord og Lidl bannað að verðleggja matvörur eins og mjólk, smjör, sykur, hveiti, hrísgrjón og jurtaolíu undir kostnaðarverði.¹¹⁷ Að mati þýskra samkeppnisyfivalda gerði stærð, markaðshlutdeild og fjárhagslegt bolmagn verslanakeðjanna þriggja það að verkum að þær væru í yfirburðarstöðu gagnvart smærri verslunum og smákaupmönnum. Í enskri útgáfu af fréttatilkynningu þýska samkeppniseftirlitsins sem birt var þegar ákvörðunin var tekin kom fram að það kostnaðarviðmið sem nota ætti við mat á undirverðlagningu væri „*The manufacturers' selling prices, including all the price reductions, discounts and other price-related terms that are attributable to the items in question*“, þ.e. innkaupsverð að teknu tilliti til allra afsláttu, verðlækkunar og verðtengdra skilmála. Á þeim tíma er ákvörðunin var tekin höfðu allar þrjár verslanakeðjurnar verið að selja fimm til tíu vörutegundir undir kostnaðarverði. Að mati þýska samkeppniseftirlitsins var ekki mögulegt að réttlæta

¹¹⁷ Sjá fréttatilkynningu frá 8. september 2000 á vefsíðu Bundeskartellamt: <http://www.bundeskartellamt.de> (sótt 24.janúar 2007).



verðlækkanir verslanakeðjanna með vísan til heimildar þeirra til þess að mæta samkeppni. Wal-Mart átti frumkvæðið að verðlækkunum og undirbauð ekki einungis verð keppnauta sinna heldur verðlagði undir eigin kostnaðarverði. Aldi Nord brást við með því að lækka eigið verð niður fyrir það verð sem Wal-Mart bauð. Verðlækkanir Aldi-Nord voru ekki einskorðaðar við þau svæði er Wal-Mart starfaði á heldur var verð einnig lækkað niður fyrir kostnaðarverð á landssvæðum þar sem engin vara var seld á sambærilegu verði. Það var því mat þýskra yfirvalda að verðlagning þessara aðila væri ekki byggð á réttmætum forsendum. Af sömu ástæðu var það niðurstaða að verðlagning Lidl hafi verið skaðleg þrátt fyrir að Lidl hefði einungis jafnað verð Aldi Nord.

Í Á árinu 2007 komst þýska samkeppniseftirlitið að þeirri niðurstöðu að lágvöruverðskeðjan Netto Marken-Discount hefði brotið þýsk samkeppnislög með því að selja mjólkurafurðir undir kostnaðarverði. Þessar aðgerðir höfðu átt sér stað í desember 2006 og í janúar og febrúar 2007. Þetta hefði ekki verið tímabundin aðgerð í skilningi laganna heldur hafi þessi verðlækkun verið til þess fallin að draga úr samkeppni frá smærri keppinautum verslunarkeðjunnar.¹¹⁸

1.3 Sérkenni matvörumarkaðarins

Við athugun á undirverðlagningu á matvörumarkaði er rétt að hafa í huga sérkenni þess markaðar. Dagvörur skipa stærstan hluta af neysluútgjöldum heimila. Þær hafa lága tekjuteygni, þ.e. eftirspurnin breytist ekki mikið við breytingar á tekjum fólks. Þetta endurspeglast að einhverju leyti í því að hlutfall mat- og drykkjarvara í heildarneyslu heimilanna hefur farið lækkandi með batnandi lífskjörum.¹¹⁹ Segja má að eftirspurn neytenda eftir dagvörum sé háð svokölluðum leitar- og ferðakostnaði, þ.e. þeim kostnaði sem neytandinn verður fyrir við að afla vörunnar. Hver einstök eining dagvara er að öllu jöfnu frekar ódýr þannig að leitar- og ferðakostnaður í hlutfalli af verði vörunnar er tiltölulega hár, sbr. líkanið sem kynnt var hér að framan í umfjöllun um neytendahegðun á matvörumarkaði (mynd 1) og útskýrir áhrif þessa kostnaðar á eftirspurn. Þar sem neytendur leitast yfirleitt við að lágmarka leitar- og ferðakostnað er ólíklegt að þeir kaupi hverja einstaka vöru þegar þörf skapast því þá yrði þessi kostnaður verulega hátt hlutfall af heildarkostnaði vegna kaupa á dagvörum. Þeir kaupa því oft en ekki margar vörur í hverri verslunarferð. Eftirspurn eftir matvöru birtist því yfirleitt í eftirspurn eftir mörgum vörueiningum eða vörukörfu, frekar en einstökum vörum. Erfitt getur verið að gera nákvæman verðsamanburð þegar um er að ræða vörukörfur sem samsettar eru úr mörgum vörum. Þar að auki er tímafrekt að reikna út heildarverð vörukörfunnar í öllum verslunum. Þegar neytendur velja milli verslana grundvallast val þeirra því fyrst og fremst á óljósum væntingum um verð sem byggja t.a.m. á fyrri reynslu og utanaðkomandi upplýsingum eins og verðkönnunum, auglýsingum, ummælum vna o.s.frv. Þar að auki eru neytendur oft og tíðum vanafastir og, í ljósi þess að allur verðsamanburður felur í sér töluverðan kostnað, kjósa því hugsanlega síður að kanna verðlag í mörgum verslunum.

Þar sem neytendur hafa hvorki fullkomnar upplýsingar um verð né möguleika á að gera eigin verðsamanburð á öllum vörum sem eru á boðstólum í verslunum er ólíklegt að verðlækkun einnar verslunar á tiltekinni vörutegund skili sér að fullu í þeirri aukningu á

¹¹⁸ Sjá fréttatilkynningu Bundeskartellamt frá 30. október 2007.

¹¹⁹ Sjá t.d. Skýrslu Hagfræðistofnunar Háskóla Íslands nr. C04:03, *Samanburður á matvælavæðri á Íslandi, Norðurlöndunum og ríkjum Evrópusambandsins*, sem gerð var fyrir forsætisráðuneytið.



eftirspurn sem æskileg gæti talist fyrir viðkomandi verslun. Samanburður neytenda á verðlagi í verslunum er því fyrst og fremst á nokkrum þekktum vörum (e. known-value items), hér nefndar aðdráttarvörur. Dæmi um slíkar vörur eru mjólkurvörur, brauð og gosdrykkir. Neytendur þekkja almennt verð á þessum vörum og eru því í betri aðstöðu til þess að gera verðsamanburð á milli verslana. Verðsamkeppni matvöruverslana snýst því yfirleitt um að lækka verð á þessum vörum með það að markmiði að laða að fleiri viðskiptavinum.¹²⁰ Tapi á framlegð vegna verðlækkunar á aðdráttarvörum (jafnvel niður fyrir kostnað) er síðan náð til baka með aukinni sölu á öðrum arðbærari vörum, en ætla má að sala á slíkum vörum aukist þar sem viðskiptavinum fjölgar og flestir þeirra kaupa fleiri vörur en einungis þær sem verðlækkunin náði til. Hér er því um svokallaða víxlنيðurgreiðslu að ræða (e. cross-subsidized). Á ensku er þessi aðferð einnig nefnd „loss leading“, þ.e. aðdráttarvörur eru niðurgreiddar með hagnaði af sölu á öðrum vörum.

Ljóst er að fjarlægð skiptir töluverðu máli þegar verslun er valin til innkaupa á matvörum. Þá skipta einnig máli þættir eins og samgöngur og tími (e. time preference) auk þess sem það felur í sér kostnað fyrir neytendur að bera saman verð og gæði milli verslana. Allir þessir þættir setja því vali neytenda ákveðnar skorður. Heildarkostnaður vegna verslunarferðar eykst eftir því sem neytandinn er staddur lengra frá versluninni og eru neytendur því oft tilbúnir til þess að sætta sig við hærra verð þegar leitar- og ferðakostnaður er hár. Ef neytandi velur ákveðna verslun á grundvelli þess að vörur sem þar eru auglýstar séu á hagstæðu verði en kemst svo að því að allar aðrar vörur eru mjög dýrar getur hann valið á milli þess að klára innkaup sín þar eða farið í aðra verslun. Í ljósi þess að enginn ferðakostnaður fylgir því að klára innkaupin í þeirri verslun sem neytandinn er þegar staddur í hefur hún umtalsvert forskot á allar aðrar verslanir. Þannig má segja að til þess að hagstætt sé fyrir neytandann að klára innkaup sín í annarri verslun þarf sú upphæð sem neytandinn telur að hann þurfi að borga fyrir vörukörfuna í þeirri verslun, að viðbættum ferðakostnaðinum sem til fellur við að koma sér þangað, að vera lægri heldur en verð vörukörfunnar í versluninni sem neytandinn er staddur í. Þetta má útskýra með einföldu dæmi. Ef neytandi er staddur í verslun A, þar sem vörufarfan kostar 3.000 kr. en hefur möguleika á því að fara frekar í verslun B, þar sem vörufarfan kostar 2.500 kr. mun hann einungis hagnast á því ef hinn aukni verslunarkostnaður sem fylgir því að ferðast á milli verslananna er minni en 500 kr. Neytendur hafa því minni hvata til þess að skipta um verslun eftir upprunalegt val sitt og er verðteygni eftirspurnarinnar því önnur og lægri þegar komið er inn í tiltekna verslun heldur en þegar valið er milli verslana í upphafi. Þess vegna eru aðdráttarvörur (sem oft eru seldar með lítilli eða jafnvel neikvæðri álagningu) gjarnan notaðar til að fá neytendur inn í verslanirnar þar sem eftirspurn þeirra eftir öðrum vörum er óteygjin þegar komið er inn í verslunina. Einnig skiptir það máli að neytendur halda sig gjarnan við ákveðna verslun eða verslanakeðju þar til þeir fréttu af lægra verði eða meiri gæðum annars staðar.

Til þess að arðbært geti verið að lækka verð á aðdráttarvörum þarf „vörufarfan“ í heild sinni að vera seld yfir kostnaði, sem gerir það að verkum að hagnaður verði af dagvöruverkstri verslunarinnar. Undir slíkum kringumstæðum mætti því jafnvel rökstyðja að slík notkun á aðdráttarvörum væri ekki samkeppnishamlandi og í einhverjum tilvikum

¹²⁰ Sjá t.a.m. skýrslu Hagfræðistofnunar Háskóla Íslands nr. C04:03, bls. 59: „Lítill álagning á mjólkurvörum kann einnig að stafa af því að viðskiptavinir hafa oft óvenju skýra hugmynd um hvað þær eiga að kosta (svipuðu máli gegnir um kjöt). Kaupmenn leggi því oft lítið á þessar vörur í von um að þær lokki viðskiptavinum inn í búðirnar.“



æskileg, a.m.k. þegar um er að ræða fyrirtæki sem ekki eru í markaðsráðandi stöðu. Þetta má útskýra með einföldu dæmi. Ef gert er ráð fyrir því að ákveðin vörutegund skipi um 10% af dagvöruinnkaupum meðalheimilis og að ákveðið sé að bjóða hana á 10% afslætti er í raun einungis um að ræða 1% afslátt af vörukörfu meðalheimilis. Frá markaðsfræðilegu sjónarmiði væri það óneitanlega síður aðlaðandi að bjóða 1% afslátt af öllum vörum verslunarinnar þar sem 10% afsláttur af nokkrum lykilvörum hefur sennilega sterkari áhrif á val neytenda. Hvati verslana til þess að lækka verð er því töluvert minni ef lækka þarf verð á öllum vörum í einu.

Af framangreindu má ráða að verðsamkeppni verslana snýst aðallega um þekktar aðdráttarvörur jafnvel þó vörukarfan í heild innihaldi mun fleiri vörur. Þegar verslanir keppast um að bjóða slíkar vörur á mjög lágu verði eykst hvati neytenda til þess að leita að hagstæðum tilboðum, verðteygni eftirspurnar eykst og samkeppnin ætti því að aukast að sama skapi.¹²¹ Í eðli sínu mætti skýra þetta með því að verðlag verslana hefur mikil áhrif á það hvar neytendur kjósa að gera innkaup sín. Þegar hins vegar komið er inn í verslunina er eftirspurnin óteygnari þar sem ákveðinn kostnaður fylgir því að fara í aðra verslun. Með öðrum orðum þá gilda önnur lögmál þegar komið er inn í verslun og þar af leiðandi er rökrétt að verðlagning miði að því að laða að viðskiptavinum. Ef kröftug samkeppni ríkir á matvörumarkaði er því hugsanlegt að í eðlilegu jafnvægi séu vissar vörur seldar undir kostnaði¹²² þannig að jaðarkostnaður vörukörfunnar sé í raun jafn verði hennar. Slík verðlagning gæti jafnvel falið í sér viss tekjujafnandi áhrif ef um er að ræða nauðsynjavörur,¹²³ þar sem þær skipa að meðaltali stærri hlut í vörukörfu efnaminni heimila og hljóta þau því meiri hag af undirverðlagningunni.

Hafa verður í huga að ekki geta allar matvöruverslanir sinnt heildarinnkaupaþörfum neytenda og reiða þær sig því fyrst og fremst á viðskiptavinum sem ekki kaupa stórar vörukörfur heldur fáar og jafnvel stakar vörur í senn. Slíkar verslanir geta tapað á sölu á aðdráttarvörum þar sem stór hluti viðskiptavinanna kemur einungis til með að kaupa þær vörur sem boðnar eru á verði undir kostnaði. Því getur þurft að meta hvort sú hegðun lágvöruverðsverslana að bæta sér upp tap vegna sölu á aðdráttarvörum með sölu á öðrum vörum, þ.e. með víxlنيðurgreiðslu, sé á einhvern hátt samkeppnishamlandi, jafnvel þegar dagvörusala þeirra í heild sinni skilar hagnaði. Við það gætu smærri verslanir því hugsanlega skaðast á meðan slíkt ætti ekki að geta komið niður á sambærilega stórum verslunum þar sem þær gætu beitt sömu aðferðum með góðum árangri. Ef þessir yfirburðir lágvöruverðsverslana og stórmarkaða gagnvart smærri búðum endurspeglar einungis góða nýtingu á stærðarhagkvæmni þeirra væri líklega ekki mikill grundvöllur fyrir íhlutun samkeppnisyrivalda þar sem hagur neytenda hefði ekki skaðast, nema þá ef valmöguleikum þeirra fækkar og þar af leiðandi úrvalinu á markaðnum. Sömuleiðis ættu fyrirtæki ekki að þurfa að bera hallan af eigin hagkvæmni.

¹²¹ Umfjöllun um þessi áhrif má t.a.m. finna í skýrslu OECD, *Resale Below Cost Laws and Regulations*, DAF/COMP(2005)43.

¹²² Sjá t.d. líkan Walsh og Whelan (1999), *Loss Leading and Price Intervention in Multiproduct Retailing: Welfare Outcomes in a Second-Best World*. Þar er sýnt fram á að í langtíma jafnvægi á markaði þar sem ófullkomin samkeppni ríkir og neytendur búa ekki við fullkomnar upplýsingar munu fyrirtæki beita aðdráttarvörum með víxlنيðurgreiðslu í þeim tilgangi að ná samkeppnislegu forskoti. Viðbrögð keppnauta munu aftur á móti gera það að verkum að langtíma jafnvægið á markaðnum verður það sama og ef um fullkomnar upplýsingar væri að ræða og að öll verðstýring hafi neikvæð áhrif á velferð.

¹²³ Vörur sem neytendur kaupa í vissu magni tiltölulega óháð breytingum á verði og ráðstöfunartekjum, s.s. brauð, mjólk og tannkrem. Hagfræðileg skilgreining á nauðsynjavöru er vara sem hefur tekjuteygni undir einum, þ.e. ef ráðstöfunartekjur neytenda hækka um 1% eykst eftirspurn þeirra um minna en 1% að meðaltali.



Ef neytendurnir eru aftur á móti að flytja innkaup sín frá smærri verslunum yfir í lágvöruverðsverslanir og stórmarkaði á þeim forsendum að vörur sem verðlagðar eru undir kostnaði gefi ranga mynd af heildarverðlagi verslunarinnar, þ.e. að allar vörur innan verslunarinnar séu á jafn hagstæðu verði og þær sem auglýstar eru,¹²⁴ er hugsanlega ástæða til þess að grípa í taumana. Verðsamanburður neytendanna milli verslana yrði því bjagaður þar sem hagkvæmni verðlagsins í stærri verslunum yrði ofmetin.

Þegar markaðsráðandi fyrirtæki beitir víxlنيðurgreiðslu sem byggð er á óhlutlægum og ómálefnalegum sjónarmiðum geta skapast samkeppnisleg vandamál. Dæmi um slíkt er þegar markaðsráðandi fyrirtæki verðleggur aðdráttarvörur undir kostnaði í langan tíma. Minni keppinautar þurfa að bregðast við slíkri verðlækkun ella verða þeir undir í samkeppninni. Þessi þrýstingur getur svo leitt til verðstríðs þar sem hið markaðsráðandi fyrirtæki hefur þegar ákveðið og gefur út þá yfirlýsingu að vera ávallt með lægsta verð (e. price pledge). Það gengur því eins langt og það þarf til þess að verja þessa ímynd sína gagnvart viðskiptavinum sínum og keppinautum. Ábati annarra keppinauta af þátttöku í verðstríðinu verður því enginn þar sem þeir hafa ekki sama styrk til að taka þátt í verðsamkeppninni. Líklegar afleiðingar eru því þær að keppinautarnir verði fyrir umtalsverðum skaða og hrökklist út af markaðnum. Hið markaðsráðandi fyrirtæki nær hins vegar betri tókum á markaðnum þar sem það nær að halda vexti keppinauta sinna í skefjum. Hafa ber einnig í huga að tímabundin verðlækkun markaðsráðandi fyrirtækis niður fyrir kostnaðarverð getur gert það að verkum að eftirspurn eftir vörum keppinautanna minnki ekki aðeins á meðan á undirverðlagningunni stendur heldur getur hún haldist lág um lengri tíma. Með öðrum orðum að hið markaðsráðandi fyrirtæki getur aukið markaðshlutdeild sína með undirverðlagningunni og haldið henni til frambúðar. Víxlنيðurgreiðslur markaðsráðandi verslanakeðju sem tilkomnar eru vegna loforðs um að vera ávallt með lægsta verð geta því augljóslega verið slæmar fyrir neytendur þegar til lengri tíma er litið. Verðlagning af þessu tagi getur gefið viðskiptavinum viðkomandi verslunar til kynna að allt verð í versluninni sé lágt og það hefur aftur slæm áhrif á verslanir sem ekki hafa tók á því að víxlنيðurgreiða.

Við mat á því hvort markaðsráðandi fyrirtæki hafi að þessu leyti misnotað markaðsráðandi stöðu sína er stuðst við ákveðin viðmið. Ef verð aðdráttarvörunnar er undir meðaltali breytilegs kostnaðar, þ.e. verðið er lægra en kostnaðurinn við að framleiða vöruna eða kaupa hana inn, óháð því í hversu miklu magni, getur það gefið sterka vísbendingu um misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Almennt séð má vera ljóst að ef markaðsráðandi aðili verðleggur nauðsynjavörur með þessum hætti yfir langt tímabil á markaði sem viðkomandi aðili hefur tögl og hagldir á, felur það í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu í skilningi samkeppnisréttar. Hér getur skipt máli að horfa til þess hvort hið markaðsráðandi fyrirtæki skilar taprekstri yfir lengra tímabil og hvort sá taprekstur sé afleiðing verðlagningarinnar. Víxlنيðurgreiðslur við þessar aðstæður teljast því til óhlutlægra og ómálefnalegra sjónarmiða. Ábati hins markaðsráðandi fyrirtækis af því að verðleggja vörur sínar með þessum hætti er eins og áður segir enginn, nema ef

¹²⁴ Sjá t.a.m. í fyrrgreindri skýrslu írska samkeppniseftirlitsins, bls. 106: „*The customer is thus fooled into thinking that everything in the store is cheaper than he might be able to buy it elsewhere. This may not be the case and, having lured the unsuspecting customer away from the competition, the retailer can recover lost margin by increasing the prices of other items on his shelves. The unsuspecting customer loses out by paying more in the long run for his shopping basket than he would if he went elsewhere.*”



verðlagningin þýðir að keppinautar hrökklist út af markaðnum og samkeppnislegt aðhald þeirra verði því minna eða ekkert fyrir vikið.

Til þess að lágmarka leitar- og verslunarkostnað neytenda hefur verðsamkeppni á matvörumarkaði oft og tíðum miðast við aðdráttarvörur og verð þeirra verið lækkað, jafnvel niður fyrir kostnað, með það í huga að niðurgreiða tapið af sölu þeirra með aukinni framlegð af sölu annarra vara. Getur í þessu falist eðlileg samkeppni. Samkeppnisleg vandamál geta hins vegar komið upp þegar markaðsráðandi fyrirtæki selur aðdráttarvörur undir kostnaði.

Í ljósi þessa er gagnlegt í málinu að skoða heildarafkomu Haga af rekstri verslana Bónuss. Í því samhengi verður gerður samanburður á heildartekjum og heildarkostnaði á því tímabili sem um ræðir. Þannig er gerð tilraun til þess að meta hvort vörukarfa meðalneytanda hafi staðið undir kostnaði og þar af leiðandi hvort í verslunum Bónuss hafi verið um ræða arðbæra beitingu aðdráttarvara með víxlنيðurgreiðslu. Hefur þetta þýðingu við mat á eðli þeirra aðgerða sem Hagar gripu til í máli þessu.

1.4 Um sjónarmið Haga um 11. gr. samkeppnislaga og undirverðlagningu
Í athugasemdum Haga segir að ef „*undirverðlagning er ekki skaðleg telst hún ekki brot á samkeppnislögum og þar með ekki ólögmæt. Því verður augljóslega að sýna fram á að undirverðlagning hafi verið skaðleg.*“

Samkeppniseftirlitið skilur þessi ummæli Haga með þeim hætti að undirverðlagning geti ekki verið brot á 11. gr. samkeppnislaga nema sýnt sé fram á sú hegðun hafi haft skaðleg áhrif á samkeppni. Þessi túlkun Haga á samkeppnislögum stenst hins vegar ekki. Skýrt hefur komið fram í mörgum úrskurðum áfrýjunarnefndar samkeppnismála að brot á 11. gr. samkeppnislaga sé ekki háð því að sýnt sé fram á skaðleg áhrif á samkeppni, sbr. umfjöllun hér að framan. Í t.d. úrskurði áfrýjunarnefndar í máli nr. 8/2008 Fiskmarkaður Íslands hf. gegn Samkeppniseftirlitinu segir að skýra verði 11. gr. samkeppnislaga þannig „að sú staðreynd að misnotkun hafi verið beitt af hálfu markaðsráðandi fyrirtækis sennæganleg til að aðferðin teljist ólögmæt. Í þessu felst að það er ekki skilyrði fyrir beitingu ákvæðisins að misnotkunin hafi haft tiltekin áhrif eða að ákveðinn skilgreindur tilgangur hafi verið með aðgerðunum.“¹²⁵

Hagar vísa til þess að Samkeppniseftirlitið beiti hefðbundnum viðmiðunum við mat á því hvort um ólögmæta undirverðlagningu sé að ræða í máli þessu. Hagar telji hins vegar ekki nægjanlegt að líta til þess hvort verðlagning standi ekki undir meðaltali breytilegs kostnaðar, eða verði sem sé undir meðaltali heildarkostnaðar, en yfir meðaltali breytilegs kostnaðar. Telja Hagar að sýna verði fram á að undirverðlagning sé skaðleg og jafnframt verði að sýna fram á að fyrirtæki sem talið er hafa stundað undirverðlagningu geti bætt sér tap af undirverðlagningunni. Í þessu sambandi er vísað til dóma Hæstaréttar Bandaríkjanna í samkeppnismálum og segir að Samkeppniseftirlitið hafi enga tilraun gert til að staðreyna hvort um slíkt hafi verið að ræði í þessu máli. Beiti eftirlitið þannig

¹²⁵ Er þetta sama túlkun og gildir í EES/EB-samkeppnisrétti. 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.



einungis hluta af þeim viðmiðum sem talin séu gilda um skaðlega undirverðlagningu en sleppi að leggja mat á þau viðmið sem sem kunni að leiða til þess að slík niðurstaða eigi ekki við rök að styðjast.

Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á það sjónarmið Haga að sýna verði fram á samkeppnishamlandi áhrif skaðlegrar undirverðlagningar, sbr. hér að framan. Jafnframt þarf ekki að sýna fram á að fyrirtæki geti síðar bætt sér upp tap af undirverðlagningunni. Hagar vísa hér til bandarískra dómafordæma þar sem gerð hafi verið krafa um að sýnt væri fram á að fyrirtæki sem gerst hefði sekt um skaðlega undirverðlagningu gæti bætt sér upp tap af verðlagningunni. Rétt er að Hæstiréttur Bandaríkjanna hefur í svökölluðu Brooke Group máli sagt að til viðbótar því að sanna að verðlagning sé undir kostnaði verði einnig að sýna fram á möguleika fyrir fyrirtæki til að ná til baka tapi sem það kann að hafa orðið fyrir með því að beita undirverðlagningu (nefnt endurheimt kostnaðar („recoupment“)).¹²⁶ Önnur regla gildir hins vegar í evrópskum samkeppnisrétti.

Fyrir áfrýjunarnefnd samkeppnismála í málum nr. 17-18/2003 Icelandair ehf. og Iceland Express ehf. gegn samkeppnisráði hélt Icelandair því fram að til þess að um ólögmetna undirverðlagningu geti verið að ræða „beri að sýna fram á að viðkomandi fyrirtæki hafi mátt gera ráð fyrir að geta endurheimt tekjutapið með verðhækkun eftir að keppinautur þyrfti frá að hverfa.“ Áfrýjunarnefnd samkeppnismála féllst hins vegar ekki á þetta. Sama hefur verið lagt til grundvallar í EES/EB-samkeppnisrétti. Í Tetra Pak II málinu fyrir dómstóli EB var því haldið fram af Tetra Pak að þessi regla um endurheimt kostnaðar ætti að gilda í EB-samkeppnisrétti og var þessu til stuðnings, líkt og í þessu máli, vísað til dóms Hæstaréttar Bandaríkjanna í Brooke Group málinu.¹²⁷ Í álit Ruíz-Jarabo Colomer aðallögsögumans dómstóls EB í málinu kemur fram að ekki eigi að líta svo á að endurheimt kostnaðar sé nauðsynlegt skilyrði fyrir ólögmetri undirverðlagningu. Til stuðnings þessu setti aðallögsögumaðurinn fram ýmis rök, m.a. að endurheimt kostnaðar sé það markmið sem markaðsráðandi fyrirtæki sækist eftir en undirverðlagning sé í eðli sínu samkeppnishamlandi hvort sem þetta markmið hennar næði fram að ganga eða ekki. Jafnframt var bent á að vegna hins efnahagslega styrks markaðsráðandi fyrirtækja og veikrar samkeppni á viðkomandi eða tengdum markaði muni markaðsráðandi fyrirtæki almennt geta endurheimt kostnað þegar það grípur til undirverðlagningar.¹²⁸ Dómstóll EB komst að sömu niðurstöðu og taldi að ekki þyrfti að færa sönnur á möguleika á endurheimt kostnaðar í málinu.¹²⁹ Þessi niðurstaða hefur jafnframt verið staðfest í

¹²⁶ *Brooke Group Ltd v Brown & Williamson Tobacco Corporation*, 509 U.S. 209 (1993). Í dómnum segir: „had ... a dangerous probability of recouping its investment in below-cost pricing.“ Í dómi Hæstaréttar Bandaríkjanna

¹²⁷ Mál nr. C-333/94P, [1996] ECR I-5951.

¹²⁸ Sjá álit Ruíz-Jarabo Colomer aðallögsögumans dómstóls EB í máli nr. C-333/94P: „I do not consider it desirable that the Court of Justice should lay down the prospect of recouping losses as a new prerequisite for establishing the existence of predatory pricing contrary to Article 86, for a number of reasons:

-selling at a loss in order to eliminate a competitor would be suicidal if it were used by a dominant undertaking with no prospect of recouping the losses incurred;

-the economic potential of the dominant undertaking and the weakening of competition on dominated or related market will in principal ensure that losses are recouped;

-proof of a prospect of recouping losses is difficult to define and requires complex market analyses, as is clear from US Supreme Court's own case law;

-recouping losses is the result sought by the dominant undertaking, but predatory pricing is itself anti-competitive regardless of whether it achieves that aim“

¹²⁹ „Furthermore, it would not be appropriate, in the circumstances of the present case, to require in addition proof that Tetra Pak had a realistic chance of recouping its losses. It must be possible to penalize predatory pricing whenever there is a risk that competitors will be eliminated.“ Sjá einnig Van Bael & Bellis, *Competition Law of the European Community*, fjórða útgáfa 2005 bls. 937: „In Tetra Pak II, the European Courts also



nýlegum dómi undirréttar EB í France Télécom málinu þar sem til skoðunar var ólöglegt undirverðlagning á markaði fyrir háhraðainternettingar fyrir heimili.¹³⁰

Varðandi dóm Hæstaréttar Bandaríkjanna í Brooke Group málinu hefur einnig verið bent á að ólíkt evrópskum samkeppnisrétti geti í bandarískum rétti fyrirtæki, sem ekki eru markaðsráðandi, gerst sek um ólögmæta undirverðlagningu. Þetta geti réttlætt meiri kröfur í bandarískum rétti til þess að sýna fram á undirverðlagningu.¹³¹ Fjallað hefur verið um þetta í breskum samkeppnisrétti. Í Aberdeen Journal málinu var því haldið fram fyrir breska áfrýjunardómstólnum í samkeppnismálum að sýna yrði fram á möguleika á endurheimt kostnaðar af undirverðlagningu. Við mat á þessu fjallaði dómstóllinn um dóm Hæstaréttar Bandaríkjanna í Brooke Group málinu og benti á að í því máli hefði ekki verið fallist á að fyrirtæki með 12% markaðshlutdeild hefði brotið af sér með undirverðlagningu. Í málinu hefði hinn bandaríski dómstóll beitt lagareglu sem sé öðru vísi orðuð en bannregla bresks réttar við misnotkun á markaðsráðandi stöðu.¹³² Ekki sé því sjálfgefið að unnt sé að þessu leyti að hafa hliðsjón af bandarískum rétti.¹³³ Vísað var og til þess að fyrirtæki með 12% markaðshluteild byggji ekki yfir efnahagslegum styrkleika og gæti því ekki hækkað verð og endurheimt kostnað af undirverðlagningu. Slíkt mál geti hins vegar ekki komið upp í Bretlandi þar sem bannregla bresks réttar taki aðeins til markaðsráðandi fyrirtækja.¹³⁴ Fræðimenn hafa einnig vísað til þessa munar á bandarískum og evrópskum samkeppnisrétti til þess að skýra mun á mismunandi reglum varðandi endurheimt kostnaðar.¹³⁵

rejected the argument that in order for pricing behaviour to qualify as predatory, it should also be established that the dominant undertaking had a realistic chance of recouping its losses."

¹³⁰ Dómur undirréttar EB í máli nr. T-340/03 France Télécom SA v Commission of the European Communities [2007] ECR II-107: „The Commission was therefore right to take the view that proof of recoupment of losses was not a precondition to making a finding of predatory pricing." Sjá einnig Bellamy & Child, European Community Law of Competition, sjötta útgáfa 2008 bls. 960: Í umfjöllun um endurheimt kostnaðar segir m.a.: „In France Telecom v Commission, the Court of First Instance robustly dismissed this ground of challenge to the Commission's decision in Wandadoo Interactive, holding that proof of recoupment of losses was not a precondition to a finding of predatory pricing." Sjá jafnframt Richard Whish, Competition Law, sjötta útgáfa 2008 bls. 735: „The Community Courts have not adopted a requirement of recoupment under Article 82; the most recent judgement on the point, that of CFI in France Telecom v Commission, states clearly that there is no such requirement."

¹³¹ Sjá t.d. Bellamy & Child, European Community Law of Competition, sjötta útgáfa 2008 bls. 960: „Note also that in US antitrust law, unlawful predation is not confined to dominant companies, which may justify placing higher threshold for the claimant to establish."

¹³² Bannregla þessi (Chapter II prohibition) er eins og 11. gr. samkeppnislaga efnislega samhljóða banni 82. gr. Rs. og 54. gr. EES við misnotkun á markaðsráðandi stöðu.

¹³³ Dómur Competition Appeal Tribunal frá 23. júní 2003 í máli nr. 1009/1/1/02 Aberdeen Journal Limited v The Office of Fair Trading [2003] CAT 11: „Recoupment is particularly significant in the context of US anti-trust law. For example, in Brooke Group v Brown & Williamson Tobacco 509 US 209 (1993), a small tobacco company failed to establish that below-cost sales by a competitor with a market share of 12 per cent violated the relevant provisions of the Robinson-Patman Act, essentially because the competitor would have had no subsequent ability to raise prices above competitive levels, even if its strategy of selling below cost had been successful. However, it is important to bear in mind that US anti-trust legislation is drafted differently from the Chapter II prohibition. Hence, concepts developed in US law that enable the courts to distinguish competitive activity which is beneficial to consumers from cases of monopolistic or quasimonopolistic exploitation are not necessary transposable to the Chapter II prohibition."

¹³⁴ „To take, for example, Brooke Group v Brown & Williamson Tobacco: although the alleged 'predation' harmed the plaintiff in that case, there was no detrimental effect to consumer welfare, only the benefit of low prices, because the defendant lacked any market power to recoup its losses by subsequently raising prices. However, a case such as Brooke Group v Brown & Williamson Tobacco would simply not arise under the Chapter II prohibition because the defendant, with a market share of 12 per cent, would not have had a dominant position."

¹³⁵ Sjá O'Donoghue & Padilla, The Law and Economics of Article 82, 2006 bls. 258: „... the prohibition on predatory pricing under Article 82 EC only applies to companies that are already dominant. In jurisdictions where recoupment is a requirement (e.g., United States), a pre-existing dominant position is not a formal condition. Instead, the law requires that the conduct should create or threaten to create a monopoly. Insisting



Af þessu má ljóst vera að munur er á bandarískum samkeppnisrétti annars vegar og íslenskum og EES/EB-samkeppnisrétti hins vegar varðandi kröfur um sönnun á endurheimt kostnaðar í málum sem varða undirverðlagningu markaðsráðandi fyrirtækja.¹³⁶ Því er ljóst af framangreindu að ekki er þörf á sönnun í máli þessu á því að Hagar hafi haft möguleika á því að endurheimta það tap sem félagið varð fyrir í umræddu verðstríði á tímabilinu 2005-2006. Er því ekki hægt að fallast á þessa málsástæðu Haga. Hvað sem þessu líður er sú staða er hins vegar uppi í þessu máli að skilyrði um endurheimt kostnaðar eru uppfyllt, sbr. nánari umfjöllun hér á eftir.

Hagar benda á að margar ástæður geti verið fyrir því að vara sé seld á verði sem sé undir kostnaðarverði og nefna í dæmaskyni að í einni af verslunum Bónuss sem átt hafi að loka hafi margar vörur verið seldar undir kostnaðarverði. Með hliðsjón af viðmiðum Samkeppniseftirlitsins væri slík útsala brot á samkeppnislögum. Með hliðsjón af þessu sé því ekki nægjanlegt að sýna fram á að vara hafi verið seld undir kostnaðarverði, heldur verði að sýna fram á tilgang þess og árangur, líkt og þá kröfu sem gerð sé um sönnun ásetnings í refsimálum.

Samkeppniseftirlitið áréttar að í samkeppnisrétti er almennt litið svo á að verðlagning markaðsráðandi fyrirtækis sem stendur ekki undir breytilegum kostnaði feli í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2007. Er að jafnaði talið að málefnaleg rök geti ekki réttlæt slíka háttsemi og því verði að líta svo á að hún sé til þess fallin að raska samkeppni.¹³⁷ Þarf ekki að sýna fram á sök eða árangur af þessum aðgerðum.¹³⁸ Í undantekningartilvikum geta markaðsráðandi fyrirtæki sýnt fram á að sala þeirra á vörum undir kostnaðarverði helgist af frambærilegum málefnalegum sjónarmiðum, t.d. vegna þess matvörur eru komnar á síðasta söludag. Undir slíkum kringumstæðum er ekki um brot að ræða. Í máli þessu verður metið hvort verðlagning Haga helgist af málefnalegum forsendum.

on a recoupment conditions therefore serves as a screen to exclude cases in which predation is unlikely to be rational. In contrast, requiring dominance a priori involves an assessment of market structure, which includes factors such as market share, capacity and barriers to entry that characterise the structural approach to a recoupment analysis."

¹³⁶ Sjá hér t.d. ávarp William J. Kolasky, Deputy Assistant Attorney General, Antitrust Division, U.S. Department of Justice, North Atlantic Competition Policy: Converging Toward What, 17. maí 2002: Í ávarpinu er fjallað um mun á bandarískum og evrópskum samkeppnisrétti og gerð grein fyrir því að Hæstiréttur bandaríkjanna hafi Brooke Group málinu frá 1993 sagt að sýna þyrfti fram á endurheimtu kostnaðar. Síðan segir: „*The European Court of Justice has adopted the first leg of the Brooke Group test, but has expressly declined to adopt the second leg, holding that recoupment is not a necessary element of predation under Article 82.*”

¹³⁷ Sjá t.d. dóm dómstóls EB í máli nr. C-62/86 AKZO v Commission [1991] ECR I-3359: „*First, prices below average variable costs must always be considered abusive. In such a case, there is no conceivable economic purpose other than the elimination of a competitor, since each item produced and sold entails a loss for the undertaking.*”

¹³⁸ Sjá einnig t.d. Faull & Nikpay, The EC Law of Competition, önnur útgáfa 2007 bls. 349: „*The concept of abuse is an objective one, not requiring any subjective dimension as to the mindset of the dominant firm.*”



1.5 Niðurstaða

Í köflunum hér að framan hefur Samkeppniseftirlitið gert grein fyrir því að markaðsráðandi fyrirtæki geti í vissum tilvikum brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með ómálefnalegum verðlækkunum. Eins og fram hefur komið felast í úrskurðum áfrýjunarnefndar samkeppnismála tvö viðmið við mat á verðlagningu markaðsráðandi fyrirtækis:

- Annars vegar sé almennt um misnotkun að ræða þegar markaðsráðandi fyrirtæki selur vöru við verði sem stendur ekki undir meðaltali breytilegs kostnaðar.
- Hins vegar geti verið um misnotkun að ræða ef markaðsráðandi fyrirtæki selur vöru á verði sem er undir meðaltali heildarkostnaðar, þ.e. föstum og breytilegum kostnaði, en yfir meðaltali breytilegs kostnaðar. Í þessu sambandi verður að horfa til þess hversu lítið yfir breytilegum kostnaði verðið er og meta hvort um sértæka aðgerð sé að ræða og umfang hennar.

Eins og gerð hefur verið grein fyrir er ákveðin sérstaða á eftirspurnarhlið matvörumarkaðsins sem ber að hafa í huga. Þannig kaupa viðskiptavinir dagvöruverslana í flestum tilvikum margar vörur eða vörukörfu í hverjum innkaupum í stað þess að kaupa stakar vörur. Það getur svo verið miklum erfiðleikum bundið að gera verðsamanburð á slíkum vörukörfum milli fjölda verslana. Til þess að lágmarka leitar- og verslunarkostnað neytenda hefur verðsamkeppni á matvörumarkaði því oft og tíðum miðast við ákveðnar þekktar vörur og verð þeirra verið lækkað, jafnvel niður fyrir kostnað, með það í huga að niðurgreiða tapið af sölu þeirra með aukinni framlegð af sölu annarra vara. Eins og rakið hefur verið í köflunum hér að framan getur í slíkum aðgerðum undir vissum kringumstæðum falist eðlileg samkeppni. Samkeppnisleg vandamál geta hins vegar komið upp þegar markaðsráðandi fyrirtæki beita slíkum aðgerðum.

Að mati Samkeppniseftirlitsins eru engar sérstakar aðstæður sem kalla á að öðrum viðmiðum en hinum hefðbundnu viðmiðum sé beitt við rannsókn á undirverðlagningu á matvörumarkaði. Í samræmi við fordæmi og fræðikenningar í samkeppnisrétti er það því álit Samkeppniseftirlitsins að rétt kostnaðarviðmið í þessu máli sé meðaltal breytilegs kostnaðar og að innkaupsverð að frádregnum öllum afsláttum sé fullnægjandi nálgun á það viðmið. Þó er það ítrekað að innkaupsverð vanmetur alla aðra kostnaðarliði sem telja mætti breytilega og beint eða óbeint má rekja til sölu á einstökum vörum, s.s. sölukostnað og flutningskostnað. Þessi nálgun er því ívilnandi fyrir Haga.

Á matvörumarkaði getur verið gagnlegt að skoða heildarafkomu viðkomandi aðila á markaðnum með hliðsjón af umræddri reglu áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Í ljósi þessa mun Samkeppniseftirlitið ekki einungis horfa til meðaltals breytilegs kostnaðar á einstökum vörum og vöruflokkum heldur verður til hliðsjónar gerður samanburður á heildartekjum og heildarkostnaði á því tímabili sem um ræðir. Þannig er metið hvort vörukarfa meðalneytanda hafi staðið undir kostnaði og þar af leiðandi hvort í verslunum Bónuss hafi verið um ræða arðbæra beitingu aðdráttarvara með víxlنيðurgreiðslu. Hefur þetta þýðingu við mat á eðli þeirra aðgerða sem Hagar gripu til í máli þessu.



2. Aðgerðir Haga

Í máli þessu er tekið til athugunar hvort Hagar hafi misnotað markaðsráðandi stöðu sína og þar með brotið 11. gr. samkeppnislaga með háttsemi sinni á matvörumarkaðnum. Nánar tiltekið verður metið hvort Hagar hafi brotið gegn 11. gr. laganna með undirverðlagningu á mjólkurvörum í verslanakeðjunni Bónus í verðstríði matvöruverslana sem átti sér stað á árunum 2005 og 2006. Verðstefna Haga í verslunum Bónuss þykir hér hafa þýðingu og verður fyrst vikið að henni.

2.1 Verðstefna verslana Bónuss

Í máli þessu hefur verið sýnt fram á ýmsa þætti sem ráða því hvar neytendur gera sín innkaup. Eigendur verslanakeðja hafa þannig í gegnum tíðina mótað sínar verslanakeðjur til þess að mæta mismunandi þörfum sinna viðskiptavina, hvort sem það er á grundvelli verðs, þjónustu, staðsetningar eða annarra eiginleika sem verslanakeðjurnar bjóða viðskiptavinum sínum uppá. Verslanakeðjurnar hafa því markað sér stefnur eða orðspor sem ætlað er að höfða til neytenda og þeirra þarfa sem þær uppfylla. Markaðshegðun verslanakeðja grundvallast á þessu orðspori. Lágvöruverðsverslanir reyna þannig fyrst og fremst að höfða til neytenda með lágu verði.

Eins og fram hefur komið hefur verslanakeðjan Bónus frá stofnun sinni árið 1989 heitið viðskiptavinum sínum og keppinautum því að bjóða ávallt lægsta vöruverðið á markaðnum hverju sinni. Slagorð fyrirtækisins, „Bónus, býður betur“ endurspeglar þessa stefnu. Þetta hefur verið skýrt svo t.a.m. á heimasíðu Haga:

„Verslanir Bónus hafa frá upphafi lagt metnað sinn í að bjóða alltaf lægsta verðið á markaðnum hverju sinni. Starfsmenn fyrirtækisins fylgjast náið með þróun vöruverðs á markaðnum og á hverjum degi eru á milli fjögur og fimm þúsund vörunúmer skönnuð hjá samkeppnisfyrirtækjunum, allt gert til að standa undir því sem lofað hefur verið frá upphafi, að bjóða alltaf betur.“

Verðstefna Haga í verslunum Bónuss hefur ekki breyst á þeim árum sem Bónus hefur verið hluti af samsteypu Haga. Þannig hefur verslanakeðjan markað sér ákveðið orðspor sem felst í því að bjóða neytendum ávallt lægsta verðið á markaðnum hverju sinni. Slíkt orðspor getur verið áskorun/viðvörðun til annarra fyrirtækja um að gera ekki tilraunir til þess að lækka verð sitt þar sem slíkri verðlækkun verði ávallt mætt með meiri verðlækkun í verslunum Bónuss. Með þessum hætti hefur Bónus í raun tryggt viðskiptavinum sínum ákveðna verðvernd, þ.e. að lægsta verðið sé alltaf að finna í verslunum Bónuss. Á þessa verðstefnu reyndi í verðstríðinu sem hófst á árinu 2005.

2.2 Verðstríð lágvöruverðsverslana

Í máli þessu er ljóst að frá fyrri hluta ársins 2005 tóku lágvöruverðsverslanirnar Bónus, Krónan, Kaskó og Nettó allar þátt í harðri verðsamkeppni í sölu á ýmsum flokkum dagvara, sérstaklega mjólkurvörum. Þannig voru m.a. margar vörur í flokki mjólkurvaraboðnar á lækkuðu verði í nær öllum þessum lágvöruverðsverslunum um lengri eða skemmri tíma. Eins og fyrr sagði var þetta nefnt í opinberri umræðu verðstríð og verður það einnig gert hér.



Segja má að umrætt verðstríð hafi byrjað þann 26. febrúar 2005 þegar Krónan í eigu Kaupáss kynnti allt að 25% verðlækkun á mörgum af helstu flokkum dagvara í verslunum sínum. Voru umræddar verðlækkanir gerðar til að koma á því sem forsvarsmenn Krónunnar nefndu „*virkari samkeppni á matvörumarkaðnum*.”¹³⁹ Í athugasemdum Haga segir svo um upphaf verðstríðsins:

„Aðdragandi og framvinda hins svokallaða verðstríðs er að hluta til rakin í andmælaskjali SE. Þar kemur réttilega fram að hinn 26. febrúar 2005 hafi forsvarsmenn Krónunnar tilkynnt opinberlega um að verð í Krónunni myndi lækka um allt að 25%. Yfirlýst markmið Krónunnar var að auka samkeppni á dag- og matvörumarkaði. Frá upphafi var ljóst að þær vörur sem svokallað verðstríð skyldi ná til yrðu seldar undir kostnaðarverði, enda lítið svigrúm til lækkunar á lágvöruverðsmarkaðnum. Yfirlýsingar Krónunnar hlutu að kalla á viðbrögð aðalkeppinautarins, enda vissu aðilar sem á markaðnum störfuðu af þeirri verðstefnu Bónus að bjóða alltaf betur. Þessir sömu aðilar vissu einnig að Bónus hefur einsett sér að bjóða sama verð í öllum verslunum sínum á landinu og yrðu þar af leiðandi fyrir umtalsvert meira tapi af sölu undir kostnaðarverði en Krónan.”

Í athugasemdum sínum segja Hagar að í verðstríðinu hafi Krónan tekið „*einn vöruflokk sérstaklega út, mjólkurvörur, sem ávallt hefur lága framlegð, og lækkaði þann vöruflokk í tilteknum verslunum sínum. Aðrir keppinautar Haga, t.d. Samkaup léku einnig þann leik.*”

Þann 27. febrúar 2005 kom fram í fjölmiðlum að keppinautar Krónunnar fögnuðu verðlækkuninni. Að mati forsvarsmanna verslanakeðjunnar Bónuss hafi þetta verið staðfesting á því að Bónus hafi verið „*leiðandi á lágvöruverðsmarkaðnum*” og hafi verið „*mun ódýrari en Krónan*.” Þá kom einnig fram í fréttinni að forsvarsmenn Bónuss myndu „*að sjálfsöðu verja vígi [sitt]*.”¹⁴⁰ Hagar hafa og í málinu bent á að fyrirtækið hafi þurft að mæta þessu og Bónus hafi verið „*knúð til að standa við loforð sitt gagnvart neytendum sem þeir höfðu í heiðri haft allt frá stofnun fyrirtækisins frá 1989.*” Fram kom í fjölmiðlum að forsvarsmenn Samkaupa fögnuðu þessum tíðindum og létu hafa eftir sér að verslanir sínar Kaskó myndu einnig taka þátt í samkeppni á lágvöruverðsmarkaðnum. Í sömu frétt var fjallað um verð á nokkrum vörutegundum í Krónunni og Bónusi sem kannað hafði verið daginn áður. Niðurstaðan hafi verið sú að sama verð hafi verið í verslunum beggja verslanakeðjanna á mörgum vörutegundum.

Þann 28. febrúar 2005 kom fram í fjölmiðlum að verðstríð væri skolið á milli lágvöruverðsverslana á höfuðborgarsvæðinu þar sem vöruverð í verslunum Krónunnar og Bónuss lækkaði dag frá degi eins og það var orðað. Þá kom fram í fréttum þann 4. mars 2005 að Kaskó hefði einnig veitt Bónusi harða samkeppni, samkvæmt verðkönnunum sem Morgunblaðið lét gera í lágvöruverðsverslunum á höfuðborgarsvæðinu. Fram kemur að verslanir Bónuss hefðu yfirleitt verið með lægsta verðið, Kaskó kæmi þar á eftir en Krónan ræki lestina. Þannig var t.a.m. nefnt að heildarverð tiltekinnar vörukörfu í Bónusi

¹³⁹ Sjá vefsvæði Morgunblaðsins, laugardaginn 26. febrúar 2005: „*Vilja koma á virkari samkeppni á matvörumarkaði*” (sótt 29. ágúst 2006).

¹⁴⁰ Sjá vefsvæði Morgunblaðsins, sunnudaginn 27. febrúar 2005. „*Segjast hafa verið ódýrari en Krónan*” (sótt 29. ágúst 2006).



hafi verið 6.833 kr., í Kaskó hafi það verið 7.219 kr., í Nettó 7.979 kr. og í Krónunni 8.481 kr.¹⁴¹

Í fréttum þann 12. mars 2005 kom fram að verðbil á milli Bónuss og Krónunnar hefði minnkað mikið þó Bónus væri ennþá með lægsta verðið.¹⁴² Samkvæmt könnun Morgunblaðsins 11. mars 2005 kostaði tiltekin vörukarfa í Bónusi 3.219 kr. Þegar sama karfa í Krónunni kostaði 3.267 kr. Verðið hjá Kaskó var hins vegar 3.665 kr. en hæst var verðið í Nettó, eða 4.218 kr. Þá kom fram í fréttinni að vörur eins og gosdrykkir og mjólk hefðu í sumum tilvikum verið skammtaðar. Þá hefði kílóverð af ýmsu grænmeti og ávöxtum farið niður fyrir 10 kr./kg og allt niður í 1 kr./kg. Ennfremur sagði að mjólk hefði verið boðin á 1 kr./ltr. og að á tímabili hefði mjólk jafnvel verið gefin í verslunum Kaskó, Nettó og Bónuss. Daginn eftir eða þann 13. mars 2005 hækkuðu hins vegar Krónan og Bónus aftur verð sitt á þeim vörutegundum sem boðnar höfðu verið á sérstaklega lágu verði. Þrátt fyrir þetta sögðu forsvarsmenn Bónuss að verðstríðinu væri ekki lokið. Á meðan á þessu stóð kláruðustu mjólkurbirgðir Mjólkursamsölnunar og margar tegundir af skyri, jógúrti og öðrum mjólkurvörum seldust upp.¹⁴³

Þann 17. mars 2005 kom fram í fréttum Morgunblaðsins að Krónan væri lang oftast með lægsta verðið samkvæmt verðkönnun verðlagseftirlits ASÍ. Þá kemur fram að verslanir 10-11 og 11-11 hafi oftast verið með hæsta verðið.¹⁴⁴

Miðvikudaginn 23. mars 2005 bárust fregnir af því að verslanir Krónunnar og Bónuss væru farnar að skera sig úr hvað lágt vöruverð varðaði. Samkvæmt könnun blaðsins sem gerð hafði verið degi áður hefði Bónus verið lítið eitt ódýrari en Krónan og að Kaskó og Nettó virtust vera að draga sig úr verðsamkeppninni. Samkvæmt verðkönnun Morgunblaðsins hefði tiltekin vörukarfa í Bónusi kostað 3.704 kr., í Krónunni kostaði hún 3.777 kr., í Kaskó 5.306 kr. og í Nettó 5.887 kr.¹⁴⁵

Þann 12. apríl 2005 kannaði Morgunblaðið vöruverð í lágvöruverðsverslunum að nýju. Kom þá fram að Bónus væri enn með lægsta verðið, eða 4.064 kr. fyrir vörukörfuna en Kaskó hafi þó fylgt fast á eftir með körfuna á 4.186 kr. Í Nettó hafi verðið verið 4.851 kr. en hæst hafi verðið verið í Krónunni af þessum fjórum lágvöruverðsverslunum eða 4.978 kr.¹⁴⁶ Í lok aprílmánaðar lét Morgunblaðið gera aðra könnun og samkvæmt henni var Krónan með lægsta vöruverðið, eða 3.475 kr. fyrir vörukörfuna. Bónus fylgdi fast á eftir með 3.532 kr. fyrir körfuna, Kaskó því næst með 4.812 kr. og loks Nettó þar sem karfan kostaði 5.587 kr.¹⁴⁷

¹⁴¹Sjá vefsvæði Morgunblaðsins, mánudaginn 28. febrúar 2005. „Báðar lækkuðu verð milli daga en Bónus meira“ (sótt 29. ágúst 2006).

¹⁴²Sjá vefsvæði Morgunblaðsins, laugardaginn 12. mars 2005. „Munurinn 48 krónur á vörukörfu í Bónus og Krónunni“ (sótt 29. ágúst 2006).

¹⁴³Sjá vefsvæði Morgunblaðsins, sunnudaginn 13. mars 2005. „Tilboðsverð hækkaði í Krónunni og Bónus“ og „Verð-stríð að undanförmu“ (sótt 29. ágúst 2006).

¹⁴⁴Sjá vefsvæði Morgunblaðsins, fimmtudagurinn 17. mars 2005. „Krónan langoftast með lægsta verðið“ og „Segja Bónus hafa haft áhrif á niðurstöðurnar“ (sótt 29. ágúst 2006).

¹⁴⁵Sjá vefsvæði Morgunblaðsins, miðvikudaginn 23. mars 2005. „Krónan með lægsta hilluverð en Bónus með lægsta kassaverð“ og „Kaskó gefur eftir í verðstríðinu“ (sótt 29. ágúst 2006).

¹⁴⁶Sjá vefsvæði Morgunblaðsins, þriðjudaginn 12. apríl 2005. „Kaskó fylgir fast á hæla Bónus“ og „Bónus með lægsta hillu- og kassaverð“ (sótt 29. ágúst 2006).

¹⁴⁷Sjá vefsvæði Morgunblaðsins, laugardaginn 30. apríl 2005. „Krónan lægst á kassa en Bónus í hilluverði“ og „57 króna verðmunur á vörukörfu hjá Krónunni og Bónus“ (sótt 29. ágúst 2006).



Verðlagseftirlit ASÍ gerði verðkönnun í tólf matvöruverslunum á höfuðborgarsvæðinu þann 11. maí 2005. Niðurstöður þeirrar könnunar voru þær að Bónus var oftast með lægsta verðið en Krónan næst oftast. Þá kom fram að oft hefði lítil munur verið á vöruverði í verslunum tveimur. Enn sem fyrr kom fram að 10-11 og 11-11 hafi oftast verið með hæsta verðið. Svipuð staða var uppi á teningnum þegar verðlagseftirlit ASÍ gerði aftur verðkönnun þann 5. júlí 2005. Sú könnunin leiddi það hins vegar í ljós að verðlækkanir væru að ganga til baka. Fram kom að verð í Bónusi hefði hækkað um 8,4%, í Krónunni hefði verð hækkað um 6% og í Kaskó um 3,2%.

Undir lok ágúst og byrjun september 2005 bárust enn fréttir af verðstríði Bónuss og Krónunnar. Þannig kom í fréttum Morgunblaðsins þann 3. september 2005 að aðeins einni krónu munaði á verði á vörukörfu Bónuss annars vegar og Krónunnar hins vegar í verðkönnun verðlagseftirlits ASÍ sem gerð hafði verið í lok ágúst 2005.¹⁴⁸ Í sama mánuði gerði Morgunblaðið aðra könnun og kom þá í ljós að karfan kostaði 1.502 kr. í Bónusi, 1.515 kr. í Krónunni, 1.728 kr. í Kaskó og 1.811 kr. í Nettó.¹⁴⁹

Í Morgunblaðinu 22. september 2005 var sagt frá því að meira en hálft ár væri liðið frá því að verðstríð á milli Krónunar og Bónuss hafi hafist og verðkönnun Morgunblaðsins sýndi að þessar verslanir væru nánast jafnar í verði. Í nóvember 2005 var sagt frá því í fjölmiðlum að Alþýðusamband Íslands teldi að verðstríð á matvörumarkaði gæti skaðað samkeppni og raskað hagsmunum neytenda.¹⁵⁰ Í Morgunblaðinu birtist þann 19. janúar 2006 viðtal við forstjóra Haga þar sem fram kemur m.a. að verðstríðið stæði að hluta til enn yfir og að það hefði verið Högum kostnaðarsamt:

„Að sögn Finns ríkir mikil samkeppni á matvörumarkaði í dag og segir hann að það verðstríð sem ríkti hluta síðasta árs sé enn til staðar að einhverju leyti þótt það sé ekki á sama stigi og þegar verið var að gefa vörur. Hann

¹⁴⁸Sjá vefsvæði Morgunblaðsins, laugardaginn 3. september 2005. „Bónus og Krónan bítast“ (sótt 29. ágúst 2006).

¹⁴⁹Sjá vefsvæði Morgunblaðsins, fimmtudaginn 8. september 2005. „Bónus og Krónan bítast enn“ (sótt 29. ágúst 2006).

¹⁵⁰Í frétt Morgunblaðsins þann 22. september 2005 segir: „ALÞYÐUSAMBAND Íslands segir í nýju tölublaði Vinnunnar, þar sem fjallað er um verðstríð á matvörumarkaði, að slíkt verðstríð sé ein þeirra leiða sem fyrirtæki noti til að skapa hindranir á markaði fyrir nýja aðila, sem vilja hasla sér þar völl og taka þátt í samkeppninni. Því geti verðstríð í raun verið skaðlegt fyrir neytendur þegar fram í sækir. Í Vinnunni segir, að líkt og gefi að skilja kætist neytendur þegar verðlag lækkar og heimilið þurfi að verja minna af ráðstöfunartekjum sínum til kaupa á nauðsynjavörum. Ekki megi þó horfa fram hjá því að varasamar hliðar geti fylgt samkeppni líkt og þeirri sem ríkt hafi milli lágvöruverðsverslana á matvörumarkaði undanfarið. Þegar svo sterkir markaðsaðilar hefji verðstríð sín á milli og undirbjóði hver annan, algerlega óhjáð kostnaðarverði þeirrar vöru sem boðin er til sölu, sé slíkt óneitanlega til þess fallið að ryðja minni markaðsaðilum úr vegi og hindra eðlilega samkeppni. Minni fyrirtæki og nýir aðilar á markaði hafi sjaldnast bolmagn til þess að standa undir slíkri niðurgreiðslu á vörum. Þeir hrekist því af markaði eða hætta sér ekki inn á hann af ótta við að verða hraktir út aftur með hörðu verðstríði. Afleiðingarnar verði þær að sterkasti aðilinn á markaðnum, sem hvað lengst getur haldið áfram að niðurgreiða vörur sínar, standi eftir þegar öðrum hafi verið rutt úr vegi og eigi þá auðveldar um vik að stjórna verðlagningunni. „Fyrir neytendur er þetta slæmur kostur. Þótt samkeppnin sé góð og við fögnum henni, er ljóst að til þess að neytendur fái hennar notið á fákeppnismarkaði líkt og hér er ríkjandi verða markaðsráðandi aðilar að fylgja leikreglum markaðarins. Líkt og áður hefur verið bent á, hagnast neytendur fyrst og fremst á því að verðlag á nauðsynjavörum haldist viðvarandi lágt og stöðugt. Nauðsynlegt er því að tryggja að ekki séu hindranir á markaðnum fyrir nýja aðila að hasla sér völl og taka þátt í samkeppninni. Verðstríð líkt og það sem háð hefur verið undanfarið, er ein þeirra leiða sem fyrirtæki nota til að skapa slíka hindrun og getur því í raun verið skaðlegt fyrir neytendur þegar fram í sækir,“ segir í Vinnunni.“



segir uppgjör Haga frá fyrri hluta þessa rekstrarárs, frá mars til september 2005 en uppgjör Haga miðast við 1. mars, sýna að tap vegna verðstríðsins hafi verið um 700 milljónir króna og að afkoma á þessum markaði sé ekki góð, það sé staðreynd."

Ljóst er að verðstríð lágvöruverðsverslana stóð sem hæst frá febrúarlokum 2005 og fram í september sama ár. Verðstríðið var hins vegar enn til staðar á árinu 2006. Þátttakendur voru einkum lágvöruverðsverslanir í eigu Haga og Kaupáss, þ.e. Bónus og Krónan, en einnig tóku lágvöruverðsverslanirnar Kaskó og Nettó í eigu Samkaupa þátt í verðstríðinu. Eru þetta þær verslanir sem yfirleitt voru bornar saman í verðkönnunum á þessu tímabili. Auk þess sem framangreindar verslanir voru virkustu þátttakendur í verðstríðinu hafði það áhrif á smærri verslanir og verslanakeðjur á beinan og óbeinan hátt. Verðstríði umræddra lágvöruverðsverslana fylgdi mikil verðlækkun á ýmsum dagvöruflokkum, s.s. brauðmeti, ávöxtum, sælgæti o.fl., en mest voru mjólkurvörur áberandi í verðstríðinu. Lítraverð á mjólk fór jafnvel niður í 0 kr. á tímabili í verslunum Kaskó, Nettó og Bónuss. Lýtur rannsókn þessi að lögmæti verðlagningar Haga á mjólkurvörur í verslunum Bónuss á þessu tímabili.

Eins og fram hefur komið afluði Samkeppniseftirlitið ítarlegra gagna um verðbreytingar á helstu vöruflokkum sem athugun eftirlitsins beinist einkum að, þ.e. mjólkurvörum. Nánar tiltekið var óskað eftir upplýsingum um smásöluverð án vsk. á tilgreindum vörutegundum eins og það var við lok 1. og 15. dags hvers mánaðar allt frá 1. janúar 2005 til 15. maí 2006 í öllum helstu verslunarkeðjum landsins. Greining þessara gagna bendir til þess að verslanir Bónuss hafi ekki eingöngu verið að mæta samkeppni þegar verslanir Krónunnar lækkuðu verð í sínum verslunum. Ef gögnin eru skoðuð verður ekki komist að annarri niðurstöðu en að tilgangurinn með verðlækkunum í verslunum Bónuss hafi verið að viðhalda þeirri stefnu sinni að bjóða ávallt lægsta vöruverðið á markaðnum í þessum verslunum Haga. Að mati Samkeppniseftirlitsins var þessari stefnu viðhaldið í verðstríðinu og ekki kvikað frá henni, jafnvel þótt smásöluverð vörunnar hafi verið komið langt niður fyrir kostnaðarverð hennar. Var verðlækkunum keppinauta Haga þannig mætt með lægra verði í verslunum Bónuss.

Af einstökum vöruflokkum er þó ljóst að enginn einstakur vöruflokkur var undirverðlagður í eins miklum mæli og í jafn langan tíma og mjólk og mjólkurvörur á umræddu tímabili. Þannig var mjólk t.a.m. um tíma seld á eina krónu hver lítri í sumum verslunum og jafnvel voru dæmi um að mjólk fengist án endurgjalds. Í þessu samhengi verður að horfa til þess að mjólkurvörur falla undir flokk þekktra vara, sem ætla verður að neytendur noti framar öðrum vörum til viðmiðunar þegar bera á saman verðlag á milli verslana. Eru mjólkurvörur því oftast en ekki notaðar sem aðdráttarvörur til þess að ná viðskiptavinum inn í verslun. Þar að auki er hér um er að ræða vörur sem almennt flokkast undir nauðsynjavörur. Neysla þeirra er all nokkur á flestum heimilum og skipar þessi vöruflokkur því vissan sess í heildarútgjöldum heimilanna. Árið 2005 var t.a.m. neysla íslenskra heimila á mjólk og mjólkurafurðum tæp 10% af dagvöruútgjöldum heimilanna og ostar tæp 5% samkvæmt upplýsingum frá Hagstofunni. Verður nú lagt mat á hvort verðlagning á mjólk og mjólkurvörur í verslunum Bónuss á tilteknu tímabili sem nánar verður skilgreint hér á eftir hafi farið gegn 11. gr. samkeppnislaga.



2.3 Kostnaðar- og tekjugreining

Eins og fram hefur komið getur markaðsráðandi fyrirtæki brotið 11. gr. samkeppnislaga með því að selja vöru á verði sem stendur ekki undir meðaltali breytilegs kostnaðar, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2007. Í máli þessu verður litið svo á að innkaupsverð á vöru að frádregnum öllum afslætti sé eðlileg nálgun á það viðmið, sbr. umfjöllun hér að framan. Ber að hafa í huga að þessi nálgun er ívilnandi fyrir Haga þar sem hún vanmetur kostnaðarliði sem telja má breytilega eins og t.d. sölukostnað.

Taka verður hér til skoðunar hvort mjólkurvörur hafi verið verðlagðar undir kostnaði á því tímabili sem um ræðir. Eins og fyrr segir hóf Samkeppniseftirlitið athugun í máli þessu í júní 2006 og voru þá Högum, Kaupási og Samkaupum sendar fyrirspurnir þar sem óskað var eftir sundurliðun á tekjum og kostnaði fyrirtækjanna á tímabilinu frá 1. janúar 2005 til 15. maí 2006. Verður hér eftir vísað til þessa tímabils sem rannsóknartímabilsins.

Þá var einnig óskað eftir gögnum frá Mjólkursamsölunni um mest seldu mjólkurvörur fyrirtækisins. Eftir að þau gögn höfðu borist var í framhaldi ákveðið að taka til skoðunar 17 tiltekna tegundir mjólkurvara sem mest eru seldar hjá Mjólkursamsölunni. Til að bera saman tekjur og kostnað af þeim var óskað eftir upplýsingum frá Högum, Kaupási og Samkaupum um smásöluverð án vsk. á umræddum vörutegundum eins og það var við lok 1. og 15. dags hvers mánaðar allt frá 1. janúar 2005 til 15. maí 2006 fyrir allar verslanakeðjur í eigu fyrirtækjanna. Einnig var óskað eftir upplýsingum um heildarsölutekjur og heildarinnkaupsverð án vsk. á viðkomandi vörum sundurliðað eftir mánuðum frá janúar 2005 til og með apríl 2006. Þá var óskað eftir upplýsingum um heildar sölutekjur og heildar innkaupsverð án vsk. á öllum mjólkurvörum í mjólkurkæli annars vegar og öðrum mjólkurvörum, s.s. viðbiti og ostum, hins vegar eftir verslunum í eigu félaganna, sundurliðað niður á mánuði frá janúar 2005 til og með apríl 2006. Til að leggja mat á afkomu einstakra verslanakeðja var aflað upplýsinga um sundurliðun á kostnaði vegna rekstrar hverrar einstakrar matvöruverslunar eftir því hvort um væri að ræða dagvöru eða sérvöru fyrir árið 2005. Jafnframt var óskað eftir því að einstakir kostnaðarliðir yrðu sundurliðaðir í fastan eða breytilegan kostnað. Auk þessara upplýsinga bárust gögn frá Mjólkursamsölunni um afsláttakjör sem veitt voru þessum aðilum á umræddu tímabili.

Með vísan til umfjöllunar um markaðsstöðu er ljóst að Hagar eru í markaðsráðandi stöðu á skilgreindum mörkuðum í máli þessu og verður því einungis fjallað um tekju- og kostnaðarupplýsingar frá því fyrirtæki hér á eftir, nánar tiltekið frá verslunum Bónuss.

Þær 17 vörutegundir sem samkvæmt upplýsingum frá Mjólkursamsölunni voru mest seldu mjólkurvörurnar á rannsóknartímabilinu eru eftirfarandi:

- Nýmjólk í 1/1 l umbúðum
- Nýmjólk í 1 ½ l umbúðum
- Léttmjólk í 1/1 l umbúðum
- Léttmjólk í 1 ½ l umbúðum



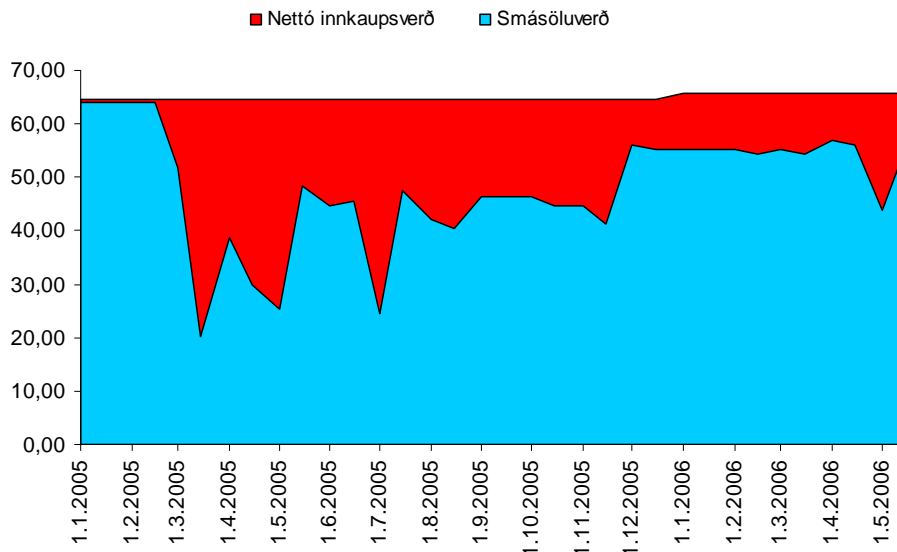
- Fjörmjólk í 1/1 l umbúðum
- Kókómjólk í 1/4 l umbúðum
- AB mjólk í 1/1 l umbúðum
- Létt AB mjólk í 1/1 l umbúðum
- G mjólk í 1/1 l umbúðum
- Undanrenna í 1/1 l umbúðum
- Súrmjólk í 1/1 l umbúðum
- Skyrdrykkur mangó í 330 ml umbúðum
- Skyrdrykkur jarðarberja í 330 ml umbúðum
- Skyrdrykkur vanillu í 330 ml umbúðum
- Rjómi í ½ l umbúðum
- Rjómi í ¼ l umbúðum
- Matreiðslurjómi í ½ l umbúðum

Í eftirfarandi undirköflum verður fjallað um samanburð á tekjum og breytilegum kostnaði vegna sölu á þessum vörum. Sérstaklega verður fjallað um þróun nettóinnkaupsverðs og smásöluverðs á nýmjólk, léttmjólk, rjóma, matreiðslurjóma og þremur tegundum skyrdrykkja á öllu tímabilinu og upplýsingar um þessar vörur settar fram með myndrænum hætti. Þar sem sumar þessara vara eru innan sama vörflokks og þar af leiðandi keimlíkar auk þess sem verð þeirra er svipað verður fjallað um þær saman. Þann fyrirvara verður að gera að upplýsingar um verð eru miðaðar við 1. og 15. dag hvers mánaðar en verðbreytingar urðu stundum oft á dag á því tímabili sem verðstríðið stóð sem hæst. Rétt er að taka fram að Hagar hafa ekki við meðferð málsins gert athugasemdir við þá umfjöllun sem hér fer á eftir og þær tölulegu upplýsingar sem þar koma fram.

2.3.1 Nýmjólk (1 l og 1 ½ l) og léttmjólk (1 l og 1 ½ l)

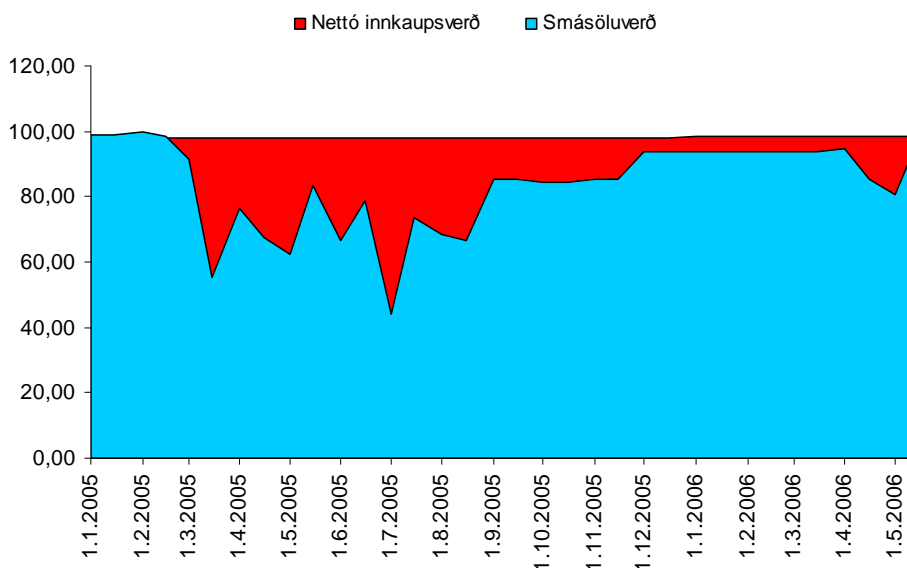
Hér þykir rétt að fjalla saman um þessar fjórar vörutegundir, þ.e. nýmjólk í 1 l og 1 ½ l umbúðum og léttmjólk í sömu stærðum af umbúðum. Verðlagning þessara vara er sambærileg og í raun einungis um örfá tilvik að ræða þar sem einhver verðmunur var á þeim, þ.e. þegar um sömu stærð á umbúðum var að ræða. Þegar tekjur Bónuss vegna sölu á nýmjólk og léttmjólk eru teknar saman yfir tímabilið skipa þær tölulverðan hluta eða 42% af samanlögðum tekjum af vörunum 17 og má því segja að hér sé um mikilvægustu mjólkurvörurnar að ræða fyrir verslanir. Í byrjun árs 2005 var nettó innkaupsverð í Bónusi á nýmjólk og léttmjólk, þ.e. þegar búið var að taka tillit til allra afsláttá frá Mjólkursamsölu, 65 kr. fyrir 1 l og 98 kr. fyrir 1 ½ l. Á sama tíma var smásöluverð á 1 l fernum 64 kr. en um 100 kr. fyrir 1 ½ l fernur, sem þýðir að jafnvel í upphafi tímabilsins voru 1 l fernur af nýmjólk seldar á verði sem var undir meðaltali breytilegs kostnaðar. Innkaupsverðið hélst í báðum tilvikum óbreytt út árið 2005 en hækkaði örlítið í upphafi ársins 2006. Á sama tíma voru þó talsverðar sveiflur á smásöluverðinu.

Þegar borið er saman hvernig innkaups- og smásöluverðið á 1 l og 1 ½ l af nýmjólk og léttmjólk þróaðist á tímabilinu er niðurstaðan skýr eins og sjá má á myndunum hér fyrir neðan. Bláa svæðið sýnir hvernig smásöluverðið þróaðist á tímabilinu, efri mörk rauða svæðisins sýna innkaupsverðið og rauða svæðið sjálf sýnir því það tap sem varð af sölu hvernar fernu á hverjum tímapunkti.



Mynd 16: Þróun smásöluverðs og nettó innkaupsverðs á einum lítra af nýmjólk og léttmjólk yfir tímabilið frá janúar 2005 til og með maí 2006 í verslunum Bónuss.

Eins og má sjá urðu miklar verðlækkningar í upphafi mars 2005 og hélst smásöluverðið töluvert undir innkaupsverði það sem eftir var af tímabilinu. Meðaltal smásöluverðs á 1 l fernum var um 48 kr. á meðan innkaupsverðið var tæplega 65 kr. og var því að meðaltali neikvæð framlegð upp á 17 kr. af sölu á hverri 1 l fernu. Mismunurinn náði síðan hámarki um miðjan mars 2005 þegar innkaupsverðið var 45 kr. hærra en smásöluverðið.



Mynd 17: Þróun smásöluverðs og nettó innkaupsverðs á einum og hálfum lítra af nýmjólk og léttmjólk yfir tímabilið janúar 2005 til maí 2006 í verslunum Bónuss.



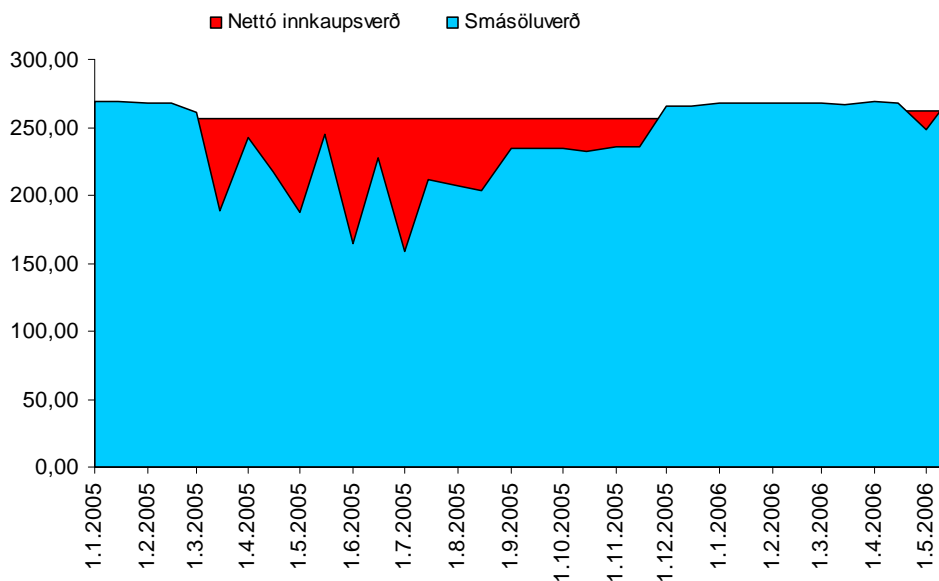
Þróunin var með svipuðu móti og sýnt er á mynd 16 þegar verð á 1 ½ l fernum er skoðað þó að verðið hafi í heild sinni ekki verið jafn mikið undir kostnaði og í tilviki 1 l fernanna. Meðaltal smásöluverðsins var 84 kr. á tímabilinu á meðan innkaupsverðið var 104 kr. sem gerir meðal framlegðartap að upphæð 20 kr. Munurinn náði hámarki í byrjun júlí 2005, þegar söluverð var 53 kr. undir innkaupsverðinu.

Af framangreindu er ljóst að bæði nýmjólk og léttmjólk hefur á nánast öllu rannsóknartímabilinu verið seld með umtalsverðri neikvæðri framlegð en meðalverð stóð að jafnaði ekki undir nema um 75-80% af nettó innkaupsverði. Ekki var um að ræða einstaka verðlækkunar til skamms tíma heldur lækkun verðs niður fyrir kostnað yfir tímabil sem varði í rúmt ár.

2.3.2 Rjómi (½ l og ¼ l) og matreiðslurjómi (½ l)

Af þeim 17 vörum sem fjallað er um hér var samanlögð tekjuhlutdeild rjóma og matreiðslurjóma tæplega 25% og var þar af u.þ.b. helmingurinn sala á rjóma í ¼ l fernum. Í upphafi tímabilsins var nettó innkaupsverð á ½ l af rjóma 256 kr., fyrir ¼ l af rjóma var innkaupsverðið 130 kr. og 136 kr. fyrir matreiðslurjómann (1/2 l). Á sama tíma var rjómi í ½ l fernum seldur á 268 kr., í ¼ l fernum á 138 kr. og matreiðslurjóminn á 144 kr. Var því um jákvæða framlegð að ræða af öllum þremur vörutegundunum fyrir verðstríðið. Það breyttist hins vegar þegar verðstríðið hófst eins og myndir 18, 19 og 20 bera með sér. Rétt eins og með nýmjólkina og léttmjólkina breyttist innkaupsverðið ekki á árinu 2005 en hækkaði síðan um tæpar 7 kr. í tilfelli ½ l rjóma og rúmar 3 kr. í tilfelli ¼ l rjóma og ½ l matreiðslurjóma. Töluverðar sveiflur voru hins vegar á smásöluverðinu.

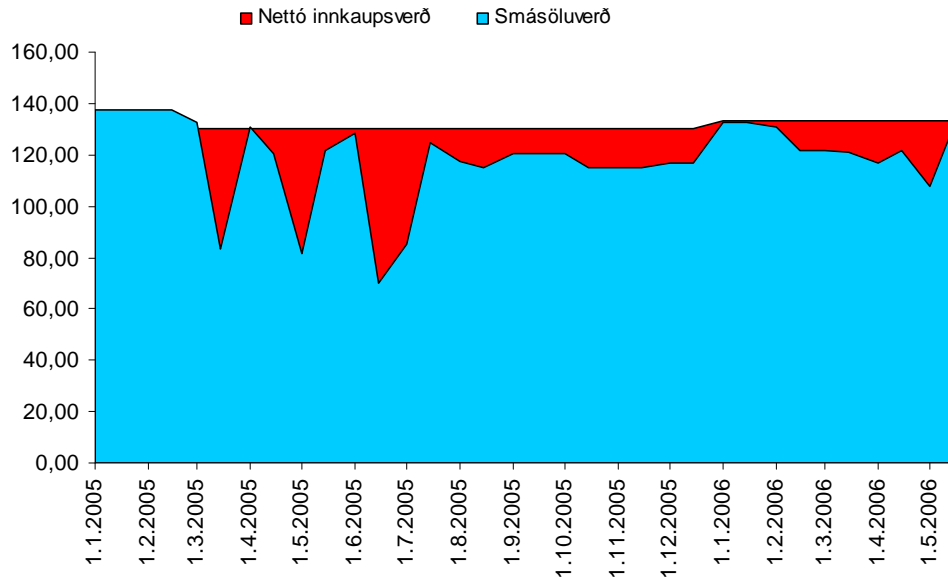
Myndir 18, 19 og 20 sýna hvernig innkaups- og smásöluverðið á þessum tilteknu vörum þróaðist yfir tímabilið. Sem fyrr er það bláa svæðið sem sýnir hvernig smásöluverðið þróaðist á tímabilinu, efri mörk rauða svæðisins sýna innkaupsverðið og rauða svæðið sjálft sýnir því það tap sem varð af sölu hvernar fernu á hverjum tímapunkti.



Mynd 18: Þróun smásöluverðs og nettó innkaupsverðs á hálfum lítra af rjóma yfir tímabilið frá janúar 2005 til og með maí 2006 í verslunum Bónuss.



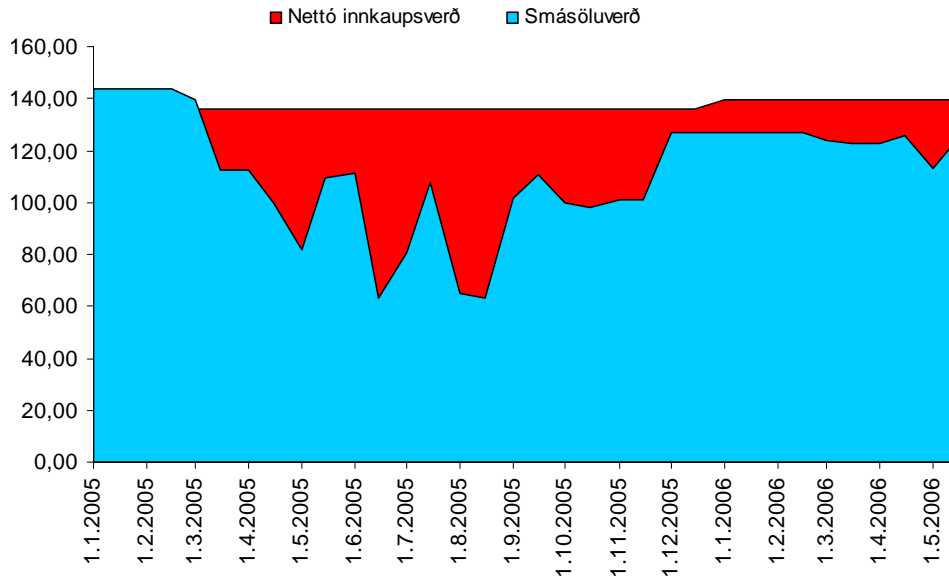
Sem fyrr má sjá að töluverðar verðlækkningar urðu á smásöluverði í upphafi mars 2005 sem virðast þó hafa gengið til baka fyrir árslok. Meðaltal smásöluverðs á ½ l af rjóma var um 241 kr. þegar nettó innkaupsverðið var tæplega 258 kr. og var því framlegðin að meðaltali neikvæð um 17 kr. Hinn neikvæði mismunur náði síðan hámarki í byrjun júlí 2005 þegar innkaupsverðið var 97 kr. hærra en smásöluverðið.



Mynd 19: Þróun smásöluverðs og nettó innkaupsverðs á fjórðungi lítra af rjóma yfir tímabilið frá janúar 2005 til og með maí 2006 í verslunum Bónuss



Meðaltal smásöluverðs á ¼ l rjóma yfir tímabilið var um 119 kr. Þegar innkaupsverðið var tæplega 131 kr. og var framlegðin því að meðaltali neikvæð um 12 kr. Mismunurinn náði hámarki um miðjan júní 2005 þegar innkaupsverðið var 60 kr. hærra en smásöluverðið.



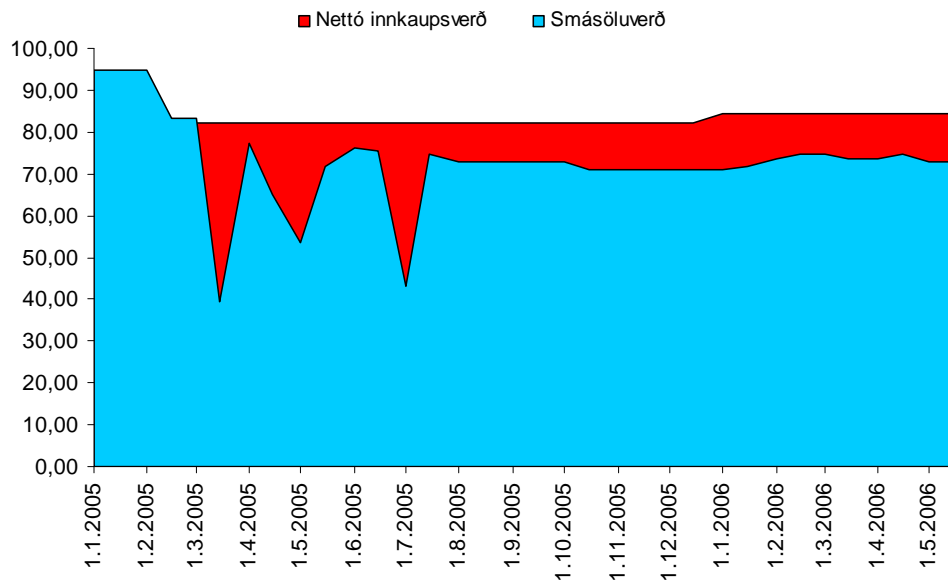
Mynd 20: Þróun smásöluverðs og nettó innkaupsverðs á hálfum lítra af matreiðslurjóma yfir tímabilið frá janúar 2005 til og með maí 2006 í verzlunum Bónuss

Meðaltal smásöluverðs á ½ l matreiðslurjóma yfir tímabilið var tæplega 113 kr. Þegar innkaupsverðið var um 137 kr. og var framlegðin því að meðaltali neikvæð um 24 kr. Mismunurinn náði hámarki um miðjan júní 2005 þegar innkaupsverðið var 73 kr. hærra en smásöluverðið.

2.3.3 Skyrdrykkir (330 ml)

Hér er um að ræða þrjár tegundir skyrdrykkja, þ.e. með vanillu-, mangó- og jarðaberjabragði, allar seldar í 330 ml umbúðum. Eins og við mátti búast er verðlagning á öllum þessum drykkjum nokkuð áþekkt að nokkrum tímáttum undanskildum og verður því fjallað um þá sameiginlega. Samanlögð tekjuhlutdeild skyrdrykkjanna sem hlutfall af þeim vörum sem hér eru til skoðunar var rúm 11%. Í upphafi tímabilsins var nettó innkaupsverð á skyrdrykkjum 82 kr. Skyrdrykkir með mangó- og jarðaberjabragði voru þá seldir á 95 kr. en skyrdrykkir með vanillubragði voru ekki settir á markað fyrr en u.þ.b. mánuði síðar. Innkaupsverðið var óbreytt allt árið 2005 en hækkaði lítillega í upphafi ársins 2006.

Myndin hér fyrir neðan sýnir hvernig innkaups- og smásöluverð á jarðaberjaskyrdrykk (330 ml) þróaðist yfir tímabilið. Ekki þykir ástæða til þess að sýna myndir af verðþróun annarra skyrdrykkja þar sem verðið var í flestum tilvikum það sama eða mjög sambærilegt.



Mynd 21: Þróun smásöluverðs og nettó innkaupsverðs á 330 ml skyrdrykkjum með jarðaberja- og mangóbragði yfir tímabilið frá janúar 2005 til og með maí 2006 í verslunum Bónuss

Meðaltal smásöluverðs á skyrdrykkjum með jarðaberja- og mangóbragði var um 73 kr. á meðan innkaupsverðið var tæplega 83 kr. og var framlegðin því að meðaltali neikvæð um 10 kr. á báðum vörunum. Sama innkaupsverð var fyrir skyrdrykki með vanillubragði en meðaltal smásöluverðsins var þar um 72 kr. og því var meðalframlegðin neikvæð um 11 kr. Mest var framlegðartapið 43 kr. um miðjan marsmánuð 2005 og á það við um allar vörurnar.

2.3.4 Samanburður á öllum vörunum

Í þessum kafla verður borið saman meðaltal smásöluverðs, innkaupsverðs og framlegðar sem og hámarks- og lágmarksframlegð allra þeirra 17 vara sem rannsóknin náði til. Samanburðurinn kemur fram í töflunni hér fyrir neðan.



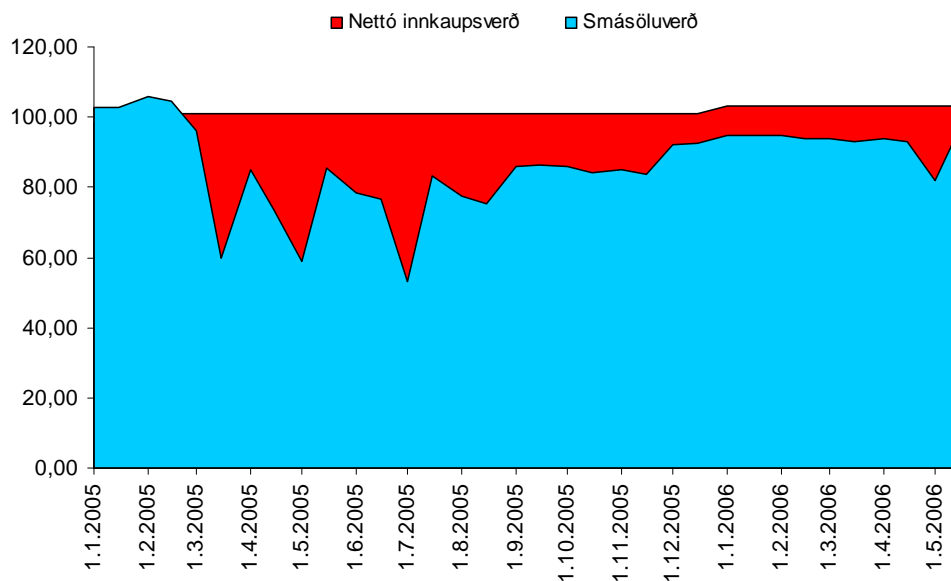
Tafla 22: Verðlagning mjólkurvara í Bónusi á tímabilinu janúar 2005 til maí 2006. Raðað eftir hlutdeild vara í heildartekjum

Vöruhegund	Meðal-smásöluverð	Meðal-innkaupsverð (nettó)	Meðal-framlegð	Hámarks-framlegð	Lágmarks-framlegð
Léttmjólk 1 l	48	65	-17	-1	-45
Nýmjólk 1 l	48	65	-17	-1	-45
Rjómi ¼ l	126	131	-5	8	-61
Rjómi ½ l	241	258	-17	13	-99
Léttmjólk 1 ½ l	84	98	-14	2	-54
Undanrenna 1 l	53	65	-12	2	-42
Fjörmjólk 1 l	66	80	-14	3	-45
Nýmjólk 1 ½ l	84	98	-14	2	-53
Matreiðslurjómi ½ l	113	137	-24	7	-74
Skyrdr. jarðarb. 330 ml	73	83	-10	12	-43
Skyrdr. mangó 330 ml	73	83	-10	12	-43
Skyrdr. vanillu 330 ml	72	83	-11	12	-43
Létt AB mjólk 1 l	102	116	-14	11	-46
Súrmjólk 1 l	71	92	-22	3	-49
AB mjólk 1 l	101	116	-16	8	-59
Kókómjólk ¼ l	37	45	-8	1	-30
G mjólk 1 l	72	87	-15	9	-37

Eins og fram kemur í töflunni er meðalframlegðin neikvæð yfir tímabilið og er hún allt frá því að vera neikvæð um 5 kr. í tilvikum ¼ l rjóma og í það að vera neikvæð um 24 kr. að því er varðar sölu á ½ l matreiðslurjóma. Þegar hámarksframlegðin er skoðuð, sem ætti nokkurn veginn að endurspegla verðlagið fyrir verðstríð, er álagningin frekar lítil í flestum tilvikum og jafnvel neikvæð.¹⁵¹ Lágmarksframlegðin var í öllum tilvikum neikvæð og var þar að auki um talsvert tap að ræða í flestum tilvikum, eða allt frá því að lágmarks framlegðin væri neikvæð um 30 kr. að því er varðar ¼ l kókómjólkurfurnur og í að vera neikvæð um 99 kr. í sölu á ½ l af rjóma.

Til þess að fá enn skýrari mynd af heildarverðlagningunni er gagnlegt að setja saman nokkurs konar verðvísitölu yfir þær 17 vörur er um ræðir, með því að reikna út meðaltal innkaups- og smásöluverðs allra varanna, vegið með tilliti til hlutdeildar hverrar vöru af heildartekjum þessara 17 vöruhegunda. Með því fæst gott yfirlit yfir verðlagningu mjólkurvara á rannsóknartímabilinu. Þróun þessarar „verðvísitölu“ má sjá á myndinni hér fyrir neðan.

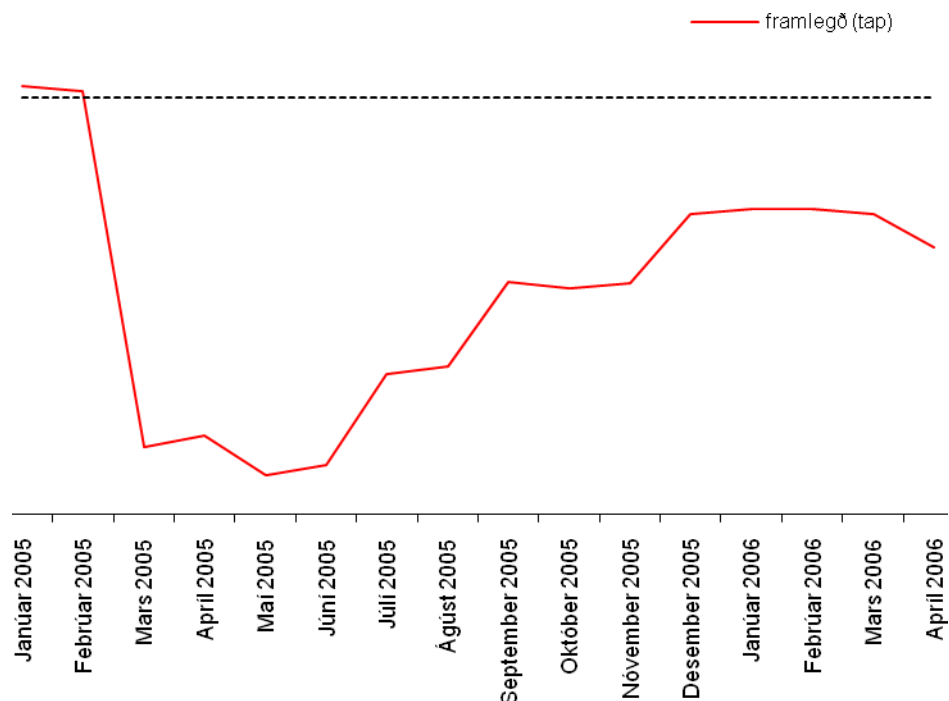
¹⁵¹ Léttmjólk og Nýmjólk í 1 l. fernum var seld 1 kr. undir innkaupsverði við upphaf tímabilsins.



Mynd 22: Þróun „vísitölu“ smásöluverðs og nettó innkaupsverðs mjólkurvara yfir tímabilið frá janúar 2005 til með maí 2006 í verzlunum Bónuss

Eins og ljóst er af myndinni hefur framlegð af sölu á mjólkurvörum verið jákvæð fyrstu tvo mánuði ársins 2005, a.m.k. ef miðað er við sölu á þessum 17 mest seldu mjólkurvörum. Verulegt tap hefur hins vegar orðið eftir að verðstríðið hófst sem náði hámarki um mitt ár 2005. Jafnframt er þó ljóst að umræddar vörur voru seldar með umtalsverðu tapi það sem eftir var af árinu 2005 og allt til loka rannsóknartímabilsins í maí 2006.

Ekki aðeins er gagnlegt að bera saman einingaverð í smásölu og nettó innkaupsverð umræddra vara. Rétt er að líta einnig til heildartekna og heildarinnkaupsverðs varanna. Niðurstöður þess samanburðar koma fram á myndinni hér fyrir neðan.

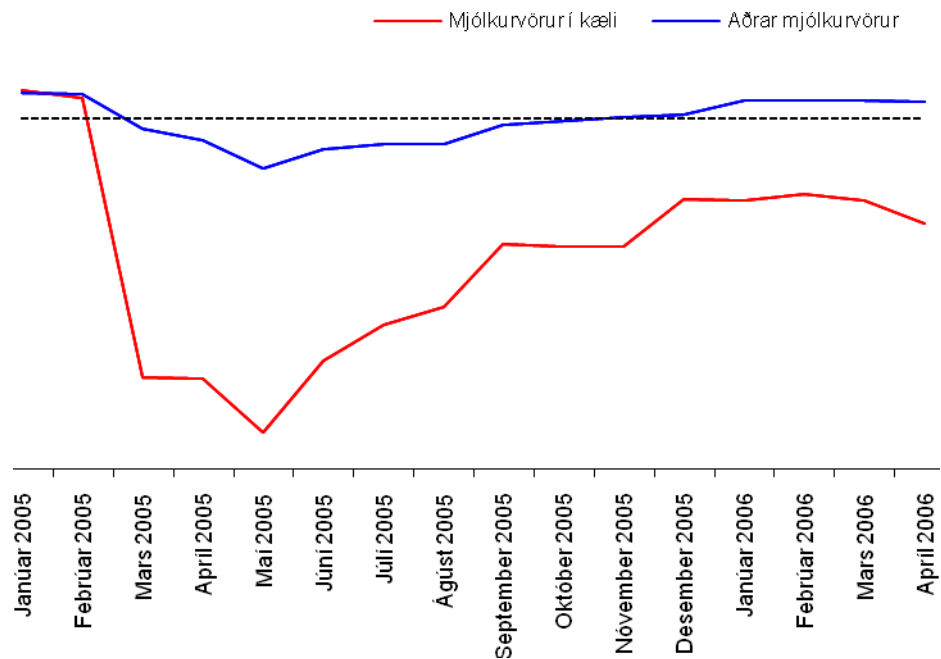


Mynd 23: Heildarframlegð af sölu 17 algengustu tegundum mjólkurvara í verslunum Bónuss á tímabilinu frá janúar 2005 til og með apríl 2006¹⁵²

Eins og fram kemur á myndinni hér fyrir ofan var mikið framlegðartap af sölu á umræddum 17 mjólkurvörutegundum í Bónusi á rannsóknartímabilinu. Hámarki náði mánaðarlegt tap í maí 2005 þegar það var um [...] milljónir kr. Alls nam framlegðartapið á tímabilinu í heild rúmlega [...] milljónum kr.

Eins og fyrr segir hefur hér þó aðeins verið fjallað um 17 mest seldu mjólkurvörurnar og tap vegna sölu á þeim. Mjólkursamsalan býður hins vegar upp á mun fleiri vörutegundir auk þess sem Osta- og smjörnsalan býður upp á osta og viðbit sem eru vörur framleiddar úr mjólk þó þær séu í daglegu tali ekki flokkaðar sem hefðbundnar mjólkurvörur. Myndin hér fyrir neðan sýnir annars vegar afkomu vegna sölu á mjólkurvörum í heild, þ.e. vörum sem Mjólkursamsalan selur, og svo hins vegar öðrum mjólkurvörum (ostum og viðbiti) sem aðallega eru seldar af Osta- og smjörnsölu.

¹⁵² Upplýsingar á y-ás felldar út vegna trúnaðar.



Mynd 24: Heildarframlegð af mjólkurvörum í heild sinni, skipt niður í mjólkurvörur í mjólkurkæli og aðrar mjólkurvörur fyrir tímabilið frá janúar 2005 til og með apríl 2006¹⁵³

Af mjólkurvörum sem seldar eru í mjólkurkæli nam heildar framlegðartapið í verslunum Bónuss yfir tímabilið tæplega [...] milljónum kr. Undirverðlagning annarra mjólkurvara en þeirra 17 sem hér hefur verið fjallað um, eins og t.d. viðbits og osta, var ekki jafn umfangsmikil og nam framlegðartap vegna sölu á þeim vörum rúmlega [...] milljónum kr. á rannsóknartímabilinu. Heildar framlegðartap vegna sölu á mjólkurvörum nam því alls rúmlega [...] milljón kr. Til þess að setja þessar niðurstöður í samhengi má nefna að hér er um að ræða framlegðartap sem nemur rúmlega [...] % af heildardagvöruveltu Bónuss á tímabilinu. Þá er einnig rétt að geta þess að hlutfall veltu mjólkurvara í kæli nemur um [...] % af heildardagvöruveltu Bónuss og aðrar mjólkurvörur nema um [...] %. Verður framlegðartapið að teljast allhótt, sérstaklega í ljósi þess að fleiri vöruflokkar en mjólkurvörur voru undirverðlagðar á tímabilinu eða a.m.k. á þeim tíma þegar verðstríðið stóð sem hæst. Nánar verður þó fjallað um þetta atriði í næsta kafla þegar tekin verður til skoðunar heildarafkoma Bónusverslana á rannsóknartímabilinu.

2.3.5 Samanburður á heildartekjum og heildarkostnaði í verslunum Bónuss

Eins og fjallað hefur verið um hér að framan kann undirverðlagning á matvörumarkaði að vera eðlileg í þeim tilvikum þar sem verslanir greiða tap af sölu á einstökum vörum með öðrum vörum sem eru seldar með jákvæðri framlegð enda lýsir eftirspurn neytenda í matvöruverslunum sér fremur í eftirspurn eftir vörum í vörukörfu en einstökum vörum. Eins og fyrr segir verður þó að gera fyrirvara við slíka réttlætingu þegar markaðsráðandi

¹⁵³ Upplýsingar á y-ás felldar út vegna trúnaðar.



fyrirtæki á í hlut en samkeppnisleg vandamál geta komið upp þegar fyrirtæki í slíkri stöðu beita slíkum aðferðum.

Hvað sem þessu líður er þó gagnlegt í málinu að skoða heildarafkomu Bónuss á þessu tímabili. Þannig er m.ö.o. metið hvort vörukarfa meðalneytanda hafi að jafnaði staðið undir kostnaði.

Í töflunni hér að neðan eru bornar saman heildarsölutekjur og heildarkostnaður í Bónusverslunum á öllu landinu fyrir árið 2005. Mikilvægt er að hafa í huga að í umfjölluninni hér á eftir er átt við bókhaldslegan hagnað, sem er ekki hið sama og hagfræðilegur hagnaður (e. economic profit). Hagfræðilegur hagnaður er að jafnaði mun minni en bókhaldslegur hagnaður vegna þess að út frá hagfræðilegu sjónarmiði er tekið tillit til innri kostnaðar en í bókhaldi er það ekki gert. Í bókhaldsgögnum er einungis tekið tillit til ytri kostnaðar. Við útreikning á hagfræðilegum hagnaði er t.a.m. tekið tillit til fórnarkostnaðar (e. opportunity cost) og svokallaðs sokkins kostnaðar (e. sunk cost) en það er hins vegar ekki gert þegar kostnaður er reiknaður út í bókhaldi fyrirtækja. Þannig er bókhaldslegt tap af rekstri að öllum líkindum verulega vanmetið í samanburði við hagfræðilegt tap.

Tafla 23: Heildarsölutekjur og heildarkostnaður Bónuss fyrir árið 2005¹⁵⁴

Tegund vöru	Heildarsölutekjur	Heildarkostnaður	Bókhaldslegt tap
Dagvara	[...]	[...]	[...]
Sérvara	[...]	[...]	[...]
Allar vörur	[...]	[...]	[...]

Eins og fram kemur í töflunni hér að ofan náðu heildartekjur af sölu dagvöru í Bónusverslunum á árinu 2005 ekki að standa undir heildarkostnaði. Tap varð því á dagvörusölu sem nam rúmlega [...] milljónum kr. Einnig var tap af sölu sérvara sem nam rúmlega [...] milljónum kr. Tapið í heild nam því tæplega [...] milljónum kr. Heildartekjur Bónuss hafa því verið lægri en heildarkostnaður jafnvel þegar litið er til heils árs, eða m.ö.o. þá hefur vörukarfan að jafnaði verið seld með tapi. Þar að auki ber að hafa í huga að hið svokallaða verðstríð hófst ekki strax í upphafi ársins 2005 og er því tapið að öllum líkindum vanmetið, þ.e. tapið á tímabili verðstríðsins var hlutfallslega hærra en hugsanlegt tap fyrstu tæpa tvo mánuði ársins. Af þessum upplýsingum er þegar ljóst að sala á aðdráttarvörum hefur ekki bætt upp það tap sem varð við sölu á mjólkurvörum.

Gagnlegt er til samanburðar að bera saman heildarsölutekjur og heildarkostnað frá árinu 2004, þ.e. árinu áður en verðstríðið hófst. Í töflunni hér fyrir neðan er slíkan samanburð að finna hjá Bónusi fyrir allt landið.

¹⁵⁴ Rétt er að geta þess að hér er um að ræða bókhaldslegan kostnað svo tapið er líklega stórlega vanmetið.



Tafla 24: Heildarsölutekjur og heildarkostnaður Bónuss fyrir árið 2004¹⁵⁵

Tegund vöru	Heildarsölutekjur	Heildarkostnaður	Bókhaldslegur hagnaður
Dagvara	[...]	[...]	[...]
Sérvara	[...]	[...]	[...]
Allar vörur	[...]	[...]	[...]

Eins og sjá má var þó nokkur arðsemi af rekstri verslana Bónuss á árinu 2004 sem styrkir þá niðurstöðu að tapið árið 2005 sé tilkomið vegna undirverðlagningarinnar sem hófst með hinu umrædda verðstríði.

Fram hefur komið að allar verslanir Bónuss séu í meginatriðum með sömu verðlagningu, óháð staðsetningu og kostnaðaruppbyggingu. Því ætti kostnaður við verslunarrekstur, að öðru jöfnu, að vera meiri á landsbyggðinni heldur en á höfuðborgarsvæðinu, t.a.m. vegna aukins flutningskostnaðar. Því er gagnlegt að meta hvort áhrif undirverðlagningarinnar hafi verið önnur á höfuðborgarsvæðinu heldur en á öðrum landfræðilegum mörkuðum.

Tafla 25: Heildarsölutekjur og heildarkostnaður Bónuss á höfuðborgarsvæðinu fyrir árið 2005

Tegund vöru	Heildarsölutekjur	Heildarkostnaður	Bókhaldslegt tap
Dagvara	[...]	[...]	[...]
Sérvara	[...]	[...]	[...]
Allar vörur	[...]	[...]	[...]

Taflan hér að ofan sýnir heildarsölutekjur og heildarkostnað í verslunum Bónuss á höfuðborgarsvæðinu, skipt niður eftir dagvöru og sérvöru. Eins og sjá má var tap á rekstri Bónuss á höfuðborgarsvæðinu hvort sem miðað var við dagvöru eða sérvöru og var einungis jákvæð niðurstaða af rekstri fimm af 16 Bónusverslunum sem reknar voru á höfuðborgarsvæðinu.

Tafla 26: Heildarsölutekjur og heildarkostnaður Bónuss á landsbyggðinni fyrir árið 2005

Tegund vöru	Heildarsölutekjur	Heildarkostnaður	Bókhaldslegt tap/hagn.
Dagvara	[...]	[...]	[...]
Sérvara	[...]	[...]	[...]
Allar vörur	[...]	[...]	[...]

Eins og sjá má af töflunni hér að ofan var töluvert tap af dagvörusölu Bónuss á landsbyggðinni en aftur á móti var jákvæð niðurstaða vegna sölu á sérvöru, sem nægði þó ekki til þess að rekstur Bónuss á landsbyggðinni væri arðbær í heild sinni. Tap var af rekstri allra þeirra átta Bónusverslana sem reknar voru utan höfuðborgarsvæðisins árið 2005 og í aðeins einni þeirra, þ.e. Bónusi í Reykjanesbæ (Fitjum), var arður af dagvörusölu. Af þessu er einnig ljóst að tapið var hlutfallslega meira á landsbyggðinni

¹⁵⁵ Rétt er að geta þess að hér er um að ræða bókhaldslegan kostnað svo tapið er líklega stórlega vanmetið.



og því má ætla að áhrif undirverðlagningarinnar hafi verið hvað mest utan höfuðborgarsvæðisins.

2.4 Um heimild Haga til þess að mæta samkeppni

Samkvæmt framansögðu er ljóst að verðlagning Haga í verslunum Bónuss á mjólkurvörum stóð ekki undir breytilegum kostnaði á rannsóknartímabilinu. Hagar hafa hins vegar mótmælt því að um ólögmætar aðgerðir hafi verið að ræða. Félagið bendir m.a. á að verslanir Bónuss hafi einungis verið að mæta samkeppni þegar Krónan hóf að lækka verð sitt í febrúar 2005. Sökum þessa verður að líta til þess að hvaða marki 11. gr. samkeppnislaga heimilar markaðsráðandi fyrirtækjum að mæta samkeppnislegum aðgerðum keppinauta sinna.

Samkeppniseftirlitið bendir hér almennt á að markaðsráðandi fyrirtæki er að ákveðnu marki heimilt að bregðast við og verja viðskiptahagsmuni sína þegar á þá er ráðist.¹⁵⁶ Er þetta oft nefnt að markaðsráðandi fyrirtæki sé heimilt að mæta samkeppni til þess að verja viðskiptalega hagsmuni sína ef gegn þeim er gerð atлага. Þannig er markaðsráðandi fyrirtæki með vissum hætti heimilt að mæta samkeppni í þeim tilvikum er keppinautur t.d. snýr sér til viðskiptavina þess og bíður þeim hagstætt verð. Getur þetta leitt til þess að aðgerð markaðsráðandi fyrirtækis sem ella teldist misnotkun á slíkri stöðu sé álitin lögmæt viðbrögð við samkeppni.

Sökum styrks markaðsráðandi fyrirtækja verða þau hins vegar að sýna hof í varnarviðbrögðum sínum og gæta þess að misnota ekki ráðandi stöðu sína.¹⁵⁷ Viðbrögð ráðandi fyrirtækis við samkeppni verða þannig að byggjast á efnahagslegri frammistöðu fyrirtækisins og vera í samræmi við hagsmuni neytenda.¹⁵⁸ Slík viðbrögð verða einnig að vera í samræmi við meðalhóf og hafa verður hliðsjón af efnahagslegum styrk viðkomandi fyrirtækja.¹⁵⁹ Taka verður hins vegar skýrt fram að þessi heimild til að mæta samkeppni nær aðeins til varnaraðgerða og á ekki við ef raunverulegur tilgangur aðgerða er að styrkja markaðsráðandi stöðu og misnota hana.¹⁶⁰ Ef markaðsráðandi fyrirtæki svarar

¹⁵⁶Sjá t.d. dóm dómstóls EB í máli nr. 27/76 *United Brands v Commission* [1978] ECR 207.

¹⁵⁷Hefur þetta komið skýrt fram í fjölmörgum dómum dómstóla EB. Sjá t.d. John Temple Lang, *Reprisals and overreaction by dominant companies*: [2008] E.C.L.R 11: „*In a series of judgements the Community Courts have said, in response to arguments that the dominant company was only defending its legitimate interests, that a dominant company must not abuse its position when it reacts to competition.*”

¹⁵⁸Sjá dóm undirréttar EB í máli nr. T-228/97 *Irish Sugar v Commission* [1999] ECR II-2969: „*Thus, even if the existence of a dominant position does not deprive an undertaking placed in that position of the right to protect its own commercial interests when they are threatened (see paragraph 112 above), the protection of the commercial position of an undertaking in a dominant position with the characteristics of that of the applicant at the time in question must, at the very least, in order to be lawful, be based on criteria of economic efficiency and consistent with the interests of consumers.*” Sjá einnig dóm undirréttar EB í máli nr. T-83/91 *Tetra Pak v Commission* [1994] ECR II-755: „*Article 86 of the Treaty prohibits an undertaking in a dominant position from eliminating a competitor by practising competition by means of price which does not come within the scope of competition on the basis of quality (judgment in AKZO v Commission, cited above, paragraph 70).*”

¹⁵⁹Sjá dóm dómstóls EB í máli nr. 27/76 *United Brands v Commission* [1978] ECR 207: „*Even if the possibility of a counter-attack is acceptable that attack must still be proportionate to the threat taking into account the economic strength of the undertakings confronting each other.*”

¹⁶⁰Sjá t.d. dóm dómstóls EB í máli nr. 27/76 *United Brands v Commission* [1978] ECR 207: „*Although it is true ... that the fact that an undertaking is in a dominant position cannot disentitle it from protecting its own commercial interests if they are attacked, and that such an undertaking must be conceded the right to take such responsible steps as it deems appropriate to protect its said interests, such behaviour cannot be countenanced if its actual purpose is to strengthen this dominant position and abuse it.*” Sjá einnig Ritter og Braun, *European Competition Law*, þriðja útgáfa (2004) bls. 418 „... even a dominant firm may take measures of defensive nature based on criteria of economic efficiency, provided it is consistent with the interest of consumers.”



verðlagningu keppinautar með lægra verði (undirboð) er ekki um að ræða eðlileg varnarviðbrögð.¹⁶¹

Í þessari heimild til þess að mæta samkeppni felst ekki heimild fyrir markaðsráðandi fyrirtæki til þess að selja vörur undir kostnaðarverði.¹⁶² Á þetta reyndi í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í málum nr. 17-18/2003 *Icelandair ehf. og Iceland Express ehf. gegn samkeppnisráði*. Í málinu komst áfrýjunarnefnd að þeirri niðurstöðu að Icelandair hefði misnotað markaðsráðandi stöðu sína með ólögmætri undirverðlagningu. Icelandair byggði á því að félagið hefði haft heimild til þess að mæta samkeppni frá Iceland Express. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála féllst ekki á þetta og taldi undirverðlagningu Icelandair ekki fela í sér eðlilega samkeppni. Á þetta reyndi einnig í nýlegu máli fyrir undirrétti EB. Í ákvörðun framkvæmdastjórnar EB í málinu var komist að þeirri niðurstöðu að markaðsráðandi fyrirtæki (WIN) hefði selt þjónustu undir kostnaði. WIN hélt því fram að þessi hegðun þess væri lögmætt þar sem það hefði aðeins verið að mæta verðsamkeppni frá keppinautum. Framkvæmdastjórnin féllst ekki á þetta. Hún benti á að lág verðlagning nýrra og lítilla keppinauta sé eðlileg. Hins vegar gegni allt öðru máli um markaðsráðandi fyrirtæki. Þau hafi ekki heimild til þess að jafna verð smærri keppinauta ef það leiðir til þess selt sé undir kostnaði. Á markaðsráðandi fyrirtækjum hvíli skylda til þess að raska ekki samkeppni.¹⁶³ Fyrir undirrétti EB byggði WIN á því að þessi niðurstaða framkvæmdastjórnarinnar væri röng og að fyrirtækinu væri ávallt heimilt að mæta samkeppni og undir slíkum kringumstæðum skipti ekki máli að lögum þótt verð væri undir kostnaði. Undirréttur EB féllst ekki á þetta og tók að öllu leyti undir niðurstöðu framkvæmdastjórnarinnar að þessu leyti.¹⁶⁴

Í máli þessu liggur fyrir að Hagar mættu samkeppni með því að selja mjólkurvörur í verslunum Bónuss undir breytilegum kostnaði. Umfang þessarar undirverðlagningar var

¹⁶¹ Sjá einnig Ulrich Springer, „Meeting Competition“: Justification of Price Discrimination under E.C. and U.S. Antitrust Law: [1997] 4 ECLR 251: „It follows that a „meeting but not beating“ doctrine also applies under EC Law. ... Under EC law ... the concept of meeting competition is merely a defensive one ... Thus the ECJ clarifies that the possibility of lawfully discriminating between customers in order to meet a competing offer is merely a defensive one and that every attempt to use it to expand an existing dominant position will be regarded as abusive under Article 86. “

¹⁶² Sjá t.d. dóm undirréttar EB í máli nr. T-83/91 Tetra Pak v Commission [1994] ECR II-755.

¹⁶³ Ákvörðun frá 16. júlí 2003 í máli nr. Comp/38.233 Wanadoo Interactive: „First of all, from a point of view of principle, it is true that new entrants or undertakings which are not in a dominant position are entitled to charge promotional prices for limited periods. Their sole aim is to draw the consumer's attention to the very existence of the product, more persuasively than by a mere advertisement, and such offers do not have any negative impact on the market. On the other hand, alignment by the dominant operator on the promotional prices of a non-dominant operator is not justified. Whilst it is true that the dominant operator is not strictly speaking prohibited from aligning its prices on those of competitors, this option is not open to it where it would result in its not recovering the costs of the service in question. Whilst the fact that an undertaking is in a dominant position cannot deprive it of its entitlement to protect its own commercial interests when they are attacked, such behaviour cannot be countenanced if its actual purpose is to strengthen that dominant position and abuse it. The dominant undertaking thus has a special responsibility not to allow its behaviour to impair genuine undistorted competition on the common market.“

¹⁶⁴ Sjá t.d. dóm undirréttar EB frá 30. janúar 2007 í máli nr. T-340/03 *France Télécom v Commission*: „The specific obligations imposed on undertakings in a dominant position have been confirmed by the case-law on a number of occasions. The Court stated in Case T-111/96 *ITT Promedia v Commission* [1998] ECR II-2937, paragraph 139, that it follows from the nature of the obligations imposed by Article 82 EC 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. WIN cannot therefore rely on an absolute right to align its prices on those of its competitors in order to justify its conduct. Even if alignment of prices by a dominant undertaking on those of its competitors is not in itself abusive or objectionable, it might become so where it is aimed not only at protecting its interests but also at strengthening and abusing its dominant position.“



mikið og leiddi til tapreksturs. Fæst því ekki séð að Hagar geti í þessu máli byggt á því að félagið hafi á eðlilegan hátt verið að mæta samkeppni. Markaðsráðandi fyrirtækjum er ekki heimilt að beita undirverðlagningu í því skyni að verja eða efla markaðsráðandi stöðu sína.

2.5 Áhrif verðstefnu og orðspors Bónuss

Eins og fram hefur komið er í Bónusverslunum Haga rekin sú verðstefna að bjóða alltaf lægsta verðið á markaðnum hverju sinni. Keppinautar Haga þekkja þessa stefnu og hafa Hagar lýst því yfir að Krónan hafi mátt vænta viðbragða félagsins við verðlækkuninni sem kynnt var í febrúar 2005 „*enda vissu aðilar sem á markaðnum störfuðu af þeirri verðstefnu Bónus að bjóða alltaf betur.*” Þessari stefnu var svo framfylgt í verðstríðinu sem leiddi til umtalsverðrar undirverðlagningar og taps á rekstri Bónusverslana Haga.

Hér ber að líta til þess að þekkt er í samkeppnisrétti að markaðsráðandi fyrirtæki geta haft hag af því að beita undirverðlagningu í því skyni að skapa sér orðspor og senda þau skilaboð til keppinauta að ekki borgi sig að keppa af krafti við þau eða reyna innkomu inn á markað þeirra.¹⁶⁵ Samkeppnishindranir geta þannig byggst á væntum viðbrögðum þeirra aðila sem fyrir eru á markaðnum og orðspori markaðsráðandi fyrirtækja. Í slíkum tilfellum getur undirverðlagning markaðsráðandi fyrirtækis hindrað innkomu nýrra aðila á markaðinn eða styrkingu þeirra keppinauta sem fyrir eru á markaðnum, þar eð hættan á endurtekinni undirverðlagningu verði talin of mikil til þess að innkoma eða önnur aukin samkeppni verði arðbær.¹⁶⁶ Á matvörumarkaðnum geta þessi áhrif verið sérstaklega sterk. Hegðun neytenda á markaði sem þessum hefur oft verið lýst með líkani sem sett var fram af hagfræðingunum Phelps og Winter (1979)¹⁶⁷ og síðar Okun (1981).¹⁶⁸ Líkanið byggir á því að í ljósi þess að neytendur skortir upplýsingar um verð á markaðnum og geta þeirra til þess að bera saman verð á milli verslana á fljótlegan og kostnaðarlítinn hátt er takmörkuð þá „*venja (neytendur) þess í stað komur sínar til eins seljenda þangað til þeir sannfærast um að annar seljandi bjóði hagstæðari kjör.*”¹⁶⁹ Með öðrum orðum ef neytendur gera af einhverri ástæðu innkaup sín í nýrri verslun og eru sáttir við það verð og þá þjónustu sem þeir njóta eru þeir að öðru jöfnu líklegir til þess að gerast viðskiptavinir þeirrar verslunar til lengri tíma lítið, eða þar til eitthvað veldur því að væntingar þeirra varðandi verðlag og þjónustu verslunarinnar í samanburði við aðrar verslanir breytist.

¹⁶⁵ Sjá t.d. O'Donoghue & Padilla, The Law and Economics of Article 82 EC, 2006 bls. 243-244: „**Strategic settings in which predatory pricing may be rational.** Modern economic thinking identifies a number of settings in which predatory pricing may be profitable and therefore a rational strategy for a dominant firm. ... A second theory that has gained prominence concerns signalling strategies and reputation effects. Under this theory, the dominant firm is said to be able to limit entry by engaging in predatory pricing in an effort to signal to would-be entrants that market conditions are unfavourable.” Sjá einnig Handbook of Antitrust Economics, ritstýrt af Paolo Buccirossi, 2008 bls. 419: „*Competition spurs firms to offer customers good deals, and competition law should not readily condemn the offering of deals to customers that are alleged to be too good. Industrial organisation theory has, however, demonstrated that predatory pricing —low pricing that is profit maximizing only because of its exclusionary effect— is certainly not an empty box, especially where reputation and financial effects are important.*”

¹⁶⁶ D.M. Kreps & R. Wilson, „Reputation and Imperfect Information,” 27 Journal of Economic Theory 253 (1982); P. Milgrom & J. Roberts, „Predation, Reputation and Entry Deterrence,” 27 Journal of Economic Theory 280 (1982); Patrick Bolton, Joseph F. Brodley & Michael H. Riordan, „Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy,” 88 Georgetown Law Journal 2239 (2000).

¹⁶⁷ Phelps, E. S. og Winter, S. G. Jr. (1970). Optimal Price Policy Under Atomistic Competition. Microeconomic Foundations of Employment and Inflation Theory.

¹⁶⁸ Okun, Arthur M. (1981), Prices & Quantities, A Macroeconomic Analysis

¹⁶⁹ Gylfi Zoega og Þorlákur Karlsson (2006), Eðli fákeppni: Viðhorf stjórnenda til viðskiptavina og verðs. Rannsóknir í félagsvísindum VII, Viðskipta- og hagfræðideild.



Því mætti líkja verðlækkunum fyrirtækja við fjárfestingar, þar sem fjárfest er í aukinni markaðshlutdeild. Hagnaði er fórn að til skamms tíma svo hægt sé að fjárfesta í fleiri viðskiptavinum, með það að leiðarljósi að möguleiki sé á því að hækka verð í framtíðinni og njóta aukins hagnaðar til lengri tíma litið. Til þess að ná nægilegri markaðshlutdeild þarf verslun því að bjóða hagstæðara verð heldur en keppinautar hennar í einhvern tíma, þ.e.a.s. þar til nægilega margir neytendur hafa frétt af þessu lága verði og hafa ákveðið að gerast viðskiptavinir. Með öðrum orðum er verslunin að fjárfesta í aukinni markaðshlutdeild. Undirverðlagning markaðsráðandi fyrirtækis á matvörumarkaði hefur því ekki einungis þau áhrif að eftirspurn í verslunum sem ekki geta jafnað verð hins markaðsráðandi fyrirtækis minnkar á meðan á undirverðlagningunni stendur, heldur minnkar hún einnig til lengri tíma litið. Eykur það því áhrifamátt undirverðlagningar í baráttunni við keppinauta á matvörumarkaði og skapar aðgangshindrun sem felst í því að hugsanlegir nýliðar á markaðnum eiga ekki von á því að fá tækifæri til þess að vinna sér inn nauðsynlega markaðshlutdeild vegna viðbragða stærri aðila.

Í umsögn Haga um andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins kemur fram að félagið telji að markmið Bónuss þess efnis að bjóða ávallt lægsta vöruverðið á markaðnum hverju sinni sé ekki samkeppnishindrandi. Þrátt fyrir að ljóst sé að orðspor fyrirtækja geti verið samkeppnishindrun eigi það ekki við hér á landi vegna óvenju mikillar upplýsingamiðlunar til neytenda. Nefna Hagar fríblöðin sem dæmi þar sem verslanir auglýsi mikið og nái þar með til mikils meirihluta íslenskra neytenda. Segja Hagar að verðstefnunni hafi verið tekið vel af neytendum og hún sé til þess fallin að efla samkeppni.

Að mati Samkeppniseftirlitsins er ljóst að hegðun markaðsráðandi fyrirtækis getur haft verulega skaðleg áhrif á samkeppni, byggji hún ekki á hlutlægum og málefnalegum forsendum. Af framangreindri tilvitnun af heimasíðu Haga, sem og yfirlýsingum forsvarsmanna Haga og Bónuss, er ljóst að Hagar hafa markvisst kannað vöruverð hjá keppinautum sínum, væntanlega þá einkum lágvöruverðsverslunum, og lækkað vöruverð hjá sér niður fyrir verð keppinautanna í samræmi við stefnu sína um að bjóða ávallt lægsta verðið á markaðnum. Segja má að með þessari verðstefnu og yfirlýsingum hafi Bónus og síðar Hagar lagt þá línu í verðlagningu í verslunum Bónuss að undirbjóða ávallt verð keppinauta sinna. Samkeppniseftirlitið fær því ekki séð að fallist verði á það mat Haga að verslanir Bónuss hafi einungis verið að mæta samkeppni þegar Krónan hóf að lækka verð sitt í febrúar 2005 og mæta með því verði í verslunum Bónuss. Hagar hafa þannig ávallt gætt þess að vöruverð í verslunum Bónuss sé lægra en hjá keppinautum sínum og auk þess stundað sértækar aðgerðir til þess að tryggja að svo væri.

Samkeppniseftirlitið bendir á að rík skylda hvílir á markaðsráðandi aðilum að gæta að innviðum markaðarins til lengri tíma litið og að háttsemi þeirra raski ekki þeirri samkeppni sem ríkir á markaðnum eða torveldi innkomu nýrra aðila inn á markaðinn. Þegar markaðshegðun markaðsráðandi aðila felst í því að marka sér og viðhalda því orðspori að vera ávallt ódýrari en keppinautarnir getur það leitt til þess þegar til lengri tíma er litið að neytendur kanni síður verð annars staðar. Þetta orðspor gerir það einnig að verkum, eins og áður hefur verið rakið, að nýliðun á markaðnum er lítil og sérstaklega erfið. Segja má að þessi verðstefna Bónuss hafi endurspeglast í verðstríðinu þar sem öllum verðlækkunum annarra lágvöruverðsverslana var mætt með lægra verði og í einhverjum tilfellum var varan gefin. Viðbrögð markaðsráðandi fyrirtækis af þessum toga



eru til þess fallin að hindra það að keppinautar nái að stækka í eðlilegu samræmi við stækkun markaðarins og geta þannig komið keppinautunum með tímanum út af markaðnum.

Að mati Samkeppniseftirlitsins er því ljóst að það orðspor sem Bónus hefur markað sér hefur gefið keppinautum skýr merki um það hvers megi vænta ef þeir gera tilraun til þess að keppa við Bónus á grundvelli verðs. Vissulega er það svo að fyrirtækjum er heimilt að beita verðlækkunum til þess að bregðast við aðgerðum keppinauta en þegar um er að ræða markaðsráðandi aðila og verðlagningu sem tekur hvorki mið af hagrænum aðstæðum né kostnaði getur slík stefna verið samkeppnishamlandi og því verið neytendum til tjóns. Með því að undirbjóða keppinauta sína í öllum tilvikum, jafnvel þegar það þýðir að tap sé af eigin rekstri, er smærri verslunum og verslanakeðjum þannig sýnt í orði og verki að óhagkvæmt sé fyrir þær að keppa við Bónus á grundvelli verðs þar sem alltaf verði boðið betur, óháð kostnaðarlegum forsendum. Þar að auki getur markaðshegðun markaðsráðandi aðila sem felst í því að koma sér upp orðspori með slíkum aðgerðum verkað sem aðgangshindrun á markaðinn.

Ennfremur er ljóst að Bónus lét sér ekki nægja að mæta verði keppinauta sinna heldur var verð keppinautanna ítrekað undirboðið og náðu aðgerðir fyrirtækisins jafnvel svo langt að algengustu mjólkurvörurnar voru um tíma afhentar viðskiptavinum án endurgjalds. Er það mat Samkeppniseftirlitsins að með undirverðlagningu í máli þessu hafi Hagar í raun fest í sessi það orðspor sitt að engum keppinauti muni líðast til frambúðar að bjóða neytendum vörur á lægra verði en boðið er í verslunum Bónuss. Er þessi hegðun og það orðspor sem í henni felst til þess fallið að draga úr líkum á að keppinautar Bónuss muni í framtíðinni efna til verðsamkeppni við verslanir fyrirtækisins með svipuðum hætti og Krónan gerði í febrúar 2005. Að mati Samkeppniseftirlitsins er þetta orðspor, og sú staðreynd að keppinautum Bónuss hefur ítrekað verið mætt með lægra verði en þeir hafa boðið í verðsamkeppni við verslanir fyrirtækisins, til þess fallið að auka enn frekar skaðleg áhrif aðgerða Haga í máli þessu.

2.6 Niðurstaða

Eins og áður er getið kemur fram í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2007 að verðlagning af hálfu markaðsráðandi fyrirtækis sem ekki stendur undir breytilegum kostnaði geti að öðru jöfnu falið í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu þar sem slík verðlagning geti varla verið skýrð út frá eðlilegum rekstrarsjónarmiðum viðkomandi fyrirtækis. Verðlagningin væri því að öllum jafnaði til þess fallin að raska samkeppni með ólögmetum hætti og færi því gegn 11. gr., sbr. 1. gr. samkeppnislaga nema unnt væri að sýna fram á sérstakar ástæður sem réttlættu hana.

Hér að framan hefur verið borið saman smásöluverð og nettó innkaupsverð (einingaverð) á helstu mjólkurvörum í Bónusi á tímabilinu frá og með janúar 2005 (verðstríðið hófst í febrúar 2005) til og með maí 2006. Ljóst er að allar helstu mjólkurvörur voru seldar með stórfelldu framlegðartapi á umræddu tímabili. Tapið var þó mest fyrstu mánuðina eftir að verðstríðið hófst og var ennþá viðvarandi þegar athugun í málinu hófst. Jafnframt er ljóst að verslanir Bónuss voru í heild reknar með tapi, a.m.k. á árinu 2005, og verður að ætla að undirverðlagning verslanakeðjunnar á mjólkurvörum skýri það tap að mestu leyti. Hafa má í huga í því samhengi opinber ummæli forstjóra Haga að tap félagsins vegna verðstríðsins hafi verið um 700 milljónir kr.



Samkeppniseftirlitið fær ekki séð að sérstakar ástæður geti réttlætt umrædda undirverðlagningu á mjólkurvörum. Þar sem verslanir Bónuss voru í heild reknar með tapi á rannsóknartímabilinu er ljóst að tapi vegna sölu á mjólkurvörum (sem eru aðdráttarvörur) hefur ekki verið mætt með sölu á öðrum vörum sem seldar hafa verið með jákvæðri framlegð. Þrátt fyrir að svo hefði verið er þó ljóst að markaðsráðandi fyrirtæki getur ekki réttlætt undirverðlagningu með víxlنيurgreiðslu af arðbærari vörum, sbr. umfjöllun hér að framan.

Þá er ljóst að sú undirverðlagning sem hér um ræðir verður ekki réttlætt með því að um hafi verið að ræða vörur sem seldar hafi verið á sérstöku kynningartilboði eða að vörurnar hafi verið við það að komast á síðasta sölundag. Þvert á móti var undirverðlagning Bónuss samkeppnislegt viðbragð af hálfu markaðsráðandi fyrirtækis þegar keppinautur þess bauð lækkað verð á tilteknum vörum í verslunum sínum.

Ekki verður fallist á að þessar aðgerðir Haga rúmist innan heimildar markaðsráðandi fyrirtækja til þess að mæta samkeppni. Þvert á móti voru Hagar með óeðlilegum hætti að verja markaðsráðandi stöðu sína með þessum verðlækkunum.

Er það mat Samkeppniseftirlitsins að með umræddri hegðun hafi Hagar í raun fest í sessi það orðspor sitt að engum keppinauti muni líðast til frambúðar að bjóða neytendum vörur á lægra verði en boðið er í verslunum Bónuss. Er þessi hegðun og það orðspor sem í henni felst til þess fallið að draga úr líkum á að keppinautar Bónuss muni í framtíðinni efna til verðsamkeppni við verslanir fyrirtækisins með svipuðum hætti og gert var í þessu máli. Var þetta til þess fallið að auka enn frekar skaðleg áhrif aðgerða Haga í máli þessu.

Í verðstríðinu nutu neytendur góðs af lágu verði til skamms tíma en mikilvægt er að líta á mikilvægi heilbrigðrar samkeppni til lengri tíma litið. Jafnvel þó neytendur njóti þess til skamms tíma að fá vöru eða þjónustu á mjög lágu verði er talið að sú röskun á samkeppni sem óeðlileg verðlækkun markaðsráðandi aðila veldur, sem eingöngu miðar að því að bjóða lægra verð en keppinautar hans, leiði þegar til lengri tíma er litið til hærra verðs til neytenda, minni gæða og til þess að valkostum neytenda fækki. Sökum þessa er í samkeppnisrétti lagt bann við undirverðlagningu markaðsráðandi fyrirtækja.

Hagar eru markaðsráðandi á þeim mörkuðum sem skilgreindir hafa verið í máli þessu. Verðlagning fyrirtækisins á öllum helstu mjólkurvörum í verslunum Bónuss á skilgreindum mörkuðum á rannsóknartímabilinu var langt undir breytilegum kostnaði. Ekki hefur verið sýnt fram á sérstakar hlutlægar eða málefnalegar ástæður sem réttlætt geti verðlagninguna. Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins er sú að í verðlagningunni hafi falist ólögmet verðlækkun sem hafi verið ætlað a.m.k. að draga úr samkeppni frá keppinautum Haga á matvörumarkaði. Verðlagningin hafi því verið í ósamræmi við þá ríku skyldu sem hvílir á Högum að raska ekki samkeppni. Sjónarmið þau sem Hagar hafa sett fram í málinu geta ekki breytt framangreindu, sbr. fyrri umfjöllun og umfjöllun hér á eftir. Það er því niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að verðlagning Haga í verslunum Bónuss á mjólkurvörum á umræddu rannsóknartímabili á skilgreindum mörkuðum hafi falið í sér ólögmet undirverðlagningu og því farið gegn 11. gr. samkeppnislaga.



2.6.1 Nánar um sjónarmið Haga

Hagar hafa sett fram ýmis sjónarmið til stuðnings því viðhorfi félagsins að verðlagning félagsins sem mál þetta tekur til hafi verið eðlileg. Þegar hefur verið fjallað um sum þessara atriða og verður hér vikið að öðrum.

Um ásetning Haga

Hagar mótmæla því að markmið verðlagningar í Bónus hafi verið að eyða samkeppni og styrkja markaðshlutdeild. Krónan hafi hafið verðstríðið og Hagar hafi ekki haft ásetning né hagsmuni að fara í slíkt stríð. Samkeppniseftirlitið hafi ekki sýnt fram á ásetning Haga til að eyða samkeppni. Þá hafi eftirlitið ekki heldur sýnt fram á skaðsemi verðstríðsins fyrir keppinauta Haga eða fyrir markaðinn í heild. Ályktanir Samkeppniseftirlitsins séu því byggðar á getgátum. Hagar taka einnig fram að „varnarviðbrögð Bónuss sköðuðu ekki hagsmuni neytenda á nokkurn hátt enda hefur verð mjólkurvara ekki hækkað umfram það, sem boðið var áður en til verðstríðsins kom.“ Bónus hafi því ekki fengið til baka sölutap vegna verðlækkana á mjólkurvörum á árinu 2005. Ávinningurinn af verðstríðinu sitji því eftir hjá þeim viðskiptavinum Bónuss sem keyptu vöruna á lækkuðu verði. Þegar af þessum ástæðum sé útilokað að samkeppnislegt viðbragð Bónuss hafi falið í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu vegna þess að neytendur hafi notið góðs af, bæði þegar litið sé til skemmri tíma og til lengri tíma.

Samkeppniseftirlitið áréttar að brot á 11. gr. samkeppnislaga er ekki háð því að sýnt sé fram á skaðleg áhrif á samkeppni eða ásetning til þess að raska samkeppni, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008 *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu*.¹⁷⁰ Hér að framan var rökstutt að aðgerðir Haga hafi falið í sér sölu á verði sem var undir breytilegum kostnaði og að engar málefnalegar forsendur hafi réttlætt þá verðlagningu. Eins og rökstutt hefur verið er almennt litið svo á að slíkar aðgerðir markaðsráðandi fyrirtækja séu óeðlilegar og til þess fallnar að raska samkeppni og hefur verið sýnt fram á að þetta eigi við um hegðun Haga í málinu. Niðurstöður Samkeppniseftirlitsins um ólögmetta hegðun Haga eru því í samræmi við ákvæði samkeppnislaga.

Viðbrögð Haga

Hagar segja að viðbrögð Bónuss við aðgerðum Krónunar hafi verið samkeppnisleg og að forsvarsmenn annarra keppinauta á markaðnum hafi talið það eðlilegt. Þá segir að ekki sé „réttmætt að ætlast til þess að Bónus haldi að sér höndum, eitt fyrirtækja á markaðnum, enda hvorki er né var fyrirtækið að eigin mati eða mati samkeppnisyfirvalda í markaðsráðandi stöðu á matvörumarkaði. Engar forsendur voru því til að aðhafast ekki.“

Eins og skýrt hefur verið er markaðsráðandi fyrirtækjum heimilt að vissu marki að mæta samkeppni og eðlileg samkeppni af hálfu slíkra fyrirtækja er æskileg. Hins vegar gengu Hagar lengra en leyfilegt er. Ákvæði 11. gr. samkeppnislaga banna Högum að mæta samkeppni með undirverðlagningu og taprekstri eða grípa til annarra óeðlilegra aðgerða í

¹⁷⁰ 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.“ Sjá einnig Van Bael & Bellis, *Competition Law of the European Community*, fjórða útgáfa 2005, bls. 905: „... whether or not certain conduct qualifies as abusive is determined objectively, and is not dependent on the intention of the dominant undertaking.“



Því skyni að verja markaðsráðandi stöðu félagsins. Vísast nánar um þetta til umfjöllunar hér að framan. Það hefur engin áhrif á lögmæti aðgerða þótt félagið fullyrði nú að það hafi ekki talið sig vera í markaðsráðandi stöðu. Bann 11. gr. samkeppnislaga tekur til allra markaðsráðandi fyrirtækja og gögn málsins sýna fram á yfirburðastöðu Haga á mörkuðum málsins þegar brot félagsins áttu sér stað. Þar fyrir utan mátti Högum vera það ljóst að ástæða væri til að ætla að félagið væri í markaðsráðandi stöðu enda hafa samkeppnisyfirvöld áður komist þeirri niðurstöðu, sbr. t.d. ákvörðun samkeppnisráðs nr. 38/2002 *Samningur Baugs Group hf. og Eignarhaldsfélagsins Fengs hf. um stofnun á félagi um rekstur Ávaxtahússins ehf. og Banana ehf.* Nánar verður vikið að atriðum tengdum huglægri afstöðu Haga í umfjöllun um viðurlög.

Um verðstefnu í verslunum Bónuss

Hagar benda á að Bónus hafi fylgt verðstefnu sinni frá því verslanakeðjan var að hasla sér völl á markaði og hafi fylgt henni síðan. Þessi verðstefna hafi að mati Haga reynst neytendum vel og stuðlað að aukinni samkeppni. Hins vegar sé það tilbúningur hjá Samkeppniseftirlitinu að Hagar hafi þessa verðstefnu. Hagar reki fjölmargar verslanir sem hafi ekki sömu stefnu.

Samkeppniseftirlitið bendir á að það fer almennt séð ekki gegn samkeppnislögum ef fyrirtæki einsetja sér að bjóða ávallt lægsta verðið. Þvert á móti getur slík stefna haft mjög jákvæð samkeppnisleg áhrif ekki síst ef nýr aðili kemur inn á markað með slíka stefnu að leiðarljósi. Á hinn bóginn ber að líta til þess að skv. 11. gr. samkeppnislaga hvílir rík skylda á markaðsráðandi fyrirtækjum að grípa ekki til neinna ráðstafana sem raskað geta með óeðlilegum hætti þeirri samkeppni sem ríkir á markaðnum, sbr. umfjöllun hér að framan. Af þessari skyldu leiðir að markaðsráðandi fyrirtæki geta brotið samkeppnislög með aðgerðum á markaði sem minni fyrirtækjum er heimilt að grípa til.¹⁷¹ Hér að framan hefur verið rökstutt að Hagar séu í markaðsráðandi stöðu og hafi gripið til umtalsverðrar undirverðlagningar vegna samkeppni frá m.a. Krónunni. Jafnframt hefur verið sýnt fram á að verðstefna sú sem rekin er í verslunum Bónuss og það orðspor sem af þessu leiddi hafi verið til þess fallið að gera skaðleg áhrif þessara aðgerða ennþá verri en ella. Brot Haga á 11. gr. samkeppnislaga í málinu var því til þess fallið að skaða verulega hagsmuni neytenda til lengri tíma litið.

Að mati Samkeppniseftirlitsins er á engan hátt óeðlilegt að segja að Hagar reki tiltekna verðstefnu í verslunum Bónus. Eins og sýnt er fram á hér að framan er verslanakeðjan Bónus deild innan Haga og alfarið í eigu Haga. Bónus nýtur ekki raunverulegs viðskiptalegs sjálfstæðis frá Högum og þessir aðilar teljast vera ein efnahagsleg eining í skilningi samkeppnislaga. Þá má og hafa í huga að Hagar lýsa þessu með svipuðum hætti í bréfum sínum.¹⁷²

¹⁷¹ 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.“ Sjá einnig Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, sjötta útgáfa 2008 bls. 949: „Conduct which may be permissible in a normal competitive situation may amount to an abuse if carried out by dominant firms because such firms have a „special responsibility“ on account of the prejudice that their activities may cause to competition in general and to the interest of competitors, suppliers, customers and consumers.“

¹⁷² Í bréfi lögmanna Haga frá 9. ágúst 2006 segir t.d.: „Verslanir Haga hf. hafa ekki stundað skipulögð undirboð eða skaðlega undirverðlagningu á markaði og stofnuðu heldur ekki til hins svokallaða „verðstríðs“ á matvörumarkaði. Hins vegar lýstu samkeppnisaðilar Haga hf. á markaðnum yfir slíkum aðgerðum og hafa Hagar



Um að hegðun keppinauta Haga hafi verið óeðlileg

Hagar vísa til þess að í aðdraganda verðstríðsins hafi forsvarsmenn Krónunnar komið fram í fjölmiðlum og talið sig geta boðið betur en Bónus og að mjög stutt væri síðan nýir eigendur hefðu komið að Krónunni. Yrðu þessi ummæli ekki skilin á annan veg en að fjársterkir nýir eigendur hefðu komið að fyrirtækinu og „*afráðið að leggja talsverða fjárhæð í að koma höggi á keppinaut sinn í formi rekstrartaps.*“ Hafi forsvarsmenn Krónunnar treyst á að fjártjón Haga vegna verðstríðs yrði umtalsvert meira en þeirra sjálfra vegna stefnu Bónuss um að bjóða alltaf betur. Halda Hagar því fram að þessar aðgerðir Krónunnar hafi falið í sér óréttmæta viðskiptahætti í skilningi laga enda hafi þeim verið ætlað að valda Bónusi tjóni. Engar málefnalegar né rekstrarlegar forsendur hafi legið til grundvallar lækkun Krónunnar á mjólkurverði og hér hafi ekki verið um að ræða virka eða eðlilega samkeppni.

Í þessari ákvörðun hefur verið sýnt fram á að Hagar hafi verið í markaðsráðandi stöðu þegar atvik þessa máls áttu sér stað. Krónan eða aðrir keppinautar Haga eru ekki markaðsráðandi á matvörumarkaðnum. Það er bæði heimilt og æskilegt skv. samkeppnislögum að slíkir minni keppinautar grípi til harðrar verðsamkeppni gagnvart markaðsráðandi fyrirtæki. Ef slík samkeppni hefur þau áhrif að hlutdeild markaðsráðandi fyrirtækis minnkar hefur það jákvæð samkeppnisleg áhrif á markaðinn bæði til skemmri og lengri tíma litið. Það mat Haga að aðgerðir Krónunnar hafi farið gegn lögum um óréttmæta viðskiptahætti hefur hér enga þýðingu. Er það regla í samkeppnisrétti að markaðsráðandi fyrirtæki getur ekki réttlætt misnotkun sína með vísan til þess að það telji aðgerðir keppinauta ólögmar. Undir slíkum kringumstæðum er rétt fyrir markaðsráðandi fyrirtæki að beina erindum til viðkomandi yfirvalda.¹⁷³ Hagar geta því með engu móti réttlætt undirverðlagningu sína og aðgerðir í málinu vegna ætlaðra óréttmæta viðskiptahátta keppinautar. Var Högum í lófa lagið að beina erindi þessa efnis til Neytendastofu sem fer með framkvæmd á lögum nr. 57/2005 um eftirlit með óréttmætum viðskiptaháttum og gagnsæi markaðarins.

Nánar um endurheimt kostnaðar

Eins og nefnt var hér að framan telja Hagar að sýna verði fram á að fyrirtæki sem talið er hafa stundað undirverðlagningu geti bætt sér tap af undirverðlagningunni. Í þessu sambandi vísar félagið til dóma Hæstaréttar Bandaríkjanna í samkeppnismálum. Eins og Samkeppniseftirlitið hefur rökstutt gildir önnur regla í íslenskum og EES/EB-samkeppnisrétti. Í máli þessu þarf Samkeppniseftirlitið því ekki að sýna fram á það að endurheimt kostnaðar af undirverðlagningu Haga sé möguleg. Sú staða er hins vegar uppi í þessu máli að skilyrði um endurheimt kostnaðar eru uppfyllt. Þá getur verið gagnlegt að skoða þá hvata sem lágu til grundvallar undirverðlagningu og gerðu endurheimt kostnaðar mögulega. Undirverðlagning hefur oft og tíðum það eitt markmið

hf. talið sér heimilt og skylt að verja markaðshlutdeild sína og rekstur en Bónus verslanir Haga hf. hafa frá upphafi lagt áherslu á að bjóða ódýrasta verðið í verslunum sínum.

¹⁷³ Sjá hér t.d. dóm undirréttar EB í máli nr. T-30/89 *Hilti AG v Commission* [1991] ECR II-1439. Í málinu hélt markaðsráðandi fyrirtæki því fram aðgerðir þess væru ekki ólögmar vegna þess að keppinautar hefði að mati þess farið gegn lögum um öryggi vöru og bann við villandi auglýsingum. Undirrétturninn féllst ekki á þetta: „*As the Commission has established, there are laws in the United Kingdom attaching penalties to the sale of dangerous products and to the use of misleading claims as to the characteristics of any product. There are also authorities vested with powers to enforce those laws. In those circumstances it is clearly not the task of an undertaking in a dominant position to take steps on its own initiative to eliminate products which, rightly or wrongly, it regards as dangerous or at least as inferior in quality to its own products.*“



að knýja keppinauta af markaði eins og áður greinir en hún getur ennfremur þjónað sem verkfæri til að viðhalda orðspori og knýja keppinauta til að viðurkenna verðleiðsögn markaðsráðandi fyrirtækis.

Í skýrslu OECD frá árinu 2005 er fjallað um þau skilyrði sem talið er að þurfi að vera fyrir hendi svo líkur séu á að fyrirtæki geti endurheimt tap vegna undirverðlagningar.¹⁷⁴ Það athugast að ekki þarf að sanna að endurheimt hafi í raun átt sér stað heldur að líkur séu á henni.¹⁷⁵ Þessi skilyrði eru eftirfarandi:

- Að fyrirtæki sem stundað hefur undirverðlagningu sé í markaðsráðandi stöðu
- Að aðgangshindranir séu að viðkomandi markaði
- Að fyrirtæki sem stundað hefur undirverðlagningu hafi haft meiri fjárhagslegan styrkleika en keppinautarnir
- Lág verðteygni á viðkomandi markaði
- Umframafkastageta fyrirtækis sem stundað hefur undirverðlagningu
- Breytingar á markaðshluteild fyrirtækis sem stundað hefur undirverðlagningu
- Tryggð við vörumerki fyrirtækis sem stundað hefur undirverðlagningu
- Skilvirkni fyrirtækis sem stundað hefur undirverðlagningu
- Orðspor fyrirtækis sem stundað hefur undirverðlagningu
- Möguleiki fyrirtækis sem stundað hefur undirverðlagningu að mismuna í verði og beita víxlنيðurgreiðslu.¹⁷⁶

Skilyrði þessi þurfa ekki öll að vera uppfyllt í hverju máli fyrir sig.

Markaðsráðandi staða hefur mikið að segja um það hvort fyrirtæki geti endurheimt tap vegna undirverðlagningar. Í því sambandi skiptir miklu máli hver hlutdeild fyrirtækisins er auk *afkastagetu*. Þegar fyrirtæki verðleggur vöru undir kostnaði þarf það að geta mætt aukinni eftirspurn eftir vörunni með auknu framboði því ganga má út frá því að markmið undirverðlagningarinnar sé að ná markaðshlutdeild frá keppinautunum. Ef ekki tekst að mæta aukinni eftirspurn viðskiptavina munu þeir beina viðskiptum sínum til keppinauta og því ólíklegt að það fyrirtæki sem undirverðleggur nái að endurheimta tapið. Til að geta aukið framboð þarf umframafkastageta að vera til staðar. Segja má að eftir því sem markaðshlutdeildin er hærri þeim mun lægri (hlutfallslega) þurfi umframafkastagetan að vera. Sem dæmi má nefna að ef fyrirtæki er með 50% markaðshlutdeild þarf það að geta aukið sölu um 20% til þess að auka markaðshlutdeild sína um 10%, þ.e. í 60%. Fyrirtæki með 10% markaðshlutdeild þarf hins vegar að tvöfalda sölu sína (100% aukning) til að hækka hlutdeildina um 10% eða í 20%.

Fyrri umfjöllun um markaðshlutdeild Haga gefur til kynna, að félagið hafi verið með umtalsverða hlutdeild á þeim mörkuðum sem skilgreindir hafa verið í máli þessu á rannsóknartímabilinu. Þá er hlutdeild félagsins á landsvísu (u.þ.b. 50%) rúmlega tvöföld á við þann keppinaut sem næst kemur Högum að stærð á markaðnum. Stærð og fjöldi verslana Haga ásamt staðsetningu þeirra hefur hér áhrif. Hagar voru markaðsráðandi og í góðri stöðu til að mæta aukinni eftirspurn á markaðnum.

¹⁷⁴ Skýrsla OECD, Predatory Foreclosure, DAF/COMP(2005)14.

¹⁷⁵ Sjá bls. 25 í skýrslu OECD: "... the recoupment test aims to determine whether a company's predatory pricing campaign would be likely to eliminate and deter competition, and whether it is likely that the predator will then be able to amass at least enough supra-competitive profit to recover the losses sustained during the attack."

¹⁷⁶ Sjá bls. 25-30 í skýrslu OECD.



Aðgangshindranir eru ein af forsendum þess að fyrirtæki geti endurheimt tap vegna undirverðlagningar. Þegar fyrirtæki hefur með undirverðlagningu veikt samkeppni þarf fyrirtækið að hækka verð til að bæta sér upp það tap sem það varð fyrir. Við slíkar aðstæður ættu hugsanlegir keppinautar að sjá tækifæri í innkomu á markaðinn þar sem þeir ættu að eiga möguleika á að bjóða samkeppnishæft verð. Þegar um aðgangshindranir er að ræða er því fyrirtæki sem fyrir er hins vegar tryggð ákveðin vernd fyrir slíkri innkomu og getur það því endurheimt tap sitt án þess að óttast aðgerðir keppinauta.

Hér að framan var fjallað ítarlega um þær aðgangshindranir sem eru að matvörumarkaðnum en segja má að þær endurspeglar að stórum hluta í stærð og styrk Haga sem eru í ráðandi stöðu á skilgreindum mörkuðum. Rakið hefur verið hvernig Hagar geta bæði á grundvelli stærðar og í gegnum innkaupafyrirtæki sitt Aðföng gert mun hagkvæmari innkaup og notið þar með lægra verðs en keppinautar þeirra. Að sama skapi býr félagið yfir kaupendastyrk gagnvart birgjum sem ekki á sér hliðstæðu á meðal annarra keppinauta. Samkeppniseftirlitið telur að þessar aðgangshindranir auki líkur á því að Hagar geti endurheimt tap sitt vegna undirverðlagningar á mjólkurvörum í verslunum Bónuss.

Þegar verðstríð eiga sér stað skiptir *fjárhagslegur styrkleiki* máli. Ef markaðsráðandi fyrirtæki hefur yfirburði á því sviði aukast líkur á því að undirverðlagning skili árangri. Eins og fram kemur í umfjöllun hér að framan um fjárhagslegan styrkleika Haga og tveggja stærstu keppinautanna á matvörumarkaðnum, Kaupáss og Samkaupa, eru yfirburðir Haga umtalsverðir. Velta Haga var rúmlega 46,5 milljarðar kr. árið 2006 (1. mars 2006 til 28. febrúar 2007) og rúmlega 58 milljarðar kr. árið 2005 (1. mars 2005 til 28. febrúar 2006). Velta Kaupáss árið 2006 var hins vegar rúmlega [...] milljarðar kr. árið 2006 og rúmlega [...] milljarðar kr. árið 2005, sbr. upplýsingar sem birtar eru í töflu 17 hér að framan. Voru heildartekjur Haga því um þrefalt til fjórfalt meiri en tekjur Kaupáss á þeim tíma sem undirverðlagning Haga átti sér stað. Sé litið til heildareigna og eigin fjár, sbr. upplýsingar settar fram í töflum 18 og 19 er jafnframt ljóst að fjárhagslegir yfirburðir Haga voru gríðarlegir. Sem dæmi má nefna að eigið fé Haga árið 2006 var tæplega 7 milljarðar kr. þegar það var rúmlega 600 milljónir kr. hjá Kaupási og tæplega 1.200 milljónir kr. hjá Samkaupum. Fjárhagslegur styrkleiki er þó enn meiri þegar litið er til heildareigna og eigin fjár Baugs í heild samanborið við Norvik sem er móðurfélag Kaupáss, sbr. upplýsingar í töflum 20 og 21. Samkeppniseftirlitið telur ljóst að þessi mikli fjárhaglegi styrkleiki Haga og Baugs umfram alla aðra keppinauta á markaðnum hafi gefið Högum möguleika á að endurheimta tap sitt vegna undirverðlagningar á mjólkurvörum í verslunum Bónuss.

Líta ber einnig til *þróun markaðshlutdeildar* við skoðun á því hvort möguleiki sé fyrir fyrirtæki að endurheimta tap vegna undirverðlagningar. Ef markaðshlutdeild breytist ekki á því tímabili sem undirverðlagningin átti sér stað eða jafnvel ef fyrirtæki tapar markaðshlutdeild á tímabilinu er ólíklegt að það geti unnið sér upp tapið síðar. Hér að framan er ítarlega fjallað um þróun markaðshlutdeildar Haga á sl. árum. Í töflunni hér á eftir eru samandregnar upplýsingar um markaðshlutdeild Haga á skilgreindum markaðssvæðum auk landsins alls fyrir árin 2004, 2005 og 2006 (sbr. töflur 3, 6 og 8-



14). Síðustu tveir dálkarnir, þ.e. tímabilið 2005 og 2006 ná til nánast sama tímabils og rannsóknartímabil málsins.

Tafla 27: Markaðshlutdeild á skilgreindum markaðssvæðum árin 2004, 2005 og 2006.

Svæði	2004	2005	2006
Höfuðborgarsvæðið	57%	58%	59%
Borgarnes	43%	49%	66%
Snæfellsnes	50%	49%	50%
Vestfirðir	45%	48%	51%
Akureyri og Eyjafjörður	52%	54%	55%
Austurland	39%	36%	40%
Suðurland	37%	39%	44%
Suðurnes	42%	45%	45%
Landið allt	47%	49%	50%

Eins og fram kemur í töflunni er ljóst að Hagar hafa aukið markaðshlutdeild sína umtalsvert á flestum þeim svæðum sem skilgreind hafa verið landfræðilegir markaðir í máli þessu og má ætla að stór hluti þessarar aukningar ef ekki stærstur hluti hennar hafi orðið á rannsóknartímabilinu. Á sama tíma töpuðu flestir keppinautar hlutdeild, sbr. nánar upplýsingar um hlutdeild annarra keppinauta í tilgreindum töflum 3, 6 og 8-14. Þessi þróun markaðshlutdeildar er að mati Samkeppniseftirlitsins ótvíræð vísbending þess að Hagar eigi möguleika á því að endurheimta tap sitt vegna undirverðlagningar í máli þessu.

Þeim *mun hagkvæmari og skilvirkari* sem rekstur fyrirtækis er samanborið við rekstur keppinauta, því minni kostnaður hlýst af því (og auðveldara) er að beita undirverðlagningu gegn keppinautunum. Ef fyrirtæki er óskilvirkt í samanburði við keppinauta verður herferðin hlutfallslega dýrari. Eðlilega vaknar sú spurning hvort þörf sé á því fyrir fyrirtæki að beita undirverðlagningu ef það býr við mun meiri rekstrarhagkvæmni en aðrir keppinautar, þ.e. verðlagningin getur verið mjög lág (undir verði keppinautarins) en samt yfir kostnaði þess sem undirverðleggur. Aukin hagkvæmni til langs tíma ætti að gera það mögulegt að verðleggja við lægra verði en því sem keppinautarnir bjóða án þess þó endilega að verðlagningin sé undir kostnaði. Hafa ber þó í huga að upplýsingar geta oft verið óljósar og markaðsráðandi fyrirtæki býr ekki endilega yfir upplýsingum um það hvort rekstur þess sé í raun hagkvæmari en annarra keppinauta. Þá getur vissulega verið freistandi að beita undirverðlagningunni enda fljótlegra að losna við keppinauta út af markaðnum með þeim hætti. Hvað sem þessu líður er ljóst að mun auðveldar er fyrir fyrirtæki í markaðsráðandi stöðu sem býr yfir mikilli hagkvæmni að beita undirverðlagningu til að losna við keppinauta út af markaðnum en fyrir fyrirtæki sem ekki er í slíkri stöðu.

Hvað varðar mjólkurvörur þá fá Hagar/Bónus meiri afslátt og markaðsframlag en aðrir keppinautar þar sem fyrirtækin kaupa meira magn en þeir. Þegar af þeirri ástæðu er ljóst að „þol“ fyrirtækisins til að stunda undirverðlagningu á mjólkurvörum er meira en annarra keppinauta. Hafa ber þó í huga að afsláttarkerfi Mjólkursamsölunnar er þannig



uppbyggt að bróðurpartur afsláttarins er miðaður við innkaup hvernar einstakrar verslunar en ekki heildarviðskipti hvernar verslanakeðju. Hér hefur hins vegar ekki verið tekið tillit til þeirra áhrifa sem aðrar vörur hafa en þar njóta Hagar/Bónus umtalsverðrar stærðarhagkvæmni og kaupendastyrks umfram aðra keppinauta.

Þegar fyrirtæki hefur það orðspor að það sé tilbúið að tapa fjármunum í því skyni að veikja eða eyða samkeppni frá keppinautum eru taldar líkur á því að fyrirtækið eigi meiri möguleika á því að endurheimta tap sitt vegna undirverðlagningar. Orðspor um að fyrirtæki beiti undirverðlagningu getur haft langvarandi áhrif á þeim markaði þar sem undirverðlagningunni er beitt. Ef hegðunin hefur þau áhrif að keppinautar veikjast eða hrökklast út af markaðnum er ólíklegt að þeir reyni að auka samkeppni á markaðnum. Þannig má segja að fyrirtæki hafi með orðspori sínu um árangursríka undirverðlagningu gagnvart núverandi (eða fyrrverandi) keppinautum þegar unnið „verðstríð“ framtíðarinnar. Möguleiki á auknum hagnaði í framtíðinni getur því verið til staðar hjá fyrirtæki sem hefur það orðspor að það sé tilbúið að tapa fjármunum til að hrekja keppinauta út af markaðnum. Sannfærandi orðspor að þessu leyti getur haft umtalsverð áhrif.

Orðspor um beitingu undirverðlagningar getur gagnast betur fyrirtækjum sem starfa á mörgum mörkuðum. Þannig getur orðspor um undirverðlagningu spurst yfir á aðra markaði. Fyrirtæki getur með öðrum orðum hlotið ávinning af undirverðlagningu á mörkuðum án þess þó að vera búíð að leggja út í þann kostnað sem er samfara undirverðlagningunni. Samkvæmt þessu þarf endurheimt á tapi vegna undirverðlagningar því ekki endilega að koma frá þeim markaði þar sem undirverðlagningin átti sér stað.

Eins og ítarlega hefur verið fjallað um hér að framan hefur verðstefna Haga í verslunum Bónuss verið sú að verslanirnar bjóði alltaf lægsta verð á matvöru hér á landi. Með þessari verðstefnu hefur verslanakeðjan markað sér það orðspor hjá neytendum að þar sé ávallt í boði lægsta verðið á markaðnum hverju sinni. Eins og rakið hefur verið var verðstefnunni framfylgt þannig í verðstríðinu 2005 að Hagar könnuðu markvisst vöruverð hjá keppinautum sínum og lækkuðu vöruverð hjá sér niður fyrir verð keppinautanna til að tryggja að Bónus byði ávallt lægsta verðið á markaðnum. Með öðrum orðum þá fól orðsporið það í sér að verði keppinauta var ávallt mætt með undirboðum.

Hagar hafa ekki mótmælt því að í þessari verðstefnu felist umrætt orðspor. Þvert á móti hefur félagið lagt á það áherslu að keppinautar Haga ættu að þekkja þessa stefnu og lýst því yfir að Krónan hafi mátt vænta viðbragða félagsins við verðlækkuninni sem það félag kynnti í febrúar 2005. Hagar hafa þó lagt á það áherslu að það telji ekki að þessi verðstefna eða orðspor sé samkeppnishamlandi, s.s. vegna óvenju mikillar upplýsingamiðlunar til neytenda.

Þegar markaðshegðun markaðsráðandi aðila felst í því að marka sér og viðhalda því orðspori að vera ávallt ódýrari en keppinautarnir getur það leitt til þess þegar til lengri tíma er litið að neytendur kanni síður verð annars staðar. Þetta orðspor gerir það einnig að verkum, eins og áður hefur verið rakið, að nýliðun á markaðnum er lítil og sérstaklega erfið. Segja má að þessi verðstefna Bónuss hafi endurspeglast í verðstríðinu þar sem öllum verðlækkunum annarra lágvöruverðsverslana var mætt með lægra verði og í einhverjum tilfellum var varan gefin. Viðbrögð markaðsráðandi fyrirtækis af þessum toga eru til þess fallin að hindra það að keppinautar nái að stækka í eðlilegu samræmi við



stækkun markaðarins og geta þannig komið keppinautunum með tímanum út af markaðnum. Er því ótvírætt að nefnt orðspor Bónuss er vísbending þess að Hagar eigi möguleika á því að endurheimta tap sitt vegna undirverðlagningar í máli þessu.

Við þetta má bæta að orðspor af þeim toga sem hér um ræðir getur verið áskorun/viðvörðun til annarra fyrirtækja um að gera ekki tilraunir til þess að lækka verð sitt þar sem slíkri verðlækkun verði ávallt mætt með meiri verðlækkun í verslunum Bónuss. Með þessum hætti hefur Bónus í raun tryggt viðskiptavinum sínum ákveðna verðvernd, þ.e. að lægsta verðið sé alltaf að finna í verslunum Bónuss. Á þessa verðstefnu reyndi í verðstríðinu sem hófst á árinu 2005.

Ef fyrirtæki getur fjármagnað tap vegna undirverðlagningar á einum markaði með hagnaði sem verður til á öðrum markaði/mörkuðum þá eykur það líkur á því að fyrirtækið geti viðhaldið undirverðlagningu nógu lengi til að keppinautar hrökklist út af markaðnum (*víxlنيðurgreiðsla*).

Eins og rakið hefur verið hér að framan eru Hagar stærsta fyrirtæki hér á landi á sviði smásölu með dagvöru og er í markaðsráðandi stöðu á öllum þeim landfræðilegu mörkuðum sem skilgreindir hafa verið í máli þessu. Hagar starfa einnig á tengdum mörkuðum, þ.e. við smásölu á öðrum neysluvörum, s.s. fatnaði og öðrum flokkum sérvöru. Þá reka Hagar fyrirtæki á sviði kjötvinnslu og innflutnings og dreifingar á ávöxtum og grænmeti og eru þau fyrirtæki því birgjar matvöruverslana í eigu félagsins. Með hliðsjón af þessu verður að ætla að umfangsmikil starfsemi Haga á öðrum mörkuðum sé vísbending um að félagið eigi möguleika á því að endurheimta tap sitt vegna undirverðlagningar í máli þessu.

Verðteygni eftirspurnar segir til um það hversu mikil áhrif verðbreytingar á vöru hafa á selt magn hennar. Talað er um lága verðteygni þegar verðbreytingar hafa lítil áhrif á selt magn en hins vegar er um háa verðteygni að ræða þegar verðbreytingar hafa mikil áhrif á selt magn. Talið er að það auki líkur á að endurheimta tap vegna undirverðlagningar þegar verðteygni eftirspurnar er lág. Það eru einkum tvö atriði sem skipta máli í þessu sambandi. Í fyrsta lagi þá minnkar lág tekjuteygni þörfina á aukinni afkastagetu hjá því fyrirtæki sem beitir undirverðlagningunni. Því lægri sem verðteygni eftirspurnarinnar er því minni þarf umframafkastagetan að vera til að mæta aukinni eftirspurn markaðarins. Í öðru lagi þá hefur lág verðteygni þau áhrif að jafnvel þó hið markaðsráðandi fyrirtæki hækki verð umtalsvert eftir að undirverðlagning hefur átt sér stað er að sama skapi ólíklegt að það valdi því að eftirspurn minnki mikið eða að selt magn dragist saman.

Hér að framan hefur verið sýnt fram á að mjólkurvörur hafa tiltölulega lága verðteygni. Þá má ætla að eftir því sem vörutegundin er vinsælli sé tekjuteygnin minni. Lág verðteygni mjólkurvara styður því það mat að Hagar geti endurheimt tap sitt vegna undirverðlagningar á þeim vörum í verslunum Bónuss.

Eftir því sem *vörumerkjatryggð* er meiri þeim mun minni kostnað þurfa fyrirtæki að bera af undirverðlagningu. Ástæðan er sú að fyrirtæki með þekkt vörumerki þarf ekki lækka verð sitt eins mikið og önnur fyrirtæki sem ekki búa við vörumerkjatryggð. Ekki þarf að fjölýrða um þá tryggð sem vörumerki Bónusar hefur í hugum neytenda en verslunarkerðjan hefur margoft verið valin vinsælasta fyrirtækið í fyrirtækjakönnunum hér



á landi. Þessi vörumerkjatryggð styður það að Hagar geta endurheimt tap sitt vegna undirverðlagningar í verslunum Bónuss.

Að öllu framangreindu leiðir að Hagar höfðu möguleika á því að endurheimta þann kostnað sem félagið varð fyrir vegna undirverðlagningar í umræddu verðstríði.



V. Viðurlög

Í þessum kafla verður verður fjallað um ákvæði 37. gr. samkeppnislaga og hugað að þeim sjónarmiðum sem líta verður til við ákvörðun viðurlaga í málinu.

1. Sjónarmið Haga um viðurlög

Í athugasemdum Haga segir að heimild 37. gr. samkeppnislaga felir ekki í sér skyldu heldur aðeins heimild til að leggja á sektir ef brotið sé gegn bannákvæðum 11. gr. samkeppnislaga. Í 37. gr. laganna sé einnig tekið fram að slíkar sektir skuli ekki lagðar á ef brot teljist vera óverulegt eða af öðrum ástæðum sé ekki talin þörf á slíkum sektum til að stuðla að og efla virka samkeppni. Sektorheimildir stjórnvalda felir í sér undantekningu frá þeirri mikilvægu grundvallarreglu að dómstólar annist ákvörðun refsinga, jafnt fésekta sem refsivista. Slíkar ákvarðanir séu að jafnaði teknar í formi dóma að undangenginni tryggilegri rannsókn og málshöfðun. Af því verði að gera ríkar kröfur til undirbúnings, efnis og rökstuðnings ákvörðunar samkeppnisyfirlitvalda um greiðslu stjórnvaldssekta. Þá segir að komi til þess að Samkeppniseftirlitið telji að Hagar hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga telji Hagar að meint brot sé ekki alvarlegt og ekki sé skilyrði til að beita sektum. Hið svokallaða verðstríð hafi staðið stutt yfir og tekið til afmarkaðra þátta. Þannig hafi mjólkurvörur verið seldar undir kostnaðarverði, og þá einkum mjólkinn sjálf. Ljóst sé að þær aðgerðir hafi ekki skaðað keppnauta á markaðnum né raskað virkri samkeppni.

Hagar leggja á það áherslu að við útreikninga sína á markaðshlutdeild sinni hafi félagið stuðst við gögn sem gefin hafi verið út af opinberum aðilum. Verði aðrar viðmiðanir notaðar til grundvallar niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins verði að taka tillit til þess að Högum hafi verið með öllu ómögulegt að átta sig á því fyrirfram að félagið hafi verið í markaðsráðandi stöðu á matvörumarkaðnum. Því síður hefði fyrirtækinu mátt vera það ljóst að verðlækkun á mjólkurvörum til skamms tíma hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga.

Loks segir að ákveði Samkeppniseftirlitið að leggja á stjórnvaldssektir í málinu þurfi að taka tillit til þess hversu afmarkað brotið sé og því aðeins mögulegt að leggja á lágmarkssektir samkvæmt 37. gr. samkeppnislaga. Brotið sé hvorki mikið að eðli eða umfangi né hafi það staðið lengi í skilningi umrædds ákvæðis. Sérstaklega verði að líta til þess að neytendur hafi ekki beðið tjón af varnaraðgerðum Bónuss, hvorki til skemmri né lengri tíma litið.

2. Mat Samkeppniseftirlitsins

Þann 1. júlí 2005 tóku gildi ný samkeppnislög nr. 44/2005. Í máli þessu reynir á 37. gr. þeirra en það ákvæði var efnislega samhljóða stjórnvaldssektarákvæði eldri samkeppnislaga nr. 8/1993, sbr. lög nr. 107/2000. Með lögum nr. 52/2007 voru gerðar tilteknar breytingar á 37. gr. samkeppnislaga. Ekki fæst séð að þær breytingar geti haft áhrif í þessu máli. Rétt þykir þó í málinu að fjalla hér um 37. gr. eins og ákvæðið var orðað fyrir gildistöku laga nr. 52/2007.



Í 37. gr. samkeppnislaga segir að Samkeppniseftirlitið leggi stjórnvaldssektir á fyrirtæki sem brjóti m.a. gegn bannreglum samkeppnislaga 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 var m.a. gerð sú breyting á 52. gr. samkeppnislaga nr. 8/1993 að í stað orðanna „*getur lagt*“ var tekið upp orðið „*leggur*“. Í athugasemdum með frumvarpi sem varð að lögum nr. 107/2000 kemur fram að tilgangur þessa sé að tryggja að meginreglan verði sú að stjórnvaldssektir verði lagðar á ef brot á bannreglum laganna eiga sér stað, sbr. einnig úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 8/2008 *Fiskmarkaður Íslands hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Er tekið fram að þetta muni stuðla að því að markmið laganna nái fram að ganga. 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. Eins og 37. gr. samkeppnislaga ber með sér felur ákvæðið hins vegar ekki í sér skyldu til álagningar sekta við öllum brotum á bannákvæðum laganna, sbr. einnig úrskurð áfrýjunarnefndar í máli nr. 2/2002.

Með þeirri breytingu sem gerð var á sektarákvæði samkeppnislaga með lögum nr. 107/2000 var ákvæðið lagað enn frekar að samsvarandi reglum sem gilda í EES/EB-samkeppniserétti og í EB. Samkvæmt ummælum í greinargerð með breytingunni var henni ætlað að stuðla að því að sektarákvarðanir hér á landi verði í samræmi við það sem tíðkist erlendis. Í ljósi þessa er eðlilegt að hafa hliðsjón af EES/EB-samkeppniserétti við túlkun og beitingu 37. gr. samkeppnislaga, sbr. einnig umfjöllun hér að framan.

Hagar benda á að umrædd sektarheimild feli í sér undantekningu frá þeirri mikilvægu grundvallarreglu að dómstólar annist ákvörðun refsinga. Slíkar ákvarðanir séu að jafnaði teknar í formi dóma að undangenginni tryggilegri rannsókn og málshöfðun. Samkeppniseftirlitið bendir á að stjórnvaldssektir skv. samkeppnislögum teljast ekki til refsinga í skilningi refsiréttar, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2004. Hvað sem þessu líður telur Samkeppniseftirlitið að málsmeðferð eftirlitsins uppfylli eðlilegar kröfur. Í því sambandi ber að hafa í huga að Hæstiréttur hefur talið að bannregla 11. gr. samkeppnislaga sé ekki of óljós til að ákvörðun viðurlaga verði reist á henni, sbr. dóm Hæstaréttar í máli nr. 323/2003 *Skífan hf. gegn samkeppnisráði*. Í máli þessu hefur Samkeppniseftirlitið áður en til ákvörðunar kom gert grein fyrir ætluðum brotum á 11. gr. samkeppnislaga. Hafa Hagar sett fram sjónarmið um þessi efni og er tekin rökstudd afstaða til þeirra í ákvörðun þessari. Ef Hagar kjósa svo getur fyrirtækið látið reyna á alla þætti málsins fyrir áfrýjunarnefnd samkeppnismála og eftir atvikum skotið síðan úrskurði áfrýjunarnefndar til dómstóla. Fæst ekki betur séð en að um sé að ræða eðlilega og vandaða málsmeðferð.

Í 2. mgr. 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. 1. mgr. 37. gr. laganna 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 t.d. úrskurði áfrýjunarnefndar í máli nr. 4/2007 *Icelandair ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu* og máli nr. 3/2008 *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu*.

Í því máli sem hér um ræðir telur Samkeppniseftirlitið að sýnt hafi verið fram á að Hagar hafi misnotað markaðsráðandi stöðu sína með því að selja mjólk og mjólkurvörur á skilgreindu viðmiðunartímabili í verslunum Bónuss undir kostnaðarverði. Ekki hefur verið sýnt fram á sérstakar hlutlægar eða málefnalegar ástæður sem réttlætt geti verðlagninguna. Það er því mat Samkeppniseftirlitsins að í verðlagningunni hafi falist ólögmæt undirverðlagning og að háttsemin hafi verið til þess fallin að viðhalda og styrkja með óeðlilegum hætti stöðu Haga á markaðnum fyrir sölu á dagvöru í matvöruverslunum bæði á höfuðborgarsvæðinu sem og öðrum skilgreindum markaðssvæðum þar sem verslanir Bónuss starfa. Jafnframt sýnir umfjöllun um undirverðlagningu Haga hér að framan að brotin voru umfangsmikil. Aðgerðirnar sem fólust í því að verðleggja mikilvægar neysluvörur (þ.e. mjólk og mjólkurvörur) langt undir kostnaðarverði voru til þess fallnar að útiloka helstu keppinauta, s.s. lágvöruverðsverslanir í eigu Kaupáss (Krónan) og Samkaupa (Nettó og Kaskó) frá samkeppni og þar með veikja þau fyrirtæki sem keppinauta á markaðnum. Því er ljóst að brot Haga eru í eðli sínu alvarleg. Hafa ber einnig í huga að matvörumarkaðurinn er ákaflega mikilvægur markaður fyrir neytendur. Röskun á samkeppni á þeim markaði hefur því ekki einungis skaðleg áhrif á hinum skilgreinda markaði heldur getur líka haft óæskileg áhrif á tengdum mörkuðum. Framangreint brot Haga á 11. gr. samkeppnislaga er því óhjákvæmilega alvarlegt í eðli sínu og umfangsmikið.

Því er að mati Samkeppniseftirlitsins nauðsynlegt að sekta fyrir umrætt brot í samræmi við ákvæði 37. gr. samkeppnislaga.¹⁷⁷

Hagar byggja á því að félaginu hafi „með öllu verið ómögulegt“ að átta sig á því fyrirfram að það væri í markaðsráðandi stöðu á matvörumarkaði og þeim mun síður að því hafi mátt vera ljóst að verðlækkun til skamms tíma hafi farið gegn samkeppnislögum.

Samkeppniseftirlitið áréttar hér að í ákvörðunum samkeppnisráðs nr. 18/1999 og 38/2002 var komist að þeirri niðurstöðu að Baugur (nú Hagar) væri í markaðsráðandi stöðu á matvörumarkaðnum. Í Morgunblaðinu 19. janúar 2006 er haft eftir forstjóra félagsins að Hagar séu með rétt rúmlega 50% markaðshlutdeild á þessum markaði og að félagið hefði verið að auka hlutdeild sína. Í ljósi þessa mátti Högum vera það ljóst að líkur væru á því að félagið teldist vera í markaðsráðandi stöðu. Þá ber að hafa í huga að lengi hefur legið fyrir í samkeppnisrétti að markaðsráðandi fyrirtæki geta misnotað markaðsráðandi stöðu sína með undirverðlagningu. Þetta kom t.d. skýrlega fram í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 17-18/2003. Framangreind sjónarmið Haga eiga því ekki við rök að styðjast. Þá telur Samkeppniseftirlitið heldur ekki almennt

¹⁷⁷ Sjá hér t.d. Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, fimmta útgáfa 2001. Í umfjöllun á bls. 942 um sjónarmið sem lögð hafa verið til grundallar í lagaframkvæmd við ákvörðun sekta er bent á þetta: „The gravity of an infringement is increased where the product is widely consumed, or has no substitutes, or is especially important to at least certain categories of consumers, constitutes an important industrial material or ... Conversely, an infringement relating to a product of no great value or necessity to consumers may be viewed less seriously.“



unnt að fallast á það sem málsástæðu að fyrirtæki þekki ekki inntak samkeppnislaga eða að sjónarmið þau sem samkeppnislög byggja á séu ný af nálinni, sbr. t.d. dóm Hæstaréttar í máli nr. 37/2003 *Sölufélag garðyrkjumanna ofl. gegn samkeppnisráði*. Ekki síst stærri fyrirtæki eða fyrirtækjasamsteypur hafa alla möguleika á því að gera sér grein fyrir inntaki samkeppnislaga.¹⁷⁸ Líta má einnig almennt til þess að dómstólar EB hafa talið að ætlað flókið eðli tiltekinnar misnotkunar á markaðsráðandi stöðu eða ætluð ný túlkun á samkeppnisreglum geti ekki leitt til lækkunar sekta.¹⁷⁹ Túlkun Samkeppniseftirlitsins á 11. gr. samkeppnislaga í þessu máli felur því ekki í sér nýmæli heldur er hún í samræmi við viðurkennd sjónarmið í samkeppnisrétti, sbr. einnig umfjöllun hér að framan.

Hagar halda því fram að fyrirtækið hafi ekki haft ásetning til þess að skaða eða útrýma samkeppni. Hagar hafi verið að bregðast við „*stríðsyfirlýsingum*“ Krónunnar líkt og aðrir keppinautar á markaðnum. Tilgangur Krónunnar með „*atlögu*“ sinni hafi verið að draga úr velvild almennings gagnvart Bónusi.

Eins og áfrýjunarnefnd samkeppnismála hefur bent á getur huglæg afstaða þeirra sem hlut eiga að broti skipt máli við mat á fjárhæð sekta.¹⁸⁰ 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.¹⁸¹ 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.¹⁸²

Að mati Samkeppniseftirlitsins gat Högum ekki dulist að umsvifamikil undirverðlagning félagsins var til þess fallin að raska samkeppni með alvarlegum hætti. Telur eftirlitið því ljóst að Hagar hafi haft ásetning til þess að raska samkeppni með aðgerðum sínum.

¹⁷⁸ Sjá t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar EB 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 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.*” Sjá einnig leiðbeiningar Eftirlitsstofnunar EFTA um útreikning á sektum sem lagðar eru á samkvæmt samkeppnisreglum EES.

¹⁷⁹ Sjá dóm dómstóls EB í máli nr. C-333/94P Tetra Pak v Commission [1996] ECR I-5951. Í því máli hélt fyrirtæki sem misnotað hafði markaðsráðandi stöðu sína því fram að lækka ætti sekt þess vegna þess að engin fordæmi væru fyrir túlkun framkvæmdastjórnar EB á samkeppnisreglum í málinu og að brotið byggði á flóknu mati. Dómstóll EB féllst ekki á þetta: „*the Court of First Instance weighed the seriousness of the infringement against the circumstances invoked by Tetra Pak. It considered that, even if in some respects defining the relevant product markets and the scope of Article 86 may have been a matter of some complexity, Tetra Pak could not have been unaware, given its quasi-monopoly on the aseptic markets and its leading position on the non-aseptic markets, that the practices in issue contravened the rules in the Treaty. The Court of First Instance concluded that the manifest nature and particular gravity of the restrictions on competition resulting from the abuses in question justified upholding the fine, notwithstanding the allegedly unprecedented nature of certain legal assessments in the contested decision. By that reasoning, the Court of First Instance dealt adequately with Tetra Pak's argument based on the mitigating circumstances on which it could rely. The fifth plea in law must therefore also be dismissed.*”

¹⁸⁰ Sjá t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 2/2002 *Landssími Íslands hf. gegn samkeppnisráði*.

¹⁸¹ Sjá t.d. dóm undirréttar EB 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.*”

¹⁸² Sjá t.d. dóm dómstóls EB í máli nr. C-137/95P *SPO v Commission* [1996] ECR I-1611.



Hagar virðast líta svo á að verðstríðið sé alfarið á ábyrgð Krónunnar. Sjónarmið Haga má því skilja sem svo að það hafi verið Krónan sem hafi knúið verslanir Bónuss til þess að verðleggja vörur undir kostnaði. Krónan hafi ekki virt verðstefnu Bónuss heldur efnt til verðstríðs þar sem Bónus hafi þurft að verja stöðu sína. Um þetta er reyndar ekki deilt í málinu. Hagar bera því við að þessi hegðun sé hluti af verðstefnu Bónuss sem hafi verið við líði allt frá upphafi þegar Bónus hóf fyrst starfsemi árið 1989. Það hefur reyndar verið yfirlýst stefna Haga/Bónuss að leyfa engum keppinauti, jafnvel ekki til skamms tíma, að bjóða vörur sínar á verði sem er lægra en það sem boðið er í verslunum Bónuss. Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á að þessar málsástæður rættlæti aðgerðir Haga eða að þær séu til þess fallnar að sýna fram á að félagið hafi ekki haft ásetning um að raska samkeppni með aðgerðum sínum. Þvert á móti er ekki hægt að draga aðra ályktun af viðbrögðum Haga en að það hafi verið markmið félagsins að veikja keppinauta félagsins og þá helst aðrar lágvöruverðsverslanir sem veita Bónusi hvað mesta samkeppni. Þannig var verð keppinauta ekki aðeins jafnað heldur ítrekað lækkað niður fyrir það verð sem þeir buðu þar til smásöluverð Bónuss var jafnvel aðeins lítið brot af nettó innkaupsverði viðkomandi vöru eða að varan var hreinlega gefin viðskiptavinum. Þannig gerðist það t.a.m. að drykkjarmjólk fékkst um tíma á eina krónu í verslunum Bónuss eða jafnvel gefins. Aðgerðir Haga voru því ekki í samræmi við þá ríku skyldu sem hvílir á markaðsráðandi fyrirtækjum og langt umfram heimild þeirra til þess að mæta samkeppni. Þessi atriði horfa því ekki mildunar viðurlaga.

Hagar halda því einnig fram að aðgerðir félagsins hafi ekki skaðað keppinauta á markaðnum og ekki raskað þeirri virku samkeppni sem fyrir hafi verið. Þá kemur fram í máli Haga að fyrirtækið hafi ekki hagnast á ætluðum brotum og að neytendur hafi notið góðs af verðstríðinu. Er þetta, ásamt öðru, talið að mati fyrirtækisins leiða til þess að ekki verði lagðar á sektir eða til þess að sektir verði óverulegar. Verði á hinn bóginn ákveðið að leggja á sektir í málinu sé ljóst með hliðsjón af því hversu afmarkað brotið sé að aðeins eigi að leggja á „lágmarkssektir“ samkvæmt 37. gr. samkeppnislaga.

Samkeppniseftirlitið vísar 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 hafði í reynd á markaðnum. Af þessu 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. Er þetta sama regla og gildir í EES/EB-samkeppnisrétti, bæði í málum sem varða ólögmaett samráð¹⁸³ og misnotkun á markaðsráðandi stöðu.¹⁸⁴ Hefur í þeim rétti skýrt komið fram að ekki sé við

¹⁸³ Hér má t.d. vísa til dóms dómstóls EB í máli nr. C-286/98P *Stora Kopparbergs Bergslags AB. V Commission* [2001] 4 CMLR 12 og dóms undirréttar EB í máli nr. T-141/94 *Thyssen Stahl AG v Commission* [1999] 4 CMLR 810. Í Opel málinu frá 2000 orðaði framkvæmdastjórn EB regluna með þessum hætti: „... the object of a measure is already sufficient to demonstrate an infringement. Article 15 of Regulation No 17 does not specify that the infringement has to be assessed by reference to the actual results on the market or to the harm caused to purchasers of the relevant products. The measures taken by Opel Nederland BV had as their object the restriction of competition within the meaning of Article 81“: Ákvörðun frá 20. september 2000, mál nr. COMP/36.653.

¹⁸⁴ 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



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.¹⁸⁵ Ef hins vegar „*sýnt er fram [á] að ólögmæt aðgerð hafi komist til framkvæmda getur það haft áhrif til hækkunar sekta.*“, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2007 *Icelandair ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Skipta ber mati á áhrifum af samkeppnislaga broti í tvennt. Annars vegar hvort tiltekið brot hafi verið framkvæmt. Dæmi um þetta er ef ólögmætur 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 eða á keppinaut.¹⁸⁶ Báðar þessar tegundir af áhrifum af broti geta falið í sér rök til hækkunar á sektum.

Hinum ólögmætu aðgerðum Haga var hrint í framkvæmd og höfðu þær með þeim hætti áhrif á markaðnum. Eins og áður hefur verið rakið fólust aðgerðirnar í því að það verð sem keppinautar buðu var ekki aðeins jafnað heldur lækkaði Bónus sitt verð ítrekað niður fyrir verð keppinautanna þar til verð Bónuss var jafnvel aðeins lítið brot af nettó innkaupsverði viðkomandi vöru. Skaðleg áhrif slíkrar hegðunar markaðsráðandi fyrirtækis eru þau að keppinautar Bónuss munu til lengri tíma skirrast við að efna til verðsamkeppni við verslanir fyrirtækisins. Líkur eru á að þeir muni virða þá „*verðstefnu*“ sem hið markaðsráðandi fyrirtæki hefur sett sér á markaðnum og ekki taka þá áhættu sem felst í því að efna til verðstríðs. Vísast í þessu sambandi einnig til þess sem rakið var hér að framan í kafla um orðspor fyrirtækis þar sem sýnt er fram á það hvernig skaðleg undirverðlagning markaðsráðandi fyrirtækis hindrar innkomu nýrra aðila á markaðinn og takmarkar möguleika minni keppinauta til þess að eflast á markaðnum, auk þess hvernig verðlækkun fyrirtækja leiðir til lengri tíma til aukinnar markaðshlutdeildar. Í ljósi þessa verður að ætla að aðgerðirnar hafi verið til þess fallnar að valda keppinautum samkeppnislegu tjóni. Þær hindruðu keppinautana í því að afla sér frekari viðskipta og viðhéldu því og styrktu markaðsráðandi stöðu Haga. Fólu þessar aðgerðir því í sér aðgangshindranir að matvörumarkaðnum og hindranir til stækkunar á honum. Verður því ekki fallist á það með Högum að einungi verði beitt „*lágmarkssektum*“ í málinu. Þvert á

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."

¹⁸⁵ 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"

¹⁸⁶ 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."



móti horfa framangreind atriði til þyngingar viðurlaga. Ekki þykir hins vegar ástæða til að láta tímalengd brots Haga horfa til þyngingar viðurlaga.

Samkvæmt 37. gr. samkeppnislaga geta sektir numið allt að 10% af veltu síðasta rekstrarárs hjá hverju því fyrirtæki eða samtökum fyrirtækja sem aðild eiga að broti. Er hér um að ræða hið formlega hámark sekta en sektir í samkeppnismálum eru ekki byggðar á útreikningum með hliðsjón af veltu viðkomandi fyrirtækja heldur byggja á heildarmati á málefnalegum atriðum sem varða alvarleika brotanna. Í því samhengi getur verið eðlilegt að horfa til fjárhagslegra upplýsinga. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2006 Dagur Group hf. gegn Samkeppniseftirlitinu segir:

„Til þess að stjórnslusektir sem þessar geti haft tilætluð áhrif verður loks að taka mið af styrkleika áfrýjanda en þar kemur velta hans á síðasta almanaksári og þeirrar samstæðu, sem hann tilheyrir, einkum til skoðunar.“

Í samkeppnisrétti hefur einnig verið bent á það að velta á þeim markaði sem brotið tók til gefi sanngjarna vísbendingu um umfang brotsins. Jafnframt gefi velta á viðkomandi markaði til kynna hlutlægan mælikvarða á því tjóni sem brot getur valdið samkeppni á markaðnum.¹⁸⁷ Einnig er rétt að hafa hliðsjón af möguleikum hins brotlega aðila til þess að hafa áhrif á markaðinn, sérstaklega með hliðsjón af stærð og efnahagslegum styrkleika viðkomandi aðila, sbr. m.a. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 3/2004. Þessi styrkleiki getur endurspeglast í veltu þess aðila sem um ræðir. Einnig ber að líta til efnahagslegs styrkleika hins brotlega aðila til að tryggja að sektir hafi nægjanleg varnaðaráhrif.¹⁸⁸

Hagar eru markaðsráðandi á markaði sem skilgreindur hefur verið í máli þessu, þ.e. á markaði fyrir sölu á dagvörum í matvöruverslunum. Samanlögð velta Haga á smásölumarkaði fyrir matvörur á landinu öllu á árinu 2005 var tæplega 29 milljarðar kr. Ljóst er því að brotin varða mjög umfangsmikil viðskipti á þjóðhagslega mikilvægum markaði. Heildartekjur Haga árið 2005 (1. mars 2005 til 28. febrúar 2006) voru hins vegar rúmlega 58 milljarðar kr. og árið 2006 (1. mars 2006 til 28. febrúar 2007) tæplega 47 milljarðar kr. Á árinu 2007 (1. mars 2007 til 29. febrúar 2008) voru rekstrartekjur Haga hins vegar rúmlega 52 milljarðar kr. Verður að hafa þessa stöðu í huga við ákvörðun sekta til að tryggja nægjanleg varnaðaráhrif. Einnig verður að líta til þess að velta á mörkuðum málsins sýnir að umfang brotsins var verulegt og til þess fallið að valda umtalsverðu samkeppnislegu tjóni. Smásölumarkaður fyrir matvörur er langstærsti neytendavörumarkaður hér á landi og má ætla að heildarvelta hans sé á bilinu 65-70 milljarðar kr. á ársgrundvelli. Horfa ber einnig til þess að framboð á mjólk og mjólkurvörum sem seldar voru undir kostnaðarverði var umtalsvert. Heildartekjur Bónuss vegna sölu á þessum vörum á viðmiðunartímabilinu (febrúar 2005 til maí 2006) námu

¹⁸⁷ Sjá t.d. dóm undirréttar EB í máli nr. T-224/00 Amnio Acids [2003] 5 CMLR 12: „... as is clear from settled case-law ... the proportion of turnover derived from the goods in respect of which the infringement was committed is likely to give a fair indication of the scale of the infringement on the relevant market. In particular, as the Court of First Instance has emphasised, the turnover in products which have been the subject of a restrictive practice constitutes an objective criterion which gives a proper measure of the harm which that practice causes to normal competition ... ”.

¹⁸⁸ Sjá hér leiðbeiningar Eftirlitsstofnunar EFTA um útreikning á sektum sem lagðar eru á samkvæmt samkeppnisreglum EES.



rúmlega [...] milljörðum kr. á skilgreindum mörkuðum. Undirverðlagningin náði til flestra þeirra vörutegunda sem voru teknar til skoðunar á stærstum hluta viðmiðunartímabilsins eins og framangreindar myndir sem sýna samanburð á nettó innkaupsverði og smásöluverði bera með sér.

Með vísan til alls framangreinds telur Samkeppniseftirlitið hæfilegt að leggja 315.000.000 kr. sekt á Haga vegna brots fyrirtækisins gegn 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005.

VI. Ákvörðunarorð:

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

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

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

Samkeppniseftirlitið

Páll Gunnar Pálsson