

## Úrskurður

### áfrýjunarnefndar samkeppnismála

í máli nr. 5/2010

Lyf og heilsa hf.

gegn

Samkeppniseftirlitinu

#### I.

Með kærnu, dagsettri 26. mars 2010, hefur Lyf og heilsa hf. (hér eftir nefndur áfrýjandi), kært ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 4/2010, dagsett 26. febrúar 2010. Í hinni kærðu ákvörðun komst Samkeppniseftirlitið að þeirri niðurstöðu að áfrýjandi hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga og beri að greiða stjórnvaldssekt að upphæð kr. 130.000.000.

Af hálfu áfrýjanda er þess krafist að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi en til vara er þess krafist að sektin verði felld niður eða lækkuð verulega.

Af hálfu Samkeppniseftirlitsins er þess krafist að hin kærða ákvörðun verði staðfest.

#### II.

Mál þetta varðar opnun nýs apóteks á Akranesi, Apótek Vesturlands, en á Akranesi var fyrir lyfjaverslun sem áfrýjandi rak og hafði það verið eina lyfjaverslunin á staðnum frá árinu 2000.

Áfrýjandi varð þess áskynja í árslok 2006 að fyrirhugað væri að opna nýtt apótek á Akranesi. Á tímabilinu fram að opnun apóteksins buðu fyrirsvarsmenn áfrýjanda lyfjafræðingi þeim sem vann að stofnun apóteksins að gerast starfsmaður áfrýjanda. Starfsmenn áfrýjanda íhuguðu hvort áfrýjandi ætti að vera fyrri til að opna annað apótek á Akranesi (lágvöruverðsapótek). Áfrýjandi var í sambandi við Haga hf., sem rak matvöruverslun í sama húsnæði og Apótek Vesturlands hugðist starfrækja apótek sitt. Áfrýjandi lagðist gegn því að Apótek Vesturlands fengi lyfsöluleyfi í samskiptum við heilbrigðis- og tryggingamálaráðuneytið. Í mars 2007 fór áfrýjandi af stað með vildarklúbb fyrir viðskiptavinum og í júlí 2007 veitti áfrýjandi viðskiptavinum sérstaka afslætti á mikilvægum lyfjum og voru þeir aðeins í boði í lyfjaverslun áfrýjanda á Akranesi.

Apótek Vesturlands opnaði lyfjaverslun sína í lok júní 2007 og seinna það sumar barst Samkeppniseftirlitinu ábending frá Apóteki Vesturlands um að áfrýjandi væri að reyna að ryðja fyrirtækinu út af markaðnum. Þann 14. september 2007 framkvæmdi Samkeppniseftirlitið húsleit í höfuðstöðvum áfrýjanda og í lyfjaverslun hans á Akranesi. Að lokinni frekari gagnaöflun og rannsókn var áfrýjanda sent andmælaskjal dagsett 7. apríl 2009 og bárust svör frá áfrýjanda þann 25. maí og 29. júní 2009. Þann 17. nóvember 2009 var áfrýjanda gerð grein fyrir gögnum sem höfðu bæst við málið og þann 11. desember s.á. var áfrýjanda sent afrit af gögnum og honum veittar tilteknar upplýsingar. Hin kærða ákvörðun var síðan birt áfrýjanda þann 26. febrúar 2010 en ákvörðunarorðin eru svohljóðandi:

*„Lyf og heilsa hf. 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 Lyf og heilsa hf. greiða stjórnvaldssekt að fjárhæð kr. 130.000.000 (eitt hundrað og þrjátíu milljónir króna) vegna þessara brota.*

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

Um atvik máls að öðru leyti er vísað til andmælaskjals, dagsett 7. apríl 2009, bréfa áfrýjanda til Samkeppniseftirlitsins, dagsett 25. maí og 29. júní 2009, hinnar kærðu ákvörðunar, stjórnslukærunnar sem og annarra gagna málsins.

### III.

Greinargerð Samkeppniseftirlitsins barst 19. apríl 2010. Athugasemdir áfrýjanda við greinargerðinni bárust 30. apríl 2010 og athugasemdir Samkeppniseftirlitsins við þeim bárust 7. maí s.á. Þá var hagsmunaaðila, Apóteki Vesturlands, gefinn kostur á að koma á framfæri athugasemdum í málinu og bárust þær þann 29. apríl 2010.

Málið var flutt munnlega þann 20. maí 2010. Lögmaður áfrýjanda, Helga Melkorka Óttarsdóttir hdl., flutti málið fyrir hans hönd og lögmaður Samkeppniseftirlitsins, Gizur Bergsveinsson hdl., fyrir hönd Samkeppniseftirlitsins. Viðstaddur málflutninginn var fyrirvarsmaður Apótekst Vesturlands og gafst honum tækifæri á að koma að athugasemdum sem og hann gerði.

### IV.

#### *Málsástæður áfrýjanda*

Af hálfu áfrýjanda er á því byggt að markaðsskilgreining Samkeppniseftirlitsins sé háð annmörkum. Áfrýjandi telur að skilgreining eftirlitsins á landfræðilegum markaði smásölu lyfja á höfuðborgarsvæðinu sé röng og að gögn málsins sýni að nauðsynlegt sé að skilgreina markaðinn þrengra. Þá séu ekki tengsl á milli höfuðborgarsvæðisins og Akraness í slíkum mæli að áfrýjandi hafi getað nýtt sér stöðu á einum markaði til þess að teljast í ráðandi stöðu á öðrum markaði. Áfrýjandi bendir á að viðskiptavinir á markaðnum vegna Akraness séu ekki jafnframt viðskiptavinir á höfuðborgarsvæðinu og að Akranes og höfuðborgarsvæðið séu ekki tengdir markaðir í skilningi samkeppnisréttar. Samkeppniseftirlitið telji ranglega að tengsl á milli smásölumarkaðar lyfja á Akranesi

annars vegar og á höfuðborgarsvæðinu hins vegar, séu með þeim hætti að staða áfrýjanda á höfuðborgarsvæðinu leiði til þess að hann sé með markaðsyfirráð á Akranesi.

Áfrýjandi telur að Samkeppniseftirlitið skilgreini markaðssvæði höfuðborgarsvæðisins með röngum hætti og ofmeti meinta staðgöngu á milli sveitarfélaga í nágrenni Reykjavíkur. Þannig sé ljóst að skilgreina verði markaðinn út frá þeim neytendum sem verði fyrir áhrifum af viðkomandi háttsemi. Í þessu máli liggja fyrir að rannsókn Samkeppniseftirlitsins beindist að aðgerðum lyfjaverslunar á Akranesi og því hafi eftirlitið skilgreint markaðinn staðbundinn við Akranes annars vegar og höfuðborgarsvæðið hins vegar. Samkeppniseftirlitið hafi afmarkað vörumarkaðinn við sölu á lyfjum, þ.e. í lausasölu og lyfseðilsskyld lyf að undanskilum S-lyfjum. Með hliðsjón af stöðu áfrýjanda á Akranesi og þróun markaðshlutdeildar hans á fyrstu vikum eftir að samkeppnisaðili opnaði, þá ætti þessi afstaða Samkeppniseftirlitsins að leiða til þess að áfrýjandi teldist ekki markaðsráðandi á þessum markaði.

Áfrýjandi telur að þar sem skilgreining Samkeppniseftirlitsins á landfræðilegum markaði sé efnislega röng þá verði að ógilda ákvörðunina í heild. Grunnurinn í málalátibúnaði Samkeppniseftirlitsins byggir á þessari skilgreiningu höfuðborgarsvæðisins og allar niðurstöður um meint brot grundvallast á því.

Áfrýjandi byggir á því að hann geti ekki verið í markaðsráðandi stöðu á Akranesi með hliðsjón af atvikum málsins og sérstaklega þeirri staðreynd að markaðshlutdeild hans lækkaði úr 100% niður undir 50% á nokkrum vikum eða mánuðum eftir innkomu Apóteks Vesturlands. Áfrýjandi telur að gögn málsins frá árinu 2008 sýni að markaðshlutdeild hans á Akranesi hafi minnkað áfram eftir innkomu Apóteks Vesturlands og að Samkeppniseftirlitinu beri skylda að taka tillit til þessara gagna. Þá séu takmarkanir á verðlagningu eða álagningu lyfseðilsskyldra lyfja sökum þess að samkeppnishæft verð sé hámarksverð sem ákvarðað sé af Lyfjagreiðslunefnd ríkisins. Hámarksverðið taki mið af samkeppnishæfu verði á norðurlöndunum og útiloki tilvist markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir smásölu lyfja. Einnig telur áfrýjandi að nauðsynlegt sé að endurmeta tölur um markaðshlutdeild á höfuðborgarsvæðinu í ljósi

Þess að markaðurinn á höfuðborgarsvæðinu hafi verið skilgreindur með of víðtækum hætti.

Áfrýjandi bendir á að hann sé ekki í sameiginlega markaðsráðandi stöðu á höfuðborgarsvæðinu. Að skilyrði fyrir sameiginlega markaðsráðandi stöðu séu ekki uppfyllt, einkum þar sem gagnsæi á markaðnum sé ekki með þeim hætti að áfrýjandi geti nægilega snögglega og nákvæmlega greint breytingar á háttsemi Lyfju hf.. Þá sé ekki fyrir hendi hvati til þess að viðhafa samhæfða stefnu á markaðnum og að ekki sé fyrir hendi aðstæður sem skapi grundvöll að trúverðugum hótunaraðgerðum vegna breytinga á háttsemi. Keppinautar geti og raunverulega komi í veg fyrir að aðilar markaðarins geti samhæft stefnu án þess að eiga í beinum samskiptum.

Þá telur áfrýjandi að staða hans á öðrum landfræðilegum mörkuðum hafi enga þýðingu í samkeppni á Akranesi. Áfrýjandi telur að hann geti ekki beitt sér á Akranesi með stuðningi frá öðrum mörkuðum auk þess sem gögn málsins sýni að slíkt hafi ekki verið gert. Einnig bendir áfrýjandi á að hann hafi ekki þann efnahagslega styrkleika að geta raskað samkeppni hvort sem það sé á Akranesi eða öðrum mörkuðum. Áfrýjandi telur að innkoma Apóteks Vesturlands sýni að aðgangshindranir séu mjög takmarkaðar og sýni öðrum að innkoma á markaðinn sé auðveld. Að mati áfrýjanda hafi staða fyrirtækja sem tengd séu honum enga þýðingu við mat á styrkleika á Akranesi.

Áfrýjandi telur að það liggi fyrir að skilyrði sameiginlegrar markaðsráðandi stöðu á höfuðborgarsvæðinu séu ekki fyrir hendi. Áfrýjandi hafi sannanlega beitt sér í verðsamkeppi af mikilli hörku gegn Lyfju hf. sem sanni að samhæfing átti sér ekki stað. Jafnvel þótt markaðsskilyrði væru með þeim hætti að sameiginleg markaðsráðandi staða gæti þrífist, þá sé slík staða ekki á markaðnum. Jafnvel þótt slík staða væri á höfuðborgarsvæðinu þá feli það ekki í sér að áfrýjandi verði talinn með markaðsyfírráð á Akranesi, þar sem markaðsaðstæður séu með allt öðrum hætti. Gögn málsins sýni að Apótek Vesturlands var og er mjög sterkur keppinautur sem njóti sterkra bakhjarla, en félagið hafði alla burði til þess að mæta áfrýjanda í heilbrigðri samkeppni sem sannist með því að það tók yfir meirihluta markaðarins á stuttum tíma frá innkomu. Samkeppniseftirlitið komst að þeirri niðurstöðu að áfrýjandi sé markaðsráðandi á

Akranesi vegna þess að hann sé í sameiginlega markaðsráðandi stöðu á höfuðborgarsvæðinu. Þessu hafnar áfrýjandi með öllu og mótmælir bæði því að hann sé í sameiginlega markaðsráðandi stöðu á höfuðborgarsvæðinu og að hann sé markaðsráðandi á Akranesi.

Áfrýjandi bendir á að öll einkenni markaðarins á Akranesi sýni með óyggjandi hætti að hann hafi verið fjarri því að vera ráðandi á rannsóknartímabilinu og þar vegi þyngst breytingar á stöðu hans eftir innkomu Apóteks Vesturlands. Þannig hafi það engin áhrif að kanna efnahagslegan styrkleika eða stöðu á tengdum mörkuðum, það nægi að líta til þess hvað raunverulega átti sér stað með innkomu Apóteks Vesturlands á markaðinn.

Áfrýjandi telur lykilatriði í þessu máli að Samkeppniseftirlitið komst að þeirri niðurstöðu að áfrýjandi sé í sameiginlega markaðsráðandi stöðu á höfuðborgarsvæðinu með Lyfju hf. Er sú niðurstaða byggð á því að einkenni markaðarins séu með þeim hætti að grundvöllur fyrir samhæfðri markaðsstefnu sé fyrir hendi. Það sé því að miklu leyti staða helsta keppinautarins, þ.e. Lyfju hf., sem valdi því að áfrýjandi sé í ráðandi stöðu. Þessi einkenni séu ekki fyrir hendi á Akranesi þar sem Lyfja hf. sé ekki einu sinni starfandi. Þannig sé útilokað að komast að þeirri niðurstöðu að vegna sérstakra einkenna á höfuðborgarsvæðinu verði áfrýjandi í ráðandi stöðu á Akranesi þar sem umrædd skilyrði séu ekki fyrir hendi.

Áfrýjandi bendir á að í mati á markaðsráðandi stöðu sé lykilatriði hvort fyrirtæki hafi getu til þess að hegða sér án tillits til keppinauta, viðskiptavina eða neytenda með hagkvæmum hætti. Í því sé einkum vísað til þess hvort fyrirtækið geti stýrt verðlagningu án tillits til athafna keppinauta eða kaupenda. Aðilum sem starfa á hamarkaðnum séu settar miklar hömlur um verðlagningu lyfja og geti þannig ekki hagað verðlagningu án tillits til aðila markaðarins, sérstaklega án tillits til ríkisins sem ákveði verðlagninguna að miklu leyti.

Áfrýjandi telur að úrskurðir áfrýjunarnefndar samkeppnismála sem Samkeppniseftirlitið vísi til í þessu sambandi hafi ekki þýðingu í málinu. Þá hafi dómstólar EB gert þá kröfu að til þess að fyrirtæki með undir 40% markaðshlutdeild geti talist vera markaðsráðandi, verði það að vera leiðandi á hinum skilgreinda markaði og töliverður mismunur þurfi að

vera á milli fyrirtækisins og næst stærsta aðilans. Ekkert þessara skilyrða eigi við í því máli sem hér sé til umfjöllunar. Áfrýjandi telur að líta beri til þess hvort hið markaðsráðandi félag hafi náð að halda markaðshlutdeild stöðugri og aðrir samkeppnisaðilar geta ekki annast eftirspurn vegna viðskiptavina sem vilja slíta sig frá hinu markaðsráðandi fyrirtæki. Áfrýjandi vísar í þessu sambandi sérstaklega til úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 8/2003: *Refund á Íslandi ehf. gegn samkeppnisráði*.

Áfrýjandi telur augljóst að þróun markaðarins eftir mitt ár 2007 og út 2008 gefi mikilvæga vísbendingu um eðli markaðarins og stöðu hans og að Samkeppniseftirlitið geti ekki litið fram hjá því við rannsókn þessa máls. Til þess að geta slegið því föstu hvort fyrirtæki sé ráðandi á tilteknu tímabili þá verði að horfa á þróunina bæði fyrir og eftir viðkomandi tímabil. Fyrirtæki geta ekki verið markaðsráðandi í einn – tvo mánuði heldur verður hin ráðandi staða að halda yfir lengri tímabil. Áfrýjandi bendir á að það liggi fyrir að markaðshlutdeild Apóteks Vesturlands sé umtalsvert hærri en hjá áfrýjanda. Þá gefur þróunin árið 2008 góða mynd af því hvort Apóteks Vesturlands hafi misst eða bætt hlutdeild en þróun markaðshlutdeildar eftir innkomu nýs keppinautar hafi mikla þýðingu. Það sé því ljóst að markaðshlutdeild áfrýjanda sýni að hann var og er ekki markaðsráðandi á Akranesi árið 2007. Því til stuðnings vísi hann til framlagðra gagna í málinu sem sýndu hvernig þróunin á markaðnum hafi verið árið 2008.

Áfrýjandi bendir á að Samkeppniseftirlitið leggi töluverða áherslu á að hann hafi haft efnahagslegan styrkleika sem veitti honum forskot í samkeppni gagnvart Apóteks Vesturlands. Áfrýjandi bendir á að til þess að fjárhagsstaða félags geti veitt því slíkt forskot á einum markaði að það teljist vera markaðsráðandi þá verði sú staða að gera fyrirtækinu kleift að nýta sér það. Ekki nægi að félag eigi verðmætar eignir eða sé með háa viðskiptavild til þess að það geti talist hafa efnahagslegan styrkleika sem nýtist í samkeppni. Eins og vakin sé athygli á í athugasemdum við andmælaskjalið þá hafi það enga þýðingu að skoða afmarkaðar tölur um stöðu félags ef heildarmyndin sé ekki könnuð. Þannig segi það mjög takmarkaða sögu að líta til veltu, eigna og eigin fjár ef aðrar skuldbindingar séu ekki skoðaðar. Félag geti átt miklar eignir en ef ekki sé hægt að koma þeim í verð eða beita þeim í því skyni að raska samkeppni þá geti það ekki veitt fyrirtæki forskot. Þótt viðskiptavild sé verðmæt þá sé lítið hægt að nota hana til þess að

styrkja stöðu félags í samkeppni. Eitt af mörgum atriðum sem verði að hafa í huga við mat á styrkleika sé hvort fyrirtæki sé berskjaldað fyrir breytingum á ytra umhverfi. Þegar í upphafi ársins 2006 lækkaði gengi krónunnar umtalsvert sem hafði mjög neikvæð áhrif á erlendar skuldbindingar. Þessi þróun tók síðan aftur kipp um sumarið 2007, þ.e. á rannsóknar-tímabilinu og það sjái ekki enn fyrir endann á þeim afleiðingum sem lækkun krónunnar hafi valdið. Áfrýjandi bendir á að fyrirtæki sem séu berskjölduð fyrir ytri áföllum hafi ekki getu til þess að raska samkeppni. Einnig geti skuldsetning og eðli eigna leitt til þess að fjárhagslegur styrkleiki sé takmarkaður og raunverulega geti slík staða orðið að veikleika í samkeppni. Fyrirtæki sem hafi minni skuldbindingar og minni eignir geti þannig verið með forskot í samkeppni vegna þess að viðkomandi sé ekki eins bundinn í aðgerðum sínum. Áfrýjandi telur að af ársreikningi Apóteks Vesturlands fyrir árið 2007 sé hægt að draga þá ályktun að staða félagsins sé sterk á þessu sviði, langtímaskuldir félagsins gagnvart öðrum en tengdum aðilum nema lágum fjárhæðum. Við mat á fjárhagslegum styrk beri einnig að líta til þess í hve miklum mæli viðkomandi geti staðið af sér efnahagsþrengingar. Þess vegna sé mikilvægt að skoða hvernig staða áfrýjanda og þeirra félaga sem Samkeppniseftirlitið vísi til breyttist þegar efnahagskreppan skall á með fullum þunga í október 2008. Áfrýjandi telur að það sé ljóst að mat Samkeppniseftirlitsins á fjárhagslegum styrk hans sé gróflega ofmetið og því sé niðurstaðan sem eftirlitið dregur röng.

Áfrýjandi telur að það sé augljóst með vísan til gagna málsins að Samkeppniseftirlitið hafi ekki rannsakað gagnsæi markaðarins í málinu heldur hafi stuðst við huglægt mat. Áfrýjandi telur að það liggi fyrir í gögnum málsins að lyfjakeðjurnar hafi ekki viðhaft samhæfða markaðsstefnu og að ekki sé hægt að finna neitt mynstur í verðlagningu áfrýjanda eða Lyfju hf. sem gefi til kynna að fyrirtækin geti stundað samhæfða markaðsstefnu né heldur að hin meinta verðstefna hafi verið við lýði árið 2007. Áfrýjandi telur að þau samskipti sem Samkeppniseftirlitið vitni til séu þess eðlis að þau sanni að verðlagning á markaðnum sé ekki nægilega gagnsæ til þess að hægt sé að greina breytingar á verðstefnu annarra keppinauta með nægilega snöggum og nákvæmum hætti. Því sé ljóst að gagnsæi á markaðnum sé ekki með þeim hætti að sameiginleg markaðsráðandi staða geti þrífist á honum.



Áfrýjandi hafnar því alfarið að hann hafi ekki stundað virka samkeppni gagnvart Lyfju hf. enda sýni gögn málsins þvert á móti að mikil samkeppni var á milli keðjanna sem hafi m.a. endurspeglast í aukinni þjónustu og miklu vöruúrvali auk þess sem verðkannanir sýni að mikil verðsamkeppni hafi verið á milli keðjanna. Áfrýjandi telur að það skorti verulega á að Samkeppniseftirlitið hafi sýnt með óyggjandi hætti að hann og Lyfja hf. séu sameiginlega í markaðsráðandi stöðu. Greining á eðli markaðarins sé í meginatriðum háð miklum annmörkum sem leiði til þess að niðurstaða Samkeppniseftirlitsins á stöðu fyrirtækjanna sé í veigamiklum atriðum röng.

Áfrýjandi byggir á því að jafnvel þótt hann gæti verið talinn í ráðandi stöðu þá misnotaði hann ekki stöðu sína á Akranesi. Háttsemi hans hafði engin áhrif á höfuðborgarsvæðið og hafði því enga þýðingu fyrir stöðu hans á því svæði. Þá hafi aðgerðir áfrýjanda á árinu 2003 enga þýðingu í þessu máli enda liggi fyrir í ákvörðun samkeppnisyfirvalda að hann hafi ekki verið í ráðandi stöðu á þeim tíma. Áfrýjandi bendir á að samskipti sem áttu sér stað í kringum áramótin 2006-2007 vegna væntanlegrar opnunar nýrrar lyfjaverslunar á Akranesi leiddu ekki til neinna aðgerða og hafi engin aðgerðaráætlun verið samin eða hrint í framkvæmd.

Áfrýjandi bendir á að ákvarðanir vegna vildarkorta hafi verið teknar með hliðsjón af því að tryggja rekstur hans og framkvæmdirnar hafi verið hóflegar að umfangi og hvorki haft skaðleg áhrif á samkeppni né heldur verið til þess fallnar. Þá hafi undirbúningur vegna afslátta verið ákveðinn og undirbúinn vegna fyrirséðs tekjusamdráttar og hafi haft þann eina tilgang að tryggja rekstrarhæfi áfrýjanda. Afslættirnir hafi verið hóflegir og ekki til þess fallnir að valda ólögmetu tjóni hvort sem það var til skamms eða langs tíma.

Komist áfrýjunarnefndin að þeirri niðurstöðu að áfrýjandi hafi verið í markaðsráðandi stöðu telur áfrýjandi að mat á aðgerðum hans árið 2007 sé rangt. Með aðgerðunum hafi verið brugðist við fyrirséðum samdrætti í lyfjasölu vegna aukinnar samkeppni á Akranesi. Það hafi hvorki verið beinn eða óbeinn tilgangur þeirra að útiloka keppinauta frá markaðnum né hafi þær á nokkurn hátt verið til þess fallnar. Aðgerðirnar hafi verið í eðlilegu og skynsamlegu samræmi við aðgerðir keppinautarins.

Þá mótmælir áfrýjandi því að vildarkort hans hafi falið í sér ólögsmæta tryggðarafslætti í skilningi 11. gr. samkeppnislaga. Umfang vildarkortanna hafi verið óverulegt með hliðsjón af heildarmarkaðnum og staðfesti öflug innkoma Apóteks Vesturlands að vildarkortin höfðu óverulega áhrif á markaðinn auk þess sem samningarnir tóku aðeins til mjög lítils hluta af viðskiptavinum áfrýjanda.

Áfrýjandi telur að þegar þeir dómur séu skoðaðir sem Samkeppniseftirlitið vísi til þá leiki ekki nokkur vafi á því að eftirlitið dragi of víðtækar ályktanir af því hvað felist í þeim.

Áfrýjandi hafnar því að hafa haft ásetning um að raska samkeppni. Af þeim aðgerðum sem voru framkvæmdar þá komi hvergi fram að markmiðið með þeim hafi verið að girða fyrir samkeppni. Þótt notað hafi verið gáleysislegt orðalag í ákveðnum tilvikum þá sé það ekki sönnun þess að fyrirtækið hafi haft áætlun um að raska samkeppni og hrint henni í framkvæmd. Þær aðgerðir sem áfrýjandi greip til árið 2007 voru byggðar á hans eigin rekstrarlegu forsendum sem miðuðu að því að halda viðunandi viðskiptum sem tókst hins vegar ekki.

Áfrýjandi telur að þau gögn sem samkeppnisyfirvöld byggja á verði að sýna fram á með hvaða hætti fyrirtæki ætli sér að útrýma samkeppni, hvernig það muni skipuleggja slíkar aðgerðir og að verðlagning sé til þess fallin að hafa skaðleg áhrif á samkeppni. Tölvupóstur eða samskipti sem lýsa anda eða stemmningu í fyrirtæki uppfylli ekki slík skilyrði heldur verði að skoða þau í réttu samhengi. Almennt sé litið á tölvupósta sem spjall milli starfsmanna og ef þeir lýsi ekki endanlegri ákvörðunum þá hafi þeir takmarkaða þýðingu. Þau gögn sem Samkeppniseftirlitið vísi til uppfylli ekki þennan áskilnað enda sýni þau ekki einu sinni skipulagningu á aðgerðum heldur almennar hugleiðingar án þess að eitthvað hafi verið ákveðið eða framkvæmt sem ætti að hafa þann eina tilgang að raska samkeppni.

Þá bendir áfrýjandi á að erindi hans til ráðuneytisins byggðist á málefnalegum og réttum grundvelli. Þar komi fram það mat hans að það sé ekki rekstrargrundvöllur fyrir tvær lyfjaverslanir. Hafi reynsla af rekstri lyfjaverslana á landsbyggðinni sýnt fram á það. Þessum upplýsingum og sjónarmiðum var komið á framfæri eftir að ráðuneytið hafi haft frumkvæði að því að leita eftir afstöðu áfrýjanda en ekki öfugt.

Eftir að Apóteks Vesturlands hóf starfsemi þá veitti áfrýjandi afslætti af tilteknum lyfjum. Afslættirnir voru viðbrögð við fyrirsjáanlegum samdrætti og tilgangur og markmið þeirra var að reyna að tryggja viðunandi frammistöðu. Áfrýjandi stóð frammi fyrir verulegum samdrætti í eftirspurn. Því hafi hann verið tilneyddur til þess að grípa til þeirra aðgerða sem hann gat og lög leyfðu – lengra gekk hann ekki. Staðreyndir málsins sýni að það var áfrýjanda nauðsynlegt að taka fullan þátt í samkeppni.

Áfrýjandi telur að Samkeppniseftirlitið hafi vanrækt að rannsaka veigamikil atriði í málinu. Eftirlitið hafi reynt að draga fram atriði sem komi áfrýjanda illa en horft framhjá atriðum sem leiði til þess að háttsemi hans yrði talin lögmæt. Þá telur áfrýjandi að eftirlitið hafi vanrækt að rannsaka styrkleika Apóteks Vesturlands og getu félagsins til þess að bregðast við í samkeppni en fjárhagsleg staða, s.s. lágar skuldir, lítill fastur kostnaður og að sama skapi mikill fjárhagslegur styrkleiki eigenda, geti veitt forskot gegn stærra fyrirtæki. Við samanburð á milli styrkleika áfrýjanda og Apóteks Vesturlands sé mikilvægt að líta til þess að upplýsingar sem Samkeppniseftirlitið noti um fjárhagslegan stöðu Milestone hf. séu byggðar á markaðsverðmæti eigna félagsins. Hins vegar verði ekki betur séð en að Samkeppniseftirlitið noti upplýsingar um nafnvirði eigna hluthafa Apóteks Vesturlands. Ekki eru gefnar skýringar á þessum mun á aðferðafræði eftirlitsins.

Þá hafi Samkeppniseftirlitið neitað, þrátt fyrir áskorun áfrýjanda, að rannsaka hvernig markaðurinn hafi þróast árin 2008 og 2009. Telur áfrýjandi þetta vera skýrt brot á rannsóknarreglunni þar sem stjórnvaldi beri að kanna atvik og aðstæður til þess að geta lagt fullnægjandi mat á fyrirleggjandi mál.

Áfrýjandi telur að Samkeppniseftirlitið hafi í tveimur meginþáttum brotið gegn rannsóknarreglunni vegna rannsóknar á stöðunni á höfuðborgarsvæðinu. Í fyrsta lagi þá hafi Samkeppniseftirlitið vanrækt að kanna með fullnægjandi hætti samkeppnisskilyrði á svæðinu. Í öðru lagi þá hafi Samkeppniseftirlitið ekki rannsakað markaðinn nægilega til þess að geta dregið ályktun um getu fyrirtækja á markaðnum til þess að stunda samhæfða markaðsstefnu án beins samráðs.

Þá telur áfrýjandi að sú afstaða sem komi fram í hinni kærðu ákvörðun feli í sér framkvæmd sem sé ósamrýmanleg 11. gr. stjórnsýslulaga. Samkeppnisyfirvöld hafi tekið

ákvarðanir í málum sem séu sambærileg því máli sem hér sé til skoðunar en talið viðkomandi fyrirtæki ekki vera markaðsráðandi. Þar sem um sé að ræða veigamikilið brot á ákvæðum stjórnsýslulaga þá beri að ógilda hinu kærðu ákvörðun. Áfrýjandi telur að þar sem Samkeppniseftirlitið hafi ekki sýnt fram á að málefnaleg eða frambærilega sjónarmið réttlæti mismunun í þessu máli þá blasi við að það hljóti að vera vegna þess að slík sjónarmið séu ekki fyrir hendi og því beri að ógilda hina kærðu ákvörðun.

Loks gerir áfrýjandi þá kröfu að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi sökum þess að Samkeppniseftirlitið byggir ákvörðunina á ómálefnalegum sjónarmiðum. Í stað þess að greina háttsemina og meta hvort hún falli undir 11. gr. samkeppnislaga eftir hlutlægum mælikvarða þá reyni Samkeppniseftirlitið að færa háttsemi áfrýjanda undir ákvæðið til þess að hægt sé að beita því.

Áfrýjandi byggir kröfu sína um niðurfellingu sekta eða verulega lækkun hennar á því að þær sektir sem voru lagðar á hann séu úr öllu hófi og mun meira íþyngjandi en hin meintu brot og umfang þeirra gefi tilefni til auk þess að vera hlutfallslega margfalt hærri en í öðrum málum. Þá fari niðurstaðan í veigamiklum atriðum gegn eldri fordæmum áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Áfrýjandi telur meint brot hvorki alvarleg né umfangsmikil, en þau stóðu yfir í mjög stuttan tíma og höfðu ekki skaðleg áhrif, hvorki á keppinauta áfrýjanda né á viðkomandi markaði.

Þá bendir áfrýjandi á að samkvæmt 37. gr. samkeppnislaga sé Samkeppniseftirlitinu ekki skylt að leggja á sektir ef brotið sé gegn bannákvæðum þeirra heldur sé aðeins um heimild að ræða. Í ákvæðinu sé einnig tekið fram að slíkar sektir skuli ekki lagðar á ef brot telst vera “óverulegt” eða af öðrum ástæðum ekki talin þörf á slíkum sektum til að stuðla að og efla virka samkeppni. Í því sambandi áréttar áfrýjandi að staða hans á Akranesi versnaði verulega eftir innkomu Apóteks Vesturlands og með húsleit og aðgerðum Samkeppniseftirlitsins var nánast komið í veg fyrir að áfrýjandi gæti sinnt starfsemi á Akranesi.

Varðandi sektarákvörðun Samkeppniseftirlitsins vísar áfrýjandi einnig til meðalhófsreglu 12. gr. stjórnsýslulaga. Þegar litið sé til veltu á þeim markaði sem hin meintu brot áttu sér stað á blasi við að sektirnar séu umtalsvert umfram það sem eðlilegt og sanngjarnt sé.

Komi sektir til greina af hálfu áfrýjunarnefndarinnar telur áfrýjandi að hafa verði hliðsjón af veltu á Akranesi eingöngu en ekki veltu áfrýjanda á öðrum mörkuðum. Þá telur áfrýjandi að lækka eigi sektir með vísan til þess að háttsemi hans teljist vera gáleysi í hæsta falli.

#### *Málsástæður Samkeppniseftirlitsins*

Af hálfu Samkeppniseftirlitsins er á því byggt að vörumarkaður málsins sé markaður fyrir smásölu lyfja sem fram fari í lyfjaverslunum að undanskildum svonefndum S-merktum lyfjum. Landfræðilegir markaðir málsins séu Akranes og höfuðborgarsvæðið og þessir markaðir séu tengdir í skilningi samkeppnisréttarins.

Samkeppniseftirlitið fellst ekki á sjónarmið áfrýjandi um að svokölluð S-merkt lyf og dýralyf séu hluti af vörumarkaði þessa máls og vísar til rökstuðnings í hinni kærðu ákvörðun varðandi það. Þá séu lyf sem ætluð séu dýrum ekki hluti af vörumarkaði þessa máls enda annars konar eftirspurn eftir dýralyfjum en öðrum lyfjum sem ætluð séu mönnum. Markaður þessa máls sé ekki einstök lyf heldur sú þjónusta sem lyfjaverslanir veiti viðskiptavinum sínum. Sá vörumarkaður sem málið taki til sé því smásala á lyfseðilsskyldum lyfjum og lausasölulyfjum.

Til stuðnings því að höfuðborgarsvæðið sé sérstakur landfræðilegur markaður í skilningi samkeppnislaga vísar Samkeppniseftirlitið m.a. til úrskurð áfrýjunarnefndar í málinu nr. 6/2006. Samkeppniseftirlitið bendir á sýnt hafi verið fram á að stóru lyfjakeðjurnar hafi ekki staðsett apótek sín í sömu pósthúmerum nema í undantekningartilvikum. Að mati Samkeppniseftirlitsins veittu pósthúmer raunhæfa nálgun við mat á staðsetningu apóteka.

Samkeppniseftirlitið telur ekki ástæðu til að draga í efa þá umfjöllun sem áfrýjandi setur fram um ákveðin apótek og hvar stærstur hluti viðskiptavina þeirra búi. Umfjöllunin sýni að stærstur hluti viðskiptavina þessara tilteknu apóteka komi úr sama hverfi eða nálægum hverfum (pósthúmerum). Því fari hins vegar fjarri að þetta eigi við um öll apótek á höfuðborgarsvæðinu. Dreifing viðskiptavina flestra stærri apóteka á höfuðborgarsvæðinu eftir búsetu sé mun jafnari en í þeim örfáu tilvikum sem áfrýjandi fjallar um í kæru. Sé af þessum sökum ekki unnt að fallast á að höfuðborgarbúar fari almennt ekki út fyrir „eigin

hverfi“ til að kaupa lyf. Almennt eigi þó við að flestir viðskiptavinir apóteka séu búsettir í því póstnúmeri þar sem þau séu staðsett eða nálægum póstnúmerum. Því fari hins vegar fjarri að þetta sé algilt eða að hlutfallið sé almennt það hátt að það leiði til þess að einstök svæði eða hverfi séu sérstakir markaðir. Samkeppniseftirlitið telur ljóst af fyrirliggjandi upplýsingum að höfuðborgarsvæðið sé allt einn heildarmarkaður fyrir smásölu á lyfjum og að ekki séu forsendur til að skipta honum niður í einstaka undirmarkaði eftir hverfum eða svæðum.

Samkeppniseftirlitið bendir á að áfrýjandi hafi ítrekað í bréfum til heilbrigðis- og tryggingamálaráðuneytisins lýst allt öðrum skilningi á tengslum milli markaða fyrir smásölu lyfja á Akranesi og höfuðborgarsvæðinu en fram kemur í kærú. Kjarni málsins sé sá að áfrýjandi sé öflug keðja lyfjaverslana sem einnig sé í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu á höfuðborgarsvæðinu. Bæði á höfuðborgarsvæðinu og Akranesi seldi áfrýjandi sömu vörur og veitti sömu þjónustu undir sama nafni. Betri kjör sem áfrýjandi fékk frá birgjum á grundvelli stærðar sinnar og annað hagræði og aðgerðir (t.d. markaðsherferðir á landsvísu) komi jafnt verslun áfrýjanda á Akranesi til góða og öðrum verslunum í keðjunni. Þegar þetta sé virt sé augljóst að hin öfluga staða áfrýjanda á höfuðborgarsvæðinu styrkti stöðu hans í rekstri á nákvæmlega sama vörumarkaði sem stundaður var á aðliggjandi landfræðilegum markaði. Forskotið sem þetta skapaði gagnvart apóteki sem aðeins starfaði á Akranesi sé augljóst. Þá byggir Samkeppniseftirlitið á því að apótek á höfuðborgarsvæðinu laði til sín viðskiptavini frá Akranesi í talsverðum mæli. Það sé þetta hlutfall sem skipti máli við mat á því hvort apótek á höfuðborgarsvæðinu veiti apótekum á Akranesi samkeppnislegt aðhald. Séu markaðirnir tengdir í þessum skilningi og ekkert sem fram komi í málflutningi áfrýjanda hreki þá staðreynd.

Samkeppniseftirlitið telur engan vafa leika á því að aðgerðir áfrýjanda falli undir 11. gr. samkeppnislaga og byggir það m.a. á eftirfarandi atriðum.

Áfrýjandi hafi haft 100% markaðshlutdeild á Akranesi þegar Apótek Vestulands hóf starfsemi sína og hafi haft þá hlutdeild allt frá árinu 2000. Sökum þessa sé eðlilegt að áfrýjandi hafi tekið það fram í bréfi sínu í október 2007 til Samkeppniseftirlitsins að hann

hafi verið í markaðsráðandi stöðu þegar Apótek Vesturlands kom inn á markaðinn. Þá sé skýrt í samkeppnisrétti að meta beri stöðu fyrirtækja eins og hún var á þeim tíma þegar ætluð brot áttu sér stað. Áfrýjandi og sú samstæða sem hann tilheyrði hafi á brotatímabilinu haft stórfellda fjárhagslega yfirburði yfir Apótek Vesturlands. Þá hafi þýðingu að framkvæmdastjóri áfrýjanda taldi Apótek Vesturlands vera mjög fjárhagslega veikburða keppinaut, sbr. tölvupósta hans til eigenda og framkvæmdastjóra Milestone hf.

Þá hafi áfrýjandi verið í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu á nátengdum markaði. Saman voru áfrýjandi og Lyfja hf. með u.þ.b. 75% markaðshlutdeild á höfuðborgarsvæðinu. Á landinu öllu hafi áfrýjandi verið með um 40% markaðshlutdeild. Samkeppniseftirlitið telur engan vafi leika á því að áfrýjandi gat beitt þessum styrk sínum á Akranesi. Sú markaðshlutdeild sem Apótek Vesturlands náði breyti því ekki að áfrýjandi var markaðsráðandi. Hér skipti meginmáli að áfrýjandi hafi sjálfur upplýst að hútleit Samkeppniseftirlitsins hafi haft mikil áhrif á markaðnum á Akranesi og að áfrýjandi hafi breytt hegðun sinni í kjölfarið. Ef þetta hefði ekki gerst hefði staða Apóteks Vesturlands orðið allt önnur. Séu afar sterkar líkur á því að áfrýjandi hefði náð að ryðja Apóteki Vesturlands út af markaðnum ef fyrirtækið hefði talið sig hafa svigrúm til þess að nýta sér áfram hina efnahagslegu yfirburði sína gagnvart þessum keppinauti sínum. Þá sýni samtímagögn að áfrýjandi hafi sjálfur litið svo á að hann væri markaðsráðandi og að ákvæði 11. gr. samkeppnislaga tækju til aðgerða hans á Akranesi vegna innkomu Apóteks Vesturlands.

Samkeppniseftirlitið mótmælir því sem fram kemur í kæru um að verklagsreglur og opinberar reglur leiði til þess að markaðsráðandi staða geti ekki verið fyrir hendi á lyfjamarkaði.

Þá fellst Samkeppniseftirlitið ekki á það með áfrýjanda að útilokað sé fyrir fyrirtæki að vera í markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir smásölu og vísar um það til úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 6/2006. Samkeppniseftirlitið bendir á að einstök apótek og lyfjakeðjur geti haft mikil áhrif á það hvert kaupendur lyfja beina viðskiptum sínum og þar með á eftirspurn eftir lyfjum hjá hverju einstöku apóteki enda beiti apótekin þeim fjölmörgu samkeppnishvötum sem þau hafa yfir að ráða í því skyni

að laða til sín viðskiptavini. Samkeppniseftirlitið telur ekki háð neinum vafa að meginreglur samkeppnisréttarins og staða áfrýjanda gagnvart Apóteks Vesturlands leiði til þeirrar niðurstöðu að áfrýjandi hafi verið markaðsráðandi á Akranesi á brotatímabilinu.

Þá bendir Samkeppniseftirlitið á að fyrirtæki geta verið markaðsráðandi þrátt fyrir að hafa ekki mjög háa markaðshlutdeild. Undir slíkum kringumstæðum hafi hins vegar meginþýðingu að meta hvort annar styrkur viðkomandi fyrirtækis, en sá sem leiði af markaðshlutdeild, hafi þau áhrif að það búi yfir fullnægjandi efnahagslegum styrkleika til þess að teljast markaðsráðandi. Í því sambandi skipti miklu að meta fjárhagslega og aðra yfirburði sem viðkomandi fyrirtæki búi yfir gagnvart keppinautum sínum. Þá geti einnig skipt miklu máli að fyrirtæki sé í sterkri stöðu á tengdum eða aðliggjandi mörkuðum. Þessi staða sé fyrir hendi í þessu máli auk annarra atriða sem tilgreind séu í hinni kærðu ákvörðun.

Varðandi hvaða tímabil beri að horfa til við mat á markaðsráðandi stöðu bendir Samkeppniseftirlitið á að skýr fordæmi í samkeppnisrétti sýni að í aðalatriðum beri að líta til stöðunnar á þeim tíma sem ætluð brot áttu sér stað.

Samkeppniseftirlitið vísar til þess sem fram kom í hinni kærðu ákvörðun um efnahagslegan styrk áfrýjanda og til rökstuðningsins sem þar komi fram um að áfrýjandi hafi að þessu leyti haft stórfellda yfirburði gagnvart Apóteki Vesturlands.

Varðandi húsleitina og þýðingu hennar bendir Samkeppniseftirlitið á að hún hafi annars vegar leitt til þess að sala áfrýjanda á Akranesi minnkaði og að áfrýjandi breytti hegðun sinni gagnvart Apóteki Vesturlands. Er rökstutt í hinni kærðu ákvörðun að þetta hafi m.a. haft þau áhrif að eftir húsleit hafi áfrýjandi ekki talið sig geta nýtt sér efnahagslega yfirburði sín gagnvart Apóteki Vesturlands. Hafi þetta vitaskuld áhrif á þær ályktanir sem unnt sé að draga af þeim árangri og markaðshlutdeild sem Apótek Vesturlands náði á árinu 2007. Ef húsleitin hefði ekki átt sér stað og áfrýjandi hefði ekki breytt hegðun sinni í kjölfar hennar telur Samkeppniseftirlitið sterkar líkur á því að aðgerðir áfrýjanda hefðu skilað tilætluðum árangri og Apótek Vesturlands væri ekki lengur starfandi á Akranesi.



Samkeppniseftirlitið bendir á að það hafi þýðingu í samkeppnisrétti að horfa til yfirlýsinga fyrirtækis við mat á því hvort það sé í markaðsráðandi stöðu. Forsvarsmenn áfrýjanda hafi talið svo vera sbr. gögn málsins. Þetta eigið mat áfrýjanda sé til stuðnings því að hann sé markaðsráðandi og sjónarmið hans í kæru breyta ekki því mati.

Þá bendir Samkeppniseftirlitið á að háttsemi þess fyrirtækis sem sé til rannsóknar geti veitt vísbendingu um hvort það sé í markaðsráðandi stöðu. Samtímagögn sýni að áfrýjandi greip til aðgerða sem höfðu það að markmiði að ryðja Apóteki Vesturlands út af markaðnum. Var um að ræða afslætti og önnur vildarkjör sem aðeins buðust í verslun áfrýjanda á Akranesi, þvert gegn opinberri verðstefnu áfrýjanda um sama verð í öllum verslunum sínum. Sýni gögnin að áfrýjandi var tilbúinn að þola tekjuskerðingu og taprekstur til þess að ná fram hinu samkeppnishamlandi markmiði. Aðgerðir áfrýjanda sýni þannig að hann taldi sig færan um að grípa til sértækra aðgerða í því skyni að ryðja Apóteki Vesturlands út af markaðnum, enda leit áfrýjandi á Apótek Vesturlands sem veikburða keppinaut. Til þess að ná þessu fram gat áfrýjandi þolað tímabundna tekjuskerðingu og taprekstur. Þetta gat áfrýjandi gert í skjóli fjárhagslegra yfirburða og sterkrar stöðu á tengdum markaði.

Samkeppniseftirlitið byggir á því að áfrýjandi var í markaðsráðandi stöðu á Akranesi. Þrátt fyrir að markaðshlutdeild á árinu 2007 veiti ekki ein og sér skýrar vísbendingar leiði fjárhagslegir yfirburðir áfrýjanda, markaðsráðandi staða á tengdum markaði og önnur atriði sem tilgreind eru í hinni kærðu ákvörðun til þess að áfrýjandi bjó yfir fullnægjandi efnhagslegum styrkleika til að teljast markaðsráðandi á Akranesi á brotatímabilinu. Aðgerðir hans gegn Apóteki Vesturlands fólu í sér misnotkun á þeirri stöðu.

Þá hafi áfrýjandi jafnframt verið í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu á höfuðborgarsvæðinu. Aðgerðirnar gegn Apóteki Vesturlands fólu einnig í sér misnotkun á þeirri stöðu þar sem þær voru til þess fallnar að verja eða styrkja þá stöðu.

Varðandi mótmæli áfrýjanda um að hafa verið í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu með Lyfju hf. á höfuðborgarsvæðinu bendir Samkeppniseftirlitið á að hér skipti máli að búið sé að komast að þeirri niðurstöðu í eldra máli að áfrýjandi hafi verið í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir smásölu lyfja á höfuðborgarsvæðinu sbr. ákvörðun

Samkeppniseftirlitsins 28/2006 og úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 6/2006. Samkeppniseftirlitið telur því að áfrýjandi og Lyfja hf. hafi verið sameiginlega markaðsráðandi á höfuðborgarsvæðinu árið 2007 og að ekkert í málatilbúnaði áfrýjanda fái breitt þeirri niðurstöðu. Í ljósi tengsla á milli markaðarins á höfuðborgarsvæðinu annars vegar og Akranesi hins vegar skapaði þessi staða áfrýjanda á fyrrnefnda markaðnum honum mikið samkeppnisforskot á þeim síðarnefnda.

Samkeppniseftirlitið bendir á að í máli þessu sé lögð til grundvallar sú regla sem staðfest hefur verið bæði af áfrýjunarnefnd og dómstólum að ekki þurfi að sýna fram á skaðleg áhrif á samkeppni til að sýna fram á brot á 11. gr. og er sú regla í samræmi við dómaframkvæmd dómstóla EB.

Samkeppniseftirlitið telur að með því að beita sér af miklum krafti gegn innkomu Apóteki Vesturlands hafi áfrýjandi sent þau skilaboð til annarra að það borgi sig ekki að reyna innkomu eða keppa við áfrýjanda og með því móti stuðlað að því að gera samhæfingu áfrýjanda og Lyfju hf. á höfuðborgarsvæðinu auðveldari. Áfrýjandi reyndi að fá forsvarsmann Apóteks Vesturlands til að hætta við áform sín og hefja þess í stað störf hjá áfrýjanda. Þegar það gekk ekki var rætt um möguleika á því að opna annað apótek á Akranesi en sú hugmynd var ekki framkvæmd. Í kjölfar þessa beitti áfrýjanda sér síðan m.a. gagnvart heilbrigðis- og tryggingamálaráðuneytinu til að vinna gegn innkomu Apóteks Vesturlands. Þessar aðgerðir dugðu ekki til að koma í veg fyrir að Apótek Vesturlands hæfi starfsemi og greip áfrýjandi þá til markaðslegra aðgerða gegn keppinautnum. Fólust þær annars vegar í stofnun svonefnds vildarklúbbs sem var ætlað að tryggja að mikilvægir viðskiptavinir myndu ekki hefja viðskipti við Apótek Vesturlands. Hins vegar fólust aðgerðirnar í afsláttum. Um var að ræða verulega afslætti á mikilvægum lyfjum og voru þeir aðeins í boði í lyfjaverslun áfrýjanda á Akranesi. Þessi heildarmynd sé afar skýr og sýni að tilgangur aðgerða áfrýjanda var að raska samkeppni og þegar af þeirri ástæðu geti þær ekki verið lögmætar.

Samkeppniseftirlitið telur að framangreindar aðgerðir hafi jafnframt falið í sér misnotkun á sameiginlegri markaðsráðandi stöðu áfrýjanda á höfuðborgarsvæðinu vegna samkeppnishamlandi orðspors sem leiddi af aðgerðunum. Var þetta til þess fallið að

styrkja eða verja hina sameiginlegu markaðsráðandi stöðu með því að fæla keppinauta, eða mögulega keppinauta, frá aðgerðum sem gera samhæfingu áfrýjanda og Lyfju hf. erfiðari.

Samkeppniseftirlitið telur að rannsókn málsins hafi bæði verið hlutlæg og málefnaleg og mótmælir því að brotið hafi verið gegn rannsóknarreglu stjórnarsýslulaga. Eftirlitið vísar til þess að hlutverk þess og verkefni byggist á skýrum ákvæðum samkeppnislaga. Þá bendir Samkeppniseftirlitið á að í andmælaskjali hafi verið gerð rökstudd grein fyrir gögnum frá áfrýjanda sem talin voru sýna fram á brot hans. Í athugasemdum sínum hafði áfrýjandi tækifæri til þess að leiðrétta það sem hann taldi vera rangan skilning á þeim gögnum og leggja fram ný gögn. Hafði áfrýjandi þannig tækifæri til að leggja fram alla þá tölvupósta sem að hans mati gátu breytt heildarmynd málsins. Í hinni kærðu ákvörðun sé síðan tekin rökstudd afstaða til sjónarmiða áfrýjanda og skýr rök færð fram fyrir broti hans. Þá mótmælir Samkeppniseftirlitið því að jafnræðisreglan hafi verið brotin í þessu máli og mótmælir því jafnframt að brotið hafi verið gegn réttmætisreglunni.

Samkeppniseftirlitið bendir á að hér sé um alvarlegt brot að ræða af hálfu áfrýjanda sem framið var af ásetningi og telur að sektarákvörðun málsins fullnægi öllum eðlilegum kröfum. Samkeppniseftirlitið bendir á að viðurlagaákvörðunin byggi á heildarmati á aðstæðum í viðkomandi máli. Við það mat sé skylt að horfa til tiltekinna sjónarmiða sem tilgreind séu í 37. gr. samkeppnislaga. Einnig sé heimilt að horfa til annarra sjónarmiða sem séu í eðlilegum tengslum við það málefni sem liggja fyrir. Í sektarákvörðun í hinni kærðu ákvörðun sé rökstutt til hvaða sjónarmiða hafi verið horft og þýðingu þeirra. Samkeppniseftirlitið hafnar því að ekki hafi verið gætt jafnræðis við ákvörðun sektar og að á áfrýjanda hafi verið lögð óeðlilega há sekt. Samkeppniseftirlitið telur að hin álagða sekt hafi verið hæfileg og nauðsynleg til þess að tryggja fullnægjandi almenn og sérstök varnaðaráhrif.

V.

Niðurstaða

1.

Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins var komist að þeirri niðurstöðu að áfrýjandi hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með aðgerðum sem fólu í sér skipulega atögu gegn því að Apótek Vesturlands næði markaðsfestu á markaði smásölu lyfja á Akranesi. Á þetta einkum að hafa gerst á árinu 2007. Byggir Samkeppniseftirlitið á því að áfrýjandi hafi verið markaðsráðandi í smásölu lyfja á Akranesi á þeim tíma og einnig að félagið hafi verið, ásamt Lyfju hf., í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu á höfuðborgarsvæðinu. Umrædd markaðsráðandi staða hafi verið nýtt með ólögumætum hætti. Brotum áfrýjanda er í ákvörðuninni í meginatriðum skipt í þrennt. Í fyrsta lagi margvíslegar aðgerðir til að hindra innkomu Apóteks Vesturlands á markaðinn fyrir smásölu lyfja á Akranesi. Hafi þær aðgerðir átt sér stað í aðdraganda opunar apóteksins og eftir að það opnaði. Í öðru lagi með samningum sem áfrýjandi á Akranesi hafi gert um vildarkort við helstu viðskiptavinum sína þar. Vildarkortin hafi gert ráð fyrir eftir á greiddum afsláttum sem ásamt öðrum kjörum hafi verið tryggðarhvetjandi og ekki stuðst við kostnaðarlegt hagræði. Í þriðja lagi með því að beita sértækum afsláttum, svokölluðum baráttuafsláttum. Er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að þessum sértæku afsláttum hafi verið beitt í þeim tilgangi að veikja þennan nýja keppinaut og raska samkeppni.

Áfrýjandi heldur því fram að það sé útilokað fyrir fyrirtæki að vera í markaðsráðandi stöðu á smásölumarkaði fyrir lyf, annars vegar vegna takamarkana á verðlagningu lyfseðilsskyldra lyfja og hins vegar vegna skyldu lyfsala til að hafa nauðsynlegt magn af lyfjum í sölu. Áfrýjunarnefndin fellst ekki á þessi sjónarmið og telur að samkeppnislög gildi um atvik máls þessa og hafi lyfsölulög þar ekki áhrif.

## 2.

Við mat á því hvort áfrýjandi hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga verður fyrst að taka til skoðunar þann markað sem félagið starfar á. Varðar mál þetta fyrst og fremst starfsemi áfrýjanda á Akranesi þar sem aðgerðir fyrirtækisins beindust gegn Apóteki Vesturlands sem þar var að hefja starfsemi. Áfrýjandi rekur hins vegar apótek víða um land og þarf því að skoða sérstaklega hvort og þá hvaða þýðingu það hafi í þessu máli.

Samkvæmt 4. gr. samkeppnislaga er markaður sölusvæði vöru og staðgengdarvöru og/eða sölusvæði þjónustu og staðgengdarþjónustu. Markaðurinn er því skilgreindur annars

vegar með tilliti til þeirrar vöru eða þjónustu sem um er að ræða og hins vegar með tilliti til þess markaðssvæðis sem um ræðir. Í samkeppnisrétti er það viðtekin venja að skilgreina markaðinn út frá sjónarmiði neytenda (hér kaupenda) með hliðsjón af landsvæði og eiginleika vöru eða þjónustu, verði hennar og notkun og eru sem fyrr segir staðgöngusjónarmið þar aðalatriði sem til skoðunar koma.

Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins er komist að þeirri niðurstöðu að vöru- og þjónustumarkaður í málinu sé markaður fyrir smásölu lyfja sem fram fer í lyfjaverslunum, þ.m.t. sjúkrahúsaapótekum, að undanskilinni sölu á S-merktum lyfjum. S-merktu lyfin eru undanskilin með þeim rökum að þau séu að mestu ætluð til notkunar í tengslum við sjúkrahúsmeðferðir undir handleiðslu lækna eða annarra sérfræðinga. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur að fallast megi á þessa skilgreiningu Samkeppniseftirlitsins á vöru- og þjónustumarkaðinum og verður hún lögð til grundvallar í úrskurði þessum. Hann tekur því til smásölu lyfja í lyfjaverslunum hvort sem þau eru lyfseðilskyld eða ekki.

Samkeppniseftirlitið kemst jafnframt að þeirri niðurstöðu að smásala lyfja á Akranesi teljist vera sérstakur landfræðilegur markaður. Er sú niðurstaða m.a. byggð á úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 6/2006 þar sem komist er að þeirri niðurstöðu að smásölumarkaður lyfja væri staðbundinn markaður. Þar er m.a. bent á að við afmörkun landfræðilegs markaðar fyrir smásölu lyfja þurfi að líta til þess að staðsetning lyfjabúða skipti máli. Nálægð sjúklinga og annarra við lyfjaverslanir sé nauðsynleg þar sem sjúklingar þurfi oft á tíðum að fá vöruna afgreidda með skjótum hætti. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála ítrekar þessi sjónarmið og vísar að öðru leyti til hinnar áfrýjuðu ákvörðunar varðandi þau rök sem þar er færð fram. Fyrrgreind skilgreining á landfræðilega markaðnum verður því lögð til grundvallar.

### 3.

Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins er einnig fjallað um tengsl smásölumarkaða á lyfjum á höfuðborgarsvæðinu og á Akranesi og komist að þeirri niðurstöðu að um tengda markaði sé að ræða. Jafnframt leggur Samkeppniseftirlitið áherslu á að áfrýjandi, ásamt Lyfju hf., hafi verið talin í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu á höfuðborgarsvæðinu og það hafi

haft áhrif á stöðu áfrýjanda á Akranesi. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 6/2006 sem áður er vísað til er á því byggt að staðsetning lyfjabúða skipti miklu máli og þá þannig að lyfjabúðir þurfi að vera í nágrenni við sjúklinga. Þetta felur í sér að fjarlægðir til annarra apóteka sem mælast í tugum kílómetra draga mjög úr líkum á því sjúklingar beini viðskiptum sínum þangað. Því er það niðurstaða áfrýjunarnefndar samkeppnismála að smásöllumarkaðir á lyfjum á höfuðborgarsvæðinu og á Akranesi séu ekki tengdir í skilningi samkeppnisréttar. Hins vegar kann sterk staða áfrýjanda almennt í smásölu á lyfjum að hafa þau áhrif að fyrirtækið verði fremur talið markaðsráðandi en ella hefði verið, sbr. nánar hér á eftir.

#### 4.

Markaðsráðandi staða telst vera fyrir hendi þegar fyrirtæki hefur efnahagslegan styrkleika til að geta hindrað virka samkeppni á viðkomandi markaði og að það geti starfað án þess að taka tillit til keppnauta, viðskiptavina og neytenda, sbr. 4. gr. samkeppnislaga. Almennt er talið í samkeppnisrétti að markaðshlutdeild fyrirtækis á viðkomandi markaði geti falið í sér sterkar vísbendingar um hvort markaðsráðandi staða sé fyrir hendi eða ekki. Þá hefur einnig mikla þýðingu að líta til þess hvaða skipulag ríkir á markaðnum.

Fyrira atriðið, markaðshlutdeildin, er almennt talin fela í sér sterkar vísbendingar um markaðsráðandi stöðu í hefðbundnum samkeppnisrétti, þ.e. úrlausn þess er þýðingarmikið atriði um hvort tiltekið fyrirtæki teljist vera í markaðsráðandi stöðu. Það leiðir síðan af eðli málsins að því hærri sem markaðshlutdeildin er því sterkari vísbendingu gefur hún um markaðsráðandi stöðu. Hafa ber í huga að fyrirtæki geta einnig verið í markaðsráðandi stöðu þrátt fyrir að hafa lægri hlutdeild en 50% á viðkomandi markaði, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 5/1999, Landssími Íslands hf. og Skíma ehf. gegn samkeppnisráði, þar sem litið var svo á að Landssíminn væri markaðsráðandi á Internetmarkaðnum með 37% markaðshlutdeild. Var í því sambandi m.a. einnig horft til styrkrar stöðu Landssímans á tengdum mörkuðum.

Með síðargreindu viðmiðuninni, skipulaginu á markaðnum, er skírskotað til ýmissa ólíkra atriða sem talin eru geta gefið vísbendingu í sömu átt, einkum hvort aðgangur að markaðnum sé auðveldur, hvort viðkomandi fyrirtæki sé almennt öflugt með hliðsjón af

fjármagni, tækjum, framboði vöru eða þjónustu og fjölda og styrk keppinauta en fleiri atriði koma þó einnig til skoðunar.

Ákvörðun um hvort fyrirtæki sé í markaðsráðandi stöðu hvílir á heildarmati þar sem fyrrgreind atriði koma til skoðunar. Við þetta mat skiptir þó markaðshlutdeildin máli. Hafa ber þó í huga að há markaðshlutdeild eða mikill styrkleiki að öðru leyti getur því aðeins haft áhrif á stöðu fyrirtækis sem markaðsráðandi að slíkur styrkleiki hafi staðið í það langan tíma að fyrirtæki hafi verið kleift að starfa án þess að taka tillit til keppinauta, viðskiptavina og neytenda. Taka ber og fram að markaðsstyrkleiki einstakra samkeppnisaðila skiptir einnig máli. Síðar verður að því vikið að hvaða marki það atriði kemur hér til skoðunar, sbr. lið 7.

## 5.

Há markaðshlutdeild gefur eins og áður segir vísbendingar um hvort fyrirtæki sé í markaðsráðandi stöðu eða ekki. Áður en Apótek Vesturlands tók til starfa rak áfrýjandi eina apótekið á Akranesi og var því með 100% markaðshlutdeild þar. Þetta hafði hann gert í 7 ár. Þær aðgerðir áfrýjanda sem fjallað er um í máli þessu komu til framkvæmda að hluta til áður en Apótek Vesturlands hóf starfsemi en aðrar í beinu framhaldi af opnun hins nýja apóteks. Þrátt fyrir aðgerðir áfrýjanda tókst Apóteki Vesturlands að ná verulegri markaðshlutdeild strax á seinni hluta ársins 2007 en fyrirtækið tók til starfa þann 30. júní það ár. Hefur áfrýjandi haft það til marks um að fyrirtækið hafi ekki verið markaðsráðandi á þeim tíma. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur að við mat á atvikum málsins verði í meginatriðum að horfa til stöðunnar eins og hún var þegar þau áttu sér stað. Því verður að leggja til grundvallar niðurstöðu í þessu máli hvort áfrýjandi var í markaðsráðandi stöðu þegar þau atvik urðu sem deilt er um í máli þessu.

## 6.

Staðreynd er að áfrýjandi hafði 100% markaðshlutdeild í langan tíma fyrir atburði máls þessa. Þessi hlutdeild minnkaði hins vegar ört eftir að Apótek Vesturlands hóf starfsemi. Þótt markaðshlutdeildin skipti oftast miklu máli við mat á því hvort fyrirtæki sé í

markaðsráðandi stöðu fer þetta þó eftir atvikum og önnur atriði koma einnig til skoðunar sem fyrr sagði. Verður nánar vikið að þessu í köflum 7.-10.

## 7.

Efnahagslegur styrkleiki aðila skiptir máli við mat á því hvort fyrirtæki hafi haft markaðsráðandi stöðu eða ekki. Áfrýjandi var á árinu 2007 mjög öflugt fyrirtæki og hafði auk þess stuðning af móðurfélagi, Milestone hf., sem var á þeim tíma enn öflugra og var meðal fjárhagslega sterkustu félaga á Íslandi. Um þetta vitna fyrirliggjandi upplýsingar og gögn um eignir og eigið fé þessara félaga. Samkvæmt ársuppgjöri var eigið fé Milestone hf. í lok árs 2007 rúmlega 84 milljarða króna.

Apótek Vesturlands var hins vegar félag í eigu einstaklinga sem að mestu leyti var fjármagnað með skammtímaskuldum og framlögum eigenda. Þegar bornar eru saman helstu kennitölur um fjárhagslegan styrk áfrýjanda annars vegar og Apóteks Vesturlands hins vegar er ljóst að þar hefur áfrýjandi haft algera yfirburði. Samanburður á eigendum þessara félaga leiðir til sömu niðurstöðu, þ.e. eigandi áfrýjanda hafði mikla fjárhagslega yfirburði yfir eigendur Apóteks Vesturlands á þessum tíma.

## 8.

Eins og áður er komið fram er verslun áfrýjanda á Akranesi hluti af keðju lyfjaverslana sem starfa um allt land. Þessi staða gefur fyrirtækinu möguleika á að lágmarka kostnað sinn og ná fram hámarkshagkvæmni, t.d. með hagkvæmum innkaupum í krafti stærðar. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur að þessi breiddar- og stærðarhagkvæmni styrki fyrirtækið í samkeppni við önnur fyrirtæki og gefi því ákveðið forskot sérstaklega gagnvart minni samkeppnisaðilum.

## 9.

Í málinu er að finna gögn sem benda með mjög ákveðnum hætti til þess að forsvarsmenn áfrýjanda hafi talið fyrirtækið vera í markaðsráðandi stöðu, sbr. tölvupóst framkvæmdastjóra áfrýjanda frá 13. september 2007 sem fannst við húsleit Samkeppniseftirlitsins. Sú skýring að höfundur tölvupóstsins hafi ekki verið að lýsa eigin



skoðunum heldur verið að vísa í úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 6/2006, þar sem komist hafi verið að þeirri niðurstöðu að hann væri markaðsráðandi, þykir ekki haldbær í ljósi atvika.

Áfrýjunarnefndin telur því að þessi gögn hafi þýðingu við úrlausn þessa máls.

#### 10.

Fram er komið að Apótek Vesturlands náði verulegri markaðshlutdeild á Akranesi á skömmum tíma eftir að það hóf starfsemi sína og hélt henni. Á því kunna að vera ýmsar skýringar sem m.a. tengjast persónu fyrirvarsmanns Apóteks Vesturlands og svo tengjast húsleitinni sem framkvæmd var hjá áfrýjanda í tilefni af gruni á samkeppnisbroti þann 14. september 2007. Áfrýjunarnefndin telur að húsleitin hafi haft veruleg áhrif á framvindu mála enda er ljóst að áfrýjandi dró verulega úr aðgerðum sínum gagnvart Apóteki Vesturlands eftir hana og einnig má ætla að hún hafi orðið til þess að vekja samúð viðskiptavina apótekanna gangvart veikari aðilanum.

Að þessu athuguðu og með vísan til röksemda í hinni áfrýjuðu ákvörðun teljast aðgangshindranir hafa verið fyrir hendi, bæði af lagalegum toga og fjárhagslegum, þrátt fyrir að Apótek Vesturlands hafi náð góðri markaðshlutdeild á skömmum tíma.

#### 11.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur að þegar horft er til markaðshlutdeildar áfrýjanda, fjárhagslegra og efnahagslegra yfirburða ásamt stærðar- og breiddarhagkvæmni vegna fjölda lyfjaverslana, annarra þeirra atriða sem getið hefur verið og þeirra atriða sem getið er um í hinni áfrýjuðu ákvörðun, þá sé niðurstaðan sú að áfrýjandi hafi verið í markaðsráðandi stöðu á þeim tíma þegar atvik málsins áttu sér stað.

#### 12.

Aðgerðir þær er mál þetta fjallar um hófust áður en Apótek Vesturlands hóf starfsemi. Þannig höfðu forsvarsmenn áfrýjanda samband við lyfjafræðinginn sem stóð að opnun lyfjaverslunarinnar mörgum mánuðum áður en til þess kom í því skyni að telja honum hughvarf. Áfrýjunarnefndin telur einnig sannað að honum hafi verið boðið starf innan

verslunarkeðju áfrýjanda. Þá liggur einnig fyrir í málinu tölvupóstur frá áfrýjanda dagsettur 3. janúar 2007 til forstjóra Haga hf. sem átti húsnæðið sem hin nýja lyfjaverslun opnaði í. Er fyrst spurt hvort þetta sé rétt en síðan boðað að áfrýjandi muni bregðast mjög hart við því ef satt reynist. Segir í umræddum tölvupósti:

*“Það hefur kvisast út að einhverjar áætlanir séu í gangi um opnun apóteks á Akranesi sem yrði í samkeppni við okkur í Bónus húsinu. Er þetta rétt? Við munum bregðast hart við þessu þar sem enginn grundvöllur er fyrir rekstri á tveimur apótekum á þessu svæði og raunar líklegt að það standist ekki lyfjalög þar sem það þarf ákveðinn fjölda íbúa á bak við hvert apótek.”*

Lítur áfrýjunarnefndin svo á að áfrýjandi hafi beitt óeðlilegum þrýstingi til þess að hindra opnun nýs apóteks á Akranesi.

13.

Fyrir opnun Apóteks Vesturlands unnu starfsmenn áfrýjanda með hugmyndir um það hvernig best væri að bregðast við væntanlegri samkeppni á Akranesi. Ein þeirra var um að stofna vildarklúbb þar sem þeir sem mikið versluðu fengju eftir árið ákveðna úttekt hjá áfrýjanda uppfyllti viðskiptavinurinn samninginn auk þess sem þeim stóð til boða tiltekinn afsláttur af öðrum vörum og þjónustu en lyfseðilsskyldum lyfjum. Vildarkort af þessu tagi höfðu áður verið notuð innan keðju áfrýjanda í Mjódd og JL húsinu í Reykjavík en í báðum tilvikum átti áfrýjandi þá í harðri samkeppni við lyfjaverslanir í nágrenninu. Vildarkort stóðu hins vegar á þessum tíma ekki öðrum til boða en viðskiptamönnum áfrýjanda í þessari einu lyfjabúð.

Reglur þessa vildarklúbbs studdust ekki við kostnaðarlegt hagræði að því er séð verður og þeim var sérstaklega beint að hinum nýja keppinaut á Akranesi sem á þessum tíma var að reyna að komast inn á markaðinn. Þessar aðgerðir voru tryggðarhvetjandi og andstæðar þeim samkeppnislegu kröfum um hegðun sem gera verður til markaðsráðandi fyrirtækis.

14.

Í byrjun júlí 2007, skömmu eftir opnun Apóteks Vesturlands, hóf áfrýjandi að bjóða afslætti sem eingöngu giltu í lyfjaverslun hans á Akranesi. Námu þeir um 70% af framlegð 68 lyfseðilsskyldra lyfja og 34 lausasölulyfja samkvæmt lista sem fannst við húsleit hjá áfrýjanda en yfirskrift hans er „*Framlegðarafsláttur skv. umtali 03.07.07 Gildir í 2 vikur, síðan endurskoða*“. Samkvæmt ýmsum umsögnum starfsmanna sem fram koma í tölvupóstssamskiptum og getið er í hinni áfrýjuðu ákvörðun, verður tilgangur þessara afsláttar ekki útskýrður með öðrum hætti en þeim að um atlögu að samkeppnisaðila hafi verið að ræða með það að markmiði að koma í veg fyrir að hann næði fótfestu á markaðnum.

Þessar aðgerðir voru andstæðar þeim samkeppnislegu kröfum um hegðun sem gera verður til markaðsráðandi fyrirtækis.

#### 15.

Að teknu tilliti til alls þess sem að framan greinir og til þess rökstuðnings sem fram kemur í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins um einstök atriði er það niðurstaða áfrýjunarnefndar samkeppnismála að áfrýjandi hafi verið í markaðsráðandi stöðu á hinum skilgreinda markaði og að hann hafi gripið til ólögmetra aðgerða sem höfðu það að markmiði að raska samkeppni. Telst áfrýjandi hafa brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með þessum aðgerðum.

#### 16.

Áfrýjandi hefur öðrum þræði byggt á því að rannsóknarregla stjórnisýsluréttar hafi verið brotin í máli þessu. Þau atriði sem áfrýjandi tiltekur í þessum sambandi skipta að hluta til ekki máli við úrlausn máls þessa að mati áfrýjunarnefndarinnar. Að öðru leyti varða þau gögn til frekari upplýsinga og sönnunar í málinu. Áfrýjunarnefndin telur að mál þetta sé nægjanlega upplýst til að komast megi að niðurstöðu í því. Fyrirgreindum málsástæðum verður því ekki sinnt. Þá telur áfrýjunarnefndin ekkert hald í þeirri fullyrðingu áfrýjanda að rannsókn Samkeppniseftirlitsins hafi ekki verið hlutlæg og málefnaleg.

Áfrýjandi hefur einnig byggt á því að jafnræðisregla stjórnisýsluréttar hafi verið brotin við meðferð máls þessa. Er einkum vísað til úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála í

máli nr. 8/2003, Refund á Íslandi ehf. gegn samkeppnisráði, því til stuðnings. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála lítur svo á að atvik þess máls hafi verið ólík þeim sem hér eru til úrlausnar. Þau eru því ekki samanburðarhæf og veita því áfrýjanda ekki sérstakan rétt.

Áfrýjandi telur einnig að andmælaregla hafi verið brotin. Um það atriði er fjallað í lið 4 en áfrýjunarnefndin telur ekki að umrædd regla hafi verið brotin í öðrum samböndum. Varðandi meðferð trúnaðarupplýsinga telur áfrýjunarnefnd að Samkeppniseftirlitið hafi ekki gengið lengra í birtingu upplýsinga en því var heimilt.

#### 17.

Í 2. mgr. 37. gr. samkeppnislaga kemur fram að sektir geti numið allt að 10% af heildarveltu síðasta almanaksárs hjá hverju því fyrirtæki eða samtökum fyrirtækja sem aðild eiga að broti. Ef brot samtaka fyrirtækja tengjast starfsemi aðila þeirra skal fjárhæð sektar ekki vera hærri en 10% af heildarveltu hvers aðila þeirra sem er virkur á þeim markaði sem brot samtakanna tekur til. Við ákvörðun á fjárhæð sekta skal hafa hliðsjón af eðli og umfangi brota, hvað brot hafa staðið lengi og hvort um ítrekuð brot er að ræða.

Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 2/2002 er tekið fram að ekki sé í lögunum um að ræða tæmandi talningu þeirra atriða sem horfa má til við álagningu sekta. Einnig megi t.d. líta til stærðar fyrirtækja sem teljist brotleg, huglægrar afstöðu stjórnenda, hagnaðarsjónarmiða og eldri brota á samkeppnislögum. Ef sýnt er fram á að ólögsmæt aðgerð hafi komist til framkvæmda getur það haft áhrif til hækkunar sekta. Þessi sjónarmið koma hér einnig til álita hvort sem er til viðbótar eða fyllingar fyrrgreindum lögmæltum sjónarmiðum.

Samkvæmt framansögðu er það álit áfrýjunarnefndarinnar að áfrýjandi hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga. Brotin teljast alvarleg. Þau fólust í því að hindra innkomu Apóteks Vesturlands á markaðinn fyrir smásölu lyfja á Akranesi, í því að gera samninga um vildarkort við helstu viðskiptavini sína á Akranesi og í því að beita sértækum afsláttum, svokölluðum baráttuafsláttum. Var þessum aðgerðum beitt í þeim tilgangi að veikja þennan nýja keppinaut og raska samkeppni. Þær voru til þess fallnar að viðhalda

og styrkja stöðu áfrýjanda með óeðlilegum hætti á þeim markaði sem hér um ræðir. Áfrýjunarnefndin telur að áfrýjanda hafi ekki getað dulist eðli fyrrgreindra brota. Þeim var m.a. hrint í framkvæmd og höfðu með þeim hætti áhrif á markaðinn.

Við ákvörðun sekta er tekið tillit til fjárhagslegs styrks áfrýjanda og þeim markaði sem við á, sbr. m.a. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í málinu nr. 3/2004, Ker hf. o.fl. gegn Samkeppnisráði.

Í málinu hefur m.a. verið gerð grein fyrir veltu áfrýjanda á þeim markaði sem mál þetta tekur til árið 2007 og sömuleiðis veltu samstæðunnar á sama tíma.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur að til þess að stjórnslusektir samkvæmt samkeppnislögum geti haft tilætluð áhrif verði að taka mið af styrkleika þess brotlega en þar kemur heildarvelta hans á þeim árum sem máli skipta og þeirrar samstæðu sem hann tilheyrir einkum til skoðunar, sbr. til hliðsjónar úrskurð áfrýjunarnefndarinnar í máli nr. 4/2006, Dagur Group hf. gegn Samkeppniseftirlitinu. Þess má þó geta að móðurfyrirtækið Milestone hf. hefur verið tekið til gjaldþrotaskipta.

Áfrýjandi á því að sæta viðurlögum í samræmi við fyrrgreind ákvæði samkeppnislaga og lagasjónarmið og í eðlilegu samhengi við þá háttsemi sem telst sannað að hann hafi sýnt af sér. Taka má tillit til þess að brotin takmörkuðust að mestu leyti við þröngt markaðssvæði. Þá er einnig tekið tillit til breyttra aðstæðna í efnahagslífi þjóðarinnar.

Samkvæmt þeim sjónarmiðum sem nú hafa verið rakin og að öðru leyti með hliðsjón af þeim rökum sem fram koma í hinni kærðu ákvörðun ber að ákveða stjórnvaldssekt á hendur áfrýjanda kr. 100.000.000,-.

#### Úrskurðarorð:

Staðfest er ákvörðun Samkeppniseftirlitsins í máli nr. 4/2010, frá 26. febrúar 2010, þess efnis að áfrýjandi, Lyf og heilsa hf., hafi með aðgerðum sínum brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005.

Áfrýjandi greiði stjórnvaldssekt að fjárhæð kr. 100.000.000,- (eitt hundrað milljónir króna). Sektin greiðist í ríkissjóð eigi síðar en þremur mánuðum eftir dagsetningu þessa úrskurðar.

Reykjavík, 11. júní 2010

Lárus L. Blöndal

Anna Kristín Traustadóttir

Stefán Már Stefánsson

Rétt endurrit staðfestir: