



Miðvikudagur, 8. apríl, 2009

Ákvörðun nr. 15/2009

## Kaup Myndforms ehf. á 50% hlut í Þrjúbíói ehf. af Senu ehf.

### Efnisyfirlit

I. Málsvik og málsmeðferð .....	3
II. Samruninn .....	4
III. Markaðir málsins.....	5
1. Vöru- og þjónustumarkaður.....	6
1.1 Sjónarmið samrunaaðila .....	6
1.2 Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins.....	7
2. Landfræðilegur markaður .....	7
IV. Ákvæði 17. gr. c samkeppnislaga um mat á samruna .....	9
1. Sameiginleg markaðsráðandi staða .....	11
1.1 Skilyrði fyrir sameiginlegri markaðsráðandi stöðu.....	12
1.2 Niðurstaða .....	15
2. Sameiginleg markaðsráðandi staða á markaði fyrir kvikmyndasýningar í kvikmyndahúsum .....	17
2.1 Samhæfð hegðun.....	17
2.1.1 Markaðshlutdeild og þróun hennar sl. ár .....	18
2.1.2 Verðþróun svipuð undanfarin ár.....	21
2.2 Aðstæður á markaði gera samhæfingu mögulega .....	21
2.2.1 Eðli þjónustunnar.....	22
2.2.2 Mikil samþjöppun og áþekkir keppinautar .....	23
2.2.3 Kostnaðaruppbygging er áþekkt.....	26
2.2.4 Umtalsverðar nýjungar hafa ekki komið fram á markaðnum .....	28
2.3 Líklegt er að samhæfing geti átt sér stað þegar til lengri tíma er litið .....	29
2.3.1 Markaðurinn er gagnsær.....	29
2.3.2 Á markaðnum eru hvatar fyrir samhæfða markaðsstefnu .....	31
2.3.3 Viðskiptalegt samstarf/samvinna kvikmyndahúsanna (aðila á markaðnum) .....	35
2.3.3.1 Samstarf innan hagsmunasamtaka .....	35
2.3.3.2 Sameiginlegt eignarhald á félögum .....	36
2.3.3.3 Samsýningar kvikmynda.....	37
2.3.3.4 Niðurstaða um formbundin tengsl .....	37
2.3.4 Takmarkaðar líkur á að keppinautar (og mögulegir keppinautar) eða neytendur geti ógnað samhæfingunni.....	38
2.3.4.1 Aðgangshindranir.....	38



2.3.4.2 Kaupendastyrkur .....	41
2.4 Kvikmyndahúsin eru sameiginlega markaðsráðandi á höfuðborgarsvæðinu .....	42
3. Samruninn styrkir sameiginlega markaðsráðandi stöðu .....	43
4. Um stöðu Þrjúbíos .....	45
5. Sjónarmið Myndforms um jákvæð samkeppnisleg áhrif samrunans.....	47
5.1 Sjónarmið Myndforms.....	47
5.2 Mat Samkeppniseftirlitsins.....	48
V. Niðurstaða .....	48
VI. Ákvörðunarorð .....	54



## I.

### Málsatvik og málsmeðferð

Með bréfi Einars Þórs Sverrissonar hrl., dags. 28. október 2008 sem barst Samkeppniseftirlitinu þann 3. nóvember, var tilkynnt að Myndform ehf. (hér eftir Myndform) hefði keypt 50% alls hlutafjár í Þrjúbíói ehf. (hér eftir Þrjúbíó) sem áður hafi að fullu verið í eigu Senu ehf. (hér eftir Sena). Bréfinu fylgdu upplýsingar um samrunann.

Með bréfi Samkeppniseftirlitsins, dags. 2. desember 2008, var málsaðilum tilkynnt að eftirlitið teldi ástæðu til frekari rannsóknar á samkeppnislegum áhrifum samrunans, sbr. 4. mgr. 17. gr. samkeppnislaga. Upphaf 70 daga frests samkeppnisyfirvalda til að taka afstöðu til samrunans miðast því við þann dag, sbr. sama lagaákvæði.

Þann 15. desember 2008 sendi Samkeppniseftirlitið samrunaaðilum bréf þar sem óskað var eftir frekari gögnum sem eftirlitið taldi nauðsynlegt að fá til þess að leggja mat á málið. Með bréfum dags. þann 9. janúar 2009 bárust umbeðin gögn og upplýsingar frá samrunaaðilum.

Þann 14. janúar 2009 sendi Samkeppniseftirlitið samrunaaðilum bréf að nýju þar sem óskað var eftir upplýsingum til viðbótar við þær sem fram komu í svarbréfum samrunaaðila frá 9. janúar 2009. Með bréfum dags. 20. janúar 2009 bárust svör við fyrirspurnum Samkeppniseftirlitsins.

Samkeppniseftirlitið hefur aflað ýmissa gagna við meðferð málsins. Þá hafa fulltrúar Samkeppniseftirlitsins átt viðtöl við ýmsa aðila á markaðnum, svo sem keppinauta samrunaaðila á viðkomandi mörkuðum, viðskiptavinum o.fl. Að því marki sem Samkeppniseftirlitið telur upplýsingar og viðhorf þessara aðila skipta máli fyrir niðurstöðu málsins er þess getið í ákvörðun þessari.

Að lokinni frumathugun á samkeppnislegum áhrifum samrunans sendi Samkeppniseftirlitið samrunaaðilum andmælaskjal vegna samrunans, dags. 21. febrúar 2009, ásamt gagnalista. Var óskað eftir því að skriflegar athugasemdir bærust eftirlitinu eigi síðar en þann 6. mars 2009. Að beiðni lögmanna samrunaaðila var frestur til að skila athugasemdum framlengdur til 10. mars 2009.

Með bréfi lögmanns Myndforms, dags. 10. mars 2009, og bréfi lögmanns Senu, dags. 11. mars 2009, bárust athugasemdir samrunaaðila vegna andmælaskjals Samkeppniseftirlitsins. Í greinargerðunum eru gerðar athugasemdir við skilgreiningar á mörkuðum málsins og ýmis atriði sem varða mat á samkeppnislegum áhrifum samrunans.

Í athugasemdum Senu voru einnig settar fram tillögur að skilyrðum. Með hliðsjón af því bréfi tilkynnti Samkeppniseftirlitið málsaðilum með bréfi, dags. 11. mars 2009, að það teldi ástæðu til að afla frekari upplýsinga og sjónarmiða um möguleg samkeppnisleg áhrif samrunans, sbr. 5. ml. 1. mgr. 17. gr. d



samkeppnislaga. Frestur Samkeppniseftirlitsins til að taka ákvörðun í málinu var því framlengdur um 20 virka daga.

Þá fundaði Samkeppniseftirlitið með samrunaaðilum þann 20. og 23. mars 2009 þar sem þeir gerðu nánari grein fyrir viðhorfum sínum til þessa máls og lýstu m.a. nánar hugmyndum sínum um hugsanleg skilyrði. Þær tillögur voru kynntar forsvarsmönnum Sam-félagsins á fundi þann 24. mars 2009.

Eins og að framan greinir leitaði Samkeppniseftirlitið á mismunandi stigum málsins umsagnar og sjónarmiða hjá keppinautum samrunaaðila á viðkomandi mörkuðum. Er gerð grein fyrir umsögnum þessara aðila í ákvörðun þessari eftir því sem ástæður gefa tilefni til.

## II.

### Samruninn

Í máli þessu er um að ræða að með samningi um kaup á hlutafé, dags. 14. október 2008, keypti Myndform 50% hlutafjár í Þrjúbíói sem áður hafði að fullu verið í eigu Senu. Samkvæmt samningnum nam kaupverð hins selda [...]¹ Telja samrunaaðilar að um sé að ræða samruna í skilningi d-liðar 1. mgr. 17. gr. samkeppnislaga.

Í samrunatilkynningu segir að Myndform sé fyrirtæki sem gefi út DVD-diska, bæði til leigu og endursölu hér á landi. Myndform sé með umboð að hluta til, u.þ.b. 50% fyrir UIP Pictures. Þá hafi fyrirtækið sérhæft sig í dreifingu á kvikmyndum frá svokölluðum sjálfstæðum framleiðendum, „Indie“. Myndform hafi verið stofnað árið 1984. Fyrirtækið hafi einnig starfsemi á markaðnum fyrir úrvinnslu kvikmynda. Þá segir að systurfélag Myndforms sé Kvikmyndahúsið ehf. en það félag reki Laugarásbíó. Í athugasemdum Myndforms við andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins segir reyndar að Myndform sé ekki eigandi Kvikmyndahússins. Eigendur séu þó hinir sömu og tengsl nán og hagsmunir eigenda ráðandi um stjórnun og rekstur Laugarásbíós. Samkeppniseftirlitið bendir hér á að bæði Myndform og Kvikmyndahúsið eru undir yferráðum sömu aðila og eru því systurfélög og hluti af sömu fyrirtækjasamstæðu í skilningi 4. gr. samkeppnislaga. Verður hér eftir vísað til þessara aðila í einu lagi sem Myndforms.

Um Senu segir að starfsemi félagsins sé á sviði kvikmyndahúsarekstrar, útgáfu og innflutningi á DVD mynddiskum, bæði til leigu og endursölu, auk þess sem fyrirtækið gefi út og flytji inn tónlist, tónlistarmyndbönd og tölvuleiki. Sena reki kvikmyndahúsin Smárabíó, Regnbogann og Borgarbíó á Akureyri, sem sé 67% í eigu Senu og 33% í eigu Myndforms. Auk þess reki dótturfélag Senu, Þrjúbíó ehf., kvikmyndasýningar í Háskólabíói. Þegar samrunatilkynning barst var Sena að fullu í eigu Íslenskrar Afþreyingar hf. (áður 365 hf.) Undir rekstri málsins var tilkynnt að breytingar hefðu orðið á eignarhaldi Senu. Með bréfi sem Samkeppniseftirlitinu barst þann 16. mars 2009 var tilkynnt um undirritun samnings milli Íslenskrar afþreyingar sem seljanda og Garðarshólma rekstrarfélags ehf. sem kaupanda að Senu.

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



Um Þrjúbíó segir að það félag sé rekstraraðili Háskólabíós sem sé eign Sáttmálasjóðs Háskóla Íslands en Þrjúbíó hafi haft Háskólabíó á leigu síðan 1. maí 2007.

Um aðdraganda og markmið samrunans segir að aðilar hans, Sena og Myndform, hafi átt með sér samstarf um sýningu kvikmynda í Háskólabíói við Hagatorg í Reykjavík sem rekið hafi verið af Þrjúbíói frá 1. maí 2007 en áður hafi Samfélagið verið með leigusamning um rekstur Háskólabíós.

Af hálfu Senu sé það talið nauðsynlegt að tryggja aukið magn kvikmynda til sýninga í Háskólabíói umfram það sem leiði af þeim umboðum sem Sena hafi við erlenda dreifingaraðila. Sé það nauðsynlegt til þess að tryggja öflugri rekstur kvikmyndahúss í Háskólabíói, en reksturinn hafi verið erfiður undanfarin ár. Í því skyni hafi aðilar komist að samkomulagi um kaup Myndforms á 50% hlut í Þrjúbíói enda samþykki Myndform að leggja félaginu til kvikmyndir til sýninga í Háskólabíói til jafns við Senu.

Háskólabíó hafi gegnt mikilvægu hlutverki í samfélaginu, bæði fyrir kvikmyndasýningar, auk þess sem nýting hússins sem kvikmyndahúss hafi verið forsenda þess að Sinfóníuhljómsveit Íslands hafi verið tryggð viðunandi aðstaða í húsinu. Með þeirri þrenningu sem hafi verið í boði í húsinu, kennslu í Háskóla Íslands á virkum dögum, kvikmyndasýningum á kvöldin og tónleikum Sinfóníuhljómsveitarinnar á fimmtudagskvöldum hafi hámarksnýtingu hússins verið náð. Ljóst megi vera að rekstrargrundvöllur hússins væri verulega skertur frá því sem er í dag ef kvikmyndasýningar myndu leggjast þar af. Að mati Senu sé samningurinn við Myndform forsenda áframhaldandi reksturs Þrjúbíós. Án hans væri veruleg hættu á því að sýningar í húsinu myndu leggjast af og markaðurinn fyrir kvikmyndasýningar hér á landi verða mun einsleitari en hann er í dag.

Að mati Samkeppniseftirlitsins er ljóst að um er að ræða samruna í skilningi samkeppnislaga og að hann fellur undir gildissvið samrunaákvæða laganna þar sem veltuskilyrði eru uppfyllt, sbr. 17. gr. a laganna.

Í máli þessu liggur fyrir að með kaupum Myndforms á helmingi hlutfjár í Þrjúbíói ehf. af Senu ehf. hefur átt sér stað samruni í skilningi samkeppnislaga.

### **III.**

#### **Markaðir málsins**

Við mat á samruna skv. samkeppnislögum verður að byrja á því að skilgreina þann eða þá markaði sem við eiga. Samkvæmt 4. gr. laganna er markaður sölusvæði vöru og staðgengdarvöru og/eða sölusvæði þjónustu og staðgengdarþjónustu. Hagfræðileg rök leiða til þess að líta verður á viðkomandi markaði frá tveimur sjónarhornum, annars vegar vöru- eða þjónustumarkaðinn og hins vegar landfræðilega markaðinn.



## 1. Vöru- og þjónustumarkaður

Samkvæmt VII. kafla reglna Samkeppniseftirlitsins um tilkynningu samruna nr. 684/2008 er með viðkomandi vörumarkaði átt við „markað fyrir vörur og/eða þjónustu sem neytendur líta á sem staðgönguvörur eða staðgönguþjónustu vegna eiginleika sinna, verðs og áformaðrar notkunar. Markaður er sölusvæði vöru og staðgönguvöru og/eða sölusvæði þjónustu og staðgönguþjónustu, sbr. 4. gr. samkeppnislaga. Staðgönguvara og staðgönguþjónusta er vara eða þjónusta sem að fullu eða verulegu leyti geta komið í stað annarrar.“

Þá segir að „[m]eðal þátta, sem skipta máli við mat á viðkomandi markaði, er greining á því hvers vegna viðkomandi vara eða þjónusta tilheyrir þessum markaði og hvers vegna önnur vara eða þjónusta tilheyrir honum ekki samkvæmt framangreindri skilgreiningu og með hliðsjón af, meðal annars, hvort varan eða þjónustan nýtist sem staðgönguvara eða staðgönguþjónusta, samkeppnisstöðu, verði, verðsveiflum vegna eftirspurnar eða öðrum þáttum sem máli skipta við skilgreiningu á markaðinum.“

Verður nú fjallað nánar um markaðinn og athugasemdir samrunaaðila.

### 1.1 Sjónarmið samrunaaðila

Í tilkynningu samrunaaðila kemur fram það sjónarmið samrunaaðila að sá markaður sem hafi áhrif í máli þessu sé markaðurinn fyrir kvikmyndasýningar. Nánar er fjallað um markaðinn í svari aðila sem barst síðar í tengslum við gagnaöflun Samkeppniseftirlitsins í málinu. Þar segir að markaðnum fyrir sýningar á kvikmyndum megi í grófum dráttum skipta í annars vegar dreifingu kvikmynda og hins vegar sýningu í kvikmyndahúsum. Eðli þessara markaða hér á landi sé svipað og í flestum smærri löndum í Evrópu, þ.e. að sömu fyrirtækin séu bæði dreifingaraðilar og sýningaraðilar á kvikmyndum. Umboðsaðilinn eða heildsalinn sé því líka smásöluaðili sem sýni kvikmyndir í kvikmyndahúsum. Um dreifingamarkaðinn segir að hann skiptist í þrjá megin hluta. Í fyrsta lagi umboð fyrir erlend kvikmyndaver þar sem dreifingaraðili fái ákveðið hlutfall af tekjum vegna hverrar myndar. Í öðru lagi kaup á kvikmyndum af sjálfstæðum erlendum framleiðendum á kvikmyndamörkuðum (indy). Loks sé um dreifingu á íslenskum kvikmyndum að ræða. Hvað varði markaðinn fyrir sýningar í kvikmyndahúsum þá semji kvikmyndahúsin við dreifingaraðila um hverja kvikmynd. Þegar um sé að ræða myndir frá kvikmyndaverum ákveði dreifingaraðili í samráði við kvikmyndaverin hvað myndin sé sýnd í mörgum bíósölum en það ráðist af væntingum um aðsókn. Dreifingaraðili dreifi síðan viðkomandi kvikmynd í þau kvikmyndahús sem hann telji best til þess fallin að hámarka aðsókn.

Af því sem fram kemur síðar í umræddu svari samrunaaðila þar sem sett eru fram sjónarmið um markaðshlutdeild er ljóst að þeir líta svo að samruninn hafi ekki áhrif á markaðinn fyrir dreifingu kvikmynda. Verður því að líta svo á að þeir telji að áhrifanna gæti einungis á markaðnum fyrir sýningar í kvikmyndahúsum.

Í athugasemdum Myndforms við andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins eru sett fram sjónarmið um að staðganga sé á milli kvikmyndasýninga og sýninga á mynddiskum þar sem bæði þessi sýningarform gefi áhorfandanum kost á að sjá



sömu myndina. Ef neytandi telji það ekki þess virði að kaupa sér aðgöngumiða að kvikmynd í kvikmyndahúsi geti hann séð hana á leigudiski að einungis 2-3 mánuðum liðnum. Þá séu sumar kvikmyndir aldrei sýndar kvikmyndahúsum heldur gefnar strax út á DVD-mynddiskum sem sýni náíð samband milli þessara sýningarforma. Ennfremur segir að þróunin hafi verið sú að tíminn frá því kvikmynd sé sýnd í kvikmyndahúsi og þar til hún komi út á DVD-mynddiskum hafi styst frá því sem verið hafi.

## 1.2 Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins

Samkeppniseftirlitið telur að áhrifa þess samruna sem hér um ræðir muni fyrst og fremst gæta í þeirri starfsemi sem lýtur að sýningu á kvikmyndum í kvikmyndahúsum enda ljóst að Þrjúbíó er ekki dreifingaraðili á kvikmyndum. Þá hefur samruninn ekki þau áhrif t.a.m. að umboð fyrir tiltekin erlend kvikmyndaver færast frá Senu til Myndforms eða öfugt.

Varðandi markað fyrir sýningar á kvikmyndum í kvikmyndahúsum þá telur Samkeppniseftirlitið að um sé að ræða sérstakan markað sem ekki hafi staðgöngu við önnur form á sýningum á kvikmyndum, s.s. í sjónvarpi eða af mynddiskum. Sérstaða þessa sýningarmáta felst í því að kvikmyndir eru fyrst sýndar í kvikmyndahúsum og að nokkur tími getur liðið þar til næsti svokallaði sýningargluggi (t.d. útgáfa á DVD-mynddiski) tekur við. Hér verður einnig að líta til þess að það er önnur reynsla fyrir áhorfendur að horfa á kvikmynd á stóru tjaldi með öðrum í kvikmyndahúsi heldur en að horfa á hana í sjónvarpi heima við. Þá ber einnig að hafa í huga að í erlendum samkeppnisrétti hefur verið litið svo á að sýningar á kvikmyndum í kvikmyndahúsum tilheyri sérstökum markaði.<sup>2</sup> Kvikmyndasýningar í kvikmyndahúsum eru að mati Samkeppniseftirlitsins samkvæmt framansögðu þjónustumarkaður þessa máls.

Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á það sjónarmið Myndforms að staðganga sé á milli kvikmyndasýninga í kvikmyndahúsum annars vegar og sýningar af DVD-mynddiskum hins vegar á þeim forsendum að skammur tími líði frá sýningu í kvikmyndahúsum þar til útgáfa á mynddiskum fari fram, sbr. umfjöllun hér að ofan um þann mun sem er á þessum tveimur ólíku aðferðum við sýningar á kvikmyndum. Þá er að mati eftirlitsins óljóst hvernig það sýni „náíð samband“ milli þessara sýningarforma að sumar kvikmyndir séu ekki sýndar í kvikmyndahúsum heldur gefnar út strax á mynddiski. Sú staðreynd að ákveðinn hluti kvikmynda er einungis gefinn út á mynddiskum er að mati Samkeppniseftirlitsins frekar til þess fallin að styðja þá niðurstöðu að ekki er um fulla staðgöngu að ræða milli þessara markaða.

## 2. Landfræðilegur markaður

Í VII. kafla reglna nr. 684/2008 um tilkynningu samruna segir m.a. að til landfræðilegs markaðar teljist „það svæði þar sem hlutaðeigandi fyrirtæki eru

<sup>2</sup> Sjá t.d. ákvörðun breska samkeppnisráðsins frá 24. febrúar 2006 *Vue Entertainment Holdings (UK) Ltd and A3 Cinema Limited*: „Taken as a whole, the evidence put to us on demand-side substitutability indicated that neither non-film leisure activities, nor other ways of watching films, represented a sufficiently close substitute to cinemas' offering for them to be considered as part of the relevant product market for this inquiry. This indicated to us that the product market was no wider than cinemas.“ Sjá einnig skýrslu OECD, Competition Policy and Film Distribution OCDE/GD(96)60.



viðriðin framboð og/eða 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.

Fram kemur í samrunaskrá það sjónarmið samrunaaðila að miða eigi landfræðilegan markað við allt landið. Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á þetta. Bent skal á að 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 viðkomandi vöru/þjónustu 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 á 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.

Almennt er litið svo á í samkeppnisrétti að smásölumarkaðir teljist vera staðbundnir.<sup>3</sup> Landfræðilegir markaðir sem lúta að smásölu til neytenda eru því skilgreindir þrengra en þegar fyrirtæki á sviði framleiðslu eða heildsöludreifingar eiga í hlut.<sup>4</sup> Þannig hefur í þessu sambandi verið miðað við að verslanir geti að öðru jöfnu náð til sín viðskiptavinum sem ekki þurfa að leggja á sig lengri en 20 mínútna akstur til viðkomandi verslunar.<sup>5</sup> Í breskum samkeppnisrétti er sama viðmið, (20 mínútna akstur) lagt til grundvallar við skilgreiningu á landfræðilegum markaði kvikmyndahúsa.<sup>6</sup>

Það er mat Samkeppniseftirlitsins að sýning kvikmynda í kvikmyndahúsum sé staðbundinn markaður þar sem t.d. höfuðborgarsvæðið er sérstakur landfræðilegur markaður. Aðstæður á landsbyggðinni kunna þó að vera með þeim hætti að hinn staðbundni markaður sé þar almennt landfræðilega stærri enda viðbúið að íbúar í dreifbýli þurfi oft og tíðum að leggja á sig lengri ferðalög til að komast í kvikmyndahús en þeir sem búa á höfuðborgarsvæðinu.

Samkeppniseftirlitið telur að kvikmyndahús á landsbyggðinni veiti t.d. kvikmyndahúsum á höfuðborgarsvæðinu ekki samkeppnislegt aðhald þótt ekki sé útilokað að aðhald kunni að vera af hálfu kvikmyndahúsa á höfuðborgarsvæðinu gagnvart kvikmyndahúsum á landsbyggðinni, sérstaklega hvað varðar

<sup>3</sup> Sjá t.d. Mario Monti, Market Definition as a Cornerstone of EU Competition Policy, Workshop on Market Definition, Helsinki 2002, bls. 24.

<sup>4</sup> Sjá ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 64/2008 *Misnotkun Haga hf. á markaðsráðandi stöðu sinni á matvörumarkaði*, sbr. og ákvörðun samkeppnisráðs nr. 19/2001, *Kaup Byko hf., Húsmiðjunnar hf. og Kaupfélags Skagfirðinga svf. á hlutum í Steinullarverksmiðjunni hf.*, ákvörðun samkeppnisráðs nr. 18/1999, *Yfirtaka Baugs hf. á Vöruveltunni hf.*, ákvörðun samkeppnisráðs nr. 4/2001, *Samruni Lyfju og Lyfjabúða hf. ákvörðun samkeppnisráðs nr. 38/2002 Samningur Baugs Group hf. og Eignarhaldsfélagsins Fengs hf. um stofnun á félagi um rekstur Ávaxtahússins ehf. og Banana ehf.* og ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 28/2006 *Samruni DAC ehf. og Lyfjavers ehf., sbr. og úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 6/2006.*

<sup>5</sup> Sjá t.d. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 64/2008 *Misnotkun Haga hf. á markaðsráðandi stöðu sinni á matvörumarkaði.*

<sup>6</sup> Sjá t.d. ákvörðun breska samkeppnisráðsins (Competition Commission) frá 24. febrúar 2006, *Vue Entertainment Holdings (UK) Ltd and A3 Cinema Limited.*





kvikmyndahús í nágrenni höfuðborgarsvæðisins. Þannig má ætla að ef verð á t.d. bíómiðum á höfuðborgarsvæðinu hækkaði um 5-10% leiddi það ekki til þess að neytendur hættu í það miklum mæli að sækja kvikmyndahús þar og færu þess í stað í kvikmyndahús t.d. á Selfossi eða í Reykjanesbæ eða jafnvel í fjarlægari byggðum að verðhækkun kvikmyndahúsa á höfuðborgarsvæðinu yrði óarðbær. Er þetta til þess fallið að styrkja þá niðurstöðu að höfuðborgarsvæðið sé sérstakur markaður. Þó hins vegar sé ekki útilokað að slík verðhækkun á bíómiðum í nefndum bæjarfélögum hefði þau áhrif að neytendur þar beindu í einhverjum mæli viðskiptum sínum til kvikmyndahúsa á höfuðborgarsvæðinu, er ekkert sem bendir til þess að samkeppnin sé gagnkvæm, þ.e. að kvikmyndahús á höfuðborgarsvæðinu keppi við kvikmyndahús utan þess um viðskipti íbúa höfuðborgarsvæðisins. Vísar Samkeppniseftirlitið í þessu sambandi til þess að það er meginregla í samkeppnisrétti að til þess að fyrirtæki teljist tilheyra sama landfræðilega markaðnum þurfa samkeppnisskilyrðin á hinu landfræðilega svæði að vera sambærileg og samkeppni innan þess gagnkvæm, þ.e. keppinautar á svæðunum þurfa að eiga í gagnkvæmri samkeppni sín á milli.<sup>7</sup>

Með hliðsjón af framansögðu er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að markaður fyrir sýningu kvikmynda í kvikmyndahúsum sé staðbundinn markaður. Í máli þessu eru til skoðunar kaup Myndforms á helmings hlut í Þrjúbíói sem rekur Háskólabíó sem er í Reykjavík. Samkeppniseftirlitið telur því að leggja beri til grundvallar að höfuðborgarsvæðið sé landfræðilegur markaður í máli þessu og samkeppnislegra áhrifa samrunans gæti fyrst og fremst þar.

#### IV.

##### **Ákvæði 17. gr. c samkeppnislaga um mat á samruna**

Í máli þessu þarf að taka til skoðunar hvort samruni Myndforms og Senu raski samkeppni á hinum skilgreinda markaði með því t.d. að markaðsráðandi staða verði til eða slík staða styrkist, sbr. 17. gr. c samkeppnislaga. Við túlkun á því ákvæði samkeppnislaga verður í upphafi að líta til þess að eldri samkeppnislögum nr. 8/1993 var breytt með lögum nr. 107/2000. Í breytingunni fólst að ákvæði samkeppnislaga sem ætlað var að vinna gegn samkeppnishömlum voru styrkt til muna, þ.m.t. samrunaákvæði laganna. Af lögskýringargögnum má ráða að einn megintilgangurinn með þessari lagabreytingu hafi verið að sporna gegn þeim samkeppnishömlum sem stafað geta af aukinni samþjöppun á markaði vegna samruna.<sup>8</sup> Er þá litið til þess að virk samkeppni lýsir sér almennt í lægra verði, auknum gæðum, auknu úrvali og nýjungum fyrir neytendur. Með ákvörðun um að ógilda eða setja skilyrði fyrir samruna er reynt að koma í veg fyrir að neytendur séu sviptir þessum gæðum. Samrunaákvæði samkeppnislaga nr. 8/1993, eins og þeim var breytt með lögum nr. 107/2000, var tekið óbreytt upp þegar núgildandi samkeppnislög nr. 44/2005 voru sett.

<sup>7</sup> Sjá hér t.d. ákvörðun samkeppnisráðs nr. 4/2001 *Samruni Lyfju hf. og Lyfjabúða hf.*

<sup>8</sup> Þannig segir í athugasemdum við frumvarp sem varð að lögum nr. 107/2000: „þegar keppinautum fækkar og markaðsráðandi staða verður til eða þegar fákeppni ríkir er samkeppninni hætta búin. Fyrirtæki hafa ekki lengur sama vilja og getu til að keppa eða þau taka gagnkvæmt tillit hvert til annars. Til að örva samkeppni og koma í veg fyrir samkeppnishömlur við þá stöðu sem að framan er lýst þarf skörp samkeppnislög sem færa samkeppnisfyrvöldum grípa til viðeigandi ráðstafana til að uppræta hömlurnar. Annars fer þjóðarbúið á mis við þann ávinning sem hlýst af virkri samkeppni.“



Með lögum nr. 94/2008 var ákvæðum samkeppnislaga um samruna aftur breytt og fólst í þeirri breytingu frekari styrking á efnisreglum samrunaákvæða samkeppnislaga. Felur þetta m.a. í sér aukið svigrúm til efnislegs mats á samkeppnislegum áhrifum samruna. Í 17. gr. c samkeppnislaga segir:

*„Telji Samkeppniseftirlitið að samruni hindri virka samkeppni með því að markaðsráðandi staða eins eða fleiri fyrirtækja verði til eða slík staða styrkist, eða verði til þess að samkeppni á markaði raskist að öðru leyti með umtalsverðum hætti, getur stofnunin ógilt samruna. Jafnframt skal við mat á lögmæti samruna taka tillit til tækni- og efnahagsframfara að því tilskildu að þær séu neytendum til hagsbóta og hindri ekki samkeppni. Samkeppniseftirlitið getur einnig sett slíkum samruna skilyrði sem verður að uppfylla innan tilskilins tíma. Við mat á lögmæti samruna skal Samkeppniseftirlitið taka tillit til þess að hvaða marki alþjóðleg samkeppni hefur áhrif á samkeppnisstöðu hins sameinaða fyrirtækis. Enn fremur skal við mat á lögmæti samruna taka tillit til þess hvort markaður er opinn eða aðgangur að honum er hindraður.“*

Samkvæmt ákvæðinu getur Samkeppniseftirlitið gripið til íhlutunar í samruna ef hann:

- Skapar eða styrkir markaðsráðandi stöðu eins fyrirtækis,
- skapar eða styrkir markaðsráðandi stöðu tveggja eða fleiri fyrirtækja (sameiginleg markaðsráðandi staða), eða
- hefur þau áhrif að samkeppni raskist að öðru leyti með umtalsverðum hætti.

Samkvæmt lögskýringagögnum er ljóst að skýra ber 17. gr. c með hliðsjón af EES/EB-samkeppnisrétti, sbr. einnig t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í málum nr. 17–18/2003 Icelandair ehf. og Iceland Express ehf. gegn samkeppnisráði.<sup>9</sup>

Í máli þessu þarf að taka til skoðunar hvort kaup Myndforms á 50% hlut í Þrjúbíói hindri virka samkeppni á hinum skilgreinda markaði, einkum með því að markaðsráðandi staða, eins eða fleiri fyrirtækja, verði til eða slík staða styrkist. Við mat á samkeppnislegum áhrifum samruna er almennt rétt að líta til markaðshlutdeildar samrunaaðila og helstu keppinauta þeirra, athuga samþjöppun á markaði, kanna aðgangshindranir á markaði ásamt fleiri þáttum. Í 17. gr. c samkeppnislaga segir jafnframt að taka beri tillit til þess að hvaða marki alþjóðleg samkeppni hafi áhrif og hvort markaður sé opinn eða aðgangur að honum hindraður. Þessi atriði eru í samkeppnisrétti hluti af mati á því hvort markaðsráðandi staða sé fyrir hendi, sbr. t.d. umfjöllun í athugasemdum með frumvarpi því sem varð að lögum nr. 94/2008. Af þessu leiðir að mat á því hvort t.d. markaðsráðandi staða verði til, eða hvort slík staða styrkist, skiptir miklu

<sup>9</sup> Í frumvarpi sem varð að lögum nr. 94/2008 segir t.d.: „Er við það miðað að samkeppnisyfirvöld hafi sem endranær hliðsjón af EES/EB-samkeppnisrétti við túlkun á íslenskum samrunareglum.“



varðandi lögmæti samruna. Er samrunareglum ætlað að vernda samkeppnislega gerð markaða og koma í veg fyrir að fyrirtæki geti með samruna t.d. komist í eða styrkt markaðsráðandi stöðu og þar með haft möguleika eða aukna möguleika á því að misnota hana.

Samruni sá sem hér er fjallað um er láréttur samruni (e. horizontal merger) þar sem samrunaaðilar og aðilar tengdir þeim starfa á sama vörumarkaði. Þær samkeppnishömlur sem stafa af láréttum samruna eru aðallega af þrennum toga. Í fyrsta lagi leiðir slíkur samruni til þess að fyrirtækin sem um ræðir hætta að keppa með tilheyrandi afleiðingum fyrir viðskiptavinum og neytendum. Í öðru lagi getur slíkur samruni leitt til þess að hið sameinaða fyrirtæki öðlist það mikinn efnahagslegan styrk að það geti hætt að taka tillit til keppinauta sinna og neytenda. Í þriðja lagi getur aukin samþjöppun á markaðnum sem fylgir láréttum samruna dregið úr samkeppni fyrirtækjanna sem eftir eru á markaðnum og auðveldað þeim að taka tillit hvers til annars í því skyni að hámarka sameiginlegan hagnað, t.d. með samhæfðri markaðshegðun sem lýtur að því að hækka verð.

Varðandi sönnun í samrunamálum verður að líta til þess að samkvæmt úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2004 *Ker hf. o.fl. gegn samkeppnisráði* gildir meginreglan um frjálst mat sönnunargagna í íslenskum samkeppnisrétti. Samrunamál hafa hins vegar sérstöðu vegna þeirra tímafresta sem gilda í slíkum málum.<sup>10</sup> Bent hefur verið á að hið flókna eðli samrunamála og skammir tímafrestir í slíkum málum mæli gegn óhóflega ströngum sönnunarkröfum.<sup>11</sup>

Í máli þessu reynir á sameiginlega markaðsráðandi stöðu og er rétt að líta næst til sjónarmiða sem gilda um slíka stöðu.

## **1. Sameiginleg markaðsráðandi staða**

Við mat á samruna ber Samkeppniseftirlitinu sem áður segir að meta hvort samruni hindri virka samkeppni, m.a. með því að markaðsráðandi staða eins eða fleiri fyrirtækja verði til eða slík staða styrkist. Sambærilegt ákvæði hefur verið við lýði frá gildistöku laga nr. 107/2000.

Í athugasemdum við 10. gr. frumvarps þess sem varð að breytingalögum nr. 107/2000 segir meðal annars svo:

---

<sup>10</sup> Í EES/EB-samkeppnisrétti er það viðurkennt sjónarmið að við málsmeðferð framkvæmdastjórnarinnar í samrunamálum verði að taka sérstakt tillit til hinna þröngu tímafresta samrunareglanna. Hafa dómstólar EB þannig fallist á að við prófun á málsmeðferð framkvæmdastjórnarinnar verði að hafa hliðsjón af þörfinni fyrir málskraða í þessum málaflokki (nefnt á ensku „need for speed“) Sjá t.d. dóm undirréttar EB í máli nr. T-5/02 *Tetra Laval BV v Commission* [2002] ECR II-4381 „*The Court of First Instance has already confirmed that these principles are applicable to the procedures provided for by the Regulation, even though their application may reasonably be adapted to the need for speed, which characterises the general scheme of the Regulation ...*”

<sup>11</sup> Sjá t.d. grein Bo Vesterdorf, fyrrum forseta undirréttar EB, Standard of Proof in Merger Cases, *European Competition Journal*, mars 2005, bls. 27: „*This inherently complex and forward-looking nature of merger control as well as the time constraints imposed by the Merger Regulation militate against an excessively high standard of proof ...*”



*„Í 1. efnismgr. 10. gr. frumvarpsins eru lagðar til tvær meginbreytingar frá gildandi lögum. Í fyrsta lagi er tekið skýrt fram að heimilt sé að ógilda eða setja samruna skilyrði þegar hann leiðir til þess að markaðsráðandi staða fyrirtækis styrkist. [ . . . ] Í öðru lagi er tekið fram að unnt sé að beita ákvæðinu þegar svo kölluð fákeppnis-eða sameiginleg markaðsráðandi staða (e. oligopolistic eða joint dominance) verður til við samruna eða þegar slík staða styrkist. Er þetta gert með því að taka fram í ákvæðinu að um geti verið að ræða markaðsráðandi stöðu eins eða fleiri fyrirtækja. Á sama hátt og sameiginleg markaðsráðandi staða fellur undir ákvæðið um bann við misnotkun á markaðsráðandi stöðu er eðlilegt að slík staða falli undir 18. gr. Er þetta einnig í samræmi við samrunareglur EES-samningsins, sbr. dóm dómstóls EB frá 31. mars 1998 í máli nr. C-68/94, Frakkland og aðrir gegn framkvæmdastjórninni, og dóm undirréttar EB frá 25. mars 1999 í máli nr. T-102/96, Gencor Ltd. gegn framkvæmdastjórninni. Jafnframt fellur sameiginleg markaðsráðandi staða undir samrunareglur í Finnlandi, Svíþjóð, Bretlandi, Frakklandi, Þýskalandi, Bandaríkjunum, Kanada og víðar.“*

Samkvæmt framansögðu er Samkeppniseftirlitinu ætlað að meta hvort samruni leiði til þess að sameiginleg markaðsráðandi staða tveggja eða fleiri fyrirtækja verði til eða styrkist, sbr. einnig t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 18/2001 *Mjólkurfélag Reykjavíkur svf., Lýsi hf. og Fóðurblandan hf. gegn samkeppnisráði*.<sup>12</sup> Verður nú vikið að skilyrðum fyrir sameiginlegri markaðsráðandi stöðu.

#### 1.1 Skilyrði fyrir sameiginlegri markaðsráðandi stöðu

Við mat á því hvort tvö eða fleiri fyrirtæki séu í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu þarf að meta hvort að í viðkomandi markaði felist jarðvegur fyrir þegjandi samhæfingu (e. tacit coordination/collusion) þeirra. Eins og lýst var í athugasemdum við 10. gr. frumvarps þess sem varð að lögum nr. 107/2000, sbr. nú 17. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005, getur sameiginleg markaðsráðandi staða meðal annars orðið til vegna t.d. efnahagslegra tengsla milli fyrirtækjanna sem gera þeim kleift að móta sameiginlega eða samræmda markaðsstefnu og starfa að verulegu leyti án þess að taka tillit til keppinauta, viðskiptavina eða neytenda. Þess ber þó að geta að fyrirtækin móta ekki slíka stefnu með samráði sín á milli heldur myndast slík stefna með þegjandi samhæfingu þeirra. Í athugasemdunum segir meðal annars svo:

*„Við mat á því hvort sameiginleg markaðsráðandi staða verður til við samruna verður að athuga hvernig líklegt er að viðkomandi markaður þróist. Í því sambandi verður að taka til athugunar hvort samruninn*

<sup>12</sup> Í almennum athugasemdum með frumvarpi til laga um breytingu á samkeppnislögum, nr. 8/1993, með síðari breytingum kemur m.a. fram: „Í frumvarpinu eru samrunaákvæði samkeppnislaga styrkt til muna. Þetta felst í eftirfarandi: ... Unnt verður að grípa til íhlutunar í samruna ef hann leiðir til svonefndrar fákeppnis- markaðsráðandi stöðu (oligopolistic dominance). Í því felst að fækkun keppinauta við samruna leiðir til fákeppni þar eð fyrirtækin sem eftir verða á markaðinum taka gagnkvæmt tillit hvert til annars og hætta að keppa. Heimild af þessum toga tryggir samkeppnisyfirlöndum möguleika til að sporna gegn myndun skaðlegrar fákeppni hér á landi.“



*sem um ræðir leiðir til þess að samkeppni á markaðnum verði raskað af samrunafyrirtækjunum auk eins eða fleiri fyrirtækja til viðbótar. Þetta getur orðið við það að efnahagsleg tengsl myndist á milli fyrirtækjanna sem gera þeim kleift að móta sameiginlega eða samræmda markaðsstefnu og starfa að verulegu leyti án þess að taka tillit til keppinauta, viðskiptavina eða neytenda. Þar sem mikil samþjöppun er á tilteknum mörkuðum getur orðið töluverð hætta á því að fyrirtæki taki gagnkvæmt tillit hvert til annars og fákeppni, markaðurinn er t.d. gagnsær og vörurnar eða þjónustan sem boðin er á viðkomandi markaði er einsleit. Fyrirtækin geta m.a. við þær aðstæður vitað með nokkurri vissu hver viðbrögð keppinauta verða við tilteknum markaðsaðgerðum. Þetta hefur þau áhrif að fyrirtækin hafa ekki lengur nauðsynlegt samkeppnislegt aðhald heldur leiða markaðsaðstæður til þess að þau verða samstíga í markaðshegðun, t.d. takmarka þau framboð á vöru eða þjónustu til þess að geta hækkað söluverð með það að leiðarljósi að samræmd markaðshegðun leiði til hámarks hagnaðar. Hér liggur til grundvallar sú kenning hagfræðinnar að tengsl séu á milli annars vegar stærðar og fjölda fyrirtækja á markaðinum og hins vegar þess hvaða líkur eru á samstilltum aðgerðum milli fyrirtækja, án þess að endilega sé um að ræða ólöglegt samráð, t.d. um verðhækkunir. Er þessari breytingu ætlað að vinna gegn frekari myndun fákeppnismarkaða hér á landi.”*

Í dómi undirréttar EB í Gencor málinu kemur skýrt fram að bæði formbundin tengsl milli fyrirtækja (t.d. samningar eða sameiginlegt eignarhald á þriðja fyrirtæki) og efnahagsleg tengsl geta leitt til sameiginlegrar markaðsráðandi stöðu.<sup>13</sup> Samkvæmt dómi undirréttar EB í Airtours málinu er litið til m.a. þriggja atriða við mat á því hvort um sameiginlega markaðsráðandi stöðu sé að ræða.

- Í fyrsta lagi verða fyrirtæki í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu að eiga þess kost að fylgjast með hegðun annarra fyrirtækja sem deila slíkri stöðu.
- Í öðru lagi verður að vera til staðar hvati fyrir slík fyrirtæki til að viðhalda en víkja ekki frá hinni samhæfðu hegðun. Í þessu felst að fyrirtæki í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu geri sér grein fyrir því að allar aðgerðir af þess hálfu, í því skyni að auka markaðshlutdeild muni aðeins leiða til hliðstæðra aðgerða keppinauta og ekkert fyrirtækjanna hafi þess vegna hag af slíkum aðgerðum.
- Í þriðja lagi verða að vera takmarkaðar líkur á því að keppinautar eða mögulegir keppinautar eða neytendur geti ógnað hinni sameiginlegu markaðsráðandi stöðu.<sup>14</sup>

Líta ber hér einnig til úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 6/2006 DAC ehf. og Lyfjaver ehf. og Lyf og heilsa ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu. Í niðurstöðunni sagði m.a.:

<sup>13</sup> Mál nr. T-102/96 *Gencor v Commission* [1999] ECR II-753.

<sup>14</sup> Mál nr. T-342/99 *Airtours v Commission* [2002] ECR II-2585.



*„Varðandi einkenni markaðarins sem máli kunna að skipta við ákvörðun um líkur á samhæfðri hegðun fellst áfrýjunarnefndin á þau rök Samkeppniseftirlitsins að gagnsæi smásölumarkaðar lyfja sé nægilegt til að keppinautar geti fylgst með aðgerðum hvors annars. Jafnframt að vörur séu nægilega einsleitar til að vöruframboð sé sambærilegt milli lyfjabúða og að kostnaðaruppbygging lyfjakeðjanna geti talist áþekk. Öll framangreind atriði teljast auka líkur á samhæfðri hegðun á markaði.“*

Þá er mikilvægt að hafa í huga dóm dómstóls EB varðandi sameiginlega markaðsráðandi stöðu í svokölluðu Impala máli.<sup>15</sup> Í málinu sem varðaði markaðinn fyrir tónlist lá fyrir að framkvæmdastjórnin hafði með ákvörðun sinni heimilað samruna fyrirtækjanna Sony og Bertelsman (BMG). Í ákvörðuninni var tekið til athugunar hvort Sony/BMG væru í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu með öðrum stórum hljómplötuframleiðendum en það voru Universal Music, Warner Music og EMI. Saman voru þessi fjögur stóru fyrirtæki með um 72% markaðshlutdeild. Framkvæmdastjórnin taldi að ekki væri unnt að sýna fram á sameiginlega markaðsráðandi stöðu vegna þess að markaðurinn væri ekki nægilega gagnsær og ekki væri sýnt fram á að umrædd fyrirtæki hefðu svarað samkeppni í sömu mynt í því skyni að koma í veg fyrir samkeppni (e. retaliatory measures). Impala sem eru samtök óháðra hljómplötuframleiðenda skutu þessari ákvörðun til undirréttarins og töldu að þessi stóru fyrirtæki væru í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu. Undirrétturinn felldi ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar úr gildi.

Líta ber sérstaklega til þess að í framangreindu Impala máli gerði undirréttur EB greinarmun á því hvort í samrunamáli væri byggt á því að sameiginleg markaðsráðandi staða yrði til við samruna eða hvort fyrir hendi væri sameiginleg markaðsráðandi staða sem styrktist með samruna. Í fyrra tilvikinu þurfi samkeppnisyfirlönd á grundvelli traustra gagna að setja fram spá um framtíðina.<sup>16</sup> Í seinna tilvikinu sé unnt að sanna tilvist sameiginlegrar markaðsráðandi stöðu með óbeinum hætti og draga ályktanir af ýmsum þáttum markaðarins sem gefa tilvist slíkrar stöðu til kynna.<sup>17</sup> Til viðbótar kom fram í dómnum að samræmi í verðlagningu keppinauta yfir langt tímabil, ásamt öðrum atriðum sem tengjast

<sup>15</sup> Dómur undirréttar EB frá 13. júlí 2006 í máli nr. T-464/04.

<sup>16</sup> „It follows from the case-law of the Court of Justice (Kali und Salz, paragraph 245 above, paragraph 222) and of the Court of First Instance (Airtours v Commission, paragraph 45 above, paragraph 63) that the prospective analysis which the Commission is required to carry out in the context of the control of concentrations, in the case of collective dominance, requires close examination of, in particular, the circumstances which, in each individual case, are relevant for assessing the effects of the concentration on competition in the reference market and that the Commission must provide solid evidence.

*It must be observed that, as is apparent from the very wording of those judgments, that case-law was developed in the context of the assessment of the risk that a concentration would create a collective dominant position and not, as in the context of the first part of the present plea, of the determination of the existence of a collective dominant position.*”

<sup>17</sup> „It follows that, in the context of the assessment of the existence of a collective dominant position, although the three conditions defined by the Court of First Instance in *Airtours v Commission*, paragraph 45 above, which were inferred from a theoretical analysis of the concept of a collective dominant position, are indeed also necessary, they may, however, in the appropriate circumstances, be established indirectly on the basis of what may be a very mixed series of indicia and items of evidence relating to the signs, manifestations and phenomena inherent in the presence of a collective dominant position. ”



sameiginlegri markaðsráðandi stöðu, geti, ef engar skynsamlegar skýringar bendi til annars, sýnt fram á sameiginlega markaðsráðandi stöðu. Geti þetta átt sér stað þótt engin bein sönnun um mikið gagnsæi markaðarins liggja fyrir.<sup>18</sup>

Þessum dómi undirréttarins var skotið til dómstóls EB. Í dómi dómstóls EB frá 10. júlí 2008 var staðfest að framangreind þrjú skilyrði sem komu fram í dómi undirréttarins í Airtoursmálinu væru lögmat.<sup>19</sup> Jafnframt var staðfest það mat undirréttarins að unnt væri að sýna fram á sameiginlega markaðsráðandi stöðu á grundvelli tiltekinna aðstæðna eða hegðunar fyrirtækja á markaði. Slík athugun yrði hins vegar að vera vönduð og horfa yrði til mögulegrar samhæfingar á markaðnum.<sup>20</sup>

## 1.2 Niðurstaða

Sameiginleg markaðsráðandi staða getur átt sér stað á fákeppnismörkuðum en það eru markaðir þar sem helstu fyrirtækin eru tiltölulega fá.<sup>21</sup> Hér er byggt á kenningum klassískrar hagfræði um raunverulega hættu á samkeppnishömlum á fákeppnismörkuðum. Fræðimenn hafa dregið saman kjarna þessa með eftirfarandi hætti:

*„The concept of co-ordinated effects (or collective dominance) rests on the proposition that in highly concentrated markets it is highly likely, if not inevitable, that if only a small number of firms remain, they will recognize their interdependence and the futility of aggressive competition and adapt their behaviour, not necessarily collusively, to that which a profit-maximising dominant single firm (monopolist) would choose.“<sup>22</sup>*

Til þess að um sameiginlega markaðsráðandi stöðu geti verið að ræða þurfa að vera fyrir hendi ákveðnar aðstæður á viðkomandi markaði sem gera þegjandi samhæfingu viðkomandi fyrirtækja mögulega. Hér skiptir fjöldi fyrirtækja á markaðnum máli og hvort helstu keppinautar séu svipaðir að gerð. Eðli þeirrar vöru eða þjónustu sem seld er á markaðnum og eðli eftirspurnar hefur einnig þýðingu. Tengsl milli keppinauta geta einnig skapað skilyrði fyrir samhæfingu. Það er hins vegar ekki nægilegt að sýna fram á að samhæfing sé möguleg heldur

<sup>18</sup> „Thus, in particular, close alignment of prices over a long period, especially if they are above a competitive level, together with other factors typical of a collective dominant position, might, in the absence of an alternative reasonable explanation, suffice to demonstrate the existence of a collective dominant position, even where there is no firm direct evidence of strong market transparency, as such transparency may be presumed in such circumstances.“

<sup>19</sup> Mál nr. C-413/06P: „The conditions laid down by the Court of First Instance in paragraph 62 of its judgment in *Airtours v Commission*, which that court concluded, in paragraph 254 of the judgment under appeal, should be applied in the dispute before it, are not incompatible with the criteria set out in the preceding paragraph of this judgment.“

<sup>20</sup> „Similarly, the investigation of a pre-existing collective dominant position based on a series of elements normally considered to be indicative of the presence or the likelihood of tacit coordination between competitors cannot therefore be considered to be objectionable of itself. However, as is apparent from paragraph 125 of this judgment, it is essential that such an investigation be carried out with care and, above all, that it should adopt an approach based on the analysis of such plausible coordination strategies as may exist in the circumstances.“

<sup>21</sup> Sjá t.d. Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, sjötta útgáfa 2008 bls. 758: „An oligopolistic market is one which is dominated by relatively small number of major players, even if none enjoys a position of single dominance.“

<sup>22</sup> Sjá Cook & Kerse, *EC Merger Control*, fjórða útgáfa 2005 bls. 220.



verður einnig að líta til þess hvort hún geti varað á markaðnum. Í Airtours málinu taldi undirréttur EB að þrjú skilyrði yrðu að vera fyrir hendi til þess að samhæfing gæti ríkt til lengri tíma lítið. Samandregið eru það eftirfarandi atriði:

- Gagnsær markaður.
- Hvati til samhæfingar og líkur á að samkeppni verði svarað í sömu mynt.
- Takmarkaðar líkur á að keppinautar (og mögulegir keppinautar) eða neytendur geti ógnað samhæfingunni.

Hagfræðileg rök leiða til þeirrar niðurstöðu að eðlilegt sé að gefa þessum þremur þáttum meira vægi en öðrum þó að fleiri sjónarmið kunni að koma til við matið eftir atvikum og aðstæðum í hverju tilfalli. Á gagnsægjum markaði veitist keppinautum auðvelt að fylgjast hver með öðrum, háttsemi hvers annars og geta því auðveldlega svarað henni telji þeir þörf á því. Séu hvatar til samhæfingar til staðar leiðir slíkt gagnsæi til þess að auðveldara er að tryggja að keppinautarnir haldi sig við að keppa ekki um viðskiptavinum. Fáar nýjungar eða lítt byltingarkenndar styðja við slíka stöðu. Hvatar til samhæfingar geta verið af ýmsum toga en almennt má segja að hagur af þegjandi samhæfingu sé mestur á mörkuðum sem ekki eru í örum vexti þannig að samkeppni myndi aðeins leiða til þess að viðskiptavinir færðust á milli fyrirtækja en stærð markaðarins héldist sú sama. Gerist það helst á mörkuðum þar sem kaupendur kaupa áþekkt magn þrátt fyrir að verð hækki eða lækki nokkuð. Þegjandi samhæfing er erfiðari ef kaupendur eru í sterkri stöðu eða ef mörg fyrirtæki eru á markaðnum.

Samkvæmt framansögðu er við mat á sameiginlegri markaðsráðandi stöðu lítið til ýmissa einkenna og aðstæðna á viðkomandi markaði. Draga má saman atriði sem almennt geta skipt máli:

- Umtalsverð sameiginleg markaðshlutdeild viðkomandi fyrirtækja sem talist geta í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu og mikil samþjöppun á markaðnum.
- Umtalsverður munur á markaðshlutdeild stærstu aðila og annarra keppinauta.
- Að stærstu fyrirtækin séu fá. Það er almennt talið ólíklegt að sameiginleg markaðsráðandi staða eigi sér stað hjá fleiri en fjórum fyrirtækjum.<sup>23</sup>
- Áþekk markaðshlutdeild og kostnaðaruppbygging hjá viðkomandi fyrirtækjum. Mikil ósamhverfa í þessu skapar hvata til að víkja frá samhæfingu.
- Formbundin tengsl milli viðkomandi fyrirtækja.
- Einsleitir vörur eða þjónusta.
- Markaðurinn er mettaður (e. mature) í þeim skilningi að vöxtur í eftirspurn er hægur, litlar tækninýjungar og lítið svigrúm er fyrir byltingarkenndar nýjungar.
- Mikill fjöldi viðskipta á viðkomandi markaði (e. frequent interactions). Ef viðskiptin eru fá og mjög verðmæt hver um sig vinnur það gegn samhæfingu því meiri tilhneiging er til að keppa um slík viðskipti.

<sup>23</sup> Sjá t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar EB í Price Waterhouse/Coopers máli.





- Gagnsæi á markaðnum varðandi mikilvæga samkeppnisþætti eins og t.d. verð.
- Aðgangshindranir eru að markaðnum.
- Kaupendastyrkur ekki fyrir hendi.

Það skal þó haft í huga að tilvist allra þessara atriða/einkenna er ekki fortakslaust skilyrði þess að sameiginleg markaðsráðandi staða sé fyrir hendi. Skiptir miklu máli við mat á sameiginlegri markaðsráðandi stöðu að meta þessi atriði heildstætt og í samræmi hvert við annað. Þá geta þessi atriði haft mismikið vægi innbyrðis eftir því hvaða markaður er til skoðunar hverju sinni.<sup>24</sup>

Jafnframt verður hér að áréttu að unnt er að draga veigamiklar ályktanir af fyrri hegðun viðkomandi fyrirtækja við mat því hvort sameiginleg markaðsráðandi staða sé þegar fyrir hendi, sbr. dóm undirréttar EB í Impala málinu.

Hér á eftir verður fjallað nánar um þessi skilyrði og samkeppnisleg áhrif kaupa Myndforms á helmingshlut í Þrjúbíói.

## **2. Sameiginleg markaðsráðandi staða á markaði fyrir kvikmyndasýningar í kvikmyndahúsum**

Í þessum kafla verður metið hvort þau þrjú félög sem reka kvikmyndahús á höfuðborgarsvæðinu séu í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu eða hvort slík staða sé að myndast eða styrkjast með samrunanum sem hér er til umfjöllunar.

### **2.1 Samhæfð hegðun**

Hér er rétt að áréttu að sameiginleg markaðsráðandi staða byggir á þeirri hagfræðikenningu að við vissa markaðsupbyggingu sé það skynsamlegasta hegðun keppinanta að halda að sér höndum í stað þess að keppa. Um helstu einkenni sameiginlegrar markaðsráðandi stöðu hefur þegar verið fjallað. Í þessum kafla er ætlunin að rekja stuttlega nokkur einkenni sameiginlegrar markaðsráðandi stöðu sem verið hafa fyrir hendi á mörkuðum þessa máls.

Auk þeirra upplýsinga sem fram kom í samrunaskrá hefur Samkeppniseftirlitið aflað margvíslegra gagna sem varpa ljósi á háttsemi kvikmyndahúsa á skilgreindum markaði undanfarin ár, bæði frá samrunaaðilum og Sam-félaginu sem rekur Sambíóin. Hér á eftir verður fjallað um markaðshlutdeild og samþjöppun. Í því sambandi verður byggt á upplýsingum um tekjur og fjölda kvikmyndahúsagesta. Auk þessa verður fjallað um verðþróun, fjölda bíósala/bíósæta (afkastagetu) auk upplýsinga um umtalsverðar nýjungar í kvikmyndahúsarekstri undanfarin fimm til tíu ár. Þá hefur verið aflað gagna um umfangsmikið samstarf aðila um bæði kvikmyndasýningar og ýmsa tengda starfsemi. Eins og fram hefur komið er unnt að draga veigamiklar ályktanir af fyrri hegðun viðkomandi fyrirtækja við mat því hvort sameiginleg markaðsráðandi staða sé þegar fyrir hendi, sbr. dóm undirréttar EB í Impala málinu. Ekki er í þessu máli tekin afstaða til þess hvort framangreint samstarf kunni að varða við 10. gr. eða 11. gr. samkeppnislaga.

<sup>24</sup> Sjá hér t.d. Alastair Lindsay, The EC Merger Regulation. Substantive Issues. Bls. 312.



### 2.1.1 Markaðshlutdeild og þróun hennar sl. ár

Í 7. kafla samrunaskrárinnar er óskað eftir mati samrunaaðila á því hver sé áætluð heildarstærð markaðarins í söluverðmæti og magni. Þar er einnig óskað eftir upplýsingum um markaðshlutdeild samkvæmt sömu mælikvörðum hjá þeim fyrirtækjum sem að samruna standa ásamt áætlaðri hlutdeild helstu keppinauta. Í samrunaskrá kemur fram það mat samrunaaðila að markaðshlutdeild Senu sé 35%, hlutdeild Myndforms 12% og hlutdeild Sambíóanna 53%. Ekki er þó útskýrt hvaða upplýsingar (s.s. áætlaðar tekjur eða fjöldi bíógesta) liggi til grundvallar þessu mati. Þá er í svari sem barst síðar frá samrunaaðilum (þar sem óskað hafði verið eftir nánari gögnum og upplýsingum) m.a. sett fram eftirfarandi sundurliðun um aðsókn í kvikmyndahús á Íslandi fyrir árið 2008 en heildarfjöldi bíógesta það ár var 1.526.005; Myndform – Laugarásbíó (11%); Myndform/Sena – Borgarbíó Akureyri (4%); Sam bíóin – fimm kvikmyndahús (43%); Sena – Smárabíó, Regnboginn og Háskólabíó (42%) og aðrir (0,3%).

Samkeppniseftirlitið leggur ekki mat á þá umfjöllun sem fram kemur í samrunaskrá um markaðshlutdeild enda kemur ekki fram á hvaða upplýsingum sú umfjöllun byggir. Hvað varðar upplýsingar um aðsókn árið 2008 þá miðast þær við allt landið en eftirlitið telur eins og áður greinir að landfræðilegur markaður málsins sé höfuðborgarsvæðið auk þess sem eftirlitið telur að réttara sé að miða markaðshlutdeild við tekjur, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008 *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu*. Er því ekki unnt að fallast á mat samrunaaðila á markaðshlutdeild.

Á markaðnum fyrir kvikmyndasýningar í kvikmyndahúsum á höfuðborgarsvæðinu starfa sem fyrr segir tvö stór fyrirtæki, Sena og Sam-félagið, og einn smærri keppinautur, Myndform sem rekur eitt kvikmyndahús, Laugarásbíó.

Eins og áður segir veitir umtalsverð sameiginleg markaðshlutdeild sem og mikil samþjöppun á markaðnum vísbendingu um sameiginlega markaðsráðandi stöðu. 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*. 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.<sup>25</sup> Þetta á einnig við um sameiginlega markaðsráðandi stöðu. Þannig er ljóst að ef viðkomandi fyrirtæki hafa samtals 50% eða hærri markaðshlutdeild er það vísbending um að þau séu í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu.<sup>26</sup>

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. Dómstólar EB hafa einnig talið fyrirtæki sem hafa innan við 40% markaðshlutdeild vera í markaðsráðandi stöðu.<sup>27</sup> 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 viðkomandi fyrirtækis og keppinauta þess.<sup>28</sup> 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.<sup>29</sup>

Verður nú horft til þessara atriða við mat á samruna þessa máls.

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 á síðasta heila almanaksári, sbr. t.d. ársreikninga eða árshlutauppgjör eða nánari sundurliðun á tekjum eftir því sem við á í hverju máli. Til að leggja mat á stærð þess markaðar sem Samkeppniseftirlitið telur að samruninn hafi áhrif á var óskað eftir upplýsingum bæði frá samrunaaðilum og Sam-félaginu um tekjur vegna kvikmyndasýninga sundurliðað eftir einstökum kvikmyndahúsum. Einnig var óskað eftir upplýsingum um fjölda kvikmyndahúsagesta. Í samræmi

<sup>25</sup> 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.“

<sup>26</sup> Sjá t.d. dóm undirréttar EB í máli nr. T-191/98 *Atlantic Container Line AB v Commission* [2003] ECR II-3275: „As regards the complaint that, unlike the situation prevailing in the case of an individual dominant position, a market share in excess of 50% cannot suffice to found a presumption of a collective dominant position, it has been held that the concept of a dominant position relates to a position of economic strength which enables the entity holding that position to prevent effective competition on the relevant market by affording it the power to behave to an appreciable extent independently of its competitors, its customers and ultimately of consumers (*Hoffmann-La Roche*, cited at paragraph 765 above, paragraph 38). It is quite clear that an entity which holds more than 50% of the market, whether it is an individual entity or a collective entity, is capable of enjoying such independence.“

<sup>27</sup> Sjá dóm undirréttar EB frá 17. desember 2003 í máli nr. T-219/99 *British Airways plc v Commission*.  
<sup>28</sup> 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.“

<sup>29</sup> 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.



við þetta eru í töflum 1 og 2 upplýsingar um annars vegar tekjur og markaðshlutdeild miðað við tekjur á höfuðborgarsvæðinu árin 2004-2008 og hins vegar fjölda bíógesta og hlutdeild miðað við fjölda bíógesta á sama markaðssvæði og árabili.

**Tafla 1. Tekjur kvikmyndahúsa (í milljónum kr.) og markaðshlutdeild miðað við tekjur á höfuðborgarsvæðinu árin 2004-2008.**

	2004		2005		2006		2007		2008	
	Tekjur	%	Tekjur	%	Tekjur	%	Tekjur	%	Tekjur	%
Sena	[...]	[30-35]	[...]	[30-35]	[...]	[40-45]	[...]	[40-45]	[...]	[45-50]
Samfélagið	[...]	[50-55]	[...]	[50-55]	[...]	[40-45]	[...]	[40-45]	[...]	[35-40]
Myndform	[...]	[10-15]	[...]	[10-15]	[...]	[10-15]	[...]	[10-15]	[...]	[10-15]
<b>Samtals</b>	<b>[722,5]</b>	<b>100</b>	<b>[680,8]</b>	<b>100</b>	<b>[736,5]</b>	<b>100</b>	<b>[826,6]</b>	<b>100</b>	<b>[941,2]</b>	<b>100</b>

**Tafla 2. Aðsókn í kvikmyndahús (fjöldi kvikmyndahúsagesta í þús.) og markaðshlutdeild miðað við fjölda kvikmyndahúsagesta á höfuðborgarsvæðinu árin 2004-2008.**

	2004		2005		2006		2007		2008	
	Fjöldi	%	Fjöldi	%	Fjöldi	%	Fjöldi	%	Fjöldi	%
Sena	[452,7]	[35,2]	[431,7]	[34,6]	[531,4]	[41,1]	[548,9]	[43,6]	[658,4]	[48,6]
Samfélagið	[680,2]	[52,9]	[660,8]	[53,0]	[592,9]	[45,8]	[553,4]	[44,0]	[521,4]	[38,5]
Myndform	[152,0]	[11,8]	[155,0]	[12,4]	[169,0]	[13,1]	[155,7]	[12,4]	[174,7]	[12,9]
<b>Samtals</b>	<b>[1.285]</b>	<b>100</b>	<b>[1.248]</b>	<b>100</b>	<b>[1.293]</b>	<b>100</b>	<b>[1.258]</b>	<b>100</b>	<b>[1.354]</b>	<b>100</b>

Ljóst er að markaðshlutdeild þeirra sem á markaðnum starfa er svipuð hvort heldur sem miðað er við tekjur eða fjölda kvikmyndahúsagesta. Það kemur þó ekki á óvart þar sem verð fyrir bíómiða er mjög svipað hjá öllum kvikmyndahúsunum, sbr. nánar hér á eftir. Ef litið er til markaðshlutdeildar fyrir árið 2008 er ljóst að hlutdeild Senu er þar mest eða tæplega [45-50]% hvort heldur sem miðað er við tekjur eða fjölda kvikmyndahúsagesta. Hlutdeild Samfélagsins umrætt ár var hins vegar tæplega [35-40]% og Myndforms tæplega [10-15]% samkvæmt sömu mælikvörðum. Af þessu er ljóst að samanlögð hlutdeild þeirra félaga sem standa að samrunanum, þ.e. Senu og Myndforms er veruleg. Hafa ber þó í huga að rekstur þessara félaga mun ekki að fullu sameinast heldur nær samruninn sem fyrr segir einungis til eignarhalds á Þrjúbíói sem rekur Háskólabíó en hlutdeild þess bíós á árinu 2008 var um [10-15]%. Önnur kvikmyndahús Senu og Laugarásbíó í eigu Myndforms munu ekki sameinast.

Í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins var komist að þeirri niðurstöðu að markaðshlutdeild hefði verið áþekk undanfarin ár sem gerði samhæfða hegðun auðveldari. Sena mótmælir þessu í athugasemdum sínum og telur að sú staðreynd að félagið hafi aukið hlutdeild um u.þ.b. 15% á undanförunum fjórum árum teljist mikil sveifla á markaði í metnun. Slíkar breytingar séu merki um mikla



samkeppni þrátt fyrir að um einkenni fákeppnismarkaðar sé að ræða. Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á þetta nema að litlu leyti. Þó nokkrar sveiflur hafi verið á milli hlutdeildar Senu og Sam-félagsins skýrast þær fyrst og fremst af því að um mitt ár 2007 yfirtók Sena rekstur Háskólabíós af Sam-félaginu. Þegar þróun markaðshlutdeildar er virt heildstætt veitir hún að mati Samkeppniseftirlitsins vísbendingar um samhæfða hegðun og þar með sameiginlega markaðsráðandi stöðu.

### 2.1.2 Verðþróun svipuð undanfarin ár

Eitt af þeim atriðum sem eru lýsandi fyrir sameiginlega markaðsráðandi stöðu er sambærileg eða svipuð verðstefna. Í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins var komist að þeirri niðurstöðu að verð og verðbreytingar kvikmyndahúsanna á bíómiðum hefðu verið svipaðar síðastliðin fimm ár sem veitti vísbendingu um sameiginlega markaðsráðandi stöðu. Samrunaaðilar fallast að nokkru leyti á þetta sjónarmið enda sé markaðurinn þess eðlis að verðlagning geti ekki verið mjög fjölbreytt. Aðilar benda þó á að eitt kvikmyndahúsa Senu, Regnboginn, selji hvern aðgöngumiða á 35% lægra verði en almennt tíðkist sem sé vísbending um verulegra verðsamkeppni. Þá er fullyrt að aldrei hafi áður verið í boði fleiri verðflokka á kvikmyndasýningar hér á landi.

Til að kanna þróun á miðaverði kvikmyndahúsanna síðastliðinna ára aflaði Samkeppniseftirlitið upplýsinga frá félögum þremur um verð og breytingar þeirra á verði á aðgöngumiðum í kvikmyndahús (bíómiðum) allt aftur til ársbyrjunar 2004. Samkvæmt þessum upplýsingum er ljóst að verð á bíómiðum ræðst af nokkrum ólíkum þáttum, s.s. aldri þess sem kaupir, tímasetningu kvikmyndasýningar og jafnvel þeirri þjónustu sem veitt er í tengslum við hana, sbr. sýningar í svokölluðum lúxussölum. Þannig getur verið um ólíka verðflokka að ræða fyrir aðgöngumiða að sömu kvikmynd. Ljóst er að sumir þessara verðflokka eru breytilegir eftir kvikmyndahúsunum. Þannig hafa á tímabilinu t.d. verið í gildi nokkrir verðflokka fyrir börn, eldri borgara og öryrkja. Þá hefur frá apríl 2008 almennt gilt lægra verð á kvikmyndasýningar í Regnboganum. Þrátt fyrir þetta telur Samkeppniseftirlitið ljóst að bæði verð og verðbreytingar hafi verið mjög áþekkar sl. fimm ár. Verð á almennum bíómiða (sem ætla verður að flestir kaupir) var 800 kr. í ársbyrjun 2004. Á þriggja mánaða tímabili (frá apríl til október 2006) hækkaði verðið í 900 kr. Það verð hélst óbreytt hjá öllum kvikmyndahúsunum þar til í apríl 2008 þegar það hækkaði í 1.000 kr.<sup>30</sup>, utan þess sem áður sagði um miðaverð í Regnboganum. Með hliðsjón af þessu er það mat Samkeppniseftirlitsins að verð og verðbreytingar kvikmyndahúsanna á bíómiðum hafi í meginatriðum verið svipaðar sl. fimm ár. Er þetta skýr vísbending um sameiginlega markaðsráðandi stöðu. Sú staðreynd að verð á bíómiðum í einu af kvikmyndahúsum Senu hafi verið lækkað fyrir tæpu ári síðan breytir ekki þessari niðurstöðu.

### 2.2 Aðstæður á markaði gera samhæfingu mögulega

Til þess að um sameiginlega markaðsráðandi stöðu geti verið að ræða þurfa að vera fyrir hendi ákveðnar aðstæður á viðkomandi markaði sem gera þegjandi

<sup>30</sup> Frávík frá þessu er reyndar verðhækkun Sam-félagsins í apríl 2007 í 950 kr.



samhæfingu viðkomandi fyrirtækja mögulega. Verður nú litið til slíka atriða. Hér skiptir fjöldi fyrirtækja á markaðnum t.d. máli og hvort helstu keppinautar séu svipaðir að gerð. Eðli þeirrar vöru eða þjónustu sem seld er á markaðnum og eðli eftirspurnar hefur einnig þýðingu. Tengsl milli keppinauta geta einnig skapað skilyrði fyrir samhæfingu. Verður nú vikið að þessu.

### 2.2.1 Eðli þjónustunnar

Eðli viðkomandi vöru eða þjónustu getur skipt máli við mat á sameiginlegri markaðsráðandi stöðu. Vörur eða þjónusta eru einsleitar/eingerða eða samkynja þegar kaupendum þykja þær ekki það ólíkar að þeir velji að jafnaði á milli þeirra á grundvelli eiginleika. Vara er hins vegar ósamkynja eða marggerðar þegar kaupendur telja vera mismun á milli vara eftir einstökum framleiðendum. Það leiðir af eðli máls að vörur eru alltaf að einhverju leyti sambærilegar á hverjum markaði fyrir sig. Dæmi um einsleitar/samkynja vörur sem keppinautar bjóða er t.d. bensín á bifreiðar sem hefur í flestum tilvikum nákvæmlega sömu eiginleika óháð framleiðanda eða hvar það er keypt. Dæmi um samkynja vörur með ólíka eiginleika eru hins vegar sjónvarpsleikjatölvur. Almennt er talið auðveldara fyrir fyrirtæki að samhæfa markaðshegðun sína þegar varan sem um ræðir er einsleit.<sup>31</sup> Hins vegar getur samhæfing átt sér stað á mörkuðum þar sem ekki er um einsleitar vörur að ræða.<sup>32</sup> Þá geta fyrirtæki sem selja ósamkynja vöru auðvelað samhæfingu með tilteknum ráðstöfunum (e. facilitating practices), t.d. með því að staðla vöruframboð sitt eins og unnt er.

Taka þarf til skoðunar hvort sú vara/þjónusta sem kvikmyndahús bjóða upp á, þ.e. bíósýningar sé einsleit vara eða þjónusta. Sena mótmælir því að kvikmyndir séu einsleit vara. Fólk fari í kvikmyndahús til að sjá tiltekna kvikmynd en ekki til þess eins að fara í kvikmyndahús. Hver kvikmynd sé þannig sérstök. Til stuðnings þessu séu mismunandi áhorfstölur einstakra kvikmynda. Þá segir að þó svokallaðar Hollywood-myndir hafi ákveðin sameiginleg einkenni fari því fjarri að þær séu einsleitar.

Ljóst er að efni bíómynda er margvíslegt og við framleiðslu og dreifingu þeirra er vitaskuld reynt að höfða til mismunandi smekks neytenda. Þannig má greina bíómyndir sem sýndar eru í kvikmyndahúsum í ólíka flokka, t.d. spennmyndir, gamanmyndir, heimildarmyndir, listrænar myndir o.fl. Auk þessa eru bíómyndir framleiddar á ólíkum tungumálum. Að þessu leyti má segja að bíómyndir hafi ólíka eiginleika. Rétt eins og samrunaaðilar benda á leiða þessir ólíku eiginleikar vitaskuld til þess að hver kvikmynd er einstök. Eiginleikarnir hafa ennfremur áhrif á vinsældir kvikmynda og jafnvel það hvort þær eru á annað borð teknar til sýninga í kvikmyndahúsum. Þrátt fyrir þetta telur Samkeppniseftirlitið ljóst að sú þjónusta sem felst í sýningu kvikmynda í kvikmyndahúsum (a.m.k. á því markaðssvæði sem um ræðir í þessu máli) sé nokkuð einsleit. Mikilvægt er að hafa í huga að það er ekki einungis efni kvikmyndarinnar sem hefur þýðingu.

<sup>31</sup> Sjá hér t.d. Van Bael & Bellis, Competition Law of the European Community, fjórða útgáfa 2005, bls. 829. Sjá einnig ákvörðun framkvæmdastjórnar EB frá 29. september 1999 í máli nr. M. 1386 Exxon/Mobil þar sem segir m.a.: „A high degree of homogeneity simplifies tacit co-ordination of pricing policies. In the absence of other characteristics that are likely to differentiate one supplier from another, competition in a homogeneous product market will therefore tend to focus on prices. ...”

<sup>32</sup> Sjá t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar EB í máli nr. IV/M.190 Nestlé/Perrier.



Einnig er nauðsynlegt að hafa einnig hliðsjón af þeirri þjónustu og yfirbragði sem sýning í kvikmyndahúsi felur í sér. Í fyrsta lagi eru flestar vinsælar kvikmyndir sýndar í mörgum kvikmyndahúsum samtímis. Það skiptir því kaupendur þjónustunnar litlu máli í hvaða kvikmyndahúsi viðkomandi mynd er sýnd heldur miklu frekar staðsetning og tími sýningar. Í öðru lagi eru langflestar bíómyndir (u.þ.b. 70% skv. upplýsingum samrunaaðila) frá tiltölulega fáum kvikmyndaframleiðendum í Bandaríkjunum, sk. Hollywood-myndir, sem um margt búa yfir svipuðum einkennum. Í þriðja lagi má nefna að umgjörð kvikmyndasýninga er í flestum tilvikum mjög lík ef ekki eins, s.s. hvað varðar hljóð- og myndgæði o.þ.h. Einnig er sú viðbótarþjónusta (sala og úrval veitinga) sem öll kvikmyndahús veita mjög áþekkt. Þá skiptir og talsverðu máli að verð á kvikmyndasýningum á markaði þessa máls er mjög áþekkt.

Styðja þessi atriði að um sameiginlega markaðsráðandi stöðu sé að ræða.

### 2.2.2 Mikil samþjöppun og áþekkir keppinautar

Þegar líkur á sameiginlegri markaðshegðun eru metnar er einnig mikilvægt að líta til samþjöppunar á þeim markaði sem um ræðir. Eftir því sem hún er meiri því líklegra er að um sameiginlega markaðsráðandi stöðu sé að ræða, að öðrum skilyrðum uppfylltum.<sup>33</sup> Líta ber til þess að fræðimenn hafa haldið því fram að ef um er að ræða fákeppnismarkað þar sem viðkomandi fyrirtæki hafa áþekka markaðshlutdeild (e. symmetric oligopoly) geti það verið sterk sönnun fyrir sameiginlegri markaðsráðandi stöðu.<sup>34</sup> Sömu sjónarmið hafa komið fram í EB-samkeppnisrétti.<sup>35</sup> Framkvæmdastjórn EB hefur þó hins vegar ekki talið að áþekkt markaðshlutdeild sé skilyrðislaus forsenda þess að samhæfing teljist vera til staðar á milli fyrirtækja á markaði.<sup>36</sup>

Hér að framan var fjallað um markaðshlutdeild kvikmyndahúsanna. Auk markaðshlutdeildar samrunafyrirtækja og keppinauta þeirra líta samkeppnisyfirvöld til samþjöppunar á markaðnum í heild sinni. Eins og áfrýjunarnefnd samkeppnismála hefur bent á má almennt „*ganga út frá því að neikvæð áhrif samruna komi því frekar fram því meiri sem samþjöppunin er á tilteknum markaði*“, sbr. úrskurð í máli nr. 6/2006 DAC ehf. og Lyfjaver ehf. og Lyf og heilsa hf. gegn Samkeppniseftirlitinu. Til þess að meta samþjöppun á einstökum mörkuðum og hættu á samkeppnishömlum vegna m.a. samruna er hér á landi aðallega stuðst við mælikvarða sem nefnist Herfindahl-Hirschman Index

<sup>33</sup> Sjá t.d. leiðbeiningarreglur framkvæmastjórnar EB um lárétta samruna (Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentration between undertakings. (2004/C 31/03)): „*A merger in a concentrated market may significantly impede effective competition, through the creation or the strengthening of a collective dominant position, because it increases the likelihood that firms are able to coordinate their behaviour in this way and raise prices ...*”

<sup>34</sup> Sjá Ritter & Braun, European Competition Law, þriðja útgáfa 2004 bls. 599: „An oligopoly comprising firms each holding approximately the same market share (symmetric oligopoly) may be strong evidence of the existence of a collective dominant position.”

<sup>35</sup> Sjá í þessu sambandi dóm undirréttar EB í máli Gencor gegn framkvæmdastjórninni og ákvörðun framkvæmdastjórnar EB frá 1. júlí 2002 í máli nr. M.2810 DELOITTE & TOUCHE /ANDERSEN (UK) þar sem segir: „*In principle symmetry in market shares could be one of the elements considered to make a market structure conducive to sustainable tacit collusion.*” Sjá einnig ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar í málum nr. M.1741 MCI WorldCom/Sprint og nr. M.315 Mannesmann/Vallourec/Ilva.

<sup>36</sup> Sjá mál Exxon/Mobile nr. M.1383.



(HHI), sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar í máli nr. 6/2006. 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. HHI stuðullinn er reiknaður með því að leggja saman ferningstölur markaðshlutdeildar (þ.e. markaðshlutdeild í öðru veldi), þeirra fyrirtækja sem eru á þeim markaði sem við á. 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 gildið 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.

Í viðmiðunarreglum framkvæmdastjórnar EB um lárétta samruna eru áhrif slíkra samruna meðal annars metin með HHI stuðlinum.<sup>37</sup> Samkvæmt viðmiðunarreglunum er það talið ólíklegt að samruni hafi í för með sér samkeppnishömlur þegar gildið er 1.000. Sama á við sé gildið á milli 1.000 og 2.000 og áhrif samrunans undir 250 stigum eða gildið yfir 2.000 og áhrif samrunans undir 150 stigum. Þetta á þó ekki við þegar um er að ræða:

- Samruna við fyrirtæki sem er mögulegur eða nýr keppinautur á markaði.
- Samruna við fyrirtæki sem hefur verið í fararbroddi með nýjungar á markaði enda þótt það hafi ekki haft í för með sér aukna markaðshlutdeild.
- Verulegt kross-eignarhald markaðsaðila.
- Samruna við fyrirtæki sem er mjög líklegt til að raska samræmdum aðgerðum á markaði (*e. maverick firm with a high likelihood of disrupting coordinated conduct*).
- Vísbendingar um að samræmdar aðgerðir hafi átt eða eigi sér stað.
- Samruna við fyrirtæki sem hefur a.m.k. 50% markaðshlutdeild.

Hvað samþjöppun á mörkuðum varðar almennt er hins vegar litið 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 því sem samþjöppunin er meiri er almennt talin meiri hætta á samkeppnishömlum.

Eins og fram kemur í töflu 1 var hlutdeild Senu [45-50]% miðað við tekjur árið 2008. Hlutdeild Samfélagsins var [35-40]% og Myndforms [10-15]%. HHI stuðullinn er því eftirfarandi fyrir umrætt ár:

$$([45-50])^2 + ([35-40])^2 + ([10-15])^2 = 4.026$$

Ljóst er að gildi HHI-stuðulsins á þeim markaði sem skilgreindur hefur verið í máli þessu er mun hærra en það viðmið sem samkvæmt framansögðu veitir vísbendingu um mikla samþjöppun, þ.e. 1.800 stig. Reyndar er gildið meira en tvöfalt hærra sem verður að túlka sem mjög mikla samþjöppun. Sama á því við

<sup>37</sup> Sjá Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings (2004/C 31/03). Official Journal C 31, 05.02.2004.





um HHI stuðulinn en gildi hans hefur verið í kringum fjögur þús. stig sl. ár.<sup>38</sup> Eins og fram kom í umfjöllun um markaðshlutdeild hefur hlutdeildin verið áþekk sl. fimm ár en eins og fyrr segir gerir slíkur stöðugleiki á markaði samhæfða hegðun auðveldari. Af þessum niðurstöðum má að mati Samkeppniseftirlitsins draga þá ályktun að markaður fyrir sýningar á kvikmyndum í kvikmyndahúsum sé og hafi a.m.k. um nokkurt árabíl verið fákeppnismarkaður og til þess fallinn að á honum geti ríkt samhæfð stefna Senu, Sam-félagsins og Myndforms vegna þegjandi samhæfingar félaganna.<sup>39</sup>

Samruninn felur það hins vegar í sér að Myndform mun öðlast sameiginleg yfirráð yfir Þrjúbíói ásamt Senu. Þer því að leggja hlutdeild Háskólabíós einnig við hlutdeild Myndforms.<sup>40</sup> Hlutdeild Háskólabíós árið 2007 miðað við tekjur var [10-15]. Gildi HHI stuðulsins eftir samrunann er því eftirfarandi:

$$([45-50])^2 + ([35-40])^2 + ([25-30])^2 = 4.562$$

Ljóst er að HHI-stuðullinn hefur hækkað úr um 4.026 stigum í um 4.562 stig eða um 536 stig. Einnig er ljóst af þessu að stuðullinn er orðinn mun hærri en sú viðmiðun sem notuð er til að meta hvort samþjöppun á markaði sé orðin það mikil að hún hafi skaðleg áhrif á samkeppni.<sup>41</sup>

Myndform heldur því fram að útreikningar á grundvelli HHI stuðulsins geti ekki átt við í þessu máli. Segir að útreikningarnir feli það í sér að markaðshlutdeild Myndforms og Senu sé lögð saman eins og félögin væru með sameiginlega stjórnun á allri sinni kvikmyndadreifingu. Því endurspegli útreikningarnir ekki rétta samþjöppun af sameiginlegu eignarhaldi félaganna á Þrjúbíói. Þetta er ekki rétt. Í framangreindum útreikningum er ekki lögð saman markaðshlutdeild Myndforms og Senu. Hins vegar er hlutdeild Þrjúbíós bætt við hlutdeild Myndforms og Senu enda Þrjúbíó undir sameiginlegum yfirráðum beggja þessara félaga.

<sup>38</sup> Miðað við upplýsingar í töflu 1 var hann 4.236 árið 2004, 4.247 árið 2005, 3.997 árið 2006 og 4.022 árið 2007.

<sup>39</sup> Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 50/2008 *Samruni Kaupþings banka hf. og Sparisjóðs Reykjavíkur og nágrennis hf.* var komist að þeirri niðurstöðu að gömlu viðskiptabankarnir þrír væru í sameiginlega markaðsráðandi stöðu en sameiginleg hlutdeild þeirra var u.þ.b. 75%. Þar sagði m.a. eftirfarandi um þýðingu hárrar sameiginlegrar markaðshlutdeildar: „Á þeim mörkuðum sem hér um ræðir eru þrjú fyrirtæki með afar háa samanlagða markaðshlutdeild. Telur Samkeppniseftirlitið, miðað við það sem að framan er rakið, að jarðvegurinn fyrir þegjandi samhæfingu sé nægilega góður til þess að þrjú fyrirtæki geti stillt saman strengi sína.“

<sup>40</sup> Sjá Alistair Lindsay, *The EC Merger Regulation: Substantives Issues*, önnur útgáfa, bls. 210: „If X acquires joint control over Y, then all of Y's share is attributed to X for the purposes of examining the effects of the joint venture.“

<sup>41</sup> Í bandarísku samrunamáli lá fyrir að HHI myndi hækka úr 1648 til 3079 og var talið að það gæfi til kynna samkeppnishömlur: „If both of the mergers were consummated, the level of concentration in the market would almost double, from an HHI of approximately 1648 to 3079. Not only would this be a significant increase in the HHI, but it would also raise the HHI to a level far beyond that of a highly concentrated market. Given the projected increases in the HHI, the Court must presume that the proposed mergers pose a risk to competition.“ Sjá *United States of America v Interstate Bakeries Corporation and Continental Baking Company*, mál nr. 95C 4194 við US District Court Northern District of Illinois.



### 2.2.3 Kostnaðaruppbygging er áþekk

Þegar keppinautar á markaði eru samskonar eða hafa „samhverfa“ hagsmuni, eiga þeir auðveldara en ella með að samhæfa hegðun sína á markaði.<sup>42</sup>

Samkeppniseftirlitið vísar til þess að meiri líkur eru taldar vera á samhæfðri hegðun á markaði þegar keppinautar búa við áþekka kostnaðaruppbyggingu.<sup>43</sup> Telur Samkeppniseftirlitið rétt að taka hér fram að nægilegt er í þessu sambandi að kostnaðaruppbygging keppinauta sé áþekk en ekki er gerð krafa um að hún sé alveg eins. Hefur kostnaðaruppbygging keppinauta á markaði verið talin mikilsvert atriði við mat á sameiginlegum hagsmunum þar sem áþekk kostnaðaruppbygging keppinauta leiðir til þess að fyrirtækin hafa áþekkar forsendur fyrir verðlagningu og ákvörðunum um framleiðslumagn, en hvort tveggja stuðlar að niðurstöðu þegjandi samkomulags um samhæfða hegðun á markaði.<sup>44</sup> Verður hér að hafa í huga að áþekk kostnaðaruppbygging leiðir til þess að viðkomandi fyrirtæki hafa í raun mikilvægar upplýsingar um keppinauta sína vegna þekkingar þeirra á eigin rekstri.<sup>45</sup> Keppinautar á markaði geta því auðveldlega áttað sig á rekstrarlegum forsendum verðlagningar hvers annars með upplýsingum opinberra aðila og upplýsingum um verðlagningu keppinauta sinna. Af sömu ástæðu hafa fyrirtækin áþekka getu til að lækka verð í samkeppni um viðskiptavinum. Þannig stendur hvert fyrirtæki fyrir sig frammi fyrir því að keppinautur þess á markaðinum getur auðveldlega leikið eftir ákvarðanir um verðlækkanir. Þá hefur verið vísað til þess að eftirlit með því að aðilar séu að fylgja þeirri markaðshegðun sem samhæfð er verði auðveldara, vegna þess að fyrirtæki sem stendur frammi fyrir minni arðsemi verður að taka afstöðu til þess hvort sú lækking stafar af einhverju sem það hefur ekki stjórn á, t.d. mistökum af hálfu keppinauta, eða af fráviki frá samhæfingunni. Þetta mat er auðveldara þegar kostnaðaruppbygging er áþekk þar sem öll fyrirtækin ættu að öðru jöfnu að starfa á sama hátt.<sup>46</sup>

Samkeppniseftirlitið óskaði í þessu máli eftir upplýsingum um rekstraruppgjör kvikmyndahúsanna fyrir árin 2007 og 2008. Var óskað eftir því að uppgjörin innihéldu upplýsingar um heildartekjur, þ.e. tekjur vegna sölu á bíómiðum fyrir hvort umræddra ára, auk greiningar á helstu kostnaðarliðum árána, s.s. launakostnaði, greiðslum til kvikmyndavera, húsnæði o.þ.h. Umbeðnar upplýsingar bárust frá kvikmyndahúsunum og koma þær fram í töflu 3. Framsetningin er þannig að heildartekjum hvers fyrirtækis er gefið gildið 100 og öðrum rekstrarliðum þess gefið gildi sem nemur hlutfalli af heildartekjum.<sup>47</sup> Að mati Samkeppniseftirlitsins gefur þessi framsetning glögga mynd af samanburði á kostnaðaruppbyggingu fyrirtækjanna þriggja. Í vissum tilfellum hafa ársreikningar ekki verið endurskoðaðir fyrir árið 2008 og voru þar af leiðandi gerðir fyrirvarar af

<sup>42</sup> Sjá t.d. leiðbeiningarreglur framkvæmastjórnar EB um lárétta samruna (Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentration between undertakings. (2004/C 31/03)).

<sup>43</sup> Sjá t.d. Navarro, Font, Folguera og Briones, Merger Control in the EU, önnur útgáfa 2005, bls. 237-238.

<sup>44</sup> Sjá hér t.d. Kühn K., Closing Pandora's box? Joint dominance after the Airtours judgement, The pros and Cons of Merger Control, útgefið af sænska samkeppniseftirlitinu 2002.

<sup>45</sup> Alastair Lindsay, bls. 334.

<sup>46</sup> Alastair Lindsay, bls. 334.

<sup>47</sup> Sem dæmi ef heildartekjur eru 200 milljónir kr. (gefið gildið 100) og launakostnaður 40 milljónir kr. fær sá kostnaðarliður gildið 20.



hálfu viðkomandi aðila um tölur vegna ársins 2008. Af þeim sökum er í töflunni aðeins byggt á tölum úr ársreikningum félaganna frá árinu 2007.

**Tafla 3. Samanburður á kostnaðaruppbyggingu kvikmyndahúsanna árið 2007.**

<b>2007</b>	<b>Myndform</b>	<b>Sam-félagið</b>	<b>Sena</b>
<b>Tekjuliðir</b>	<b>Gildi</b>	<b>Gildi</b>	<b>Gildi</b>
Aðgöngumiðar	[50-55]	[55-60]	[55-60]
Aðrar tekjur	[45-50]	[40-45]	[40-45]
<b>Heildartekjur</b>	100	100	100
<b>Kostnaðarliðir</b>			
Sýningarréttur	[30-35]	[35-40]	[30-35]
Vörukaup	[10-15]	[10-15]	[10-15]
Laun og launat. gjöld	[20-25]	[20-25]	[20-25]
Húsnæði	[15-20]	[15-20]	[15-20]
Annar rekstrarkostnaður	[5-10]	[5-10]	[0-5]
<b>Samtals rekstrarkostnaður</b>	[85-90]	[95-100]	[80-85]

Samkeppniseftirlitið áréttar það sem kemur fram hér að ofan um að ekki er gerð krafa um að kostnaðaruppbygging sé alveg eins heldur einungis að hún sé áþekk. Ljóst er að kostnaðaruppbyggingin er áþekk hjá öllum félögunum. Það sem helst er frábrugðið er að hlutfall bíomiðasölu af heildartekjum hjá Myndformi (Laugarásbíói) er heldur lægra en hjá hinum félögunum sem bendir til þess að hlutfall vörusölu sé heldur hærra í því bíói en öðrum bíóum á höfuðborgarsvæðinu. Þá er ljóst að hlutfall kostnaðar vegna sýningarréttar og/eða dreifingarréttar af heildartekjum er heldur hærra hjá Sambíóunum en hinum tveimur sem hugsanlega skýrist að einhverju leyti af því að hlutfall tekna vegna aðgöngumiða er heldur hærra hjá því félagi. Hvað varðar aðra kostnaðarliði, þ.e. laun, húsnæði og annan kostnað er hlutfallið af heildartekjum svipað hjá öllum félögunum.

Samkeppniseftirlitið vísar einnig til þess að þegar kostnaðaruppbygging er metin hefur jafnframt verið litið til þess hvort viðskiptamannahópur viðkomandi fyrirtækja sé sambærilegur sem og hvort þjónusta og vörur þeirra séu áþekkar bæði hvað varðar úrval og gæði.<sup>48</sup> Telur Samkeppniseftirlitið þjónustu og vörur keppnauta á markaðnum fyrir sýningar kvikmynda í kvikmyndahúsum sambærilegar, sbr. umfjöllun um einsleitni vara og þjónustu hér að framan.

Af framansögðu leiðir að kostnaðaruppbygging kvikmyndahúsanna veitir vísbendingu um að hún *skapi ekki hvata til þess að víkja frá samhæfingu á skilgreindum markaði* og styður þá niðurstöðu að um sameiginlega markaðsráðandi stöðu sé að ræða.

<sup>48</sup> Sjá hér t.d. ákvarðanir framkvæmdastjórnar EB í máli nr. M.1741 MCI WorldCom/Sprint og mál nr. M.2268 PERNOD RICARD /DIAGEO / SEAGRAM SPIRITS.



#### 2.2.4 Umtalsverðar nýjungar hafa ekki komið fram á markaðnum

Samkeppniseftirlitið bendir á að almennt er talið að þögnul samhæfing eigi sér síður stað á mörkuðum sem einkennast af talsverðum (e. substantial) nýjungum, svo sem hvað varðar vörur og þjónustu. Stafar þetta af því að við þessar aðstæður eru færri þættir sem hvetja keppinauta, til langs tíma, til að fylgja hinu þögla samkomulagi. Ástæðan fyrir því er sú að nýjungar á markaði hafa m.a. tvennt í för með sér. Annars vegar fela þær í sér ný tækifæri til sóknar á markaði fyrir aðila og hins vegar gera þær það að verkum að grundvöllur fyrir þegjandi samhæfingu á markaði minnkar vegna þess m.a. að eftirlit með hegðun annarra aðila á markaði verður erfiðara. Gagnstætt þessu er meiri hætta á því að á þroskuðum mörkuðum, sem ólíklegt er að muni þróast umtalsvert, eigi sér stað samhæfðar aðgerðir.<sup>49</sup>

Framkvæmdastjórn EB hefur vísað til þess að á markaði þar sem lítið er um nýjungar hafi keppinautar helst möguleika til að stunda samkeppni á grundvelli verðs.<sup>50</sup> Þrátt fyrir þetta ber að nefna að ekki er útilokað að þegjandi samhæfing geti átt sér stað á mörkuðum sem einkennast af talsverðum nýjungum, en í því sambandi gæti til að mynda skipt máli hvort að viðkomandi fyrirtæki hefðu haft stöðuga markaðshlutdeild um tíma.<sup>51</sup> Telur Samkeppniseftirlitið hér rétt að vísa til þess sem áður segir um markaðshlutdeild hinna þriggja rekstraraðila kvikmyndahúsa en hún hefur að meginstefnu til verið áþekkt undanfarin ár.

Til að kanna þetta atriði óskaði Samkeppniseftirlitið eftir upplýsingum frá kvikmyndahúsunum um allar þær breytingar sem orðið hefðu í starfsemi þeirra sem flokka mætti sem umtalsverðar nýjungar í kvikmyndahúsarekstri sl. fimm til tíu ár. Samkvæmt upplýsingum sem bárust frá félögunum er ljóst að þær breytingar sem orðið hafa á liðnum árum lúta aðallega að því að auka gæði og bæta þjónustu við bíógesti. Þannig hafa bíósalir verið endurnýjaðir, s.s. sett ný sæti, sýningartjöld o.þ.h. Þá hefur nýlega rutt sér til rúms ný tækni við bíósýningar, þ.e. teknar hafa verið í notkun stafrænar sýningarvélur (e. digital). Í tengslum við nýjungar ber ennfremur að nefna hina svokölluðu lúxussali sem eru í tveimur kvikmyndahúsum, þ.e. Sambíóunum í Álfabakka og kvikmyndahúsi Senu í Smáralind, Smárabíói. Þar er boðið upp á meiri þægindi en bíógestir eiga almennt að venjast auk þess sem í boði eru drykkjarföng og sælgæti inni í söluum.

<sup>49</sup> Sjá hér t.d. niðurstöðu undirréttar EB í máli nr. T-342/99 *Airtours v Commission*: „... economic theory regards volatility of demand as something which renders the creation of a collective dominant position more difficult. Conversely, stable demand, thus displaying low volatility, is a relevant factor indicative of the existence of a collective dominant position, in so far as it makes deviations from the common policy (that is, cheating) more easily detectable, by enabling them to be distinguished from capacity adjustments intended to respond to expansion or contraction in a volatile market.”

<sup>50</sup> Framkvæmdastjórn EB orðaði þetta með eftirfarandi hætti í máli *Exxon/Mobile* frá 29. september 1999 nr. M.1383: „The lack of technological innovation is another feature typical of a market conducive to oligopoly and is directly linked to the homogeneity issue. Without innovation, competitors have no other choice than competing on price. Also, low technological innovation ensures that the nature of competition (and the homogeneity of products) will not substantially change in the near future. ...”

<sup>51</sup> Framkvæmdastjórn EB hefur bent á eftirfarandi: „It cannot be excluded that oligopolistic dominance can be found in markets with high rates of product and/or process innovation. An indication could be stable market shares in markets with high rates of innovation. However, industries with high rates of process and/or product innovation are normally assumed unlikely to be conducive to oligopolistic dominance.” Commission paper tabled at OECD: „Oligopoly: Best Practice Roundtable.” [1999].



Sena leggur á það áherslu í máli sínu að kvikmyndahús á Íslandi hafi verið í fararbroddi með þær nýjungar sem lúti að notkun stafrænna sýningarvéla. Þær séu byltingarkenndar þar sem þær feli það í sér að filma sem notuð hafi verið til kvikmyndasýninga í meira en 100 ár hafi verið aflögð. Þá feli breytingar á kvikmyndasölum það í sér að sæti séu nú færri á hvern fermetra, tjöld hafi verið stækkuð og meiri halli gerður í salina. Samkeppniseftirlitið telur að þrátt fyrir þessar nýjungar verði vart litið svo á að markaður fyrir sýningar kvikmynda í kvikmyndahúsum einkennist af miklum byltingarkenndum nýjungum heldur sé frekar um að ræða hefðbundna þróun sl. ára og áratuga að ræða. Fyrir utan umrædda lúxussali í tveimur kvikmyndahúsum er vart um umtalsverðar nýjungar að ræða heldur frekar endurnýjun sem nærtækt er að fella undir almennt viðhald auk breytinga sem leiða af nýrri tölvutækni. Það er því mat Samkeppniseftirlitsins að markaður fyrir sýningar kvikmynda í kvikmyndahúsum einkennist ekki af nýjungum sem eru þess eðlis að þær geti torvelað samhæfingu á markaðnum. Rennir þetta stöðum undir það mat eftirlitsins að hinir þrír rekstraraðilar kvikmyndahúsa séu í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu.

### 2.3 Líklegt er að samhæfing geti átt sér stað þegar til lengri tíma er litið

Almennt séð er ekki nægilegt að sýna fram á að samhæfing sé möguleg heldur verður einnig að líta til þess hvort hún geti varað lengi á markaðnum. Líkt og að framan greinir taldi undirréttur EB í Airtours málinu að þrjú skilyrði yrðu að vera fyrir hendi til þess samhæfing gæti ríkt til lengri tíma litið, þ.e. gagnsæi á markaði, hvati til samhæfingar og takmarkaðar líkur á að keppinautar eða neytendur gætu ógnað samhæfingunni. Verður nú horft til þessara atriða.

#### 2.3.1 Markaðurinn er gagnsær

Til þess að fyrirtæki geti samhæft markaðshægðun sína verður markaðurinn sem um ræðir að vera nægilega gagnsær. Fyrirtæki sem eru í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu verða með öðrum orðum að geta áttað sig á þeim viðmiðum sem eru lögð til grundvallar án þess að eiga þó í beinum samskiptum.<sup>52</sup> Ekki er gerð krafa um að markaðurinn sé gagnsær að öllu leyti, en gagnsæi varðandi verð og framboð er mikilvæg vísbending um gagnsæi á markaði.<sup>53</sup> Eins og undirréttur EB benti á í Airtours málinu verða fyrirtækin sem um ræðir að geta fylgst með því hvort önnur fyrirtæki bregði út frá hinni samhæfðu hegðun.<sup>54</sup> Við mat á því hvort gagnsæi sé til staðar er horft til þess hvort viðkomandi fyrirtæki eigi auðvelt með að fylgjast með aðstæðum á markaðnum, en ekki t.d. til þess

<sup>52</sup> Sjá t.d. niðurstöðu framkvæmdastjórnar EB frá 29. september 1999 í máli nr. M.1386 Exxon/Mobil þar sem segir um þetta: „Market transparency is ... one of the basic conditions characterising markets conducive to oligopoly. Such a transparency allows the players on the market to converge towards a given price with no need of explicit coordination. Accordingly, price transparency can be expected to lead to price parallelism between the undertakings present on the market.“ Sjá einnig Faull & Nikpay, The EC Law of Competition, önnur útgáfa 2007 bls. 486: „The degree of market transparency is likely to be critical in assessing the ability of the market participants to reach a mutual understanding on the terms of coordination and to monitor adherence to those terms.“

<sup>53</sup> Sjá hér t.d. Alastair Lindsay, The EC Merger Regulation. Substantive Issues. Bls. 322.

<sup>54</sup> Um þetta segir í dóminum: „...each member of the dominant oligopoly must have the ability to know how the other members are behaving in order to monitor whether or not they are adopting the common policy. As the Commission specifically acknowledges, it is not enough for each member of the dominant oligopoly to be aware that interdependent market conduct is profitable for all of them but each member must also have a means of knowing whether the other operators are adopting the same strategy and whether they are maintaining it. There must, therefore, be sufficient market transparency for all members of the dominant oligopoly to be aware, sufficiently precisely and quickly, of the way in which the other members' market conduct is evolving“.



hvort aðstæður séu ljósar öðrum, s.s. neytendum. Vísast um þetta til t.d. úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 6/2006 *DAC ehf. og Lyfjaver ehf. og Lyf og heilsa ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

Segja má að gagnsæið þurfi að vera af því tagi að það ýti undir eða að minnsta kosti komi ekki í veg fyrir samhæfða hegðun keppinauta. Ef heildarstærð markaðarins er ljós og stöðug ásamt því sem verð og skilmálar allra eru öllum kunnir eru minni líkur en ella á að aðilar keppi. Helgast það af því að öflug samkeppni yrði fyrst og fremst til þess að fyrirtækin myndu ná viðskiptavinum hvert af öðru. Þegar öll aukning í viðskiptum kemur frá öðrum keppinauti á markaði þar sem fáir eru fyrir er líklegast að viðkomandi svari með því að reyna að ná viðskiptavinunum til baka. Til langs tíma skilar harðvítug samkeppni keppinautum á slíkum markaði litlum ábata. Því eru líkur á því að hver fyrir sig ákveði að halda að sér höndum og leyfi hinum keppinautum að eiga fyrsta skrefið í slíkum leik. Reyni enginn að stækka viðskiptavinahóp sinn er hætt við því að smám saman myndist sameiginlegur skilningur allra um að heppilegast muni vera að hafa verð frekar hátt og samkeppni fremur hóflega. Sameiginlegur skilningur eins og honum er lýst hér krefst þess að aðilar geti fylgst hver með öðrum. Verður nú vikið nánar að gagnsæi þess markaðar sem til skoðunar er í þessu máli, þ.e. sýningu á kvikmyndum í kvikmyndahúsum á höfuðborgarsvæðinu.

Sú þjónusta sem felst í að bjóða upp á sýningar í kvikmyndahúsum er á neytendamarkaði. Eðli málsins samkvæmt er gagnsæi slíkrar þjónustu mikið enda ber þeim sem selja vöru og þjónustu til neytenda skylda til að verðmerkja hana með áberandi hætti, sbr. 4. og 5. gr. reglna nr. 725/2008 um verðmerkingar og aðrar verðupplýsingar. Þess má geta að skv. 4. mgr. 5. gr. reglnanna er sérstaklega fjallað um verðmerkingar kvikmyndahúsa en þar segir að kvikmyndahúsin skuli taka það sérstaklega fram þegar kvikmynd sé auglýst ef verð á aðgöngumiða þeirrar kvikmyndar sé hærra en almennt verð aðgöngumiða kvikmyndahússins.<sup>55</sup> Við þetta má bæta að kvikmyndahúsin auglýsa þær sýningar sem eru á döfinni bæði í dagblöðum og á Internetinu, hvort sem er á heimasíðu hvers rekstraraðila (kvikmyndahúss) fyrir sig eða á síðum þar sem sýningar allra kvikmyndahúsa eru auglýstar sameiginlega, s.s. á vefsíðunum [www.midi.is](http://www.midi.is) og [www.bio.is](http://www.bio.is) þar sem unnt er að kaupa með rafrænum hætti miða á sýningar allra kvikmyndahúsanna. Þá eru á vefsíðunni [www.kvikmyndir.is](http://www.kvikmyndir.is) einnig upplýsingar um sýningar allra kvikmyndanna. Þess misskilnings gætir í athugasemdum Senu að því hafi verið haldið fram í andmælaskjali að kvikmyndahúsin auglýstu „sameiginlega sýningartíma“. Segir að midi.is og bio.is sé sjálfstæður miðasöluvefur sem geri samninga við hvert og eitt kvikmyndahús. Þá sé kvikmyndir.is sjálfstæður vefur áhugamanna um kvikmyndasýningar og hafi enga tengingu við kvikmyndahúsin. Samkeppniseftirlitið bendir hér á að umfjöllun um auglýsingar um sýningartíma á Internetinu bæði hér að framan og í andmælaskjali var sett fram í tengslum við umfjöllun um gagnsæi markaðarins. Framangreindar vefsíður auglýsa sýningar allra kvikmyndahúsanna sem gerir þeim auðveldara um vik að fylgjast með verðlagningu hvert hjá öðru. Hvort

<sup>55</sup> Reglur þessar voru settar af Neytendastofu þann 18. júní 2008 með heimild í 17. og 18. gr. laga nr. 57/2005 um eftirlit með viðskiptum og markaðssetningu.



vefsíðurnar séu reknar af kvikmyndahúsum eða öðrum ótengdum aðilum skiptir ekki máli í þessu samhengi.

Af þessum sökum er afar auðvelt fyrir keppinauta á markaðnum að nálgast upplýsingar um verð og fylgjast með verðbreytingum á sýningum hver hjá öðrum. Til marks um þetta gagnsæi er eins og áður hefur komið fram almennt verð á bíómiðum í öllum kvikmyndahúsum höfuðborgarsvæðisins það sama eða 1.000 kr., utan Regnbogans þar sem það er 650 kr. Verð á bíómiðum á íslenskar myndir er hins vegar 1.300 kr. Þá er ljóst að þetta almenna verð hefur um nokkurn tíma verið óbreytt hjá kvikmyndahúsum, sbr. umfjöllun hér að framan um verðþróun.

Það lýsir einnig gagnsæi markaðarins að kvikmyndahús eru fá og staðsetning þeirra öllum aðilum markaðarins kunn. Leiðir þetta til þess að keppinautar á hinum skilgreinda markaði geta með mikilli vissu ályktað hvort breytingar á sölu stafi af samkeppni frá tilteknum aðilum, en ekki t.d. því að nýr og óþekktur aðili hafi rutt sér rúms á markaðnum.

Þá ber enn fremur að hafa í huga að formbundin tengsl milli fyrirtækja sem nánar verður fjallað um hér á eftir geta jafnframt stuðlað að gagnsæi og gert fyrirtækjunum betur kleift að fylgjast með hegðun hvers annars á markaðnum.<sup>56</sup>

Með hliðsjón af því sem að framan er rakið telur Samkeppniseftirlitið að markaður fyrir sýningar kvikmynda í kvikmyndahúsum sé afar gagnsær og að því leyti til þess fallin að samhæfing gæti ríkt til lengri tíma lítið.

### 2.3.2 Á markaðnum eru hvatar fyrir samhæfða markaðsstefnu

Jarðvegur fyrir sameiginlega markaðsráðandi stöðu tveggja eða fleiri fyrirtækja felur í sér að fyrir hendi er nauðsynlegur hvati til þegjandi samhæfingar, þ.e. hvati til að stunda hina samhæfðu hegðun og víkja ekki frá henni.

Almennt má segja að mesti hvatinn til samhæfðrar markaðsstefnu sé fyrir hendi á mörkuðum sem eru þroskaðir þannig að lítið er um byltingarkenndar nýjungar, útbreiðsla vörunnar er mikil og markaðurinn er svo gott sem mettaður. Eins og áður segir hefur Samkeppniseftirlitið við athugun þessa máls aflað upplýsinga um aðsókn í kvikmyndahús sl. ár og eru þær birtar í töflu 2 í tengslum við umfjöllun um markaðshlutdeild. Ljóst er af þeim upplýsingum sem fram koma í töflunni að aðsókn í kvikmyndahús hefur ekki breyst mikið á liðnum árum. Á árunum 2004 til og með ársins 2007 var fjöldi kvikmyndahúsagesta á bilinu 1.200 til 1.300 þúsund manns ár hvert. Árið 2008 var fjöldinn örlítið meiri eða um 1.350 þúsund manns en samkvæmt upplýsingum frá aðilum markaðarins skýrist sú aukning aðallega af sýningu einnar myndar sem náði miklum vinsældum á síðari hluta þess árs. Svo virðist því sem eftirspurn eftir kvikmyndasýningum á höfuðborgarsvæðinu jafngildi því að hver íbúi fari í kvikmyndahús u.þ.b. sex sinnum á ári og að sú eftirspurn hafi verið óbreytt a.m.k. sl. fimm ár. Þá ályktun má því draga af þessum upplýsingum að markaðurinn fyrir sýningar kvikmynda í

<sup>56</sup> Sjá t.d. Bellamy & Child, European Community Law of Competition, sjötta útgáfa 2008, bls. 761.



kvikmyndahúsum á höfuðborgarsvæðinu sé mettaður markaður. Þá eiga keppinautarnir á markaðnum mjög auðvelt með að átta sig á athöfnum hvers annars, sbr. umfjöllun hér að framan um auglýsingar á kvikmyndasýningum og birtingu á verði m.a. á heimasíðum kvikmyndahúsanna og sameiginlegum vefsvæðum þeirra. Af þessu er ljóst að markaðurinn fyrir sýningar kvikmynda í kvikmyndahúsum er hvorki sveiflukennður né ört vaxandi markaður sem einkennist af umtalsverðum nýjungum. Eru þetta almennt taldar skýrar forsendur og hvatar til samhæfingar.

Eins og áður hefur verið rakið birta öll kvikmyndahúsin verðskrár sínar opinberlega, m.a. á Internetinu. Þekkir því hver aðili verð hinna keppinautanna. Þá er ekki um aðra keppinauta að ræða á markaðnum en Senu, Sam-félagið og Myndform. Er af þessu ljóst að lækki eitt kvikmyndahús á markaðnum verð sitt eða breytir með umtalsverðum hætti þjónustuframboði sínu eiga hin kvikmyndahúsin auðvelt með að veita því eftirtekt og grípa til samsvarandi aðgerða. Myndi það almennt neyða keppinautana til þess að lækka einnig verð sitt ætluðu þeir sér að halda markaðshlutdeild sinni. Slík háttsemi leiðir á endanum til þess að það dregur úr hagnaði fyrirtækjanna. Helsta dæmið um verðsamkeppni á milli kvikmyndahúsanna undanfarin misseri eru svokölluð vikutilboð sem veitt eru á tilteknum dögum, t.d. er Sam-félagið með lækkað verð á þriðjudögum en Myndform (Laugarásbío) á miðvikudögum. Að þessu undanskildu er verðsamkeppni kvikmyndahúsanna afar takmörkuð.

Í athugasemdum Senu við andmælaskjalið er því þó haldið fram að bæði Myndform og Samfélagið bjóði tilboð hvern einasta dag vikunnar sem Sena bjóði ekki. Sé það vísbending um umtalsverða verðsamkeppni. Sena hefur eftir sem áður ekki upplýst um hver þessi tilboð eru. Eins og að framan greinir var óskað eftir upplýsingum frá kvikmyndahúsunum þremur um verð og verðbreytingar á sl. fimm árum og tekur framangreind umfjöllun um verð og tilboð á aðgöngumiðum mið af þeim.

Hvati til þess að stunda samhæfða hegðun er til staðar ef fyrirtæki hagnast á hinni samhæfðu hegðun, t.d. vegna þess að hærra verð leiðir til aukins hagnaðar, en tapar ef það víkur frá henni. Þegar fyrirtæki, sem ástundar hina samhæfðu hegðun víkur frá henni, getur það búist við því að önnur fyrirtæki, sem einnig taka þátt í hinni samhæfðu hegðun muni svara í sömu mynt (e. retaliation).<sup>57</sup> Frávik frá hinni samhæfðu hegðun getur falist í lækkun verðs til þess að hagnast á aukinni sölu eða t.d. í því að opna sölustað í nágrenni hins aðilans og lokka til sín viðskiptavinum hans. Sú refsing sem við blasir af hálfu keppinauta er að þeir muni einnig lækka verð eða einnig opna sölustað til að keppa um viðskiptavinum.

<sup>57</sup> Í niðurstöðu undirréttar EB nr. T-342/99 Airtours gegn framkvæmdastjórninni: „the situation of tacit coordination must be sustainable over time, that is to say, there must be an incentive not to depart from the common policy on the market. ... it is only if all the members of the dominant oligopoly maintain the parallel conduct that all can benefit. The notion of retaliation in respect of conduct deviating from the common policy is thus inherent in this condition. In this instance, the parties concur that, for a situation of collective dominance to be viable, there must be adequate deterrents to ensure that there is a long-term incentive in not departing from the common policy, which means that each member of the dominant oligopoly must be aware that highly competitive action on its part designed to increase its market share would provoke identical action by the others, so that it would derive no benefit from its initiative ...” Samskonar sjónarmið komu einnig fram í niðurstöðu undirréttar í máli Gencor gegn framkvæmdastjórninni.





Hvati til samhæðrar hegðunar á markaði liggur í því að aðilar á markaði geti búist við slíkum refsingum ef þeir víkja frá samhæðri hegðun og að rekstrarleg afkoma þeirra sé betri með því að ástunda hina samhæfðu hegðun. Hafi fyrirtækin hins vegar ekki betri afkomu af því að ástunda hina samhæfðu hegðun, hafa þau ekki hvata til samhæðrar hegðunar. Þá liggja hagsmunir þeirra fremur í því að víkja frá hinni samhæfðu hegðun, t.d. með lágu vöruverði og viðleitni til að auka við markaðshlutdeild sína.<sup>58</sup>

Frá hagfræðilegu sjónarhorni eru meiri líkur á samhæðri hegðun ef heildareftirspurn breytist lítið þó að verð breytist og ef vörur eru einsleitar svo sem að framan er rakið. Helgast þetta af því að ef markaður stækkar ekki mikið (eða ekkert) við verðbreytingar eða mikla samkeppni bítast keppinautar alltaf um sama viðskiptamannahópinn. Lækkun verðs hjá einum kann tímabundið að færa viðskiptavinum keppinautanna til hans en um leið og þeir átta sig á því hvað er að gerast lækka þeir verðið líka. Frá sjónarhóli hvers keppinautar fyrir sig verður því skynsamlegast að halda að sér höndum og forðast það að keppa um viðskiptavinum. Á þetta sérstaklega við þegar auðvelt er að átta sig á því hvað keppinautarnir eru að gera. Að mati Samkeppniseftirlitsins eru þessi atriði sérstaklega einkennandi fyrir þennan markað. Ítrekað hefur verið fjallað hér að framan um gagnsæi markaðarins. Við þær aðstæður er auðvelt fyrir keppinauta að rekja spor hvers annars þegar kostnaðaruppbygging er svipuð.

Hér ber einnig að nefna að svokallað endurtekið samspil (e. interaction)<sup>59</sup> keppinauta auðveldar þeim að samræma hegðun sína<sup>60</sup> og hvetur þá til að stunda þegjandi samhæfingu. Án endurtekings samspils væri enginn hvati til samhæfingar vegna þess að aðgerðir, t.d. söluherferðir, afslættir eða því um líkt, hefðu ekki merkjanleg áhrif á aðra aðila á markaði. Fyrirtæki hefðu þannig hag af því að hverfa frá samhæfingunni.<sup>61</sup>

Endurtekið samspil felst í því að fyrirtækið finnur fyrir því með skýrum hætti þegar hinn aðilinn breytir hegðun sinni. Þetta má útskýra með hliðsjón af aðstæðum á markaði fyrir sýningar kvikmynda í kvikmyndahúsum. Líkt og að framan greinir auglýsa kvikmyndahúsin sýningar sínar í dagblöðum og á Internetinu, og er því afar auðvelt fyrir keppinauta á markaðnum að nálgast upplýsingar um verð á sýningum hver hjá öðrum. Hér að framan hefur verið fjallað um verðþróun á bíómiðum sl. fimm ár. Ljóst er að nánast allar verðbreytingar á bíómiðum á þessu tímabili hafa orðið á svipuðum tíma. Á því

<sup>58</sup> Sjá hér t.d. Alastair Lindsay, bls. 311–312.

<sup>59</sup> Með hugtakinu samspil er átt við að keppinautar á markaði finni fyrir aðgerðum annars keppinautar eða annarra aðila á markaði, til dæmis vegna þess að sala hans minnkar skyndilega vegna aðgerða þeirra. Þegar fjallað er um núning eða víxlverkan á markaði, liggja því undir hugtök á borð við gagnsæi markaðarins, verðteygni eftirspurnar, stöðugleiki eftirspurnar og fleira, því að við aðstæður, þar sem eftirspurn er mjög breytileg, svo dæmi sé tekið, verður erfiðara fyrir aðila á markaði að átta sig á því, þegar sala hans minnkar skyndilega, hvort eftirspurn á markaðinum í heild hafi minnkað eða hvort annar aðili á markaðinum hafi skyndilega lækkað verð og náð til sín sölnunni.

<sup>60</sup> Í þessu sambandi hefur verið bent á að „[b]y setting choice variables such as price, quantity or advertising levels in subsequent periods, firms can find out what triggers an aggressive reaction by rivals and what is met with cooperation. Using this trial-and-error method, firms can arrive at a collusive equilibrium without any communication.“ Sjá Europe Economics, „Study on Assessment Criteria for Distinguishing between Competitive and Dominant Oligopolies in Merger Control.“ Final Report for the European Commission, May 2001, bls. 22.

<sup>61</sup> Alastair Lindsay, The EC Merger Regulation: Substantive Issues, bls. 332.



tímabili sem aflað var upplýsinga fyrir má segja að flestar þessara verðbreytinga hafi orðið á tveimur tímabilum, þ.e. á þriggja mánaða tímabili frá apríl til október 2006 annars vegar og í apríl 2008 hins vegar. Annað dæmi um endurtekið samspil er þegar Sambíóin opnuðu nýjan lúxus bíósal í einu af kvikmyndahúsum sínum árið 2001 og Sena (þá Skífan) fylgdi eftir með opnun á eins lúxus bíósal nokkru síðar í einu af sínum kvikmyndahúsum. Sena bendir reyndar á að það félag hafi strax við hönnun Smárabíós (2-3 árum fyrir opnun) gert ráð fyrir lúxus bíósal. Þetta sjónarmið ber að skilja sem svo að Sena hafi í þessu tilviki ekki verið að bregðast við hegðun Sambíóanna heldur hafi þessi nýjung verið tekin upp að frumkvæði Senu. Samkeppniseftirlitið bendi hér á að við endurtekið samspil skiptir ekki höfuðmáli hver á frumkvæði í slíkri hegðun. Ljóst er að í þessu tilviki voru kvikmyndahúsin að bregðast við hegðun hvors annars og skiptir þá ekki öllu máli hvort þeirra átti frumkvæðið. Þá má ennfremur nefna umrædd vikutilboð sem dæmi um endurtekið samspil kvikmyndahúsanna.

Í þessu sambandi verður einnig að hafa í huga að fjöldi fyrirtækja á markaði skiptir miklu máli. Því færri sem keppinautar eru á hinum skilgreinda markaði þeim mun auðveldara er það fyrir þá sem á markaði starfa að finna út hver sá aðili er sem brugðið hefur út frá hinni samhæfðu hegðun og bregðast við því.<sup>62</sup> Líkt og áður hefur verið rakið er þetta til staðar í máli þessu þar sem keppinautar eru einungis þrír og því auðveldara fyrir þá að mynda með sér samhæfða hegðun á markaði. Að lokum er rétt að undirstrika að þegar markaður einkennist af fáum en stórum sölusamningum er gagnsæi lítið og sérhvert fyrirtæki hefur umtalsverðan hvata til að afla viðskipta sem felast í slíkum samningum.<sup>63</sup> Hvati til að lækka verð eykst samhliða verðmæti hvers samnings. Þegar markaðurinn einkennist hins vegar af fjölda smárra viðskipta eins og t.d. á neytendamörkuðum sem sýningar á kvikmyndum í kvikmyndahúsum einkennast af er gagnsæi að jafnaði mikið og hvati fyrirtækjanna til að víkja frá samhæfingunni verður minni. Það er með öðrum orðum meiri hvati til að stunda þegjandi samkomulag um samhæfða hegðun á smásölumarkaði með mörgum viðskiptavinum sem eiga oft viðskipti hver fyrir sig. Fram hefur komið að viðskiptavinir kvikmyndahúsanna eru nær einvörðungu einstaklingar og því má ljóst vera að markaðurinn fyrir sýningar kvikmynda í kvikmyndahúsum fellur að þessari lýsingu.

Að mati Samkeppniseftirlitsins einkennist markaður fyrir sýningar kvikmynda í kvikmyndahúsum af þeim atriðum sem að framan eru rakin og þykir það benda til þess að keppinautar á markaðnum hafi sterkan hvata til þegjandi samhæfingar um hegðun á markaði og til að skipta með sér ágóðanum af því að stunda ekki harkalega samkeppni, neytendum og samfélaginu öllu til tjóns.

<sup>62</sup> Sjá hér t.d. Alastair Lindsay, *The EC Merger Regulation. Substantive Issues*. Bls. 326: „*Tacit co-ordination is less likely between large numbers of firms because there is greater scope for disagreement on the tacitly co-ordination outcome, [...] more scope for cheating [...] and monitoring is more difficult.*”

<sup>63</sup> Sjá hér t.d. niðurstöðu framkvæmdastjórnar EB frá 2. júní 2001 í máli nr. COMP/M.2201. MAN/Auwärter þar sem segir um þetta atriði: „... *the smaller the number of invitations to tender and the larger the number of buses asked for at the same time per invitation to tender, the more unlikely it is that either of the two market leaders will be prepared to relinquish the contract in favour of the other.*”



2.3.3 Viðskiptalegt samstarf/samvinna kvikmyndahúsanna (aðila á markaðnum)  
Ljóst er í samkeppnistrétti að formbundin tengsl og samvinna milli fyrirtækja á fákeppnismarkaði getur skapað hvata fyrir samhæfða hegðun.<sup>64</sup> Eins og lýst verður hér á eftir eru umtalsverð formbundin tengsl milli hinna þriggja rekstraraðila kvikmyndahúsa á skilgreindum markaði málsins sem stuðlar enn frekar að gagnsæi og samhæfðri hegðun. Þannig hafa rekstraraðilar íslenskra kvikmyndahúsa auk útgefenda kvikmynda (dreifingaraðilar) með sér margþætt samstarf. Það er almennt talið auka hvatann til samhæfingar þar sem það skapar umræðuvettvang og getur samhæft hagsmuni þeirra sem að samstarfinu koma. Í eftirfarandi undirköflum verður nánar greint frá þessu samstarfi og samvinnu kvikmyndahúsanna.

#### 2.3.3.1 Samstarf innan hagsmunasamtaka

Um allnokkurt skeið var hér á landi starfandi Félag kvikmyndahúsaeigenda sem stofnað var árið 1949. Þó félaginu hafi ekki formlega verið slitið ber aðilum saman um að félagið sé í raun ekki til lengur. Nokkrir fundir hafi verið haldnir í félaginu á árunum 1999-2002 en það hafi nú ekki verið starfrækt um nokkurt skeið. Tilgangur félagsins hafi einkum verið „að vera vettvangur fyrir sameiginleg mál sem tengdust rekstri kvikmyndahúsa, s.s. samningar við stéttarfélag sýningarmanna“ að því er fram kemur í svari Sam-félagsins vegna fyrirspurnar sem send var til kvikmyndahúsanna þar sem óskað var eftir upplýsingum um félagið.

Kvikmyndahúsin eru öll aðilar að Samtökum myndrétthafa á Íslandi (SMÁÍS) en segja má að þau hafi a.m.k. að nokkru leyti tekið við því hlutverki sem Félag kvikmyndahúsaeigenda hafði með höndum áður þó um öllu víðtækara samstarf sé að ræða. Nánar segir um starfsemi SMÁÍSS á heimasíðu samtakanna:

*„SMÁÍS (Samtök Myndrétthafa á Íslandi) voru stofnuð 1992 til að vera hagsmunagæsluaðili rétthafa myndefnis á Íslandi og hafa ýmis hagsmunamál rétthafa á sínum snærum. Félagsmenn samtakanna hafa rétt til dreifingar á yfirgnæfandi hluta kvikmynda- og sjónvarpsefnis og tölvuleikja sem eru á íslenskum markaði. Félagsmenn eru kvikmyndahús, helstu útgefendur kvikmynda- og sjónvarpsefnis, sjónvarpsstöðvar og helstu dreifingaraðilar tölvuleikja.“*

Einnig er fjallað um meginmarkmið samtakanna þar sem m.a. segir að það sé að gæta hagsmuna félagsmanna „gagnvart löggjafanum, hinu opinbera, neytendum, erlendum samtökum sama eðlis, myndbandaleigum, fjölmiðlum og öðrum, sem beint eða óbeint eru viðskipta- eða lagalega tengdir dreifingu myndefnis hér á landi. Segir einnig m.a. að markmiðið sé að „stuðla að samræmingu útgáfumála á myndefni til hagsmuna fyrir neytendur.“

<sup>64</sup> Sjá t.d. Ivaldi o.fl., The Economics of Tacit Collusion, Report for DG Competition, mars 2003: „Structural links can facilitate collusion among firms. For example, crossownership reduces the gains derived from undercutting the other firm. Joint venture agreements can also enlarge the scope for retaliation – a firm can then for example punish a deviating partner by investing less in the venture. For these reasons, collusion is more likely to appear in markets where competitors are tied through structural links. Even in the absence of structural links, simple cooperation agreements can contribute to foster collusion. As in the case of joint ventures, these cooperation agreements can for example enlarge the scope for retaliation, thereby enhancing the ability to punish deviating partners.“



Öll kvikmyndahúsin eiga fulltrúa í stjórn SMÁÍSS. Björn Sigurðsson framkvæmdastjóri Senu situr f.h. þess félags og er hann jafnframt stjórnarformaður SMÁÍSS. Þorvaldur Árnason situr í stjórninni f.h. Sam-félagsins og Gunnar Gunnarsson f.h. Myndforms.

Öll kvikmyndahúsin eiga aðild að hagsmunasamtökunum Myndmarki, félagi myndbandaútgefenda og myndabandaleiga. Myndmark gefur út tímaritið Myndir mánaðarins, áður Myndbönd mánaðarins. Tímaritið hefur verið gefið út mánaðarlega í rúm 13 ár og er dreift á öllum myndbandaleigum sem aðild eiga að samtökunum auk þess sem það er einnig til í rafrænni útgáfu. Í blaðinu eru kynntar og auglýstar nýjar myndir sem væntanlegar eru á markaðinn frá Senu, Myndformi og Sam-félaginu (Sam-film), hvort sem er í kvikmyndahús eða á DVD-mynddiskum. Þá safnar Myndmark einnig upplýsingum um útleigu DVD-mynda á markaðnum og fylgist með þróun útleigumarkaðarins.

Stjórn Myndmarks er skipuð sex aðilum. Þar af eru þrír frá kvikmyndahúsunum þremur, þ.e. einn frá hverju félagi og þrír frá DVD-leigum.

Í athugasemdum Senu kemur fram það sjónarmið að samstarf innan framangreindra hagsmunasamtaka hafi ekki mikil áhrif á markaðnum. Félag kvikmyndahúsaeigenda sé hætt starfsemi auk þess sem Smáis eigi sér fyrirmyndir um allan heim sem sé Motion Picture Assosiation (MPA). Þá muni hlutverk Myndmarks hverfa með minnkandi leigumarkaði. Ljóst má vera að þrátt fyrir að lítið sé gert úr starfsemi félagsins af hálfu samrunaaðila eru framangreind samtök, a.m.k. Smáis og Myndmark, samstarfsvettvangur aðila á markaðnum og gæta þessi félög margvíslegra hagsmuna félagsmanna sinna. Þá hefur Félagi kvikmyndahúsaeiganda a.m.k. ekki ennþá verið slitið.

#### 2.3.3.2 Sameiginlegt eignarhald á félögum

Sena og Myndform eiga í sameiningu félagið Bíómyndir ehf. sem rekur kvikmyndahúsið Borgarbíó á Akureyri. Hlutur Senu í félaginu er 67% og Myndforms 33%. Fulltrúar beggja félaga sitja í stjórn Borgarbíós. Þannig er Björn Sigurðsson framkvæmdastjóri Senu stjórnarformaður en aðrir stjórnarmenn eru Karl Ottó Schiöth starfsmaður Senu, Magnús Geir Gunnarsson f.h. Myndforms og Jóhann Valdemar Norðfjörð sem er framkvæmdastjóri Borgarbíós.

Þá eiga Sena, Myndform og Sam-félagið í sameiningu félagið Bíótexti ehf. sem stofnað var árið 2004 þegar ný tækni kom fram varðandi textun á kvikmyndum en félagið hefur umsjón með stafrænum textavélum. Tilgangur félagsins er m.a. útleiga á vélum til að setja texta á bíómyndir en upphaflegur tilgangur var að fjármagna tækjabúnað til að koma þessari nýju tækni á tjaldið. Félagið innheimtir hjá hverjum dreifingaraðila ákveðna fjárhæð fyrir hvert eintak af mynd sem fer í sýningu og greiðir þannig upp tækjabúnaðinn. Í stjórn Bíótexti situr Björn Ásberg Árnason (stjórnarformaður) en hann er einnig stjórnarmaður Sam-félagsins. Aðrir í stjórn Bíótexti eru Björn Sigurðsson framkvæmdastjóri Senu og Magnús Geir Gunnarsson stjórnarmaður í Myndformi. Í máli Senu hefur því reyndar verið haldið fram að Bíótexti verði lagður niður væntanlega síðar á þessu ári þegar



digital tækni verði komin í öll kvikmyndahús á landinu. Engin gögn hafa hins vegar verið lögð fram þessu til stuðnings og verður því ekki byggt á þessu.

#### 2.3.3.3 Samsýningar kvikmynda

Upplýst er í þessu máli að kvikmyndahúsin hafi um nokkurt skeið haft með sér samvinnu um það sem kallað hefur verið „samsýningar“ á kvikmyndum. Í því felst að það kvikmyndahús (dreifingaraðili) sem hefur sýningarrétt að kvikmynd semur við aðra aðila á markaðnum um að sýna viðkomandi kvikmynd einnig í sínum kvikmyndahúsum. Á þetta aðallega við um vinsælar kvikmyndir sem fyrirfram er búist við að njóti mikillar aðsóknar. Samkvæmt upplýsingum sem Samkeppniseftirlitið hefur aflað frá aðilum markaðarins ber þeim saman um að samsýningar séu fyrst og fremst tilkomnar vegna krafna frá erlendum framleiðendum eins og t.d. Walt Disney, Paramount, Universal o.fl. Ástæður þess séu þær að þegar um vinsælar myndir sé að ræða sé rík krafa um að fá sem flesta áhorfendur á fyrstu sýningardögum myndanna. Þá hefur jafnframt komið fram að erlendir framleiðendur þekki íslenska markaðinn mjög vel, jafnvel fjölda sala og sæta í hverju kvikmyndahúsi og geti þannig jafnvel haft áhrif á það í hvaða kvikmyndahúsum tiltekin kvikmynd þeirra sé sýnd hér á landi.

Í samrunaskrá kemur fram að samningar á milli kvikmyndahúsanna um þessi viðskipti séu yfirleitt óformlegir og gerðir um hverja einstaka kvikmynd fyrir sig. Þannig hafi t.a.m. Sena og Myndform um langt skeið, eða um það bil tíu ár, sýnt kvikmyndir hvors annars í kvikmyndahúsum sínum. Þær samsýningar hafi verið ákveðnar á viðskiptalegum grundvelli. Viðskiptakjör ráðist af markaðsaðstæðum hverju sinni og að höfðu samráði við framleiðendur myndanna, sem í flestum tilvikum séu þau kvikmyndaver í Hollywood sem aðilar hafi umboð fyrir. Þá segir að ekki séu fyrirhugaðar breytingar á vinnureglum eða samningum milli samrunaaðila hvað þetta varði í kjölfar samrunans.

Samkeppniseftirlitið telur ljóst að samsýningar og sú samvinna sem af henni leiðir skapi tengsl á milli kvikmyndahúsanna á hinum skilgreinda markaði.

#### 2.3.3.4 Niðurstaða um formbundin tengsl

Af framansögðu er ljóst að kvikmyndahúsin hafa með sér margvíslegt samstarf á skilgreindum markaði. Eru þau öll í hagsmunasamtökum þar sem auk kvikmyndahúsanna eru einnig starfandi fyrirtæki á tengdum mörkuðum, þ. á m. fyrirtæki sem eru í eignatengslum við samrunaaðila. Þá standa kvikmyndahúsin sameiginlega að rekstri fyrirtækis sem veitir þeim öllum stoðþjónustu á markaðnum og Sena og Myndform reka saman Borgarbíó á Akureyri. Á milli kvikmyndahúsanna er einnig umfangsmikið samstarf um samsýningar á kvikmyndum. Samkeppniseftirlitið telur að það samstarf á milli kvikmyndahúsanna sem hér að framan hefur verið lýst feli í sér að umtalsverð formbundin tengsl séu á milli þeirra. Fela þessi tengsl í sér verulega ríka vísbendingu um sameiginlega markaðsráðandi stöðu.



#### 2.3.4 Takmarkaðar líkur á að keppinautar (og mögulegir keppinautar) eða neytendur geti ógnað samhæfingunni

Það er almennt talið ólíklegt að keppinautar á fákeppnismarkaði geti samhæft markaðshegðun sína svo að ábatasamt sé ef líklegt er að nýr aðili, sem taki til starfa á markaði innan skamms, geti hindrað hana og haft getu til að koma í veg fyrir að viðkomandi fyrirtæki hagi sér með samhæfðum hætti.<sup>65</sup> Sama á við ef til staðar eru keppinautar eða neytendur á markaðnum sem eru líklegir til þess að ógna hinni þegjandi samhæfingu.

Til að meta þetta verður að horfa til þess hvort aðgangshindranir séu að viðkomandi markaði. Einnig verður að meta hvort viðskiptavinir búi yfir nægilegum kaupendastyrk.

##### 2.3.4.1 Aðgangshindranir

Í samrunaskrá kemur fram það mat samrunaaðila að ekki séu til staðar aðgangshindranir inn á markaðinn fyrir kvikmyndasýningar í kvikmyndahúsum. Kostnaður við uppsetningu á aðstöðu til kvikmyndasýninga sé að vísu talsverður en engar aðgangshindranir sé að finna í lögum eða stjórnvaldsfyrirmælum. Þá segir í samrunatilkynningu að ekkert nýtt fyrirtæki hafi haslað sér völl á markaðnum fyrir kvikmyndasýningar á liðnum árum og ekkert bendi til þess að erlend fyrirtæki muni hasla sér þar völl. Þá segir að samrunaaðilar telji að markaðurinn fyrir kvikmyndasýningar muni ekki breytast mikið á komandi árum. Markaðurinn hafi ákveðin einkenni metunar og verði ekki séð að eftirspurn á honum vaxi umfram fólksfjölgun. Þrátt fyrir þetta telji samrunaaðilar að ekki sé um aðgangshindranir að ræða á markaðnum.

Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á að framangreind lýsing á aðstæðum á markaðnum, t.d. það að hann sé mettaður og að ólíklegt sé að erlendir aðilar hasli sér völl á honum feli það í sér að ekki sé um neinar aðgangshindranir að ræða. Þvert á móti telur eftirlitið að nefnd atriði feli í sér sterkar vísbendingar um að talsverðar aðgangshindranir séu að markaðnum. Eftirlitið bendir hér á að í samrunamálum verður að taka til athugunar hverjar séu líkurnar á því að nýir aðilar reyni að ná fótfestu á markaðnum og hvort um sé að ræða aðgangshindranir inn á viðkomandi markað. Til að samkeppni frá nýjum keppinautum geti komið í veg fyrir samkeppnishamlandi áhrif samruna verður að leiða líkur að því að verðugur keppinautur birtist fyrr en seinna á markaðnum. Hér er hins vegar mikilvægt að hafa í huga að álitamálið er ekki hvort nýr aðili *geti* hafið starfsemi á viðkomandi markaði. Álitamálið er hversu líklegt sé að inn á markaðinn komi burðugur keppinautur sem verði fær um að veita þeim sem fyrir eru nægilega virka samkeppni þannig að dregið sé úr samkeppnishömlum sem stafa af viðkomandi samruna.<sup>66</sup> Gera verður þá kröfu að verulega líklegt sé að nýr og

<sup>65</sup> Í niðurstöðu undirréttar EB í máli nr. T-342/99 Airtours málinu er þetta orðað með eftirfarandi hætti: „... what is important here is not whether there is scope for potential competitors to reach a sufficient size to compete on an equal footing with the large tour operators, but simply whether there is scope for such competitors to take advantage of opportunities afforded by the large operators restricting capacity put onto the relevant market to below a competitive level.”

<sup>66</sup> Sjá hér t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar EB í máli nr. M.190 Nestle/Perrier: „To address the question of potential competition it needs to be examined whether there exists competitively meaningful and effective entry that could and would be likely to take place so that such entry would be capable of constraining the market power of the two remaining national suppliers. The question is



öflugur keppinautur komi inn á markaðinn innan skamms tíma. Í því sambandi skiptir máli að sýnt sé fram á að innkoma nýs keppinautar sé arðvænleg fyrir hann miðað við það verð sem gildi á markaðnum áður en til samrunans kom.<sup>67</sup> Í þessu sambandi verður meðal annars að athuga hvort möguleikar nýrra keppinauta á að hasla sér völl á markaðnum takmarkist af lagalegum eða tæknilegum hindrunum eða stöðu þeirra fyrirtækja sem þegar eru á markaðnum.<sup>68</sup>

Eins og samrunaaðilar hafa bent á er ekki um neinar lagalegar hindranir að ræða að markaðnum fyrir sýningar á kvikmyndum í kvikmyndahúsum. Aðilar geta opnað kvikmyndahús án þess t.d. að fá til þess opinber sérleyfi o.þ.h. Eftir sem áður telur Samkeppniseftirlitið að talsverðar aðgangshindranir séu að markaðnum. Á meðal þeirra atriða, sem að mati eftirlitsins eru til þess fallin að skapa þessar aðgangshindranir, eru eins og fyrr segir mettun markaðarins en einnig má nefna samninga sem aðilar á markaðnum hafa gert við erlend kvikmyndaver, lóðréttu samþættingu, formbundin tengsl o.fl. Verður nú fjallað nánar um þessi atriði.

Ef fyrirtæki á markaði er með mikla ónýttu afkastagetu getur það haft mikla aðgangshindrun í för með sér fyrir nýja keppinauta.<sup>69</sup> Eins og færð hafa verið rök fyrir hér að framan er sá markaður sem um ræðir í máli þessu mettaður. Fjöldi kvikmyndahúsagesta hefur verið svipaður undanfarin ár og eins og samrunaaðilar hafa bent á hefur stækkun markaðarins verið í samræmi við mannfjöldapróun. Skapar þetta að mati Samkeppniseftirlitsins aðgangshindrun þar sem keppinautar geta með núverandi framboði auðveldlega annað þessari stöðugu eftirspurn. Þá ber að nefna að einn aðili á markaðnum, þ.e. Sam-félagið, á því sem næst tilbúið kvikmyndahús sem stóð til að opna í nóvember sl. en opnun þess var frestað vegna þeirra efnahagsþrenginga sem urðu í kjölfar hruns íslensku viðskiptabankanna.

Við mat á því hvort um aðgangshindranir sé að ræða á skilgreindum markaði ber einnig að horfa til þess hversu sterk viðskiptatengsl eru á milli samrunaaðila og viðskiptavina.<sup>70</sup> Grundvöllur fyrir rekstri kvikmyndahúss eru viðskiptasamningar við erlenda rétthafa efnis og/eða dreifingaraðila um sýningarrétt á kvikmyndum. Til að meta hvort um aðgangshindranir sé að ræða að þessu leyti aflaði Samkeppniseftirlitið afrita af samningum allra aðila á markaðnum, þ.e. Senu, Myndforms og Sam-félagsins við stóru kvikmyndaverin í Hollywood, en eins og áður segir eru langflestar kvikmyndir sem sýndar eru hér á landi (u.þ.b. 70%) frá þeim. Taka samningar við kvikmyndaverin bæði til sýninga í kvikmyndahúsum

---

*not whether new local water suppliers or foreign firms can merely enter by producing and selling bottled water but whether they are likely to enter and whether they would enter on a volume and price basis which would quickly and effectively constrain a price increase or prevent the maintenance of a supracompetitive price. The entry would have to occur within a time period short enough to deter the company(ies) concerned from exploiting their market power."*

<sup>67</sup> Sjá t.d. Areeda og Hovenkamp, Antitrust Law Vol. IIA, bls. 74: „If pre-merger and presumably more competitive prices are not profitable to entrants, entry cannot force higher post-merger prices back to the pre-restraint level. Indeed, entry that is not likely to be profitable at the post-entry price will not be made."

<sup>68</sup> Sjá Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings (2004/C 31/03). Official Journal C 31, 05.02.2004.

<sup>69</sup> Sjá skýrsla Samkeppniseftirlitsins nr. 2/2008 *Óflug uppbygging – opnun markaða*.

<sup>70</sup> Sjá t.d. framangreindar túlkunarreglur framkvæmdastjórnar EB um láréttan samruna.



sem og til dreifingar kvikmynda á DVD-mynddiskum og/eða svokölluðum Blue Ray diskum til útleigu og sölu í verslunum. Umboð fyrir Hollywood-kvikmyndaverin skiptast með eftirfarandi hætti á milli kvikmyndahúsanna:

- Sena: 20<sup>th</sup> Century Fox International; Sony Pictures; Focus Features International; Weinstein Global Film Group.
- Sam-félagið: Walt Disney; Warner Bros; Universal Pictures; Paramount International (50% á móti Myndformi), Universal International (50% á móti Myndformi).<sup>71</sup>
- Myndform: New Line Cinema; Paramount International (50% á móti Sam-félaginu); Universal International (50% á móti Sam-félaginu).

Kvikmyndir frá framangreindum kvikmyndaverum hafa sl. ár og áratugi verið þær vinsælustu sem sýndar hafa verið hér á landi. Það er því lykilatriði fyrir þann sem ætlar að hasla sér völl á markaðnum fyrir sýningar á kvikmyndum í kvikmyndahúsum að hann hafi a.m.k. einhvern aðgang að nýjum kvikmyndum frá stóru kvikmyndaverunum. Það felur því í sér mikla aðgangshindrun að markaðnum að í mörgum af þeim samningum sem kvikmyndahúsin hafa gert við kvikmyndaverin eru ákvæði sem eru til þess fallin að takmarka verulega aðkomu annarra hugsanlegra keppinauta að viðskiptum við þau. Þannig eru dæmi um samninga þar sem kveðið er á um einkarétt viðkomandi fyrirtækis á dreifingu á efni hins erlenda réttthafa hér á landi. Samningarnir eru yfirleitt gerðir til þriggja ára í senn en reynslan er þó sú að sömu aðilar hér á landi hafa verið mun lengur með samninga við „sín“ kvikmyndaver, jafnvel í áratugi. Í þessu sambandi ber jafnframt að hafa í huga að kvikmyndahúsin þjóna umræddum kvikmyndaverum ekki einungis með því að sýna myndir þeirra í kvikmyndahúsum heldur annast þau í flestum tilvikum einnig alla frekari dreifingu á kvikmyndum þeirra á íslenska markaðnum, s.s. útgáfu á DVD-diskum.

Í samkeppnisrétti hefur verið litið til þess að búi fyrirtæki við mikið úrval af tilteknum vörum eða þjónustu geti það verið vísbending um verulega sterka stöðu á markaði. Styrkur vegna mikils vöruúrvals eða breiddar í þjónustuframboði getur t.d. verið fólgin í auknum seljendastyrk, auknu svigrúmi í verðlagningu, möguleika á samtvinnun í sölu og stærðarhagkvæmni í dreifingu og markaðsstarfi. Þessu tengt er lóðrétt samþætting fyrirtækja en í henni felst það þegar sama fyrirtæki starfar á fleiru en einu sölustigi vöru og þjónustu, t.d. þegar heildsöludreifing stundar einnig smásöluverslun. Lóðrétt samþætting getur veitt þeim fyrirtækjum sem yfir henni búa talsvert samkeppnisforskot og um leið falið í sér aðgangshindrun fyrir nýja keppinauta. Aðgangshindranir vegna lóðrétrar samþættingar geta komið fram á mismunandi sölustigum sem fyrirtækið starfar á og skiptir miklu máli hver staða þess er á hverju sölustigi/markaði. Sem dæmi má nefna að ef fyrirtæki er með yfirburðarstöðu á markaði fyrir heildsöludreifingu á tiltekinni vöru og starfar auk þess við smásöludreifingu gæti það hindrað innkomu

<sup>71</sup> United International Pictures (UIP) var árið 2007 skipt upp í annars vegar Paramount International og hins vegar Universal International. Bæði Sam-félagið og Myndform höfðu áður samning við UIP en hafa eftir uppskiptinguna samninga um dreifingu um það bil helming mynda frá hvoru kvikmyndaveri um sig, þ.e. annars vegar Paramount og hins vegar Universal.





annarra aðila á smásölumarkaðinn með því að beita sölusynjun á heilðsölustiginu. Á sama hátt gæti fyrirtæki með yfirburðarstöðu á smásölustigi hindrað innkomu keppinauta á heilðsölustigið með því að neita að kaupa af þeim vörur.<sup>72</sup>

Sérstaða kvikmyndahúsa hér á landi miðað við það sem gerist víðast hvar annars staðar í Evrópu er sú að hér eru þau jafnframt dreifingaraðilar kvikmyndanna. Þannig má segja að þau starfi ekki aðeins á smásölustigi (sýningar á kvikmyndum í kvikmyndahúsum) heldur einnig á heilðsölustigi (kaup á myndum erlendis frá og dreifing til kvikmyndahúsa). Þetta þýðir að ef nýr aðili ætlaði sér að koma inn á markaðinn væri hann knúinn til að eiga viðskipti við keppinauta sína við öflun á kvikmyndum til sýninga en eins og áður segir eru núverandi keppinautar þegar með samninga við öll stærstu kvikmyndaverin. Þá sjá allir aðilar markaðarins allajafna um frekari dreifingu á kvikmyndum sínum eftir að sýningum á þeim er hætt í kvikmyndahúsum, s.s. útgáfu á myndunum á DVD-diska o.fl. Skapar þetta aðgangshindranir.

Samkeppniseftirlitið telur hér einnig skipta máli að vegna mikillar samþjöppunar á markaðnum og þeirra forbundnu tengsla sem eru á milli núverandi keppinauta yrði auðvelt fyrir þá að fylgjast með tilraunum nýrra keppinauta til að afla sér viðskipta. Gefur þetta fyrirtækjunum möguleika á að bregðast við og takmarka markaðssókn hinna nýju keppinauta. Vinnur þessi möguleiki gegn því að nýr aðili komi inn á markaðinn.<sup>73</sup> Í þessu sambandi hjálpar það til að markaðurinn er mjög gagnsær sem auðveldar fyrirtækjum að samhæfa hegðun sína og þannig möguleika til þess að vinna gegn því að nýr aðili nái fótfestu á markaðnum.

Loks má nefna að sá aðili sem hefði hug á að hasla sér völl á markaðnum þyrfti að búa yfir kvikmyndahúsi með nokkrum sýningarsölum. Kvikmyndahús eru eðli málsins samkvæmt sérhæfð að allri hönnun og gerð og má því reikna með að nýr aðili á markaðnum þyrfti að reisa slíkt hús frá grunni. Að þessu leyti verður að telja að erfiðara sé að hefja starfsemi á markaði fyrir sýningar á kvikmyndum í kvikmyndahúsum en mörgum öðrum mörkuðum á sviði verslunar og þjónustu.

Með hliðsjón af öllu því sem að framan er rakið er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að erfitt sé fyrir nýja aðila að hasla sér völl á markaðnum fyrir sýningar kvikmynda í kvikmyndahúsum á höfuðborgarsvæðinu. Telur eftirlitið ólíklegt að ný fyrirtæki muni hefja starfsemi á markaðnum í næstu framtíð. Er því ólíklegt að nýir keppinautar muni raska samhæfðri hegðun kvikmyndahúsanna.

#### 2.3.4.2 Kaupendastyrkur

Við mat á samruna getur eftir atvikum komið til skoðunar hvort viðskiptavinir hafi það mikinn styrk (e. buying power) að þeir geti með beitingu styrks síns eytt eða dregið verulega úr þeim samkeppnishömlum sem stafað geta af samruna. Með sama hætti skiptir kaupendastyrkur miklu máli þegar samhæfing á milli

<sup>72</sup> Sjá Skýrsla Samkeppniseftirlitsins nr. 2/2008 *Öflug uppbygging – opnun markaða*.

<sup>73</sup> Sjá t.d. nefndar tulkunarreglur framkvæmdastjórnar EB um lárétta samruna. Sjá einnig ákvörðun framkvæmdastjórnar EB frá 22. júlí 1992 í máli nr. IV/M.190 *Nestle/Perrier: „High concentration in itself is a barrier to entry because it increases the likelihood and the efficiency of single or concerted reaction by the established firms against newcomers with a view to defending the acquired market positions and profitability.”*



keppinauta á markaði er metin, þar sem minni líkur eru á slíkri samhæfingu þegar kaupendur hafa talsverðan kaupendastyrk. Í viðmiðunarreglum framkvæmdastjórnar EB um lárétta samruna er kaupendastyrkur metinn með hliðsjón af getu viðskiptavinarins til að semja við hið sameinaða félag í krafti stærðar sinnar, þýðingu viðskiptanna fyrir hið sameinaða félag og möguleikunum á að leita til annars seljanda.<sup>74</sup> Samkvæmt framansögðu er því fyrst og fremst um að ræða kaupendastyrk í þeim tilvikum þar sem kaupendur eru fáir og öflugir.<sup>75</sup>

Í samrunaskrá aðila kemur fram að viðskiptavinir kvikmyndahúsanna séu eingöngu einstaklingar. Á mörkuðum þar sem neytendur eru nær alfarið einstaklingar getur ekki verið um kaupendastyrk að ræða.<sup>76</sup> Ekki er því um að ræða að viðskiptavinir kvikmyndahúsanna séu í stöðu til þess að draga úr samhæfingu kvikmyndahúsanna þriggja.

2.4 Kvikmyndahúsin eru sameiginlega markaðsráðandi á höfuðborgarsvæðinu Þegar allt framangreint er virt telur Samkeppniseftirlitið að aðstæður á markaði fyrir sýningar á kvikmyndum í kvikmyndahúsum á höfuðborgarsvæðinu hafi öll þau einkenni sem gera þegjandi samhæfingu mögulega. Í kafla 3.1.2 hér að framan voru tilgreind þau atriði sem talin eru fela í sér einkenni sameiginlegrar markaðsráðandi stöðu og er ljóst af umfjöllun í framangreindum undirköflum að sá markaður sem um ræðir í þessu máli hefur flest ef ekki öll þau einkenni. Rétt er að draga saman þessi helstu atriði:

- Keppinautar eru fáir. Einungis eru þrír aðilar starfandi á markaðnum og er samþjöppun því mikil. Þá hefur markaðshlutdeild haldist svipuð í mörg ár.
- Kostnaðaruppbygging allra fyrirtækjanna er áþekk.
- Umtalsverðar nýjungar hafa ekki komið fram á liðnum árum.
- Markaðurinn er gagnsær. Verð er kynnt og auglýst opinberlega.
- Markaðurinn er mettaður þar sem eftirspurn hefur ekki breyst mikið á liðnum árum. Þá er markaðurinn byggður upp af miklum fjölda smárra viðskipta margra neytenda og fárra seljenda.
- Mikil forbundin tengsl eru á milli kvikmyndahúsanna sem felast m.a. í samstarfi innan hagsmunasamtaka, samvinnu við sýningar kvikmynda og samræmingar í stoðþjónustu.

<sup>74</sup> Sjá Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings (2004/C 31/03). Official Journal C 31, 05.02.2004.

<sup>75</sup> Sjá hér t.d. ákvarðanir framkvæmdastjórnar EB í málum nr. M.042 Alcatel/Telettra, nr. M.221 ABB/BREL og nr. M.272 Matra/Cap Gemini Sogeti einkum þar sem um er að ræða vöru eða þjónustu sem gengur inn í frekara vinnsluferli (e. intermediary products or services). Kaupendastyrkur er hins vegar fágætur þegar um er að tefla neytendavöru, sbr. t.d. ummæli í ákvörðun framkvæmdastjórnar EB í máli nr. M.190 Nestlé/Perrier.

<sup>76</sup> Er þetta í samræmi við niðurstöðu framkvæmdastjórnar EB. Sjá hér mál nr. COMP/M.4844 – FORTIS/ABN AMRO ASSETS.



- Miklar aðgangshindranir eru að markaðnum, s.s. vegna samninga við erlenda rétthafa sýningarefnis, lóðréttar samþættingar o.fl. atriða.
- Kaupendastyrkur er ekki fyrir hendi.

Með hliðsjón af þessu er það mat Samkeppniseftirlitsins að kvikmyndahúsin Þrjú, Sena, Sam-félagið og Myndform séu í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu á markaðnum fyrir sýningu kvikmynda í kvikmyndahúsum á höfuðborgarsvæðinu.

### **3. Samruninn styrkir sameiginlega markaðsráðandi stöðu**

Samkvæmt 17. gr. c samkeppnislaga getur Samkeppniseftirlitið gripið til íhlutunar vegna samruna ef eftirlitið telur að samruninn hindri virka samkeppni með því að markaðsráðandi staða eins eða fleiri fyrirtækja verði til eða slík staða styrkist, eða verði til þess að samkeppni á markaði raskist að öðru leyti með umtalsverðum hætti.

Í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins var komist að þeirri niðurstöðu að samruni sá sem felst í kaupum Myndforms á 50% hlut í Þrjúbíói af Senu muni leiða til þess að sú sameiginlega markaðsráðandi staða sem Sena og Myndform deila með Sam-félaginu styrkist enn frekar.

Í samrunatilkynningu kemur fram það sjónarmið samrunaaðila að sá samruni sem hér um ræði sem feli í sér samstarf um rekstur Þrjúbíós og að hann muni ekki leiða til samræmingar á milli aðila sem hindri samkeppni. Sena og Myndform muni halda áfram verulegri stafsemi á sama markaði og Þrjúbíói. Þá sé ekki fyrirhugað samstarf á öðrum mörkuðum en þar muni fyrirtækin starfa áfram sem keppinautar. Sem frekari rök fyrir því að samstarfið leiði ekki til meiri samhæfingar er nefnd sú staðreynd að allir aðilar sýni nú þegar kvikmyndir hvers annars vegna krafna frá erlendum framleiðendum kvikmynda. Þá sé „*einn aðili á markaðnum*“ með það sterka stöðu á viðkomandi markaði að samrunaaðilar geti ekki verið í stöðu til að hafa áhrif á verðmyndun á markaðnum. Í athugasemdum Senu við andmælaskjalið heldur félagið því fram að það sé ekki í markaðsráðandi stöðu á markaðnum fyrir kvikmyndasýningar hér á landi, hvorki ein og sér né sameiginlega með öðrum aðilum. Þrátt fyrir það fellst félagið hins vegar á „*að vegna samnings við Myndform um Þrjú bíói séu lagaskilyrði til að setja samrunanum skilyrði.*“ Segir reyndar í umfjöllun síðar um tillögur að skilyrðum að Sena sé tilbúin að fallast á skilyrði fyrir samrunanum í ljósi þess að markaðsupplýsingar (markaðshlutdeild) Senu og Sam-félagsins sé „*með þeim hætti að samningurinn við Myndform geri það að verkum að Sena og Myndform verði í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu á viðkomandi markaði.*“

Fæst ekki betur séð en Sena telji í raun að lagaskilyrði séu uppfyllt til þess að grípa til íhlutunar vegna samruna þessa máls en aðeins er heimilt að grípa til íhlutunar í samruna sem raska samkeppni, sbr. 17. gr. c samkeppnislaga. Hvað sem því líður telur eftirlitið ljóst samkvæmt framansögðu að Sena, Myndform og Sam-félagið séu sameiginlega markaðsráðandi á skilgreindum markaði, sbr. umfjöllun hér að framan. Eins og lýst hefur verið hér að framan felur sá samruni sem hér um ræðir það í sér að Myndform kaupir 50% hlut í Þrjúbíói (sem rekur



Háskólabíó) af Senu sem áður átti félagið að fullu. Eftir samrunann munu því Sena og Myndform eiga jafnan hlut í Þrjúbíói, þ.e. 50% hlut hvor aðili, og fara sameiginlega með yfirráð þess félags. Í fyrsta lagi er ljóst að samþjöppun eykst talsvert á markaðnum þar sem Myndform öðlast sameiginleg yfirráð yfir Þrjúbíói með Senu, sbr. umfjöllun hér að framan. Í öðru lagi kemur skýrt fram í áðurnefndum dómi undirréttar EB í svokölluðu Gencor máli að bæði formbundin tengsl milli fyrirtækja (t.d. samningar eða sameiginlegt eignarhald á þriðja fyrirtæki) og efnahagsleg tengsl geti leitt til sameiginlegrar markaðsráðandi stöðu.<sup>77</sup> Sú niðurstaða að kvikmyndahúsin séu sameiginlega markaðsráðandi byggir m.a. á því að allir þessir aðilar hafa með sér náð samstarf, s.s. í gegnum hagsmunasamtök, samrekstur fyrirtækja og sýningar á kvikmyndum. Þessi formbundnu tengsl eru því margvísleg og ásamt öðrum atriðum, s.s. gagnsæi markaðarins, mikilli samþjöppun o.fl., einkar skýr vísbending um að þegjandi samhæfing eigi sér stað á milli aðila markaðarins.

Samkeppniseftirlitið telur að sá samruni sem hér um ræðir styrki þessi formbundnu tengsl enn frekar. Ljóst er að með samrunanum mun þeim kvikmyndahúsum sem félögin reka saman fjölga um eitt. Samruninn er því til þess fallinn að auka enn frekar líkurnar á þegjandi samhæfingu á milli kvikmyndahúsanna með tilheyrandi röskun á samkeppni. Af þessu leiðir einnig að samruninn felur í sér styrkingu á sameiginlegri markaðsráðandi stöðu Senu, Samfélagsins og Myndforms í skilningi 17. gr. c samkeppnislaga.<sup>78</sup>

Með hliðsjón af því sem hér segir er það mat Samkeppniseftirlitsins að kaup Myndforms á 50% hlut í Þrjúbíói af Senu muni hafa skaðleg áhrif á markaðnum fyrir sýningar á kvikmyndum í kvikmyndahúsum á höfuðborgarsvæðinu með því að sú sameiginlega markaðsráðandi staða sem Sena og Myndform deila með Samfélaginu styrkist enn frekar.<sup>79</sup> Líta ber einnig til þess að einn megintilgangur þeirra breytinga á samrunaákvæði samkeppnislaga sem fólst í áðurnefndum lögum nr. 107/2000 var að vinna gegn frekari myndun fákeppnismarkaða hér á landi. Engin vafi er á því að samruni þessa máls stuðlar að frekari fákeppni á

<sup>77</sup> Mál nr. T-102/96 *Gencor v Commission* [1999] ECR II-753.

<sup>78</sup> Í Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings (2004/C 31/03) er þessu lýst með svohljóðandi hætti: „*There are two main ways in which horizontal mergers may significantly impede effective competition, in particular by creating or strengthening a dominant position: ... (b) by changing the nature of competition in such a way that firms that previously were not coordinating their behaviour, are now significantly more likely to coordinate and raise prices or otherwise harm effective competition. A merger may also make coordination easier, more stable or more effective for firms which were coordinating prior to the merger (coordinated effects).*” Official Journal C 31, 05.02.2004.

<sup>79</sup> Fræðimenn hafa bent á að samkeppnisyrirvöld verði að meta hvort að samruni leiði til þess að meiri líkur séu á þegjandi samhæfingu en ekki. Sjá í þessu sambandi t.d. Ivaldi M., Jullien B., Rey P., Seabright P og Jean Tirole þar sem segir um þetta atriði: „*Short of determining whether collusion will indeed occur, a highly difficult if not impossible task, the merger control office can however address a different but still relevant question: will the merger create a situation where collusion becomes more likely, that is, will collusion significantly be easier to sustain in the post-merger situation?*” The Economics of Tacit Collusion: Final Report for DG Competition, European Commission [2003], bls. 64. Sjá hér einnig Kühn K. þar sem segir „*The "coordinated effects" of mergers are nothing else but the impact of the merger on the tightness of the two constraints that determine the range of possible behaviors in a particular market. In other words: has the merger made it more or less credible to make the implicit promises of future collusion and threats of punishments that sustain collusive (or parallel) behavior? This theoretical analysis allows one to determine whether higher prices can be sustained through collusion after a merger or whether collusion becomes feasible in a wider range of circumstances.*” The pros and Cons of Merger Control: Closing Pandora's box? Joint dominance after the Airtours judgement. [2003], bls. 44.



hinum skilgreinda markaði. Að mati Samkeppniseftirlitsins eru engar vísbendingar til staðar um að önnur atriði muni eyða samkeppnishamlandi áhrifum samrunans, t.d. kaupendastyrkur eða samkeppni frá öðrum hugsanlegum keppinautum. Sökum þessa er heimilt að grípa til íhlutunar á grundvelli 17. gr. c samkeppnislaga vegna skaðlegra áhrifa samrunans á markaðnum fyrir sýningar á kvikmyndum í kvikmyndahúsum á höfuðborgarsvæðinu.

Við þetta má bæta að möguleikinn á virkri samkeppni á fákeppnismörkuðum er undir því kominn að þau fyrirtæki sem á honum starfa hafi styrk og getu til að keppa við þau fyrirtæki sem eru í sterkastri stöðu á markaðnum. Þá hefur jafnan verið talið erfiðara að hagnast á þegjandi samhæfingu á markaði ef á markaðnum eru smærri fyrirtæki sem hafa bolmagn til þess að gera hinum stóru skráveifur. Ljóst er að hvorugt af þessu getur átt við á markaði þessa máls þar sem engum fleiri minni keppinautum er til að dreifa en þeim sem þegar eru þátttakendur í samhæfingunni og því sameiginlega markaðsráðandi.

#### 4. Um stöðu Þrjúbíós

Í máli þessu hefur því verið haldið fram að rekstur Þrjúbíós (Háskólabíós) hafi gengið erfiðlega undanfarin ár og sökum þess beri að heimila samrunann. Segir að tilgangurinn með samrunanum sé að tryggja áframhaldandi starfsemi Háskólabíós sem að sögn aðila hafi gengt „mikilvægu hlutverki í samfélaginu“.

Í samkeppnisrétti er í undantekningartilvikum unnt að fallast á að samkeppnishamlandi samruna megi hugsanlega réttlæta með því að slík breyting á markaðnum væri hvort sem er óhjákvæmileg, þar sem um væri að ræða sameiningu félags við annað félag sem ella myndi óhjákvæmilega hverfa af markaðnum vegna fjárhagserfiðleika. Eins og fram kemur í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 61/2007 *Kaup Sparisjóðs Siglufjarðar á afgreiðslu Glitnis á Siglufirði* er við mat á þessu rétt að líta til þess hvort eftirfarandi skilyrði eru uppfyllt:

- Í fyrsta lagi að fyrir liggja að félag það sem málsaðilar halda fram að stefni í þrot muni í nánustu framtíð hrökklast af markaðnum vegna fjárhagserfiðleika ef það yrði ekki tekið yfir af öðru félagi.
- Í öðru lagi að möguleiki á annarri sölu nefnds félags, sem hefði minni röskun á samkeppni í för með sér, sé ekki til staðar.
- Í þriðja og síðasta lagi að eignir þess félags sem stefnir í þrot myndu óhjákvæmilega hverfa af markaðnum og ekki verða grundvöllur nýs rekstrar, ef ekki kæmi til samrunans.

Það hvílir á samrunaaðilum að sanna að þessi skilyrði séu öll uppfyllt.<sup>80</sup> Hafa ber í huga að hér er um undantekningu að ræða og er slík niðurstaða háð ströngum skilyrðum. Meginsjónarmiðið að baki slíkri niðurstöðu er að undanþáguheimild af þessum toga geti aðeins átt við ef fyrir liggur að samkeppnislegri gerð markaðarins myndi hvort sem er hraka jafn mikið eða meira, þótt ekki yrði af samruna. Undir slíkum kringumstæðum er þannig ekki um að ræða orsakasamhengi milli samrunans og röskunar á samkeppni. Í máli þessu þarf því

<sup>80</sup> Sjá hér leiðbeiningarreglur framkvæmdastjórnar EB um mat á láréttum samruna (2004/C 31/03).



að leggja mat á það hvort samrunaaðilar hafi sýnt fram á að öll ofangreind skilyrði séu til staðar.

Í ljósi þess sem að framan er rakið er ljóst að leggja þarf vandað mat á það hversu alvarleg fjárhagsleg staða viðkomandi fyrirtækis sé. Þannig þarf að sýna fram á að viðkomandi fyrirtæki standi frammi fyrir langvarandi efnahagsvandamálum og taprekstri. Að sama skapi þarf að sýna fram á að ekki sé hægt að endurskipuleggja fyrirtækið þannig að hægt sé að reisa það við í framtíðinni.

Almennt má segja að samruni við illa statt fyrirtæki geti haft jákvæð áhrif á samkeppnislegar aðstæður ef engin önnur leið en sá samruni er fær til þess að halda framleiðsluþáttum hins illa stadda fyrirtækis inni á markaðinum. Þetta gildir ef enginn annar trúverðugur kaupandi að hinu illa stadda fyrirtæki er fyrir hendi. Þau rök að fyrirtæki sé illa statt og stefni í þrot hafa því mestan þunga þegar unnt er að sýna fram á að samruninn geri það kleift að halda framleiðsluþáttum inni á markaði og nýta þá til framleiðslunnar.

Verður nú nánar vikið að þeim skilyrðum sem fram hafa verið sett fyrir því að fallast megi á samruna undir þessum kringumstæðum.

Hvað varðar fyrsta skilyrðið telur Samkeppniseftirlitið að ekki hafi verið sýnt fram á það í málinu að fjárhagsstaða Þrjúbíós sé erfið. Þvert á móti lagði félagið fram ársreikning fyrir árið 2007 þar sem fram kemur að hagnaður hafi verið af rekstri félagsins á því ári. Ekki liggur fyrir rekstraruppgjör fyrir árið 2008 en samkvæmt upplýsingum sem aflað hefur verið bæði frá Senu og Sam-félaginu (sem rak Háskólabíó fyrstu mánuði ársins 2007) er ljóst að tekjur Háskólabíós jukust um tæplega [35-40]% á milli áranna 2007 og 2008. Hvað sem þessu líður hafa samrunaaðilar ekki lagt fram nein gögn í málinu sem sýna fram á að Þrjúbíó stefni í gjaldþrot eða standi frammi fyrir miklum taprekstri.

Að því er varðar annað skilyrðið þá eru engar upplýsingar um það í samrunaskrá að gerðar hafi verið tilraunir til að selja öðrum aðilum Þrjúbíó að hluta eða öllu leyti.

Hvað snertir þriðja skilyrðið þá bendir Samkeppniseftirlitið á að almennt gildir að fyrirtæki sem rekin eru með tapi endi á því að hætta starfsemi og fari út af markaði. Það er hins vegar ekki alltaf þannig að framleiðsluþættir þess (e. productive assets) hverfi einnig af markaði. Ef önnur fyrirtæki kaupa eignirnar eftir að fyrirtækið kemst í þrot, þá er vörn sem byggð er á því að fyrirtækið hafi stefnt í þrot (e. failing firm defence) ekki gild. Vörn byggð á því að fyrirtæki stefni í þrot er því aðeins gild frá lagalegu sjónarmiði að framleiðsluþættir fyrirtækisins myndu hverfa af markaði ef samruni væri ekki heimilaður.<sup>81</sup> Samkeppniseftirlitið telur ljóst að jafnvel þó leigusamningi við Sáttmálasjóð sem á Háskólabíó yrði

<sup>81</sup> Sjá Simon Bishop og Mike Walker, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, London, Sweet & Maxwell, 2002, bls. 307: „However, this does not mean that their productive assets will also leave the market. If other firms will buy the assets after a firm has failed, then the failing firm defence of the firm is not valid. Only if productive assets would otherwise exit the market does the failing firm argument provide a legitimate defence. ”



sagt upp og starfsemi kvikmyndasýninga hætt yrði húsnæðið (sýningarsalirnir) til áfram enda er það einnig nýtt undir kennslu o.fl. Ljóst er því að þessi megin framleiðsluþáttur mun ekki hverfa af markaðnum þó Þrjúbíó færi í þrot.

Að framangreindu virtu telur Samkeppniseftirlitið að skilyrði séu ekki uppfyllt til þess að leyfa samrunann á grundvelli meintrar alvarlegrar stöðu Þrjúbíós.

## **5. Sjónarmið Myndforms um jákvæð samkeppnisleg áhrif samrunans**

### **5.1 Sjónarmið Myndforms**

Í athugasemdum Myndforms við andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins kemur fram það mat að í málinu hafi ekki verið tekið nægilegt tillit til jákvæðra áhrifa samrunans heldur einungis einblínt á neikvæð samkeppnisleg áhrif. Segir að markaðsaðstæður hér á landi séu þannig að þau fyrirtæki sem dreifi kvikmyndum til sýninga í kvikmyndahúsum verði að eiga „innhlaup“ hvert hjá öðru til að geta mætt kröfum erlendra framleiðenda um sýningargetu á kvikmyndum. Á Íslandi sé sýningarveltan hröð, kvikmyndir séu sýndar í tiltölulega skamman tíma í kvikmyndahúsum og til þess að ná hámarkstekjum sé nauðsynlegt að sýna a.m.k. vinsælar kvikmyndir einnig í kvikmyndahúsum keppinautanna.

Þá segir að Myndform sé minnsti keppinauturinn á markaðnum með einungis [10-15]% markaðshlutdeild og starfi við hlið tveggja aðila sem hvor um sig séu með um 40-45% hlutdeild. Með samrunanum aukist sætaframboð Myndforms mikið sem sé forsenda þess að fyrirtækið geti starfað áfram á markaðnum. Nauðsynlegt sé fyrir Myndform að geta tryggt dreifingu á þeim erlendu kvikmyndum sem félagið hafi umboð fyrir. Það geti félagið sem dreifingaraðili ekki gert með því að sýna myndir aðeins í Laugarásbíói. Tilgangur Myndforms með kaupum á 50% hlut í Þrjúbíói hafi því verið sá að styrkja stöðu félagsins sem dreifingaraðila í samkeppni við Senu og Sam-félagið en ekki sá að bindast auknum „stjórnunar- og rekstrarlegum“ böndum við Senu í þeim tilgangi að stjórna verðmyndun á markaðnum.

Til viðbótar við framangreint nefnir Myndform m.a. að Sam-félagið hafi ítrekað reynt að fá einkaumboð fyrir Universal og Paramount en félagið hefur eins og áður greinir yfir að ráða hluta af umboðum frá umræddum framleiðendum á mótí Myndformi. Hafi Sam-félagið beitt þeim rökum gagnvart framleiðendum að það félag réði yfir mun öflugra dreifingarkerfi, hefði fleiri kvikmyndasali og hærri markaðshlutdeild en Myndform. Það væri því órökrétt að skipta umboðunum á milli Sam-félagsins og Myndforms. Í þessu sambandi hafi Sam-félagið hóttað að útiloka myndir frá umræddum framleiðendum nema þeir fengju einkarétt að dreifingu mynda þeirra á Íslandi.

Myndform heldur því einnig fram að forsenda fyrir því að félagið geti fengið frekari dreifingarumboð og aukið kaup á óháðum myndum sé sú að það hafi yfir að ráða ákveðnum fjölda sýningarsala og nægu sætaframboði. Hafi Myndform á undanförunum árum oft misst af óháðum myndum til bæði Senu og Sam-félagsins sem hafi yfir mun meira sætaframboði að ráða.



Myndform telja því að samningurinn um kaup á 50% hlut í Þrjúbíó feli það í sér að staða Myndforms sem minnsta aðilans á markaðnum hafi í raun styrkst en staða Senu sem stærsta aðilans veikst. Samningurinn tryggir því að dreifingaraðilar á markaðnum verði fleiri en tveir, þ.e. Sena og Sam-félagið.

## 5.2 Mat Samkeppniseftirlitsins

Vegna sjónarmiða Myndforms vill Samkeppniseftirlitið fyrst taka fram að hér að framan hefur ítarlega verið rökstutt að kaup Myndforms á 50% hlut í Þrjúbíó raski samkeppni með alvarlegum hætti. Er þess vegna ekki unnt að heimila samrunann jafnvel þótt að hann kynni að hafa í för með sér einhver jákvæð áhrif fyrir samrunaaðila.

Sjónarmið Myndforms má skilja sem svo að forsenda þess að kvikmyndahúsin geti starfað á umræddum markaði sé sú að þau eigi náð samstarf við keppinauta sína um samsýningar á kvikmyndum. Þau verði að eiga „innhlaup“ hvert hjá öðru þar sem erlendir framleiðendur geri kröfur um að vinsælar kvikmyndir séu sýndar samtímis í mörgum kvikmyndahúsum. Þetta eigi sérstaklega við um Myndform sem sé minnsti keppinaturinn á markaðnum. Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á að þessi sjónarmið um hugsanleg jákvæð samkeppnisleg áhrif samrunans vegi þyngra en hin skaðlegu áhrif sem af honum leiða og rakin hafa verið hér að framan. Samkeppniseftirlitið bendir hér að kvikmyndahúsin þrjú, þ.e. Sena, Sam-félagið og Myndform eru sjálfstæð fyrirtæki og m.a. keppinutar á þeim markaði sem skilgreindur hefur verið í máli þessu. Markmið samkeppnislaga er m.a. að efla virka samkeppni í viðskiptum en forsenda þess að það markmið náist er að fyrirtæki starfi sjálfstætt og eigi ekki í samstarfi við keppinauta sína um mikilvæg viðskiptaleg og markaðsleg málefni. Sá samruni sem hér um ræður felur það í sér að Sena og Myndform munu hafa sameiginleg yfirráð yfir félagi (Þrjúbíói) sem sem starfar á sama markaði og eigendur þess. Samruninn mun því óhjákvæmilega draga úr sjálfstæði Senu og Myndforms sem keppinauta á skilgreindum markaði. Samruninn mun þó ekki einungis vera til þess fallinn að samræma samkeppni á milli Senu og Myndforms heldur er hann einnig til þess fallinn að styrkja sameiginlega markaðsráðandi stöðu allra keppinauta á skilgreindum markaði, sbr. umfjöllun hér að framan.

Sam-félagið hefur mótmælt því að hafa reynt að ná umboðum af Myndformi og Myndform hefur ekki stutt þessi sjónarmið sín neinum gögnum. Er því ósannað í þessu máli að Sam-félagið hafi beitt sér í þeim tilgangi að ná umræddum umboðum fyrir Universal og Paramount af Myndformi. Myndform hafa um langt skeið verið með umboð fyrir þessa framleiðendur og hefur félagið ekki rökstutt nægjanlega hvers vegna umrædd kaup á 50% hlut í Þrjúbíói séu forsenda þess að umræddir framleiðendur viðhaldi samningum sínum við fyrirtækið.

## V.

### Niðurstaða

Samkvæmt framansögðu telur Samkeppniseftirlitið að Sena, Myndform og Sam-félagið séu í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu á markaðnum fyrir kvikmyndasýningar í kvikmyndahúsum á höfuðborgarsvæðinu. Það er ennfremur mat Samkeppniseftirlitsins að kaup Myndforms á 50% hlut í Þrjúbíói af Senu séu





til þess fallin að auka enn frekar á formbundin tengsl á milli félaganna og þar með stuðla að enn frekari samhæfingu á markaðnum með tilheyrandi röskun á samkeppni. Þá muni kaupin fela í sér styrkingu á sameiginlegri markaðsráðandi stöðu Senu, Sam-félagsins og Myndforms á skilgreindum markaði.

Með vísan til alls þess sem að framan er rakið er það mat Samkeppniseftirlitsins að kaup Myndforms á helmingi hlutafjár í Þrjúbíói ehf. fari gegn markmiði samkeppnislaga og hindri virka samkeppni á þeim markaði sem áhrifa gætir. Samruninn fer því gegn 17. gr. c. samkeppnislaga. Sökum þessa er að mati Samkeppniseftirlitsins ástæða til þess að grípa til íhlutunar vegna samrunans. Samkvæmt ákvæðinu getur íhlutun falið í sér ógildinguna eða setningu skilyrða. Eins og áður sagði telur Sena að heimilt sé í þessu máli að grípa til íhlutunar vegna samrunans.

Í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins, sem var sent samrunaaðilum þann 21. febrúar 2009, var þeim kynnt það frummat eftirlitsins að samruninn færi gegn samkeppnislögum. Var þeim og bent á að ef þeir teldu mögulegt að setja umræddum samruna skilyrði sem komi í veg fyrir samkeppnishamlandi áhrif hans væri rétt að þeir hefðu frumkvæði að því að setja fram tillögur að slíkum skilyrðum til Samkeppniseftirlitsins ásamt fullnægjandi rökstuðningi, sbr. úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í málum nr. 18/2001 *Mjólkurfélag Reykjavíkur svf. Lýsi hf. og Fóðurblandan hf. gegn samkeppnisráði* og nr. 6/2006 *DAC ehf. og Lyfjaver ehf. og Lyf og heilsa ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

Í athugasemdum Senu sem bárust Samkeppniseftirlitinu þann 10. mars 2009 komu fram tillögur að skilyrðum. Um er að ræða eftirfarandi tillögur:

- „1. *Bann verði við markaðssetningu Háskólabíós í samstarfi við önnur kvikmyndahús Senu og Myndforms á markaðnum umfram það sem tíðkast í dag.*
2. *Viðskipti Senu og Myndforms verði með sambærilegum hætti og ef um viðskipti milli óskyldra aðila væri að ræða. Sama eigi við um viðskipti félaganna við Þrjú bíó.*
3. *Senu og Myndformi verði óheimilt að hafa með sér hvers konar samvinnu eða grípa til samstilltra aðgerða um viðskipta- og samkeppnismál. Í þessu felst m.a. bann við samvinnu eða samstilltum aðgerðum sem lúta að eftirfarandi atriðum:*
  - a. *Verði og verðstefnu*
  - b. *Viðskiptakjörum*
  - c. *Eðli þjónustu og þjónustuframboði*
  - d. *Markaðsmálum, viðskiptastefnu og viðskiptaáætlunum*
  - e. *Viðskiptavinum og sölusvæðum*
4. *Þrjú bíó verði skylt að taka við kvikmyndum til sýninga, ef kjör eru í samræmi við það sem almennt tíðkast og ríkar ástæður séu ekki forsenda viðskiptasynjunar. Þá verði Þrjú bíó óheimilt*



*að starfa á grundvelli reglna sem ætlað er að tryggja að tiltekið hlutfall sýndra kvikmynda, mælt í fjárhæðum eða tímalengd, sé keypt af Senu eða Myndformi.*

5. *Sýningum á kvikmyndum frá öðrum aðilum en Senu og Myndformi verði gert jafn hátt undir höfði og sýningu mynda frá Senu og Myndformi, bæði varðandi verð, sýningartíma, kynningar o.fl."*

Þá segir að auki yrðu hefðbundin ákvæði um kynningu skilyrðanna fyrir starfsmönnum fyrirtækjanna auk annars sem rétt er og eðlilegt að hafa í skilyrðum fyrir samrunum. Í athugasemdum Myndforms segir um skilyrði að félagið telji að ekki sé „ástæða til að skilyrða kaupin og getur félagið ekki tekið undir sjónarmið Senu í því efni." Hins vegar segir að félagið leggist „þó ekki gegn því að einhver raunhæf skilyrði verði sett, ef því er að skipta."

Á fundi með Senu þann 20. mars 2009 og Myndformi þann 23. mars 2009 gerðu félögin nánari grein fyrir sjónarmiðum sínum varðandi hugsanleg skilyrði. Eins og skilyrðin bera með sér lúta þau einkum að því að Senu og Myndformi verði óheimilt að hafa með sér frekara samstarf um markaðssetningu Háskólabíós (Þrjúbíós) umfram það sem nú er. Þá skuli viðskipti milli Senu og Myndforms verða eins og ef um viðskipti milli óskyldra aðila væri að ræða auk þess sem félögunum yrði óheimilt að hafa með sér hvers konar viðskiptalega samvinnu. Þá felst í tillögunum að Þrjúbíói verði almennt gert skylt að taka við kvikmyndum til sýninga frá ótengdum aðila og að óheimilt verði að gera það að skilyrði að tiltekið hlutfall sýndra mynda verði keypt af Senu eða Myndformi. Þá verði gætt jafnræðis á meðal dreifingaraðila við sýningar.

Samkeppniseftirlitið átti einnig fund með Sam-félaginu þann 24. mars 2009 þar sem því félagi voru kynnt skilyrðin. Á fundinum kom fram það mat af hálfu Samfélagsins að skilyrðin myndu ekki leysa þau samkeppnislegu vandamál sem stöfuðu af samrunanum. Sena og Myndform hefðu um langt skeið átt náið samstarf á markaðnum og umrædd kaup væru til þess fallin að efla það samstarf enn frekar.

Við mat á þessum skilyrðum verður fyrst að hafa í huga úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 18/2001 *Mjólkurfélag Reykjavíkur svf. Lýsi hf. og Fóðurblandan hf. gegn samkeppnisráði* en þar kemur fram að rétt skýring á samrunaákvæði samkeppnislaga „*leiðir til þess að einungis geta komið til álita skilyrði fyrir samruna sem eru til þess fallin að koma í veg fyrir að markaðsráðandi staða, sem hindrar virka samkeppni, verði til eða styrkist.*" Í EES/EB samkeppnisrétti hafa dómstólar EB lagt sömu reglu til grundvallar.<sup>82</sup> Í þeim rétti er þannig lögð áhersla á að framkvæmdastjórn EB sé aðeins heimilt að

<sup>82</sup> Í t.d. dómi undirréttar EB í máli nr. T-158/00 *ARD v Commission* [2003] ECR II-3825 var bent á þetta: „*According to the case-law, the Commission is empowered to accept only commitments which are capable of preventing the creation or strengthening of the dominant position identified by it in its analysis of the notified concentration.*”



fallast á skilyrði í samrunamálum sem eyða með öllu hinum samkeppnislegu vandkvæðum.<sup>83</sup>

Varðandi setningu skilyrða og hlutverk samkeppnisfirvalda ber að líta til þessara ummæla í úrskurði áfrýjunarnefndar í máli nr. 18/2001:

*„Með þeirri aðferð sem viðhöfð var fengu áfrýjendur ítrekað færi á að setja fram hugmyndir sínar um skilyrði til að koma í veg fyrir frekari íhlutun vegna samrunans. Óhjákvæmilegt var að leggja þessar hugmyndir til grundvallar í öllum aðalatriðum enda má ætla að stjórnendur viðkomandi fyrirtækja hafi besta þekkingu á því hversu langt verði gengið til þess að markmiðið með hlutabréfakaupunum og yfirtökunni gæti talist viðunandi. Samkeppnisráði var því rétt að ljúka málinu í því horfi sem það var í þegar ákvörðunin var tekin. Hefur ekki verið sýnt fram á eða gert líklegt að önnur og víðtækari skilyrði hefðu dugað sem unnt hefði verið að samrýma tilgangi áfrýjenda með hlutabréfakaupunum og yfirtökunni. Áfrýjunarnefndin fellst því á að samkeppnisráði hafi verið rétt að taka afstöðu til samrunans með þeim skilyrðum sem áfrýjandi hafði sett fram.“*

Samkvæmt framansögðu ber samrunaaðilum að gera tillögur að skilyrðum sem þeir telja að geti eytt samkeppnishömlum en samræmast eftir sem áður markmiði aðilanna með viðkomandi samruna eða yfirtöku. Hlutverk samkeppnisfirvalda felst á endanum í því að meta hvort umrædd skilyrði eru fullnægjandi. Ástæða þess er sú að skilyrði sem eru sett einhliða af samkeppnisfirvöldum geta verið í andstöðu við tilgang viðkomandi samruna og meira íþyngjandi en ákvörðun um að ógilda hann. Í þessu sambandi hefur verið bent á að það sé ekki hlutverk samkeppnisfirvalda að endurskipuleggja samruna fyrirtækja.<sup>84</sup> Er þetta sama regla og gildir í samrunamálum í EES/EB-samkeppnisrétti. Hefur í þeim rétti komið fram með skýrum hætti að það eru viðkomandi fyrirtæki en ekki framkvæmdastjórn EB sem verða að hafa frumkvæði að því að gera tillögur að skilyrðum.<sup>85</sup>

Við mat á þessum skilyrðum verður einnig að hafa í huga að samruni þessa máls skapar mjög alvarleg samkeppnisleg vandamál, sem m.a. felast í styrkingu á sameiginlegri markaðsráðandi stöðu allra keppinauta á skilgreindum markaði. Eðli málsins samkvæmt gerir þetta mjög ríkar kröfur til skilyrða í máli þessu.

<sup>83</sup> Sjá Cook & Kerse, EC Merger Control, fjórða útgáfa 2005 bls. 290: „The Commitments must be proportional to, and entirely eliminate the competition problem.“

<sup>84</sup> Sjá Navarro, Font, Folguera & Briones, Merger Control in the EU, önnur útgáfa 2005 bls. 341: „... the Commission cannot, on its own initiative, rewrite the notified operation. It can only impose conditions or amendments on the notified operation once the parties have proposed such changes themselves, with a view to resolving the competition problem identified by the Commission.“

<sup>85</sup> Sjá t.d. Bellamy & Child, European Competition Law of Competition, fimmta útgáfa 2001 bls. 444-445: „Where the proposed concentration might give rise to competition concerns, the parties may be able to avoid and adverse decision by offering the Commission commitments to provide particular remedies that would remove those concerns. ... Responsibility for formulating and offering a proposed commitment is exclusively a matter for the parties.“ Sjá einnig Cook & Kerse, EC Merger Control, fjórða útgáfa 2005 bls. 282: „It is the Commission’s role to identify and articulate the competition concerns attributable to a concentration. It is the duty of the parties to it to devise commitments to remedy these concerns to the satisfaction of the Commission.“



Eins og áður segir er aðeins heimilt að fallast á skilyrði í samrunamálum sem eyða með öllu hinum samkeppnislegu vandkvæðum. Hafa fræðimenn bent á að tilgangur samrunareglna sé að vernda samkeppnislega gerð markaða með því að vinna gegn m.a. myndun eða styrkingu markaðsráðandi stöðu. Þetta gefi sterklega til kynna að í samrunamálum eigi að beita skilyrðum sem lúta að gerð markaðarins (e. structural remedies) frekar en skilyrðum sem lúta að hegðun fyrirtækja (e. behavioural remedies).<sup>86</sup> Einnig hefur verið bent á það að tillögur að skilyrðum sem aðeins fela í raun í sér loforð um að brjóta ekki samkeppnisreglur eru almennt ekki fullægjandi.<sup>87</sup> Undirréttur EB hefur einnig bent á að skilyrði sem lúta að gerð markaðarins séu almennt æskilegri þar sem þau komi í eitt skipti fyrir öll, eða a.m.k í umtalsverðan tíma, í veg fyrir myndun eða styrkingu markaðsráðandi stöðu. Jafnframt þurfi ekki til lengri tíma að fylgjast með því að slík skilyrði séu virt. Hins vegar sé ekki unnt að útiloka að skilyrði sem virðist í fyrstu lúta að hegðun fyrirtækja geti komið í veg fyrir myndun eða styrkingu markaðsráðandi stöðu.<sup>88</sup> Hegðunarskilyrði kunna því að koma til álita. Sérstök sjónarmið eiga hins vegar við í málum sem varða sameiginlega markaðsráðandi stöðu. Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 28/2006 er vísað til þess að „fræðimenn hafa bent á að þar sem vandamálið felst í eðli viðkomandi markaðar nægja skilyrði oft ekki til þess að eyða þeirri samkeppnisröskun sem myndun sameiginlegrar markaðsráðandi stöðu hefði í för með sér. Vísað hefur verið til þess að huga verði vandlega að þeim úrræðum sem viðeigandi er að grípa til þegar framkvæmdastjórn EB kemst að þeirri niðurstöðu að samruni skapi eða styrki sameiginlega markaðsráðandi stöðu. Bent er á að þar sem það eru eðlislæg einkenni markaðarins sem gera það mögulegt að fákeppni verði til og dafni, kunna það að vera ófullnægjandi úrræði að fallast á skilyrði frá samrunaaðilum. Halda megi því fram að sé fyrirfram tilhneiging til fákeppni á markaðnum, muni það eitt geta tryggt virka samkeppni á markaðnum að viðhalda nægum fjölda fyrirtækja á markaðnum. Þetta gefur til kynna að afdráttarlaust bann við ráðstöfunum sem fækka keppinautum niður fyrir örugg

<sup>86</sup> Sjá t.d. Cook & Kerse, EC Merger Control, fimmta útgáfa 2009 bls. 284: „The Commission should accept only commitments that are capable of rendering the notified concentration compatible with the Common Market by eliminating the competition concerns. The purpose of the Regulation is to protect the structure of competition in the Community by preventing significant impediments to effective competition, in particular by the creation or strengthening of a dominant position. This strongly implies structural remedies (i.e. divestiture of a business or shares) as opposed to behavioural remedies (undertakings to behave in a particular way).“ Sjá einnig Whish, Competition Law, sjötta útgáfa 2008, bls. 874: „In the Commission’s view a commitment as to a future behaviour would be acceptable “only exceptionally in very specific circumstances.”

<sup>87</sup> Sjá t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar frá 30. janúar 2004 í máli nr. M.1378 Hoechst/Rohne Poulenc: „The Commission has a clear policy not to accept undertakings in merger control which are purely behavioural and equate to a mere promise to respect the law.“ Sjá einnig Navarro, Font, Folguera & Briones, Merger Control in the EU, önnur útgáfa 2005 bls. 346: „...Articles 81 and 82 of the Treaty allow the behaviour of undertakings to be controlled. Allowing commitments purely concerning conduct under the Merger Regulation would, in theory, make redundant the very control of concentrations.“

<sup>88</sup> Sjá dóm undirréttar í máli nr. T-102/96 Gencor Ltd. v Commission [1999] 4 CMLR 971: „It is true that commitments which are structural in nature, such as a commitment to reduce the market share of the entity arising from a concentration by the sale of a subsidiary, are, as a rule, preferable from the point of view of the Regulation’s objective, inasmuch as they prevent once and for all, or at least for some time, the emergence or strengthening of the dominant position previously identified by the Commission and do not, moreover, require medium or long-term monitoring measures. Nevertheless, the possibility cannot automatically be ruled out that commitments which prima facie are behavioural, for instance not to use a trademark for a certain period, or to make part of the production capacity of the entity arising from the concentration available to third-party competitors, or, more generally, to grant access to essential facilities on non-discriminatory terms, may themselves also be capable of preventing the emergence or strengthening of a dominant position.“



*mörk kunni að vera það úrræði sem er best viðeigandi, rökréttast og í samræmi við meðalhóf."*

Að mati Samkeppniseftirlitsins eru framangreindar tillögur samrunaaðila að skilyrðum ekki þess eðlis að þær komi í veg fyrir þau samkeppnislegu vandamál sem leiða af samrunanum.

Í tl. 2 í tillögum að skilyrðum er lagt til að viðskiptum félaganna þriggja, þ.e. Senu, Myndforms og Þrjúbíós, verði háttað eins og um viðskipti á milli óskyldra aðila væri að ræða. Eftir sem áður leiðir af skilyrði í tl. 1 að heimilt verður að markaðsetja Þrjúbíó í samstarfi við kvikmyndahús Senu og Myndforms svo lengi sem slíkt samstarf sé ekki „umfram það sem tíðkast í dag." Samkeppniseftirlitið fær ekki betur skilið en í þessum tillögum að skilyrðum felist ákveðin þversögn. Sena og Þrjúbíó eru undir yfirráðum sömu aðila og starfa því sameiginlega að markaðssetningu þeirra kvikmynda sem sýndar eru í kvikmyndahúsum í þeirra eigu. Vandséð er þá hvernig viðskipti milli þessara aðila geta verið eins og viðskipti milli óskyldra aðila þegar þeim er jafnframt heimilt að viðhalda sömu samvinnu um markaðsmál og áður hefur verið.

Skilyrði í tl. 3 lýtur að því að Sena og Myndformi verði óheimilt að samræma aðgerðir um atriði sem tengjast „viðskipta- og samkeppnismálum". Samkeppniseftirlitið bendir hér á að Sena og Myndform eru sjálfstæð fyrirtæki og m.a. keppinautar skilgreindum markaði í máli þessu. Fyrirtækjunum er því þegar óheimilt samkvæmt 10. gr. samkeppnislaga að grípa til þeirra aðgerða sem tilgreind eru í tl. 3. Skilyrðið hefur því enga þýðingu.

Skilyrðum í tl. 4 og 5 er annars vegar ætlað að tryggja aðgengi annarra keppinauta að kvikmyndasölum Þrjúbíós og hins vegar að þeim verði gert jafn „hátt undir höfði" við sýningu kvikmynda eins og eigendanna, þ.e. Senu og Myndforms. Eins og ljóst er af framansögðu er einungis einn annar keppinautur fyrir utan samrunaaðila sem starfar á skilgreindum markaði, þ.e. Sam-félagið. Það félag er með litlu minni markaðshlutdeild en Sena og jafnframt sameiginlega í markaðsráðandi stöðu með samrunaaðilum. Aukið samstarf þessara aðila er ekki til þess fallið að efla samkeppni á markaði þessa máls og jafnframt til þess fallið að styrkja enn frekar sameiginleg markaðsyfirráð. Þó skilyrði sem þessi gætu mögulega auðveldað nýjum keppinaut innkomu á markaðinn vega neikvæð áhrif hér þyngra.

Í tillögum Senu er ekki gert ráð fyrir skilyrði sem tryggir rekstrar- og/eða stjórnunarlegan aðskilnað á milli Þrjúbíós annars vegar og eigenda félagsins hins vegar. Hafa samrunaaðilar reyndar bent á að rekstur Þrjúbíós sé ekki það umfangsmikill að hann standi undir sjálfstæðri yfirstjórn þar sem starfandi væri sérstakur framkvæmda- eða rekstrarstjóri. Með hliðsjón af þessu er að mati Samkeppniseftirlitsins óljóst hvernig skilyrðum sem ætlað er að tryggja viðskiptalegt sjálfstæði yrði framfylgt jafnvel þó talið yrði að þau myndu leysa hin samkeppnislegu vandamál sem leiða af samrunanum og rakin hafa verið hér að framan.



Umrædd skilyrði lúta að hegðun en ekki að gerð markaðarins. Af öllu framangreindu er ljóst að tillögur samrunaaðila sem varða skilgreindan markað í málinu munu ekki tryggja að aðilar samrunans geti ekki notfært sér stöðu sína til þess að samhæfa markaðsstefnu sína enn frekar. Tillögurnar veita ekki fullnægjandi tryggingu fyrir því að samrunanum fylgi ekki skaðleg samkeppnisleg áhrif gagnvart viðskiptavinum fyrirtækisins, keppinautum þess og neytendum. Af þessu leiðir að umrædd skilyrði samrunaaðila duga ekki til að leysa þau samkeppnislegu vandamál sem stafa af samrunanum.

Við skoðun og mat á tillögum samrunaaðila á skilyrðunum var ljóst að þau gengju ekki nægilega langt til þess að koma í veg fyrir neikvæð áhrif samrunans á samkeppni að mati Samkeppniseftirlitsins. Það er því mat Samkeppniseftirlitsins að ekki séu forsendur til þess að samþykkja samrunann með skilyrðum. Er samruninn því ógiltur með ákvörðun þessari.

#### **VI. Ákvörðunarorð:**

**„Samningur dags. 14. október 2008 um kaup Myndforms ehf. á helmingi hlutafjár í Þrjúbíói ehf. af Senu ehf. felur í sér samruna í skilningi 4. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005. Samruninn hindrar virka samkeppni þar sem hann leiðir til þess að sú sameiginlega markaðsráðandi staða sem samrunaaðilar deila með Sam-félaginu ehf. á markaði fyrir sýningar kvikmynda í kvikmyndahúsum á höfuðborgarsvæðinu styrkist og vinnur þar með gegn markmiðum samkeppnislaga. Með heimild í 17. gr. samkeppnislaga ógildir Samkeppniseftirlitið samrunann.“**

Samkeppniseftirlitið

Páll Gunnar Pálsson