

Úrskurður

áfrýjunarnefndar samkeppnismála

í máli nr. 4/2006

Dagur Group hf.

gegn

Samkeppniseftirlitinu

I.

Hin kærða ákvörðun og kröfur málsaðila.

Með bréfi, dags. 14. júlí 2006, hefur Dagur Group hf. kært ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 20/2006, sem tekin var 16. júní 2006. Í hinni kærðu ákvörðun, komst Samkeppniseftirlitið að þeirri niðurstöðu að áfrýjandi hefði, með samningi við Hagkaup, brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005, sem og 3. tölulið ákvörðunarorðs samkeppnisráðs nr. 19/2004. Var áfrýjanda gert að greiða 65 milljónir króna í stjórnvaldssekt.

Af hálfu áfrýjanda er þess aðallega krafist að hinni kærðu ákvörðun verði hrundið og breytt með þeim hætti að hann verði ekki talinn hafa, með samningi Norðurljósa (Skífunnar) og Hagkaupa frá 30. apríl 2003, brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga, sem og að hann verði ekki talinn hafa með samningi Skífunnar og Hagkaupa, dags. 1. september 2004, brotið gegn sama lagaákvæði og 3. tölulið ákvörðunarorða samkeppnisráðs nr. 19/2004. Til vara er þess krafist að stjórnvaldssekt sú sem lögð var á áfrýjanda verði felld niður, en til þrautavara að hún verði stórlega lækkuð.

Af hálfu Samkeppniseftirlitsins er þess krafist að ákvörðunin verði staðfest með vísan til forsendna hennar.

II.

Helstu málavextir.

Þann 4. desember 2001 komst samkeppnisráð að þeirri niðurstöðu að Skífan hefði misnotað markaðsráðandi stöðu sínu með gerð einkakaupasamnings við fyrirtækið Aðföng um sölu á tónlist á geisladiskum í verslunum Baugs hf. Lagði samkeppnisráð stjórnvaldssekt á Skífuna. Skífan skaut málinu til áfrýjunarnefndar samkeppnismála og síðar til dómstóla. Með dómi Hæstaréttar 19. febrúar 2004 var staðfest sú niðurstaða að Skífan hefði brotið gegn samkeppnislögum með umræddum samningi.

Þann 20. febrúar 2004 fékk Samkeppnisstofnun tilkynningu um m.a. samruna verslunarsviðs Tæknivals hf. og Skífunnar. Með tilkynningunni fylgdu ýmsir samningar Skífunnar þ.á m. samningur fyrirtæksins og Hagkaupa um sölu á tónlistardiskum, dags. 30. apríl 2003. Við nánari skoðun á samningnum taldi stofnunin að hann kynni að fela í sér brot gegn 11. gr. samkeppnislaga nr. 8/1993 og hóf því rannsókn málsins. Eftir samruna Skífunnar og verslunarreksturs Tæknivals hf. skipti fyrirtækið um eigendur og var nafni samsteypunnar breytt í Dag Group hf., sem er áfrýjandi máls þessa.

Með bréfum Samkeppnisstofnunar til Skífunnar og Hagkaupa, dags. 13. apríl 2004, óskaði stofnunin eftir ýmsum upplýsingum frá fyrirtækjunum vegna samningsins frá 30. apríl 2003, svo og vegna annarra hugsanlegra samninga um sölu á tölvuleikjum og tónlistar- og mynddiskum. Svar barst frá áfrýjanda með bréfi, dags. 13. desember 2004. Í svarbréfinu kom fram að ekki hefðu fundist nein gögn né samskipti um undirbúning samninganna. Aftur á móti hafi fundist nýr samningur um sölu á afþreyingarefni, undirritaður í september 2004.

Þann 13. apríl 2005 var áfrýjanda send frumathugun Samkeppnisstofnunar. Var það mat stofnunarinnar að samningar áfrýjanda við Hagkaup dags. 30. apríl 2003 og í september

2004, færú gegn 11. gr. samkeppnislaga þar sem þeir hefðu falið í sér ólögmat einkakaup og tryggðarafslætti. Einnig var talið að síðari samningurinn fæli í sér brot gegn ákvörðun samkeppnisráðs nr. 19/2004.

Málsmeðferð Samkeppnisstofnunar, síðar Samkeppniseftirlitsins, er að öðru leyti lýst í hinni kærðu ákvörðun og vísast til þess er þar segir. Hinn 16. júní 2006 var ákvörðun tekin í málinu. Ákvörðunarorð Samkeppniseftirlitsins hljóða svo:

„Með samningi Norðurljósa (Skífan) og Hagkaupa, dags. 30. apríl 2003, var brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga. Með samningi Skífunnar ehf. og Hagkaupa, dags. í september 2004, var brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga og gegn 3. tl. ákvörðunarorðs ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 19/2004. Brotum þessum er nánar lýst í ákvörðun þessari.

Með heimild í 37. gr. samkeppnislaga skal Dagur Group ehf. greiða stjórnvaldssekt að upphæð sextíu og fimm milljónir króna, (kr. 65.000.000,00).

Sektin skal greiðast ríkissjóði eigi síðar en þremur mánuðum eftir dagsetningu þessarar ákvörðunar. “

Mál þetta var flutt skriflega og munnlega fyrir áfrýjunarnefndinni. Greinargerð Samkeppniseftirlitsins barst 16. ágúst 2006. Á fundi sem haldinn var 28. sama mánaðar reifuðu málsaðilar helstu sjónarmið sín fyrir nefndinni.

III.

Helstu röksemdir málsaðila.

Röksemdir áfrýjanda

Af hálfu áfrýjanda er á því byggt að hann hafi ekki haft markaðsráðandi stöðu í skilningi 4. tölul. 1. mgr. 4. gr. samkeppnislaga á gildistíma umþrættra samninga. Þegar af þeirri

ástæðu geti ekki verið um misnotkun á markaðsráðandi stöðu að ræða. Áfrýjandi telur ekki rétt að horfa sérstaklega til hlutfalls íslenskrar tónlistar eins og gert sé í hinni kærðu ákvörðun. Þá sé ekki nægilegt að líta til markaðshlutdeildar áfrýjanda sem slíkrar. Nauðsynlegt sé að horfa til annarra atriða, einkum aðgangshindrana að viðkomandi markaði, svo sem í formi laga og reglna, flutningskostnaðar og eðli viðkomandi vöru. Fjöldi aðila á markaði skipti líka máli í þessu tilliti. Að sama skapi sé ljóst að sterk staða smásala á smásölumarkaðnum geti jafnframt dregið mjög úr markaðsstyrk heildsala.

Áfrýjandi bendir á að í hinni kærðu ákvörðun sé sú ályktun dregin af orðum sammingsins frá 30. apríl 2003 um að „*hilluplássi í samræmi við stærð þeirra á tónlistarmarkaði (nú um 85% af markaðshlutdeild)*“ hafi falist að 85% af tónlistardiskum sem seldir yrðu í verslunum Hagkaupa skyldu vera frá áfrýjanda. Af hálfu áfrýjanda er þessari túlkun Samkeppniseftirlitsins mótmælt sem rangri og órökstuddri. Samningurinn kveði aðeins á um að Hagkaup úthlutaði áfrýjanda „*hilluplássi í samræmi við stærð þeirra á tónlistarmarkaði (nú um 85% markaðshlutdeild)*“. Markmiðið hafi einungis verið að stuðla að því að framstilling tónlistardiska í verslunum Hagkaupa sem stöfuðu frá áfrýjanda væri sanngjörn og í föstum skorðum. Þetta hafi einnig verið forsenda þess að áfrýjandi gæti uppfyllt sammingsbundnar skyldur sínar gagnvart einstökum listamönnum. Í samræmi við ofangreind markmið hafi jafnframt verið kveðið á um það í samningnum, sbr. c-lið 4. gr. sammingsins að „*[s]ölumenn Norðurljósa [hefðu] eftirlit með uppstillingum í rekka í verslunum Hagkaupa, bæði með heimsóknnum og símaviðtölum með það að markmiði að hámarka sölu í Hagkaup og lágmarka skil*“. Áfrýjandi bendir á að í yfirlýsingu framkvæmdastjóra Hagkaupa, dags. 30. maí 2005, komi fram að áfrýjandi hafi „*hvorki gert kröfu um að tiltekið hlutfall afþreyingarvara í verslunum Hagkaupa kæmi frá Skífunni né gert aðrar viðlíkar kröfur*“ á árunum 2002-2005.

Af hálfu áfrýjanda er niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins þess efnis að samningur frá 2003 hafi falið í sér „*afsláttarfyrirkomulag*“ sem sé í andstöðu við ákvæði samkeppnislaga mótmælt. Vísar áfrýjandi til þess að með tryggðarafsláttum í samkeppnisrétti sé átt við afslætti sem sé bundnir því skilyrði að viðskiptavinur kaupi allar vörur sínar, eða langstærstan hluta þeirra, án tillits til magns, frá hinum markaðsráðandi aðila, eða hafa

það að markmiði að hafa slík áhrif. Slíkur tilgangur verði ekki dreginn af orðalagi umrædds samnings. Í engu hafi verið kveðið á um að veiting afsláttarins væri bundin því að tiltekið hlutfall vöruúrvals Hagkaupa yrði keypt frá áfrýjanda. Ekkert í málinu gefi heldur til kynna að þessi viðmiðunarfjárhæð hafi hvatt Hagkaup sérstaklega til þess að beina viðskiptum sínum að öllu eða stærstu leyti til áfrýjanda. Þá vísar áfrýjandi til þess að fyrir liggi yfirlýsing framkvæmdastjóra Hagkaupa, dags. 30. maí 2005, þar sem fram komi að á tímabili umrædds samnings hafi einfaldlega verið fastur 8,5% afsláttur sem hafi ekki verið háður neinum skilyrðum. Hafi því ekki verið byggt á umþrættum samningsákvæðum.

Af hálfu áfrýjandi er ekki fallist á að afsláttarfyrirkomulag samningsins frá september 2004 hafi verið andstætt samkeppnislögum enda sé veiting umræddra afslátta samkvæmt efni samningsins hvorki háð því að Hagkaup keypti allar vörur sínar eða langstærstan hluta þeirra frá áfrýjanda né til þess fallin að hafa slík áhrif. Þá liggi fyrir að í framkvæmd hafi verið veittur fastur 8,5% afsláttur án nokkurra skilyrða, sbr. áðurgreinda yfirlýsingu framkvæmdastjóra Hagkaupa.

Af hálfu áfrýjanda er því ekki andmælt að umrætt orðalag samningsins frá 2004 um hlutfall vöruúrvals kunni sem slíkt að stríða gegn 11. gr. samkeppnislaga og tilvísaðri ákvörðun samkeppnisráðs, enda allt annars eðlis en orðalag samningsins frá 2003. Allt að einu er það mat áfrýjanda að ekki sé um brot á samkeppnislögum að ræða. Vísar áfrýjandi til aðdraganda að gerð umrædds samnings, en mistök hafi leitt til þess að hann hafi verið gerður með þessum hætti. Mistök þessi hafi orðið vegna eigenda- og starfsmannaskipta að Skífunni, en forstjóri Skífunnar, sem hafi farið með málið hafi látið af störfum, og þeir starfsmenn Skífunnar sem komu að samningsgerðinni á síðari stigum, hafi verið grandalausir um að lögmaður fyrirtækisins hefði áður gert athugasemdir við ákvæði samningsins. Hafi þeir staðið í þeirri trú að umræddur samningur hafi verið lögmætur og tilbúinn til undirritunar.

Af hálfu áfrýjanda er á því byggt að þótt háttsemi hans verði að einhverju leyti talin andstæð samkeppnislögum og/eða ákvörðun samkeppnisráðs nr. 19/2004, séu málsatvik

öll með þeim hætti, að ekki sé þörf á sektum til að stuðla að og efla virka samkeppni eins og kveðið sé á um í 37. gr. samkeppnislaga. Mistök við gerð samnings, sem aldrei er byggt á og þau þannig í raun strax leiðrétt, geti vart kallað á sektargreiðslur.

Af hálfu áfrýjanda er sjónarmiðum Samkeppniseftirlitins þess efnis að umfang og eðli brota áfrýjanda séu „alvarleg“ og að fyrra samkeppnisbrot áfrýjanda, sbr. ákvörðun samkeppnisráðs nr. 40/2001, eigi að hafa ítrekunaráhrif, mótmælt.

Áfrýjandi telur að tekjur, einar og sér, geti ekki verið ráðandi atriði við mat á efnahagslegum styrkleika fyrirtækis, svo sem Samkeppniseftirlitið virðist byggja á. Fjárhagsstaða hans sé þvert á móti afar erfið.

Þá telur áfrýjandi að samstarfsvilji hans við rannsókn málsins eiga að koma til skoðunar við ákvörðun sekta. Hann hafi allt frá upphafi málsins kappkostað að upplýsa Samkeppniseftirlitið um tildrög, efni og framkvæmd umræddra samninga.

Röksemdir Samkeppniseftirlitsins

Samkeppniseftirlitið telur umfjöllun áfrýjanda um skilgreiningu hins landfræðilega markaðar, þ.e. að eftirlitinu sé óheimilt að horfa sérstaklega til hlutfalls íslenskrar tónlistar, óskýra. Þótt ekki hafi verið nauðsynlegt að skilgreina þjónustumarkaði í einstaka undirmarkaði breyti það engu um að tiltekin sjónarmið skipti máli við mat á því hvernig skuli skilgreina hinn landfræðilega markað. Eitt þeirra sjónarmiða sé sú staðreynd að ekki bjóði aðrir heildsalar upp á íslenskt efni en íslenskir heildsalar.

Hvað varðar málsástæðu áfrýjanda um að hann sé ekki í markaðsráðandi stöðu þá vísar Samkeppniseftirlitið til hinnar kærðu ákvörðunar en tekur m.a. fram, að markaðshlutdeild áfrýjanda og forvera hans, hafi um margra ára skeið verið langt yfir þeim mörkum sem í samkeppnisrétti séu talin skilja milli fyrirtækja sem séu markaðsráðandi og hinna sem séu það ekki. Há markaðshlutdeild veiti ein og sér mjög sterka vísbendingu um

markaðsráðandi stöðu enda þurfi aðstæður á markaði að vera með afar sérstökum hætti til að fyrirtæki, sem njóti 75 - 90% markaðshlutdeildar, teljist ekki vera í ráðandi stöðu. Hinn skilgreindi markaður í þessu máli hafi engin slík sérkenni.

Samkeppniseftirlitið bendir á að þegar talað sé um „hillupláss“ í samningi áfrýjanda við Hagkaup frá 30. mars 2003 sé augljóslega átt við það rými í versluninni sem sé til ráðstöfunar undir þær vörur sem séu til sölu, hún sé með tiltekið hillupláss undir hljómdiska. Af því plássi hafi áfrýjandi átt heimtingu á 85% hluta við undirritun samningsins. Með þessum hætti sé áfrýjandi, sem sé markaðsráðandi fyrirtæki, að takmarka mjög verulega möguleika keppinauta sinna á að auka hlutdeild sína á hinum skilgreinda markaði, einfaldlega vegna þess að Hagkaup sé einn þýðingarmesti smásöluaðili þeirrar vöru sem málið fjalli um. Samningurinn sé að þessu leyti réttilega skilgreindur sem einkakaupasamningur enda ljóst að á meðan áfrýjandi eigi heimtingu á 85% hilluplássins sem til staðar séu undir hljómdiska hjá Hagkaupum, þá hljóti Hagkaup að kaupa verulegan hluta þeirrar vöru frá áfrýjanda. Hagkaupum væri óheimilt að eftirláta öðrum aðila hillupláss umfram 15% og þar með kaupi Hagkaup að sjálfsgöðu ekki vöru af slíkum aðila umfram það.

Hvað varðar athugasemdir áfrýjanda um afsláttarfyrirkomulag, sem samið hafi verið um milli hans og Hagkaupa, bendir Samkeppniseftirlitið á að þegar markaðsráðandi fyrirtæki semji við kaupanda um að hækka afslátt til hans, eftir að tilteknu sölumarkmiði er náð, sé augljóst hvaða áhrif slíkur samningur hafi. Hann hafi þau áhrif að viðkomandi kaupandi kappkosti að versla við hið markaðsráðandi fyrirtæki fremur en ella af því hann eigi von á sérstökum afslætti þegar sölumarkmiði sé náð. Samkeppniseftirlitið telur að sjónarmið áfrýjanda um að eftirlitinu beri að sanna að samningar hans við Hagkaup hafi í raun haft skaðleg áhrif á samkeppni ganga þvert á niðurstöður áfrýjunarnefndar samkeppnismála og dómstóla Evrópubandalagsins.

Hvað varðar athugasemdir áfrýjanda um samninginn við Hagkaup frá september 2004 vísar Samkeppniseftirlitið til framangreindrar umfjöllunar að breyttu breytanda. Eftirlitið áréttar að það breytti engu um ólögmati þeirra samninga sem áfrýjandi hafi gert hvaða

aðdragandi hafi verið að broti félagsins. Mat á því hvort samningur telst fela í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu verði að vera hlutlægt til þess að ákvæðið og eftirlit með því hafi einhvern tilgang. Þá bendir Samkeppniseftirlitið á að gögn málsins sýni að áfrýjandi hafi gert athugasemdir við það rými undir vörur sem honum hafi verið látið í té af Hagkaupum en í því felist að hann framfylgdi þeirri kröfu sem hann átti samkvæmt samningi við Hagkaup, að honum bæri tiltekið hillupláss í samræmi við hlutdeild á markaði.

Um sjónarmið vegna ákvörðunar viðurlaga í málinu vísar Samkeppniseftirlitið til þess að fyrir liggja að áfrýjandi hafi gert tvo samninga við Hagkaup sem báðir hafi verið ólögmætir. Þeir hafi gilt um langan tíma og verið til þess fallnir að hafa verulega skaðleg áhrif á samkeppni á hinum skilgreinda markaði. Mótmælir eftirlitið sjónarmiðum áfrýjanda um að brotin hafi eingöngu stafað af misskilningi og að þau hafi engin áhrif haft. Staðreynd málsins sé að áfrýjandi hafi brotið gegn ákvæðum samkeppnislaga með misnotkun á markaðsráðandi stöðu sinni, þrátt fyrir að hafa verið gert að greiða stjórnvaldssekt á árinu 2001 vegna sams konar brots. Þá liggja jafnframt fyrir að samningur áfrýjanda við Hagkaup frá september 2004 hafi brotið gegn ákvörðun samkeppnisráðs nr. 19/2004. Engin efni standi því til breytinga á ákvörðuðum viðurlögum.

IV.

Niðurstaða.

1

Upphaf máls þessa er annars vegar ákvörðun Samkeppnisráðs nr. 40/2001 frá 4. desember 2001 og hins vegar ákvörðun þess nr. 19/2004 frá 16. júní 2004.

Í ákvörðun nr. 40/2001 var fjallað um tiltekinn samning milli Skífunnar og Hagkaupa í nafni Aðfanga sem gerður var 30. apríl 2001. Talið var að samningur þessi hefði falið í

sér ólögmeta misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Var hann lýstur ógildur og Skífunni gert að greiða stjórnvaldssekt. Þeirri ákvörðun var skotið til áfrýjunarnefndar samkeppnismála (mál nr. 1/2002) sem staðfesti hana í öllum meginatriðum. Úrskurði áfrýjunarnefndarinnar var síðan skotið til héraðsdóms og Hæstaréttar sem staðfestu niðurstöðu hennar (dómur Hæstaréttar í máli nr. 323/2003). Í dómi Hæstaréttar er þess getið að samningurinn nánast útilokaði keppinauta frá því að eiga viðskipti sem heildsalar við verslanir Hagkaupa og Bónuss auk þess sem fyrirtækið (Skífan) fengi verulegt forræði á því hvaða tónlistadiskar yrðu boðnir þar til sölu.

Í ákvörðuninni nr. 19/2004 frá 16. júní 2004 var samruna Skífunnar og verslunarsviðs Tæknivals sett ákveðin skilyrði. Í 3. tl. ákvörðunarorðs sagði:

„Skífunni heildsölu er óheimilt að gera þá kröfu til viðskiptavina sinna, þ.m.t. Skífunnar smásölu, að tiltekið hlutfall í vöruvali þeirra í einstökum vöruflokkum afþreyingarefnis sé aðeins keypt af Skífunni heildsölu.“

Í 11. tl. ákvörðunarorðs var tekið fram að Skífan skyldi kynna umrædda ákvörðun og hvað í henni fælist fyrir m.a. starfsmönnum sínum, eigendum og stjórnarmönnum innan eins mánaðar frá birtingu hennar. Í ákvörðunarorði var einnig tekið fram að brot á þessum skilyrðum varðaði viðurlögum samkvæmt samkeppnislögum. Aðilar málsins sættu sig við þessi skilyrði.

2

Þann 20. febrúar 2004 fékk Samkeppnisstofnun tilkynningu um samruna verslunarsviðs Tæknivals hf. og Skífunnar. Með tilkynningunni fylgdu ýmsir samningar Skífunnar, þ. á m. samningur milli Skífunnar (Tónlist Norðurljósa) og Hagkaupa um sölu á tónlistardiskum, dags. 30. apríl 2003. Við nánari skoðun á þeim samningi var það mat Samkeppnisstofnunar að hann fæli hugsanlega í sér brot Skífunnar gegn 11. gr. samkeppnislaga og hóf stofnunin þá rannsókn málsins. Rannsókn þessi tók einnig til annars samnings milli sömu aðila sem dagsettur er í september 2004.

9

Fyrri samningurinn sem er frá 2003 varðar eingöngu sölu á tónlist á geisladiskum í verslunum Hagkaupa. Í 1. gr. samningsins kemur fram að markmið hans sé að auka enn sölu á geislaplötum í verslunum Hagkaupa. Í 2. gr. segir orðrétt: „*tónlistardeild Norðurljósa sér um að selja Hagkaup geislaplötur sem seldar eru í verslunum þeirra.*“ Samkvæmt a) lið 3. gr. samningsins skyldu Norðurljós hafa samráð við Hagkaup um vöruúrval það sem boðið væri upp á með markmið samningsins í huga. Í c) lið 3. gr. sagði: „*Fyrir hönd Norðurljósa er vöruúrvalinu sbr a) lið hér að ofan, stjórnað af sölustjóra tónlistardeildar og framkvæmt af sölumönnum.*“ Í d) lið 3. gr. kom fram: „*Hagkaup úthlutar Norðurljósum hilluplássi í samræmi við stærð þeirra á tónlistarmarkaði (nú um 85% markaðshlutdeild).*“ Í a) lið 4. gr. samningsins var fjallað um afslátt sem Norðurljós veittu Hagkaupum. Það ákvæði hljóðaði svo: „*Norðurljós mun veita Hagkaupum stighækkandi afslátt af heildsöluverði: Ef innkaup Hagkaupa á samningsárinu verða: 0-89 milljónir króna, 8% afslátt, 90 milljónir króna og yfir, 10% afslátt(...). Við upphaf samnings skal afsláttur vera 8% en ef innkaupin fara yfir 90 milljónir á samningstímabilinu skal mismunurinn frá 8% og upp í 10% greiddur með geislaplötum sem fulltrúi Hagkaupa velur úr útgáfu Tónlistardeildar Norðurljósa. Sú greiðsla skal frágengin fyrir næstu mánaðarmót eftir að samningi lýkur.*“

Í b) og c) lið 4. gr. kom fram að sölumenn Norðurljósa veldu geislaplötur til sölu í Hagkaupum samkvæmt fyrirbyggjandi sölu- og birgðatölum úr hverri verslun fyrir sig. Jafnframt kom fram að sölumenn Norðurljósa hefðu eftirlit með uppstillingum í rekkum í verslunum Hagkaupa. Í b) lið 5. gr. kom fram að Hagkaup legðu daglega fram upplýsingar um birgðir og sölu. Í 6. gr. sagði að gildistími samningsins væri frá 1. maí 2003 til 30. apríl 2004.

Síðari samningurinn, sem er frá 2004, varðaði sölu á afþreyingarefni í formi tónlistar, kvikmynda og tölvuleikja, sbr. 1. gr. hans. Sagði í ákvæðinu að markmið samningsins væri að auka enn sölu á umræddum vörum í verslunum Hagkaupa. Ennfremur sagði: „*Samningsaðilar eru sammála um að söluaukningu verði ekki náð án þess að aðilar bjóði upp á markvisst úrval af þessu efni.*“

Í 2. gr. samningsins voru viðskiptakjör hans rakin. Fram kom að afsláttur Hagkaupa samkvæmt honum myndi nema allt að 8,5% ef ákveðin skilyrði væru uppfyllt. Meðal skilyrðanna voru að Hagkaup stillti á áberandi hátt fram stöndum eða öðru kynningarefni Skífunnar og keypti inn og tæki þátt í öllum markaðsherferðum Skífunnar. Þá skyldi vöruúrval Hagkaupa í afþreyingarvörum endurspegla markaðshlutdeild Skífunnar (85% í tónlist, 50% í kvikmyndum og 90% í tölvuleikjum). Einnig var m.a. gert ráð fyrir viðskiptaafslætti ef innkaup yrðu 170-200 milljónir króna.

Í 3. gr. samningsins var fjallað um markaðsmál. Þar var ráð fyrir því gert að stofnaður yrði auglýsingasjóður til að ná markmiði samningsins um að auka sölu á umræddum vörum í verslunum Hagkaupa. Skífan legði fram allt að fjórar milljónir króna í formi auglýsinga á samningstímabilinu og Hagkaup allt að þremur milljónum króna. Fram kom að einungis yrði unnt að nýta þennan sjóð til þess að auglýsa vörur Skífunnar. Samkvæmt samningnum var gildistími hans frá 1. október 2004 til 30. september 2005.

3

Í máli þessu þarf að meta hvort áfrýjandi hafi verið í markaðsráðandi stöðu á þeim markaði sem fyrrgreindir samningar taka til. Samkvæmt 4. gr. samkeppnislaga er markaður sölusvæði vöru- og staðgengdarvöru og/eða sölusvæði þjónustu- og staðgengdarþjónustu.

Fallist er á þá niðurstöðu hinnar kærðu ákvörðunar að vörumarkaðurinn í máli þessu sé heildsala á hljómdiskum að því er varðar samninginn frá 2003 en heildsala á hljómdiskum og tölvuleikjum á diskum að því er varðar síðari samninginn frá 2004.

Til landfræðilegs markaðar telst það svæði þar sem samkeppnisskilyrði fyrirtækja eru nægjanlega lík og sem unnt er að greina frá nærliggjandi svæðum.

Við mat á landfræðilega markaðinum ber fyrst og fremst að líta til hvort viðskipti eigi sér stað í það miklum mæli að þau takmarki verðhækkanir eða að öðru leyti óhagstæða

viðskiptaskilmála hjá fyrirtækjum með öfluga stöðu á heimamarkaði. Þar koma ýmis sjónarmið til álita svo sem núverandi markaðshlutdeild annarra svæða og fleiri atriði. Áfrýjunarnefndin telur að magn viðskipta við erlenda aðila í heildsölu og dreifingu þurfi að vera umtalsvert til þess að unnt sé að draga önnur landssvæði inn í myndina. Er ekkert komið fram í máli þessu sem gefi nægjanlega til kynna að svo kunni að vera. Áfrýjunarnefndin telur einnig að við skilgreiningu landfræðilega markaðarins sé eðlilegt að líta til þess að íslensk tónlist er stór hluti af markaðinum sem svo til eingöngu verður sótt til innlendra heildsala. Af því leiðir óhjákvæmilega að seljendur tónlistar í smásölu verða að snúa sér til þeirra. Ber því að fallast á þá niðurstöðu í hinni kærðu ákvörðun að landfræðilegi markaðurinn í máli þessu sé Ísland.

4

Markaðsráðandi staða er fyrir hendi þegar fyrirtæki hefur þann efnahagslega styrkleika að geta hindrað virka samkeppni á þeim markaði sem máli skiptir og það getur að verulegu leyti starfað án þess að taka tillit til keppinauta, viðskiptavina og neytenda, sbr. 4. gr. samkeppnislaga. Í þessu sambandi skiptir mestu máli að huga að markaðshlutdeild viðkomandi fyrirtækis á þeim markaði sem hefur verið skilgreindur og að því skipulagi sem ríkir á markaðinum. Fyrra atriðið er almennt talið fela í sér sterkar vísbendingar um markaðsráðandi stöðu í hefðbundnum samkeppnisrétti, þ.e. úrlausn þess er þýðingarmikið atriði um hvort tiltekið fyrirtæki teljist vera í markaðsráðandi stöðu. Með síðargreindu viðmiðuninni er skírskotað til ýmissa ólíkra atriða sem talin eru geta gefið vísbendingu í sömu átt, einkum hvort aðgangur að markaðinum sé auðveldur, hvort viðkomandi fyrirtæki sé almennt öflugt með hliðsjón af fjármagni og tækjum og framboði vöru eða þjónustu, fjölda og styrk keppinauta en fleiri atriði koma þó einnig til skoðunar.

Sem fyrr greinir felur há markaðshlutdeild viðkomandi fyrirtækis í sér vísbendingu um markaðsráðandi stöðu þó að önnur atriði skipti þar einnig máli. Markaðshlutdeild er að jafnaði ákvörðuð með hliðsjón af tekjum af þeirri þjónustu eða vörusölu sem um ræðir. Það leiðir af eðli málsins að því hærrí sem markaðshlutdeild fyrirtækis er því sterkari vísbendingu gefur hún um markaðsráðandi stöðu. Í kafla 2.2.2. í hinni kærðu ákvörðun er

gerð grein fyrir markaðshlutdeild áfrýjanda á skilgreindum mörkuðum. Kemur þar í stuttu máli fram að áfrýjandi hefur yfirburðarstöðu miðað við aðra keppinauta og skiptir þá ekki máli hvort tekið er mið af söluverði tónlistardiska eða tölvuleikja. Skipulag markaðarins að öðru leyti, þar á meðal að áfrýjandi hefur lengi haft yfirburði á umræddum mörkuðum, þykir enn fremur styðja það að markaðsstaða hans sé mjög sterk.

Heildarniðurstaða áfrýjunarnefndar samkeppnismála er því sú að áfrýjandi hafi verið í markaðsráðandi stöðu á umræddum mörkuðum.

5

Samkvæmt 11. gr. samkeppnislaga er misnotkun á markaðsráðandi stöðu bönnuð. Í 2. mgr. 11. gr. eru talin upp dæmi um misnotkun í þessu sambandi en ljóst er þó af orðalagi ákvæðisins að þarna er ekki um tæmandi talningu að ræða. Dæmin gefa þó engu að síður mikilvæga vísbendingu um efnisinnihald hugtaksins. Í dæmunum er vísað til annarra gildishugtaka heldur en misnotkunar svo sem ósanngjarns kaup- eða söluverðs, takmarkana sem verða neytendum til tjóns og að viðskiptaaðilum sé mismunað eða að sett séu skilyrði sem ekki tengjast efni viðkomandi samninga.

Ekki er þarna að finna nánari skilgreiningu á því hvað teljist misnotkun en frekari leiðbeiningu má þó fá af markmiðsákvæðum samkeppnislaga eins og síðar verður vikið að. Eðlilegt er að skýra þessi ákvæði þannig að sú staðreynd að misnotkun hafi verið beitt af hálfu markaðsráðandi fyrirtækis sé nægjanleg til að aðferðin teljist ólögæt. Í þessu felst að það er ekki skilyrði fyrir beitingu ákvæðisins að misnotkunin hafi haft tiltekin áhrif eða að ákveðinn skilgreindur tilgangur hafi verið með aðgerðunum.

Í fræðiritum jafnt sem erlendri dómaframkvæmd hefur margt verið ritað um orðasambandið misnotkun markaðsráðandi stöðu og nánari skilgreiningu þess. Slík framkvæmd og umfjöllun verður talin skipta máli við túlkun íslenskra laga að því marki sem sá lagatexti er sambærilegur sem liggur til grundvallar og sem fyrr sagði að teknu tilliti til séreinkenna íslenska markaðarins.

Það leiðir af 11. gr. samkeppnislaga að fyrirtæki í markaðsráðandi stöðu hafa skyldum að gegna um að grípa ekki til neinna aðgerða sem raskað geta þeirri eðlilegu samkeppni sem ríkir á tilteknum markaði. Við nánari skilgreiningu á þeirri skyldu ber að líta til 1. gr. samkeppnislaga en samkvæmt henni skal markmiði laganna m.a. náð með því að:

- a. vinna gegn óhæfilegum hindrunum og takmörkunum á frelsi í atvinnurekstri,
- b. vinna gegn óréttmætum viðskiptaháttum, skaðlegri fákeppni og samkeppnishömlum,
- c. auðvelda aðgang nýrra keppinauta að markaðnum.

Samkvæmt þessu má telja að skyldur fyrirtækja í markaðsráðandi stöðu nái m.a. til þess að vinna ekki gegn fyrrgreindum markmiðum samkeppnislaga. Misnotkun markaðsráðandi stöðu getur því verið fólgin í því að vinna gegn markmiðum samkeppnislaga ef aðgerð hefur ekki eðlilegar samkeppnislegar forsendur. Samkvæmt þessu er einnig rétt að líta svo á að skyldur markaðsráðandi fyrirtækja geta að öðru jöfnu verið því ríkari þeim mun sterkari sem þau eru á viðkomandi markaði enda má ætla að samkeppni veikist þá að sama skapi. Að því er úrlausn þessa máls varðar ber hér sérstaklega að nefna það markmið laganna að vinna gegn skaðlegri fákeppni og samkeppnishömlum og það að auðvelda aðgang nýrra keppinauta að markaðnum.

Almennt má telja að um misnotkun á markaðsráðandi stöðu sé að ræða þegar fyrirtæki beita aðferðum á tilteknum markaði sem ekki er unnt að samrýma eðlilegri samkeppni og sem hindra hana eða vöxt hennar. Sömu hugsun má orða með þeim hætti að markaðsráðandi fyrirtæki megi ekki grípa til óeðlilegra aðgerða sem miða að því að styrkja stöðu sína á þeim samkeppnismarkaði sem fyrir er. Af þessu leiðir að aðrar aðgerðir markaðsráðandi fyrirtækis á tilteknum markaði, sem ekki fara í bága við ofangreint, eru lögmætar. Því getur markaðsráðandi fyrirtæki mætt samkeppni annarra samkeppnisaðila á skilgreindum markaði svo lengi sem ekki er farið yfir fyrrgreind mörk.

Áður er að því vikið að í samningnum frá 30. apríl 2003 kom m.a. fram að vöruúrvalinu yrði stjórnað af sölustjóra tónlistardeildar Norðurljósa og framkvæmt af sölumönnum og ennfremur: „*Hagkaup úthlutar Norðurljósum hilluplássi í samræmi við stærð þeirra á tónlistarmarkaði (nú um 85% markaðshlutdeild).*“ Umrædd samningsákvæði vörðuðu hillupláss fyrir vörur áfrýjanda. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur ljóst að framstilling tónlistardiska skipti miklu máli varðandi sölu þeirra þegar áhrif samningsákvæða af þessu tagi eru metin. Í því sambandi skiptir engu máli hvort áfrýjandi hafi með samningsákvæðunum talið sig vera að fullnægja samningsbundnum skyldum gagnvart einstökum listamönnum héraðs eða erlendis. Ekki skiptir heldur máli þótt áfrýjandi hafi ekki gert kröfu um að tiltekið hlutfall tónlistar í verslunum Hagkaupa kæmi frá Skífunni. Aðalatriðið er að umrædd samningsákvæði voru óeðlileg miðað við þau sjónarmið sem rakin eru í kafla 5 og til þess fallin að hindra virka samkeppni. Önnur samningsákvæði styrkja umrædda niðurstöðu. Þá telur áfrýjunarnefndin ljóst að það afsláttarkerfi sem lýst var í kafla 2 hafi ennfremur verið til þess fallið að styrkja þau útilokunaráhrif sem samningurinn fól í sér. Skiptir engu máli í þessu sambandi hvort samningurinn hafi að þessu leyti í raun komið til framkvæmda eða verið byggður á misskilningi.

Ennfremur telur áfrýjunarnefnd samkeppnismála að í samningnum frá 2004 hafi falist ótvíræð binding að því er varðar sölu tónlistardiska og tölvuleikja. Samkvæmt honum stefndu aðilar að söluaukningu þar sem áfrýjandi skyldi njóta tiltekins hagræðis í verslunum Hagkaupa gegn afsláttarfyrirkomulagi. Í ljósi mjög hárrar markaðshlutdeildar áfrýjanda á þessum markaði ber að meta umræddan samning sem óeðlilegan og til þess fallin að hindra eðlilega samkeppni eða vöxt hennar. Eins og fyrr greinir skiptir ekki máli hvort umrædd samningaákvæði komu til framkvæmda. Þá skiptir heldur ekki máli þótt umrædd samningsákvæði kunni að hafa verið byggð á misskilningi.

Samkvæmt því sem nú var rakið lítur áfrýjunarnefnd samkeppnismála svo á að umræddir samningar hafi samkvæmt efni sínu haft að geyma ólöglegt ákvæði sem fólu í raun í sér

bindingu um kaup á fyrrgreindum vörum frá áfrýjanda. Jafnframt fólst í samningnum frá 2004 brot á ákvörðun Samkeppnisráðs nr. 19/2004. Gerð þessara samninga fól í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu áfrýjanda.

Af framansögðu leiðir að aðalkrafa áfrýjanda verður ekki tekin til greina.

7

Í 37. gr. samkeppnislaga segir svo:

„Samkeppniseftirlitið leggur stjórnvaldssektir á fyrirtæki eða samtök fyrirtækja sem brjóta gegn 53. og 54. gr. EES-samningsins eða bannákvæðum laga þessara eða ákvörðunum sem teknar hafa verið samkvæmt þeim, sbr. IV. og V. kafla laga þessara, nema brotið teljist óverulegt eða af öðrum ástæðum sé ekki talin þörf á slíkum sektum til að stuðla að og efla virka samkeppni. Við ákvörðun sekta skal hafa hliðsjón af eðli og umfangi samkeppnishamlna og hvað þær hafa staðið lengi.

Sektir geta numið frá 50 þús. kr. til 40 millj. kr. eða meira, en sektin skal þó ekki vera hærri en sem nemur 10% af veltu síðasta almanaksárs hjá hverju því fyrirtæki eða samtökum fyrirtækja sem aðild eiga að samkeppnishömlunum. Við ákvörðun fjárhæðar sektar getur Samkeppniseftirlitið m.a. haft hliðsjón af samstarfsvilja hins brotlega fyrirtækis.”

Ákvæði þessu er ætlað að skapa almenn og sérstök varnaðaráhrif. Í lögskýringargögnum kemur og fram að tilgangur ákvæðisins eins og það er nú orðað, sé að tryggja þá meginreglu að leggja sektir á ef brotið er gegn bannákvæðum laganna.

Ákvæðið felur í sér skyldu til að taka tiltekin sjónarmið ávallt til skoðunar og nefnir auk þess sérstaklega að taka megi tillit til tiltekins atriðis. Ekki verður talið að hér sé um tæmandi talningu að ræða enda bendir orðalag ákvæðisins ekki til þess. Styðst þessi niðurstaða við hefðbundnar skoðanir í samkeppnisrétti. Því verður litið til fleiri atriða við

ákvörðun viðurlaganna en þó því aðeins að þau séu í eðlilegum tengslum við það málefni sem fyrir liggur.

Við ákvörðun viðurlaga ber samkvæmt framansögðu fyrst og fremst að hafa í huga hversu alvarlegs eðlis viðkomandi brot er, umfang samkeppnishamla og hvað þær hafa staðið lengi. Líta má þó einnig til stærðar fyrirtækja sem teljast brotleg, huglægrar afstöðu stjórnenda, hagnaðarsjónarmiða og fleiri atriða.

8

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur að brot áfrýjanda séu bæði augljós og alvarlegs eðlis. Áfrýjunarnefndin telur að fyrirsvarsmönnum áfrýjanda hafi mátt vera ljóst að í umræddri samningsgerð fælist brot á samkeppnislögum og ákvörðun Samkeppnisráðs og af henni kynni að leiða röskun á samkeppni. Áfrýjunarnefndin telur enn fremur sannað með vísun til þeirra röksemda sem fram koma í hinni kærðu ákvörðun, að samningurinn frá 2003 hafi staðið frá 1. maí 2003 til 30. apríl 2004 og samningurinn frá 2004 frá 1. október 2004 til 25. maí 2005. Umfang samkeppnishamlanna var verulegt, þær snérist um umtalsverðar fjárhæðir og samningsaðili áfrýjanda var stór aðili á smásölumarkaði. Auk þess verður að taka tillit til þess tíma sem þær voru við líði.

Um önnur atriði sem hafa áhrif á ákvörðun sektarfjárhæðar þykir óhjákvæmilegt að líta til þess að brot áfrýjanda nú felur í sér endurtekningu á svipuðu broti og hann var sektaður fyrir í máli áfrýjunarnefndarinnar nr. 1/2002 (Skífan gegn Samkeppnisráði) og horfir það til þyngingar sekta.

Til þess að stjórnslusektir sem þessar geti haft tilætluð áhrif verður loks að taka mið af styrkleika áfrýjanda en þar kemur velta hans á síðasta almanaksári og þeirrar samstæðu, sem hann tilheyrir, einkum til skoðunar.

Með vísan til þeirra röksemda sem fram koma í 4. kafla hinnar kærðu ákvörðunar verður ekki tekið tillit til þeirra sjónarmiða til lækkunar sekta sem áfrýjandi hefur borið fyrir sig.

Samkvæmt framangreindu er niðurstaða áfrýjunarnefndar samkeppnismála sú að ekki sé grundvöllur til að fella niður eða lækka ákvarðaðar sektir í máli þessu. Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins er því staðfest.

Uppsaga úrskurðar þessa hefur dregist vegna dvalar formanns nefndarinnar erlendis.

Úrskurðarorð:

Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 20/2006 er staðfest.

Reykjavík, 21. september 2006

Stefán Már Stefánsson

Anna Kr. Traustadóttir

Lárus L. Blöndal