



SAMKEPPNISEFTIRLITIÐ

Miðvikudagurinn, 5. júní, 2013

Ákvörðun nr. 16/2013

Erindi útgefanda Viðskiptablaðsins, Mylluseturs ehf., um ætlaða misnotkun 365 miðla ehf. á markaðsráðandi stöðu

I.

Málsmeðferð

Samkeppniseftirlitinu barst þann 28. mars 2012 erindi frá Myllusetri ehf., sem er útgefandi Viðskiptablaðsins, vegna meintrar misnotkunar 365 miðla ehf. á markaðsráðandi stöðu. Í erindinu er fjallað um og kvartað undan ákvæðum í samningi Icelandair hf. og 365 miðla, dags. 14. júlí 2010, um heildarviðskipti í tengslum við auglýsingar. Er það mat Mylluseturs að 365 miðlar séu m.a. markaðsráðandi á markaði fyrir útgáfu dagblaða og á markaði fyrir auglýsingar í dagblöðum. Í erindinu er kvartað undan því að í samningi Icelandair og 365 miðla felist einkakaup, tryggðarafslættir, skaðleg undirverðlagning og samtvinnun ólíkrar þjónustu eða vöru. Auk þess er vitnað til þess að 365 miðlar hafi líklega gert sambærilega samninga við aðra viðskiptavinum félagsins. Er það mat Mylluseturs að umrædd háttsemi 365 miðla gangi gegn ákvæði 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005.

Samkeppniseftirlitið sendi kvörtun Mylluseturs til umsagnar til 365 miðla með bréfi, dags. 9. maí 2012. Í bréfinu kom fram að kvörtunin væri send 365 miðlum til umsagnar vegna mats á tilefni til rannsóknar, sbr. 9. gr. málsmeðferðarreglna Samkeppniseftirlitsins nr. 880/2005. Sama dag tilkynnti Samkeppniseftirlitið jafnframt Myllusetri með bréfi að eftirlitið teldi ekki ástæðu til töku bráðabirgðaákvörðunar vegna málsins, líkt og krafist hafði verið. Með bréfi, dags. 9. júlí 2012, sendi Samkeppniseftirlitið Myllusetri umsögn 365 miðla til athugasemda. Í bréfinu var tekið fram að ósk um athugasemdir væri liður í mati á tilefni til frekari rannsóknar.

Meðal annars í tilefni af erindi Mylluseturs, en einnig vegna annarra erinda og ábendinga er varða fjölmiðlamarkað, hefur Samkeppniseftirlitið jafnframt leitað upplýsinga frá 365 miðlum og viðskiptavinum fyrirtækisins um samninga vegna kaupa á auglýsingum og kynningum. Þá hefur Samkeppniseftirlitið leitað upplýsinga um markaðshlutdeild fjölmiðlafyrirtækja, sem lið í almennu eftirliti þess á fjölmiðlamarkaði.



Vegna framangreinds er rétt að minna á að Samkeppniseftirlitið tekur ákvörðun um hvort erindi sem berast stofnuninni gefa tilefni til rannsóknar og raðar þeim í forgangsröð, sbr. 3. mgr. 8. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005. Ákvarðanir Samkeppniseftirlitsins um tilefni til rannsóknar og forgangsröðun mála verða að byggja á málefnalegum forsendum. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála hefur ítrekað tekið fram að Samkeppniseftirlitið hafi heimild til þess að hafna að taka ætluð brot til rannsóknar eða hætta rannsóknnum á ætluðum brotum, sbr. t.d. úrskurð nefndarinnar í máli nr. 2/2013, *365 miðlar gegn Samkeppniseftirlitinu* og nr. 4/2012, *Samskip hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

II.

Niðurstaða

Í erindi Mylluseturs er kvartað undan meintri misnotkun 365 miðla útgefanda Fréttablaðsins á markaðsráðandi stöðu. Myllusetur telur að í samningi 365 miðla við Icelandair frá 14. júlí 2010 um kostun enska boltans og ýmis viðskiptakjör felist brot á 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005.

Í 11. gr. samkeppnislaga er lagt bann við hvers konar misnotkun fyrirtækis á markaðsráðandi stöðu þess. Túlka ber ákvæðið í tengslum við það íslenska lagaumhverfi sem það er í og með hliðsjón af markaðsaðstæðum hér á landi. Ákvæðið er byggt á 54. gr. EES-samningsins og við túlkun þess er almennt rétt að hafa einnig hliðsjón af EES/ESB-samkeppnisrétti, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 1/2012, *Síminn hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Ákvæði 11. gr. samkeppnislaga hljóðar svo:

„Misnotkun eins eða fleiri fyrirtækja á markaðsráðandi stöðu er bönnuð.

Misnotkun skv. 1. mgr. getur m.a. falist í því að:

- a. beint eða óbeint sé krafist ósanngjarns kaup- eða söluverðs eða aðrir ósanngjarnir viðskiptaskilmálar settir,*
- b. settar séu takmarkanir á framleiðslu, markaði eða tækniþróun, neytendum til tjóns,*
- c. viðskiptaaðilum sé mismunað með ólíkum skilmálum í sams konar viðskiptum og samkeppnisstaða þeirra þannig veikt,*
- d. sett sé það skilyrði fyrir samningagerð að hinir viðsemjendurnir taki á sig viðbótarskuldbindingar sem tengjast ekki efni samninganna, hvorki í eðli sínu né samkvæmt viðskiptavenju.“*

Skilyrði þess að um brot á 11. gr. samkeppnislaga geti verið að ræða er að hið brotlega fyrirtæki sé markaðsráðandi. Hér að á eftir mun því fyrst verða fjallað um skilgreiningu markaða og stöðu fyrirtækja á þeim. Í kjölfarið verður fjallað um hvort fyrir hendi séu vísbendingar um ætlað brot 365 miðla á 11. gr. samkeppnislaga.

1. Skilgreining markaða

Samkvæmt 5. tl. 1. mgr. 4. gr. samkeppnislaga er markaður skilgreindur sem sölusvæði vöru og staðgengdarvöru og/eða sölusvæði þjónustu og staðgengdarþjónustu. Í ljósi



hagfræðilegra raka skal líta á viðkomandi markað út frá að minnsta kosti tveimur sjónarhornum; annars vegar vöru- og þjónustumarkaðinn og hins vegar landfræðilega markaðinn.

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

Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í málum nr. 17–18/2003, *Icelandair ehf. og Iceland Express ehf. gegn samkeppnisráði* er á það bent að viðtekin venja sé í samkeppnisrétti að skilgreina markaðinn út frá eftirspurnarlið hans. Í úrskurðinum er einnig bent á að markaðsskilgreiningar geti ekki verið nákvæmar og séu aðeins notaðar til viðmiðunar, sbr. einnig úrskurð nefndarinnar í máli nr. 3/2008, *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu*.

Samkeppnisyfirvöld hafa fjallað um fjölmiðlamarkaðinn hér á landi í nokkrum málum og skilgreint viðkomandi markaði.¹ Markaðurinn fyrir rekstur fjölmiðla hefur verið talinn skiptast í undirmarkaði eftir tegundum fjölmiðla, t.a.m. útvarp, sjónvarp, dagblöð og vefmiðla. Samkeppniseftirlitið hefur jafnframt metið að auglýsingar í mismunandi tegundum fjölmiðla, t.d. ljósvaka- og prentmiðlum, tilheyri almennt ekki sama samkeppnismarkaðnum.² Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 6/2009, *Samruni Árvakurs hf., Fréttablaðsins ehf. og Pósthússins ehf.* var m.a. fjallað um tengsl markaðanna fyrir vefmiðla annars vegar og dagblöð hins vegar.

„Að mati Samkeppniseftirlitsins er því ekki full staðganga á milli svokallaðra vefmiðla, þ.e. dagblaða eða fréttaflutnings á veraldarvefnum, og hinna eiginlegu prentmiðla eða dagblaða sem gefin eru út í prentformi. Helgast það fyrst og fremst af ólíku eðli miðlanna. Vegna ólíks eðlis miðlanna leitar lesandi dagblaðs eftir öðrum upplýsingum en þegar vefmiðill er skoðaður, svo sem að fá margháttaðar upplýsingar og lesa tilkynningar, m.a. um nýlega atburði eða atburði sem eru á dagskrá og önnur dægurmál. Þá þarf neytandi að hafa aðgang að interneti til þess að skoða vefmiðil. Telur Samkeppniseftirlitið því að vefmiðlar falli ekki undir þennan markað.“

Var það mat Samkeppniseftirlitsins að vefmiðlar og prentmiðlar tilheyrðu ekki sama samkeppnismarkaði hvorki hvað varðar útgáfu né sölu auglýsinga.

¹ Sbr. t.d. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 22/2006, *Samruni Dagsbrúnar hf. og Senu ehf.*, ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 12/2005, *Samruni 365 ljósvakamiðla ehf. og Saga film hf.*, ákvörðun samkeppnisráðs nr. 12/2005, *Samruni Og fjarskipta hf.*, *365 ljósvakamiðla og 365 prentmiðla ehf.*, ákvörðun samkeppnisráðs nr. 10/2005 *Samruni Landssíma Íslands og Íslenska sjónvarpsfélagsins hf.* og ákvörðun samkeppnisráðs nr. 8/2000 *Erindi Landsíma Íslands hf. vegna meintrar misnotkunar Íslenska útvarpsfélagsins hf. og Sýnar hf. á markaðsráðandi stöðu sinni.*

² Sjá t.d. álit Samkeppniseftirlitsins nr. 4/2008, *Samkeppnishömlur sem stafa af stöðu og háttsemi Ríkisútvarpsins á markaði fyrir sölu auglýsinga í ljósvakamiðlum* og ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 61/2008, *Ósk um undanþágu frá ákvæði samkeppnislaga um bann við samstarfi keppinauta vegna samnings Capacent ehf., Ríkisútvarpsins ohf., 365 miðla ehf. og Skjásins miðla ehf. um rafrænar mælingar á fjölmiðlanotkun.*



Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 6/2009 skilgreindi eftirlitið markaði fyrir prentun dagblaða, auglýsingar í dagblöðum, dreifingu dagblaða og útgáfu dagblaða. Var talið að auglýsingar í dagblöðum væru ekki á sama markaði og auglýsingar í öðrum tegundum fjölmiðla m.a. vegna sérstaks eðlis auglýsinga í dagblöðum og vegna hás hlutfalls auglýsingakostnaðar sem varið sé í dagblaðaauglýsingar hér á landi. Þá kom fram að ef full staðganga væri á milli t.d. auglýsinga í dagblöðum og ljósvakamiðlum myndu auglýsendur ekki hafa þörf fyrir að dreifa auglýsingum á milli ólíkra miðla.

Frá því að ákvörðun nr. 6/2009 var tekin hafa orðið bæði hér á landi og erlendis talsverðar breytingar á umhverfi fjölmiðlunar. Felast þær breytingar m.a. í aukinni dreifingu dagblaða á netinu, spjaldtölvuvæðingu o.fl. Framkvæmd í erlendum samkeppnisrétti gefur hins vegar ekki til kynna að þessi framþróun hafi leitt til breytinga á skilgreiningu markaða. Enn er litið svo á að auglýsingar í dagblöðum, ljósvakamiðlum og á netinu tilheyri mismunandi mörkuðum.³ Engar vísbendingar er um að önnur sjónarmið gildi hér á landi.

Í fyrri málum hafa samkeppnisyfirvöld hér á landi og erlendis yfirleitt komist að þeirri niðurstöðu að fjölmiðlamarkaðir séu innanlandsmarkaðir, m.a. vegna sjónarmiða sem varða menningu og tungumál.

Að mati Samkeppniseftirlitsins varðar kvörtun Mylluseturs einkum markaðinn fyrir útgáfu dagblaða og markaðinn fyrir auglýsingar í dagblöðum.

2. Staða 365 miðla á hinum skilgreindu mörkuðum

Taka þarf afstöðu til þess hvort 365 miðlar sem gefa út Fréttablaðið séu líklegir til að vera í markaðsráðandi stöðu á viðkomandi mörkuðum.

Í framangreindri ákvörðun nr. 6/2009 kom fram að Fréttablaðið væri með um 60-65% hlutdeild á markaði fyrir auglýsingar í dagblöðum og hefði talsverða yfirburði í sölu auglýsinga á markaðnum. Þá kom fram að Fréttablaðið hefði um 45-50% hlutdeild á markaði fyrir útgáfu dagblaða ef miða væri við tekjur en um 70-75% hlutdeild ef miðað væri við fjölda dreifðra eintaka. Þær upplýsingar sem Samkeppniseftirlitið hefur aflað vegna almennrar athugunar á fjölmiðlamarkaðnum benda til þess að staðan á markaði fyrir auglýsingar í dagblöðum hafi lítið breyst. Á það við jafnvel þó ný dagblöð (vikublöð)

³ Í tengslum við mál sem nú er rekið fyrir framkvæmdastjórn ESB gagnvart Google birtist það mat að auglýsingar á netinu tilheyri sérstökum markaði, sbr. minnisblað framkvæmdastjórnarinnar nr. 13/383 frá 25. apríl 2013. Í ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB frá 21. desember 2010 í máli nr. COMP/M. 5932 NEWS CORP/BSKYB sem varðaði samruna tveggja fjölmiðlafyrirtækja segir: „*The Commission has previously defined a separate product market for the sale of advertisement space in national daily newspapers¹⁴⁵ and in television broadcasting¹⁴⁶. The Commission has also determined that a distinction can be drawn between online and offline advertising. ...With respect to advertisement in print newspapers and online news services, a majority of respondents to the market investigation consider them as complementary and a minority as increasingly substitutable, at least to some degree ... In line with findings in previous Commission decisions¹⁵⁵, the majority of respondents see advertisements in print newspapers and TV as separate markets.*” Sjá einnig í þessu samhengi ákvörðun Office of Fair Trading í Bretlandi frá 1. júní 2012 Anticipated acquisition by Northcliffe Media Limited of Topper Newspapers Limited. Komist er að þeirri niðurstöðu að auglýsingar í dagblöðum sé sérstakur markaður. Einnig bent á þetta: „*Based on the evidence presented to it by the parties in this case, the OFT notes that digital media poses some constraint on print media. However, the OFT does not have sufficient evidence to conclude that this constraint would outweigh the loss of rivalry between the parties in this case.*”



hafi bæst við markaðinn og öðrum útgefnum blöðum væri bætt við þann markað sem skilgreindur var í ákvörðun nr. 6/2009.

Tafla 1. Tekjur í milljónum kr. og hlutdeild vegna sölu auglýsinga í dagblöðum árin 2009-2011

	Tekjur 2009	Hlutdeild	Tekjur 2010	Hlutdeild	Tekjur 2011	Hlutdeild
Áskriftarblöð						
Morgunblaðið	[...] ⁴	[25-30]%	[...]	[20-25]%	[...]	[20-25]%
DV	[...]	[0-5]%	[...]	[0-5]%	[...]	[0-5]%
Fríblöð						
Fréttablaðið	[...]	[60-65]%	[...]	[65-70]%	[...]	[60-65]%
Fréttatíminn	[...]	[0-5]%	[...]	[0-5]%	[...]	[5-10]%
Sérblöð						
Viðskiptablaðið	[...]	[0-5]%	[...]	[0-5]%	[...]	[0-5]%
Bændablaðið	[...]	[0-5]%	[...]	[0-5]%	[...]	[0-5]%
Samtals ≈	3 ma.kr.	100%	3,5 ma.kr.	100%	4 ma.kr.	100%

Af töflunni sést að staða Fréttablaðisins er mjög sterk hvað varðar hlutdeild blaðsins á markaðnum en hún var á bilinu [60-70]% á árunum 2009-2011. Þá er staða Fréttablaðsins jafnframt mjög sterk ef miðað er við stærð helstu keppinauta öll árin, t.a.m. er hlutdeild blaðsins ríflega tvöföld miðað við næst stærsta keppinautinn á markaðnum sem er Morgunblaðið.

365 miðlar hafa í flestum málum sem varða fyrirtækið og hafa verið til skoðunar hjá Samkeppniseftirlinu, þ. á m. í þessu tilviki, haldið því fram að ekki sé unnt að skipta markaðnum fyrir auglýsingar í fjölmiðlum sérstaklega eftir tegundum fjölmiðla. 365 telur að kaupendur auglýsinga hugsu einungis um svokallaða dekkun þýðis sem verið sé að reyna að ná til og engu skipti hvort auglýsing sé keypt í mismunandi miðlum svo lengi sem hún nái til þýðisins. Þessi skilgreining 365 miðla á auglýsingamarkaðnum er hvorki í samræmi við fordæmi innlendra samkeppnisyfirvalda né framkvæmdastjórnar ESB. Aftur á móti kann að vera gagnlegt að líta til stöðu 365 miðla á þessum „heildarmarkaði“ til að fá skýrari mynd af styrk fyrirtækisins. Hlutdeild 365 miðla í tekjum vegna sölu auglýsinga sýnir sterka stöðu 365 miðla gagnvart helstu keppinautum, sbr. tafla 2 og 3 hér að neðan.

⁴ Trúnaðarupplýsingar eru merktar með hornklofa [...]. Tölulegar upplýsingar kunna eftir atvikum að vera birtar á ákveðnu bili, t.d. [45-50]%.



Tafla 2. Heildartekjur helstu fjölmiðla vegna sölu á auglýsingum á Íslandi árið 2010 í milljónum kr.

Fjölmiðill	Tekjur	Hlutdeild
RÚV	[...]	[20-25]%
365 miðlar	[...]	[50-55]%
Skjárinn	[...]	[0-5]%
N4	[...]	[0-5]%
ÍNN	[...]	[0-5]%
Morgunblaðið	[...]	[10-15]%
DV	[...]	[0-5]%
Fréttatíminn	[...]	[0-5]%
Viðskiptablaðið	[...]	[0-5]%
Bændablaðið	[...]	[0-5]%
Útvarp Saga	[...]	[0-5]%
Vefpressan	[...]	[0-5]%
Vefmiðlun	[...]	[0-5]%
	U.þ.b. 7. ma.kr.	100%

Árið 2010 var hlutdeild 365 miðla í heildartekjum á auglýsingamarkaðnum um [50-55]% eða meira en tvöföld á við hlutdeild Ríkisútvarpsins sem er stærsti keppinatur fyrirtækisins með um [20-25]% hlutdeild. Aðrir keppinatar 365 miðla voru með töluvert lægri hlutdeild í tekjum á auglýsingamarkaðnum.



Tafla 3. Heildartekjur helstu fjölmiðla vegna sölu á auglýsingum á Íslandi árið 2011 í milljónum kr.

Fjölmiðill	Tekjur	Hlutdeild
RÚV	[...]	[20-25]%
365 miðlar	[...]	[50-55]%
Skjárinn	[...]	[0-5]%
N4	[...]	[0-5]%
ÍNN	[...]	[0-5]%
Morgunblaðið	[...]	[10-15]%
DV	[...]	[0-5]%
Fréttatíminn	[...]	[0-5]%
Viðskiptablaðið	[...]	[0-5]%
Bændablaðið	[...]	[0-5]%
Útvarp Saga	[...]	[0-5]%
Vefpressan	[...]	[0-5]%
Vefmiðlun	[...]	[0-5]%
	u.þ.b. 8 ma.kr.	100%

Árið 2011 var staðan svipuð en það ár var hlutdeild 365 miðla í heildartekjum á auglýsingamarkaðnum um [50-55]% á meðan hlutdeild Ríkisútvarpsins var um [20-25]%. Hlutdeild annarra keppnauta var áfram töluvert minni.

Í ljósi framangreindra upplýsinga telur Samkeppniseftirlitið talsverðar líkur á því að 365 miðlar séu markaðsráðandi á markaði fyrir auglýsingar í dagblöðum á Íslandi. Þá er hlutdeild 365 miðla í heildarauglýsingatekjum helstu fjölmiðla á Íslandi til þess fallin að styrkja stöðu fyrirtækisins, auk þess sem staða fyrirtækisins á tengdum mörkuðum er sterk. Í ljósi niðurstöðu um mat á tilefni rannsóknar að öðru leyti er þó ekki þörf á að taka endanlega afstöðu til stöðu 365 miðla á skilgreindum mörkuðum.

3. Ætlað brot 365 miðla á samkeppnislögum

Í erindi Mylluseturs er því haldið fram að 365 miðlar hafi misnotað markaðsráðandi stöðu sína með gerð samnings við Icelandair, dags. 14. júlí 2010, um heildarviðskipti vegna auglýsinga. Myllusetur telur að í samningi 365 miðla og Icelandair felist eftirfarandi brot á 11. gr. samkeppnislaga; einkakaup, tryggðarafslættir, skaðleg undirverðlagning og samtíðun viðskipta.

Samningur 365 miðla og Icelandair var gerður í tengslum við kostun á enska boltanum á Stöð 2 Sport 2 en einnig er í samningnum samið um viðskiptakjör og aðra þjónustu í miðlum 365 miðla. Fram kemur að samningurinn gildi [...] en sýningarréttur á enska boltanum er þrjú ár. Samkvæmt samningnum er Icelandair einn [...] kostenda enska boltans á Stöð 2 Sport 2. Í samningnum er einnig samið um ýmis önnur viðskipti 365



miðla og Icelandair, samningurinn er því í raun samningur sem tekur til allra viðskipta fyrirtækjanna.

3.1 Einkakaup og tryggðarafslættir

Myllusetur heldur því fram að í samningi 365 miðla og Icelandair felist einkakaup og tryggðarafslættir. Myllusetur telur það leiða af efni og umfangi samningsins að Icelandair muni nánast eingöngu kaupa auglýsingar af dagblöðum 365 miðla. Myllusetur lítur svo á að með samningum sé Viðskiptablaðinu gert ókleift eða í það minnsta verulega erfitt að selja þjónustu sína til Icelandair á gildistíma samningsins.⁵

Myllusetur telur að í ákvæði samningsins um [...] % afslátt af auglýsingum í Fréttablaðinu og sérkjörum vegna auglýsingabæklinga felist ólögmætir tryggðarafslættir markaðsráðandi fyrirtækis. Þá telur Myllusetur að með afsláttunum sé ekki gætt jafnræðis á milli viðskiptavina Fréttablaðsins, sbr. c. lið 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga.

Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 4/2010, *Misnotkun Lyfja og heilsu hf., á markaðsráðandi stöðu sinni*, var fjallað með ítarlegum hætti um einkakaup og tryggðarhvetjandi afslætti.⁶ Í ákvörðuninni var framkvæmd samkeppnisyfirvalda og framkvæmdastjórnar ESB skoðuð og komist að þeirri niðurstöðu að til þess að um ólögmætan tryggðarhvetjandi afslátt gæti verið að ræða þyrfti að meta tvö atriði sérstaklega. Í fyrsta lagi þyrfti að meta hvort afslátturinn hefði í för með sér útilokunaráhrif, t.d. að hann geri það erfiðara eða ómögulegt fyrir keppinauta að afla sér viðskipta. Þannig þyrfti að meta hvort afslættirnir væru tryggðarhvetjandi eða takmörkuðu val viðskiptavina á söluaðilum. Í öðru lagi yrði að skoða hvort efnahagslegar forsendur gætu réttlætt afsláttinn.⁷

Það ákvæði í samningi 365 miðla og Icelandair sem einna helst vekur upp spurningar um einkakaup og mögulega tryggðarhvetjandi afslætti er ákvæði 4.1. Í því ákvæði er kveðið á um skuldbindingu Icelandair til að heildarauglýsingaviðskipti við 365 miðla á hverju ári á samningstímanum nemi [...] millj. kr. [...]. Nái viðskipti Icelandair við 365 miðla ekki [...] millj. kr. á fyrrnefndum tímabilum er Icelandair gert skylt að greiða mismuninn.⁸ Ætla má að þetta ákvæði sé tryggðarhvetjandi en taka þarf afstöðu til hvort í því felist einkakaup eða ólögmætur tryggðarafsláttur í skilningi 11. gr. samkeppnislaga. Jafnframt þarf að taka til skoðunar hvort viðskiptavinum 365 miðla hafi verið mismunað í viðskiptakjörum, sbr. c. lið 2. mgr. 11. gr. laganna.

⁵ Í þessu samhengi má benda á að Icelandair og dótturfélög hafa auglýst í Viðskiptablaðinu á samningstímanum, t.a.m. í tölublöðunum 24. janúar 2013, 7. febrúar 2013, 14. febrúar 2013, 7. mars 2013 og á vefsvæði Viðskiptablaðsins vb.is í apríl 2013.

⁶ Ákvörðunin var staðfest af áfrýjunarnefnd með úrskurði nefndarinnar í máli nr. 5/2010, *Lyf og Heilsa hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Úrskurður áfrýjunarnefndar var staðfestur af héraðsdómi Reykjavíkur með dómi í máli nr. E-7338/2010 og af Hæstarétti Íslands með dómi í máli nr. 355/2012.

⁷ Sbr. t.d. álit Kokott aðallögsögumanns við dómstól ESB frá 23. febrúar 2006 í máli nr. C-95/04P *British Airways v Commission*: „It therefore needs to be examined first whether the rebates or bonuses granted by an undertaking in a dominant position can give rise to a foreclosure effect, i.e. whether they are capable of making it difficult or impossible for the competitors of the dominant undertaking to have access to the market and for the business partners of the dominant undertaking to choose between various sources of supply; secondly, it needs to be examined whether there is an objective economic justification for the rebates or bonuses granted.”

⁸ Sambærilegt ákvæði var ekki að finna í öðrum viðskiptasamningum 365 miðla sem aflað var vegna athugunar málsins.



Ekkert ákvæði samnings 365 miðla og Icelandair kveður á um að Icelandair sé ekki heimilt að auglýsa í öðrum miðlum eða að verð hækki eða viðskiptakjör versni vegna slíkra viðskipta félagsins. Því er ekkert eiginlegt einkakaupaákvæði að finna í samningnum. Þá verður að teljast ólíklegt að 365 miðlar hafi það sterka stöðu gagnvart Icelandair, sem er eitt stærsta fyrirtæki landsins, að geta stýrt hegðun þess með þessum hætti. Tölur um auglýsingakaup Icelandair á árunum 2009-2011 sem aflað var í tengslum við mat á tilefni til rannsóknar sýna einnig að fyrirtækið auglýsir töluvert í öðrum fjölmiðlum. Þannig var hlutdeild fjölmiðla 365 miðla í auglýsingakaupum Icelandair [25-30]% árið 2009 og [35-40]% árin 2010 og 2011. Krafa samnings 365 miðla og Icelandair um [...] millj. kr. auglýsingaviðskipti á ári stendur aðeins fyrir um [40-50]% af auglýsingafé Icelandair á ári. Samningurinn felur þar af leiðandi ekki í sér þá útilokun á auglýsingaviðskiptum Icelandair við keppinauta 365 miðla að varðað geti við samkeppnislög.

365 miðlar benda í athugasemdum sínum á að gögn, frá þriðja aðila, um selda dálksentimetra til Icelandair og dótturfélaga sýni að hlutfall auglýsinga Icelandair í Viðskiptablaðinu hafi aukist í kjölfar þess að samningurinn var gerður. Þá sýni sömu gögn að [...].

Eins og komið hefur fram aflaði Samkeppniseftirlitið upplýsinga frá 365 miðlum og viðskiptavinum fyrirtækisins. Meðal annars var óskað eftir afritum af viðskiptasamningum stærstu viðskiptavina 365 miðla við fyrirtækið. Samkeppniseftirlitið hefur kannað viðskiptakjör í þeim samningum og benda þau ekki til þess að viðskiptavinum 365 miðla sé mismunað í viðskiptakjörum með samningi fyrirtækisins við Icelandair, sbr. c. lið 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga.

Í ljósi framangreinds er það mat Samkeppniseftirlitsins að ekki séu líkur á því að í samningi 365 miðla og Icelandair felist einkakaup eða ólögmatir tryggðarafslættir. Þó er rétt að taka fram að það mat er háð upphæð auglýsingakaupa Icelandair á hverju ári, sbr. ákvæði 4.1 í samningi félaganna.

3.2 Skaðleg undirverðlagning

Myllusetur telur að með verðlagningunni í samningi 365 miðla og Icelandair sé reynt að tryggja viðskipti Icelandair með skaðlegri undirverðlagningu. Í þessu samhengi bendir Myllusetur meðal annars á að Icelandair fái [...] heilsíðuauglýsingar í Fréttablaðinu á gildistíma samningsins „endurgjaldslaust“ sem annars myndu kosta á bilinu [...] millj. kr. Þá felist í samningum önnur „endurgjaldslaus“ þjónusta. 365 miðlar nýti með þessum hætti styrk sinn á markaði fyrir auglýsingar í dagblöðum og á tengdum mörkuðum.

365 miðlar telja að fyrirtækið hafi alltaf framlegð af viðskiptunum við Icelandair og því geti ekki falist í þeim skaðleg undirverðlagning. [...]. Þjónusta í samningnum sem veitt sé án endurgjalds sé í raun greidd með greiðslu [...] millj. kr. vegna kostunar enska boltans á samningstímanum. Upp geti komið tilvik þar sem ekki tekst að selja að fullu auglýsingar í Fréttablaðinu og í stað þess að prenta auðar síður séu settar inn í blaðið auglýsingar „án tekna“. Yfirleitt sé um að ræða auglýsingar á eigin efni 365 miðla eða þá



auglýsingar af því tagi sem kveðið sé á um í samningum við Icelandair. Til að mynda séu [...].

Í athugasemdum 365 miðla kemur fram að breytilegur kostnaður, þ.e. prentunar og pappírskostnaður, á hverja síðu í Fréttablaðinu sé [...] kr. Að meðtöldum dreifingarkostnaði sé breytilegur kostnaður í heild tæplega [...] kr. á hverja síðu. 365 miðlar telja að [...]% afsláttur Icelandair af auglýsingum í Fréttablaðinu samkvæmt samningnum geti ekki falið í sér undirverðlagningu ef tekið sé dæmi af ódýrustu heilsíðu í Fréttablaðinu sem samkvæmt verðskrá kosti 597.800 kr. Sú heilsíða myndi kosta [...] kr. með afslætti Icelandair. Það sé u.þ.b. [...] kr. yfir heildar breytilegum kostnaði af hverri síðu í Fréttablaðinu.

Samkeppniseftirlitið gerir athugasemdir við útreikning 365 miðla á breytilegum kostnaði. Í útreikningum sínum taka 365 eingöngu tillit til kostnaðar vegna prentunar, pappírs og dreifingar. Hvað sem því líður sýna kennitölur úr rekstri Fréttablaðsins að ólíklegt er að sá afsláttur sem Fréttablaðið fær leiði til skaðlegrar undirverðlagningar. Með svörum 365 miðla fylgdi m.a. yfirlit yfir rekstur Fréttablaðsins frá janúar til apríl 2012. Í yfirlitinu kemur fram að tekjur Fréttablaðsins á þeim tíma voru [...] millj. kr. og kostnaður vegna blaðsins á sama tíma [...] millj. kr. Á sama tíma var EBITDA vegna rekstrarins [...] millj. kr. eftir að óbeinn kostnaður hafði verið dregin frá. Eins og komið hefur fram benda upplýsingar úr öðrum viðskiptasamningum 365 miðla sem Samkeppniseftirlitið hefur aflað til þess að viðskiptavinir sem eru sambærilegir Icelandair njóti sambærilegra kjara.

Í ljósi framangreinds telur Samkeppniseftirlitið ekki líkur á því að 365 miðlar hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með skaðlegri undirverðlagningu í þessu tilvik.

3.3 Samtvinnun viðskipta

Myllusetur telur að í samningi 365 miðla og Icelandair felist ólögmet samtvinnun á ólíkum vörum, t.d. á kostun enska boltans, auglýsingum í Fréttablaðinu og afhendingu á eintökum af Fréttablaðinu. Ekki sé gert að skilyrði í samningnum að ólík þjónusta sé einnig keypt en samtvinnun felist allt að einu í kjörum samningsins.

365 miðlar telja að sá þáttur kvörtunar Mylluseturs sem snúi að meintri samtvinnun sé byggður á misskilningi. Ekki sé gerð krafa um að ákveðin þjónusta sé keypt samhliða annarri þjónustu. Varðandi endurgjaldslausu afhendingu á eintökum af Fréttablaðinu benda 365 miðlar á að blaðinu sé nú þegar dreift endurgjaldslaust á ýmsa fjölfarna staði, [...]. Eina markmið 365 miðla sé að hámarka lestur Fréttablaðsins [...].

Samtvinnun viðskipta er ein tegund misnotkunar á markaðsráðandi stöðu. Í henni felst í aðalatriðum að sett er það skilyrði fyrir samningsgerð að viðsemjendur taki á sig viðbótarskuldbindingar sem tengjast ekki efni samninganna, hvorki í eðli sínu né samkvæmt viðskiptavenju, sbr. d. lið 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga. Fjallað var um samtvinnun í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 28/2000, *Kvörtun Neytendasamtakanna yfir samtvinnun Knattspyrnusambands Íslands við sölu á aðgöngumiðum að tveimur landsleikjum í knattspyrnu*, sbr. og úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 11/2000. Einnig má vísa til úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 8/2008,



Fiskmarkaður Íslands hf. gegn Samkeppniseftirlitinu. Þegar framangreindar niðurstöður samkeppnisyfirvalda og helstu ákvarðanir framkvæmdastjórnar ESB⁹ og dómur ESB dómstólsins¹⁰ um samtvinnun eru skoðaðar er ljóst að almennt er gert ráð fyrir því að samtvinnun af hálfu markaðsráðandi fyrirtækis, sem gerir kaup á ákveðinni vöru eða þjónustu á einum markaði að skilyrði fyrir kaupum á annarri vöru eða þjónustu á öðrum markaði, geti falið í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu þegar hún er til þess fallin að raska samkeppni og takmarka valkosti neytenda.

Skilyrði þess að um ólögmæta samtvinnun geti verið að ræða eru í fyrsta lagi að um sé að ræða ólíkar vörur sem seldar séu saman. Í öðru lagi að viðkomandi fyrirtæki sé markaðsráðandi á a.m.k. öðrum þeirra markaða sem til skoðunar eru. Í þriðja lagi að viðkomandi fyrirtæki veiti viðskiptavinum ekki færi á að kaupa vörurnar í sitt hvoru lagi. Í fjórða lagi að háttsemin sé til þess fallin að takmarka samkeppni.¹¹

Ekkert ákvæði samnings 365 miðla við Icelandair gerir það að skilyrði að önnur þjónusta 365 miðla sé keypt samhliða kostun enska boltans. Þá telur Samkeppniseftirlitið það ekki ljóst að af öðrum viðskiptaskilmálum og viðskiptakjörum samningsins leiði að hann feli í sér ólögmæta samtvinnun eða vöndlun (e. *bundling*) viðskipta.

Í ljósi framangreinds er það mat Samkeppniseftirlitsins að Myllusetur hafi ekki leitt nægjanlega sterkum rökum að því að í samningi 365 miðla og Icelandair felist ólögmæt samtvinnun viðskipta.

4. Niðurstaða

Með hliðsjón af framangreindu og þeim gögnum sem aflað hefur verið í málinu, er það mat Samkeppniseftirlitsins að líkur séu á að 365 miðlar séu í markaðsráðandi stöðu. Hins vegar veiti erindi kvartanda og gögn sem aflað hefur verið ekki þær vísbendingar um brot á 11. gr. samkeppnislaga að tilefni sé til frekari rannsóknar. Í 3. mgr. 8. gr. samkeppnislaga er Samkeppniseftirlitinu veitt sérstök heimild til þess að forgangsraða og ákveða hvaða mál gefi tilefni til rannsóknar. Hefur áfrýjunarnefnd samkeppnismála ítrekað tekið fram að Samkeppniseftirlitið hafi heimild til þess að hafna að taka ætluð brot til rannsóknar eða hætta rannsóknum á ætluðum brotum. Hefur nefndin í því sambandi bent á að „*ekki er sjálfgefið að sá sem telur að samkeppnislög hafi verið brotin eigi lögvarinn rétt til að rannsókn sé hafin á meintu broti á vegum stjórnvalda*“, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar í máli nr. 3/2012, *Öryggismiðstöð Íslands ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

Með vísan til þessa og með hliðsjón af forgangsröðun og mati á tilefni verkefna hjá Samkeppniseftirlitinu, sbr. einnig 9. gr. reglna nr. 880/2005 um málsmeðferð eftirlitsins,

⁹ Sbr. t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar í máli vegna Microsoft (COMP/C-3/37.792 *Microsoft*, frá 24. mars 2004).

¹⁰ Sbr. t.d. dóm ESB dómstólsins í máli nr. C-333/94P *Tetra Pak v Commission* [1996] ECR I-05951, dóm undirréttar ESB í máli nr. T-30/89 *Hilti v Commission* [1991] ECR II-01439 og dóm undirréttar ESB í máli nr. T-201/04 *Microsoft Corporation v. Commission* [2007] ECR II-03601.

¹¹ Dómur undirréttar ESB í máli nr. T-201/04 *Microsoft Corporation v. Commission* [2007] ECR II-03601. Mgr. 842 og 869.



er það mat Samkeppniseftirlitsins að ekki séu forsendur til þess að aðhafast frekar í tilefni af kvörtun Mylluseturs frá 28. mars 2012.¹²

Að mati Samkeppniseftirlitsins er þó rétt að áréttta að fyrirtæki með sterka stöðu á markaði verða að gæta vel að sér enda geta samningar og önnur hegðun þeirra orðið til þess að hindra að keppinautar þeirra nái að vaxa og dafna og efla þar með samkeppni.

III.

Ákvörðunarorð:

„Ekki eru forsendur til að aðhafast frekar í tilefni af erindi Mylluseturs ehf. frá 28. mars 2012.“

Samkeppniseftirlitið

Páll Gunnar Pálsson

¹² Rétt er að taka fram að í ákvörðun þessari felst ekki eftirlit, mat eða afstaða Samkeppniseftirlitsins samkvæmt 62. gr. a laga um fjölmiðla nr. 38/2011.