



SAMKEPPNISEFTIRLITIÐ

Föstudagurinn 16. júní 2006

Ákvörðun nr. 20/2006

Misnotkun Skífunnar á markaðsráðandi stöðu sinni

I.

Tildrög málsins

Þann 4. desember 2001 komst samkeppnisráð að þeirri niðurstöðu að Skífan hf. hefði misnotað markaðsráðandi stöðu sínu með gerð einkakaupasamnings við fyrirtækið Aðföng ehf. um sölu á tónlist á geisladiskum í verslunum Baugs hf. Lagði samkeppnisráð stjórnvaldssektir á Skífuna. Skífan skaut málinu til áfrýjunarnefndar samkeppnismála og síðar til dómstóla. Með dómi Hæstaréttar frá 19. febrúar 2004 var staðfest sú niðurstaða áfrýjunarnefndar samkeppnismála 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 ehf. Með tilkynningunni fylgdu ýmsir samningar Skífunnar, þ. á m. samningur milli Skífunnar og Hagkaupa um sölu á tónlistardiskum, dags. 30. apríl 2003. Við nánari skoðun á samningi Skífunnar og Hagkaupa var það mat Samkeppnisstofnunar að samningurinn fæli hugsanlega í sér brot Skífunnar gegn 11. gr. samkeppnislaga nr. 8/1993 og hóf stofnunin þá rannsókn málsins.

Eftir samruna Skífunnar og verslunarreksturs Tæknivals skipti fyrirtækið um eigendur og var nafni samsteypunnar breytt í Dag Group hf. Samsteypunni hafa tilheyrt ýmis fyrirtæki, en nafn Skífunnar hefur haldist á hluta af verslunarrekstri samsteypunnar, sbr. Skífuverslanirnar. Verður vísað til þessara aðila í einu lagi sem DG í þessari ákvörðun.

II.

Málsmeðferð

1.

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. Meðal þeirra gagna sem óskað var eftir voru tölvupósts-, fax- og bréfasamskipti milli fyrirtækjanna, minnisblöð, útreikningar og önnur gögn vegna undirbúnings og framkvæmdar samninga milli fyrirtækjanna og afrit af gildandi samningum. Þessi beiðni um gögn var ítrekuð með bréfi Samkeppnisstofnunar frá 18. nóvember 2004. Svar barst frá DG með bréfi, dags. 13. desember 2004. Í bréfi DG segir að ekki hafi fundist nein gögn né samskipti um undirbúning samninganna. Aftur á móti hafi fundist nýr samningur um sölu á affpreyingarefni, undirritaður í september 2004. Upplýsingar bárust frá Hagkaupum með ódagssettu bréfi.

Í bréfum Samkeppnisstofnunar til DG var tekið fram að við nánari rannsókn á samningnum frá 30. apríl 2003 teldi stofnunin hugsanlegt að hann fari gegn 11. gr. samkeppnislaga. Einnig var bent á að samkeppnisráð hefði í ákvörðun nr. 40/2001 *Erindi FÍH og Japís ehf. vegna samnings Skífunnar hf. og Aðfanga ehf. um sölu á geisladiskum* komist að þeirri niðurstöðu að samningur Skífunnar við Aðföng fæli í sér brot gegn 11. gr. samkeppnislaga. Ítrekun brota gæti jafnframt leitt til þyngingar sekta.

2.

Þann 13. apríl 2005 var DG send frumathugun Samkeppnisstofnunar. Í frumathuguninni voru tildrög málsins rakin. Einnig voru rakin skilyrði sem sett voru í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 19/2004 *Samruni verslunarsviðs Tæknivals hf. við Norðurljós hf. (Skífuna ehf.), Samruni Fréttar ehf. við Norðurljós, Fjárhagsleg endurskipulagning Norðurljósa* fyrir samþykki samkeppnisyrivalda á samruna verslunarsviðs Tæknivals og Skífunnar. Í frumathuguninni var DG talinn vera markaðsráðandi í sölu á m.a. tónlist á geisladiskum og tölvuleikjum. Því næst var tveimur samningum DG (áður Skífunnar) við Hagkaup gerð skil, sá fyrri, dags. 30. apríl 2003, og sá síðari, dags. í september 2004. Var það mat Samkeppnisstofnunar að samningarnir færu gegn 11. gr. samkeppnislaga þar sem þeir hefðu falið í sér ólögmet einkakaup og tryggðarafslætti. Einnig var talið að síðari samningurinn fæli í sér brot gegn skilyrðum áðurnefndrar ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 19/2004. Að lokum var vísað til þess að stofnunin teldi tilefni til álagningar stjórnvaldssekta vegna þessara ætluðu brota.

3.

Samkeppnisstofnun barst umsögn við frumathugunina með bréfi frá Andra Árnasyni hrl., dags. 1. júní 2005, f.h. DG. Í bréfinu er niðurstöðu frumathugunar Samkeppnisstofnunar mótmælt. Lýst er aðdraganda að eigendaskiptum Skífunnar, síðar DG, sumarið 2004 og undirbúningi að gerð samnings við Hagkaup sem undirritaður var í september 2004. Er því haldið fram að mistök, sem sögð eru hafa átt orsök sína að rekja til mannabreytinga í kjölfar eigendaskipta á fyrirtækinu, hafi orðið til þess að í september 2004 hafi samningur verið undirritaður við Hagkaup þrátt fyrir að lögmaður Skífunnar hafi gert athugasemdir við ákvæði samningsins. Þessu til stuðnings er vísað til tölvupóstssamskipta þáverandi stjórnenda Skífunnar og lögmanns fyrirtækisins. DG hefur einnig lagt fram yfirlýsingu þáverandi sölustjóra affpreyingarsviðs fyrirtækisins, dags. 27. maí 2005, sem lýsir þeim mistökum sem sögð eru hafa átt sér stað við gerð samningsins.



DG kveður tilgang samninga sem gerðir voru á árunum 2003 og 2004 hafa verið að tryggja að sala Hagkaupa á afþreyingarvörum Skífunnar væri í föstum skorðum, sérstaklega m.t.t. markaðssetningar. Vettvangskönnun starfsmanns Skífunnar í verslun Hagkaupa, sem lýst er í frumathugun Samkeppnisstofnunar og fjallað er um í tölvupósti sölustjóra afþreyingarvöru hjá Skífunni til innkaupamanns sérvöru hjá Hagkaupum þann 24. nóvember 2004, hafi haft þann tilgang að fylgja eftir skyldum Skífunnar samkvæmt samningum við einstaka listamenn. Samkvæmt þeim hafi Skífan borið skyldu til þess að selja og koma tónlist þeirra á framfæri. Þetta muni ekki hafa falið í sér afskipti af innkaupastefnu Hagkaupa. Þessu til stuðnings hefur DG lagt fram yfirlýsingu framkvæmdastjóra Hagkaupa, dags. 30. maí 2005, þar sem fram kemur að Skífan hafi á árunum 2002-2005 ekki haft afskipti af innkaupastefnu Hagkaupa á sviði tónlistardiska og annars afþreyingarefnis. Skífan hafi hvorki gert kröfu um að tiltekið hlutfall afþreyingarvara í verslunum Hagkaupa kæmi frá Skífunni né gert aðrar viðlíkar kröfur. Í yfirlýsingunni kemur einnig fram að afsláttur til Hagkaupa hafi verið fastur og hafi ekki verið háður kaupum Hagkaupa á tilteknu magni afþreyingarvöru frá Skífunni.

Í athugasemdum DG er einnig fjallað um skilgreiningu markaða. Ekki eru gerðar athugasemdir við skilgreiningu vörumarkaðar, þ.e. að markaðir í málinu séu heildsölumarkaðir fyrir tónlistardiska, mynddiska og tölvuleiki. Hins vegar eru settir fyrirvarar við landfræðilega afmörkun þessara markaða, þ.e. að samkeppnisyfirvöld telji landfræðilega markaðinn miðast við Ísland. Það er mat DG að hinn landfræðilegi markaður sé mun stærri en gert sé ráð fyrir í frumathugun Samkeppnisstofnunar. Ekki sé um að ræða lagalegar eða tæknilegar hindranir fyrir samhliða innflutningi til landsins, t.d. hvað varðar vörumerkjavernd eða annað. Einnig sé auðvelt að flytja afþreyingarefni til Íslands, t.d. með ódýrum skipaflutningum. Að auki sé varan sú sama, t.d. eigi íslensk textun sér stað á framleiðslustigi flestra mynddiska. Að lokum er bent á að fyrirtæki sem selja afþreyingavöru hér á landi, t.d. Hagkaup og Elko, flytji m.a. sjálf inn slíkar vörur í auknum mæli.

DG mótmælir því að fyrirtækið sé markaðsráðandi á heildsölumörkuðum fyrir tónlistardiska, mynddiska og tölvuleiki. Er í því samhengi vísað til þess að fyrirtækið verði að bjóða smásöluaðilum samkeppnishæft verð hér á landi vegna hugsanlegrar utanaðkomandi samkeppni. DG telur að samkeppnisyfirvöld geti ekki byggt á því að aðstæður á markaði hafi ekki breyst frá töku ákvarðana samkeppnisráðs nr. 40/2001 og 19/2004 heldur verði að framkvæma nýja rannsókn á viðkomandi mörkuðum. Fyrirtækið geti því ekki sæst á frumathugun Samkeppnisstofnunar að þessu leyti.

Fyrirtækið mótmælir því að hafa brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga og ákvörðun samkeppnisráðs nr. 19/2004. Kjarni raka DG felst í því að þrátt fyrir að umræddir samningar sem slíkir brjóti gegn 11. gr. samkeppnislaga þá leiði slíkt ekki sjálfkrafa til þess að um brot á samkeppnislögum sé að ræða. Þvert á móti þurfi að staðreyna að misnotkun hafi í raun og veru átt sér stað. Skífan hafi með gerð samninganna ekki haft afskipti af vöruúrvali Hagkaupa á sviði afþreyingarefnis.



Tilgangur samninganna hafi eingöngu verið sá að tryggja að sala á afþreyingarefni til Hagkaupa og markaðssetning á því væri í föstum skorðum vegna skyldu Skífunnar gagnvart listamönnum. Í athugasemdum sínum gerir DG þannig mun á vöruúrvali og framstillingu og hafi Skífan eingöngu gert athugasemdir við framstillingu í verslunum Hagkaupa til samræmis við markaðslega stöðu listamanna sem Skífan gaf út á þeim tíma. Burt séð frá athugasemdum Skífunnar við framstillingu í verslunum Hagkaupa þá hafi framstillingin ekki verið í samræmi við almenna markaðshlutdeild Skífunnar né verið í samræmi við vinsældir tónlistardiska á vegum fyrirtækisins á sama tíma.

Að lokum gerir DG athugasemdir við boðaðar sektir í málinu. Kveður fyrirtækið lagaskilyrði til álagningu sekta breyta þar sem háttsemi fyrirtækisins sé ekki þess eðlis að þörf sé á sektum til að stuðla að og efla virka samkeppni, sbr. orðalag þágildandi 52. gr. samkeppnislaga. Skífan hafi ekki haft afskipti af vöruúrvali Hagkaupa, heldur eingöngu framstillingu. Þá hafi Skífan ekki bundið afslátt við skilyrði um einkakaup. Ekki sé þörf á sektum þar sem meint skaðleg háttsemi hafi aldrei átt sér stað. Telji samkeppnisyfirlit hans vegar nauðsynlegt að leggja sektir á DG kveður fyrirtækið að fjölmörg atriði leiði til lækkunar þeirra. Þannig hafi enginn samkeppnislegur skaði orðið af háttsemi Skífunnar og að brotið geti ekki talist alvarlegt. DG bendir einnig á að gildistími beggja umræddra samninga verði að teljast skammur, fyrri samningurinn hafi gilt frá 1. maí 2003 til 30. apríl 2004 og sá síðari frá september 2004 til maí mánaðar 2005 er honum var sagt upp. Enn fremur hafi hvorugur samninganna komið til framkvæmda og ekki hafi verið um ásetning forsvarsmanna Skífunnar að ræða. Uppsögn DG á samningnum, áður en hann hafi fallið úr gildi, svo og samstarfsvilji fyrirtækisins við rannsókn málsins eigi einnig að leiða til lækkunar sekta. Hvað varðar sjónarmið sem leiða til hækkunar sekta þá telur DG slík sjónarmið ekki eiga við í málinu. Meint brot Skífunnar séu ekki sambærileg fyrri broti fyrirtækisins, sbr. ákvörðun samkeppnisráðs nr. 40/2001, þar sem samningarnir hafi verið til styttri tíma og ekki liggja fyrir ásetningur stjórnenda fyrirtækisins til brotsins.

4.

Með bréfum Samkeppnisstofnunar, dags. 14. og 15. júní 2005, óskaði Samkeppnisstofnun eftir upplýsingum frá helstu fyrirtækjum á smásölustigi fyrir afþreyingarvöru. Aflað var upplýsinga um kaup og sölu á afþreyingarefni, einkum að hvaða leyti erlendur innflutningur tíðkaðist hjá fyrirtækjunum. Svör bárust á tímabilinu 24. júní-14. júlí 2005.

Með bréfum frá Samkeppniseftirlitinu, dags. 15. júlí 2005, var óskað eftir upplýsingum um rekstrartekjur hjá fyrirtækjum er starfa á heildsölustigi þeirra afþreyingarmarkaða sem um ræðir í málinu. Svör bárust á tímabilinu 15. júlí-14. ágúst 2005.

Samkeppniseftirlitið aflaði frekari gagna í janúar, mars og maí 2006. Með bréfi Samkeppnisstofnunar, dags. 1. júní 2006, var DG sendur listi yfir gögn málsins.



III. Niðurstaða

Þann 1. júlí 2005 tóku gildi ný samkeppnislög nr. 44/2005. Með lögunum voru samkeppnisráð og Samkeppnisstofnun lögð niður en við hlutverki þeirra tók ný stofnun, Samkeppniseftirlitið. Ákvæði 11. og 37. gr. núgildandi samkeppnislaga nr. 44/2005 eru samhljóða 11. gr. 52. gr. eldri samkeppnislaga. Þar af leiðandi er ekki ástæða til að fjalla frekar um lagaskil.

1.

Skilgreining markaðarins

Í máli þessu þarf að meta hvort DG hafi með tilteknum aðgerðum brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga. Samkvæmt 11. gr. laganna er misnotkun eins eða fleiri fyrirtækja á markaðsráðandi stöðu bönnuð. Til þess að fyrirtæki geti verið brotlegt við 11. gr. samkeppnislaga verður það að vera markaðsráðandi. Í því skyni að meta hvort fyrirtæki er markaðsráðandi þarf að skilgreina viðkomandi markað og kanna stöðu einstakra fyrirtækja á honum. Samkvæmt 4. gr. laganna er markaður sölusvæði vöru og staðgengdarvöru og/eða sölusvæði þjónustu og staðgengdarþjónustu. Hagfræðileg rök leiða því til þess að skoða verður viðkomandi markað út frá a.m.k. tveimur sjónarhornum, annars vegar vöru- eða þjónustumarkaðnum og hins vegar landfræðilega markaðnum. Hafa ber þó í huga að markaðsskilgreiningar í samkeppnisrétti geta ekki orðið nákvæmar og eru aðeins notaðar til viðmiðunar, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 17–18/2003 *Icelandair ehf. og Iceland Express ehf. gegn samkeppnisráði*.

1.1 Þjónustumarkaðurinn

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

Samningar Skífunnar og Hagkaupa varða báðir heildsölu á tónlist á geisladiskum en sá síðari varðar einnig dvd-myndir og tölvuleiki. Í þessu máli er ekki lagt til grundvallar að samningsákvæði um dvd-myndir fari gegn 11. gr. samkeppnislaga. Er því ekki þörf að fjalla um þann markað og stöðu DG á honum. Fjallað er hins vegar um dvd-myndir í tengslum við ákvörðun samkeppnisráðs nr. 19/2004.

Tónlist á geisladiskum

Í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 40/2001 var markaðurinn fyrir sölu á tónlist á geisladiskum (hljómdiskar) skilgreindur á eftirfarandi hátt:

„Mál þetta varðar heildsölu og dreifingu á hljómdiskum til endurseljenda. Hafa verður í huga að í samkeppnisrétti tilheyrir smásala og heildsala/dreifing á tiltekinni vöru almennt séð mismunandi mörkuðum. Smásala á hljómdiskum fellur því ekki undir markað þessa máls. Ljóst er að gagnvart endurseljendum er ekki staðganga milli hljómdiska og



annars afþreyingarefnis eins og t.d. bóka eða tölvuleikja. Að mati samkeppnisráðs gildir þetta jafnt gagnvart sérhæfðum hljómplötuværslunum og stærri sérvöruværslunum sem vilja bjóða neytendum upp á úrval afþreyingarefnis. Hér skiptir einnig máli að fram hefur komið það mat Hagkaupa að innkaup á hljómdiskum kalli á mikla sérþekkingu á tónlist og á viðskiptasambönd sem fyrirtækið búi ekki yfir. Þegar þetta allt er virt telur samkeppnisráð að vörumarkaðurinn í máli þessu sé heildsala og dreifing á hljómdiskum. Sú niðurstaða er í samræmi við fordæmi í m.a. EES/EB-samkeppnisrétti."

Markaðsskilgreining samkeppnisráðs var síðar staðfest í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 1/2002 *Skífan hf. gegn samkeppnisráði* og í dómi Hæstaréttar nr. 323/2003 *Skífan hf. gegn samkeppnisráði*. Framangreind skilgreining var enn fremur áréttuð í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 19/2004. Ekkert hefur komið fram í þessu máli sem kallar á nýja skilgreiningu á þessum markaði. Af hálfu DG er þessari markaðsskilgreiningu ekki andmælt.

Tölvuleikir

Ákvörðun samkeppnisráðs nr. 19/2004 fjallaði einnig um sölu á tölvuleikjum. Með eftirfarandi rökum var það mat samkeppnisráðs að unnt væri að skilgreina sérstakan markað fyrir sölu á tölvuleikjum:

„... framkvæmdastjórn EB hefur í samrunamálinu Bertelsmann/Viag/Game Channel fjallað um markað fyrir tölvuleiki, sem litið er á sem sjálfstæða markaði aðskilda frá öðru afþreyingarefni. Í málinu er fjallað bæði um tölvuleiki sem notandi fær aðgang að annars vegar hjá þjónustuveitanda á Internetinu, ýmist gegn greiðslu eða ekki, og hins vegar tölvuleiki sem seldir eru á diskum (t.d. CD-Rom). Í ljósi þess að uppruni tekna seljenda tölvuleikja er mismunandi eftir því hvort þeir eru seldir á diskum eða í gegnum Internetþjónustuaðila, voru leiddar líkur að því að um tvo sjálfstæða undirmarkaði væri að ræða. Að mati samkeppnisráðs tilheyrir heildsala og smásala á tölvuleikjum sérstökum mörkuðum."

Ekkert hefur komið fram í þessu máli sem kallar á nýja skilgreiningu á þessum markaði. Þessi markaður telst því vera heildsala á tölvuleikjum á diskum. Af hálfu DG er þessari markaðsskilgreiningu ekki andmælt.

1.2 Landfræðilegi markaðurinn

Til landfræðilegs markaðar telst það svæði þar sem hlutaðeigandi fyrirtæki eru viðriðin framboð og eftirspurn eftir viðkomandi vöru eða þjónustu, þar sem samkeppnisskilyrði eru nægilega lík og sem unnt er að greina frá nærliggjandi svæðum, einkum vegna þess að samkeppnisskilyrði eru greinilega frábrugðin á þeim svæðum.

Í frumathugun Samkeppnisstofnunar var komist að þeirri niðurstöðu að landfræðilegi markaðurinn fyrir heildsölu á tónlist á geisladiskum og tölvuleikjum væri landið allt. Var í því sambandi höfð hliðsjón af eldri málum.



DG hefur mótmælt því mati samkeppnisyfirvalda að aðstæður á mörkuðum málsins hafi ekki breyst með þeim hætti frá töku ákvörðunar nr. 19/2004 að nauðsynlegt sé að endurskoða skilgreiningu á landfræðilega markaðnum. Hefur fyrirtækið lagt áherslu á að samkeppnisyfirvöld verði að rannsaka markaðinn í hverju máli og geti þannig ekki vísað til eldri ákvarðana þegar markaðurinn er skilgreindur. DG byggir á því að líkur standi til þess að landfræðilegi markaðurinn sé stærri en Ísland. Hefur félagið bent á að ekki séu fyrir hendi tæknilegar, lagalegar eða kostnaðarlegar hindranir sem standa í vegi fyrir samhliða innflutningi á afþreyingarefni. Fullyrt er að varan sé sú sama hvort sem hún sé keypt af Skífunni eða af öðrum aðila. Sagt er að meðal annars Hagkaup hafi nú upp á síðkastið ráðist í umtalsverðan eigin innflutning á tónlist á geisladiskum. Segir DG, að þjóði félagið ekki smásölum upp á samkeppnishæft verð eða þjónustu muni þeir einfaldlega leita til annarra aðila um kaup á afþreyingarefni, hvort heldur með því að leita beint til erlendra dreifingaraðila eða aðila sem sérhæfa sig í samhliða innflutningi afþreyingarefnis.

Í ljósi þessara sjónarmiða DG verður að fjalla nánar um skilgreiningu landfræðilega markaðarins í þessu máli. Þykir fyrst rétt að gera grein fyrir eldri úrlausnum samkeppnisyfirvalda. Í ákvörðun nr. 40/2001 taldi samkeppnisráð að landfræðilegi markaðurinn við heildsölu á tónlist á geisladiskum væri landið allt. Var niðurstaða ráðsins rökstudd á eftirfarandi hátt:

„Í máli þessu liggur fyrir að þau fyrirtæki sem starfa við heildsölu dreifingu á tónlist og mál þetta tekur til sjá um dreifingu til landsins alls. Auk þessa dreifa þau ekki tónlist út fyrir landsteinana í verulegum mæli og verður því landið allt að teljast sá landfræðilegi markaður sem þýðingu hefur fyrir úrlausn þessa máls.“

Skífan skaut þessari ákvörðun til áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Fyrir áfrýjunarnefnd hélt Skífan því fram að félagið væri ekki markaðsráðandi. Í því sambandi var því haldið fram að landfræðilegi markaðurinn væri stærri en Ísland og vísað til þess evrópska og alþjóðlega umhverfi sem félagið taldi sig starfa í. Í úrskurði sínum í máli nr. 1/2002 féllst áfrýjunarnefnd ekki á þessi sjónarmið Skífunnar. Benti nefndin á þetta:

„Einnig má fallast á rök samkeppnisráðs fyrir því að landfræðilegi markaðurinn sé Ísland. Við mat á því ber fyrst og fremst að líta til hvort viðskipti eigi sér stað í það miklum mæli að þau takmarki verðhækkningar eða að öðru leyti óhagstæða viðskiptaskilmála hjá fyrirtækjum með öflugra stöðu á heimamarkaði. Þar koma ýmis sjónarmið til álitu 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 kunnir að vera. Er því fallist á röksemdir í hinni áfrýjuðu ákvörðun fyrir því að Skífan hf. hafi markaðsráðandi stöðu á þeim markaði sem skilgreindur er.“



Skífan skaut þessum úrskurði áfrýjunarnefndar til dómstóla. Hélt fyrirtækið því einnig fram fyrir dómstólum að landfræðilegi markaðurinn væri stærri en Ísland. Héraðsdómur¹ og Hæstiréttur² töldu engin efni til að hnekkja framangreindri niðurstöðu áfrýjunarnefndar.

Í ákvörðun nr. 19/2004 fjallaði samkeppnisráð um m.a. heildsölu á tónlist á geisladiskum og tölvuleikjum. Málið fjallaði um m.a. samruna verslunarsviðs Tæknivals hf. við Norðurljós hf. (Skífan ehf.). Í þessu máli töldu samrunaaðilar að á heildsölustigi umræddra vara væri landfræðilegi markaðurinn Ísland. Komst samkeppnisráð að sömu niðurstöðu. Þessari ákvörðun var ekki áfrýjað.

Framangreindar niðurstöður íslenskra samkeppnisyfirvalda og dómstóla eru í samræmi við EES/EB-samkeppnisrétt. Hér má t.d. vísa til ákvörðunar framkvæmdastjórnar EB frá 19. júlí 2004 í Sony/BMG málinu.³ Í því máli töldu bæði málsaðilar og framkvæmdastjórnin að um landsmarkaði væri að ræða varðandi sölu á tónlist á geisladiskum.

Í ljósi athugasemda DG öfluðu samkeppnisyfirvöld upplýsinga frá nokkrum fyrirtækjum er starfa við smásölu á þeim afþreyingarvörum sem um ræðir í máli þessu. Samkvæmt upplýsingum frá umræddum fyrirtækjum voru árið 2004 að meðaltali 95% af tónlist á geisladiskum og 90% af tölvuleikjum sem seldir voru í verslunum þeirra keyptir af innlendum heildsölum. Á fyrstu sex mánuðum ársins 2005 var hlutfallið 97% af tónlist á geisladiskum og 80% af tölvuleikjum. Í þessu samhengi skiptir máli að í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 40/2001 var vísað til þess að Hagkaup hefði greint frá því mati fyrirtækisins að innkaup á tónlist á geisladiskum kölluðu á mikla sérþekkingu á tónlist og viðskiptasambönd sem fyrirtækið byggði ekki yfir. Í ljósi þessa verður að ætla að nokkur viðbótarkostnaður fylgi eigin innflutningi smásala. Fyrir liggur að DG hefur umboð fyrir alla helstu tónlistarútgefendur í heiminum sem eru samtals með um [90-95]⁴% af sölu á erlendri tónlist á Íslandi.⁵ DG er einnig með sérsamninga við marga stærstu framleiðendur á tölvuleikjum.⁶ Telja verður og að ákveðið hagræði fylgi því fyrir innlenda smásala að kaupa afþreyingarvörur af innlendum heildsölum. Má í því sambandi nefna t.d. að þá er skilaréttur á óseldri vöru tryggður, kynningarefni er fyrir hendi o.s.frv.

Hér ber og að hafa í huga að samkvæmt svokallaðri PARX-skýrslu er ríflega helmingur tónlistar á geisladiskum sem seldur var á árinu 2004 íslensk tónlist. Endurseljendur á tónlist þurfa því augljóslega að bjóða upp á íslenska tónlist og

¹ Dómur frá 10. júlí 2003.

² Dómur frá 19. febrúar 2004.

³ Mál nr. COMP/M.3333.

⁴ Nákvæm markaðshlutdeild felld út vegna trúnaðar

⁵ Kemur fram í söluýfirliti sem Íslandsbanki hf. (nú Glitnir banki hf.) gerði fyrir væntanlega kaupendur að Senu í desember 2005.

⁶ Á árinu 2004 var stöðu Skífunnar í heildsölu á tölvuleikjum lýst með þessum hætti á heimasíðu Norðurljósa: „Árið 1995 hóf Skífan að flytja inn tölvuleiki og dreifa þeim. Fyrirtækið stendur nú mjög sterkt að vígi á þessu sviði með sérsamningum við leiðandi merki á borð við Sony (Play-Station), Virgin Interactive, Electronic Arts, Sierra, Micro-prose, Eidos, Dorling Kindersley og Ocean.“ Á heimasíðu Senu er vísað til þess að félagið hafi umboð fyrir marga af stærstu framleiðendum á tölvuleikjum.



hana fá þeir hjá innlendum heildsölum eins og DG. Þar hefur DG mjög styrka stöðu enda telur tónlistarsafn félagsins um [80-85]⁷% af allri útgefinni íslenski tónlist frá 1950.⁸ Af framangreindu leiðir að innlendir smásalar kaupa í aðalatriðum tónlist á geisladiskum og tölvuleiki af innlendum heildsölum. Í því sambandi skiptir einnig máli að um [85-90]⁹% af seldri tónlist í verslunum Hagkaupa er íslensk tónlist. Hlýtur óhjákvæmilega að felast í því ákveðið hagræði fyrir endurseljendur að geta aflað sér bæði innlendrar og erlendrar tónlistar hjá sama heildsala.

Þegar allt framangreint er virt telur Samkeppniseftirlitið að engin ástæða sé til þess að hverfa frá þeirri skilgreiningu á landfræðilega markaðnum sem staðfest var með framangreindum dómi Hæstaréttar. DG hefur heldur ekki bent á aðstæður sem breytt hafi gerð markaðarins sem réttlæti víðari skilgreiningu hins landfræðilega markaðar. Hafa ber og í huga að ekki er samræmi í viðhorfum DG að þessu leyti. Í t.d. samningi fyrirtækisins við Hagkaup sem undirritaður var 30. apríl 2003 er vísað til þess að fyrirtækið hafi 85% markaðshlutdeild í tónlist. Í samningi fyrirtækjanna sem undirritaður var í september 2004 kemur fram að DG hafi 85% markaðshlutdeild í tónlist og 90% í tölvuleikjum. Sýnir þetta ótvírátt að fyrirtækið taldi ekki í aðgerðum sínum á markaðnum að landfræðilegi markaðurinn sem fyrirtækið starfaði á væri stærri en Ísland.

2.

Staða DG á markaðnum

Eins og fyrr sagði tekur bannregla 11. gr. samkeppnislaga aðeins til markaðsráðandi fyrirtækja. Í málinu verður því að taka til athugunar hvort DG sé í markaðsráðandi stöðu á hinum skilgreinda markaði.

2.1 Sjónarmið DG

Í frumathugun Samkeppnisstofnunar var vísað til ákvarðana samkeppnisráðs nr. 40/2001 og 19/2004 þar sem komist var að þeirri niðurstöðu að Skífan væri m.a. ráðandi á markaði fyrir heildsölu á tónlistardiskum og tölvuleikjum. Þá kom fram það mat Samkeppnisstofnunar að ekki hefðu orðið veigamiklar breytingar á markaðshlutdeild eða öðrum aðstæðum á hinum skilgreindu mörkuðum frá því ákvörðun samkeppnisráðs nr. 19/2004 var tekin. Því væri það mat stofnunarinnar að Skífan og síðar DG hafi verið ráðandi á heildsölumörkuðum fyrir tölvuleiki og tónlistardiska í skilningi 4. og 11. gr. samkeppnislaga á gildistíma samninga fyrirtækisins við Hagkaup.

Í andmælum sínum gerir DG athugasemdir við áðurnefnda niðurstöðu og telur að samkeppnisyfirvöld geti ekki stuðst við niðurstöður úr eldri málum án rökstuðnings og frekari gagnaöflunar. Bendir félagið sérstaklega á að í eldri úrlausnum samkeppnisyfirvalda virðist ekki hafa verið tekið nægjanlegt tillit til áhrifa samhliða innflutnings. Segir að markaðshlutdeild DG á innanlandsmarkaði þurfi síður en svo að fela í sér að félagið sé í markaðsráðandi stöðu enda veiti

⁷ Nákvæm markaðshlutdeild felld út vegna trúnaðar

⁸ Kemur fram í söluýfirliti sem Íslandsbanki hf. (nú Glitnir banki hf.) gerði fyrir væntanlega kaupendum að Senu í desember 2005.

⁹ Nákvæm markaðshlutdeild felld út vegna trúnaðar



möguleikinn á samhliða innflutningi fyrirtækinu fullt samkeppnislegt aðhald. Hafnar DG því að félagið hafi raunverulega markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir m.a. heildsölu hljómdiska og tölvuleikja.

2.2.2 Mat Samkeppniseftirlitsins

Samkvæmt 4. gr. samkeppnislaga telst fyrirtæki vera markaðsráðandi þegar það 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. Er þessi skilgreining efnislega samhliða skilgreiningu dómstóls EB á markaðsráðandi stöðu sem fram kemur m.a. í Hoffmann-La Roche málinu.¹⁰ Í dómnum kemur einnig fram að tilvist markaðsráðandi stöðu megi ráða af mörgum atriðum sem, skoðuð ein og sér, ráði ekki úrslitum, en mjög há markaðshlutdeild sé mikilvæg vísbending.¹¹ Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 17–18/2003 *Icelandair ehf. og Iceland Express ehf. gegn samkeppnisráði* kemur fram að við mat á stöðu fyrirtækja á markaði skipti mestu að huga að markaðshlutdeild og því skipulagi sem ríki á markaðnum. Varðandi markaðshlutdeild er bent á að því hærrí sem hlutdeildin sé, því sterkari vísbendingu gefi hún um markaðsráðandi stöðu. Önnur atriði sem áhrif geta haft að mati áfrýjunarnefndarinnar er t.d. að viðkomandi fyrirtæki sé almennt öflugt með hliðsjón af fjármagni og tækjum og framboði af vöru eða þjónustu. Fjöldi og stærð keppinauta skiptir einnig máli.¹² Hafa ber hér í huga að í hugtakinu markaðsráðandi staða felst ekki krafa um að engin samkeppni ríki á viðkomandi markaði.¹³ Um markaðsráðandi stöðu getur þannig verið að ræða þrátt fyrir líflega samkeppni á viðkomandi markaði.¹⁴

Eins og fram hefur komið hér að ofan eru markaðirnir í máli þessu heildsölumarkaður á tónlistardiskum og tölvuleikjum. Á þessum mörkuðum hafa starfað sex heildsalar, þ.e. Zonet ehf., Steinsnar ehf., Dagur Group, Myndform ehf., Smekkleysa ehf. og 12 Tónar.

Myndform ehf. starfar á heildsölumarkaði fyrir tölvuleiki og hefur gert umboðssamninga við Ubisoft og Midway um dreifingu tölvuleikja. Smekkleysa, Steinsnar ehf. og Zonet ehf. starfa á markaði fyrir heildsölu tónlistardiska og eru þeir einnig útgefendur. Þá starfa 12 Tónar við heildsölu og smásölu á tónlistardiskum.

Í kjölfar athugasemda DG við frumniðurstöðu Samkeppnisstofnunar aflaði Samkeppniseftirlitið upplýsinga um rekstrartekjur fyrirtækja sem stunda heildsölu á m.a. tónlistardiskum og tölvuleikjum fyrir árin 2004 og 2005. Áður en vikið verður niðurstöðum þeirrar gagnaöflunar telur Samkeppniseftirlitið rétt að gera stuttlega grein fyrir eldri úrlausnum samkeppnisyfirvalda í málum sem varða stöðu Skífunnar, fyrirrennara DG, á nefndum mörkuðum.

¹⁰ Mál nr. 85/76 *Hoffmann-La Roche v Commission* [1979] ECR 3451.

¹¹ „The existence of a dominant position may derive from several factors which, taken separately, are not necessarily determinative but among these factors a highly important one is the existence of very large market shares.”

¹² Sjá einnig t.d. Richard Whish, *Competition Law*, 2003 bls. 180-188.

¹³ Sjá t.d. dóm dómstóls EB í máli nr. 85/76 *Hoffmann-La Roche v Commission* [1979] ECR 3451.

¹⁴ Sjá dóm dómstóls EB í máli nr. 27/6 *United Brands v Commission* [1978] ECR 207.



Eins og áður hefur komið fram þá var fjallað um stöðu Skífunnar á markaðnum fyrir heildsölu á hljómdiskum í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 40/2001. Í ákvörðuninni kemur fram að Skífan sé með yfir 70% hlutdeild í heildsölu tónlistar á hljómdiskum á árinu 2000, hvort heldur sem miðað væri við söluverðmæti eða eintakafjölda. Var það mat samkeppnisyrivalda að markaðshlutdeild Skífunnar hefði farið vaxandi síðustu ár. Var Skífan talin vera í markaðsráðandi stöðu á hinum skilgreinda markaði. Var sú niðurstaða eins og áður sagði staðfest af áfrýjunarnefnd samkeppnismála og dómstólum.

Í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 19/2004 *Samruni verslunarsviðs Tæknivals hf. við Norðurljós hf. (Skífuna ehf.) Samruni Fréttar ehf. við Norðurljós. Fjárhagsleg endurskipulagning Norðurljósa* var m.a. fjallað um hlutdeild Skífunnar á heildsölustigi fyrir sölu á tónlistardiskum og tölvuleikjum. Var markaðshlutdeild Skífunnar talin nema [...] ¹⁵% á markaði fyrir sölu á tölvuleikjum og [...] ¹⁶% á markaði fyrir sölu á tónlistardiskum. Tímabilið sem miðað var við í málinu náði til alls ársins 2003. Var það mat samkeppnisráðs að Skífan væri í „... yfirburðastöðu á heildsölustigi á öllum mörkuðum þessa máls.“ Var sú fullyrðing m.a. studd þeim rökum að keppinautar gætu ekki veitt fyrirtækinu nægilegt samkeppnislegt aðhald.

Samkvæmt upplýsingum sem aflað hefur verið undir rekstri þessa máls er markaðshlutdeild fyrirtækja sem stunda heildsölu á tónlistardiskum og tölvuleikjum miðað við rekstrartekjur fyrir árin 2004 og 2005 eftirfarandi:

Tafla 1: Markaðshlutdeild miðað við rekstrartekjur heildsala árið 2004

	Geisladiskar/CD	Tölvuleikir
Sena (DG)	[75-80] ¹⁷ %	[85-90] ¹⁸ %
Zonet	[5-10] ¹⁹ %	[0-5] ²⁰ %
Steinsnar	[0-5] ²¹ %	[0-5] ²² %
Myndform	[0-5] ²³ %	[10-15] ²⁴ %
Sam-félagið	[0-5] ²⁵ %	[0-5] ²⁶ %
Smekkleysa	[5-10] ²⁷ %	[0-5] ²⁸ %

¹⁵ Í ákvörðuninni var markaðshlutdeild felld út vegna trúnaðar.

¹⁶ Í ákvörðuninni var markaðshlutdeild felld út vegna trúnaðar.

¹⁷ Nákvæm markaðshlutdeild felld út vegna trúnaðar.

¹⁸ Nákvæm markaðshlutdeild felld út vegna trúnaðar.

¹⁹ Nákvæm markaðshlutdeild felld út vegna trúnaðar.

²⁰ Nákvæm markaðshlutdeild felld út vegna trúnaðar.

²¹ Nákvæm markaðshlutdeild felld út vegna trúnaðar.

²² Nákvæm markaðshlutdeild felld út vegna trúnaðar.

²³ Nákvæm markaðshlutdeild felld út vegna trúnaðar.

²⁴ Nákvæm markaðshlutdeild felld út vegna trúnaðar.

²⁵ Nákvæm markaðshlutdeild felld út vegna trúnaðar.

²⁶ Nákvæm markaðshlutdeild felld út vegna trúnaðar.

²⁷ Nákvæm markaðshlutdeild felld út vegna trúnaðar.

²⁸ Nákvæm markaðshlutdeild felld út vegna trúnaðar.



12 Tónar	[5-10] ^{29%}	[0-5] ^{30%}
Samtals	[100]%	[100]%

Tafla 2: Markaðshlutdeild miðað við rekstrartekjur heildsala árið 2005

	Geisladiskar/CD	Tölvuleikir
Sena (DG)	[80-85] ^{31%}	[90-95] ^{32%}
Zonet	[0-5] ^{33%}	[0-5] ^{34%}
Steinsnar	[0-5] ^{35%}	[0-5] ^{36%}
Myndform	[0-5] ^{37%}	[5-10] ^{38%}
Sam-félagið	[0-5] ^{39%}	[0-5] ^{40%}
Smekkleysa	[5-10] ^{41%}	[0-5] ^{42%}
12 Tónar	[5-10] ^{43%}	[0-5] ^{44%}
Samtals	[100]%	[100]%

Framangreindar upplýsingar bera með sér að markaðshlutdeild Skífunnar, og síðar DG, var á árinu 2004 á bilinu [75-80]^{45%} á markaði fyrir tónlist á geisladiskum og á bilinu [85-90]^{46%} á markaði fyrir tölvuleiki. Upplýsingar fyrir árið 2005 sýna að hlutdeild DG á markaði fyrir heildsölu á tónlist hafði styrkst og var félagið með á bilinu [80-85]^{47%} á heildsölumarkaði fyrir tónlistardiska og [90-95]^{48%} á markaði fyrir tölvuleiki það árið. Upplýsingarnar bera einnig með sér að þeir keppinautar sem komu næst DG á markaði fyrir tónlistadiska eru með markaðshlutdeild á bilinu [0-10]^{49%} og eini keppinautur DG á markaði fyrir heildsölu á tölvuleikjum er með markaðshlutdeild á bilinu [5-10]^{50%}.

Eins og áður hefur komið fram hefur áfrýjunarnefnd samkeppnismála bent á að há markaðshlutdeild feli í sér sterka vísbendingu um markaðsráðandi stöðu. Jafnframt hefur komið fram í dómum dómstóls EB að markaðshlutdeild sé ein

²⁹ Nákvæm markaðshlutdeild felld út vegna trúnaðar.
³⁰ Nákvæm markaðshlutdeild felld út vegna trúnaðar.
³¹ Nákvæm markaðshlutdeild felld út vegna trúnaðar.
³² Nákvæm markaðshlutdeild felld út vegna trúnaðar.
³³ Nákvæm markaðshlutdeild felld út vegna trúnaðar.
³⁴ Nákvæm markaðshlutdeild felld út vegna trúnaðar.
³⁵ Nákvæm markaðshlutdeild felld út vegna trúnaðar.
³⁶ Nákvæm markaðshlutdeild felld út vegna trúnaðar.
³⁷ Nákvæm markaðshlutdeild felld út vegna trúnaðar.
³⁸ Nákvæm markaðshlutdeild felld út vegna trúnaðar.
³⁹ Nákvæm markaðshlutdeild felld út vegna trúnaðar.
⁴⁰ Nákvæm markaðshlutdeild felld út vegna trúnaðar.
⁴¹ Nákvæm markaðshlutdeild felld út vegna trúnaðar.
⁴² Nákvæm markaðshlutdeild felld út vegna trúnaðar.
⁴³ Nákvæm markaðshlutdeild felld út vegna trúnaðar.
⁴⁴ Nákvæm markaðshlutdeild felld út vegna trúnaðar.
⁴⁵ Nákvæm markaðshlutdeild felld út vegna trúnaðar.
⁴⁶ Nákvæm markaðshlutdeild felld út vegna trúnaðar.
⁴⁷ Nákvæm markaðshlutdeild felld út vegna trúnaðar.
⁴⁸ Nákvæm markaðshlutdeild felld út vegna trúnaðar.
⁴⁹ Nákvæm markaðshlutdeild felld út vegna trúnaðar.
⁵⁰ Nákvæm markaðshlutdeild felld út vegna trúnaðar.



veigamesta vísbendingin um hvort viðkomandi fyrirtæki hafi markaðsráðandi stöðu.⁵¹ Þótt dómstóllinn hafi eðlilega ekki sett fram neina skýra reglu um hvaða hlutdeild dugi til þess að fyrirtæki teljist hafa slíka stöðu má telja að niðurstöður dómstólsins bendi til að því hærrí sem hlutdeildin er þeim mun líklegra sé að um markaðsráðandi stöðu sé að ræða. Einnig skiptir máli hver hlutdeild keppinauta er. Ef talsverður munur er á hlutdeild þeirra og viðkomandi fyrirtækis er það talin vera vísbending um markaðsráðandi stöðu. Dómstóll EB hefur hins vegar litið svo á að mjög há markaðshlutdeild geti ein og sér sýnt markaðsráðandi stöðu fyrirtækis. Þannig hefur verið talið að 70% markaðshlutdeild sýni ótvírætt fram á markaðsráðandi stöðu.⁵² Í dómi dómstóls EB í AKZO-málinu kemur skýrt fram að 50% hlutdeild eða meira sem fyrirtæki hefur haft í ákveðinn tíma teljist ein og sér sýna fram á markaðsráðandi stöðu nema fyrir hendi séu sérstakar eða einstakar kringumstæður (e. *exceptional circumstances*) sem bendi til annars.⁵³

Sé stuðst við framangreind viðmið má vera ljóst að markaðshlutdeild DG á skilgreindum mörkuðum er það há að hún gefur, ein og sér, ótvírætt til kynna að fyrirtækið sé í markaðsráðandi stöðu. Jafnframt skiptir hér máli að DG hefur lengi haft yfirburði á nefndum mörkuðum og hefur hlutdeild félagsins styrkst úr u.þ.b. 70% á markaði fyrir heildsölu á tónlist á geisladiskum á árinu 2000 í tæplega [80-85]⁵⁴% markaðshlutdeild á árinu 2005. Ef litlar aðgangshindranir væru að þessum markaði leiða hagfræðileg rök til þess að nýir eða starfandi keppinautar hefðu með aðgerðum sínum dregið verulega úr markaðsstyrk DG.⁵⁵ Það hefur ekki gerst og er það, eitt og sér, óræk vísbending um yfirburði DG og að aðstæður á markaði hindri nýja og starfandi keppinauta í að komast inn á markaðinn eða efla hlut sinn. Hvað varðar að öðru leyti umfjöllun DG um erlenda samkeppni og samhliða innflutning og að þessi atriði veiti félaginu fullt samkeppnislegt aðhald sem leiði til þess að DG sé ekki í markaðsráðandi stöðu vísast til kafla 1.2 hér að framan.

⁵¹ Sjá t.d. mál nr. 85/76, *Hoffmann-La Roche v Commission*, [1979] ECR 461. Sjá einnig dóm undirréttar EB í máli nr. 139/98 *AAMS v Commission* [2001] ECR II-3413: „It is settled case-law that very large market shares are in themselves and save in exceptional circumstances, evidence of the existence of a dominant position. An undertaking which has a very large market share and holds it for some time, by means of the volume of production and the scale of the supply which it stands for - without holders of much smaller market shares being able to meet rapidly the demand from those who would like to break away from the undertaking which has the largest market share - is by virtue of that share in a position of strength which makes it an unavoidable trading partner and which, because of this alone, secures for it, at the very least during relatively long periods, that freedom of action which is the special feature of a dominant position.”

⁵² Sjá dóm undirréttar EB í máli nr. 30/89 *Hilti v Commission* [1992] ECR II-1439: „With particular reference to market shares, the Court of Justice has held ... that very large shares are in themselves, and save in exceptional circumstances, evidence of a dominant position ... In this case it is established that Hilti holds a share of between 70% and 80% in the relevant market. Such a share is, in itself, a clear indication of the existence of a dominant position in the relevant market.”, sbr. einnig dóm dómstóls EB í máli nr. C-53/92P. Sjá ennfremur Faull & Nikpay, *The EC Law of Competition*, 1999, bls. 125: „Very high market shares provide in themselves virtually conclusive proof that a firm is dominant.”

⁵³ Sjá hér dóm dómstóls EB í máli nr. C-62/86 *AKZO Chemie BV. v Commission* [1991] ECR-3359. Þar segir: „With regard to market shares the Court has held that very large shares are in themselves, and save in exceptional circumstances, evidence of the existence of a dominant position ... That is the situation where there is a market share of 50% such as that found to exist in this case.”

⁵⁴ Nákvæm markaðshlutdeild felld út vegna trúnaðar.

⁵⁵ Sjá t.d. Faull & Nikpay, *The EC Law of Competition*, bls. 123: „The temporal element is crucial. In the absence of substantial barriers to entry, market forces would ensure that dominance vanishes in the long term.”



Því til enn frekari stuðnings að DG sé markaðsráðandi á markaði fyrir heildsölu á tónlistardiskum má benda á að samkvæmt söluyfirliti sem Íslandsbanki hf. (nú Glitnir banki hf.) gerði fyrir væntanlega kaupendur að heildsöluhluta DG (Senu hf.) í desember 2005 þá er DG stærsti útgefandi á íslenskri tónlist með um [70-75]⁵⁶ % markaðshlutdeild, en tónlistarsafn DG telur um [80-85]⁵⁷ % af allri útgefinni íslenski tónlist frá árinu 1950. Þá er DG með umboð fyrir alla helstu tónlistarútgefendur í heiminum sem eru samtals með um [90-95]⁵⁸ % af heildarsölu á erlendri tónlist á Íslandi. Á heimasíðu Senu (DG á þeim tíma sem mál þetta tekur til) er fjallað um stöðu félagsins á eftirfarandi hátt:

„Sena er langstærsti starfandi útgefandi nýrrar íslenskrar tónlistar og er eigandi útgáfuréttar á stórum hluta af allri íslenskri tónlist en í eigu Senu eru meðal annars allar íslenskar tónlistarútgáfur Fálkans, Skífunnar, Steina, Spors og SG hljómplatna. Árleg markaðshlutdeild Senu í íslenskri tónlistarútgáfu er á bilinu 65% til 75%.“

Blasir við að DG er í mjög sterkri stöðu í útgáfu og heildsöludreifingu á íslenskri sem erlendri tónlist og býr yfir miklum gagnagrunnum tónlistarréttinda. Styrkir þetta ennfrekar þá niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins að DG sé í markaðsráðandi stöðu á markaðnum fyrir heildsölu á tónlist á geisladiskum.

Hvað varðar stöðu DG á markaði fyrir tölvuleiki má til frekari stuðnings markaðsráðandi stöðu félagsins benda á umfjöllun um stöðu DG (nú Senu) á heildsölumarkaði fyrir tölvuleiki í áðurnefndu söluyfirliti Íslandsbanka sem gert var fyrir væntanlega kaupendur að Senu í desember 2005. Þar segir m.a.:

„■ Sena er með umboð fyrir öll helstu tölvuleikjamerkin, m.a. Electronic Arts, Activision, Take 2, Sega og Sony. [...] ⁵⁹ % söluaukning í tölvuleikjum milli 2004 og 2005.

■ Tölvuleikjamerki Senu eru með um [...] ⁶⁰ % markaðshlutdeild á tölvuleikjamarkaði, sem er í miklum vexti

■ Sony er umboðsaðil Playstation vinsælustu leikjavélar í heimi“

Að mati Samkeppniseftirlitsins staðfesta ofangreindar upplýsingar að DG er í markaðsráðandi stöðu á heildsölumarkaði fyrir tölvuleiki í máli þessu.

Hér verður einnig að hafa í huga stærð DG og efnahagsstyrk en heildarrekstrartekjur samstæðunnar voru á árinu 2004, [...] ⁶¹ m.kr., og þar af um [...] ⁶² m.kr. vegna starfsemi á mörkuðum fyrir heildsölu á tónlistardiskum og

⁵⁶ Fellt út vegna trúnaðar.

⁵⁷ Nákvæm markaðshlutdeild felld út vegna trúnaðar.

⁵⁸ Nákvæm markaðshlutdeild felld út vegna trúnaðar

⁵⁹ Fellt út vegna trúnaðar.

⁶⁰ Fellt út vegna trúnaðar.

⁶¹ Fellt út vegna trúnaðar.

⁶² Fellt út vegna trúnaðar.



tölvuleikjum. Af þessu má ráða að DG var mjög fjársterkt fyrirtæki sem styrkir frekar markaðsráðandi stöðu félagsins á skilgreindum mörkuðum.



3.

Misnotkun á markaðsráðandi stöðu

Í máli þessu þarf að taka afstöðu til þess hvort DG hafi með tveimur samningum við Hagkaup brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga. Einnig þarf að leggja mat á hvort samningur félagsins frá 2004 brjóti í bága við ákvörðun samkeppnisráðs nr. 19/2004. Rétt þykir að fjalla fyrst stuttlega almennt um túlkun á 11. gr. samkeppnislaga.

3.1 Almennt um 11. gr. samkeppnislaga

Í 11. gr. samkeppnislaga er lagt bann við hvers konar misnotkun fyrirtækis á markaðsráðandi stöðu þess. Túlka ber ákvæðið í tengslum við íslenskt lagaumhverfi og með hliðsjón af markaðsaðstæðum hér á landi. Ákvæðið er byggt á 54. gr. EES-samningsins en af þeim sökum er almennt rétt við túlkun þess að hafa hliðsjón af EES/EB-samkeppnisrétti, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 17–18/2003 *Icelandair ehf. og Iceland Express ehf. gegn samkeppnisráði*. 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.“*

Eins og ákvæðið ber með sér er upptalning á því í hverju misnotkun geti verið fólgin ekki tæmandi. Misnotkun á markaðsráðandi stöðu getur falist í hvers konar aðgerðum sem miða að því að styrkja eða verja hina ráðandi stöðu. Misnotkunin getur einnig verið fólgin í því að vinna gegn markmiðum samkeppnislaga ef slíkar aðgerðir byggja ekki á eðlilegum samkeppnislegum forsendum. Misnotkunin þarf því ekki að felast í því að hinni markaðsráðandi stöðu sé beitt eða að misnotkunin byggji á hinum efnahagslega styrkleika sem felst í markaðsráðandi stöðu.⁶³ Kjarni þeirrar misnotkunar á markaðsráðandi stöðu sem raskar samkeppni er að hegðun markaðsráðandi fyrirtækis sé til þess fallin að hamlar þeirri takmörkuðu samkeppni sem er á markaðnum eða hindra vöxt hennar.⁶⁴ Markaðsráðandi fyrirtæki mega þannig ekki grípa til óeðlilegra aðgerða sem miða að því að styrkja stöðu sína á markaðnum, sbr. áður nefndan úrskurð áfrýjunarnefndar nr. 17-18/2003.

⁶³ Sjá hér mál nr. 6/72 *Europemballage and Continental Can v Commission* [1973] ECR 215: Í málinu benti dómstóllinn á þetta: „Such being the meaning and the scope of article 86 of the EEC treaty, the question of the link of causality ... between the dominant position and its abuse, is of no consequence, for the strengthening of the position of an undertaking may be an abuse and prohibited under article 86 of the treaty, regardless of the means and procedure by which it is achieved, ...“

⁶⁴ Sjá hér dóm dómstóls EB í máli nr. 85/76 *Hoffman-La Roche v Commission* [1979] ECR 461.



Í máli þessu verður að hafa í huga að í samkeppnisrétti hvílir rík skylda á markaðsráðandi fyrirtækjum að grípa ekki til neinna ráðstafana sem raskað geta með óeðlilegum hætti þeirri samkeppni sem ríkir á markaðnum eða misbeita með öðrum hætti stöðu sinni, sbr. m.a. úrskurð áfrýjunarnefndar nr. 17–18/2003.⁶⁵ Þessi sérstaka skylda helgast m.a. af þeirri staðreynd að samkeppni á viðkomandi markaði er þegar mjög takmörkuð vegna tilvistar hins markaðsráðandi fyrirtækis. Sökum efnahagslegs styrks markaðsráðandi fyrirtækja geta tilteknar aðgerðir þeirra haft skaðleg áhrif á samkeppni og hagsmuni viðskiptavina og neytenda. Umfang hinnar sérstöku skyldu sem hvílir á markaðsráðandi fyrirtækjum um að raska ekki samkeppni ræðst af atvikum í hverju máli fyrir sig.⁶⁶ Við nánari skilgreiningu á umræddri skyldu ber að líta til ákvæðis 1. gr. samkeppnislaga en samkvæmt því skal markmiði laganna náð með því m.a. að vinna gegn skaðlegri fákeppni og samkeppnishömlum og að auðvelda nýjum keppinautum aðgengi að markaðnum. Þá ber að horfa til þess að skyldur markaðsráðandi fyrirtækja geta að öðru jöfnu verið ríkari eftir því sem staða þeirra á markaðnum er sterkari, sbr. nefndan úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Af þessari skyldu leiðir að markaðsráðandi fyrirtæki geta brotið 11. gr. samkeppnislaga með aðgerðum sem einar og sér fela ekki í sér misnotkun, t.d. gerð samninga.⁶⁷ Ekki er þörf á því að sanna að aðgerðir sem fela í sér misnotkun hafi í raun haft skaðleg áhrif á markaðnum, sbr. nánar það sem fram kemur hér á eftir.

Þá geta brot á 11. gr. samkeppnislaga falist í samningum um einkakaup og veitingu trygðarafsláttar, en gerð verður nánari grein fyrir túlkun ákvæðisins að þessu leyti síðar.

3.2 Ákvarðanir samkeppnisráðs nr. 40/2001 og 19/2004

Að mati Samkeppniseftirlitsins er eðlilegt samhengisins vegna að gera grein fyrir þeim samningi milli Aðfanga og Skífunnar sem samkeppnisráð taldi fela í sér ólögsmætan einkakaupasamning í ákvörðun sinni nr. 40/2001. Eins og fram hefur komið var sú niðurstaða staðfest af áfrýjunarnefnd samkeppnismála og síðar Hæstarétti. Einnig er rétt að lýsa þeim skilyrðum sem DG var sett í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 19/2004.

Í ákvörðun nr. 40/2001 kemur fram að Skífan annars vegar og Hagkaup í nafni Aðfanga hins vegar gerðu með sér samning þann 30. apríl 2001 um sölu á hljómdiskum í verslunum Baugs (nú Hagar). Í 2. gr. samningsins sagði: „*Skífan sér um að selja Hagkaupi og Bónus allar geislaþlötur sem seldar eru í verslunum þeirra.*” Þannig var í samningnum gert ráð fyrir því að Hagkaup og Bónus keyptu

⁶⁵ Sjá einnig t.d. dóm dómstóls EB í máli nr. 322/81 *Michelin v. Commission* [1983] ECR 3461.

⁶⁶ Sjá t.d. dóm dómstóls EB í máli nr. C-333/94P, *Tetra Pak v. Commission* [1996] ECR I-5951. Í sameinuðum málum nr. 395-396/96P *Compagnie Maritime Belge v Commission* [2000] 4 CMLR 1076 var þetta orðað svo: „... the actual scope of the special responsibility imposed on a dominant undertaking must be considered in the light of the specific circumstances of each case which show that competition has been weakened.”

⁶⁷ Sjá hér t.d. dóm undirréttar EB í máli nr. T-111/96 *ITT Promedia NV. v Commission* [1998] ECR II-2937: „It follows from the nature of the obligations imposed by Article 86 [nú 82. gr.] of the Treaty that, in specific circumstances, undertakings in a dominant position may be deprived of the right to adopt a course of conduct or take measures which are not in themselves abuses and which would even be unobjectionable if adopted or taken by non-dominant undertakings ... Thus, the conclusion of a contract or the acquisition of a right may amount to abuse for the purposes of Article 86 of the Treaty if that contract is concluded or that right is acquired by an undertaking in a dominant position.”



alla þá hljómdiska sem seldir væru í verslunum þeirra, af Skífunni. Af hálfu aðila samningsins var því mótmælt að um einkakaupasamning hafi verið að ræða í reynd og var í því sambandi bent á a- og c-liði 3. gr. samningsins. Í a-lið 3. gr. samningsins var greint frá eftirfarandi flokkun hljómdiska samkvæmt samningnum:

1. „Topp 30“
2. Nýtt efni
3. Safnplötur
4. Íslenskt
5. Erlent
6. Klassík
7. Barnaplötur
8. Beta- og kjaraverðsplötur.

Í c-lið 3. gr. samningsins sagði: „*Skífan sér um vöruúrval samanber a) lið hér að ofan og mun því stjórnað af sölu- og markaðsstjóra fyrirtækisins og framkvæmt af sölumönnum þess. Aðaltengiliður Hagkaupa/Bónus hefur tillögurétt um efni sem boðið er upp á undir flokknum "Nýtt efni" auk þess að hafa heimild til þess að ráðstafa allt að 20% af vöruúrvali þessa vörflokks. ...*“

Samkeppnisráð taldi að í samningnum fælust ólöglegt einkakaup þar sem fram kom í honum skuldbinding um að Skífan sæi verslunum Baugs fyrir a.m.k. verulegum hluta þeirrar tónlistar á geisladiskum sem viðkomandi verslanir seldu. Ekki þótti því skipta máli að lögum að m.a. Hagkaup gætu keypt tiltekinn hluta af tónlist á geisladiskum af öðrum heildsölum eða útgefendum. Fram kom einnig í ákvörðun samkeppnisráðs að krafa Skífunnar um einkasölu hefði ávallt verið tengd þeim afslætti sem Hagkaupum stóð til boða samkvæmt samningnum. Skífan hafi með öðrum orðum veitt afslátt til að knýja fram þessa einkasölu. Í dómi Hæstaréttar kom m.a. fram að með umræddum samningi við Aðföng hefði Skífan nánast útilokað með öllu keppinauta sína frá því að eiga viðskipti sem heildsalar við verslanir Hagkaupa og Bónus, auk þess sem fyrirtækið fengi verulegt forræði á því hvaða tónlistardiskar yrðu boðnir þar til sölu.

Þann 16. júní 2004 tók samkeppnisráð ákvörðun nr. 19/2004. Í henni var samruna Skífunnar og verslunarsviðs Tæknivals (BT verslanirnar) sett ákveðin skilyrði. Í 3. tl ákvörðunarorðs segir:

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

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



3.3 Aðgerðir DG

Í máli þessu hafa samkeppnisyfirvöld haft til rannsóknar tvo samninga DG (Skífunnar) við Hagkaup. Sá fyrri er dags. 30. apríl 2003 en sá síðari í september 2004. Undir báða samningana rituðu sölustjóri afþreyingarsviðs DG og innkaupastjóri sérvöru hjá Hagkaupum.

Samningurinn frá 2003

Fyrri samningurinn varðar eingöngu sölu á tónlist á geisladiskum í verslunum Hagkaupa. Í 1. gr. samningsins kemur fram að markmið samningsins sé að auka enn á sölu á tónlist á geisladiskum í verslunum Hagkaupa. Í 2. gr. segir orðrétt að DG „*sér um að selja Hagkaup geislaplötur sem seldar eru í versluninni.*”

Samkvæmt a-lið 3. gr. samningsins skyldi DG hafa samráð við Hagkaup um vöruúrval það sem boðið væri upp á með markmið samningsins í huga. Um var að ræða átta flokka tónlistar: Topp 30 samkvæmt lista Samtaka hljómplötuframléiðenda, nýtt efni, safnplötur, íslenska og erlenda tónlist, klassík, barnaplötur og sk. betra- og kjaraverðsplötur. 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 DG veitti Hagkaupum. Það ákvæði hljóðaði svo:

*„Norðurljós mun veita Hagkaupum stighækkandi afslátt af heildsöluverði:
Ef innkaup Hagkaupa á samningsárinu verða:
0-89 milljónir kr., 8% afslátt
90 milljónir kr. og yfir, 10%
... ”*

Við upphaf samningsins 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 DG veldi tónlist á geisladiskum til sölu í Hagkaupum samkvæmt fyrirbyggjandi sölu og birgðatölum úr hverri verslun fyrir sig. Jafnframt kom fram að DG hefði eftirlit með uppstillingum í rekka 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.



Samningurinn frá 2004

Samningurinn frá 2004 varðaði „...sölu á afbreytingarefni í formi tónlistar, kvikmynda og tölvuleikja í verslunum Hagkaups“, 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 vegna samningsins rakin. Fram kom að afsláttur Hagkaupa samkvæmt honum myndi nema 8,5% ef ákveðin skilyrði væru uppfyllt og voru þau upp talin í sex liðum:

„Fastur afsláttur Hagkaupa skal vera 8,5% (17% af DVD/20% af VHS) skv. eftirfarandi greiningu:

a) Framstillingar

3% afsláttur fæst ef Hagkaup stillir á áberandi hátt fram stöndum og öðru kynningarefni Skífunnar (POS efni).

Sölumenn Skífunnar hafa eftirlit með uppstillingum rekka í verslunum Hagkaupa, bæði með heimsóknum og símaviðtölum með það að markmiði að hámarka sölu Hagkaupa og lágmarka skil. Megi hlutir fara betur skulu sölumenn koma með ábendingar og/eða athugasemdir til viðkomandi svæðisstjóra. Séu framstillingar ekki eftir samningi þessum munu athugasemdir berast til innkaupamanns. ...

b) Topplistar og nýir titlar

1% afsláttur næst ef Hagkaup stillir upp topplista og stillir einnig upp rekka með nýjustu vörunum. Þessum uppstillingum þarf að koma upp í rekkum sem eru aðskildir frá hinum vörunum.

c) Sölu- og birgðaskýrsla

1% afsláttur fæst ef Hagkaup lætur Skífunni í té á rafrænu formi sölu- og birgðaupplýsingar fyrir hverja vöru Skífunnar minnst vikulega en helst daglega.

d) Vöruúrval

1% afsláttur fæst ef Hagkaup kaupir inn og tekur þátt í öllum markaðsherferðum Skífunnar (sbr. lágverðstilboð á DVD, 2 fyrir 2200, 2 fyrir 2200, 2 fyrir 1000 o.s.frv). Miða skal við að hlutfall vöruúrvals hjá viðskiptavini í afbreytingarvörum skuli vera í samræmi við markaðshlutdeild Skífunnar (nú 85% í tónlist, 50% í kvikmyndum og 90% í tölvuleikjum).

e) Viðskiptaafsláttur

Hagkaup fær 2,5% viðskiptaafslátt þar sem reiknað er með að innkaup verði 170-200 milljónir króna.

...

Afsláttur á DVD/VHS kvikmyndum verður alltaf tvöfaldur miðað við framangreint. Dæmi: Eigi Hagkaup rétt á 8,5% afslátt skv. ofangreindu verður afsláttur af DVD/VHS kvikmyndum 17%. Ef Hagkaup ná að auka sölu um 50% á DVD/VHS á samningstímabilinu getur afsláttur farið í 21% í stað 17%."



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. DG legði fram allt að fjórar milljónir kr. í andvirði auglýsinga og Hagkaup allt að þremur milljónum kr. Fram kom að einungis yrði unnt að nýta þennan sjóð til þess að auglýsa vörur DG. Í 5. gr. sagði að gildistími samningsins væri frá 1. október 2004 til 30. september 2005. Samningnum var hins vegar sagt upp í maí 2005 „vegna hugsanlegs brots á samkeppnislögum“, eins og það er orðað í athugasemdum DG.

Ljóst er að DG fylgdist með framkvæmd samningsins frá 2004 með vettvangskönnunum í verslunum Hagkaupa og gerði athugasemdir ef hlutfall vöru frá DG var ekki nægjanlega mikið að mati félagsins. Í því sambandi vísast til tölvupósts sölustjóra afþreyingarsviðs Skífunnar til innkaupamanns sérvöru hjá Hagkaupum, dags. 24. nóvember 2004, en þar segir:

„Svona var staðan í morgun:

Eiður gerði hraða vettvangskönnun áðan og lýsir yfir megnri óánægju með display á íslenskum titlum Skífunnar í verslunum Hagkaupa.

Í Skeifunni er 21 titill í góðu display – Skífan á 9 þeirra. 42%

Í Kringlunni eru 12 titlar í mjög góðu display – Skífan á ca 4 þeirra. 6 aðrir eru í ögn síðra display og Skífan á 2 þeirra. Í almennu góðu display eru svo fjölmargir titlar og Skífan á verulega hluta þeirra. Þetta er hins vegar mun síður staðsett display. Total display Skífunnar sem eitthvað kveður að er max 40%.

Í Smáralind eru ca 33 titlar í frábæru display. Skífan á 7 þeirra. Í síðra en samt góðu display eru svo ca 32 titlar og þar á Skífan 17. Total power display Skífunnar er því einhvers staðar nærri 30% í Smáralind.

Á sama tíma á Skífan 9 af 16 söluhæstu ísl. Titlunum í verslunum Hagkaupa í nýliðinni viku. Það eru 56% Við hljótum að vera með upb 70% af ársviðskiptum Hagkaupa með ísl. Tónlist. Display okkar í verslunum Hagkaupa þessa stundina er því í hróplegu ósamræmi við allt þetta.”

Rétt er að taka fram að DG hefur, eins og fram hefur komið hér að ofan, lýst því yfir að gerð samningsins sem undirritaður var í september 2004 hafi grundvallast á mistökum starfsmanna Skífunnar. Fyrir undirritun samningsins hafi lögmaður fyrirtækisins fengið frá forstjóra félagsins til umsagnar drög að samningi Skífunnar og Hagkaupa. Lögmaðurinn hafi gert athugasemdir við drögin. Forstjórinn hafi hins vegar látið af störfum og þeir starfsmenn DG sem komið hafi að samningsgerðinni við Hagkaup hafi verið grandlausir um að lögmaðurinn hafi gert athugasemdir við ákvæði samningsins. Nánari tildrögum þessa er lýst í bréfi framkvæmdastjóra DG til Samkeppnisstofnunar, dags. 28. apríl 2005. Vísar



framkvæmdastjórinn til þess að ákvörðun samkeppnisráðs nr. 19/2004 hafi lagt þá skyldu á aðila samruna verslunarsviðs Tæknivalds við Norðurljós og Frétt að selja Skífuna (Skífuna og verslunarsvið Tæknivalds). Þetta hafi átt sér stað í maí/júní 2004. Síðar segir í bréfinu:

„Eins og gefur að skilja tók það nýja stjórnendur Skífunnar, nú Dags Group, tíma til að ná áttum í nýju fyrirtæki. Um mitt sumar lét forstjóri fyrirtækisins að [svo] störfum og nýr tók við. Komið hefur í ljós við innri skoðun hjá fyrirtækinu að fyrrv. forstjóri lagði ríka áherslu á samningur við Hagkaup sem undirbúinn var í júní 2004 yrði vel úr garði gerður og í fullu samræmi við ákvörðun samkeppnisráðs nr. 41/2001.

Fundinn var norskur samningsstaðall sem talin [svo] var geta verið fyrirmynd, frá tölvuleikjaframleiðandanum EA. Jafnframt var lögmaður félagsins fenginn til að yfirfara samninginn og gerði hann verulegar athugasemdir. Illu heilli voru samskipti lögmannsins bara við forstjóran sem skömmu síðar lét af störfum. Því áttu þau hörmulegu mistök sér stað í september 2004 að undirritaður var samningur sem byggði á óyfirförnum staðli. Þótt ábyrgðin sé vissulega fyrirtækisins hefur verið unnt að sýna fram á að hér skorti allan ásetning til brots á samkeppnislögum. Hér urðu mannleg mistök sem að sjálfsögðu eru hörmuð."

DG hefur afhent tölvupósta milli fyrrverandi framkvæmdastjóra félagsins og lögmanns félagsins. Í tölvupósti frá 15. júní 2004 var lögmaðurinn beðinn að kanna hvort ákvæði framangreinds samnings stæðust ákvæði samkeppnislaga. Í svari lögmannsins segir:

„... þetta gengur ekki.

- 1. Bannað er að semja um hillupláss, hins vegar tel ég að hægt sé að skilgreina hvað eigi að selja og hvernig.*
- 2. Bannað er að hafa stighækkandi afslátt >tel að hægt sé að leysa það með því að skilgreina kaup skv. samningnum. "*

Þáverandi forstjóri DG svaraði lögmanninum og bað hann um gera tillögur að nýjum samningi. Í tölvupóstinum segir einnig:

„Ég er mjög hissa á því að það sé bannað að semja um hillupláss og um stighækkandi afslátt. Það eru örugglega allir að gera það þó kannski ekki á prenti. "

Þann 21. júní 2004 sendi lögmaðurinn þáverandi forstjóra Skífunnar tillögu að nýjum samningi við Hagkaup. Í henni fólst að gerðar voru talsverðar breytingar á 2. gr. samningsins. Meðal annars var fellt niður ákvæðið um að hlutfall vöruúrvals hjá Skífunni skyldi vera í samræmi við markaðshlutdeild og að Hagkaup fengju tiltekinn afslátt ef innkaup yrðu 170-200 milljónir kr. Eins og fram hefur komið var ekki stuðst við þessa útgáfu í samningsgerðinni við Hagkaup.



DG hefur einnig afhent yfirlýsingu frá þáverandi sölustjóra afþreyingarsviðs hjá félaginu en hann undirritaði framangreinda samninga við Hagkaup. Varðandi samninginn frá 2004 fullyrðir sölustjórinn að hann hafi verið í góðri trú um að samningurinn væri lögmætur.

3.4 Brot DG á 11. gr. samkeppnislaga

Það fer gegn 11. gr. samkeppnislaga ef markaðsráðandi fyrirtæki skuldbindur kaupanda til þess að kaupa alla þjónustu eða vörur viðkomandi tegundar, eða stóran hluta hennar, af því fyrirtæki. Má í þessu sambandi vísa til framangreinds dóms Hæstaréttar Íslands í máli nr. 323/2003, sbr. og úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 1/2002 sem Hæstiréttur staðfesti með þessum dómi sínum. Um slík ólögmæt einkakaup markaðsráðandi fyrirtækis er einnig fjallað í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 2/2002 *Landssími Íslands hf. gegn samkeppnisráði*. Sama regla er lögð til grundvallar í EES/EB-samkeppnisrétti.⁶⁸ Ákvæði um einkakaup í samningum markaðsráðandi fyrirtækja eru ólögmæt þar sem þau eru til þess fallin að útiloka samkeppni frá minni eða nýjum keppinautum um viðkomandi viðskipti. Slíkt getur haft verulega skaðleg áhrif á þá takmörkuðu samkeppni sem getur ríkt á mörkuðum þar sem fyrir hendi eru markaðsráðandi fyrirtæki.⁶⁹ Einkakaupasamningur markaðsráðandi fyrirtækis felur í sér misnotkun jafnvel þó slíkur samningur sé gerður að beiðni kaupandans.⁷⁰ Ástæða þessa er sú að samkeppni á viðkomandi markaði er þegar mjög takmörkuð vegna tilvistar hins markaðsráðandi fyrirtækis og einkakaupasamningar eru til þess fallnir að raska með alvarlegum hætti þeirri takmörkuðu samkeppni sem þó getur ríkt. Í því sambandi skiptir ekki máli að lögum hver á frumkvæði að gerð samnings af þessum toga.

Samkvæmt áðurnefndri ákvörðun samkeppnisráðs nr. 40/2001 þarf samningur ekki að kveða á um að kaupandi kaupi allar viðkomandi vörur af hinu markaðsráðandi fyrirtæki til þess að hann teljist einkakaupasamningur og fari

⁶⁸ Sjá t.d. dóm dómstól EB í máli nr. 85/76 *Hoffmann-La Roche v Commission* [1979] ECR 461. Í dómi dómstólsins segir m.a. þetta: „An undertaking which is in a dominant position on a market and ties purchasers – even if it does so at their request – by an obligation or promise on their part to obtain all or most of their requirements exclusively from the said undertaking abuses its dominant position within the meaning of Article 86 of the Treaty, whether the obligation in question is stipulated without further qualification or whether it is undertaken in consideration of the grant of a rebate.” Sjá einnig dóm dómstóls EB í mál nr. C-393/1992 *Gemeente Almelo and others v. Energiebedrijf Ijsselmij* [1994] ECR I-1477. Sjá jafnframt Van Bael & Bellis, *Competition Law of the European Community*, fjórða útgáfa 2005, bls. 972-973.

⁶⁹ Í dómi undirréttar EB í máli nr. T-65/89 *BPB Industries v Commission* [1993] ECR II-389 var vísað til dóma dómstóls EB um ólögmæta einkakaupasamninga markaðsráðandi fyrirtækja og vísað til áhrifa slíkra samninga: „... the Court observes that, as the Court of Justice has held, an undertaking which is in a dominant position in a market and ties purchasers, even if it does so at their request by an obligation or promise on their part to obtain all or most of their requirements exclusively from the said undertaking abuses its dominant position within the meaning of Article 86 of the EEC Treaty, whether the obligation in question is stipulated without further qualification or whether it is undertaken in consideration of the grant of a rebate ... That solution is justified by the fact that where, as in the present case, an economic operator holds a strong position in the market, the conclusion of exclusive supply contracts in respect of a substantial proportion of purchases constitutes an unacceptable obstacle to entry to that market.” Sjá hér einnig Peter Reinert, *Industrial Supply Contracts under EC Competition Law*, (1996) 17 ECLR 6: „A supplier which is in a dominant position ... may not enter into a purchase agreement with one of his customers if such agreements relate to all or most of the customer's requirement. This is even the case if customer asks for such an agreement, because it restricts access to the market for the dominant supplier's competitors.”

⁷⁰ Sbr. dóm dómstóls EB í máli nr. 85/76 *Hoffmann-La Roche v Commission* [1979] ECR 461. Sjá einnig mál nr. C-393/1992 *Gemeente Almelo and others v Energiebedrijf Ijsselmij* [1994] ECR I-1477.



þannig gegn 11. gr. heldur nægir að einkakaupin taki til verulegs hluta kaupanna. Í þessu samhengi var í ákvörðun ráðsins m.a. vísað til EES/EB-samkeppnisréttar þar sem það hefur verið skilgreint sem einkakaupasamningur þegar skyldan til að kaupa af einu fyrirtæki lýtur að 80% varanna eða meira.

Einkakaupasamningur markaðsráðandi fyrirtækis telst eins og áður sagði misnotkun á markaðsráðandi stöðu, óháð því hvort skyldan um einkakaup sé tengd tilteknum afslætti í (umræddum) viðskiptum eða ekki. Ljóst er hins vegar að ef einnig er að finna í samningum um einkakaup tiltekna tegund af afslætti getur það styrkt útilokunaráhrif viðkomandi gernings. Jafnframt er ljóst að markaðsráðandi fyrirtæki geta brotið 11. gr. samkeppnislaga með því einu að veita afslátt sem er til þess fallinn að raska samkeppni.

Í Hoffmann-La Roche málinu setti dómstóll EB fram þá reglu að markaðsráðandi fyrirtæki væri óheimilt að veita afslætti gegn því skilyrði að viðskiptavinurinn keypti allt eða að mestu leyti það sem hann þarfnaðist frá markaðsráðandi fyrirtæki og þá skipti ekki máli hvort heildarmagnið væri mikið eða lítið.⁷¹ Slíkir tryggðarafslættir hefðu í raun sömu áhrif og einkakaupasamningar. Í dómi dómstóls EB í Michelin málinu var fjallað um afsláttarkerfi dekkjaframleiðandans Michelin.⁷² Niðurstaða dómsins var sú að með afsláttarkerfi þar sem afslættir væru veittir í tengslum við það magn sem selt væri á tiltölulega löngu tímabili hefði það þau áhrif að við lok tímabilsins myndi skapast aukinn þrýstingur á kaupandann um að ná þeirri upphæð sem til þyrfti til að fá afsláttinn eða til að forðast tap fyrir árið í heild. Eins og atvikum málsins væri háttað gæti jafnvel ein lítil pöntun haft talsverð áhrif á hagnað fyrirtækisins fyrir allt árið.⁷³ Afsláttur markaðsráðandi fyrirtækis sem byggir á því að viðskiptavinur auki sölu sína getur verið ólögmatúr.⁷⁴ Hér má og líta til þess að framkvæmdastjórn EB hefur dregið þá ályktun að í Hoffmann-La Roche og Michelin málinu hafi dómstóll EB sett fram þá reglu að markaðsráðandi fyrirtæki geti veitt afslátt sem grundvallast á hagræði eða lægri kostnaði af t.d. stærri pöntunum. Hins vegar megi markaðsráðandi fyrirtæki ekki veita afslátt eða aðra ívilnun til þess að skapa tryggð og vinna þannig gegn því að viðskiptavinir þess eigi viðskipti við keppinauta.⁷⁵ Hér verður

⁷¹ Dómur dómstóls EB í máli nr. 85/76 Hoffmann-La Roche v Commission: „The same applies if the said undertaking, without tying the purchasers by a formal obligation, applies, either under the terms of the agreements concluded with these purchasers or unilaterally, a system of fidelity rebates, that is to say discounts conditional on the customer's obtaining all or most of its requirements-whether the quantity of its purchases be large or small- from the undertaking in a dominant position.”

⁷² Mál nr. 322/81 Michelin v Commission [1983] ECR 3461.

⁷³ Málgrein nr. 81 í dómnum: „The discount system in question was based on an annual reference period. However, any system under which discounts are granted according to the quantities sold during a relatively long reference period has the inherent effect, at the end of that period, of increasing pressure on the buyer to reach the purchase figure needed to obtain the discount or to avoid suffering the expected loss for the entire period. In this case the variations in the rate of discount over a year as a result of one last order, even a small one, affected the dealer's margin of profit on the whole year's sales of Michelin heavy-vehicle tyres. In such circumstances, even quite slight variations might put dealers under appreciable pressure.”

⁷⁴ Sjá t.d. dóm undirréttar EB í dómi frá 17. desember 2003 í máli nr. T-219/99 British Airways v Commission.

⁷⁵ Sjá ákvörðun framkvæmdastjórnar EB frá 14. júlí 1999 í máli nr. IV/D-2/34.780 Virgin/British Airways: „The Hoffmann-La Roche and Michelin cases establish a general principle that a dominant supplier can give discounts that relate to efficiencies, for example discounts for large orders that allow the supplier to produce large batches of product, but cannot give discounts or incentives to encourage loyalty, that is for avoiding purchases from a competitor of the dominant supplier. ... The two cases taken together establish that a dominant company can only give rebates in return for efficiencies realised and not in return for loyalty, and establish that the two particular discount schemes



að hafa í huga að það er meginregla í samkeppnisrétti að markaðsráðandi fyrirtæki verða sjálf að sýna fram á efnahagsleg rök fyrir tilteknum afslætti.⁷⁶ Í því felst að fyrirtækin verða að sýna með nákvæmum hætti hið kostnaðarlega hagræði sem réttlætir afslátt. Almennar staðhæfingar um hagræði af auknum viðskiptum duga ekki.⁷⁷ Ef fullnægjandi upplýsingar liggja ekki fyrir verður hið markaðsráðandi fyrirtæki að bera halla af skorti á upplýsingum um það, að annað hafi vakað fyrir því með veitingu viðkomandi afsláttar en að styrkja og viðhalda að einhverju leyti markaðsráðandi stöðu sinni, sbr. dóm Hæstaréttar Íslands í máli nr. 120/2001 *Landssími Íslands hf. gegn samkeppnisráði*.

Í 2. gr. samnings DG og Hagkaupa, dags. 30. apríl 2003, sagði að DG sæi um að selja Hagkaup tónlist á geisladiskum sem seldir væru í verslunum Hagkaups. Í 3. gr. sagði að Hagkaup úthlutuðu DG hilluplássi í samræmi við 85% markaðshlutdeild félagsins á tónlistarmarkaði. Í 4. gr. kom fram að sölumenn DG myndu sjá um að velja tónlist á geisladiskum til sölu í verslunum Hagkaupa. Í 4. gr. kom einnig fram að DG myndi veita Hagkaupum stighækkandi afslátt af heildsöluverði. Ef innkaup Hagkaupa næmu 0-89 milljónum kr. fengi félagið 8% afslátt. Ef innkaupin næmu 90 milljónum kr. eða meira fengi félagið 10% afslátt. Samningurinn gildi til 30. apríl 2004 og kom fram í 4. gr. að næði Hagkaup 10% afslætti skyldi viðbótarafslátturinn greiðast næstu mánaðarmót eftir að samningi lyki.

Í d-lið í 2. gr. í samningi DG og Hagkaupa frá september 2004 kom fram að hlutfall vöruúrvals hjá Hagkaupum skyldi vera í samræmi við 85% markaðshlutdeild DG í tónlist og 90% í tölvuleikjum. Af a- og e-lið 2. gr. leiddi að sölumenn DG skyldu hafa eftirlit með uppstillingum í rekka Hagkaupa og sjá um þær uppstillingar í samráði við Hagkaup. Í e-lið 2. gr. fólust að Hagkaup fengju 2,5% afslátt ef innkaup félagsins næmu 170-200 milljónum kr.

Að mati Samkeppniseftirlitsins fólust í umræddum samningi frá 2003 að 85% af tónlistardiskum sem seldir yrðu í verslunum Hagkaupa skyldu vera frá DG. Hið sama gildi um samninginn frá 2004 varðandi sölu á tónlist og var hlutfallið 90% varðandi tölvuleiki í þeim samningi. Samningarnir veittu DG þannig einkarétt til þess að selja Hagkaupum verulegan hluta af þeirri tónlist og tölvuleikjum sem félagið endurseldi í verslunum sínum. DG útilokaði með þessum hætti að verulegu leyti keppinauta sína frá því að eiga viðskipti við verslanir Hagkaupa, auk þess sem fyrirtækið hafði samkvæmt samningum frá 2003 umtalsvert forræði á því hvaða tónlist á geisladiskum var boðin þar til sölu. Samkvæmt samningnum frá 2004 hafði DG eftirlit með framstillingum Hagkaupa. Samkeppniseftirlitið telur jafnframt að umrætt afsláttarfyrirkomulag hafi styrkt þau útilokunaráhrif sem fólust í samningnum. Afsláttarfyrirkomulagið í samningnum frá 2003 hvetur í eðli sínu Hagkaup til að beina sem mestum viðskiptum sínum á þessu sviði til DG til þess að tryggja að félagið fengi viðbótarafsláttinn. Í samningnum frá 2004 var

concerned are of the type that rewards loyalty rather than efficiencies.", sbr. einnig dóm undirréttar EB frá 17. desember 2003 í máli nr. T-219/99.

⁷⁶ Sjá t.d. dóm undirréttar EB í máli nr. T-228/97 *Irish Sugar v Commission* [1999] ECR II 2969. Sjá einnig dóm undirréttar EB frá 30. september 2003 í máli nr. T-203/01 *Michelin v Commission*.

⁷⁷ Sjá t.d. dóm dómstóls EB í máli nr. C-163/99 *Portugal v Commission* [2001] ECR I-2613. Sjá einnig dóm undirréttar EB frá 30. september 2003 í máli nr. T-203/01 *Michelin v Commission*.



viðskiptaafslátturinn bundinn við það að Hagkaup keyptu umtalsvert magn af umræddri vöru af DG og styrkti það því einnig útilokunaráhrifin. Afsláttarfyrirkomulagið í umræddum samningum var því til þess fallið að halda keppinautum DG frá þeirri söluleið sem verslanir Hagkaupa eru og viðhalda eða styrkja ráðandi stöðu DG.

Í frumathugun Samkeppnisstofnunar var á því byggt að umrædd afsláttakjör færu gegn 11. gr. samkeppnislaga. Ekki hafa komið fram rök af hálfu DG sem sýna eiga fram á að umræddur afsláttur styðjist við hlutlægar og málefnalegar forsendur. Slík rök blasa heldur ekki við enda verður að telja að tilgangur þessara afsláttarkjara hafi verið að binda Hagkaup í viðskiptum við DG.

Í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 40/2001 er vísað til þess að DG hefði mjög sterka stöðu á smásölumarkaðnum fyrir sölu á tónlist. Kom fram að Skífan hefði selt tónlist á geisladiskum í verslunum sínum fyrir [...] ⁷⁸ milljónir kr. á árinu 2000. Hagkaup hefðu selt fyrir [...] ⁷⁹ milljónir kr. Var það því mat ráðsins að Hagkaupsverslanir væru þýðingarmikil söluleið á smásölumarkaðnum fyrir tónlist á geisladiskum. Í dómi Hæstaréttar í þessu máli var vísað til þess að Baugur væri með 18,48% af heildarsölu DG á þessu sviði. Á árinu 2003 voru verslanir Hagkaupa enn þýðingarmeiri söluleið. Fram kemur í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 19/2004 að Hagkaup hefðu á árinu 2003 selt tónlist á geisladiskum fyrir [...] ⁸⁰ milljónir kr. og markaðshlutdeild félagsins hafi verið um [...] ⁸¹%. Sala DG á árinu 2003 í smásölu á þessari vöru nam um [...] ⁸² mkr. og var markaðshlutdeild félagsins [...] ⁸³%. Á árinu 2004 var sala DG til Hagkaupa umtalsverð, eða [...] ⁸⁴% af heildsölu DG á tónlist á geisladiskum.

Ljóst er að Hagkaup eru ekki jafn umfangsmikill smásali á tölvuleikjum og fyrirtækið er á sviði tónlistar. Á árinu 2004 var sala til Hagkaupa [0-5] ⁸⁵% af heildsölu DG á tölvuleikjum. Í þessu samhengi ber að líta til þess að DG er með um [90-95] ⁸⁶% markaðshlutdeild í heildsölu á tölvuleikjum. Á slíkum markaði er öll binding á viðskiptum af hálfu hins ráðandi fyrirtækis til þess fallin að raska hinni takmörkuðu samkeppni sem ríkt getur. Benda má á að í framangreindu Hoffmann La Roche máli gerði markaðsráðandi fyrirtæki samninga við 22 viðskiptavinum sína en hin bundna markaðshlutdeild var aðeins 2%. ⁸⁷ Benti dómstóllinn á að vegna hinnar markaðsráðandi stöðu væri öll frekari takmörkun á samkeppni ólögæt. ⁸⁸ Jafnframt ber að líta til þess sala Hagkaupa á þessu sviði fer vaxandi en á árinu 2005 var sala til Hagkaupa [5-10] ⁸⁹% af heildsölu DG á

⁷⁸ Í ákvörðuninni voru umræddar upplýsingar felldar út vegna trúnaðar.

⁷⁹ Í ákvörðuninni voru umræddar upplýsingar felldar út vegna trúnaðar.

⁸⁰ Í ákvörðuninni voru umræddar upplýsingar felldar út vegna trúnaðar.

⁸¹ Í ákvörðuninni voru umræddar upplýsingar felldar út vegna trúnaðar.

⁸² Í ákvörðuninni voru umræddar upplýsingar felldar út vegna trúnaðar.

⁸³ Í ákvörðuninni voru umræddar upplýsingar felldar út vegna trúnaðar.

⁸⁴ Í ákvörðuninni voru umræddar upplýsingar felldar út vegna trúnaðar.

⁸⁵ Nákvæm hlutdeild felld út vegna trúnaðar.

⁸⁶ Nákvæm hlutdeild felld út vegna trúnaðar.

⁸⁷ Sjá Korah, EEC Competition Law and Practice, fjórða útgáfa bls. 73.

⁸⁸ „... since the course of conduct under consideration is that of an undertaking occupying a dominant position on a market where for this reason the structure of competition has already been weakened, within the field of application of Article 86 any further weakening of the structure of competition may constitute an abuse of a dominant position. ”

⁸⁹ Nákvæm hlutdeild felld út vegna trúnaðar.



tölvuleikjum. Með framangreindum samningum DG við Hagkaup var verið að vinna gegn möguleikum keppinauta DG að koma vörum sínum að í verslunum Hagkaupa eða auka sölu á þeim þar. Þessar aðgerðir voru því til þess fallnar að takmarka aðgang keppinautanna að mikilsverðri söluleið og þar með viðhalda eða styrkja markaðsráðandi stöðu DG.

DG er í mjög sterkri stöðu á markaðnum enda var félagið með yfirburða markaðshlutdeild á hinum skilgreindu mörkuðum, sbr. einnig önnur þau atriði sem tilgreind eru hér að framan. Við þessar aðstæður á markaðnum bar DG að gæta þess sérstaklega að aðgerðir fyrirtækisins væru ekki til þess fallnar að raska samkeppni, ekki síst í ljósi fyrri afskipta samkeppnisyfirvalda af fyrirtækinu. Að mati Samkeppniseftirlitsins gætti DG ekki að þessari skyldu heldur þvert á móti greip til aðgerða sem með alvarlegum hætti gátu raskað þeirri takmörkuðu samkeppni sem fyrir hendi var. Félagið gerði þannig einkakaupasamninga við mikilvægan smásala og beitti afsláttarfyrirkomulagi sem ætlað var að vinna gegn því að Hagkaup ættu viðskipti við keppinauta. Eins og nánar verður vikið að getur Samkeppniseftirlitið ekki fallist á þau sjónarmið sem DG hefur sett fram í málinu. Samkvæmt framansögðu er það mat Samkeppniseftirlitsins að DG hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með gerð samninga við Hagkaup sem undirritaðir voru 30. apríl 2003 og í september 2004.

Um einstakar athugasemdir DG

Í athugasemdum DG kemur fram „að í samkeppnisrétti hefur verið talið, að jafnvel þó svo að samningur sem slíkur („per se“) kunni að fela í sér brot gegn samkeppnislögum, eins og kann að gilda um umrædda samninga Skífunnar við Hagkaup, þá leiði slíkt ekki sjálfkrafa til þess að um brot á samkeppnislögum sé að ræða. Þvert á móti þurfi að staðreyna að misnotkun hafi í raun og veru („de facto“) átt sér stað.“ Fullyrt er að DG hafi aldrei skipt sér af innkaupastefnu eða vöruúrvali Hagkaupa, hvorki eftir gerð samningsins frá 2003 né eftir gerð samningsins frá 2004. Jafnframt er fullyrt að Skífan hafi heldur ekki bundið veitingu afsláttarkjara skilyrðum um einkakaup. Þessu til staðfestingar er vísað til yfirlýsinga þáverandi sölustjóra afþreyingarsviðs DG og þáverandi framkvæmdastjóra Hagkaupa. Bent er á að í yfirlýsingu þáverandi framkvæmdastjóra Hagkaups komi fram að veiting afsláttarkjara á tímabilinu 2002-2005 hafi ekki verið háð því að Hagkaup kaupi tiltekið hlutfall af vöru frá DG í samræmi við orðalag samninga fyrirtækjanna. Fastur afsláttur Hagkaupa hafi verið 8,5%. Í ljósi þessa heldur DG því fram að félagið hafi ekki „í raun og veru“ misnotað markaðsráðandi stöðu sína.

Samkeppniseftirlitið bendir hér fyrst á að misnotkun í skilningi 11. gr. samkeppnislaga er hlutlægt hugtak sem vísar til hegðunar markaðsráðandi fyrirtækis sem ekki getur talist til eðlilegrar samkeppni í skilningi samkeppnisréttarins.⁹⁰ Eins og áður sagði getur misnotkun á markaðsráðandi stöðu falist í hvers konar hegðun eða aðgerðum sem miða að því að styrkja eða verja hina ráðandi stöðu. Getur jafnvel hótun um aðgerðir falið í sér misnotkun.⁹¹

⁹⁰ Sjá hér t.d. dóm dómstóls EB í máli nr. 85/76 *Hoffmann-La Roche v Commission* [1979] ECR 461.

⁹¹ Sjá t.d. Van Bael & Bellis, *Competition Law of the European Community*, fjórða útgáfa 2005, bls. 905.



Ekki er þörf á því að sanna að aðgerðir sem fela í sér misnotkun hafi í raun haft skaðleg áhrif á markaðnum, eins og DG virðist gera kröfu um. Hefur þetta komið fram með skýrum hætti af hálfu áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Í úrskurði áfrýjunarnefndar nr. 1/2002 *Skífan hf. gegn samkeppnisáði* var í umfjöllun um túlkun 11. gr. samkeppnislaga sagt að ekki skipti máli hvaða áhrif samningur hafði í raun heldur sé nægjanlegt að hann sé til þess fallinn að hindra virka samkeppni með þeim hætti að í honum felist misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Í úrskurði áfrýjunarnefndar nr. 17-18/2003 *Icelandair ehf. og Iceland Express ehf. gegn samkeppnisráði* var þetta orðað með eftirfarandi hætti:

„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 ólögmat. 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.“

Samkvæmt þessu er brot á 11. gr. samkeppnislaga ekki háð því að sýnt sé fram á skaðleg áhrif á samkeppni eða ásetning til þess að raska samkeppni.⁹² Það dugar að hegðunin sé til þess fallin að raska samkeppni.⁹³ Af þessu leiðir einnig að ekki

⁹² Er þetta sama túlkun og gildir í EES/EB-samkeppnisrétti. Sjá t.d. dóm dómstóls EB í máli nr. 6-7/73 *Commercial Solvents v. Commission* [1974] ECR 223 og dóm undirréttar EB frá 17. desember 2003 í máli nr. T-212/99 *British Airways v. Commission*. Hér má einnig hafa í huga álit Kokott aðallögsögumanns við dómstól EB frá 23. febrúar 2006 í máli nr. C-95/04P: „The main part of BA's second ground of appeal concerns the question whether, in order to find an abuse under Article 82, it is necessary to prove that the conduct of the dominant undertaking had actual and material effects on its competitors. ... The starting-point here must be the protective purpose of Article 82 EC. The provision forms part of a system designed to protect competition within the internal market from distortions ... Accordingly, Article 82 EC ... is not designed only or primarily to protect the immediate interests of individual competitors or consumers, but to protect the structure of the market and thus competition as such (as an institution), which has already been weakened by the presence of the dominant undertaking on the market. In this way, consumers are also indirectly protected. Because where competition as such is damaged, disadvantages for consumers are also to be feared. The conduct of a dominant undertaking is not, therefore, to be regarded as abusive within the meaning of Article 82 EC only once it has concrete effects on individual market participants, be they competitors or consumers. Rather, a line of conduct of a dominant undertaking is abusive as soon as it runs counter to the purpose of protecting competition in the internal market from distortions That is because, as already mentioned, a dominant undertaking bears a particular responsibility to ensure that effective and undistorted competition in the common market is not undermined by its conduct. ... Significantly, BA itself states that it is not necessary in each case to establish actual anti-competitive effects of a rebate or bonus scheme on competitors. The burden on competition authorities, courts, and, in some cases, private complainants, in even attempting to establish it would in many cases be entirely disproportionate. What is to be proved is, rather, the mere likelihood of the conduct in question hindering the maintenance or development of competition still existing in the market by means other than competition on the merits, thereby prejudicing the goal of effective and undistorted competition in the common market. ”

⁹³ Sjá t.d. dóm undirréttar EB frá 30. september 2003 í máli nr. T-203/01 *Michelin v. Commission*: „The Court notes that, in the contested decision, the Commission did not examine the specific effects of the abusive practices. Nor was it required to do so It is true that, ... , the Commission speculated on the effects of the abusive conduct. However, the seriousness of the infringement was established by reference to the nature and the object of the abusive conduct. The Commission considered that the discount systems applied by the applicant constituted a serious abuse of its dominant position because they were loyalty-inducing discount systems which were aimed at eliminating or at the very least preventing the growth of Michelin's competitors on the French markets in new replacement and retread truck tyres. ” Sjá einnig Ritter og Braun, *European Competition Law*, þriðja útgáfa 2004, bls. 423: „An abuse is a question of fact, an objective concept; it is not normally necessary to prove ... any direct effect. It is not necessary that the dominant firm take practical action to obtain the desired behaviour by other firms. The threat of action may suffice to achieve the anticompetitive effect. ”



skiptir t.d. máli þótt markaðshlutdeild hins markaðsráðandi fyrirtækis minnki eða verð þess hafi lækkað á því tímabili sem misnotkun átti sér stað.⁹⁴

Eins og umfjöllunin hér að framan sýnir gerði DG tvo samninga sem fela í sér ólögsmæta afslætti og ákvæði um einkakaup. Jafnframt liggur fyrir að þessir samningar komust til framkvæmda. Samningurinn frá 2003 var í framkvæmd frá 1. maí 2003 til 30. apríl 2004 og samningurinn frá 2004 var framkvæmdur frá 1. október 2004 til 25. maí 2005. Að mati Samkeppniseftirlitsins er því ljóst að samningar þessir voru til þess fallnir að raska samkeppni í skilningi 11. gr. samkeppnislaga, alveg án tillits til þess hvaða samkeppnislegu áhrif hin ólögsmætu ákvæði höfðu í raun og veru á markaðnum. Slík áhrif geta hins vegar skipt máli við ákvörðun viðurlaga. Í málflutningi DG felst í raun að félagið fullyrðir að það hafi ekki framfylgt hinum ólögsmætu ákvæðum gagnvart Hagkaupum. Samkeppniseftirlitið bendir hins vegar á að eftir sem áður voru þessi ákvæði fyrir hendi og að ólögsmæti þeirra ræðst ekki af því hvort DG kaus að framfylgja ákvæðunum eða ekki.

Hér að framan var gerð grein fyrir tölvupósti sölustjóra afþreyingarsviðs Skífunnar til innkaupamanns sérvöru hjá Hagkaupum, dags. 24. nóvember 2004, en í honum er gerð athugasemd við vöruúrval eða framstillingu á tónlist á geisladiskum í verslunum Hagkaupa. Í athugasemdum DG segir að einu afskiptin sem Skífan hafi haft af „*innkaupum Í Hagkaupum hafa lotið að uppstillingu (e. display) á vörum Skífunnar innan verslana Hagkaupa ... Hefur Skífan óskað þess að „display“ taki út að ákveðnu marki mið af markaðslegri stöðu listamanna sem Skífan gefur út, þannig að vörur Skífunnar og listamenn á hennar snærum njóti sannmælis. Áðugreint tölvupóstskorti Aðalsteins Magnússonar, dags. 24. nóvember 2004, til innkaupastjóra sérvöru hjá Hagkaupum var einmitt sent í þessum tilgangi.*“ Vísar DG einnig til skuldbindinga skv. útgáfusamningi við listamenn og krafna þeirra um að kynning efnis þeirra á helstu sölustöðum sé í samræmi við almennar vinsældir efnisins. Telur DG að sú háttsemi sem birtist í tölvupóstinum feli ekki í sér brot á samkeppnislögum eða sé til marks um að Skífan hafi haft uppi kröfur um einkakaup.

Samkeppniseftirlitið minnir hér að samkvæmt 2. gr. samningsins frá 2004 höfðu sölumenn DG eftirlit með uppstillingum í rekka í verslunum Hagkaupa. Fram kemur einnig að séu framstillingar ekki í samræmi við samninginn skuli beint athugasemdum til Hagkaupa. Í ákvæðinu segir einnig að vöruúrval Hagkaupa í tónlist skuli vera í samræmi við 85% markaðshlutdeild DG. Í tölvupóstinum eru gerðar harðorðar⁹⁵ athugasemdir við framstillingu á þessum vörum Skífunnar í verslunum Hagkaupa og sagt að hún sé ekki í samræmi við m.a. umfang ársviðskipta Hagkaupa og DG. Framangreindur tölvupóstur sýnir þannig að DG hafði eftirlit með framkvæmd samningsins og gerði þessu leyti athugasemdir við vöruúrval og framstillingu Hagkaupa á þessum vörum DG. Ekki fæst séð að sú staðhæfing DG skipti máli, að kröfur listamanna eða skuldbindingar gagnvart

⁹⁴ Sjá t.d. dóm undirréttar EB frá 30. september 2003 í máli nr. T-203/01 *Michelin v Commission*.

⁹⁵ Heiti tölvupóstsins er: „*Display – it stinks!*“ Í honum er lýst yfir „*megnri ónægju*“ DG yfir því að hlutfall vöru frá DG hafi ekki verið nægjanlega mikið í verslunum Hagkaupa og rætt um „*hróplegt ósamræmi*“ í því samhengi.



þeim hafi helgað þessar aðgerðir. Þær fólu eftir sem áður í sér eftirlit með því að ólögmaður samningur væri framkvæmdur. Skuldbindingar DG gagnvart listamönnum geta engu breytt í því sambandi.

Varðandi fullyrðingar DG um mistök við gerð samningsins frá 2004 vill Samkeppniseftirlitið taka fram að ásetningur þarf ekki að vera fyrir hendi til þess að markaðsráðandi fyrirtæki brjóti gegn 11. gr. samkeppnislaga, sbr. úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 17-18/2003.⁹⁶ Mælikvarðinn er því hlutlægur og þurfa samkeppnisyfirvöld einungis að sýna fram á að háttsemi markaðsráðandi fyrirtækis sé til þess fallin að skaða samkeppni. Sú skýring DG að undirritun samnings við Hagkaup, dags. í september 2004, hafi falið í sér mistök hefur því ekki áhrif á það hvort háttsemin feli í sér brot gegn 11. gr. laganna. Slíkt kann hins vegar eftir atvikum að hafa þýðingu við mat á viðurlögum.

3.5 Brot DG á ákvörðun samkeppnisráðs nr. 19/2004

DG telur að félagið hafi ekki brotið gegn ákvörðun samkeppnisráðs nr. 19/2004 með samningi sem félagið gerði við Hagkaup í september 2004. Félagið bendir á að það sé ekki markaðsráðandi í sölu á tónlist á geisladiskum, dvd-myndum og tölvuleikjum. Skilyrðin í umræddri ákvörðun hafi eðli málsins samkvæmt verið háð þeirri forsendu að DG væri í markaðsráðandi stöðu. DG áréttar það mat sitt að félagið hafi aldrei skipt sér af innkaupastefnu eða vöruúrvali Hagkaupa. Af því leiðir að félagið hafi í raun og veru ekki brotið gegn umræddri ákvörðun.

Í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 19/2004 segir m.a.:

„Miðað við það sem fram hefur komið er það mat samkeppnisráðs að samruni verslunarsviðs Tæknivals við Norðurljós, eins og hann var ákveðinn af samrunaaðilum, leiði til markaðsráðandi stöðu félaga undir yfirráðum Baugs og Fengs á heildsölu- og smásölu markaði hljómdiska, mynddiska og tölvuleikja, eða að slík staða styrkist, draga muni úr samkeppni á þessum mörkuðum og að samruninn sé andstæður markmiði samkeppnislaga.“

Síðan var gerð grein fyrir því að samrunaaðilar hefðu greint frá því að ótengdur aðili hefði gert bindandi kauptilboð í Skífuna og að fram hafi farið viðræður milli samrunaaðila, nýrra eigenda Skífunnar og samkeppnisyfirvalda um skilyrði fyrir samruna verslunarsviðs Tæknivals við Skífuna. Hefðu þær viðræður leitt til þeirrar niðurstöðu sem fram komi í ákvörðunarorði. Síðan segir:

„Salan á Skífunni til ótengds aðila hefur umtalsverð áhrif á mat samkeppnisráðs á samkeppnislegum áhrifum samrunans og er, ásamt neðangreindum skilyrðum, forsenda þess að unnt er að fallast á þann samruna sem mál þetta tekur til. Með sölunni er verulega dregið úr

⁹⁶ Sjá hér einnig t.d. Richard Whish, Competition Law, fimmta útgáfa 2003 bls. 194 og 198: „The ECJ [dómstóll EB] has often said that the concept of abuse is an objective one, meaning that behaviour can be abusive even where the dominant undertaking had no intention of infringing Article 82. Conduct may be harmful to the structure of the market whether it is intended to be harmful or not. ... Abuse is an objective concept, and the conduct of an undertaking may be regarded as abusive in the absence of any fault and irrespective of the intention of the dominant undertaking.“



markaðshlutdeild samrunaaðila og það forskot sem Skífan óhjákvæmilega naut vegna tengsla við hljóðvarps- og sjónvarpsrekstur Norðurljósa fellur niður. Er þessi aðgerð, ásamt eftirfarandi skilyrðum, því til þess fallin að skapa skilyrði fyrir virkari samkeppni á viðkomandi mörkuðum og eyða þeim skaðlegu samkeppnislegu áhrifum sem samruninn hefði að óbreyttu haft í för með sér. "

Í 3. tl. ákvörðunarorðs kemur fram að „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 er tekið fram að Skífan skuli kynna umrædda ákvörðun og hvað í henni felist fyrir m.a. starfsmönnum sínum, eigendum og stjórnarmönnum innan eins mánaðar frá birtingu hennar. Í ákvörðunarorði er einnig tekið fram að brot á þessum skilyrðum varði viðurlögum samkvæmt samkeppnislögum.

Áðurnefnd ákvörðun var tekin á fundi samkeppnisráðs þann 16. júní 2004. Síðari samningur DG og Hagkaupa var undirritaður í september 2004, um tveimur og hálfum mánuði eftir að DG samþykkti að undirgangast áðurnefnt skilyrði. Í þeim samningi er gert ráð fyrir því að hlutfall tónlistar á geisladiskum frá DG í verslunum Hagkaupa skuli vera 85%. Einnig kemur fram að hlutfall dvd-mynda skuli vera 50% og hlutfall tölvuleikja skuli vera 90%. Framangreind samningsákvæði fela þannig ótvírætt í sér kröfu DG um að tiltekið hlutfall af vöruúrvali Hagkaupa í þessum vöruflokkum afþreyingarefnis sé aðeins keypt af DG.

Af úrskurðum áfrýjunarnefndar nr. 8/1997 *Flugleiðir hf. gegn samkeppnisráði* og nr. 18/2001 *Mjólkurfélag Reykjavíkur svf., Lýsi hf. og Fóðurblandan hf. gegn samkeppnisráði* leiðir að heimilt er að setja samruna hvers konar málefnaleg skilyrði sem eru til þess fallin að koma í veg fyrir að markaðsráðandi staða verði til eða að slík staða styrkist. Skilyrðin verða að vera í samræmi við önnur ákvæði samkeppnislega og í rökréttum tengslum við samrunann. Að mati Samkeppniseftirlitsins uppfyllir 3. tl. ákvörðunarorðs ákvörðunar nr. 19/2004 þessi viðmið enda ákvæðinu ætlað að vinna gegn því að markaðsráðandi staða DG á heildsölustigi myndi eflast. DG var skylt að fara að umræddri ákvörðun alveg án tillits til þess að félagið sé nú annarrar skoðunar um stöðu þess á heildsölumarkaði. DG gat óskað eftir endurupptöku á umræddri ákvörðun ef það taldi efnislegar forsendur hennar breytar. Það gerði DG hins vegar ekki heldur virti umrætt skilyrði hennar að vettugi.

Varðandi fullyrðingar um mistök við gerð samningsins frá 2004 vísast til umfjöllunnar hér að framan.

Það er því mat Samkeppniseftirlitsins að DG hafi með gerð samningsins við Hagkaup frá september 2004 brotið gegn 3. tl. ákvörðunarorðs ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 19/2004.



4.

Viðurlög

Að hálfu DG er á því byggt að lagaskilyrði bresti til álagningar sekta á fyrirtækið. Því er haldið fram að háttsemi DG sé ekki þess eðlis að talin verði þörf á sektum til að stuðla að og efla virka samkeppni, sbr. 1. mgr. 37. gr. samkeppnislaga. Bent er á að DG hafi ekki haft nein afskipti af vöruúrvali Hagkaupa á sviði afþreyingarefnis. Né heldur hafi félagið bundið veitingu afsláttarkjara skilyrðum um einkakaup. Umræddir samningar félagsins við Hagkaup hafi ekki valdið neinum samkeppnislegum skaða þar sem „bannákvæði“ þeirra hafi aldrei komið til framkvæmda. Vísar DG í þessu sambandi einnig til meðalhófsreglu stjórnslulaga.

Verði talið að lagaskilyrði séu til álagningar sekta byggir DG á því að fjölmörg atriði eigi að leiða til lækkunar sekta. Í því sambandi er fyrst bent á að enginn samkeppnislegur skaði hafi orðið af ætluðu broti. Í öðru lagi er vísað til umræddra mistaka við gerð samningsins frá 2004. Í þriðja er bent á að umræddir samningar hafi staðið í tiltölulega skamman tíma og í fjórða lagi er fullyrt að þeir hafi aldrei komið til framkvæmda. Í fimmta lagi er vísað er til þess að fyrirsvarsmenn DG hafi sagt upp samningnum frá 2004 þegar þeim hafi fyrst orðið ljóst að hann kynni að brjóta gegn samkeppnislögum. Í sjötta lagi er á því byggt að ásetningur fyrirsvarsmanna DG hafi ekki staðið til brota á samkeppnislögum. Í sjöunda lagi er á því byggt að samstarfsvilji DG eigi að leiða til lækkunar sekta og er í því sambandi bent á að félagið hafi heitið því að gera allt sem í valdi þess standi til að koma í veg fyrir að gerður verði aftur samskonar samningur og samningur félagsins frá 2004 við Hagkaup. Telur DG að þessi atriði eigi að leiða til þess, verði sekt lögð á fyrirtækið, að um lágmarkssekt verði að ræða.

DG heldur því fram að ætlað brot félagsins sé engan vegin sambærilegt við það brot sem Skífan var fundin sek um í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 40/2001. Því geti ekki verið um að ræða ítrekun á fyrra á broti sem horfi til þyngingar sekta. Einnig telur DG að hið ætlaða brot félagsins í þessu máli sé ekki víðtækara og alvarlegra en brot það sem fjallað var um í umræddri ákvörðun. Í því sambandi er vísað til þess að í hinu eldra máli hafi gögn gefið til kynna ásetning stjórnenda Skífunnar til þess að raska samkeppni. DG vísar jafnframt til breytinga á skipulagi félagsins sem sýni að félagið hafi gengið langt í þeirri viðleitni félagsins að draga úr hættu á brotum á samkeppnislögum.

Samkeppniseftirlitið vísar til þess að í 1. mgr. 37. gr. samkeppnislaga segir m.a.:

„Samkeppniseftirlitið leggur stjórnvaldssektir á fyrirtæki eða samtök fyrirtækja sem brjóta gegn ... 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. “



Eins og leiðir af orðalagi 1. mgr. 37. gr. laganna er tilgangur ákvæðisins sá að varnaðaráhrif sekta stuðli að framkvæmd samkeppnislaga og þar með að aukinni samkeppni. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 2/2002 *Landssími Íslands hf. gegn samkeppnisráði* kemur þannig fram að ákvæðinu sé ætlað að skapa almenn og sérstök varnaðaráhrif. Með lögum nr. 107/2000 var m.a. gerð sú breyting á þágildandi 52. gr. samkeppnislaga nr. 8/1993 að í stað orðanna „*getur lagt*“ var tekið upp orðið „*leggur*“. Í athugasemdum með frumvarpi sem varð að lögum nr. 107/2000 kemur fram að tilgangur þessa sé að tryggja að meginreglan verði sú að stjórnvaldssektir verði lagðar á ef brot á bannreglum laganna eiga sér stað. Er tekið fram að þetta muni stuðla að því að markmið laganna nái fram að ganga. Eins og 37. gr. samkeppnislaga ber með sér felur ákvæðið hins vegar ekki í sér skyldu til álagningar sekta við öllum brotum á bannákvæðum laganna, sbr. einnig úrskurð áfrýjunarnefndar nr. 2/2002.

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

Í 2. mgr. 37. gr. samkeppnislaga kemur fram að sektir geti numið frá 50 þús. kr. til 40 millj. kr. eða meira en sektir skulu þó ekki vera hærri en sem nemur 10% af veltu síðasta almanaksárs hjá því fyrirtæki eða samtökum fyrirtækja sem aðild eiga að samkeppnishömlunum. Við ákvörðun sekta ber skv. 1. mgr. 37. gr. laganna að hafa hliðsjón af eðli og umfangi samkeppnishamlna og hvað þær hafa staðið lengi. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 2/2002 segir að hér sé ekki um að ræða tæmandi talningu á þeim atriðum sem horfa má til við álagningu sekta. Hefur áfrýjunarnefndin talið að það megi einnig líta t.d. til stærðar fyrirtækja sem teljast brotleg og markaðshlutdeildar þeirra, huglægrar afstöðu stjórnenda og hagnaðarsjónarmiða. Einnig getur skipt máli hvort ólögsmætur samningur sem markaðsráðandi fyrirtæki stendur að kemur að fullu til framkvæmda, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 1/2002 *Skífan hf. gegn samkeppnisráði*.

Í því máli sem hér um ræðir telur Samkeppniseftirlitið að DG hafi brotið 11. gr. samkeppnislaga í eftirfarandi tilvikum:

- Með gerð samnings sem felur í sér einkakaup og samkeppnishamlandi afslætti við Hagkaup. Samningurinn var undirritaður 30. apríl 2003
- Með gerð samnings sem felur í sér einkakaup og samkeppnishamlandi afslætti við Hagkaup. Samningurinn var undirritaður í september 2004.

Samningurinn frá september 2004 felur einnig í sér brot á 3. tl. ákvörðunarorðs ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 19/2004.

Að mati Samkeppniseftirlitsins verður að horfa til þess að fyrir liggur í málinu að DG hefur brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með framangreindum aðgerðum. Þær aðgerðir eru til þess fallnar að útiloka keppinauta DG frá samkeppni og þar



með veikja getu þeirra fyrirtækja til að taka þátt í samkeppni á hinum skilgreindu mörkuðum. Líta má hér til þess að í leiðbeiningum Eftirlitsstofnunar EFTA um útreikning á sektum sem lagðar eru á samkvæmt samkeppnisreglum EES telst „*misnotkun á markaðsyfirráðum (neitun að selja, mismunun, útilokun, tryggðarafslættir sem fyrirtæki veita til að bola keppinautum út af markaðnum, o.s.frv.)*“ vera alvarlegt brot. Mjög alvarleg brot eru talin vera m.a. „*augljós misnotkun fyrirtækja í einokunarstöðu á markaðsyfirráðum sínum.*“⁹⁷ Ljóst er að samkvæmt þessu eru brot DG í eðli sínu a.m.k. alvarleg. Hér skiptir og máli að DG hefur mjög sterka stöðu á hinum skilgreinda markaði og hinar ólögmætu aðgerðir tóku til mikilvægrar söluleiðar á honum, sbr. umfjöllun hér að framan um stöðu Hagkaupa. Umfang brotsins var að þessu leyti því umtalsvert því það var til þess fallið að halda keppinautum DG frá mikilvægum viðskiptavinum og þar með að viðhalda eða styrkja markaðsráðandi stöðu félagsins. Brotið varðaði einnig umtalsverð viðskipti, sbr. umfjöllun hér að framan um veltu á viðkomandi mörkuðum.

Samkeppniseftirlitið telur brot DG á 3. tl. ákvörðunarorðs ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 19/2004 vera alvarlegt. Brotið er skýrt og átti sér stað tiltölulega skömmu eftir að umrædd ákvörðun var tekin. DG féllst á skilyrði 3. tl. ákvörðunarorðs og félaginu var því fullljóst hvað í því felst. Brotið vinnur gegn markmiðum umræddrar ákvörðunar og það er ámælisvert að DG hafi ekki sinnt nægjanlega vel skyldu sinni um að kynna fyrir starfsmönnum sínum hvað hafi falist í henni.

Umfang og eðli brota DG teljast samkvæmt þessu vera alvarleg. Af þessu leiðir að ekki er unnt að fallast á það með DG í máli þessu að brot félagsins séu óveruleg. Þvert á móti eru brotin þess eðlis að rétt þykir í máli þessu að beita heimildum 37. gr. samkeppnislaga.

Við mat á eðli og alvarleika brota DG verður einnig að horfa til þess að í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 40/2001 var komist að þeirri niðurstöðu að Skífan hefði með alvarlegum hætti brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með gerð samnings við Aðföng um sölu tónlist á geisladiskum í m.a. verslunum Hagkaupa. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 2/2002 kemur fram að unnt sé að taka tillit til þess við ákvörðun stjórnarsýsluviðurlaga hafi markaðsráðandi fyrirtæki áður gerst sekt um brot á samkeppnislögunum. Sama regla gildir í EES/EB-samkeppnisrétti. Hafa dómstólar EB bent á að ítrekun á broti sýni að fyrri viðurlög hafi ekki haft í för með sér nægjanleg varnaðaráhrif og réttlæti þar með umtalsverða hækkun á fjárhæð sekta.⁹⁸

⁹⁷ 2003/EES/3/02, birt í EES-viðbæti við Stjórnartíðindi EB 16. janúar 2003.

⁹⁸ Sjá hér t.d. dóm undirréttar EB í máli nr. T-38/02 *Group Danone v Commission* [2006] 4 CMLR 25: „... the analysis of the gravity of the infringement must take account of any repeated infringements ... In the context of deterrence, repeated infringements are a matter which justifies a significant increase in the basic amount of the fine. It is evidence that the sanction previously imposed was not sufficiently deterrent ... Furthermore, contrary to the applicant's contention, although repeated infringement relates to a characteristic specific to the perpetrator of the infringement, namely its propensity to commit such infringements, it is precisely, for that very reason, a very significant indication of the gravity of the conduct in question and, accordingly, of the need to increase the level of the penalty in order to achieve effective deterrence.“ Sjá einnig dóm undirréttar EB í máli nr. T-203/01 *Michelin v Commission* [2003] ECR II-4071 „... it must be recalled to mind that, for the purpose of determining the amount of the fine, the Commission must ensure that its action has the necessary deterrent



Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á það með DG að ekki sé rétt að horfa til fyrra brots félagsins þar sem það sé ekki sambærilegt við þau sem fjallað er um í þessu máli. Samningurinn sem ákvörðun samkeppnisráðs nr. 40/2001 tók til fól í sér ólögmat einkakaup og afsláttarkjör til að styrkja útilokunaráhrif hans. Hið sama gildir um samninga þessa mál. Allir taka samningarnir til sölu á tónlist á geisladiskum. Telur Samkeppniseftirlitið að enginn vafi geti leikið á því að eðlilegt sé að taka tillit til þessa eldra brots DG.⁹⁹

Sú staðreynd að DG hefur á ný framið samskonar brot sýnir ótvírætt að sú stjórnvaldssekt sem lögð var á af áfrýjunarnefnd samkeppnismála í úrskurði nr. 1/2002 hefur ekki haft nægjanleg varnaðaráhrif. Hér skiptir og máli að brot DG eru víðtækari í þessu máli þar sem ólögmat ákvæði samningsins frá 2004 tóku, auk tónlistar á geisladiskum, einnig til tölvuleikja. Fela þessi atriði í sér rík rök fyrir þvingingu viðurlaga til þess að tryggja fullnægjandi varnaðaráhrif.

Eins og fyrr segir heldur DG því fram að mistök hafi leitt til þess að samningurinn frá 2004 var gerður og hefur félagið útskýrt í hverju þau mistök eiga að hafa falist. Segir félagið að það hafi ekki haft neinn ásetning til þess að brjóta samkeppnislög. Samkeppniseftirlitið vill hér fyrst benda á að ekkert liggur fyrir um að samningurinn frá 2003 hafi gerður sökum mistaka. Varðandi samninginn frá 2004 ber að líta til þess að áfrýjunarnefnd samkeppnismála hefur bent á að huglæg afstaða þeirra sem hlut eiga að broti getur skipt máli við mat á fjárhæð sekta. Skýr ásetningur getur þannig falið í sér rök fyrir hækkun sekta en ekki er hins vegar sjálfgefið að brot framin af gáleysi eigi að leiða til lægri sekta en ella.¹⁰⁰ Hafa í samkeppnisrétti verið lagðar sektir á fyrirtæki þrátt fyrir að fallist hafi verið á að ólögmat ákvæði hafi komi fram í samningi sökum mistaka. Hefur í því sambandi verið vísað til þess að fyrirtæki verði að sýna fullnægjandi aðgæslu.¹⁰¹

effect ... Recidivism is a circumstance which justifies a significant increase in the basic amount of the fine. Recidivism constitutes proof that the sanction previously imposed was not sufficiently deterrent. In the present case, the Commission was entitled to increase the basic amount of the fine by 50% in order to direct Michelin's conduct towards compliance with the Treaty's competition rules. "

⁹⁹ Til samanburðar má hafa í huga að í dómi undirréttar EB í máli nr. T-38/02 *Group Danone v Commission* [2006] 4 CMLR 25 var staðfest sú niðurstaða framkvæmdastjórnar EB í máli sem varðaði samkeppnisbrot á belgíska bjórmarkaðnum að hækka sekt vegna brots sem framið hafði tæplega níu árum áður á markaðnum fyrir tiltekna tegund af gleri.

¹⁰⁰ Sjá t.d. dóm dómstóls EB í máli nr. C-137/95P *SPO v Commission* [1996] ECR I-1611. Í dómnum var m.a. bent á þetta: „...it must be observed that, as the Commission emphasizes, infringements committed negligently are not, from the point of view of competition, less serious than those committed intentionally. ”

¹⁰¹ Sjá hér t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar EB í máli nr. IV /27.010 *Deutsche Philips*. Í málinu var lögð sekt á Deutsche Philips (dpg) vegna ákvæðis í dreifingarsamningi við endurseljendur sem bannaði útflutning á rafmagnsrakvélum. Framkvæmdastjórnin féllst á að mistök hefðu orðið en sú staðreynd hafði ekki áhrif á ákvörðun um að leggja á sektir: „Dpg explains that the maintenance of the export ban in this agreement was the result of an error, and points out that the restriction of the export ban to covering exports to third countries only, is to be found in the general conditions of delivery and payment which expressly state that exporting to Member States of the Community is permitted. Dpg further states that it informed German wholesalers wishing to export philips electric shavers that the export of these products to other Member States was not forbidden. Dpg presented the Commission with letters from German wholesalers which state that they had actually made deliveries of philips electric shavers to other EEC countries.

The above circumstances suggest that dpg did not commit this infringement deliberately. The company must nonetheless be considered to have been negligent, for it was to be expected that other traders would consider as obligatory the unlimited ban on exporting contained in the Agreement relating to electric shavers and would therefore refrain from exporting to other Member states. Dpg did not exhibit the necessary degree of care by stating, in a modification of the Agreement, that exports to other Member States were to be allowed. ”



Í þessu samhengi skiptir að mati Samkeppniseftirlitsins umtalsverðu máli að samkeppnisráð og áfrýjunarnefnd samkeppnismála og síðar dómstólar komust að þeirri afdráttarlausu niðurstöðu að DG (Skífan) hefði brotið ákvæði samkeppnislaga með gerð einkakaupasamnings. Í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 19/2004 féllst DG á að félaginu væri óheimilt að gera þá kröfu til viðskiptavina sinna að tiltekið hlutfall í vöruvali þeirra í einstökum vöruflokkum afþreyingarefnis væri aðeins keypt af heildsölu félagsins. Jafnframt skuldbatt DG sig til þess kynna umrædda ákvörðun og í hvað henni felist fyrir m.a. starfsmönnum sínum, eigendum og stjórnarmönnum innan eins mánaðar frá birtingu hennar. Þegar þessi atriði eru virt, og höfð er hliðsjón af þeirri almennu skyldu sem hvílir á markaðsráðandi fyrirtækjum um að grípa ekki til neinna ráðstafana sem raskað geta samkeppni, verður að telja að DG hafi haft sérstaklega brýnar ástæður til að grípa til allra viðeigandi ráðstafana til þess að hindra frekari samkeppnisbrot. Það gerði félagið ekki, heldur undirritaði samning sem felur í sér samskonar brot og fjallað var um í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 40/2001 og brýtur jafnframt gegn ákvörðun ráðsins nr. 19/2004. Undir þessum kringumstæðum verður DG að bera fulla ábyrgð á ætluðu gáleysi sínu. Af þessu leiðir að sjónarmið DG um ætluð mistök vegna samningsins frá 2004 geta ekki haft áhrif til lækkunar sekta í þessu máli.

DG hefur vísað til þess að enginn samkeppnislegur skaði hafi orðið af broti félagsins og að „bannákvæði“ umræddra samninga hafi aldrei komið til framkvæmda. Samkeppniseftirlitið vísar til þess að ákvæði 37. gr. samkeppnislaga gera ekki samkvæmt orðalagi sínu þá kröfu að sektir séu metnar með hliðsjón af þeim áhrifum sem viðkomandi ráðstöfun hafði í reynd á markaðnum. Af þessu leiðir að bæði er heimilt og eðlilegt, í því skyni að skapa varnaðaráhrif, að leggja á stjórnvaldssektir vegna brots á bannreglum samkeppnislaga þrátt fyrir að ekki sé sýnt fram á samkeppnislegan skaða, t.d. að verð hafi hækkað eða keppinautur hafi hrökklast út af markaðnum. Er þetta sama regla og gildir í EES/EB-samkeppnisrétti, bæði í málum sem varða ólöglegt samráð¹⁰² og misnotkun á markaðsráðandi stöðu.¹⁰³ Ef hins vegar er sýnt fram á að ólöglegt aðgerð hafi komist til framkvæmda getur það haft áhrif til

¹⁰² Hér má t.d. vísa til dóms dómstóls EB í máli nr. C-286/98P *Stora Kopparbergs Bergslags AB. v Commission* [2001] 4 CMLR 12 og dóms undirréttar EB í máli nr. T-141/94 *Thyssen Stahl AG v Commission* [1999] 4 CMLR 810. Í Opel málinu frá 2000 orðaði framkvæmdastjórn EB regluna með þessum hætti: „... the object of a measure is already sufficient to demonstrate an infringement. Article 15 of Regulation No 17 does not specify that the infringement has to be assessed by reference to the actual results on the market or to the harm caused to purchasers of the relevant products. The measures taken by Opel Nederland BV had as their object the restriction of competition within the meaning of Article 81“: Ákvörðun frá 20. september 2000, mál nr. COMP/36.653.

¹⁰³ Sjá hér t.d. dóm undirréttar EB frá 30. september 2003 í máli nr. T-203/01 *Michelin v Commission*: „... the applicant states that, in the contested decision ... the Commission based its assessment of the seriousness of the infringement on its alleged effects, without carrying out a detailed analysis. It maintains that the Commission made a serious error of assessment in evaluating the alleged effects of the infringement for the purpose of determining its seriousness. The applicant, submits that the practices complained of never had the anti-competitive effects which the Commission alleges. The Court notes that, in the contested decision, the Commission did not examine the specific effects of the abusive practices. Nor was it required to do so ... It is true that, in recitals 355 to 357 of the contested decision, the Commission speculated on the effects of the abusive conduct. However, the seriousness of the infringement was established by reference to the nature and the object of the abusive conduct. ... it is clear from settled case-law ... that factors relating to the object of a course of conduct may be more significant for the purposes of setting the amount of the fine than those relating to its effects. “



hækkunar sekta. Skipta ber mati á áhrifum af samkeppnisbroti í tvennt. Annars vegar hvort tiltekið brot hafi verið framkvæmt og hins vegar hvort framkvæmdin hafi leitt af sér bein áhrif á markaðnum, t.d. á verð eða á keppinaut.¹⁰⁴ Báðar þessar tegundir af áhrifum af broti geta falið í sér rök til hækkunar á sektum.

Eins og að framan greinir byggir Samkeppniseftirlitið á því að samningar DG hafi verið til þess fallnir að raska samkeppni með alvarlegum hætti. Þegar af þeirri ástæður er full ástæða til að beita heimildum 37. gr. samkeppnislaga. Ekki er lagt til grundvallar að þessar aðgerðir félagsins hafi haft í för með sér ólögmetan ávinning fyrir DG eða talið sannað að aðgerðirnar hafi haft bein skaðleg áhrif á samkeppnina á markaðnum. Ekki er því um það að ræða í málinu að sekt á DG verði hækkuð vegna slíkra sannanlegra skaðlegra áhrifa. Hins vegar verður við sektarákvörðunina að líta til þess að báðir samningar DG við Hagkaup voru framkvæmdir þar sem viðskipti áttu sér stað á grundvelli á þeirra. Samningarnir höfðu því áhrif á innkaup Hagkaupa á þeim vörum sem samningarnir tóku til. Gögn málsins sýna einnig að ákvæðum samningsins var beitt í framkvæmd. Þannig fóru t.d. tölvupóstar milli DG og Hagkaupa í maí 2004 þar sem fjallað var um framkvæmd á samningnum frá 2003 og vísað var til afsláttar vegna magnkaupa og til „fríeintaka“ Hagkaupa „sem hluti af samningi okkar.“¹⁰⁵ Í október 2004 deildu Hagkaup og DG um túlkun á 3. gr. samningsins frá 2004. Gerði DG í því sambandi athugasemd við fyrirhugaða birtingu Hagkaupa á auglýsingu þar sem m.a. var kynnt vara frá keppinautum. Sýndist Hagkaup túlkun DG á samningnum fela í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu.¹⁰⁶ Einnig vísast hér til framangreinds tölvupósts sölustjóra afþreyingarsviðs Skífunnar til innkaupamanns sérvöru hjá Hagkaupum, dags. 24. nóvember 2004, en í honum er gerð athugasemd við vöruúrval eða framstillingu á tónlist á geisladiskum í verslunum Hagkaupa. Sökum þessarar framkvæmdar höfðu hinir ólögmetu samningar áhrif á markaðnum en eins og áður eru ekki talin sönnuð bein skaðleg áhrif á samkeppni.

Varðandi þá áherslu sem DG leggur á að samningarnir hafi ekki verið framkvæmdir ber að líta til þess að tilvist samkeppnishamlandi samninga getur ein og sér haft skaðleg áhrif á samkeppni enda þótt þeim sé ekki fylgt eftir. Í dómi undirréttar EB í svonefndu *BASF Coating* máli var því haldið fram að samningur sem braut í bága við samkeppnisreglur Rómarsáttmálans hefði ekki haft skaðleg áhrif vegna þess að samningurinn hefði ekki verið framkvæmdur. Dómstóllinn féllst ekki á þetta og benti meðal annars á að slíkir

¹⁰⁴ Af úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 14/2001 má ráða að gerður er greinarmunur annars vegar á því hvort tiltekið samráð hafi komist til framkvæmda og hins vegar hvort samráðið hafi haft bein áhrif á verð (verðáhrif). Sjá hér einnig t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar EB í *Zinc Phosphate Cartel* málinu [2003] 5 CMLR 14: „... the actual impact of a complex of agreements in the market depends on, first whether these arrangements were implemented and, secondly, whether the implementation of these arrangements produced an effect in the market.“

¹⁰⁵ Tölvupóstar afhentir af Hagkaupum. Milli Einars Ólafs Speight hjá Hagkaupum og Aðalsteins Magnússonar hjá DG, dags. 25. maí 2004.

¹⁰⁶ Tölvupóstar afhentir af Hagkaupum. Í tölvupósti Finns Árnassonar hjá Hagkaupum til Björns Sigurðssonar hjá DG, dags. 25. október 2004, segir m.a.: „Skilningur ykkar á samningi okkar, sem er ekki sá sami og okkar. Ég sé málið ekki í öðru ljósi án sérstakra útskýringa að um stórkostlega misnotkun á markaðsráðandi stöðu sé að ræða. Þ.e. markmið túlkunar ykkar sé að koma í veg fyrir fyrir samkeppni á þessu sviði.“



samkeppnishamlandi samningar gætu haft sjónræn og sálræn áhrif burtséð frá því hvort þeim væri fylgt eftir.¹⁰⁷

Samkeppniseftirlitið vísar til þess að við mat á sektum er rétt að hafa hliðsjón af möguleikum hins brotlega aðila til þess að hafa áhrif á markaðinn, sérstaklega með hliðsjón af stærð og efnahagslegum styrkleika viðkomandi aðila, sbr. m.a. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 3/2004 *Ker hf. (áður Olíufélagið hf.), Olíuverzlun Íslands hf. Skeljungur hf. og Bensínorkan ehf. gegn samkeppnisráði*. Þessi styrkleiki getur endurspeglast í veltu þess aðila sem um ræðir. Einnig ber að líta til efnahagslegs styrkleika hins brotlega aðila til að tryggja að sektir hafi nægjanleg varnaðaráhrif.¹⁰⁸ DG er eins og áður sagði með mjög sterka markaðshlutdeild á hinum skilgreindu mörkuðum. Heildarrekstrartekjur samstæðunnar voru á árinu 2004, [...] ¹⁰⁹ m.kr., og þar af um [...] ¹¹⁰ m.kr. kr. vegna starfsemi á mörkuðum fyrir heildsölu á tónlistardiskum og tölvuleikjum. Af þessu má ráða að DG hefur verið fjársterkt fyrirtæki.

Við mat á því hversu lengi samkeppnishömlurnar hafa staðið í þessu máli verður að líta til þess samningurinn frá 2003 var í framkvæmd frá 1. maí 2003 til 30. apríl 2004 og samningurinn frá 2004 var framkvæmdur frá 1. október 2004 til 25. maí 2005. Brotið varði því í tæplega tvö ár. Horfir þessi tímalengd brota DG til þyngingar viðurlaga.

DG telur að það horfi til mildunar að félagið hafi sagt upp samningnum frá 2004 um leið og því varð ljóst að hann kynni að brjóta gegn samkeppnislögum. Einnig er vísað til þess að félagið hafi heitið því að gera allt sem í valdi þess stæði til þess að koma í veg fyrir frekari brot. Er í því sambandi og bent á breytingar á skipulagi fyrirtækisins. Samkeppniseftirlitið vill fyrst taka almennt fram að aðgerðir DG eftir að brot á 11. gr. samkeppnislaga var framið geta ekki breytt eðli brotsins.¹¹¹ Sú staðreynd að fyrirtæki grípur hins vegar skjótt til aðgerða til að stöðva brot eftir að rannsókn samkeppnisyfirvalda hefst getur hins vegar haft mildandi áhrif. Þetta er þó háð atvikum í hverju máli fyrir sig og eðli viðkomandi brots.¹¹² Í máli þessu horfir það til mildunar að DG skyldi í maí 2005 hafa einhliða sagt upp hinum ólögumæta samningi við Hagkaup. Í ljósi allra atvika þessa máls eru hins vegar ekki forsendur til þess að hafa sérstaka hliðsjón af yfirlýsingum DG um að frekari brot verði ekki framin á ákvæðum samkeppnislaga.

¹⁰⁷ Mál nr. T-175/95 *BASF Coating AG v. Commission* [2000] 4 CMLR 33. „Even if the Court were unable to find that such a clause was implemented, the fact remains that its mere existence was capable of creating a „visual and psychological“ effect which contributed to a partitioning of the market.”

¹⁰⁸ Sjá hér leiðbeiningar Eftirlitsstofnunar EFTA um útreikning á sektum sem lagðar eru á samkvæmt samkeppnisreglum EES.

¹⁰⁹ Fellt út vegna trúnaðar.

¹¹⁰ Fellt út vegna trúnaðar.

¹¹¹ Sjá t.d. dóm undirréttar EB í máli nr. T-352/94 *Mo och Domsjo v Commission* [1998] ECR II-1989: „... while it is important that the applicant should take steps to prevent fresh infringements of Community competition law from being committed in the future by members of its staff, that circumstance does not alter the fact that an infringement has been found to have been committed in this case.” Sjá einnig dóm undirréttar EB í máli nr. T-43/92 *Dunlop Slazenger International Ltd v Commission* [1994] ECR II-441: „Finally, although it is unquestionably relevant that the applicant accepted and regretted certain aspects of its conduct, that consideration cannot, particularly in the circumstances of this case, affect the actual nature of the infringement found.”

¹¹² Sjá t.d. dóm undirréttar EB í máli nr. T-31/99 *ABB v Commission* [2002] ECR II-1881.



DG telur að samstarfsvilji fyrirtækisins við rannsókn málsins eigi að leiða til lækkunar sekta. Félagið hafi reynt eftir fremsta megni að útskýra þær aðstæður sem urðu þess valdandi að samningurinn frá 2004 varð eins og raunin varð. Samkeppniseftirlitið bendir á að í 2. mgr. 37. gr. samkeppnislaga kemur fram að við ákvörðun fjárhæðar sekta geti eftirlitið m.a. haft hliðsjón af samstarfsvilja hins brotlega fyrirtækis. Í athugasemdum við ákvæðið í frumvarpi sem varð að lögum nr. 107/2000 kemur fram að tilgangur þessa ákvæði sé að veita samkeppnisyfirlöndum færi á að umbuna fyrirtækjum sem gefa sig fram og upplýsa þátttöku í broti og afhenda sönnunargögn. Aðgerðir DG voru ekki af þessum toga heldur miðaði upplýsingagjöf fyrirtækisins að því að sýna fram á að ekki væri ástæða til að beita viðurlögum vegna samningsins frá 2004. Hafa ber og í huga að hefðbundin samvinna við gagnaöflun samkeppnisyfirlalda réttlætir ekki sérstaka lækkun sekta.¹¹³

Með vísan til alls framangreinds telur Samkeppniseftirlitið hæfilegt að leggja kr. 65.000.000,00 sekt á DG vegna brota fyrirtækisins gegn 11. gr. samkeppnislaga.

IV.

Ákvörðunarorð:

„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.“

Samkeppniseftirlitið

¹¹³ Sjá t.d. dóm undirréttar EB í máli nr. T-308/94 *Cascades v Commission* [1995] ECR II-265. Í dómnum segir eftirfarandi um þetta atriði: „ As regards the applicant's argument that it furnished to the Commission all the documents in its possession and supplied important information to it, the Court points out that the applicant accepts that it sent the documents and information in question in reply to requests for information served under Article 11 of Regulation No 17. It is settled law that cooperation in an investigation which does not go beyond that which is required of undertakings under Article 11(4) and (5) of Regulation No 17 does not justify a reduction in the fine ... ”



Páll Gunnar Pálsson