



SAMKEPPNISEFTIRLITIÐ

Samruni Dagsbrúnar hf. og Senu ehf.

Ákvörðun nr. 22/2006

- I. Málavextir og málsmeðferð
 - 1. Almenn
 - 2. Athugasemdir samrunaaðila vegna málsmeðferðar

- II. Samruni
 - 2.1 Samningur um kaup Dagsbrúnar á Senu
 - 2.2 Dagsbrún, félög í eigu þess og starfsemi þeirra
 - 2.3. Yfiráð yfir Dagsbrún
 - 2.3.1 Sjónarmið samrunaaðila
 - 2.3.2 Mat Samkeppniseftirlitsins
 - 2.4 Aðdragandi stofnunar Dagsbrúnar
 - 2.5 Tengsl Baugs við fyrirtæki tengd Pálma Haraldssyni
 - 2.6 Tengsl Baugs og Runns og tengdra aðila
 - 2.6.1 Mogs og tengdir aðilar
 - 2.6.2 Vífilfell og tengdir aðilar
 - 2.6.3 Prímus, FL Group og tengdir aðilar
 - 2.6.4 Saxhóll og Bygg
 - 2.7 Tengsl Baugs og Milestone
 - 2.8 Eignarhald á Högum
 - 2.9 Niðurstaða

- III. Skilgreining markaða
 - 3.1. Vörumarkaður
 - 3.1.1 Sjónvarp
 - 3.1.1.1 Athugasemdir samrunaaðila
 - 3.1.1.2 Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins
 - 3.1.2 Tónlist
 - 3.1.3 Tónlist á Netinu
 - 3.1.4 DVD-myndir/myndbönd
 - 3.1.5 Tölvuleikir



- 3.1.6 Efniskaupamarkaður
- 3.1.7 Kvikmyndahús
- 3.1.8 Niðurstaða
- 3.2 Landfræðilegur markaður
- 3.2.1 Sjónarmið samrunaaðila
- 3.2.2 Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins

- IV. Samkeppnisleg áhrif samrunans
- 4.1 Markaðshlutdeild
- 4.1.1 Mat samrunaaðila
- 4.1.2 Mat Samkeppniseftirlitsins
- 4.2 Samkeppnisleg áhrif á markaðnum fyrir áskriftarsjónvarp
- 4.2.1 Athugasemdir Samrunaaðila.
- 4.2.2 Mat Samkeppniseftirlitsins
- 4.3 Samkeppnisleg áhrif á markaðnum fyrir tónlist á geisladiskum
- 4.3.1 Mat samrunaaðila
- 4.3.2 Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins
- 4.4 Samkeppnisleg áhrif á markaðnum fyrir tónlist á Netinu
- 4.4.1 Athugasemdir samrunaaðila
- 4.4.2 Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins
- 4.5 Samkeppnisleg áhrif á markaðnum fyrir DVD-myndir
- 4.5.1 Athugasemdir samrunaaðila
- 4.5.2 Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins
- 4.6 Samkeppnisleg áhrif á markaðnum fyrir tölvuleiki
- 4.6.1 Athugasemdir samrunaaðila
- 4.6.2 Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins
- 4.7 Samkeppnisleg áhrif á markaði fyrir efniskaup
- 4.7.1 Athugasemdir samrunaaðila
- 4.7.2 Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins
- 4.8 Samkeppnisleg áhrif á markaði fyrir kvikmyndahús
- 4.8.1 Athugasemdir samrunaaðila
- 4.8.2 Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins
- 4.9. Staða keppnauta og efnahagslegur styrkleiki
- 4.10. Möguleg samkeppni og aðgangshindranir að markaðnum
- 4.10.1. Lagalegar hindranir.
- 4.10.2. Möguleikar nýrra keppnauta
- 4.10.3. Annað samkeppnisleg aðhald frá framboðshlið
- 4.11. Niðurstaða

- V. Ákvörðunarorð



I.

Málavextir og málsmeðferð

1.

Með bréfi Einars Þórs Sverrissonar hdl., dags. 28. febrúar 2006, var Samkeppniseftirlitinu tilkynnt um kaup Dagsbrúnar hf. (Dagsbrún) á Senu ehf. (Sena) sbr. 3. mgr. 17. gr. samkeppnislaga (hér eftir nefndir samrunaaðilar). Bréfi þessu fylgdi samrunaskýrsla, sbr. reglur nr. 881/2005 um tilkynningu samruna. Verður hér eftir vísað til þessar skýrslu sem samrunarskrárinnar.

Samkeppniseftirlitið skrifaði samrunaaðilum bréf, dags. 8. mars 2006, þar sem óskað var frekari upplýsinga og gagna, en svar barst með bréfum Einars Þórs Sverrissonar hdl., 14. og 17. mars. Með bréfi Samkeppniseftirlitsins, dags. 28. mars 2006 tilkynnti eftirlitið málsaðilum að það teldi ástæðu til frekari rannsóknar á samkeppnislegum áhrifum samrunans, sbr. 4. mgr. 17. gr. samkeppnislaga. Upphaf þriggja mánaða frests samkeppnisyfirvalda til að taka afstöðu til samrunans miðast því við þann dag, sbr. sama lagaákvæði.

Þá hafa fulltrúar Samkeppniseftirlitsins átt viðtöl við ýmsa aðila á markaðnum, s.s. keppinauta samrunaaðila á viðkomandi mörkuðum, viðskiptavinum o.fl. Að því marki sem upplýsingar og viðhorf þessara aðila eru taldar skipta máli fyrir niðurstöðu máls þess er þess getið í ákvörðun þessari.

Að lokinni athugun á samkeppnislegum áhrifum samrunans sendi Samkeppniseftirlitið 26. maí 2006 Einari Þór Sverrissyni hdl. andmælaskjal vegna samrunans. Var óskað eftir því að skriflegar athugasemdir bærust stofnuninni fyrir 9. júní sl. Að beiðni lögmannsins fékk hann afhent öll gögn tengd samrunanum að undanskildum gögnum sem samrunaaðilarnir höfðu sjálfir afhent stofnuninni eða innihéldu upplýsingar um veltu samkeppnisaðila þeirra. Með bréfi lögmannsins, dags. 9. júní, barst Samkeppniseftirlitinu greinargerð samrunaaðila.

Með bréfum, dags. 16. júní 2006, var óskað eftir nánar tilteknum upplýsingum frá Fons, Milestone, Baugi Group hf. (Baugur), Runni ehf. (Runnur) og Fjárfestingafélaginu Primus ehf. (Primus) vegna samrunans. Auk þess var félögunum boðið að gera athugasemdir við hluta andmælaskjals stofnunarinnar. Svör allra félaganna bárust með bréfum, dags. 20. sama mánaðar. Þá veittu Baugur, Runnur og Primus frekari svör með bréfum, dags. 23. sama mánaðar, að fengnum viðbótarfresti.

Með bréfi til Samkeppniseftirlitsins, 22. júní 2006, óskaði Sverrir Berg Steinarsson, sem stjórnarformaður Dags og Disksins, eftir því að koma á framfæri sjónarmiðum félaganna vegna samrunans. Var félögunum veittur frestur til þess að koma að sjónarmiðum sínum og boðið að koma til fundar við fulltrúa Samkeppniseftirlitsins þann 26. sama mánaðar sem félögin þáðu ekki. Athugasemdir Dags og Disksins bárust Samkeppniseftirlitinu með bréfi, dags. 26. júní.



Samrunaðilar óskuðu eftir fundi með Samkeppniseftirlitinu og var hann haldinn 15. júní 2006. Á honum gerðu samrunaðilar grein fyrir viðhorfum sínum til þessa máls. Annar fundur var haldinn 21. júní 2006 þar sem meðal annars voru rædd möguleg skilyrði fyrir samrunanum og í kjölfarið þann 22. júní sl. barst Samkeppniseftirlitinu bréf sem innhélt tillögur samrunaaðila að skilyrðum. Þriðji fundurinn var haldinn 26. júní s.á. þar sem m.a. voru rædd nefnd skilyrði.

2.

Athugasemdir samrunaaðila vegna málsmeðferðar

Af hálfu samrunaaðila er því haldið fram að nokkuð skorti á að andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins standist kröfur málsmeðferðarreglna stjórnarsýslulaga. Í því sambandi er m.a. vísað til þess að í skjali stofnunarinnar komi hvergi fram hvaða sjónarmið hafi meira vægi en önnur við mat á þeirri niðurstöðu stofnunarinnar að samruni Dagsbrúnar og Senu samrýmist ekki samkeppnislögum. Að mati samrunaaðila hefði verið eðlilegt að tilgreina í andmælaskjalinu þau atriði með skýrum hætti sem talin væru valda því að samruni muni hindra virka samkeppni sem og þau markaðslegu atriði sem hefðu meira vægi við það mat en önnur. Er vísað til þess að setning skilyrða, sbr. það sem segir í síðari málslið 1. mgr. 17. gr. samkeppnislaga, feli almennt í sér mun vægara úrræði en ógilding samruna.

Samkeppniseftirlitið telur í upphafi rétt að vísa til þess að samkeppisyfirvöld hafa að meginstefnu tekið saman andmælaskjal í samrunamálum þar sem til álita hefur komið að taka íþyngjandi stjórnvaldsákvörðun. Miðar andmælaskjal sem þetta að því að auðvela málsaðilum að nýta sér andmælarétt sinn og stuðla að því að mál sé að fullu upplýst. Í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins vegna samruna Dagsbrúnar og Senu voru rökstudd ætluð samkeppnisleg áhrif af samrunanum. Í lokakafla andmælaskjals var tekið fram að stofnunin gæti „...á þessu stigi ekki fallist á að samruninn samrýmist samkeppnislögum.“ Síðar sagði: „Sökum þessa er tilefni til að grípa til íhlutunar á grundvelli 17. gr. samkeppnislaga. Samkvæmt ákvæðinu getur íhlutun falið í sér ógildingu eða setningu skilyrða. Ef samrunaaðilar telja að tiltekin skilyrði geti eytt þeim samkeppnishömlum sem samkeppnisvöld telja að felist í samrunanum er óskað eftir því að fyrirtækin greini frá þeim, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 18/2001 Mjólkurfélag Reykjavíkur svf. Lýsi hf. og Fóðurblandan hf. gegn samkeppnisráði. Samkeppniseftirlitið áréttar að frummat þetta kann að breytast ef athugasemdir og skýringar málsaðila þykja gefa tilefni til þess.“

Eins og ráða má af lokakafla andmælaskjals Samkeppniseftirlitsins voru málsaðilar hvattir til að koma með tillögu að hugsanlegum skilyrðum sem að þeirra mati gætu eytt þeim samkeppnislegu hömlum sem stofnunin taldi felast í samrunanum. Er þetta gert í því skyni að njóta sérþekkingar málsaðila á viðkomandi atvinnurekstri sem og til að stuðla að því að öll skilyrði sem komið geta til greina séu könnuð. Telur Samkeppniseftirlitið slíka aðferð bæði eðlilega og rétta.¹ Það er síðan í verkahring Samkeppniseftirlitsins að meta í ákvörðun sinni

¹ Sjá í þessu sambandi t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 18/2001 [Mjólkurfélag Reykjavíkur svf. Lýsi hf. og Fóðurblandan hf. gegn samkeppnisráði](#); „Áfrýjunarnefndin getur hvorki fallist á að ummæli í frumniðurstöðum Samkeppnisstofnunar né á síðari stigum hafi gefið áfrýjendum



hvort þau skilyrði sem aðilar leggja til eða önnur skilyrði dugi til að tryggja markmið 17. gr. samkeppnislaga eða hvort að ógilding samrunans sé óhjákvæmileg. Telur Samkeppniseftirlitið að samrunaaðilum megi vera það ljóst að stofnuninni er skylt að meta það í öllum samrunamálum þar sem markaðsráðandi staða verður til eða styrkist, hvort að unnt sé að tryggja virka samkeppni með vægari aðgerðum en ógildingu. Er þetta mál þar engin undantekning. Stofnunin vísar í þessu sambandi þó til þeirrar meginreglu í samkeppnisrétti að aðeins sé unnt að fallast á skilyrði í samrunamálum ef þau skýrlega koma í veg fyrir að markaðsráðandi staða sem hindrar virka samkeppni verði til eða hún styrkist.²

Þá er því haldið fram af hálfu samrunaaðila að verulega skorti á að andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins uppfylli kröfur samkeppnisreglna EES-réttar um fullnægjandi rannsókn máls og rökstuðning. Samkeppniseftirlitið vísar til þess að í 17. gr. málsmeðferðarreglna Samkeppniseftirlitsins nr. 880/2005 er fjallað um andmælaskjal stofnunarinnar í málum, þ. á m. samrunamálum, þar sem íþyngjandi ákvörðun kann að verða tekin. Er tekið fram í ákvæðinu að andmælaskjal skuli lýsa helstu atvikum máls og greina frá grundvelli þess í aðalatriðum. Er því hins vegar ekki ætlað að vera tæmandi lýsing atvika máls eða sjónarmiða Samkeppniseftirlitsins. Með hliðsjón af því sem hér segir er andmælaskjal ritað í þeim tilgangi að stuðla að því að mál sé að fullu upplýst áður en ákvörðun er tekin í því og auðvelda þeim fyrirtækjum sem til rannsóknar eru hjá eftirlitinu að nýta andmælarétt sinn, sbr. reglur 880/2005. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála hefur bent á það í úrskurðum sínum að í andmælarétti felst í höfuðdráttum að aðili eigi rétt til að kynna sér skjöl og önnur gögn og aðgang að þeim upplýsingum sem fram hafa komið, þ.m.t. kröfugerð ef um það er að ræða. Samkvæmt áfrýjunarnefndinni felst einnig í réttinum að „*svo sé um hnúta búið að aðili eigi þess kost að kynna sjónarmið sín nægjanlega*“, eins og t.d. segir orðrétt í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 3/2004 *Ker hf. o.fl. gegn samkeppnisráði*. Telur Samkeppniseftirlitið rétt að vísa til þess að andmælarétturinn nær hins vegar almennt ekki til röksemda sem hugsanlegt er að stjórnvöld noti við töku ákvörðunar eða til þess að aðili skuli fyrirfram fá vísbendingu um hvernig stjórnvöld munu túlka lög eða eldri ákvarðanir í niðurstöðum sínum, sbr. t.d. framangreindan úrskurð áfrýjunarnefndar

tilefni til að ætla að þeir fengju frekari tækifæri til að vinna úr skilyrðunum eða að samkeppnisyfirvöld settu sjálf skilyrði sem dygðu til að koma í veg fyrir ógildingu samrunans. Með þeirri aðferð sem viðhöfð var fengu áfrýjendur ítrekað færi á að setja fram hugmyndir sínar um skilyrði til að koma í veg fyrir frekari íhlutun vegna samrunans. Óhjákvæmilegt var að leggja þessar hugmyndir til grundvallar í öllum aðalatriðum enda má ætla að stjórnendur viðkomandi fyrirtækja hafi besta þekkingu á því hversu langt verði gengið til þess að markmiðið með hlutabréfakaupunum og yfirtökunni gæti talist viðunandi.“ Hér má einnig vísa til úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 17-18/2003 [Icelandair ehf. og Iceland Express ehf. gegn samkeppnisráði](#) en af niðurstöðunni má leiða að sérþekking málsaðila á þeim markaði sem á reynir skipti miklu, sbr. eftirfarandi ummæli: „Aðalatriði þess viðmiðs sem notað var í hinni áfrýjuðu ákvörðun eru þekkt á þeim samkeppnismarkaði sem hér um ræðir. Áfrýjanda Icelandair ehf., sem er gjörkunnugur þessum markaði, var því auðvelt að gera grein fyrir þeim kostnaðarútreikningum sem höfðu þýðingu fyrir úrslit málsins og þar á meðal meginatriðum þeirra útreikninga sem samkeppnisráð studdist við að lokum. Af þessum sökum verður ekki á það fallist að andmælaréttur hafi verið brotinn á áfrýjanda Icelandair ehf. að þessu leyti.“

² Í samræmi við þetta segir í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 18/2001 [Mjólurfélag Reykjavíkur svf. Lýsi hf. og Fóðurblandan hf. gegn samkeppnisráði](#): „Rétt skýring 18. gr. samkeppnislaga [sjá nú 17. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005] leiðir til þess að einungis geta komið til álita skilyrði fyrir samruna sem eru til þess fallin að koma í veg fyrir að markaðsráðandi staða, sem hindrar virka samkeppni, verði til eða styrkist.“



samkeppnismála nr. 3/2004.³ Af þessu leiðir einnig að í andmælarétti felst ekki skylda til að tilgreina vægi sjónarmiða. Blasir við að það má ráða vægi sjónarmiða af umfangi efnisumfjöllunar og efnistöfum að öðru leyti.

Með hliðsjón af því sem hér segir telur Samkeppniseftirlitið ljóst að í andmælarétti í máli af þessum toga felst fyrst og fremst skylda Samkeppniseftirlitsins til þess að skapa máli grundvöll og reifa helstu sjónarmið sem á reynir. Í þessu skyni tók Samkeppniseftirlitið saman ítarlegt andmælaskjal í málinu og sendi málsaðilum til umsagnar. Er sérstaklega tekið fram í bréfi með andmælaskjalinu hver tilgangur þess sé. Var málsaðilum því ljóst eftir að þeir fengu andmælaskjal eftirlitsins í hendur að búast mætti við íhlutun í málinu sem og að helstu rök fyrir því að unnt væri að beita 17. gr. samkeppnislaga voru tilgreind. Með andmælaskjalinu fylgdi einnig listi fyrir gögn málsins. Málsaðilar gátu því kynnt sér gögn málsins. Þá var þeim sendur listi yfir gögn málsins sem komu inn í málið eftir gerð andmælaskjalsins. Hafa samrunaðilar gert athugasemdir við andmælaskjalið í ítarlegri greinargerð sinni til Samkeppniseftirlitsins sem og á fundum. Verður ekki annað séð af athugasemdum samrunaaðila en að þeir hafi meðtekið þau samkeppnislegu vandamálum sem Samkeppniseftirlitið telur leiða af samrunanum. Telur Samkeppniseftirlitið vandséð að til sé betri aðferð til að upplýsa samrunamál og um sé að ræða vandaða málsmeðferð sem sé í fullu samræmi við meginreglur stjórnslulaga.

II.

Samruni

2.1 Samningur um kaup Dagsbrúnar á Senu

Í samrunaskrá kemur fram að ekki sé um samruna í skilningi félagaréttar að ræða þannig að tvö félög sameinist heldur sameiningu í því formi að eitt félag kaupi annað eða hluta þess.

Kemur fram að með samningi, dags. 5. febrúar 2006, hafi Diskurinn ehf. (Diskurinn) selt Dagsbrún allt hlutafé í Senu. Hið selda hafi upphaflega verið hluti af Degi Group hf. (Dagur). Félaginu hafi hins vegar verið skipt í félögin Dag og Senu sem bæði hafi verið í eigu Disksins. Diskurinn hafi selt Dagsbrún allt hlutafé í Senu með samningnum frá febrúar 2006. Fyrir lá þegar samningurinn var undirritaður að ekki hefði verið gengið formlega frá skiptingu félaganna. Samkvæmt kaupsamningnum fylgi Senu hlutir í ýmsum félögum sem starfi á ýmsum sviðum afþreyingar svo sem tölvuleikja, myndbanda og tónlistar. Sé um að ræða félögin [...] ⁴. Sena reki kvikmyndahúsin Smárabíó, Borgarbíó Akureyri og Regnbogann. Þá eigi Sena þrjú hljóðver ásamt því að gefa út tónlist. Dagsbrún hafi einnig eignast D3 sem hafi umsjón með þeim vefjum sem eru í eigu félaganna sem áður heyrðu til Degi Group. Er þar meðal annars um að ræða

³Sjá hér einnig niðurstöðu áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 17 og 18/2003 [Icelandair ehf. og Iceland Express ehf. gegn samkeppnisráði](#) og úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 2/2002 [Landssími Íslands gegn samkeppnisráði](#).

⁴ Fellt út vegna trúnaðar



vefina skifan.is, bt.is og tonlist.is. Kaupverð hlutanna í Senu sé [...] ⁵sem komi til með að greiðast [...] ⁶.

Tilgangur samrunans er sagður vera að dreifa áhættu Dagsbrúnar frá því sem er auk þess að styrkja félagið. Er talið að kaupin muni gera Dagsbrún sem er skráð félag að vænlegri fjárfestingarkosti í Kauphöll Íslands.

Þá segir í kaupsamningi félaganna:

„Við gerð þessa samnings liggur fyrir að tilkynna þarf um kaup Dagsbrúnar á Senu til Samkeppniseftirlitsins. Komi til þess að Samkeppniseftirlitið hafni kaupunum (samrunanum) eða setji honum íþyngjandi skilyrði, sem veruleg áhrif hefur á starfsemina skulu aðilar sameiginlega reyna að bæta þar úr. Takist það ekki skal samningur þessi falla niður með þeim sömu réttaráhrifum og enginn samningur hafi verið gerður.“

2.2 Dagsbrún, félög í eigu þess og starfsemi þeirra

Samkvæmt samrunatilkynningu er Dagsbrún hf. eignarhalds- og fjárfestingarfélag sem fjárfestir aðallega á sviði fjölmiðlunar, fjarskipta, afþreyingar og tengdra greina. Samkvæmt skipuriti skiptist starfsemi félagsins að meginstefnu í tvö svið; miðla- og afþreyingarsvið annars vegar og fjarskiptasvið hins vegar. Til fjarskiptasviðs heyra Og Vodafone, P/F Kall og Securitas. Miðla- og afþreyingarsviði tilheyra 365 miðlar ásamt því að Sena tilheyri því sviði verði af samrunanum. Móðurfélagið hefur enga starfsemi með höndum en dótturfélögin, sem hvert um sig hafa sjálfstæða stjórn, hafa með höndum sjálfstæðan rekstur á ólíkum sviðum fjölmiðlunar, afþreyingar og verslunarreksturs.

Til 365 ljósvakamiðla heyra sjónvarpsstöðvarnar Stöð 2, Sýn, NFS, Popptíví, Stöð 2 bíó og Sirkus. Einnig býður félagið upp á viðstöðulaust endurvarp fjölda erlendra sjónvarpsstöðva undir heitinu Digital Ísland. Sömuleiðis rekur félagið útvarpsstöðvarnar Bylgjuna, FM957, Létt FM, Talstöðina og X-ið 977. 365 prentmiðlar gefa út dagblaðið Fréttablaðið og helgarblaðið DV, ásamt tímaritunum Birtu, Hér og nú, Sirkus tímariti og Tímaritinu Veggfóður. Þá heldur félagið einnig úti heimasíðunni www.visir.is sem er alhliða fréttá- og upplýsingavefur.

Og Vodafone er fjarskiptafyrirtæki sem veitir þjónustu á sviði farsíma, fastlínu og gagnaflutninga. Einnig á Dagsbrún færeyska fjarskiptafélagið P/F Kall. Á skipuriti er Securitas talið til fjarskiptahluta Dagsbrúnar en félagið sérhæfir sig í öryggisgæslu- og þjónustu.

2.3 Yfirráð yfir Dagsbrún

Í máli þessu liggur fyrir að samruni í skilningi samkeppnislaga hefur átt sér stað með kaupum Dagsbrúnar á Senu. Athugunarefni er hins vegar hvort í þessum viðskiptum hafi einnig fallist samruni milli Senu og Baugs Group hf. Hefur þýðingu í máli þessu að leggja mat á þetta þar sem Baugur fer með yfirráð yfir Högum, sbr. nánar hér á eftir. Hagar og Sena starfa á tengdum mörkuðum. Var í

⁵ Fellt út vegna trúnaðar

⁶ Fellt út vegna trúnaðar



andmælaskjali komist að þeirri niðurstöðu að Baugur hefði yferráð yfir Dagsbrún og af því leiddi að í málinu fælist einnig samruni Haga og Senu. Þessu er mótmælt af hálfu samrunaaðila. Verður nú fjallað nánar um þetta.

2.3.1 Sjónarmið samrunaaðila

Í athugasemdum samrunaaðila segir að í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins sé komist að þeirri niðurstöðu að Baugur Group fari með yferráð yfir Dagsbrún, annað hvort eitt sér eða sameiginlega með öðrum, en ekki þurfi að taka afstöðu til hvor niðurstaðan sé sennilegri. Af þessu sé síðan dregin sú ályktun að umræddur samruni feli í sér samruna Senu og Haga sem séu undir yferráðum Baugs.

Samrunaaðilar mótmæla þessu og gera „athugasemd við þau vinnubrögð sem Samkeppniseftirlitið beitir í þessum hluta málsins. Af skýrslunni um hugsanleg samkeppnisleg áhrif samrunans má ráða að í flestum tilvikum er forsenda athugasemda Samkeppniseftirlitsins sú að um lóðréttan samruna sé að ræða, þ.e. samruna Senu og Haga. Umfjöllun Samkeppniseftirlitsins ber því sterkan keim af því að Samkeppniseftirlitið hafi talið slíka niðurstöðu æskilega strax í upphafi og reyni því að leita leiða til að rökstyðja hana með einhverjum hætti. Tekst það hins vegar illa. Ummæli í skýrslunni um að ekki skipti máli að skilgreina hvort um yferráð sér í lagi eða sameiginleg yferráð sé að ræða bera þess merki. Að mati Dagsbrúnar er það grundvallaratriði að leiða í ljós hver fari með yferráð í félaginu, þ.e. hvort það sé einn hluthafi eða hópur hluthafa. Að minnsta kosti er ljóst að sú fullyrðing Samkeppniseftirlitsins að sameiginleg yferráð tilgreindra hluthafa yfir Dagsbrún leiði til samruna Senu og Haga sem er undir yferráðum Baugs Group krefjast frekari skýringa. "

Samrunaaðilar telja að Baugur fari ekki með yferráð sér í lagi yfir Dagsbrún og vísar í því sambandi til sjónarmiða úr EES/EB-samkeppnisrétti. Um slík yferráð sé að ræða ráði einn aðili yfir meirihluta atkvæðisréttar að lögum eða í raun (legal/de facto). Um yferráð að lögum er að ræða ef viðkomandi á 50% hlutafjórðing eða meira í félagi eða hluthafasamkomulag tryggir honum meirihluta atkvæða. Yferráð í raun geta komið til skoðunar ef mjög líklegt verður að teljast að viðkomandi hluthafi muni ná meirihluta á hluthafafundi með tilliti til dreifingar hluthafa og mætingu á hluthafafundi. Mat á því hvort miklar líkur séu á yferráðum byggist á því hvernig atkvæðamagn hefur dreifst á undanförunum árum. Í því sambandi er talið rétt að benda á að Samkeppniseftirlitið óskaði eftir upplýsingum um mætingu á einn hluthafafund í Dagsbrún. Þá liggi fyrir að mati samrunaaðila að mæting á hluthafafundi þurfi ekki að gefa vísbendingu um raunveruleg yferráð. Fyrir hluthafafundi sé dagskrá auglýst og hluthafar geta kynnt sér þau mál, sem á að bera upp. Sé enginn ágreiningur um efni þeirra mála sem á að taka fyrir, þá taka margir hluthafar ákvarðanir um að mæta ekki til fundar. Síðustu hluthafafundir í Dagsbrún hafi verið því marki brenndir að vera afgreiðslufundir einkum vegna útgáfu á nýju hlutafé til að mæta þeim skuldbindingum, sem félagið hefur gengist undir vegna kaupa á annarri starfsemi.

Samrunaaðilar halda því fram að vísun Samkeppniseftirlitsins til tiltekinna ákvarðana framkvæmdastjórnar EB hafi ekki þýðingu við mat á meintum



yferráðum Baugs Group yfir Dagsbrún, þar sem málsatvik séu fjarri því sem á við um Dagsbrún. Vegna þess er ekki hægt að byggja á þeim í málinu. Þvert á móti telji samrunaaðilar þessar ákvarðanir sýna að ekki sé hægt að halda því fram að Baugur Group fari með yferráð yfir Dagsbrún. Er þetta rökstutt nánar í athugasemdunum.

Samrunaaðilar segja að í andmælaskjalinu sé því haldið fram að ástæða sé til þess að kanna hvort hagsmunir Baugs séu svo samtvinnaðir hagsmunum helstu hluthafa Dagsbrúnar að áhrif geti haft á yferráð í félaginu. Samkeppniseftirlitið vísi m.a. í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 19/2004 máli sínu til stuðnings. Sé síðan rakin fjárfestingasaga nokkurra stærri hluthafa í Dagsbrún og af henni dregin sú ályktun að hagsmunir séu svo samtvinnaðir að um sameiginleg yferráð yfir félaginu sé að ræða. Samrunaaðilar kveðast alfarið hafna framangreinum ályktunum Samkeppniseftirlitsins. Ekki verður „*séð að nein þau skilyrði sem Framkvæmdastjórnin tiltekur í framangreindum leiðbeiningum eigi við um hluthafa Dagsbrúnar. Þannig liggja hvorki fyrir hluthafasamkomulög eða aðrir samningar um sameiginlega beitingu atkvæðisréttar og sameiginlega ákvörðunartöku er skjóta stöðum undir meint sameiginleg yferráð þessara aðila. Þá tengjast umræddir hluthafar hvorki fjölskylduböndum né liggja fyrir neinar upplýsingar um sameiginlega fjármögnun á kaupum á hlutum í Dagsbrún. Þó hægt sé að benda á að umræddir fjárfestar hafi tekið sameiginlega þátt í sömu fjárfestingartækifærum er fráleitt að ætla að slíkt samstarf leiði til ályktana um samstarf um að ná yferráðum yfir Dagsbrún. Telja má að ályktanir Samkeppniseftirlitsins feli í sér alvarlegar ásakanir á hendur umræddum hluthöfum, enda myndi slíkt samstarf einnig leiða til yfirtökuskyldu í skilningi laga um verðbréfavíðskipti. Að því er varðar tilvísun til ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 19/2004 þá hafnar Dagsbrún því alfarið að sambærilegar aðstæður séu fyrir hendi í máli þessu. Samkvæmt umfjöllun í umræddri ákvörðun lá fyrir í því máli að Baugur Group og Fengur hefðu komið sameiginlega að áætlunum um endurskipulagningu og fjármögnun Norðurljósa. Jafnframt féllust aðilar á að líta mætti svo á að Hagar lytu yferráðum þeirra sameiginlega. Engum slíkum áætlunum eða óformlegum ákvörðunum um samstarf er til að dreifa í máli þessu og er Baugur Group ekki tengdur rekstri Dagsbrúnar, nema sem leiðir af umræddri hlutfjáreign. Baugur Group er með einn stjórnarmann af fimm í Dagsbrún, sem jafnframt er stjórnarformaður félagsins. Augljóst er að aðrir hluthafar félagsins geta haft veruleg áhrif á rekstur Dagsbrúnar, taki þeir sig saman og það með þeim hætti að völd Baugs Group í félaginu séu gerð harla lítil. Má í því sambandi minna á nýlegt dæmi um stöðu Símans sem hluthafi í Kögun.*”

Með vísan til þessa gera samrunaaðilar þá kröfu að ekki verði byggt á því að Baugur Group fari með yferráð yfir Dagsbrún, enda hafi ekkert verið leitt í ljós málinu, sem sanni eða geri sennilegt að Baugur Group geti haft afgerandi áhrif á mikilvægar viðskiptaákvarðanir Dagsbrúnar umfram það sem leiðir af eignarhaldi á því hlutfé, sem Baugur Group er eigandi að. Leiðir sú niðurstaða til þess að samruni milli Haga og Senu komi ekki til skoðunar í þessu máli, enda er forsenda þeirrar niðurstöðu sú, að hægt sé að komast að þeirri niðurstöðu að Baugur Group fari með yferráð yfir Dagsbrún. Samrunaaðilar krefjast þess jafnframt að við mat á því hvort um sameiginleg yferráð hóps hluthafa yfir Dagsbrún geti verið



að ræða, taki samkeppnisyfirvöld tillit til þess að um sé að ræða félag sem sé skráð á almennan hlutabréfamarkað. Félagið lúti þannig kröfum laga um verðbréfiðskipti og skyldra reglna um upplýsingagjöf. Þannig þyrfti félagið að greina frá því opinberlega ef fyrir hendi væri eitthvað samkomulag hluthafa um yferráð í félaginu. Jafnframt „ber félaginu að tilkynna allar meiriháttar viðskiptaákvæðanir s.s. ráðningu yfirstjórnar, samningagerð o.s.frv. Einnig ber félaginu í ársskýrslu að greina frá stjórnarsetu og tengslum stjórnarmanna við félagið sbr. leiðbeiningarreglur um stjórnarhætti fyrirtækja sem Kauphöll Íslands og Samtök Atvinnulífsins hafa gefið út. Fullyrðingar Samkeppniseftirlitsins um sameiginleg yferráð eru því sérstaklega alvarlegar enda felst í þeim ávirðing um að umræddir hluthafar brjóti gegn ákvæðum verðbréfalaga um yfirtökuskyldu og jafnframt að félagið hafi brotið gegn skyldum sínum um upplýsingagjöf á markaði.“

2.3.2 Mat Samkeppniseftirlitsins

Hér ber fyrst að líta til þess að í 7. tl. 1. mgr. 4. gr. samkeppnislaga kemur fram að samruni telst hafa átt sér stað m.a. þegar eigendur með yferráð í einu eða fleiri fyrirtækjum ná beinum eða óbeinum yferráðum í einu eða fleiri fyrirtækjum til viðbótar. Í 11. tl. 1. mgr. 4. gr. laganna eru yferráð (e. *control*) skilgreind með þessum hætti:

„Yferráð samkvæmt lögum þessum eru yferráð sem gera aðila kleift að hafa afgerandi áhrif á rekstur og stjórnun fyrirtækis, annaðhvort sér í lagi eða sameiginlega með öðrum, hvort sem þau áhrif eru til komin vegna þess að hann getur:

- a. haft áhrif á skipun stjórnar, atkvæðagreiðslu eða ákvarðanir fyrirtækisins eða*
- b. notað eða ráðstafað eignum eða hluta eigna fyrirtækis. “*

Í athugasemdum við frumvarp sem varð að lögum nr. 107/2000 kemur fram að þessi skilgreining (sem tekin var óbreytt upp í núgildandi samkeppnislög) taki að nokkru leyti mið af samrunareglugerð ráðsins (EB) nr. 4064/89, með síðari breytingum. EES/EB samkeppnisréttur hefur því þýðingu við mat á því hvað felst í hugtakinu yferráð í skilningi samkeppnislaga.⁷ Líta má einnig til eftirfarandi athugasemda í frumvarpi til laga sem varð að samkeppnislögum nr. 8/1993:

„Um hugtakið virk yferráð vísast til orðskýringa. Hér skal því þó bætt við að við skilgreiningu á því hvort fyrirtæki hafi náð virkum yferráðum er það hin raunverulega aðstaða sem það hefur til að stjórna eða að fara með eignir annars fyrirtækis sem skiptir máli. Hvaða eða hvers konar aðstæður það eru sem gera fyrirtæki þetta kleift skiptir hins vegar ekki máli. “

⁷ Um skýringu á hugtakinu yferráð má því almennt vísa til tilkynningu framkvæmdastjórnar EB um skilgreiningu á hugtakinu samruni (Commission Notice on the Concept of Concentration) OJ C 66, 2. mars 1998.



Framangreind skilgreining í 4. gr. samkeppnislaga er víðtæk.⁸ Af henni leiðir að um yfirráð er að ræða þegar viðkomandi aðili öðlast eða hefur möguleika til að hafa afgerandi bein eða óbein áhrif á mikilvægar viðskiptaákvæðanir fyrirtækis. Hér skiptir máli möguleikinn til þess að hafa áhrif af þessum toga á grundvallarákvæðanir viðkomandi fyrirtækis sem varða stefnu þess og áætlanir. Réttur til eða afskipti í raun af daglegri starfsemi viðkomandi fyrirtækis hefur því takmarkaða þýðingu.⁹ Möguleikinn einn til þess að hafa umrædd áhrif dugir. Ekki er því þörf að sýna fram á að möguleikinn hafi verið nýttur.¹⁰

Mikilvægt er að hafa í huga að hugtökin samruni og yfirráð eru að meginstefnu af efnahagslegum toga. Aðalatriðið er að meta hvort aðili í raun (de facto) hefur möguleika á því að hafa umrædd áhrif og það hvort áhrifin grundvallast á formbundnum gerningi eða einhverju öðru hefur ekki sérstaka þýðingu. Þannig skiptir ekki máli í samkeppnisrétti á hvaða grunni slík áhrif byggjast svo fremi sem þau séu til lengri tíma og veiti möguleika á að hafa umrædd afgerandi áhrif á fyrirtæki.¹¹ Sökum þessa getur t.d. aðili talist hafa yfirráð yfir fyrirtæki jafnvel þótt annar aðili sé formlega skráður fyrir eignarhlut í því fyrirtæki.¹²

Varðandi tilvísun samrunaaðila til laga um verðbréfiðskipti ber að hafa í huga að yfirráð í skilningi samkeppnisréttarins er sjálfstætt hugtak og ekki endilega það sama og gildir á öðrum réttarsviðum.¹³ Fæst því ekki séð að skírskotun samrunaaðila til þeirra skuldbindinga sem hvíla á skráðum félögum og til laga um verðbréfiðskipti hafi þýðingu í þessu máli.

⁸ Sjá t.d. Richard Whish, *Competition Law*, fimmta útgáfa 2003, bls. 804: Í umfjöllun á samskonar skilgreiningu á yfirráðum í EES/EB-samkeppnisrétti segir: „It will be readily appreciated that this definition of control – which extends to a situation in which even a possibility of exercising decisive influence is sought – is a wide one, ... To this should be added the possibility that the exercise of decisive influence may arise by operation of law or fact; that it may not be the intention of the parties that such influence should be conferred; and that a shareholding of less than 25% may be found to amount to control. ”

⁹ Sjá t.d. Cook & Kerse, *EC Merger Control*, fjórða útgáfa 2005, bls. 38: „It is control over decisions which determine the strategic commercial behaviour of the undertaking which result in the creation of a single economic unit ... The commission is not, therefore, concerned with rights to day-to-day management of an undertaking or which have the limited purpose of protecting the financial interests of minority shareholders. ”

¹⁰ Sjá t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar EB *McCormik/CBC/Rabobank/Ostmann* málinu, [1993] CMLR 535. Sjá einnig Cook & Kerse, *EC Merger Control*, fjórða útgáfa 2005, bls. 40: „The mere possibility of exercising decisive influence is sufficient to constitute control within the meaning of the Regulation. It is not necessary to demonstrate that influence has, in fact, been exercised. ”

¹¹ Sjá t.d. Cook & Kerse, *EC Merger Control*, fjórða útgáfa 2005, bls. 38: „The means by which control is acquired is largely irrelevant in determining whether a concentration has occurred, provided that the control extends to commercial policy and is of a lasting nature. ... Control may thus be conferred by combination of legal and other factors. Since the concept of concentration is also predominantly an economic one, it is not surprising that the Regulation focuses on the substance of the transaction and its likely effect on the behaviour of undertakings, and not on its form. ”

¹² Sjá t.d. tilkynningu framkvæmdastjórnar EB um skilgreiningu á hugtakinu samruni (Commission Notice on the Concept of Concentration) OJ C 66, 2. mars 1998: „There may be exceptional situations where the formal holder of a controlling interest differs from the person or undertaking having in fact the real power to exercise the rights resulting from this interest. This may be the case, for example, where an undertaking uses another person or undertaking for the acquisition of a controlling interest and exercises the rights through this person or undertaking, even though the latter is formally the holder of the rights. In such a situation, control is acquired by the undertaking which in reality is behind the operation and in fact enjoys the power to control the target undertaking ... The evidence needed to establish this type of indirect control may include factors such as the source of financing or family links. ”

¹³ Sjá t.d. tilkynningu framkvæmdastjórnar EB um skilgreiningu á hugtakinu samruni (Commission Notice on the Concept of Concentration) OJ C 66, 2. mars 1998: „The concept of control under the Merger Regulation may be different from that applied in specific areas of legislation concerning, for example, prudential rules, taxation, air transport or the media. ”



Af framangreindri skilgreiningu 4. gr. samkeppnislaga leiðir einnig að aðili getur einn náð yferráðum yfir fyrirtæki (e. *sole control*) eða sameiginlega með öðrum (e. *joint control*). Hvort tveggja telst samruni í skilningi samkeppnislaga.

Aðili hefur einn yferráð yfir fyrirtæki ef hann hefur án atbeina annarra möguleika á því að hafa afgerandi áhrif á það fyrirtæki. Hefðbundin aðstaða af þeim toga er þegar aðili öðlast meirihluta hlutfjár í fyrirtæki. Ljóst er hins vegar að minnihlutaeign í hlutfélagi getur veitt eiganda hlutarins yferráð yfir viðkomandi félagi.¹⁴ Slík yferráð geta verið að lögum eða í raun. Eitt af því sem litið er til við mat á því hvort tiltekinn aðili fari með yferráð yfir hlutfélagi er hve eignarhlutur viðkomandi aðila er stórt hlutfall þeirra eignarhluta sem mæta á aðalfund félagsins.¹⁵ Til dæmis ef um er að ræða félag í dreifðu eignarhaldi þá er ekki líklegt að allir hluthafar mæti á hluthafafund eða hafi einhver sameiginleg varanleg stefnumið sem leiði til þess að minni hluthafar kjósi á sama veg. Getur þetta leitt til þess að hluthafi sem fer ekki með meirihluta atkvæða nái samt sem áður meirihluta atkvæða á hluthafafundi og með því hafi hann úrslitavald varðandi stefnu viðkomandi fyrirtækis og ákvarðanatöku. Framkvæmdastjórn EB hefur í allmörgum málum komist að þeirri niðurstöðu að í 25-50% eignarhlut í fyrirtæki geti falist yferráð yfir fyrirtæki.¹⁶

Um sameiginleg yferráð er að ræða þegar fyrirtæki hefur fleiri en einn hluthafa, sem ekki hafa yferráð sér í lagi, og hluthafi í því getur haft afgerandi áhrif á mikilvægar viðskiptaákvæðanir fyrirtækisins.¹⁷ Skýrt dæmi um sameiginleg yferráð er þegar tvö fyrirtæki eiga jafnan hlut og eiga jöfn réttindi í þriðja fyrirtæki. Eigandi minnihluta hlutfjár í fyrirtæki getur einnig haft sameiginleg yferráð ef ákvæði í hluthafasamkomulagi veita honum neitunarvald um mikilvægar ráðstafanir viðkomandi fyrirtækis. Hin sameiginlegu yferráð þurfa hins vegar ekki nauðsynlega að byggjast á slíkum forbundnum gerningum. Sameiginleg yferráð geta í vissum tilvikum grundvallast á því að hluthafar í fyrirtæki hafi aðra sameiginlega viðskiptalega eða fjárhagslega hagsmuni (e. *common commercial or financial interest*).¹⁸ Álitaefnið er hvort slíkir sameiginlegir hagsmunir séu með þeim hætti að líklegt sé að viðkomandi hluthafar beiti sér sameiginlega innan viðkomandi fyrirtækis.¹⁹ Slíkir sameiginlegir hagsmunir þurfa ekki að byggjast á

¹⁴ Sjá t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar EB í *Jefferson Smurfit Group plc/Munksjo AB* málinu (mál nr. IV/M.613).

¹⁵ Sjá nánar bls. 48 og áfram í EC Merger Control, C.J. Cook og C.S. Kerse, fjórða útgáfa.

¹⁶ Má hérna t.d. nefna mál nr. COMP/M.3091 *Konica/Minola* þar sem 38% var talið nægja til yferráða. Mál nr. M.558 *La Rinascente /Cedes Migilarini* var 35.81% talið nægja til yferráða og í máli nr. M/557 *Alfred C Toepfer/Champagne Céréales* var 36% hlutur talin nægja til yferráða. Í máli nr. M.343 *Société Générale de Belgique/Générale de Banque* 25,96% eignarhlut fela í sér yferráð yfir fyrirtæki og máli nr. M. Anglo American/Lonhro var 27,47% eignarhlutur talin fela í sér yferráð.

¹⁷ Sjá t.d. Van Bael & Bellis, *Competition Law of the European Community*, fjórða útgáfa 2005, bls. 748: „*In essence, where there are multiple shareholders, none of whom has sole control, a shareholder will be considered to have joint control of an undertaking if it has the power to exercise decisive influence over the most important strategic business decisions of the undertaking.*”

¹⁸ Sjá t.d. Cook & Kerse, EC Merger Control, fjórða útgáfa 2005, bls. 38: „*Joint control may also be found where individual shareholders have some pre-existing relationship or common commercial interest.*”

¹⁹ Sjá t.d. Cook & Kerse, EC Merger Control, fjórða útgáfa 2005, bls. 58: „*In exceptional cases, the Commission has found that a common commercial or financial interest among a number of shareholders can justify the interference that they will act together to exercise control and that this will happen on a lasting basis.*”



samningum eða öðrum löggerningum, eins og samrunaaðilar virðast halda fram. Skoða þarf staðreyndir í hverju máli fyrir sig og leggja á það efnahagslegt mat hvort um sé að ræða viðskiptalega hagsmuni sem hafi þessi áhrif.²⁰ Vísbending um slíka sameiginlega hagsmuni getur verið sameiginlegt eignarhald í öðrum fyrirtækjum eða sameiginleg kaup eða yfirtaka á öðrum fyrirtækjum.²¹ Bent hefur verið á að sameiginleg yfirráð af þessum toga eigi sérstaklega vel við þegar hluthafar hafa sérstaka hagsmuni af því að láta líta svo út að þeir hafi ekki yfirráð yfir viðkomandi félagi, t.d. vegna þess að sérlög takmarki eignarhald í viðkomandi félagi.²²

Í ljósi þessara almennu sjónarmiða samkeppnisréttarins verður að taka til athugunar hvort Baugur hafi yfirráð yfir Dagsbrún. Samhengisins vegna er rétt að birta hér lista yfir tíu stærstu eigendur Dagsbrúnar.

Í andmælaskjali voru eignarhlutir þeirra miðaðir við upplýsingar úr skráningarlýsingu Dagsbrúnar frá 24. apríl 2006. Samkvæmt skiptust eignarhlutarnir með þessum hætti:

Baugur Group hf.	35,95% ²³
Milestone ehf.	16,33% ²⁴
Runnur ehf.	12,84%
Landsbanki Íslands hf.	6,72% ²⁵
Arion safnreikningur	6,21%
Diskurinn ehf.	5,26%
Landsbankinn Luxembourg S.A.	4,83%
Fons eignarhaldsfélag ehf.	3,03%
Grjóti ehf.	2,68%

²⁰ Sjá t.d. Navarro, Font, Folguera og Briones, Merger Control in the EU, önnur útgáfa 2005, bls. 24: „In fact, the Commission presumes on a purely factual basis that the minority shareholders find themselves obliged for economic reasons to take concerted action if they do not wish mutually to prejudice their interest. ”

²¹ Sjá t.d. Cook & Kerse, EC Merger Control, fjórða útgáfa 2005, bls. 58-59: „The prior existence of links between minority shareholders or acquisitions by means of concerted action are factors indicating a common interest. For example, in Dana/Getrag the Commission determined that a series of joint ventures, partnerships and collaborations between the parties made them commercially interlinked on an ongoing basis and made it inconceivable that one party would act independently and contrary to the interest of another.” Sjá einnig Van Bael & Bellis, Competition Law of the European Community, fjórða útgáfa 2005, bls. 750: „In some cases, a minority shareholder without veto power may nevertheless have joint control based on special circumstances in its relationship with other shareholders. For example, where shareholders of one undertaking also each own shares in other undertakings, the Commission may consider the fact that a minority shareholder has leverage over other shareholders in another joint venture as a reason why the shareholders of the first undertaking may be inclined to appease the minority shareholder.”

²² Sjá t.d. Navarro, Font, Folguera og Briones, Merger Control in the EU, önnur útgáfa 2005, bls. 25: „The possibility of establishing joint control on the basis of a presumption of de facto concerted action between parent companies is particularly appropriate to catch those situations, where for various reasons, prima facie there is no joint control but this is clearly a legal fiction. This occurs where the very nature of activity in question and the participation of each shareholder in the joint venture mean that the parties could only possibly operate on a joint basis. There may be, ostensibly, be no joint control because legislation establishes certain maximum limits of shareholding ... (See, for example, the legislation in certain Member States that prevents a shareholding of more than a given percentage in undertakings that own a TV channel) or an undertaking may, for strategic or even political reasons, be interested in appearing not to be involved in a given sector.”

²³ Að teknu tilliti til hlutar Baugs í framvirkum samningum hjá Landsbankanum.

²⁴ Byggt á upplýsingum úr skráningarlýsingu Dagsbrúnar frá því í apríl 2006.

²⁵ Að frádregnum hlut Baugs í framvirkum samningum.



Melkot hf.	0,96%
Samtals	94,81%

Á vef Kauphallar Íslands er birtur listi yfir 20 stærstu hluthafa í Dagsbrún miðað við 1. júní 2006. Samkvæmt honum má ráða eftirfarandi um eignarhluti í Dagsbrún.

Baugur	36% ²⁶
Runnur	11,87%
Landsbanki Íslands	10,57%
Milestone	7,68%
Félög tengt PH	6,16% ²⁷
Skoðun	6,07%
Arion	5,68%
Diskurinn	4,86%
Landsbankinn Luxemburg	4,46%

[...]²⁸

Baugur er alþjóðlegt fjárfestingarfélag sem fjárfestir í fyrirtækjum á Íslandi og í Evrópu. Á meðal félaga sem eru að fullu eða að hluta í eigu Baugs má nefna Haga, Stoðir, Húsasmiðjuna, Smáralind, Magasin du Nord, Þyrpingu, Illum, Merlin, FL-group, Mosaic Fashions, Goldsmiths, Iceland, Mappin og Webb og Witthard of Chelsea. Forstjóri félagsins er Jón Ásgeir Jóhannesson. Rétt er einnig að taka strax fram að félögin Fons eignarhaldsfélag hf. (Fons), Grjóti ehf. (Grjóti) og Melkot hf. (Melkot) hafa öll til skamms tíma verið í eigu eða tengslum við Pálma Haraldsson og/eða Baug.²⁹ Þannig situr Pálmi í stjórn félaganna þriggja. Samtals eiga þessi félög yfir 6% í Dagsbrún.

Ljóst er að umtalsverð tengsl eru á milli Baugs og helstu hluthafa Dagsbrúnar. Við upphaf þeirrar umfjöllunar þykir rétt að rekja stuttlega sögu Dagsbrúnar og fyrri afskipti samkeppnisyrivalda. Verður síðan vikið að tengslum Baugs við helstu hluthafa Dagsbrúnar.³⁰

2.4 Aðdragandi stofnunar Dagsbrúnar

Hér ber fyrst að líta til ákvörðunar samkeppniráðs nr. 19/2004 *Samruni Verslunarsviðs Tæknivals hf. við Norðurljós hf. (Skífuna ehf.) Samruni Fréttar ehf. við Norðurljós Fjárhagsleg endurskipulagning Norðurljósa*. Í henni er greint frá því

²⁶ Skoðun ehf. er félag í 100% eigu Dagsbrúnar. Eigin hlutir Dagsbrúnar samkvæmt lista Kauphallar Íslands nema 2,42%. Samanlagt eru því 8,49% hlutafjár Dagsbrúnar undir yfirráðum félagsins sjálfs. Eignarhlutur Baugs með óbeinni eignarhlutdeild í gegnum Skoðun og eigin hluti Dagsbrúnar er þá 31,01%. Samkvæmt athugasemdum Dagsbrúnar við skýrslu Samkeppniseftirlitsins um samruna Dagsbrúnar og Senu er eignarhlutdeild Baugs í reynd 33-34% vegna framvirkra samninga. Að teknu tilliti til þeirra samninga er heildareign Baugs þá í kringum 36%.

²⁷ Um er að ræða samanlagða eignarhlutdeild Fons, Grjóta og Melkots.

²⁸ Upplýsingar felldar út vegna trúnaðar.

²⁹ Í bréfi lögmanns samrunaðila frá 6. apríl 2006 var greint frá því að gengið hafi verið frá kaupum Fengs á öllum hlutum Baugs Group í Grjóta og Melkoti.

³⁰ Sú umfjöllun byggir m.a. á opinberum upplýsingum sem birst hafa á vef Kauphallar Íslands (www.icex.is) og á www.mbl.is, auk upplýsinga sem fram koma heimasíðum viðkomandi aðila, þegar um slíkt er að ræða. Einnig er byggt á upplýsingum úr Hlutafélagaskrá.



að Samkeppnisstofnun hafi í desember 2003 leitað skýringa á fregnum sem birst höfðu á opinberum vettvangi um kaup Baugs og Fengs á hlutum í Norðurljósum hf. Norðurljós voru á þessum tíma eignarhaldsfélag sem var m.a. eigandi að öllum hlutum í Íslenska útvarpsfélaginu hf. og Skífunni ehf. Íslenska útvarpsfélagið rak ýmsa fjölmiðla eins og t.d. Stöð 2 og Bylgjuna. Skífan annaðist m.a. heildsölu og smásölu á tónlist og kvikmyndum.

Í svari lögmanna Baugs og Fengs var greint frá samstarfi sem Jón Ásgeir Jóhannesson og Baugur og félag tengd Pálma Haraldsyni hefðu haft við kaup á Norðurljósum. Í ákvörðun samkeppnisráðs er einnig greint frá fjárhagslegri endurskipulagningu á Norðurljósum sem leiddi til þess að Baugur og félag tengd Pálma Haraldssyni öðluðust sameiginlega 54,6% hlut í Norðurljósum. Í ákvörðun ráðsins kemur einnig fram að samið hafi verið um kaup Norðurljósa á öllu hlutafé í Frétt ehf. Það félag rak Fréttablaðið og DV. Á þessum tíma var Frétt í eigu m.a. Baugs, Fons og Gunnars Smára Egilssonar, núverandi forstjóra Dagsbrúnar. Í stjórn Fréttar sat m.a. Árni Hauksson sem nú situr í stjórn Dagsbrúnar.³¹

Í nýja stjórn Norðurljósa settust m.a. Skarphéðinn Berg Steinarsson, starfsmaður Baugs, Pálmi Haraldsson og Gunnar Smári Egilsson.

Í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 19/2004 var fjallað um að Baugur og félag eða einstaklingar sem því félagi tengdust hefðu ásamt Feng og tengdum félögum og einstaklingum víða komið sameiginlega að atvinnurekstri og átt umtalsverða eignarhluti sem veitt hafi þeim áhrif á stjórn viðkomandi félaga. Var þessu lýst með eftirfarandi hætti í ákvörðun samkeppnisráðs:

- „Félagið Hagar hf. var stofnað í október 2003, en það yfirtók starfsemi Baugs Íslands. Félagið er verslunarfyrirtæki með starfsemi á Íslandi, í Svíþjóð og Danmörku. Undir Haga fellur m.a. rekstur Bónuss, Hagkaupa, 10-11, Útilífs, Debenhams, Zara, Topshop og Miss Selfridge. Samtals á félagið 84 verslanir í þessum þremur löndum. Auk þess á fyrirtækið innkaupafyrirtækið Aðföng og vöruhótelíð Hýsingu. Eigendur Haga og eignarhlutar þeirra eru sem hér segir: Baugur (um 32%), Stoðir (um 26%), Gaumur (um 12%), Fengur og Fons, þ.e. félag tengd Pálma Haraldssyni (um 20%) og ýmsir smærri hluthafar (samtals um 10%).
- Í október árið 2002 stofnuðu Baugur og Fengur félagið Grænt ehf. Félag þetta á að fullu grænmetis- og ávaxtadreifingarfyrirtækin Ávaxtahúsið, Nýtt og ferskt ehf. (Ávaxtahúsið) og Banana ehf., en Ávaxtahúsið hafði frá miðju ári 1999 verið í jafnri eigu Baugs og Fengs. Baugur og Fengur áttu Grænt að jöfnu fram til þess tíma sem Hagar voru stofnaðir en þá seldu bæði Fengur og Baugur allt sitt hlutafé í Grænu til Haga.
- Fengur er eigandi að 50% af hlutafé Græðlings ehf., sem á rekstur Blómaverkstæðis Binna, en Baugur á hinn helming hlutafjárins.

³¹ Sjá frétt Morgunblaðsins 31. janúar 2004.



- *Baugur hefur til skamms tíma átt um 21,2% hlut í Flugleiðum hf., en þar hefur Fengur átt um 5,8% hlut. Forstjóri Baugs og framkvæmdastjóri Fengs hafa báðir setið í stjórn Flugleiða. Um tíma voru tveir fulltrúar frá Baugi í stjórn Flugleiða, og var annar þeirra lögmaður Fengs og náinn samstarfsmaður framkvæmdastjóra Fengs. Samkvæmt fréttum sem birst hafa opinberlega seldu félögin bæði á sama tíma, þ.e. þann 17. maí 2004, og til sama aðila eignarhluti sína í Flugleiðum.*
- *Baugur átti til skamms tíma um 14,8% eignarhlut í Kaldbaki, þar sem Fengur átti 6% hlut. Fengur hefur nú selt hlut sinn til Baugs þannig að hlutur Baugs í Kaldbaki er 20,8%.*
- *Áður en Frétt var seld Norðurljósum í janúar sl. átti Baugur 47,648% eignarhlut í félaginu en 5,154% hlutfjárins voru í eigu Fons.*
- *Meðal fjárfestinga Baugs erlendis er um 60% eignarhlutur í heilsuvörueðjunni Julían Graves, en þar á Fengur um 20% hlut.*
- *Loks eiga félögin, eins og fram hefur komið, hvort um sig óbeint 42% eignarhlut í Tæknivali, í gegnum eignarhaldsfélagið Grjóta.*

Af framansögðu er ljóst að þræðir þessara fjárfestingarféлага liggja mjög víða saman í eignarhaldi í og forystu fyrir m.a. mjög umfangsmiklum atvinnufyrirtækjum hér á landi. Er augljóst að hagsmunir þeirra hvað velgengni þessara féлага varðar fara saman."

Í ákvörðun samkeppnisráðs kemur einnig fram að Baugur og Fengur höfðu samvinnu um fjárhagslega endurskipulagningu Norðurljósa og voru megin gerendurnir í því máli. Einnig var upplýst í málinu að fyrirsvarsmenn Baugs og Fengs hefðu sameiginlega sýn á framtíð Norðurljósa. Fram kom einnig að samrunaðilar í málinu hefðu fallist á þá samsömun að Norðurljós og Hagar væru undir sameiginlegum yfirráðum Baugs og Fengs. Af framangreindu virtu dró samkeppnisráð þá ályktun í nefndu máli að Baugur og Fengur hefðu slíkra sameiginlegra hagsmuna að gæta að félögin „... hafi með samningum sem fela í sér samruna verslunarviðs Tæknivals og Fréttar við Norðurljós og fjárhagslegri endurskipulagningu Norðurljósa að öðru leyti öðlast sameiginleg yfirráð í Norðurljósum." Baugur og félög tengd Pálma Haraldssyni hafa haldið samvinnu sinni áfram, sbr. umfjöllun hér á eftir.

Í september 2004 var greint frá að Norðurljós hefðu keypt um 35% hlut í fjarskiptafélaginu Og Vodafone (Og fjarskipti hf.) og urðu Norðurljós við það stærsti hluthafinn í Og Vodafone. Einnig var greint frá því í september 2004 að fyrirtækið Riko Corp. hefði keypt 7% hlut í Og Vodafone. Það félag er í aðaleigu Magnúsar Ármanns (sem síðar varð stjórnarmaður í Dagsbrún) Sigurðar Ásgeirs Bollasonar sem skv. frétt Morgunblaðsins höfðu átt stóran hlut í Karen Millen-tískvörueðjunni sem Baugur keypti í gegnum annað tískufyrirtæki sitt Oasis.³²

³² Sjá frétt Morgunblaðsins 24. september 2004.



Í kjölfar þessa var skipt um stjórn í Og Vodafone. Varð Skarphéðin Berg Steinarsson stjórnarformaður og í stjórnina settust einnig Pálmi Haraldsson og Árni Hauksson. Í október 2004 keypti Baugur 10,6% hlut í Og Vodafone.

Þann 5. nóvember 2004 var Samkeppnisstofnun tilkynnt um kaup Og fjarskipta á Norðurljósum. Með bréfi frá Og fjarskiptum, dags. 10. desember 2004, var Samkeppnisstofnun sendur endanlegur kaupsamningur vegna samrunans, dags. 9. desember 2004. Af samningnum var ljóst að um breytingu á upprunalegum viðskiptum er að ræða. Þannig keyptu Og fjarskipti ekki eignarhaldsfélagið Norðurljós heldur eingöngu dótturfélög þess, þ.e. Frétt ehf. og Íslenska útvarpsfélagið hf. Í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 12/2005 var þessum samruna sett ýmis skilyrði.

Í janúar 2005 var greint frá því að Íslenska útvarpsfélagið og Frétt hefðu fengið ný nöfn, 365 ljósvakamiðlar og 365 prentmiðlar. Var Gunnar Smári Egilsson ráðinn framkvæmdastjóri 365. Í ágúst 2005 var greint frá því að Dagsbrún hf. væri nýtt móðurfélag Og Vodafone, 365 prentmiðla, 365 ljósvakamiðla og P/F Kall í Færeyjum. Þann 31. desember 2005 var greint frá því að Gunnar Smári Egilsson hefði tekið við starfi forstjóra Dagsbrúnar. Stjórn Dagsbrúnar er nú skipuð eftirfarandi mönnum:

- Formaður stjórnar er Þórdís Sigurðardóttir. Hún er forstöðumaður norræna fjárfestinga hjá Baugi.
- Árni Hauksson. Árni sat eins og áður sagði í stjórn Fréttar og var skipaður í stjórn Og Vodafone þegar Norðurljós keyptu hlut í félaginu í september 2004. Fram til 25. janúar 2005 átti Árni Hauksson og annar maður í gegnum félögin Múla og Vogabakka 55% hlut í Húsasmiðjunni á móti 45% hlut Baugs. Baugur keypti þennan eignarhluta af þessum félögum Árna.
- Guðmundur Ólason en hann er framkvæmdastjóri Milestone. Nánar grein verður gerð fyrir því félagi hér á eftir.
- Magnús Ármann. Félag í eigu hans keypti hlut í Og Vodafone um það leyti sem Norðurljós gerðu það sama. Magnús er einn af eigendum Runns og verður gerð grein fyrir því félagi og tengdum aðilum hér á eftir.
- Vilhjálmur Þorsteinsson. Vilhjálmur sat einnig í stjórn Og Vodafone. Hann var stjórnarmaður í Kögun hf. og ásamt forstjóra þess félags og öðrum stjórnarmanni eigandi að eignarhaldsfélaginu Teton ehf.³³ Dótturfélag Dagsbrúnar hefur nú keypt Kögun og með kaupunum eru eigendur Teton orðnir hluthafar í Dagsbrún. Í tilkynningu frá Teton var greint frá því að Dagsbrún muni styðja viðskiptastefnu Kögunar og sömu stjórnendur verði við stjórnvölin hjá Kögun.

Verður nú nánari grein gerð fyrir tengslum helstu hluthafa við Baug.

2.5 Tengsl Baugs við fyrirtæki tengd Pálma Haraldssyni

³³ Sjá www.icex.is Þar kemur fram að Vilhjálmur eigi 40% hlut í Teton og hinir eigendurnir 40% og 20% hlut.



Síðan ákvörðun samkeppnistráðs nr. 19/2004 var tekin hafa Baugur og félag tengd Pálma Haraldssyni haldið áfram fjárfestingum sínum og samstarfi. Má þar t.d. nefna:

- Í febrúar 2004 keypti félag m.a. í eigu Pálma Haraldssonar Skeljung hf. Í október sama ár var félagið selt Högum sem er félag í eigu Baugs og Pálma Haraldssonar. Pálmi Haraldsson var áfram stjórnarformaður félagsins. Í mars á þessu ári seldu Hagar Skeljung svo aftur til Fons eignarhaldsfélags þannig að félag sem að töluverðu leyti er í eigu Pálma Haraldssonar eignaðist Skeljung á ný.
- Í maí 2004 keyptu Baugur og Fengur ásamt fleiri aðilum bresku skartgripavöruverslunina Goldsmiths.
- Í febrúar 2005 keyptu Pálmi Haraldsson, Baugur og fleiri fjárfestar bresku verslunarkeðjuna Big Food Group. Big Food Group rekur meðal annars verslanir undir nafninu Iceland. Var Pálmi stjórnarformaður félagsins. Eftir viðskiptin með Big Food Group var Pálmi Haraldsson jafnframt næststærsti hluthafinn í Big Food Group á eftir Baugi.³⁴
- Í nóvember 2005 sendi Baugur Group frá sér tilkynningu og greindi frá að fjárfestar undir forystu Baugs, þar sem Fons var meðal fjárfesta, hefðu keypt MW Group, sem er einn helsti smásöluaðili í Bretland á sviði skartgripa og úra. Kaupverðið var 2,2 milljarðar kr.³⁵ Í athugasemdum samrunaðila er sagt að það hafi raunverulega verið Goldsmith sem keypti MW Group en það félag sé m.a. í eigu félaga á vegum Baugs og félaga á vegum Pálma Haraldssonar. Hefur Samkeppniseftirlitið verið upplýst um að hlutur félaga á vegum Fons í Goldsmith sé um [...] ³⁶.
- Í desember 2005 keypti félagið Julian Graves, sem er í eigu Baugs Group og félaga tengdum Pálma Haraldssyni, Witthard of Chelsea sem starfar einkum við aðföng og sölu á tei, kaffi og vörum af svipuðu tagi og starfrækir um það bil 128 smásöluverslanir í Bretlandi. Pálmi hefur verið stjórnarformaður Julian Graves.
- Baugur er stór hluthafi í FL Group og stjórnarformaður félagsins er starfsmaður Baugs og forstjóri Baugs situr einnig í stjórn FL Group. Fons á 4,8% hlut í FL Group og Pálmi Haraldsson er stjórnarformaður Sterling, sem er dótturfélag FL Group.

³⁴ Í bréfi Fons til Samkeppniseftirlitsins, dags. 20. júní 2006, kemur fram að við yfirtöku Big Food Group hafi félaginu verið skipt í þrjú félag, þ.e. fasteignafélag, Iceland og Bookers. Pálmi Haraldsson hafi ekki að neinu leyti verið tengdur fasteignafélaginu en hlutur félaga á vegum Fons í Bookers sé um [trúnaður] og í Iceland um [trúnaður], þar sem Pálmi sé jafnframt formaður stjórnar félagsins.

³⁵ Sjá www.baugur.is: „Baugur Group kaupir Mappin & Webb - Með kaupunum verður til ein stærsta skartgripakeðja Bretlands þegar fyrirtækin Goldsmiths og Mappin & Webb sameinast. Fjárfestar undir forystu Baugs Group hafa keypt MW Group Limited fyrir um 2,2 milljarða króna. Markmiðið með kaupunum er að sameina fyrirtækið verslunum Goldsmiths. MW Group er í fremstu röð breskra smásöluvyrirtækja á sviði vandaðra skartgripa og úra og var stofnað fyrir rúmlega 230 árum síðan. Keðjan rekur 32 verslanir í Bretlandi undi nöfnum Mappin & Webb og Watches of Switzerland. Mappin & Webb er eitt fárra fyrirtækja sem hefur heimild til að nota skjaldamerki Elísabetar drottningar og Karls Bretaprins í viðskiptum vegna hlutverks síns sem silfursmiðir hirðarinnar. Samtals reka Goldsmiths og MW Group á þriðja hundrad verslana og heildarársvelta fyrirtækjanna verður um 29 milljarðar króna. Meðal fjárfestanna má nefna Jurek Piasecki forstjóra Goldsmiths ásamt Landsbanka Íslands hf., Straum-Burðarás fjárfestingabanka og Fons.“

³⁶ Fellt út vegna trúnaðar.



2.6 Tengsl Baugs og Runns og tengdra aðila

Runnur ehf. er stór hluthafi í Dagsbrún. Runnur er í eigu Byggs ehf., Mogs ehf., Fjárfestingarfélagssins Primus ehf., Saxhóls ehf. og Vífilfells hf. Runnur mun vera í jafnri eigu þessara fyrirtækja.³⁷ Í stjórn Runns sitja:

- Jón Þorsteinn Jónsson sem m.a. er einn eigenda Saxhóls.
- Magnús Ármann sem m.a. er einn eigenda Mogs ehf.
- Þorsteinn M. Jónsson sem m.a. er eigandi Vífilfells.

Tengsl eigenda Runns við Baug eru eftirfarandi:

2.6.1 Mogs og tengdir aðliar

Mogs er félag í eigu m.a. Magnúsar Ármanns en hann situr eins og áður sagði í stjórn Dagsbrúnar. Í stjórn Mogs sitja:

- Magnús Ármann
- Kevin Stanford
- Þorsteinn M. Jónsson

Í Morgunblaðinu 16. mars 2005 var greint frá því að í desember 2004 hefði Mogs keypt 8,26% hlut í Baugi.³⁸ [...] ³⁹

Magnús Ármann er einnig, ásamt Þorsteini M. Jónssyni, eigandi að félögunum Materia Invest ehf.⁴⁰ og Icon ehf.⁴¹ Í stjórn Materia og Icon sitja Magnús, Þorsteinn og Kevin Stanford.

Materia og Icon eiga 13,89% hlut í FL Group og eru saman þriðji stærsti hluthafinn í félaginu. Magnús Ármann situr í stjórn FL Group, ásamt Þorsteini M. Jónssyni sem er varaformaður stjórnar þess félags. Baugur á 18,31% hlut í FL Group.⁴² Formaður stjórnar FL Group er Skarphéðin Berg Steinarsson, starfsmaður Baugs, og forstjóri Baugs situr einnig í stjórninni.

Mogs hefur ásamt Bygg, Primus og Saxhóli átt um 55% í Húsasmiðjunni, sbr. umrædd frétt Morgunblaðsins.⁴³ Baugur á [...] ⁴⁴ í Húsasmiðjunni. Formaður stjórnar Húsasmiðjunnar er Skarphéðinn Berg Steinarsson og í stjórn hennar situr einnig Árni Hauksson, stjórnarmaður í Dagsbrún og Árni Pétur Jónsson sem er framkvæmdastjóri Og Vodafone.

³⁷ Sbr. viðtal Morgunblaðsins 16. mars 2005 við Jón Þorstein Jónsson stjórnarformanns Runns.

³⁸ Í fréttinni segir m.a.: „Sterk tengsl við Baug Fjórir af hluthöfum Runns tengjast Baugi á einn eða annan hátt en Baugur er stærsti hluthafi Og Vodafone, á 24,5% hlut. Bygg ehf., sem er fjárfestingarfélag í eigu Byggingarfélagss Gunnars og Gylfa, Primus ehf., fjárfestingarfélag Hannesar Smárásonar, og Saxhóll, sem er eigu Nóatúnsfjölskyldunnar, eiga saman ríflega 55% í Eignarhaldsfélagi Húsasmiðjunnar en Baugur á þar 45% hlut. Mogs ehf. er fjárfestingarfélag í eigu Magnúsar Ármann og Sigurðar Bollasonar sem keypti 8,26% hlut í Baugi í desember á síðasta ári. ”

³⁹ Fellt út vegna trúnaðar

⁴⁰ Samkvæmt álitni yfirtökunefndar frá 13. desember 2005 er Magnús Ármann 1/3 eigandi að Materia.

⁴¹ Samkvæmt álitni yfirtökunefndar 13. desember 2005 er Magnús Ármann 1/4 eigandi að Icon. Í Morgunblaðinu 18. apríl 2006 kom fram að Materia hefði keypt hluti Sigurðs Bollasonar í Icon og Runna.

⁴² Á www.flgroup.is kemur fram að Landsbanki Íslands eigi 6,17% hlut í FL Goup en af hlut bankans séu 4,76% til varnar afleiðusamningi við Baug.

⁴³ Þessum eignarhluta MogS í Baugi hefur verið mótmælt af hálfu forsvarsmanna Runns, sbr. bréf þess félags til Samkeppniseftirlitsins dags 23. júní sl.

⁴⁴ Fellt út vegna trúnaðar



Magnús Ármann og Sigurður Bollason áttu saman hlut í Karen Millen. Sú verslunarkeðja rann síðar inn í Mosaic Fashions sem Baugur átti þátt í stofna.

2.6.2 Vífilfell og tengdir aðilar

Aðaleigandi Vífilfells er Þorsteinn M. Jónsson. Hann er einnig eins og áður sagði einn af eigendum Materia Invest og Icon og er varaformaður stjórnar FL Group. Vífilfell og FL Group festu nýlega kaup á hollenska drykkjavöruframleiðandanum Refresco Holding. Heildarkaupverðið var um 42 milljarðar kr.

2.6.3 Prímus, FL Group og tengdir aðilar

Fjárfestingafélagið Primus er í eigu Hannesar Smárasonar. Samkvæmt upplýsingum frá Primus er félagið eigandi Eignarhaldsfélagsins Oddaflugs ehf. Hannes Smárason er stjórnarformaður Oddaflugs og á það félag 23,63% hlut í FL Group þar sem Hannes er forstjóri.

Primus á [...] %⁴⁵ hlut í Húsamiðjunni en Baugur á [...] %⁴⁶ hlut. FL Group á tæplega 17% hlut í Glitni og er stærsti hluthafi bankans. Hannes Smárason situr í stjórn Glitnis ásamt Skarphéðni Berg Steinarssyni stjórnarformanni FL Group (sem jafnframt er starfsmaður Baugs). Fram hefur komið að FL Group og Baugur hafi í félagi fjárfest í Marks og Spencer verslunarkeðjunni. Sá hlutur hefur verið seldur fyrir um 250 milljón pund og átti Baugur 60% hlutanna en FL Group 40%. FL Group á um 5,07% hlut í bresku tískuvörukeðjunni French Connection. Markaðsvirði hlutarins er um 1,4 milljarðar króna, að því er kemur fram í tilkynningu til Kauphallar Íslands. Baugur Group á um 14% hlut í French Connection.

Eins og áður sagði á Baugur 18,31% hlut í FL Group. Oddaflug á 23,63% í FL Group og Materia og Icon eiga saman 13,89% hlut í FL Group. Saman eiga þessir aðilar því 55,83% í félaginu. Næsti hluthafi þar á eftir á um 6% hlut. Að mati Samkeppniseftirlitsins er hér eðlilegt að hafa hliðsjón af álitum Yfirtökunefndar sem birt var 13. desember 2005. Sýnir álitnið samstarf milli framangreindra aðila innan FL Group.

Í álitinu var fjallað um hvort yfirtökuskylda hefði myndast í FL Group í tengslum við verulegar breytingar á eignarhaldi/atkvæðisrétti að hlutum í félaginu við hlutafjárukningu sem varð um miðbik nóvember 2005. Í álitum Yfirtökunefndar segir m.a.

„Sem fyrr segir miðar 37. gr. laga nr. 33/2003 við að fari eignarhlutur eins hluthafa, eða fleiri en eins, sem eru í samstarfi, yfir 40% þá sé um yferráð að ræða. Verður því tekið til athugunar hvort samstarf hafi verið með Oddaflugi ehf. og Baugi Group hf. í skilningi framangreinds ákvæðis, en um efni þess vísast til tilvitnunar að framan. Eins og áður greinir liggur fyrir að Oddaflug ehf., Baugur Group hf., og Icon ehf., ákváðu hvernig þessi félög skyldu skrá sig fyrir þeim 28 milljörðum, sem fyrirsvarsmenn FL Group skuldbundu sig til þess að ráðstafa í útboðinu.

⁴⁵ Fellt út vegna trúnaðar.

⁴⁶ Fellt út vegna trúnaðar



Við bættist *Materia Invest ehf.*, sem tók þann hlut sem *Icon ehf.* átti kost á að bæta við sig, en þrír af fjórum eigendum *Icon ehf.* eru eigendur að *Materia Invest ehf.* Ekki hefur komið fram að öðrum aðilum, hvorki hluthöfum né öðrum, hafi verið gefinn kostur á að skrá sig fyrir hluta þessara 28 milljarða. Af hálfu *FL Groups* og *Baug Groups hf.* hefur skipting hlutafjárins verið skýrð svo að ástæður hennar hafi ekki ráðist af samningum milli þessara aðila heldur hafi hún alfarið ráðist af fjárhagslegum styrk þeirra. Yfirtökunefnd telur að þessar upplýsingar ráði ekki úrslitum í málinu. Bendir nefndin á í því sambandi að engin krafa var um að þessir hluthafar skráðu sig fyrir öllu því hlutafé sem þeir höfðu bolmagn til að kaupa. Yfirtökunefnd telur, að ekki sé unnt að líta öðruvísi á en að þessi skipting hlutafjárins hafi verið gerð með samkomulagi og þar með hafi *Oddaflug ehf.* og *Baugur Group hf.* samið um skiptingu hlutafjár sín á milli, en eins og áður segir skiptust þeir 28 milljarðar sem um ræðir hvorki jafnt né hlutfallslega milli þeirra þriggja hluthafa, sem hér um ræðir. Það ber einnig að hafa í huga, að þegar á reyndi var mikil umframeftirspurn eftir hlutafé í *FL Group*, þ.e. umframeftirspurn eftir hlutafé var 320% miðað við þá 8 milljarða, sem í boði voru. Þegar litið er til orðalags 2. mgr. 37. gr. laga nr. 33/2003, er ljóst að samkomulag um að ná yfiráðum þarf ekki að vera skriflegt eða formlegt, það getur verið munnlegt, óformlegt, „eða með öðrum hætti“. Yfirtökunefnd telur að ekki sé unnt að líta framhjá því að á þeim tíma, sem máli skiptir voru tveir fulltrúar *Baug Group hf.* í stjórn *FL Group* með eiganda *Oddaflugs ehf.*, sem var formaður stjórnar félagsins. Var samstarf þeirra m.a. um þessa hlutafjárukningu því óhjákvæmilega náið. Hið sama á við eftir 1. nóvember 2005, en þá er fyrrverandi stjórnarformaður orðinn forstjóri félagsins, en annar fulltrúa *Baug Group hf.* í stjórn orðinn formaður hennar. Yfirtökunefnd telur með vísan til framangreinds, að samkomulag það sem *Oddaflug ehf.* og *Baugur Group hf.* gerðu um skiptingu hlutafjár sín á milli við aukningu hlutafjár í *FL Group*, um miðbik nóvember 2005, teljist samstarf í skilningi 2. mgr. 37. gr. laga nr. 33/2003."

2.6.4 Saxhóll og Bygg

Þessi félög eru eins og áður sagði eigendur að Húsasmiðjunni ásamt Baugi og Prímus. Saxhóll á 0,5% hlut í Dagsbrún. Saxbygg ehf., sameiginlegt félag Saxhóls og Bygg, á 1,3% hlut í *FL Group*.

2.7 Tengsl Baugs og Milestone

Milestone ehf. er stór hluthafi í Dagsbrún. Félagið er í eigu Karls Wernersonar, Steingríms Wernerssonar og Ingunnar Wernersdóttur. *Milestone* og *Baugur* hafa starfað saman í nokkrum fjárfestingaverkefnum. Má þar helst benda á að skv. upplýsingum frá *Milestone* gerðu *Baugur* og *Milestone* með sér samkomulag um að *Baugur* myndi kaupa 20% hlut í þætti eignarhaldsfélagi sem er félag í eigu *Milestone*.⁴⁷ [...] ⁴⁸Þá keyptu *Milestone* og *Baugur*, í september 2005, ásamt

⁴⁷ Skv. upplýsingum sem koma fram í bréfi *Milestone* til Samkeppniseftirlitsins, 20 júní 2006.

⁴⁸ Upplýsingar um samstarf *Milestone* og *Baugur* felldar út vegna trúnaðar.



Árdegi saman í fjárfestingafélaginu Wizard Holding⁴⁹ sem á m.a. dönsku raftækjavöruverslunina Merlin. Af tilkynningu frá Baugi má ráða að þessi félög hafi sameiginlega sýn á rekstur Merlin.⁵⁰

Árdegi er í eigu Sverris Berg Steinarssonar. Sverrir Berg er einnig eigandi Disksins sem seldi Dagsbrún Senu. Diskurinn á u.þ.b. 5,2% hlut í Dagsbrún.⁵¹

Einnig er Milestone einn eigenda IceCo. IceCo er félag sem keypti verslunarkeðjuna Iceland af Big Food Group ásamt m.a. Baugi og Pálma Haraldssyni á árinu 2005.⁵²

Forstjóri Milestone situr í stjórn Dagsbrúnar. Karl Wernerson, Steingrímur Wernersson, forstjóri Milestone, Skarphéðinn Berg Steinarsson og Hannes Smáráson sitja saman í stjórn Glitnis.

2.8 Eignarhald á Högum⁵³

Hagar hf. eiga m.a. Hagkaups- og Bónusverslanir hér á landi en þær verslanir eru meðal endurseljenda á vörum Senu. Stærstu eigendur Haga hf. eru sem hér segir:

Baugur	45-50%
Félög tengd Pálma Haraldssyni ⁵⁴	30-35%
Stoðir hf.	20-25%
Samtals	97%

Baugur á [45-50]% í Stoðum þannig að óbeinn eignarhlutur Baugs í Högum í gegnum Stoðir sem á [15-20]% í Högum er [5-10]%. Pálmi Haraldsson situr í stjórn Haga.

Samkvæmt þessu er ljóst að Baugur hefur ráðandi eignarhlut í Högum. Jafnframt liggur fyrir að félög tengd Pálma Haraldssyni eiga stóran hlut í Högum og koma að stjórn þess félags.

2.9 Niðurstaða

Í máli þessu liggur að samruni í skilningi samkeppnislaga hefur átt sér stað með kaupum Dagsbrúnar á Senu. Að mati Samkeppniseftirlitsins verður einnig að telja að í þessum gerningi felist einnig samruni milli Baugs og Senu.

Baugur er langstærsti hluthafi í Dagsbrún með ríflega helmingi stærri hlut í félaginu en sá hluthafi sem næstur kemur. Samkvæmt upplýsingum frá samrunaaðilum þá var mætt fyrir 60 - 65% hlutfjár á síðasta aðalfund Dagsbrúnar. Þá var mætt fyrir ríflega 78% hlutafjár á aðalfund fyrirrennara Dagsbrúnar, Norðurljósa, þann 18. mars 2004. Af þeim 78% atkvæða sem

⁴⁹ Samkvæmt upplýsingum frá Milestone á félagið [trúnaður]hlut í Wizard Holding.

⁵⁰ Sjá www.baugur.is

⁵¹ Þetta hlutfall hefur lækkað m.v. hlutafjárhækkun þá sem er gerð hefur verið grein fyrir.

⁵² Umfjöllun um IceCo er bundin trúnaði.

⁵³ Nákvæmar upplýsingar um eignarhald í Högum felldar út vegna trúnaðar.

⁵⁴ Þetta eru félögin Talden Holding S.A. og Orchides Holding.



mættu á fundinn var Baugur með 29,6% hlutfall atkvæða, Grjóti ehf. með 15% og Fons með tæp 11% hlutfall atkvæða.

Stjórnarformaður Dagsbrúnar er starfsmaður Baugs. Árni Hauksson hefur gegnt trúnaðarstörfum fyrir Baug og tengda aðila og var kosinn í stjórn Dagsbrúnar þrátt fyrir að félag það sem hann er sagður fulltrúi fyrir, Klapparás, eigi takmarkaðan hlut í félaginu.⁵⁵ Vilhjálmur Þorsteinsson gegnir trúnaðarstörfum fyrir Dagsbrún eftir félagið eignaðist Kögun. Aðrir meðlimir í stjórn Dagsbrúnar eru fulltrúar fyrirtækja sem eru í ríkum hagsmunatengslum við Baug. Virt saman gefur þetta sterka vísbendingu um að Baugur einn og sér hafi möguleika á því að hafa afgerandi áhrif á rekstur og stjórnun Dagsbrúnar með hlutdeild sinni í félaginu. Í því samhengi má nefna að fyrrum stjórnandi hjá samstæðunni hefur opinberlega lýst þeirri skoðun sinni að Baugur fari með yfirráð yfir henni.⁵⁶

Í máli þessu er hins vegar ekki nauðsynlegt að taka endanlega afstöðu til þess hvort Baugur fari einn með yfirráð yfir Dagsbrún. Hér að framan hefur verið lýst tengslum Baugs við Pálma Haraldsson, Runn, Milestone og tengd félög. Sameiginlegt eignarhald Baugs, Runns, Milestone og Pálma Haraldssonar í Dagsbrún má taka saman svo:

Baugur	35,95%
Milestone	16,33%
Runnur	12,84%
Félög tengd PH ⁵⁷	6,67%
Dagsbrún ⁵⁸	0,14%
Dagsbrún ⁵⁹	0,03%
Samtals	71,96%

Eftir hlutfjárukningu í félaginu sem að framan er greint frá nemur samanlagður eignarhlutur þessara aðila um [60-65]^{60%}.⁶¹

⁵⁵ Skv. hluthafaskrá 14. mars 2006 átti Klapparás 1,43% hlut í Dagsbrún. Á lista Kauphallarinnar (sem birtur er á www.icex.is) yfir 20 stærstu hluthafa í Dagsbrún 1. júní 2006 kemur Klapparás ekki fyrir. Sá hluthafi sem minnst á skv. þessum lista á 0,36% hlut í Dagsbrún.

⁵⁶ Í maí 2006 birtist í 5. tbl. tímaritsins Mannlíf viðtal við Pál Magnússon sem var sjónvarpsstjóri Stöðvar 2 þar til að hann lét af því starfi sumarið 2005. Í viðtalinu segir m.a.: „Núna er verið að láta í það skína að Baugur sé bara einn af mörg þúsund hluthöfum í því sem er núna 365 eða Dagsbrún og eigi bara innan við þriðjung. Þessu sjónarmiði hefur meira að segja hinn nýji forstjóri, Ari Edwald haldið fram. Þeir vita það best sem eru í stjórnunarstöðum í þessu fyrirtæki að allt eigendavaldið í fyrirtækinu persónugerist aðeins í einum manni, sem er forstjóri Baugs. Ég geri enga athugasemd við það. Hann á stærsta hlutinn og allir hinir eigendurnir eru sammála um að hann fari með valdið. Og þá er ekkert við það að athuga. ... Skyldi það hafa verið stjórnarformaður 365 sem réð hinn nýja forstjóra 365? Nei Skyldi það hafa verið forstjóri Dagsbrúnar sem réð hinn nýja forstjóra dótturfyrirtækisins 365? Nei Var það stjórnarformaður sem réð hann? Nei, ekki heldur. Það var forstjóri Baugs sem réð hann. Þegar ég var að reyna að ná fram breytingar á 365 talaði ég þá við forstjóra 365? Nei. Stjórnarformann? Aðeins. En forstjóra Baugs talaði ég við. Þar lá og liggur valdið. Menn eiga bara að viðurkenna það, enda ekkert athugavert við það.“

⁵⁷ Pálmi Haraldsson.

⁵⁸ Baugur á 24,90% í Dagsbrún þannig að óbein eignarhlutdeild Baugs í Dagsbrún í gegnum Dagsbrún er 0,296%

⁵⁹ Félög tengd Pálma Haraldssyni, þ. e. Fons, Grjóti og Melkot, eiga samtals 8,96% hlut í Dagsbrún þannig að óbein eignarhlutdeild Pálma Haraldssonar og tengdra aðila í gegnum Dagsbrún er 0,11%

⁶⁰ Nákvæmar upplýsingar felldar út vegna trúnaðar.

⁶¹ Með bréfi Milestone til Samkeppniseftirlitsins, dags. 20. júní 2006, er því mótmælt að hagsmunir Milestone og Baugs fari að nokkru leyti saman. Í bréfi Baugs, dags. 23. júní 2006, er því mótmælt að



[...] ⁶²

Hér að framan er lýst þeirri samvinnu sem Baugur og félag tengd Pálma Haraldssyni höfðu við kaup á Norðurljósum og við þær umbreytingar sem sköpuðu grunn að starfsemi Dagsbrúnarsamstæðunnar. Voru þessir aðilar taldir af samkeppnisráði hafa öðlast sameiginleg yfirráð yfir Norðurljósum. Einnig er lýst margháttuðum öðrum samstarfsverkefnum þessara félaga og ríkum gagnkvæmum hagsmunum. Af þessu leiðir eðlilega að miklar líkur eru á því að Baugur og félag tengd Pálma Haraldssyni beiti sér sameiginlega innan Dagsbrúnar.

Baugur og eigendur Runns hafa einnig mjög ríka sameiginlega hagsmuni. Ljóst er t.d. að Baugur, félag tengd Hannesi Smárásyni, Þorsteini M. Jónssyni og Magnúsi Ármann hafa mikla sameiginlega hagsmuni af rekstri og fjárfestingum sínum í FL Group og Glitni. Einnig má hér nefna Húsasmiðjuna. Hið sama gildir um fjárfestingar erlendis sem þessir aðilar hafa með beinum eða óbeinum hætti komið sameiginlega að. Framangreind stjórnunartengsl hafa hér einnig áhrif. Af þessu leiðir einnig að talsverðar líkur eru á því að Baugur og Runnur beiti sér sameiginlega innan Dagsbrúnar.

Milestone hefur einnig sameiginlega viðskiptahagsmuni með Baugi og starfsmenn félaganna sitja t.d. saman í stjórn Glitinis. Milestone og Baugur hafa gagnkvæma hagsmuni af fjárfestingum í Glitni og af velgengni þeirra samstarfsverkefna sem félagin hafa tekið þátt erlendis. Af þessu leiðir að ósennilegt er að Milestone beiti sér gegn Baugi innan Dagsbrúnar, enda myndi það hafa óheppileg áhrif á aðra hagsmuni félaganna. Þessari niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins er mótmælt af hálfu Milestone og m.a. tekið fram að tengsl Baugs og Milestone séu lítill hluti af heildarfjárfestingum Milestone.

Ljóst er þannig að Baugur og forsvarsmenn félagsins tengjast öðrum stærstu hluthöfum Dagsbrúnar með beinum og óbeinum hætti í gegnum fjárfestingaverkefni og sameiginlega stjórnarsetu í fyrirtækjum. Þessi umfjöllun sýnir að þræðir þessara fjárfestingafélaga liggja mjög víða saman í eignarhaldi í og forystu fyrir mjög umfangsmiklum atvinnufyrirtækjum hér á landi og erlendis. Virðast hagsmunir þessara aðila hvað velgengni þessara félaga varðar fara saman. Um er því að ræða sameiginlega viðskiptalega eða fjárhagslega hagsmuni í skilningi samkeppnisréttarins. Verður því að telja að þessir hagsmunir stærstu hluthafa séu svo samtvinnuðir og ríkir að áhrif geti haft á yfirráð yfir Dagsbrún. Geta slíkir sameiginlegir hagsmunir annað hvort styrkt þá niðurstöðu að Baugur fari einn með yfirráð yfir Dagsbrún eða að félagin fari með sameiginleg yfirráð yfir félaginu.

Yfirráð í skilningi samkeppnislaga geta bæði verið bein og óbein, sbr. 4. gr. samkeppnislaga. Slík yfirráð geta grundvallast á efnahagslegum tengslum milli viðkomandi aðila. Í samkeppnisrétti er þannig við það miðað að sameiginleg

félagið fari með yfirráð í Dagsbrún og tekið fram að eignarhlutur Baugs hafi minnkað samhliða hlutafjárukningu í Dagsbrún.

⁶² Upplýsingar um eignarhluti í Dagsbrúna felldar út vegna trúnaðar.



yfírráð geti m.a. grundvallast á því að viðkomandi aðilar sem eignast hlut í tilteknu fyrirtæki hafi sameiginlega viðskiptalega eða fjárhagslega hagsmuni sem gera það líklegt að þeir taki ríkt tillit til hvers annars eða beiti sér sameiginlega innan þess fyrirtækis, sbr. m.a. ákvörðun samkeppnisráðs nr. 19/2004. Þegar allt framangreint er virt saman telur Samkeppniseftirlitið að öll framangreind hagsmunatengsl leiði til þess að Baugur hafi a.m.k. sameiginleg yfírráð yfir Dagsbrún.

Baugur hefur einnig yfírráð yfir Högum. Af þessu leiðir að í máli þessu felst einnig samruni milli Haga og Senu.

III. Skilgreining markaða

Við mat á samkeppnislegum áhrifum samruna samkvæmt 17. gr. samkeppnislaga verður að byrja á því að skilgreina þann markað sem við á. Samkvæmt 4. gr. laganna er markaður skilgreindur sem sölusvæði vöru og staðgönguvöru eða þjónustu og staðgönguþjónustu. Staðganga er þegar vara eða þjónusta getur að fullu eða verulegu leyti komið í stað annarrar vöru eða þjónustu. Með hliðsjón af hagfræðilegum rökum þarf að líta á viðkomandi markað út frá a.m.k. tveimur sjónarmiðum; annars vegar vöru- eða þjónustumarkaðinn og hins vegar landfræðilega markaðinn. 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*.

3.1 Vörumarkaður

Í kafla 6 í viðauka við reglur nr. 881/2005 um tilkynningu samruna segir m.a. svo (um skilgreiningar á mörkuðum):

„Með viðkomandi vörumarkaði er átt við markað fyrir vörur og/eða þjónustu sem neytendur líta á sem staðgönguvörur eða staðgönguþjónustu vegna eiginleika sinna, verðs og áformaðrar notkunar. Markaður er sölusvæði vöru og staðgönguvöru og/eða sölusvæði þjónustu og staðgönguþjónustu, sbr. 4. gr. samkeppnislaga. Staðgönguvara og staðgönguþjónusta er vara eða þjónusta sem að fullu eða verulegu leyti geta komið í stað annarrar.

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

Um skilgreiningu á vörumarkaði kemur m.a. eftirfarandi fram í greinargerð samrunaaðila: *„Sena er sem fyrirtæki einkum sterkt á markaði í eftirtöldum vöruflokkum; tónlist, DVD myndum og tölvuleikjum. Í tilgreindum þremur vöruflokkum er Sena með nokkuð sterka markaðshlutdeild. Aðrir vöruflokkar og*



þjónusta sem Sena bíður [sic] upp á í rekstri sínum er með litla markaðshlutdeild. Sú þjónusta eða vöruframboð ætti því að mati Dagsbrúnar ekki að koma til skoðunar í þessu máli. Ljóst er að þessir þrír vöruflokkar falla allir undir það sem kalla má afþreyingu. Staðganga milli afþreyingarvöru er einhver, en ekki er ljós hversu mikil hún er, enda ræður þar einkum smekkur hvers og eins." Í athugasemdum samrunaaðila við andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins koma fram sjónarmið um skilgreiningu markaða sem nánar verður gerð grein fyrir í hverjum kafla fyrir sig hér að neðan.

Samkeppniseftirlitið bendir á að tilgangur þess að skilgreina viðkomandi markað í samrunamálum er að greina á kerfisbundinn hátt það samkeppnislega aðhald sem hið sameinaða fyrirtæki býr við.⁶³ Við athugun á áhrifum samruna er því, við skilgreiningu á þeim markaði sem um er að ræða, verið að meta hvaða fyrirtæki eru eða geta verið í samkeppni við þau fyrirtæki sem samruninn tekur til. Þetta er gert sökum þess að það eru einungis önnur fyrirtæki sem geta veitt samrunafyrirtækjunum samkeppnislegt aðhald, og með því að skilgreina hverjir það eru sem keppa á viðkomandi markaði er hægt að meta markaðsstyrk samrunafyrirtækjanna.

Hér að framan var fjallað stuttlega um starfsemi þeirra fyrirtækja sem samrunaaðilar ráða yfir. Eins og mál þetta liggur fyrir er það mat Samkeppniseftirlitsins að samkeppnislegra áhrifa samrunans muni fyrst og fremst gæta á eftirfarandi mörkuðum:

- Markaðnum fyrir áskriftarsjónvarp
- Markaðunum fyrir kvikmyndasýningar í kvikmyndahúsum
- Markaðnum fyrir efniskaup
- Markaðnum fyrir heildsölu- og smásölu dreifingu á tónlist á geisladiskum
- Markaðnum fyrir heildsölu- og smásölu dreifingu á tónlist á netinu
- Markaðnum fyrir heildsölu- og smásölu dreifingu á DVD-myndum
- Markaðnum fyrir heildsölu- og smásölu dreifingu á tölvuleikjum

Verður nú fjallað nánar um þessa markaði.

3.1.1 Sjónvarp

Í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins var komist að þeirri niðurstöðu að skipta bæri sjónvarpsmarkaðnum á Íslandi í tvo megin markaði, annars vegar sjónvarp í opinni dagskrá og hins vegar áskriftarsjónvarp. Hér að neðan verður gerð grein fyrir helstu athugasemdum samrunaaðila ásamt niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins um framangreint.

⁶³ Sjá leiðbeinandi reglur framkvæmdastjórnar EB um mat á láréttum samruna samkvæmt reglugerð ráðsins um eftirlit með samfylkingum fyrirtækja (OJ No. C31, 5.2.2004). Sjá hér einnig *Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law*, birt í OJ C 372 þann 9.12.1997, en þar segir m.a. svo í inngangskafla: „Market definition is a tool to identify and define the boundaries of competition between firms. ... The objective of defining a market in both its product and geographic dimensions is to identify those actual competitors of the undertakings involved that are capable of constraining those undertakings behaviour and of preventing them from behaving independently of effective competitive pressure. It is from this perspective, that the market definition makes it possible, inter alia, to calculate market shares that would convey meaningful information regarding market power for the purpose of assessing dominance ...”



3.1.1.1 Athugasemdir samrunaaðila

Að mati samrunaaðila ber að leggja til grundvallar þá niðurstöðu sem kom fram í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 8/2000 þar sem sjónvarpsmarkaðurinn hafi verið skilgreindur sem a. almennur sjónvarpsmarkaður b. markaður fyrir sérhæft áskriftarsjónvarp og að lokum markaður fyrir viðstöðulaust endurvarp erlendra sjónvarpstöðva. Niðurstaðan hafi verið byggð á því að RÚV og Stöð 2 kepptu um auglýsingatekjur, að samsetning útsends efnis væri svipuð, að útsendingar RÚV drægju úr áhorfi á Stöð 2 og að stöðvarnar kepptu um innkaup á efni. Að mati samrunaaðila eigi þessi rök jafn vel við í dag og þau áttu við á árinu 2000.

Vísa samrunaaðilar til mál *Newscorp/Telepíu* máli sínu til stuðnings. Í því máli hafi framkvæmdastjórn EB komist að þeirri niðurstöðu að þrátt fyrir að opnar sjónvarpsstöðvar veittu áskriftarsjónvarpstöðvum á Ítalíu samkeppnislegt aðhald væri ekki hægt að álykta sem svo að um einn markað væri að ræða. Telja samrunaaðilar að skil milli áskriftarsjónvarps Stöðvar 2 og annars vegar og opinna sjónvarpsstöðva svo sem RÚV og Skjás eins hins vegar séu mun óljósari en á milli sambærilegra aðila á Ítalíu. Ekki sé um það að ræða að verulegur munur sé á efnistökmum Stöðvar 2 og RÚV og Skjás eins og Samkeppniseftirlitið telji. Þá er því mótmælt að kvikmyndir séu mikilvægasta dagskrárefni Stöðvar 2. Kvikmyndir nái ekki einu sinni þriðjungs sýningartíma Stöðvar 2 og áhorf á kvikmyndir á Stöð 2 sé í kringum [...] ⁶⁴ Þá vísa samrunaaðilar m.a. til eftirfarandi atriði því til stuðnings að RÚV og Stöð 2 séu á sama markaði:

- a. RÚV keppi við 365 miðla á auglýsingamarkaði.
- b. Afnotagjöld séu í raun ekkert annað en áskriftargjald.
- c. Efni sem RÚV sýni sé að stofni til í beinni samkeppni við dagskrárefni Stöðvar 2. Um sé að ræða blandaða dagskrá á báðum stöðvum sem sé ólík þeirri sérhæfðu dagskrá sem áskriftarsjónvarp í Evrópu bjóði upp á.
- d. Sýningargluggar á kvikmyndum hafi lítil áhrif á samkeppni um áhorf á sjónvarpsefni m.a. með vísan til þess að áhorf á kvikmyndir sé lítið á Stöð 2.
- e. RÚV sé í viðskiptasambandi við greiðendur afnotagjalda á sama hátt og 365 miðlar séu í viðskiptasambandi við greiðendur áskriftargjalda.
- f. Stöð 2 sé að hluta til í opinni dagskrá sem sé skv. bestu vitneskju samrunaaðila nánast óþekkt í Evrópu.
- g. Ekki sé mikill munur á hlutföllum Stöðvar 2 og RÚV á milli auglýsingatekna og áskriftar-/afnotagjalda.

Ennfremur kemur fram að sú staðreynd að RÚV geti ekki sýnt kvikmyndir frá stórum framleiðendum fyrr en glugginn fyrir sjónvarp í opinni dagskrá opnast hafi ekkert með Stöð 2 að gera heldur sé þetta fyrirkomulag sem sé ákveðið af kvikmyndaframleiðendum. Kveða samrunaaðilar að sú staðreynd að kvikmyndir séu sýndar eftir sýningargluggum hafi lítil sem engin áhrif á samkeppni um áhorf. Neytandinn ákveði að horfa á sjónvarp eftir því efni sem í boði sé hverju sinni en ekki eftir því hvort verið sé að sýna kvikmynd eða sjónvarpsþátt. Neytandi setjist

⁶⁴ Fellt út vegna trúnaðar.



ekki niður við sjónvarpið og ákveði að nú skuli hann horfa á kvikmynd en alls ekki sjónvarpsþátt og öfugt. Þá benda samrunaaðilar á að kvikmyndir hafi verið á undanhaldi sem efni í sjónvarpi og að kvikmyndir nái ekki nema tæplega þriðjungu sýningartíma á Stöð 2 og áhorf á þær sé í kringum [...] ⁶⁵. Megi þetta skýra m.a. með aukinni sölu á DVD-myndum.

Þá segir í athugasemdum samrunaaðila að líta beri til þess hvort mismunandi dreifileiðir og tækniframfarir hafi áhrif á skilgreiningu sjónvarpsmarkaðar. Þá segir orðrétt: „*Er hér um verulegan ágalla að ræða þar sem að mat eftirlitsaðila í samrunamálum á að vera framtíðarspá (forward looking) og ljóst er að miklar tækniframfarir hafa orðið og eru í vændum að því er varðar dreifingu sjónvarpsefnis hér á landi. Að mati Dagsbrúnar er ekki ástæða til þess að gera greinarmun á mismunandi dreifileiðum í þessu sambandi. Í TPS I komst Framkvæmdastjórnin að þeirri niðurstöðu að ekki bæri að greina markað fyrir áskriftarsjónvarp í undirmarkaði eftir mismunandi dreifileiðum þar sem framboð efnis væri í stórum dráttum hið sama og stofnkostnaður og áskriftarverð svipað. Hið sama er uppi á teningnum að því er varðar dreifingu sjónvarpsefnis um búnað Digital Ísland annars vegar og búnað Símans um ADSL og Breiðband hins vegar. Framboð á efni á þessum dreifileiðum er mjög sambærilegt, þ.e. boðið er upp á endurvarp erlendra sjónvarpsstöðva, íslenskar stöðvar og sérhæfðar stöðvar. Stofnkostnaður og áskriftargjöld eru svipuð. Það er því mat Dagsbrúnar að sé einhverjum sérstökum markaði fyrir áskriftarsjónvarp til að dreifa hér á landi nái sá markaður til áskriftarleidda Digital Íslands, Breiðbands Símans og ADSL sjónvarps Símans.*”

Að lokum kemur fram það mat samrunaaðila að ekki verði séð að dagskrá RÚV endurspegli sérstaklega menningarlegt hlutverk RÚV skv. lögum nr. 122/2000 Miklu nær sé að líta til þeirrar sérstöðu sem RÚV hafi meðal ríkisrekinnna stöðva í Evrópu með því að hafa fjölda bandarískra þátta á dagskrá sinni. Þá segir að ástæða þess að boðið sé upp á vinsæla þætti sé sú staðreynd að RÚV sé fyrirferðarmikill aðili á auglýsingamarkaði. Til þess að vera á auglýsingamarkaði sé nauðsynlegt að bjóða upp á efni sem fjöldinn vilji horfa á.

Að framangreindu virtu er því hafnað að um tvo aðskilda markaði, annars vegar markað fyrir áskriftarsjónvarp og hins vegar sjónvarp í opinni dagskrá, sé að ræða.

3.1.1.2 Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins

Samkeppnisyfirvöld hafa í nokkrum málum fjallað um sjónvarpsrekstur og skilgreint viðkomandi markaði. Í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 8/2000 *Erindi Landssíma Íslands hf. vegna meintrar misnotkunar Íslenska útvarpsfélagsins hf. og Sýnar hf. á markaðsráðandi stöðu sinni* voru skilgreindir þrjú markaðir fyrir sjónvarpsrekstur:

- a. almennur sjónvarpsmarkaður (Stöð 2 og Ríkisútvarpið-Sjónvarp),
- b. markaður fyrir sérhæft áskriftarsjónvarp (Sýn og Bíórásin) og

⁶⁵ Fellt út vegna trúnaðar.



c. markaður fyrir viðstöðulaust endurvarp erlendra sjónvarpsstöðva (Breiðvarp Landssímans og Fjölvarp 365 ljósvakamiðla).

Rökstuðningur samkeppnisráðs í umræddri ákvörðun fyrir því að Stöð 2 og Ríkisútvarpið-Sjónvarp (RÚV) væru á sama markaði, þótt Stöð 2 væri áskriftarstöð en efni RÚV væri sent út í opinni dagskrá, fólst einkum í því að báðar stöðvarnar kepptu um auglýsingatekjur, að samsetning útsends efnis þeirra væri svipuð, að útsendingar RÚV drægju úr áhorfi á Stöð 2 og að stöðvarnar kepptu um innkaup á efni til sýningar.

Í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 12/2005 *Samruni Og fjarskipta hf., 365 ljósvakamiðla og 365 prentmiðla ehf.* var einnig fjallað um skilgreiningu á mörkuðum fyrir sjónvarpsrekstur. Í umfjöllun sinni benti samkeppnisráð m.a. á eftirfarandi:

„Eins og áður er rakið greiða eigendur sjónvarpstækja nú 2.705 kr. á mánuði í afnotagjald til RÚV fyrir sjónvarpsefni í opinni dagskrá. Áskriftargjald fyrir áskriftarsjónvarp bætist því við þann grunnkostnað sem felst í afnotagjaldinu auk annars stofnkostnaðar. Að mati samkeppnisráðs er það álitamál hvort eftirspurnarstaðganga sé á milli áskriftarsjónvarps og sjónvarpsútsendinga í opinni dagskrá frá sjónarhóli neytenda þegar kemur að því að meta hvort sjónvarpsútsendingar 365 ljósvakamiðla séu á sama markaði og útsendingar Skjás Eins og RÚV. Hér er bæði vísað til kostnaðar eigenda sjónvarpstækja og þess sjónvarpsefnis sem er í boði.

Skilgreining samkeppnisyfirvalda á samkeppnismörkuðum getur breyst í tímans rás. Þetta á ekki síst við um markaði sem taka sífelldum breytingum vegna tækniþróunar eða markaði þar sem neyslumynstur hefur breyst. Þá geta sjónarmið sem lögð voru til grundvallar niðurstöðu í einu máli breyst þannig að þau hafi ekkert gildi í öðru máli þó að málin geti virst svipuð að mörgu leyti. Í samræmi við framanritað er hugsanlegt að skilgreina íslenskan sjónvarpsmarkað á annan hátt en gert var í ákvörðun nr. 8/2000. Þar sem samrunaaðilar hafa sæst á að samkeppnisráð setji samrunanum skilyrði til að leysa tiltekin samkeppnisleg vandamál sem hann að óbreyttu hefði í för með sér er ekki nauðsynlegt að skilgreina sjónvarpsmarkaðinn frekar í máli þessu. ”

Að mati Samkeppniseftirlitsins er nauðsynlegt í ljósi þeirra tækniframfara sem átt hafa sér stað í miðlun á sjónvarpsefni á undanförunum árum sem og almennrar þróunar á markaði að taka að nýju til athugunar íslenskan sjónvarpsmarkað og meta hvort að tilefni sé til þess að endurskoða markaðsskilgreiningu þá sem lögð var til grundvallar í máli nr. 8/2000. Telur Samkeppniseftirlitið gagnlegt að horfa fyrst til framkvæmdar á þessu sviði í EES/EB samkeppnisrétti og víðar.



EES/EB-samkeppnisréttur

Af úrlausnum framkvæmdastjórnar EB má ráða að sjónvarpsmörkuðum sé a.m.k. skipt í tvo megin markaði ásamt fjölda undirmarkaða.⁶⁶ Annars vegar er um að ræða markað fyrir sjónvarp sem er opið öllum (e. *Free-to-air-TV*) en hins vegar áskriftarsjónvarp (e. *Pay-TV*).⁶⁷ Í samkeppnisrétti ýmissa aðildarríkja EB hefur einnig verið komist að þeirri niðurstöðu að áskriftarsjónvarp tilheyri sérstökum markaði. Má t.d. nefna Belgíu⁶⁸, Bretland⁶⁹ Danmörk⁷⁰, Frakkland⁷¹, Portúgal⁷², Spán⁷³ og Þýskaland⁷⁴.

Er fyrri markaðurinn skilgreindur sem stöðvar sem fjármagnaðar eru að mestu með auglýsingum en sjónvarp á vegum hins opinbera sem fjármagnað er með áskriftargjöldum og e.t.v. að hluta með auglýsingatekjum telst einnig tilheyra markaðnum. Síðari markaðurinn er skilgreindur sem sjónvarpsstöðvar sem fjármagnaðar eru að mestu með áskriftartekjum.

Með hliðsjón af sjónarhóli neytenda og birgja hefur ekki verið talið að áskriftarsjónvarp og opið sjónvarp tilheyrðu sama markaðnum.⁷⁵ Í því sambandi hefur m.a. verið vísað til eftirfarandi:⁷⁶

1. Dagskrárefni og skipulag dagskrár áskriftarsjónvarps er ekki samskonar og sjónvarps í opinni dagskrá. Til dæmis hefur verið á það bent að stóru kvikmyndaverin selji vinsælar kvikmyndir (e. *premium content*) eftir ákveðnum sýningargluggum. Þannig er kvikmynd í upphafi sýnd í

⁶⁶ Sjá t.d. nánar mál COMP JV 37 *BskyB/Kirch Pay TV*, mál IV M.993 *Bertelsmann/Kirch/Premiere*, mál COMP M. 2211 *Universal Studio Networks/De Facto 829* og mál nr. COMP/M. 2876 *NewsCorp/Telepiu*.

⁶⁷ Sjá Institute of European Media Law, Media Market Definitions- Comparative Legal Analysis, Final Report 18. júlí 2005, bls 8: „*With regard to TV Broadcasting the Commission has repeatedly held that the main distinction lies between the market for retail distribution of pay TV (subscriptions) and the market for free TV ...*”

⁶⁸ Sjá Institute of European Media Law, Media Market Definitions- Comparative Legal Analysis, Final Report júlí/október 2005, bls 9 í kafla um Belgíu.

⁶⁹ Sjá t.d. niðurstöðu breska samkeppniseftirlitsins í *Review of BskyB's Position in the wholesale Pay TV market*: „*We concluded for the purposes of this review that the relevant market was that for Pay TV in the UK. This was a view taken by most of the respondents. Few of those consulted expressed the view that a wider market definition was appropriate. BskyB maintained that the relevant market in which it operated was that for television broadcasting in general. We did not accept that argument. BskyB contended that it competed with terrestrial television for viewers. We agreed that the existence of free terrestrial television placed some constraint on BskyB's prices. But we were not convinced that this constraint ensured that BskyB's prices were set at a competitive level. There were significant differences between terrestrial and Pay TV: Pay TV offered subscribers the option to view a far greater quantity of programming at any given time and some sports and films were not available (or were available only on a limited basis) on terrestrial television. The combination of these factors had given BskyB considerable independence in setting subscription levels and wholesale prices to cable operators.*”

⁷⁰ Sjá Institute of European Media Law, Media Market Definitions- Comparative Legal Analysis, Final Report júlí/október 2005, bls 30 í kafla um Danmörk.

⁷¹ *Market Definition in the Media Sector –Comparative Legal Analysis- Report by Bird & Bird for the European Commission, DG Competition, desember 2002*, bls. 150.

⁷² *Definition of the Media Market, Portugal, report by Cuatrecasas and its associated firm Concalves Pereira, Castelo Branco, for the European Commission, Competition Directorate General, Brussel March 2004*, bls. 33 og áfram.

⁷³ *Definition of the Media Market, Spain, report by Cuatrecasas, for the European Commission, Competition Directorate General, Brussel November 2003*, bls. 47 og áfram.

⁷⁴ *Market Definitions in the Media Sector- Comparative Legal Analysis- Report by Bird & Bird for the European Commission, DG Competition, Desember 2002* bls. 150.

⁷⁵ Sjá nánar mál nr. COMP/M. 2876 *NewsCorp/Telepiu*.

⁷⁶ Umfjöllunin er byggð á viðmiðum þeim sem koma fram í máli COMP JV 37 *BskyB/Kirch Pay TV*, máli nr. COMP/M. 2876 *NewsCorp/Telepiu* og í skýrslu framkvæmdastjórnarinnar frá 2005 nefndri *Media Market Definitions in EC Competition Law-Recent developments*.



kvikmyndahúsum, þá á DVD-diskum og myndböndum, síðan er kvikmyndin sýnd þar sem greitt er fyrir hvert áhorf (e. *pay-per-view*), þá í áskriftarsjónvarpi og að lokum í opnu sjónvarpi.⁷⁷ Getur liðið umtalsverður tími frá því að kvikmynd er sýnd í áskriftarsjónvarpi þar til hún fæst sýnd í sjónvarpi í opinni dagskrá. Skemmstur er tíminn á milli hinna síðastnefndu glugga, nánar tiltekið u.þ.b. eitt ár, en í mörgum tilvikum líða allt að fimm ár á milli glugga. Kvikmyndaframleiðendur hafa ekki viljað hverfa frá þessu gluggafyrirkomulagi þar sem hámarksframlegð kvikmyndar er tryggð með þessum hætti. Af þessu leiðir að opið sjónvarp og áskriftarsjónvarp geta ekki boðið aðgang að vinsælum kvikmyndum á sama tíma og eru því ekki í samkeppni um aðgang að slíku efni.⁷⁸ Hefur framkvæmdastjórn EB bent á að svo lengi sem þetta gluggafyrirkomulag tíðkist þá komi opið sjónvarp ekki til með að keppa við áskriftarsjónvarp um vinsælar kvikmyndir eftir að myndbandaglugginn lokast. Af þessu leiðir að frá sjónarhorni neytandans er ekki staðganga á milli áskriftarsjónvarps og opins sjónvarps hvað varðar aðgang að nýjum vinsælum kvikmyndum.⁷⁹

2. Einnig hefur verið bent á að áskriftarsjónvarp byggi meira á endursýningum á sama sjónvarpsefni á mismunandi tímum vikunnar. Þannig geti áskrifendur að áskriftarstöðum horft á það sjónvarpsefni sem þeir kjósi á ýmsum tímum innan tiltekinnar viku. Hins vegar byggi opið sjónvarp yfirleitt á fastri dagskrá innan hvers dags og hvernar viku þar sem minna sé um endursýningar. Einnig eru ýmsir möguleikar sem tengjast stafrænni sjónvarpstækni sem hingað til hafa aðeins staðið til boða í áskriftarsjónvarpi. Má hér t.d. nefna sýningu margra knattspyrnuleikja á sama tíma á mismunandi rásum o.s.frv.
3. Til þess að geta horft á áskriftarsjónvarp er nauðsynlegt að ráða yfir myndlykli til þess að opna dagskrána. Til þess að horfa á opið sjónvarp er myndlykill hins vegar ekki nauðsynlegur heldur einungis sjónvarp og aðgangur að loftneti. Þess ber ennfremur að geta að í stafrænu sjónvarpi þarf myndlykil fyrir bæði opnar og læstar útsendingar sem tekur við stafræna sjónvarpsmerkinu, opnar það og sendir inn í sjónvarpið. Auk þess þurfa læstar áskriftarstöðvar aðgangsstýrikerfi (e. conditional access system, CAS) sem dulkóðar stafrænan útsendingarstraum og læsir sjónvarpsmerkinu. Myndlyklum áskriftarsjónvarpsstöðva er stýrt í gegnum aðgangsstýrikerfið í útsendingarmiðstöð, sem bætir tölvuboðum inn í útsendingarstraum sjónvarpsmerkisins sem myndlykill nemur og sem opnar og lokar fyrir aðgang að mismunandi þjónustu.
4. Ennfremur eru samkeppnisskilyrði mismunandi fyrir áskriftarsjónvarp og opið sjónvarp. Í opnu sjónvarpi er sambandið milli markaðshlutdeildar og auglýsingatekna lyklatríði. Hins vegar er sambandið milli þeirrar dagskrár

⁷⁷ Almennt séð er kvikmyndaglugginn 6-8 mánuður, DVD leiguglugginn 4-6 mánuðir, Pay per view glugginn 3 mánuðir. Þá kemur fyrri glugginn í áskriftarsjónvarpi sem er venjulega 6 mánuðir og í kjölfarið síðari glugginn í áskriftarsjónvarpi sem einnig er 6 mánuðir. Af þessum tíma loknum verða myndirnar hluti af kvikmyndasafni (e. library) kvikmyndaveranna og verða fánlegar fyrir opið sjónvarp.

⁷⁸ Þær kvikmyndir sem sjónvarp í opinni dagskrá hefur yfirleitt úr að velja kallast *library* myndir. Um er að ræða eldri myndir sem ekki hafa sama gildi fyrir áhorfanda og nýjar vinsælar kvikmyndir sem mögulegt er að bjóða upp á í áskriftarsjónvarpi.

⁷⁹ Sjá nánar mál nr. COMP/M 2876 *Newscorp/Telepiu*



sem í boði er og fjölda áskrifenda lykilatriði í áskriftarsjónvarpi. Þannig gætu áskriftarstöðvar ekki opnað dagskrá sína tímabundið og breytt rekstrarstefnu sinni án þess að leggja út í mikinn kostnað og áhættu. Sama má segja um opið sjónvarp. Ekki er mögulegt fyrir sjónvarpstöð sem byggir á auglýsingum að breyta stefnu sinni og læsa dagskránni án mikils kostnaðar og áhættu, t.d. með kaupum á aðgangsstýrikerfi og/eða myndlyklum eftir því hvort útsendingar eru stafrænar eða hliðrænar. Styður þetta þá niðurstöðu að umræddar stöðvar starfi ekki á sama markaði.

5. Þá hefur verið vísað til þess að þegar um sé að ræða áskriftarsjónvarp sé um að ræða viðskiptasamband milli áskrifandans og viðkomandi sjónvarpsstöðvar. Í opnu sjónvarpi sem er fjármagnað a.m.k. að hluta til með auglýsingum er ekki um slíkt viðskiptasamband að ræða milli áhorfenda og sjónvarpsstöðvar.

Í ljósi framangreinds hefur framkvæmdastjórn EB talið að þrátt fyrir að viss skörun og samkeppnislegt aðhald sé á milli áskriftarsjónvarps og sjónvarps í opinni dagskrá sé samt sem áður um tvo aðskilda markaði að ræða. Hefur verið talið að sú staðreynd ein að áskrifendur eru tilbúnir að borga umtalsverðar fjárhæðir í áskriftargjald þegar til boða standi einnig fríar stöðvar bendi til þess að áskriftarsjónvarp sé ekki vara sem beint sé að sama markaði og opið sjónvarp. Þannig sé ólíklegt að 5-10% hækkun á áskriftargjöldum leiði til þess að áskrifendur segi upp áskrift eða kjósi að gerast ekki áskrifendur að tiltekinni áskriftarsjónvarpsstöð. Ástæða þess sé aðallega sú að markhópur áskriftarsjónvarps séu að talsverðu leyti aðrir neytendur en þeir sem horfi á opið sjónvarp. Þeir neytendur sem kjósi að gerast áskrifendur að áskriftarsjónvarpsstöð hafi það mikinn áhuga á efni stöðvarinnar að slíkar verðbreytingar hafi ekki áhrif á val viðkomandi neytenda.

Í þessu samhengi er athyglisvert að skoða hvaða áhrif verðbreytingar á áskriftargjaldi Stöðvar 2 hafa á áskriftarstofn félagsins. Hér er rétt að hafa í huga að Eftirlitsstofnun EFTA og framkvæmdastjórn EB hafa gefið út samskonar tilkynningar þar sem settar eru fram leiðbeiningar um hvernig beri að skilgreina markaði í tengslum við beitingu samkeppnisreglna.⁸⁰ Í leiðbeiningum þessum er lýst einni aðferð sem notuð er til að meta hvort tiltekna vörur eða þjónusta tilheyri sama markaði. Hér er um að ræða sk. „SNIP“ próf (e. significant Non-transitory Increase in Price). Í því felst að reynt er að meta hver yrðu viðbrögð viðskiptavina við lítilli en varanlegri verðhækkun á vöru eða þjónustu. Nánar tiltekið verður að svara því hvort verðhækkun á þjónustu A um 5–10% leiddi til þess að viðskiptavinir keyptu í staðinn þjónustu B í það miklum mæli að verðhækkun á þjónustu A yrði óarðbær vegna sölutaps. Ef það er talið gerast tilheyra þjónusta A og B sama markaðnum, annars ekki.

Fyrir liggur að á árinu 2005 áttu sér stað tvær verðhækkningar á áskriftargjaldi Stöðvar 2. Þann 5. janúar 2005 hækkaði áskriftargjald um 6,4% hjá almennum áskrifendum og 4,7% hjá M12 áskrifendum. Þá hækkaði áskriftargjald Stöðvar 2

⁸⁰ Tilkynning Eftirlitsstofnunar EFTA um skilgreiningu á hugtakinu viðkomandi markaður að því er varðar samkeppnislög á Evrópska efnahagssvæðinu (EES), 98/EES/28/01.



þann 20. júlí sama árs um 7,4% fyrir bæði almenna og M12 áskrifendur félagsins. Áhrif þessara hækkana á áskrifendafjölda Stöðvar 2 voru eftirfarandi:

Hækkun 5. janúar 2005.

Mánuður	Fjöldi áskrifenda
Október 2004	[...] ⁸¹
Nóvember 2004	[...] ⁸²
Desember 2004	[...] ⁸³
Janúar 2005	[...] ⁸⁴
Febrúar 2005	[...] ⁸⁵
Mars 2005	[...] ⁸⁶

Hækkun 20. júlí 2005.

Mánuður	Fjöldi áskrifenda
Mánuður	[...] ⁸⁷
Maí 2005	[...] ⁸⁸
Júní 2005	[...] ⁸⁹
Júlí 2005	[...] ⁹⁰
Ágúst	[...] ⁹¹
September 2005	[...] ⁹²

Af þessum tölum að ráða þá leiðir 5-10% verðhækkun á áskriftargjaldi stöðvar 2 ekki til nokkurrar fækkunar áskrifenda Stöðvar 2 heldur má frekar merkja fjölgun áskrifenda ef eitthvað er. Rétt er að taka fram að árstíðabundnar sveiflur í fjölda áskrifenda áskriftarsjónvarps eru vel þekktar, en algengt er að áskrifendum fækki yfir sumarmánuðina. Að mati Samkeppniseftirlitsins þýðir framangreint að Stöð 2 tilheyrir öðrum markaði en sjónvarp í opinni dagskrá. Ef um væri að ræða sama markaðinn og að staðganga væri á milli áskriftarsjónvarps Stöðvar 2 og sjónvarps í opinni dagskrá eins og RÚV og Skjás eins þá hefðu umræddar hækkningar átt að leiða til þess að hluti áskrifenda Stöðvar 2 hefði sagt upp áskrift sinni og kosið þess í stað að horfa á sjónvarp í opinni dagskrá. Er þetta vísbending um að sama skipting og á sér stað í evrópskum samkeppnisrétti á milli áskriftarsjónvarps og sjónvarps í opinni dagskrá eigi við hér á landi.

Í athugasemdum samrunaaðila segir að ofangreind sjónarmið úr EB rétti um að áskriftarsjónvarp og sjónvarp í opinni dagskrá sé ekki á sama markaði eigi ekki við hér á landi. Kveða samrunaaðilar að dagskrá og efnistöð RÚV séu sér á báti hvað varðar evrópskar ríkissjónvarpsstöðvar t.a.m. hvað varðar sýningu á bandarískum þáttaröðum. Þá sé dagskrá Stöðvar 2 með öðrum hætti en

⁸¹ Fellt út vegna trúnaðar.

⁸² Fellt út vegna trúnaðar.

⁸³ Fellt út vegna trúnaðar.

⁸⁴ Fellt út vegna trúnaðar.

⁸⁵ Fellt út vegna trúnaðar.

⁸⁶ Fellt út vegna trúnaðar.

⁸⁷ Fellt út vegna trúnaðar.

⁸⁸ Fellt út vegna trúnaðar.

⁸⁹ Fellt út vegna trúnaðar.

⁹⁰ Fellt út vegna trúnaðar.

⁹¹ Fellt út vegna trúnaðar.

⁹² Fellt út vegna trúnaðar.



evrópskra áskriftarstöðva sem séu með sérhæfðari dagskrá en dagskrá Stöðvar 2 sem flokkist sem blönduð dagskrá. Þannig séu skilin milli áskriftarsjónvarps eins og Stöðvar 2 og sjónvarps í opinni dagskrá eins og RÚV mun óljósari en í öðrum löndum Evrópu. Leiði þetta til þess að sjónarmið EB réttar um skiptingu sjónvarpsmarkaðarins í áskriftarsjónvarp og sjónvarp í opinni dagskrá eigi ekki vel við hér á landi.

Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á framangreint. Má í þessu samhengi benda á tvö atriði. Í fyrsta lagi þhefur komið fram að Stöð 2 sé ekki einstök í sinni röð í Evrópu heldur hafi, þegar Stöð 2 var stofnuð, verið tekið mið að frönsku stöðinni Canal+ varðandi dagskráruppbyggingu og efnistöð. Canal+ er blönduð áskriftarsjónvarpsstöð sem er eins og Stöð 2 að hluta fjármögnuð með auglýsingum. Canal+ byggði heildarhugmynd sína á því að vera með dægurmálapátt og fréttatengt efni í opinni dagskrá á besta sýningartíma, þar sem m.a. læst dagskrá stöðvarinnar var auglýst með svipuðum hætti og hjá Stöð 2. Þá starfa á frönskum sjónvarpsmarkaði fjórar ríkisreknaðar sjónvarpsstöðvar með umtalsverða markaðshlutdeild ásamt fjölda opinna sjónvarpsstöðva sem fjármagnaðar eru með auglýsingum.⁹³ Er því gagnlegt til hliðsjónar að kanna hvernig markaðsskilgreiningu er háttað á frönskum sjónvarpsmarkaði. Frönsk samkeppnisyfirlit hafa a.m.k. í tveimur málum komist að þeirri niðurstöðu að greina beri á milli markaðar fyrir áskriftarsjónvarp annars vegar og sjónvarps í opinni dagskrá hins vegar.⁹⁴ Þessi tvískipting er m.a. rökstudd með því að út frá fjárhagslegu sjónarmiði sé rekstur sjónvarps í opinni dagskrá og áskriftarsjónvarps mismunandi. Óþið sjónvarp sé yfirleitt fjármagnað með auglýsingum en áskriftarsjónvarp fjármagnað með áskriftargjaldi. Er þessi niðurstaða athyglisverð í ljósi þess að Canal + er bæði fjármögnuð með auglýsingum og áskriftargjöldum en var engu að síður talin til áskriftarsjónvarpsstöðva í niðurstöðum franskra samkeppnisyfirlitvalda. Þá má einnig benda að undirréttur Evrópudómstólsins hefur einnig skilgreint sérstakan markað fyrir áskriftarsjónvarp í Frakklandi í máli nr. T-112/99 *Métropole télévision (M6), Suez-Lyonnaise des eaux, France Télécom and Télévision française 1 SA (TF1) gegn Framkvæmdastjórninni* og var Canal+ talin til áskriftarsjónvarpsstöðva í því máli. Í þessu samhengi er einnig rétt að benda á að

Canal+ er einnig á markaði í Danmörku þar sem stöðin er skilgreind sem áskriftarsjónvarpsstöð andstætt við sjónvarp í opinni dagskrá. Að mati Samkeppniseftirlitsins þá staðfestir framangreint að tvískipting sjónvarpsmarkaðar í áskriftarsjónvarp og sjónvarp í opinni dagskrá á allt eins við á markaði þar sem starfa blandaðar áskriftarsjónvarpsstöðvar sem einnig innihalda auglýsingar, ásamt ríkissjónvarpsstöðvum, auglýsingasjónvarpsstöðvum í opinni dagskrá og sérhæfðum áskriftarsjónvarpsstöðvum. Eiga því athugasemdir samrunaaðila um að skipting markaðar í áskriftarsjónvarp og sjónvarp í opinni dagskrá gildi ekki um íslenskan sjónvarpsmarkað ekki við rök að styðjast.

⁹³ Vinsælustu ríkisreknu sjónvarpstöðvarnar eru France 2 og France 3 með u.þ.b. 20% og 15% markaðshlutdeild á árinu 2005 hvor stöð. Stærsta opna sjónvarpskeðjan sem fjármögnuð er með auglýsingum er FR1 með u.þ.b. 30% markaðshlutdeild. Canal+ er með u.þ.b. 4% markaðshlutdeild. Sjá nánar <http://www.mediametrie.fr/>.

⁹⁴ Sbr. nánar ákvörðun N98-A-14 frá því í ágúst 1998 í máli Havas and Cie Generale Des Eaux og ákvörðun N99-D-70 frá 24. nóvember 1998 í máli TPS and Multivision.



Í annan stað þá vísar Samkeppniseftirlitið til þess að sérstaða RÚV meðal evrópskra ríkissjónvarpsstöðva er vart teljandi. Fyrir liggur að á sjónvarpsstöðvum sem reknar eru sem sjónvarp í almannabágu (e. public service broadcasting) hvíla ákveðnar skyldur sem ekki eiga við um einkareknar sjónvarpsstöðvar. Ríkisútvarpið, líkt og aðrir ríkisfjölmíðlar, hefur ýmsum skyldum að gegna er varða textun á efni, táknmálstúlkun og því að koma á framfæri tilkynningum frá almannavörnum, löggæslu og slysavarnafélögum.

Þá hefur RÚV alþjónustuskyldur, þ.e. þá skyldu að ná til allra landsmanna með dagskrá sinni. Líkt og ríkisfjölmíðlar í öðrum Evrópulöndum er gerð krafa um blandaða dagskrá þar sem sýndar eru fréttir, fræðsluþættir, menningarefni, barnaefni og afþreying fyrir almenning. Með blandaðri dagskrá sinnir RÚV útvarpsþjónustu í almannabágu. Grunnhugmyndin með útvarpi í almannabágu er að allur almenningur sem greiðir afnotagjöld fái eitthvað við sitt hæfi. Alþjónusta ríkisfjölmíðla gerir það einnig að verkum að dagskrá ríkisfjölmíðlanna er á afskekktum stöðum eini fjölmíðillinn sem notendur hafa aðgang að.

Þá má nefna að almennt má segja að til þess að ríkisfjölmíðill geti verið sá miðpunktur lýðræðislegrar umræðu sem krafa er gerð um og til að hann geti sinnt almannabjónustuhlutverki sínu þurfa ríkissjónvarpsstöðvar að sýna áhugavert efni sem allur almenningur horfir á. Í fjölmönnum löndum Evrópu ná ríkissjónvarpsstöðvarnar til almennings með eigin framleiðslu á leiknu efni. Í fámennari löndum þurfa ríkissjónvarpsstöðvarnar að kaupa leikið efni erlendis frá vegna þess hversu dýrt innlent efni er í framleiðslu.

Í athugasemdum samrunaaðila hefur verið bent á að dagskrá Ríkisútvarpsins sé sér á báti er varðar efnistöð ríkisfjölmíðla í Evrópu, sérstaklega sýningar á bandarísku afþreyingarefni.

Ríkisútvarpið líkt og önnur félög og stofnanir sem hafa skyldur í útvarpsþjónustu í almannabágu í Evrópu byggir sjónvarpsdagskrá sína upp á annan hátt en einkareknar sjónvarpsstöðvar. Einkareknar sjónvarpsstöðvar þurfa að gæta þess að allt það efni sem sýnt er á kjörtíma veki áhuga hjá stórum hluta áhorfenda. Gildir þetta jafnt fyrir áskriftarstöðvar og sjónvarpsstöðvar sem reknar eru af auglýsingatekjum. Ríkisútvarpið hefur þá sérstöðu að það sýnir ýmiskonar sérhæft menningar- og fræðsluefni sem hefur lítið áhorf á kjörtíma þrátt fyrir að efnið skili ekki auglýsingatekjum og að líkur séu á að hluti áhorfenda skipti yfir á aðra stöð. Slík uppbygging dagskrár á kjörtíma viðgengst ekki eða heyrir til algjörRAR undantekningar á einkareknum sjónvarpsstöðvum sem starfa á viðskiptalegum grunni.

Þá er vert að nefna að systurstöðvar RÚV í Evrópu, sérstaklega á Norðurlöndum sýna fjölda bandarískra þáttaraða í sjónvarpi. Sveriges Television (SVT) sýnir m.a. um þessar mundir bandarísku þáttaraðirnar *Nip/Tuck*, *The White House*, *Cold Case* og *Without a Trace*. Þá leggur SVT upp úr gömlum bandarískum mafiúmyndum í sumar, s.s. *Casino* og *LA Confidential*. Einnig eru *Jurassic Park* kvikmyndirnar í SVT í sumar. Norges Riksringkastning (NRK) sýnir nú



þáttaraðirnar *Six Feet under*, *Without a trace*, *Mad TV* og gömlu þáttaraðirnar *Columbo* og *Miami Vice*. Eins og bent hefur verið á sýnir BBC í Bretlandi ekki mikið bandarískt afþreyingarefni í dagskrá sinni. Þá ber að hafa í huga að BBC er sjötta stærstu fjölmiðlafyrirtæki Evrópu⁹⁵ Eðli máls samkvæmt getur svo stórt fjölmiðlafyrirtæki á stórum heimamarkaði boðið upp á mikið magn efnis sem framleitt er í Bretlandi. Þar sem tekjur BBC hafa takmarkast að stórum hluta við afnotagjöld hefur stofnunin þurft að framleiða vinsælt efni sem hún getur selt til annarra sjónvarpsstöðva til að auka tekjur sínar⁹⁶ Ólíkt þeirri gagnrýni sem samrunaaðilar hafa sett fram á hendur RÚV um að Ríkisútvarpið sé sér á báti er varðar sýningar á bandarísku efni, hefur BBC verið gagnrýnt á heimamarkaði fyrir að framleiða og sýna of mikið af vinsælu innlendu afþreyingarefni, þ.m.t. leiknar sérúr, í samkeppni við einkareknar breskar sjónvarpsstöðvar.⁹⁷

Þar sem kostnaður við framleiðslu á efni er sá sami hvort heldur sem áhorfendur eru 100.000 eða ein milljón standa stóru ríkissjónvarpsstöðvarnar í Evrópu sig betur í framleiðslu á innlendu leiknu efni. Á smærri mörkuðum á Norðurlöndunum þurfa ríkisfjölmiðlar að reiða sig í meira mæli á erlent efni en ríkisfjölmiðlar fjölmennra landa eins og í Bretlandi, Þýskalandi og Ítalíu þar sem ríkisfjölmiðlarnir BBC, RAI og ARD eru meðal fimmtán stærstu fjölmiðlafyrirtækja í Evrópu.⁹⁸ Því hafa norrænu ríkissjónvarpsstöðvarnar verið gagnrýndar fyrir að sýna óþarflega mikið af afþreyingarefni, bæði af innlendri framleiðslu og af erlendu efni.⁹⁹

Af þessu má ráða að ríkisfjölmiðlar í Evrópu liggja almennt undir gagnrýni fyrir að sýna afþreyingarefni, hvort heldur um er að ræða innlenda eða erlenda afþreyingu. Þar sem Ísland er fámennur markaður og innlend framleiðsla á leiknu efni er kostnaðarsöm er hærra hlutfall erlendra sjónvarpsþátta í íslensku sjónvarpi en t.d. í Bretlandi. Eftir stendur að ríkissjónvarpsstöðvar í Evrópu reyna að sýna blandaða dagskrá menningar- fræðslu og fréttæfnis í bland við innlenda og erlenda afþreyingu sem fer eftir stærð og fjárhagslegum burðum ríkisfjölmiðilsins. Dagskráruppbygging Ríkisútvarpsins getur því alls ekki talist vera einsdæmi meðal ríkisfjölmiðla í Evrópu. Í því ljósi fást ekki staðist þau rök samrunaaðila að vegna sérstöðu í dagskráruppbyggingu RÚV sé ekki á dómarsfordæmum úr EB-réttinum byggjandi.

Til frekari staðfestingar á því að sjónvarp í opinni dagskrá eins og t.d. RÚV, Skjár einn, NFS og Sirkus tilheyri öðrum markaði en sjónvarpsrásir sem eru í áskrift eins og t.d. Stöð 2, Enski-boltinn og Sýn er rétt að horfa til framangreindra sjónarmiða framkvæmdastjórnar EB. Þannig mun Samkeppniseftirlitið bera saman

⁹⁵ Christian S. Nissen: *Public Service Media in the Information Society*, skýrsla unnin fyrir sérfræðingahóp um útvarp í almannapágu á vegum Evrópuráðsins í febrúar 2006.

⁹⁶ Brian McNair: "Which Publics, What Services? British Public Service Broadcasting Beyond 2006", *Cultural Dilemmas in Public Service Broadcasting*, í ritstj. Gregory Ferrell Lowe & Per Jauert, RIPE 2005, Nordicom, Gautaborg, Svíþjóð.

⁹⁷ Brian McNair: "Which Publics, What Services? British Public Service Broadcasting Beyond 2006", *Cultural Dilemmas in Public Service Broadcasting*, í ritstj. Gregory Ferrell Lowe & Per Jauert, RIPE 2005, Nordicom, Gautaborg, Svíþjóð.

⁹⁸ Christian S. Nissen: *Public Service Media in the Information Society*, skýrsla unnin fyrir sérfræðingahóp um útvarp í almannapágu á vegum Evrópuráðsins í febrúar 2006.

⁹⁹ Hanne Bruun fjallar um gagnrýni á danska sjónvarpið (DR) vegna sýnina á afþreyingarefni í grein sinni "Public Service and Entertainment. A Case Study of Danish Television 1951-2003", *Cultural Dilemmas in Public Service Broadcasting*, í ritstj. Gregory Ferrell Lowe & Per Jauert, RIPE 2005, Nordicom, Gautaborg, Svíþjóð.



dagskrárefni tilgreindra stöðva, skoða samsetningu tekna umræddra fyrirtækja og líta til innkaupa á dagskrárefni og annarra atriða sem talin eru skipta máli.

Eins og fram er komið er dagskrárefni það sem helst skilur á milli áskriftarsjónvarps og sjónvarps í opinni dagskrá. Þannig einkennist dagskrá áskriftastöðva af fleiri og nýrri kvikmyndum (sem er mjög eftirsóknarvert efni út frá sjónarhóli neytenda). Þá er meira framboð af nýjum og vinsælum framhaldspáttum í áskriftarsjónvarpi og vinsælar íþróttir eins og fótbolti eru yfirleitt í læstri dagskrá. Að lokum hefur verið bent á að yfirleitt sé dagskrá í áskriftarsjónvarpi lengri og hlutfall endursýninga meira. Þannig geti neytandinn séð kvikmyndir og sjónvarpsþætti allan sólarhringinn og vegna endursýninga sé hann ekki bundinn ákveðnum sýningartímum. M.a. vegna þessara séreinkenna áskriftarsjónvarps hefur framkvæmdastjórn EB ekki talið áskriftarsjónvarp og sjónvarp í opinni dagskrá vera á sama markaði.

Ef íslenskur sjónvarpsmarkaður er skoðaður út frá þessum viðmiðum má sjá að sú aðgreining sem gerð hefur verið í EES/EB-samkeppnisrétti varðandi dagskrá og efnistöð áskriftarsjónvarps miðað við sjónvarp í opinni dagskrá er um margt lík því sem blasir við á íslenskum markaði.

Í fyrsta lagi má benda á sérhæfðar íþróttastöðvar eins og Sýn og Enska-boltann. Á Sýn eru sýndir stórir knattspyrnuviðburðir (t.d. Meistaradeildin, UEFA-bikarinn, spænska og ítalska deildin, FA-bikarinn), hnefaleikar, körfubolti, golf og aðrar íþróttagreinar sem ekki er hægt að fá aðgang að nema að takmörkuðu leyti í opinni dagskrá. Sjónvarpsstöðin Enska-boltinn sýnir eins og nafnið ber með sér enska knattspyrnu ásamt umfjöllun um knattspyrnuleiki þar sem sérfræðingar koma saman og greina leikina. Þýr stöðin yfir mörgum rásum og sýnir því fleiri en einn leik á sama tíma þegar margir leikir eru leiknir samtímis, en það er eitt einkenna áskriftarsjónvarps eins og greint hefur verið frá. Þessar stöðvar eru mjög sérhæfðar og dæmigerðar fyrir stöðvar í áskriftarsjónvarpi sem bjóða upp á dagskrárefni sem ekki næst í opnu sjónvarpi og neytandinn er tilbúinn að greiða fyrir. Bera þessar stöðvar sterk einkenni stöðva sem starfa á öðrum markaði en sjónvarp í opinni dagskrá hvort sem litið er til þess efnis sem er á boðstólum sem og sýningartíma og dagskrár að öðru leyti.

Í annan stað þá kemur í ljós við greiningu á dagskrá Stöðvar 2, RÚV, Skjás eins og Sirkus að Stöð 2 er um margt frábrugðin þeim stöðvum sem nefndar voru og eru í opinni dagskrá hvað varðar dagskrárefni, magn sjónvarpsefnis sem er á boðstólum, endursýningar o.s.frv. Þannig samanstendur dagskrá Stöðvar 2 af fjölda frumsýndra bíómynda í hverjum mánuði ásamt því að nær daglega eru endursýndar nýlegar kvikmyndir. Dagskráin inniheldur mikinn fjölda vinsælla erlendra og íslenskra sjónvarpsþátta í viku hverri sem eru svo reglulega endursýndir. Þá endursýnir Stöð 2 einnig vinsælar gamlar þáttaraðir.

Að mati Samkeppniseftirlitsins nýtur RÚV talsverðrar sérstöðu á þessum markaði þar sem dagskrá stöðvarinnar er að nokkru leyti lögbundin. Þannig segir í 3. gr. laga nr. 122/2000 um Ríkisútvarpið að „Ríkisútvarpið skal m.a. veita almenna fréttapjónustu og vera vettvangur fyrir mismunandi skoðanir á þeim málum sem



efst eru á baugi hverju sinni eða almenning varða. Það skal flytja fjölbreytt skemmtiefni við hæfi fólks á öllum aldri. Sérstaklega skal þess gætt að hafa á boðstólum fjölbreytt efni við hæfi barna, jafnt í hljóðvarpi og sjónvarpi. Ríkisútvarpið skal flytja efni m.a. á sviði lista og bókmennta, vísinda og sögu auk tónlistar. Það skal veita almenna fræðslu og gera sjálfstæða dagskrárþætti er snerta Ísland eða Íslendinga sérstaklega.” Eru þetta að megin stofni sömu skyldur og hvíla á hefðbundinni útvarpsþjónustu í almannapágu í Evrópu.

Dagskrá RÚV endurspeglar að vissu leyti þessar lögbundnu skyldur. Samkvæmt skýrslu nefndar menntamálaráðherra um íslenska fjölmiða frá apríl 2005 (fjölmiðlaskýrslan) er hlutfall þess efnis sem flokka má til upplýsinga og menningar mun hærra hjá RÚV en hinum stöðvunum. Sést þetta einnig í hlutfalli innlands efnis í dagskrá RÚV þar sem 48% efnis sem sýnt er á RÚV er innlent á móts við 20% hjá Stöð 2 og 25% hjá Skjá einum og Sýn.¹⁰⁰ Þegar litið er til kjörtíma milli kl. 19.00 og 23.00 er hlutfall RÚV á frumfluttu íslensku efni, norrænu og evrópsku efni enn hærra en þegar skoðað er hlutfall af heildardagskrá. En kjörtími er sá tími þegar mest áhorf er á sjónvarp. Af þessu má ráða að þrátt fyrir að dagskrá RÚV samanstandi að talsverðu leyti af afþreyingarefni í formi vinsælla framhaldspátta þá nýtur RÚV verulegrar sérstöðu varðandi innlent efni og efni sem flokka má sem menningar- og upplýsingartengt. Í þessu samhengi má einnig benda á frumvarp til laga um Ríkisútvarpið hf. sem lá fyrir Alþingi á síðasta þingi en var ekki afgreitt. Samkvæmt greinargerð sem lá frumvarpinu til grundvallar er eitt af meginatriðum þess að aðalstarfsemi Ríkisútvarpsins verði skilgreind sem útvarpsþjónusta í almannapágu eða með opinbert þjónustuhlutverk (e. Public service broadcasting). Slíkum stöðvum er ætlað að flytja vandað efni sérstaklega af innlendum og menningarlegum toga sem ekki sé víst að að stöðvar sem eingöngu séu reknar með viðskiptasjónarmið í huga telji arðvænlegt að láta gera eða flytja. Er þessi breytingartillaga komin til vegna athugasemda frá Eftirlitsstofnunar EFTA (ESA) í kjölfar athugunar á rekstri RÚV. Ein af athugasemdum ESA var að skilgreina bæri betur almannapjónustuhlutverk RÚV og aðgreina það frá starfsemi sem sé viðskiptalegs eðils. Í 3. gr. frumvarpsins er þetta hlutverk Ríkisútvarpsins afmarkað nánar. Þar segir m.a.

„ Hlutverk Ríkisútvarpsins hf. er rekstur hvers konar útvarpsþjónustu í almannapágu, bæði hljóðvarps og sjónvarps, eftir því sem nánar er ákveðið í lögum þessum.

Útvarpsþjónusta í almannapágu felur í sér eftirfarandi:

1. Að leggja rækt við íslenska tungu, sögu þjóðarinnar og menningararfleifð.

...

4. Að veita almenna fræðslu og gera dagskrárþætti er snerta málefni lands og þjóðar sérstaklega og með þeim hætti tryggja hlutlæga upplýsingagjöf um íslenskt samfélag.

...

8. Að flytja efni á sviði lista, vísinda, sögu, íþróttar og annars

¹⁰⁰ Athuga ber þó að miðað við mismunandi fjölda tíma sem stöðvarnar senda út þá gefur prósentutala ekki allt af nákvæma mynd.



tómstundastarfs. ...”

Þess má ennfremur geta að í meðferð þingsins var sett fram breytingartillaga frá meirihluta menntamálanefndar þar sem segir: „Menntamálaráðherra og Ríkisútvarpinu hf. ber að gera sérstakan þjónustusamning um markmið, umfang og nánari kröfur skv. 2. mgr. um útvarpsþjónustu í almannabágu.”

Við nánari greiningu á dagskrá Stöðvar 2 samanborið við dagskrá RÚV, Skjás eins og Sirkus kemur eftirfarandi í ljós:

Stöð 2 frumsýnir u.þ.b. 20-25 kvikmyndir og sjónvarpsmyndir í hverjum mánuði. Þá eru endursýndar milli 70-80 kvikmyndir í hverjum mánuði. Til samanburðar frumsýnir RÚV 15-20 kvikmyndir í hverjum mánuði og endursýnir 10-15 kvikmyndir.¹⁰¹ Skjár einn og Sirkus sýna kvikmyndir í svo takmörkuðu magni að Samkeppniseftirlitið telur ekki ástæðu til þess að greina dagskrá þessara stöðva hvað varðar kvikmyndir sérstaklega. Samkvæmt upplýsingum frá RÚV eru flestar þær bandarísku kvikmyndir sem RÚV frumsýnir svokallaðar *library* myndir sem hafa áður verið sýndar í áskriftarsjónvarpi Stöðvar 2. Helgast þetta af fyrrnefndu gluggafyrirkomulagi þar sem kvikmynd er fyrst seld til áskriftarsjónvarpsstöðva en af því leiðir að opið sjónvarp eins og RÚV á ekki möguleika á því að sýna umræddar myndir fyrr en þær eru komnar í gluggann fyrir sjónvarp í opinni dagskrá. Eru myndirnar þá yfirleitt orðnar nokkurra ára gamlar og hafa ekki jafn mikið aðdráttarafli fyrir neytandann. Endurspeglast þetta í aldri þeirra mynda sem Stöð 2 og RÚV sýna. Þær myndir sem Stöð 2 frumsýnir eru yfirleitt framleiddar á árunum 2000-2004 en í flestum tilvikum er það sjónvarpsefni sem RÚV sýnir talsvert eldra. Á þetta sérstaklega við um vinsælar bandarískar kvikmyndir. Einnig er yfirleitt um að ræða annars konar kvikmyndir sem sýndar eru á RÚV en þær sem sýndar eru á Stöð 2. Minna er um vinsælar bandarískar kvikmyndir en meira um listrænar evrópskar kvikmyndir.

Af þessu leiðir að í dagskrá Stöðvar 2 er mun meira af kvikmyndum og yfirleitt nýrri og vinsælli myndum en í dagskrá RÚV. Hér ber að hafa í huga að almennt er litið svo á að kvikmyndir ásamt knattspyrnu hafi einna mest aðdráttarafli fyrir neytendur við val á sjónvarpsefni.¹⁰² Að framangreindu virtu er það mat Samkeppniseftirlitsins að ekki sé eftirspurnarstaðgangi á milli RÚV og Stöðvar 2 varðandi aðgang að afþreyingu í formi kvikmynda sem gefur ákveðna vísbendingu um að stöðvarnar séu ekki á sama markaði.

Í athugasemdum samrunaaðila segir að sú staðreynd að kvikmyndir séu sýndar eftir sýningargluggum hafi lítil sem engin áhrif á samkeppni um áhorf. Neytandinn ákveði að horfa á sjónvarp eftir því efni sem í boði sé hverju sinni en ekki eftir því hvort verið sé að sýna kvikmynd eða sjónvarpsþátt. Þá benda samrunaaðilar á að kvikmyndir hafi verið á undanhaldi sem efni í sjónvarpi og að kvikmyndir nái ekki nema tæplega þriðjungji sýningartíma á Stöðvar 2 og áhorf á kvikmyndir á Stöðinni sé í kringum [...] ¹⁰³.

¹⁰¹ Farið var nákvæmlega yfir dagskrá stöðvanna yfir mánaðar tímabil og það greint niður.

¹⁰² Sjá nánar mál nr. COMP/M 2876 *Newscorp/Telepiu*

¹⁰³ Fellt út vegna trúnaðar.



Samkeppniseftirlitið bendir á að framboð á vinsælu og eftirsóttu efni er meginforsenda þess að sjónvarpsmiðill nái vinsældum. Sú staðreynd að kvikmyndir eru sýndar eftir sérstökum sýningargluggum veitir Stöð 2 og öðrum áskriftarsjónvarpsstöðum tækifæri á því að sýna nýrri og eftirsóknarverðari kvikmyndir en RÚV eða aðrar sjónvarpstöðvar í opinni dagskrá. Ekki er verið að bera því við að sýning kvikmynda í sjónvarpi sé á öðrum markaði en sýning sjónvarpsþátta eins og samrunaaðilar virðast halda fram. Megin atriðið er að nefnt gluggafyrirkomulag hefur þær afleiðingar að áskriftarsjónvarpstöðvar geta boðið upp á eftirsóknarverðari kvikmyndir en sjónvarp í opinni dagskrá. Blasir við að slíkt hefur áhrif á samkeppni um áhorf. Augljóslega er 1-2 ára gömul vinsæl kvikmynd eftirsóknarverðara sjónvarpsefni en 4-5 ára gömul kvikmynd sem áður hefur verið sýnd í áskriftarsjónvarpi. Er nefnt gluggafyrirkomulag ein vísbending þess að sjónvarp í opinni dagskrá sé á öðrum markaði en áskriftarsjónvarp.

Hvað varðar áhorf á kvikmyndir og áhrif þess á skilgreiningu markaðar bendir Samkeppniseftirlitið á að fyrir liggur að kvikmyndir ásamt íþróttum eru taldar það sjónvarpsefni sem hefur mest áhrif á neytanda við val á sjónvarpsstöð. Hefur þetta komið fram í fjölda ákvarðana framkvæmdastjórnarinnar.¹⁰⁴ Þá má benda á að framkvæmdastjórnin hefur í úrlausnum sínum talið að sjónvarpsþættir séu ekki á sama markaði og t.d. kvikmyndir og íþróttir.¹⁰⁵ Þá hefur verið á það bent að kvikmyndir og íþróttir séu mun dýrari í innkaupum en sjónvarpsþættir.¹⁰⁶ Að mati Samkeppniseftirlitsins gefur það tilefni til þess að ætla að kvikmyndir séu mjög eftirsóknarverð vara frá sjónarhorni neytenda. Þrátt fyrir að áhorf á kvikmyndir í sjónvarpi hér á landi sé hugsanlega eitthvað minna en erlendis þá er það mat Samkeppniseftirlitsins að kvikmyndir séu það stór hluti af heildardagskrá sjónvarpsstöðvar að sú staðreynd að áskriftarsjónvarpsstöðvar geti boðið upp á mun nýrri og eftirsóknarverðari kvikmyndir skapi þeim stöðvum

¹⁰⁴ Sjá t.d. mál nr. IV/36.539 British Interactive broadcasting/Open þar sem segir „ (28) Experience has shown that, to be successful as a pay-television operator, it is essential to include film and sports channels as part of the service(19) . BSkyB has itself identified 'movies and sports as key sales drivers'(20) . Pay-television operators' demand for particular channels reflects the demand of their subscribers. Pay-television channels composed of recently released films and live exclusive coverage of attractive sports events attract the largest viewing figures(21) . The subscriptions to such channels are the most expensive: while thematic or general interest pay-television channels are supplied to customers as part of a package, film and sports channels are charged on an individual basis. For pay-television, the fact that sports and films programmes achieve very high viewing rates is crucial as it is a reflection of viewer's willingness to pay more for sports and films channels.”

¹⁰⁵ Sjá nánar mál nr M 3595 SONY/MGM. Þar segir m.a. „ TV programs include a wide range of content, including made-for-TV motion pictures, TV series, and cartoons specifically produced for TV exhibition. The market investigation confirmed that licensing of rights to TV programs represent a separate product market. The licensing fees for TV programs are often lower than for motion pictures. From the acquisition of rights standpoint, TV programs are mainly purchased by free-TV operators, but may also be purchased by pay-TV operators. In any event, rights to TV programs are traded under different pricing structures and do not have the same economic value as rights to other TV content; ultimately TV programs are not considered to be substitutable with other TV content.”

¹⁰⁶ Sjá nánar mál Sjá t.d. mál nr. IV/36.539 British Interactive broadcasting/Open. Þar segir m.a. „The wholesale price of acquiring film and sports channels is also far higher than that of other channels: small permanent increases in relative prices have been profitable. Taking the figures most favourable to BSkyB from BSkyB's wholesale price list (rate card) for the supply of its channels to cable operators, the cost to a cable operator of acquiring a single film or sport channel is at least seven times as much as the most expensive Sky basic channel(22) . This demonstrates that the wholesale supply of film and sports channels forms a separate market(23) . For the purposes of this case, it is not necessary to decide whether there are separate wholesale markets in respect of films and sports channels.”



slíka sérstöðu að þær séu á öðrum markaði en stöðvar í opinni dagskrá. Endurspeglast þessi staðreynd einnig í því að Stöð 2 leggur talsvert upp úr kynningum á kvikmyndum í dagskrá sinni.

Samkvæmt upplýsingum á heimasíðu Stöðvar 2 er stöðin með á dagskrá sinni milli 20-25 vinsæla og eftirsóttá erlenda framhaldspætti hverju sinni og á milli 8-10 íslenska þætti fyrir utan íþróttir og barnaefni. Umræddir þættir eru síðan endursýndir reglulega í hverri viku. Þá er Stöð 2 með í endursýningu 10-15 eldri þáttaraðir sem notið hafa vinsælda. Til samanburðar þá er RÚV með á dagskrá sinni 13 erlenda framhaldspætti og 3-4 íslenska þætti fyrir utan íþróttir og barnaefni. Skjár einn er með á dagskrá sinni u.þ.b. 20 erlenda framhaldspætti og 6 íslenska þætti. Þá er Skjár einn með 3-4 eldri þáttaraðir í reglulegum sýningum. Skjár einn sýnir ekki barnaefni og íþróttir. Sirkus byggir dagskrá sína að miklu leyti á endursýningum gamalla erlendra þáttaraða sem áður hafa verið sýndar í íslensku sjónvarpi og notið vinsælda. Af þessu má ráða að Stöð 2 skeri sig að talsverðu leyti úr hvað varðar fjölda þeirra þáttaraða sem eru á dagskrá sjónvarpsstöðvarinnar ásamt því að stöðin endursýnir mun meira af þáttaröðum en RÚV, sbr. það sem síðar segir.

Skjár einn og Stöð 2 byggja dagskrár sínar talsvert upp á endursýningum. Má í þessu sambandi vísa til fjölmiðlaskýrslunnar¹⁰⁷. Í skýrslunni eru bornar saman endursýningar RÚV, Skjás eins, Stöðvar 2 og Sýnar á árinu 2004. Kemur fram að á Skjá einum, Stöð 2 og Sýn láti það nærri að sjö af hverjum tíu dagskrártímum sé endursýnt efni á meðan endursýnt efni á RÚV sé u.þ.b. 3 klukkustundir af hverjum 10.¹⁰⁸ Einnig er vert að benda á að magn dagskrárefnis er mjög mismunandi á milli stöðvanna. Samkvæmt áðurnefndri fjölmiðlaskýrslu sendi Stöð 2 út tæplega sjö þúsund klukkustundir á árinu 2003 samanborið við 3.600 klukkustundir hjá RÚV og tæplega 3000 á Skjá einum. Ekki liggja fyrir tölur varðandi magn sjónvarpsefnis sem sýnt er á Sirkus en það virðist þó vera minna en á nefndum stöðvum þar sem sjónvarpið hefst yfirleitt ekki fyrr en um 18:00 á daginn og stendur fram yfir miðnætti. Þannig má áætla að Sirkus sendi út 2500 klukkustundir á ári. Af þessu má ráða að Stöð 2 sker sig talsvert úr hvað varðar magn þess sjónvarpsefnis sem í boði er hverju sinni sem og hvað varðar endursýningar, a.m.k. samanborið við RÚV.

Í athugasemdum samrunaaðila kemur fram að þrátt fyrir að endursýningar séu fleiri á Stöð 2 en RÚV verði ekki séð hvernig það geti verið röksemd þess að um aðskilda markaði sé að ræða. Við mat á endursýningum verði að hafa í huga að Stöð 2 sendi út allan sólarhringinn en ekki RÚV.

Samkeppniseftirlitið bendir á að frá sjónarhorni neytenda þá er mikill munur á sjónvarpsstöð sem endursýnir verulegan hluta dagskrár sinnar reglulega og sendir út allan sólarhringinn, eins og Stöð 2, og t.a.m. RÚV sem er með mun takmarkaðri endursýningar og minna magn sjónvarpsefnis. Blasir við að það er hagræði í því fólgið fyrir neytendur að vera ekki bundnir tilteknum sýningartímum

¹⁰⁷ Sjá bls. 51 og áfram.

¹⁰⁸ Magn endursýninga á Stöð 2 ber ennfremur að skoða með hliðsjón af því að útsendingartími stöðvarinnar er u.þ.b. helmingi lengri en RÚV og Skjás eins.



á því sjónvarpsefni sem í boði er heldur eiga þann möguleika að sjá viðkomandi efni í endursýningum. Þá er enn fremur eftirsóknarvert fyrir neytendur að geta horft á sjónvarpsdagskrá á öllum tímum sólarhrings eins og mögulegt er á Stöð 2. Að mati Samkeppniseftirlitsins er ljóst að út frá sjónarhorni neytenda eru ofangreind atriði eftirsóknarverð og styðja það enn frekar að áskriftarsjónvarp eins og Stöð 2 og sjónvarp í opinni dagskrá séu ekki á sama markaði.

Samkeppniseftirlitið dregur þá ályktun af ofangreindum gögnum að uppbygging og efnistöð Stöðvar 2 séu með öðrum hætti en RÚV, Skjás eins og Sirkus. Dagskrá Stöðvar 2 samanstendur af mun fleiri kvikmyndum, fleiri framhaldspáttum og meira efnismagni ásamt öðrum þeim sérkennum sem nefnd hafa verið. Stöð 2 er að bjóða heildarlausn í sjónvarpsmálum sem telja verður til sérstakrar vöru á íslenskum sjónvarpsmarkaði. Endurspeglast þetta í þeirri staðreynd að eftirspurnarstaðganga neytenda á milli Stöðvar 2 og sjónvarps í opinni dagskrá er takmörkuð. Má í þessu samhengi benda á að á árinu 2005 voru að meðaltali ríflega [...] ¹⁰⁹ áskrifendur að Stöð 2 sem eru u.þ.b. [...] ¹¹⁰ og áskriftargjald stöðvarinnar u.þ.b. fimm þúsund krónur á mánuði. Ef staðganga væri á milli Stöðvar 2 og stöðva í opinni dagskrá má leiða að því líkur að færri en raun ber vitni kysu að greiða ríflega fimm þúsund krónur í áskriftargjald á mánuði heldur myndu þeir horfa frekar á sjónvarp í opinni dagskrá. ¹¹¹ Í þessu samhengi má benda á að eigendur sjónvarpstækja greiða nú 2.705 kr. á mánuði í afnotagjald til RÚV fyrir sjónvarpsefni í opinni dagskrá. Áskriftargjald fyrir áskriftarsjónvarp bætist því í raun við þann grunnkostnað sem felst í afnotagjaldinu auk annars stofnkostnaðar. Að mati Samkeppniseftirlitsins bendir framangreint til þess að Stöð 2 sé á öðrum markaði en sjónvarp í opinni dagskrá.

Í athugasemdum sínum benda samrunaaðilar á að afnotagjald RÚV sé ekkert annað en áskriftargjald. Þá segir að RÚV sé í viðskiptasambandi við greiðendur afnotagjalda á sama hátt og Stöð 2 sé í viðskiptasambandi við greiðendur áskriftargjalda og því sé ekki hægt að skilgreina stöðvarnar á mismunandi markaði á þeim grunni.

Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á að hægt sé að líkja afnotagjaldi RÚV við áskriftargjald Stöðvar 2. Afnotagjaldið er lögbundið og eigandi sjónvarps hefur ekki val um það hvort hann greiði afnotagjald eða ekki. Áskrifandi að sjónvarpstöð getur hins vegar sagt upp áskrift sinni ef hann kysir að gera svo. Á áskriftargjaldi og afnotagjaldi er því grundvallarmunur. Tengist þetta einnig mismuninum á eðli áskriftarsjónvarps og sjónvarps í opinni dagskrá. Viðskiptasamband RÚV við greiðendur afnotagjalda er takmarkað. Um er að ræða lögbundin gjöld sem sjónvarpseigandi hefur ekki val um að greiða. Lykilatriði hvað varðar sjónvarp í opinni dagskrá er samband við auglýsendur og áhorfendatölur. M.ö.o. því fleiri áhorfendur sem horfa á viðkomandi stöð því líklegri er að auglýsendur kjósi að auglýsa á viðkomandi stöð. Í áskriftarsjónvarpi er málum háttað á annan veg. Þar sem slíkar stöðvar eru að

¹⁰⁹ Fellt út vegna trúnaðar.

¹¹⁰ Fellt út vegna trúnaðar.

¹¹¹ Í þessu samhengi má benda á ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar í máli nr. COMP/JV.37 - B SKY B/KIRCH PAY. Þar segir m.a. „The fact that subscribers are prepared to pay considerable sums for pay-TV indicates that the latter is a distinguishable product with specific extra utility.“



mestu fjármagnaðar með áskriftargjöldum er samband stöðvarinnar við áskrifendur mikilvægast fyrir viðkomandi stöð. Þannig verður áskriftarsjónvarpsstöð að bjóða upp á frambærilega dagskrá til þess að tryggja áframhaldandi áskrift. Einnig er þekkt að áskrifendum sé umbunað með tilboðum, tryggðarafsláttum o.s.frv. Í þessu ljósi er skýr munur á milli áskriftarsjónvarps og sjónvarps í opinni dagskrá. Athuga ber þó að í íslensku áskriftarjónvarpi er talsvert um auglýsingar þannig að skilin eru ekki jafn skörp varðandi mismunandi tengsl við auglýsendur annars vegar og greiðendur áskriftargjalds eins og á meginlandi Evrópu. Hér er þó rétt að hafa í huga að [...] ¹¹² af tekjum Stöðvar 2 koma frá áskriftendum þannig að stöðin er augljóslega að meginstofni hefðbundin áskriftarsjónvarpsstöð.

Til frekari stuðnings því að áskriftarsjónvarp sé á öðrum markaði en sjónvarp í opinni dagskrá má benda á að á íslenskum sjónvarpsmarkaði er efni áskriftarsjónvarps sent út í læstri dagskrá og þarf sérstakan endabúnað, s.k. myndlykil, hjá hverjum notanda til þess að opna dagskrána. Er þetta í samræmi við úrlausnir framkvæmdastjórnarinnar sem að framan voru nefndar. Sama má segja með mismunandi tekjusatsetningu á milli áskriftarstöðva og stöðva í opinni dagskrá sem bendir til þess að um sitthvorn markaðinn sé að ræða. Þá er tekjusatsetning með þeim hætti að um [...] ¹¹³ tekna 365 af áskriftarsjónvarpi koma úr auglýsingasölu en um [...] ¹¹⁴ með áskriftargjaldi. Til samanburðar eru 100% tekna Skjás eins frá auglýsingasölu og u.þ.b. þriðjung tekna RÚV. Ljóst er að ákveðin samkeppni ríkir milli allra sjónvarpstöðva um sölu á auglýsingum. Sú staða getur ekki breytt markaðsskilgreiningu í þessu máli enda miðast hún við markaðinn frá sjónarhóli neytenda.

Í athugasemdum samrunaaðila er að því fundið að það skorti umfjöllun um hvort mismunandi dreifileiðir og tækniframfarir hafi áhrif á skilgreiningu sjónvarpsmarkaðar. Þá velta samrunaaðilar því einnig upp að ástæða væri til þess að skilgreina sérstaklega markaðinn fyrir VOD (video on demand).

Að mati Samkeppniseftirlitsins er þessi umfjöllun samrunaaðila óskýr og af lestri hennar er ekki fyllilega ljóst á hvaða hátt dreifileiðir og tækniframfarir hafi áhrif á skilgreiningu sjónvarpsmarkaðar. Í upphafi segir að ónóg umfjöllun Samkeppniseftirlitsins um dreifileiðir og tækniframfarir sé verulegur ágalli á andmælaskjali eftirlitsins. Á hinn bóginn segir að ekki sé ástæða til þess að gera greinarmun á mismunandi dreifileiðum og vísað til dóms Evrópudómstólsins því til stuðnings. Að lokum er svo komist að þeirri niðurstöðu að „*sé einhverjum sérstökum markaði fyrir áskriftarsjónvarp til að dreifa hér á landi nái sá markaður til áskriftarleiða Digital Íslands, Breiðbands Símans og ADSL sjónvarps Símans.*“ Þannig virðist í umfjöllun samrunaaðila bæði vera komist að þeirri niðurstöðu að ekki sé ástæða til þess að greina á milli mismunandi dreifileiða ásamt því að komist er að þeirri niðurstöðu að skiptingin skipti máli og markaðnum er skipt eftir dreifingarleiðum. Er því umfjöllunin óljós að þessu leyti. Hvað sem því líður þá virðist umfjöllun samrunaaðila byggja á misskilningi. Umfjöllun

¹¹² Fellt út vegna trúnaðar.

¹¹³ Fellt út vegna trúnaðar.

¹¹⁴ Fellt út vegna trúnaðar.



Samkeppniseftirlitsins byggist á neytendahlið markaðarins. Blásir við að neytandi sem stendur frammi fyrir vali á hvaða sjónvarpsstöð hann kýs að gerast áskrifandi að velur ekki áskriftina á grundvelli dreifingarleiðarinnar heldur á grundvelli þess efnis sem er í boði á viðkomandi dreifingarleið. Það hlýtur að gilda einu fyrir sjónvarpsáhorfanda hvort hann fái efnið í gegnum Digital Ísland, ADSL eða Breiðband. Hefur því þessi athugasemd samrunaaðila enga þýðingu við úrlausn þessa mál.

Hvað varðar *Video on Demand* þá kemur ekki fram í athugasemdum samrunaaðila hvers vegna hefði átt að skilgreina þann markað sérstaklega. Í málum framkvæmdastjórnarinnar þar sem umræddur markaður hefur verið skilgreindur hefur samruni eða samkeppnishömlur varðað VOD markað. Svo er ekki í því máli sem er hérna til umfjöllunar og fæst því ekki séð að nauðsyn hefði verið að skilgreina VOD markað sérstaklega.

Niðurstaða

Að öllu framangreindu virtu er það mat Samkeppniseftirlitsins að sjónvarpsstöðvar í opinni dagskrá veiti Stöð 2 ekki slíkt samkeppnislegt aðhald að draga megí þá ályktun að stöðvarnar séu á sama markaði. Í samræmi við framangreint telur Samkeppniseftirlitið rétt að skilgreina sjónvarpsmarkaðinn í tvo meginhluta. Annars vegar markaðinn fyrir áskriftarsjónvarp, eins og t.d. Stöð 2, Sýn og Enski boltinn starfa á, og hins vegar markaðinn fyrir sjónvarp í opinni dagskrá eins og t.d. RÚV, Skjá einn og Sirkus starfa á. Rök geta staðið til þess að skipta markaðnum fyrir áskriftarsjónvarp í undirmarkaði en ekki fæst séð að þörf sé á því í þessu máli.

3.1.2 Tónlist

Í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 40/2001 *Erindi FÍH og Japis ehf. vegna samnings Skífunnar ehf. og Aðfanga ehf. um sölu á geisladiskum*, var fjallað um heildsölu og dreifingu Skífunnar á hljómdiskum til verslana Baugs og það hvort nefndur samningur hindraði samkeppni á heildsölustigi. Smásala á hljómdiskum féll því ekki undir markað þess máls. Niðurstaða samkeppnisráðs um skilgreiningu vörumarkaðar í málinu var þessi:

„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 hljómplötuverslunum og stærrí sérvöruverslunum 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 er allt virt telur samkeppnisráð að vörumarkaðurinn í máli þessu sé heildsala og dreifing á hljómdiskum.“



Markaðsskilgreining samkeppnisráðs í þessu máli var staðfest af áfrýjunarnefnd samkeppnismála¹¹⁵, og síðar af Hæstarétti.¹¹⁶ Henni var einnig beitt í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 19/2004.

Framkvæmdastjórn EB hefur í ýmsum samrunamálum fjallað um afþreyingarmarkaði¹¹⁷, t.d. málunum *Seagram/Poligram*¹¹⁸, *Time Warner/EMI*¹¹⁹, *AOL/Time Warner*¹²⁰, *Vivendi/Canal+/Seagram*¹²¹, *Bertelsmann/Zomba*¹²² og *Sony/BMG*¹²³. Í þessum ákvörðunum hefur m.a. markaður fyrir hljóðritaða tónlist verið skilgreindur og honum skipt upp í undirmarkaði. Í eldri ákvörðunum¹²⁴ var talið rétt að skipta markaðnum upp í þrjá vörumarkaði: sígilda tónlist, létt tónlist og popptónlist. Í síðari ákvörðunum hefur markaðsskilgreining tekið mið af þeirri ólíku starfsemi sem tengist tónlistariðnaðinum og markaðnum gjarnan verið skipt í hljóðritun og dreifingu, útgáfu tónlistar og smásölu tónlistar (hljómdiska). Framkvæmdastjórn EB hefur bent á að sum popptónlist sé aðeins markaðsett í því ríki sem viðkomandi listamenn búa. Rök geti staðið til þess að innlend popptónlist tilheyri sérstökum markaði, sbr. t.d. *Sony/BMG* málið.

Varðandi hljóðritun tónlistar og dreifingu er bent á að starfsemi hljómplötuframleiðenda felist einkum í framleiðslu hljómpatna og sölu þeirra á markaðnum. Framleiðendur uppgötva hljómlistarmenn og hvetja þá til sköpunar, hljóðrita tónlistina, skipuleggja framleiðslu hljóðritana á helstu miðla (nú einkum geisladiska), dreifa hljómdiskum til heildsala og smásala og kynna og markaðssetja hverja útgáfu.

Um útgáfu tónlistar segir að hún felist í öflun réttinda á tónverkum og nýtingu þeirra með útgáfu á hljóðritaðri tónlist. Tekjur útgefenda séu fjórbættar: (1) tekjur af leyfum til hljómplötuframleiðenda fyrir fjöldaframleiðslu hljóðritaðrar tónlistar (e. mechanical rights); (2) tekjur af flutningi tónlistar sem nýtur höfundarréttar frá útvarpi, sjónvarpi og öðrum sem nýta sér hana í viðskiptalegum tilgangi (e. performance rights); (3) tekjur útgefenda af því að heimila hljóðritun tónlistar sem nýtur höfundarréttar sem hluta af tónlist í kvikmynd eða auglýsingum – samþættingarréttindi (e. synchronisation rights); (4) beinar tekjur af nótnasölu (e. sheet music sales).

Eins og nánar verður gerð grein fyrir tilheyrir sala á tónlist á annars vegar geisladiskum og hins vegar á netinu sérstökum mörkuðum.

Ljóst er að Sena er lóðrétt samþætt fyrirtæki á tónlistarmarkaðnum. Fyrirtækið m.a. semur við tónlistarmenn og gefur út verk þeirra og selur í heildsölu (seldi

¹¹⁵ Úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 1/2002 Skífan ehf. gegn samkeppnisráði.

¹¹⁶ Hæstaréttardómur nr. 323/2003 Skífan ehf. gegn samkeppnisráði, dags. 19. febrúar 2004.

¹¹⁷ Sjá t.d. skýrslu sem framkvæmdastjórn EB lét taka saman um markaðsskilgreiningar í fjölmiðlun, *Market Definition in the Media Sector – Comparative Legal Analysis*. Report by Bird & Bird for the European Commission, DG Competition.

¹¹⁸ Mál nr. IV/M.1219 *Seagram/Poligram* frá 21.9.1998.

¹¹⁹ Mál nr. Comp/M.1852 *Time Warner/EMI*, mál dregið til baka 5.10.2000.

¹²⁰ Mál nr. Comp/M.1845 *AOL/Time Warner* frá 11.10.2000.

¹²¹ Mál nr. Comp/M.2050 *Vivendi/Canal+/Seagram* frá 13.10.2000.

¹²² Mál nr. Comp/M.2883 *Bertelsmann/Zomba* frá 2.9.2002.

¹²³ Mál nr. *COMP/M.3333 Sony/BMG* frá 10.7.2004.

¹²⁴ Sbr. mál nr. IV/26.992 *WEA-Filipacchi Music S.A.* frá 22.12.1972.



áður bæði í heildsölu og smásölu). Að mati Samkeppniseftirlitsins tilheyrir heildsala og smásala á tónlist á geisladiskum sérstökum mörkuðum. Ekki er hins vegar þörf á því að greina á milli stöðu Senu í t.d. heildsölu og útgáfu á tónlist í þessu máli.

Í athugasemdum samrunaaðila segir að ekki sé ágreiningur um markaðsskilgreiningu Samkeppniseftirlitsins. Þá segir að komi smásölumarkaðurinn til athugunar sé rétta að greina á milli markaðar fyrir popptónlist, sígilda tónlist og léttu tónlist. Skipti þetta máli þar sem Hagar selji nánast eingöngu popptónlist.

Samkeppniseftirlitið telur að ekki hafi komið fram nægjanleg rök til þess að fallið verði frá þeirri markaðsskilgreiningu sem lögð var til grundvallar í máli nr. 19/2004 *Samruni verslunarsviðs Tæknivals hf. við Norðurljós hf. (Skífuna ehf.) Samruni Fréttar ehf. við Norðurljós Fjárhagsleg endurskipulagning Norðurljósa* þar sem markaðurinn var skilgreindur sem smásala hljómdiska.

3.1.3 Tónlist á Netinu

Í fyrrnefndu máli AOL/Time Warner var tónlistarmarkaður greindur eftir dreifingarleiðum og skilgreindur sérstakur nýr markaður fyrir tónlist á Internetinu (e. traditional or on-line music). Var það niðurstaða framkvæmdastjórnarinnar að markaður fyrir tónlist á stafrænu formi á Internetinu (hér eftir verður vísað til netsins) væri aðskilinn frá markaði fyrir tónlist á geisladiskum. Sama niðurstaða var lögð til grundvallar í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 19/2004.

Í nýlegu máli þar sem fjallað var um samruna Sony og Bertelsman Group (mál Sony/BMG) var markaður fyrir tónlist á netinu tekinn til ítarlegrar skoðunar. Kemur þar fram að tónlist sé í auknum mæli seld á netinu hvort sem er með niðurrhali eða hlustun yfir Netið (e. streaming). Er það mat framkvæmdastjórnar EB að tónlist á netinu muni ekki koma í stað hefðbundinnar dreifingar og hlustunar á geisladiska heldur muni tónlist á netinu styðja við almenna tónlistarsölu (e. complimentary incremental demand).

Í nefndri ákvörðun er m.a. vísað til eftirfarandi atriða því til stuðnings að tónlist á netinu sé ekki á sama markaði og almenn tónlistarsala:

- Kaupandi að tónlist á netinu einblínir fremur á einstök lög og raðar saman vinsælum lögum með mismunandi listamönnum á eigin disk eða tónhlöðu (mp3 spilara) í stað þess að kaupa geisladisk í heilu lagi með sama listamanninum.
- Hljómplötuútgefendur hafa möguleika til þess að stjórna og fylgjast með á hvern hátt varan er notuð með stafrænni höfundarréttartækni (e. Digital rights management) þegar um er að ræða tónlist á netinu. Þegar neytandi hefur keypt hefðbundinn geisladisk hefur hljómplötuútgefandi hins vegar enga möguleika á því að stjórna notkun vörunnar. Þannig getur neytandinn lánað diskinn, afritað hann og gert hvað eina sem honum dettur í hug við diskinn án þess að hægt sé að fylgjast með því eða koma í veg fyrir það.



- Umgjörð söluhverfis er mismunandi bæði hvað smásölu og heildsölu varðar. Smásala hefðbundinnar tónlistar fer m.a. fram í plötubúðum og er tónlistinni dreift á geisladiskum á meðan tónlist á netinu er hlaðin niður eða hlustað á hana samstundis í gegnum Netið (e. stream). Sama má segja um heildsöluhliðina, þar sem hljómplötuútgefandi þarf við framleiðslu á geisladiskum að leggja í kostnað við framleiðslu, pökkun, dreifingu og birgðahald á geisladiskum. Hins vegar á markaði fyrir tónlist á netinu þarf hljómplötuútgefandi ekki að gera annað en að veita leyfi til dreifingar til þeirra sem selja tónlist á netinu.

Að mati Samkeppniseftirlitsins eiga sömu sjónarmið við hér á landi og hér greinir. Af þeim sökum telur Samkeppniseftirlitið rétt að skilgreina tónlist á stafrænu formi á netinu sem sérstakan markað. Sá markaður getur skipst í heildsölumarkað fyrir réttindi til að selja tónlist á netinu og smásölumarkað fyrir slíka sölu.

Í athugasemdum samrunaaðila kemur fram að þeir muni ekki að svo stöddu tjá sig um tónlistarsölu á netinu.

3.1.4 DVD-myndir/myndbönd

Hér má einnig vísa til ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 19/2004. Framkvæmdastjórn EB hefur einnig m.a. í fyrrnefndu samrunamáli Seagram/Poligram fjallað um kvikmyndaafþreyingu og telur að þeirri starfsemi megi skipta í eftirfarandi meginþætti: framleiðsla kvikmynda, dreifing og veiting réttinda til nýtingar (e. licensing) kvikmynda og sýning kvikmynda.

Sá markaður sem hér skiptir máli er dreifing kvikmynda. Kvikmyndum er dreift um nokkra svokallaða sýningarglugga. Eftir að framleiðslu kvikmyndar er lokið er algengast að fyrst hefjist sýningar í kvikmyndahúsum, síðan tekur við sala til myndbandaleiga og nokkru síðar sala á mynddiskum til almennings (e. "sell-through"), þá sala fyrir hvert áhorf (e. pay-per-view ("PPV")) og loks sala til áskriftarsjónvarps og sjónvarps með opna dagskrá (e. "free-to-air-TV"). Framkvæmdastjórn EB taldi í þessu máli ekki þörf á því að kveða upp úr um það hvort hver þessara „glugga“ við sölu kvikmynda fæli í sér sjálfstæðan vörumarkað.

Að mati Samkeppniseftirlitsins er ljóst að heildsala á DVD-myndum til endurseljenda tilheyrir sérstökum mörkuðum, sbr. einnig ákvörðun samkeppnisráðs nr. 19/2004. Telja verður að gagnvart endurseljendum sé ekki staðganga milli kvikmynda og annars afþreyingarefnis. Gilda hér eðlislík sjónarmið og byggt var á varðandi markaðsskilgreiningu í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 40/2001.

Gagnvart neytendum er augljós og verulegur munur á eðli kvikmynda og öðrum tegundum afþreyingarefnis eins og t.d. bóka eða tónlistar á geisladiskum. Í máli þessu verður ekki fjallað sérstaklega um sölu á myndböndum þar sem hætt hefur verið útgáfu VHS myndbanda og DVD mynddiskar tekið við af myndböndum.



Samrunaaðilar gera ekki athugasemdir við framangreinda markaðsskilgreiningu nema að því er varðar áhrif gluggafyrirkomulags á samrunann.

3.1.5 Tölvuleikir

Loks skal nefnt að framkvæmdastjórn EB hefur í samrunamálinu Bertelsmann/Viag/Game Channel fjallað um markað fyrir tölvuleiki, sem litið er á sem sjálfstæðan markað aðskilinn 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. Í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 19/2004 var komist að þeirri niðurstöðu að tölvuleikir á diskum tilheyri sérstökum markaði og er sú niðurstaða lögð til grundvallar hér. Að mati Samkeppniseftirlitsins tilheyrir heildsala og smásala á tölvuleikjum sérstökum mörkuðum.

Samrunaaðilar gera ekki athugasemdir við framangreinda markaðsskilgreiningu. Einungis er á það bent að rekja megi sterka stöðu Senu á markaðnum til sterkrar stöðu Playstation leikjatölva á þessum markaði.

Samkeppniseftirlitið mun fjalla nánar um stöðu samrunaaðila á markaðnum í kafla um samkeppnisleg áhrif samrunans sbr. síðar.

3.1.6 Efniskaupamarkaður

Í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 19/2004 er rakið hvernig öflun réttinda til sjónvarpsdreifingar á kvikmyndum fer fram. Þar segir m.a:

„Kvikmyndum er dreift um nokkra svokallaða sýningarglugga. Eftir að framleiðslu kvikmyndar er lokið er algengast að fyrst hefjist sýningar í kvikmyndahúsum, síðan tekur við sala til myndbandaleiga og nokkru síðar sala á myndböndum og mynddiskum til almennings (e. „sell-through“), þá sala fyrir hvert áhorf (e. pay-per-view („PPV“)) og loks sala til áskriftarsjónvarps og sjónvarps með opna dagskrá (e. „free-to-air-TV“).“

Í því máli sem hér er til umfjöllunar telur Samkeppniseftirlitið að ástæða sé til þess að skilgreina frekar þá efniskaupamarkaði sem samruninn hefur áhrif á. Þeir markaðir sem helst koma til álita í þessu samhengi eru efniskaup fyrir sjónvarp og farsíma.¹²⁵

Hvað varðar markað fyrir efniskaup í sjónvarp þá kaupa fyrirtæki í sjónvarpsrekstri efni til sýninga á mismunandi hátt eftir því hvernig sjónvarpsþjónustu þau veita. Í tilviki sjónvarpsrása í opinni og læstri dagskrá er ákveðið efni aðgengilegt öllum og geta fyrirtæki þá valið það efni sem þau vilja

¹²⁵ Framkvæmdastjórnin hefur hafið rannsókn á farsímamarkaðnum sbr. eftirfarandi fréttatilkynningu: Commission launches sector inquiry into the sale of sports rights to Internet and 3G mobile operators. Date of Press Release: 2004/01/30.



kaupa. Kvikmyndir eru seldar samkvæmt mismunandi sýningargluggum, sbr. umfjöllun hér framar. Annað eftirsótt efni er selt á uppboðum eða með svipuðum aðferðum. Þetta á oft við um stærri íþróttaviðburði, t.d. enska fótboltann og heimsmeistarakeppnina í fótbolta.

Í skýrslu sem unnin var fyrir framkvæmdastjórn EB¹²⁶ kemur fram að hún hefur í einstökum málum rannsakað markað fyrir kaup á sýningarrétti og ýmsa undirmarkaði hans. Ástæða þess að erlend samkeppnisyfirvöld hafa kosið að rannsaka markaði fyrir kaup á efni er sú að efni er talið hafa mikil áhrif á stöðu fjölmiðla á viðkomandi mörkuðum, í þessu tilviki á sjónvarpsmarkaði. Eftirsóknarvert efni er talið sérstaklega mikilvægt hvað þetta varðar og eru sjónvarpsrásir, sem hafa yfir að ráða eftirsóknarverðu efni, almennt taldar vera í sterkari stöðu á markaði en rásir sem ekki búa yfir efninu.

Í ákvörðunum framkvæmdastjórnar EB hefur þannig verið talið að til sé sérstakur markaður fyrir kaup á íþróttafni, en undirmarkaður hans hefur verið talinn markaður fyrir stóra íþróttaviðburði. Í nokkrum málum hefur framkvæmdastjórnin talið sig geta sýnt fram á sérstaka markaði fyrir annars vegar kaup á sýningarrétti á fótboltaleikjum félagsliða sem fram fara reglulega yfir árið og hins vegar fyrir kaup á sýningarrétti á fótboltaleikjum landsliða sem fram fara reglulega yfir árið. Hvað varðar annað sjónvarpsefni hefur framkvæmdastjórnin í nokkrum málum staðfest sérstakan markað vegna kaupa á sýningarrétti fyrir kvikmyndir. Sá markaður hefur svo verið sundurgreindur í nokkurn fjölda undirmarkaða, þ. á m. sérstaka markaði fyrir eftirsóknarverðar kvikmyndir fyrir áskriftarsjónvarp, venjulegar kvikmyndir og listrænar kvikmyndir. Undirmarkaður eftirsóknarverðra kvikmynda er talinn vera markaður fyrir eftirsóknarverðar kvikmyndir framleiddar af kvikmyndaverum Hollywood. Einnig er talinn vera til sérstakur markaður fyrir efni sem er framleitt sérstaklega fyrir sjónvarp, en undir þann flokk falla einkum framhaldspættir fyrir sjónvarp og aðrar þáttaraðir.

Með vísan til framangreinds er það því mat Samkeppniseftirlitsins að mögulegt sé að skilgreina a.m.k. þrjá megin markaði fyrir kaup á efni til sýningar í sjónvarpi, þ.e. íþróttafni, kvikmyndir og efni sérstaklega framleitt fyrir sjónvarp. Unnt er að aðgreina þessa markaði nánar eftir því hvaða efni er um að ræða í hverju tilviki, sérstaklega ef um er að ræða eftirsóknarvert efni.

Hvað varðar farsíma og efniskaup í slíka síma þá má færa fyrir því rök að með þeirri tækniþróun sem hefur átt sér stað á farsíamarkaði, með nýjum farsímum sem bjóða upp á ýmsa afþreyingarmöguleika, ásamt þeirri miklu aukningu sem hefur átt sér stað í ýmiskonar afþreyingarefni fyrir farsíma eins og t.d. hringitónum, myndum (e. *wallpapers*), myndböndum, heilum lögum o.s.frv. hafi myndast ný markaður fyrir efniskaup í farsíma.¹²⁷

¹²⁶ *Media Market Definitions – Comparative Legal Analysis* frá 2005. Skýrslan er unnin af Institute of European Media Law (EMR). Skýrslan er unnin af Institute of European Media Law (EMR).

¹²⁷ Hér má hafa t.d. hliðsjón af ræðu Mario Monti fyrrum yfirmanns samkeppnisdeildar framkvæmdastjórnar sem flutt var 8. júlí 2004. Í ræðunni segir m.a.: „ *New media distribution mechanisms such as the Internet (broadband connections) and the mobile phones (notably UMTS and to a certain extent GPRS technologies) provide the same or similar content as those provided by traditional media but over different networks and, to some extent over different devices. Let me stress at this point, that we distinguish between new media and technologies like digital terrestrial*



Samrunaaðilar virðast ekki gera sérstakar athugasemdir við framangreinda markaðsskilgreiningur. Aðeins er bent á að halda beri til haga að aðeins bandarískar kvikmyndir framleiddar hjá stóru framleiðendunum séu seldar eftir sk. gluggafyrirkomulagi. Hvort um sé að ræða opna eða lokaða dagskrá skipti því eingöngu máli varðandi það efni.

3.1.7 Kvikmyndahús

Að mati Samkeppniseftirlitsins teljast sýningar á kvikmyndum í kvikmyndahúsum til sérstaks markaðar. Í því sambandi ber að hafa í huga framangreint fyrirkomulag sýningarglugga. Af því leiðir að algengast er að kvikmyndir séu fyrst sýndar í kvikmyndahúsum og nokkur tími geti liðið þar til að næsti sýningargluggi taki við. Einnig verður að líta til þess að það er önnur reynsla fyrir áhorfendur að horfa á kvikmynd á stóru tjaldi með öðrum í kvikmyndahúsi heldur en að horfa á hana í sjónvarpi heima við. Í ljósi þessara atriða hafa sýningar á kvikmyndum í kvikmyndahúsum verið taldar tilheyra sérstökum markaði í erlendum samkeppnisrétti.¹²⁸

Samrunaaðilar gera ekki athugasemdir við framangreinda markaðsskilgreiningu.

3.1.8 Niðurstaða

Með hliðsjón af framangreindu er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að þá vörumarkaði sem mál þetta í höfuðatriðum tekur til megi skilgreina á eftirfarandi hátt:

- Markaður fyrir áskriftarsjónvarp.
- Markaður fyrir kvikmyndasýningar í kvikmyndahúsum
- Heildsölu- og smásölumarkaðir fyrir tónlist á geisladiskum
- Heildsölu- og smásölumarkaðir fyrir tónlist á netinu
- Markaður fyrir heildsölu- og smásöludreifingu á á DVD-myndum
- Markaður fyrir heildsölu- og smásöludreifingu á tölvuleikjum
- Markaður fyrir efniskaup

3.2 **Landfræðilegur markaður**

transmission of TV signals which is better viewed as a new technology for a traditional medium. Although both broadband Internet and 3G mobile services fall within this definition of new media, I will mainly focus today on availability of content, mainly rights for sports (football) events, for 3G mobile services. This is the subject of the sector enquiry on acquisition of content by mobile operators that the Commission launched in January this year which aims to gather more information about the state of competition in this market... The growth of new media and of mobile Internet, in particular, depends, first and foremost, on the timely deployment of high-speed 3G networks, and the availability and affordability of adequate Internet-enabled handsets. But it is equally crucial to ensure access to attractive content, such as rights to premium sport events. Such rights are generally perceived by mobile operators as being an important driver for 3G mobile services growth... The importance of access to attractive content for the success of all media is generally recognised by most operators. Some content, such as rights to top international and national football, play a crucial role, and are "must-have" elements to build up an attractive offer. This appears to be as much the case for new media and 3G mobile services as it has and continues to be for pay television. Consumers will only invest in the third generation of mobile phones - 81% of the European population has a second-generation handset today --if they are offered attractive new features such as the possibility to watch their team or their favourite player score in the European Championships, for example, if they cannot see it live."

¹²⁸ Sjá t.d. skýrslu OECD, *Competition Policy and Film Distribution* (OCDE/GD(96)60)



Í kafla 6 í viðauka við reglur nr. 881/2005 um tilkynningu samruna segir m.a. svo (um skilgreiningar á mörkuðum):

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

Meðal þátta sem skipta máli við mat á viðkomandi landfræðilegum markaði eru eðli og einkenni viðkomandi vöru eða þjónustu, hugsanlegar aðgangshindranir eða neytendavenjur, greinilegur munur á markaðshlutdeild fyrirtækja á þessu svæði og aðliggjandi svæðum eða verulegur verðmunur.“

3.2.1 Sjónarmið samrunaaðila

Um afmörkun landfræðilegs markaðar kemur m.a. eftirfarandi fram í greinargerð samrunaaðila: „Að mati Dagsbrúnar er markaður Senu landið allt, þar sem meginstarfsemi félagsins er heildsala fyrir tónlist, kvikmyndir og tölvuleiki hér á landi. Sá þáttur starfseminnar nær til landsins alls. Rekstur kvikmyndahúsanna er staðbundinn við Stór-Reykjavíkursvæðið og Eyjafjarðasvæðið með aðkomu Senu að rekstri Borgarblós á Akureyri.“ Þá segir: „Þá er einnig rétt að taka fram að í þeim vöruflokkum, sem telja verður að Sena hafi sterka markaðshlutdeild, sem er tónlist, DVD myndir og tölvuleikir, er mikið framboð af efni, jafn löglegu sem ólöglegu, sem dreift er um internetið með löglegum hætti. Tonlist.is er dæmi um þá þróun. Ljóst er að internetið og sú tækni sem það býr yfir mun draga verulega úr landfræðilegum hindrunum í sölu á þessu efni frá því sem er í dag og auka samkeppni verulega frá því sem verið hefur. Sem dæmi um slíka söluaðila eru amazon.com, pressplay.com, itunes.com, od2.com og mycokemusic.com. Auk þess eru ýmsar ólöglegar netsíður til s.s. kazaa.com, nabster.com og dc++.“

3.2.2 Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins

Við mat á því hvort telja eigi hinn landfræðilega markað rýmri en Ísland verður skv. áfrýjunarnefnd samkeppnismála fyrst og fremst að hafa í huga hvort viðskipti eigi sér stað í það miklum mæli á milli landa að þau takmarki verðhækkningar eða að öðru leyti óhagstæða viðskiptaskilmála hjá fyrirtækjum með öfluga stöðu á heimamarkaði. Við mat á þessu komi ýmis sjónarmið til álita svo sem núverandi markaðshlutdeild annarra svæða, kostnaðar- og tímapáttur viðskiptanna og fleira, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar nr. 4/2001. Í málinu lagði áfrýjunarnefndin áherslu á að magn viðskipta við erlenda aðila þurfi að vera umtalsvert og í báðar áttir.

Sjónvarp

Hvað varðar sjónvarpsmarkað þá er slíkur markaður eðli málsins samkvæmt landsmarkaður, þar sem útsendingar íslenskra sjónvarpsstöðva eru landsbundnar og efni það sem í boði er að hluta til íslenskt og eða textað erlent efni.

Af hálfu samrunaaðila er þessari markaðsskilgreiningu ekki andmælt.

Tónlist



Samkvæmt svokallaðri PARX-skýrslu¹²⁹ sem fylgdi með samrunaskrá var ríflega helmingur tónlistar á hljómdiskum, sem seldur var hér á landi á árinu 2004 íslensk tónlist. Þótt hinn helmingurinn sé erlend tónlist sem dreift er um allan heim, ber að hafa í huga að í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 40/2001 var bent á að þau fyrirtæki sem starfa við heildsölu dreifingu á tónlist og málið tók til sjái um dreifingu til landsins alls. Auk þessa dreifðu þau ekki tónlist út fyrir landsteinana í verulegum mæli og var því landfræðilegi markaðurinn talinn vera Ísland. Sama niðurstaða var lögð til grundvallar í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 19/2004. Einnig ber að líta til þess að í Seagram/Poligram málinu var það niðurstaðan að um landsmarkað væri að ræða, m.a. í ljósi þess að samhliða innflutningur á hljómdiskum væri mjög takmarkaður. Í Sony/BMG málinu kom fram að bæði samrunaaðilar og framkvæmdastjórn EB væru sammála því að markaðurinn fyrir tónlist á geisladiskum væri landsmarkaður. Að mati Samkeppniseftirlitsins er markaðurinn fyrir tónlist á geisladiskum því landsmarkaður.

Í ákvörðun framkvæmdastjórnar EB í Sony/BMG málinu er komist að þeirri niðurstöðu að bæði heildsölu- og smásölumarkaðir fyrir sölu tónlist á netinu séu landsmarkaðir. Vísað er í því samhengi m.a. til þess að leyfissamningar taki aðeins til einstakra landa og að leyfishöfum í einu landi sé bannað að selja tónlist til þegna annarra ríkja. Samkeppniseftirlitið fær ekki betur séð en þessi sjónarmið eigi við hér á landi og telur að um landsmarkaði sé að ræða.

Í athugasemdum samrunaaðila segir að IFPI¹³⁰ hafi lýst því yfir að Evrópa verði eitt markaðssvæði áður en langt um líði. Þannig komi allir til með að geta keypt í smásölu á Netinu hvar sem þeir verði staddir. Varðandi heildsölumarkaðinn þá standi öllum til boða að gera leyfissamninga erlendis. Smekkleysa hafi t.d. gert slíka samninga við erlenda aðila þannig að tónlist fyrirtækisins fái hjá smásölu um allan heim og muni verða aðgengileg á Íslandi þegar Evrópa verði eitt markaðssvæði. Vegna þess verði íslenskir heildsalar á engan hátt háðir tónlist.is með að koma efni sínu á framfæri. Þó sala á netinu sé landsmarkaður í dag muni það breytast á komandi misserum.

Þá segir að varðandi beinan innflutning smásöluaðila hér á landi þá sé ljóst að ekkert standi því í vegi að erlend tónlist og tölvuleikir séu fluttir inn með slíkum hætti.

Samkeppniseftirlitið bendir á að markaðsskilgreiningar byggst á staðreyndum eins og þær liggja fyrir hverju sinni. Eins og staða er í dag taka leyfissamningar fyrir tónlist á netinu eingöngu til einstakra landa og óvíst er hvort að breyting verði þar á, þannig að markaður fyrir tónlist á netinu er skilgreindur sem landsmarkaður.

Varðandi áhrif beins innflutnings smásöluaðila hér á landi má benda á ákvörðun samkeppniseftirlitsins í máli nr. 20/2006 *Misnotkun Skífunnar á markaðsráðandi stöðu sinni*. Þar segir um samhliða innflutning:

¹²⁹ Skýrsla PARX-Viðskiptaráðgjöf IBM sem Samband hljómplötuframleiðenda lét gera í maí 2005 um sölu tónlistar hér á landi fyrir árið 2004.

¹³⁰ International Federation of the Phonographic Industry.



„ 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] af sölu á erlendri tónlist á Íslandi. DG er einnig með sérsamninga við marga stærstu framleiðendur á tölvuleikjum. 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.“

Var niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að engin ástæða væri til þess að hvika frá þeirri nálgun að markaður fyrir tónlist væri landsmarkaður að teknu tilliti til áhrifa samhliða innflutnings. Á það sama við í þessu máli.

DVD-myndir

Varðandi kvikmyndir á diskum ber m.a. að hafa í huga þörfina á textun eða talsetningu þeirra yfir á íslensku. Innfluttir diskar eru að stórum hluta textaðir eða talsettir hér á landi, en tæknilegur hluti slíkrar vinnu við mynddiska fer fram hjá erlendum framleiðenda og er heiminum í því sambandi skipt niður í málsvæði. Samkeppniseftirlitið telur því að markaðurinn fyrir DVD-myndir sé landsmarkaður.

Má einnig benda á að samhliða beinn innflutningur er mjög takmarkaður. Skv. upplýsingum sem Samkeppniseftirlitið hefur aflað frá nokkrum stórum aðilum í sölu DVD-mynda voru árið 2004 90% af mynddiskum sem seldir voru í verslunum keyptir af innlendum heildsöluaðila. Á fyrstu sex mánuðum ársins 2005 var hlutfallið 85% af mynddiskum. Að meðaltali fluttu þessir aðilar því sjálfir inn um 10-15% af mynddiskum sem seldir voru í verslunum þeirra á framangreindu tímabili. Að mati Samkeppniseftirlitsins staðfesta þessar tölur ennfrekar að um landsmarkað sé að ræða.

Efniskaup

Rannsókn málsins hefur leitt í ljós að réttindi til miðlunar sjónvarpsefnis og efnis í farsíma eru bundin við tiltekin svæði. Þannig hafa 365 miðlar og RÚV samið um miðlun tiltekins sjónvarpsefnis á Íslandi við erlenda framleiðendur og njóta til þess einkaréttar á umsömdu landsvæði. Sama á við um miðlun tónlistar og annars efnis í farsíma. Í þessu ljósi er það mat Samkeppniseftirlitsins að skilgreindur markaður sé landsmarkaður.

Samrunaaðilar færðu ekki fram andmæli við þessari markaðsskilgreiningu.



Kvikmyndahús

Samkeppniseftirlitið getur fallist á það að rekstur kvikmyndahúsanna sé staðbundinn við Stór-Reykjavíkursvæðið og Eyjafjarðasvæðið með aðkomu Senu að rekstri Borgarbíós á Akureyri.

Samrunaaðilar færðu ekki fram andmæli við þessari markaðsskilgreiningu.

Sala í fríhöfn

Varðandi sölu á geisladiskum, DVD-myndum og tölvuleikjum telur Samkeppniseftirlitið að tollfrjálst svæði í Flugstöð Leifs Eiríkssonar (FLE) tilheyri ekki sama markaði og önnur slík sala hér á landi, sbr. ákvörðun samkeppnisráðs nr. 14/1999 *Kvörtun vegna mismunandi samkeppnisstöðu gleraugnaverslana* og ákvörðun samkeppnisráðs nr. 2/2003 *Kvörtun vegna Flugstöðvar Leifs Eiríkssonar hf.* Í ákvörðun nr. 2/2003 benti samkeppnisráð á að verslunarrekstur á frísvæði væri um margt sérstakur. Það sem aðskildi hann frá öðrum mörkuðum væri staðsetning hans í flugstöð alþjóðaflugvallar og sú staðreynd að það væru aðeins brottfarar og komufarþegar úr millilandaflugi og farþegar sem millilenda á flugvellingum sem hefðu heimild til að kaupa þar vöru og þjónustu. Lagaumhverfi viðskiptanna stuðlaði einnig að þessu, einkum niðurfelling aðflutningsgjalda og virðisaukaskatts. Þeir sem seldu vöru og þjónustu á frísvæði FLE væru á vissan hátt í meiri samkeppni um sömu viðskiptavinina en almennt gerðist meðal þeirra sem stunduðu sambærileg viðskipti í almennum verslunarmiðstöðvum. Vegna þeirra aðstæðna sem viðskipti á frísvæði FLE ættu sér stað við væri mun breiðari staðganga milli vöruhegunda heldur en almennt tíðkist. Var það niðurstaða samkeppnisráðs að verslun með tollfrjálstan varning á frísvæði flugstöðvar teldist til sérstaks vörumarkaðar. Þessi markaðsskilgreining samkeppnisráðs var staðfest af áfrýjunarnefnd samkeppnismála í úrskurði nr. 1/2003. Það er niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að sömu rök eigi við í þessu máli.

IV.

Samkeppnisleg áhrif samrunans

Í máli þessu þarf að taka afstöðu til þess hvort umræddur samruni hafi skaðleg áhrif á samkeppni á hinum skilgreindu mörkuðum. Í athugasemdum samrunaaðila er almennt fjallað um túlkun á 17. gr. samkeppnislaga. Er í því sambandi aðallega vísað til EES/EB-samkeppnisréttar og sett fram sjónarmið sem fullyrt er að Samkeppniseftirlitið verði að líta til við mat á samruna þeim sem hérna er til umfjöllunar. Er rétt að fjalla í upphafi um þessi sjónarmið samrunaðila

Samrunaðilar vísa til 3. gr. EES-samningsins þar sem fram kemur að samningsaðilar skuli gera allar viðeigandi almennar og sérstakar ráðstafanir til að tryggja að staðið verði við þær skuldbindingar sem af samningnum leiðir. Er þetta sagt leiða til þess að íslenskum samkeppnisyfirvöldum beri að fara eftir dómafordæmum EB-dómstólsins í samkeppnismálum, enda séu samkeppnisreglur EES samningsins efnislega samhljóða ákvæðum Rómarsamningsins. Að mati samrunaðila vanti nokkuð á að nýleg dómafordæmi EB-dómstólsins hafi komið til skoðunar við gerð andmælaskjalsins. Ljóst sé að niðurstaða þess byggi að verulegu leyti á mati á hagfræðilegum aðstæðum. Síðan segir:



„Í nokkrum málum, sem hafa komið til kasta EB-dómstólsins hefur reynt á þessi atriði. Í Airtours málinu ógilti Dómstóllinn á fyrsta dómstigi (Court of First Instance) ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB um bann við samruna bresku ferðaskrifstofanna Airtours og First Choice. Framkvæmdastjórnin taldi samrunann leiða af sér samstæð markaðsáhrif (collective dominance) Airtours/Choice, Thomson og Thomas Cook. Dómstóllinn taldi ekki hafa verið sannað að umræddur samruni hefði það í för með sér að Airtours/Choice, Thomson og Thomas Cook sæju sér ekki hag í samkeppni þannig að þau myndu t.d. draga úr framboði á pakkaferðum. Þá hefði framkvæmdastjórnin ekki heldur sýnt fram á að þrátt fyrir að samruninn gæti haft letjandi áhrif á samkeppni milli þessara fyrirtækja gætu þau gripið til refsiaðgerða gagnvart þeim aðila er ekki virti slíkt þegjandi samkomulag. Einnig hafði framkvæmdastjórnin vanmetið möguleika minni ferðaskrifstofa og neytenda til að bregðast við samstilltum aðgerðum risanna þriggja. Voru fræðimenn sammála um að dómurinn væri vísbending um að sönnunarkröfur í samrunamálu væru strangari en framkvæmdastjórnin hafði áður talið.¹³¹

Í Tetra Laval og Sidel málinu ¹³², reyndi á samruna Tetra Laval fyrirtækjasamstæðunnar sem er markaðsráðandi framleiðandi kartons og áfyllingavéla fyrir fljótandi fæðu og Sidel sem er framleiðandi tækja til áfyllingar á plastflöskum fyrir fljótandi fæðu. Framkvæmdastjórnin taldi karton og plastflöskur tilheyra sitt hvorum vörumarkaði sem þó tengdist að nokkru að því er varðaði notkun og viðskiptavinum. Framkvæmdastjórnin hafði komist að þeirri niðurstöðu að samruninn myndi skapa Tetra Laval markaðsráðandi stöðu á plastflöskumarkaðinum þar sem fyrirtækið gæti nýtt sér yfirburðastöðu sína á kartonmarkaðinum á hinum fyrrnefnda markaði. Með samrunanum myndi skapast hvati fyrir Tetra Laval til að beita trúnaðarafslætti, samningsbindingu og undirverðlagningu til að styrkja stöðu sína. Tetra Laval bar því við að ómögulegt væri fyrir fyrirtækið að færa sér markaðsyferráð í nyt með þessum hætti þar sem viðskiptavinahópurinn á þessum tveimur mörkuðum væri að takmörkuðu leyti sá sami, auk þess sem ólíklegt væri að stærri viðskiptavinir líkt og Coca-Cola, myndu sætta sig við slíkt.

Dómstóllinn á fyrsta dómstigi komst að þeirri niðurstöðu að Framkvæmdastjórninni væri heimilt að meta hvort samruni yrði til þess að fyrirtæki gæti nýtt sér markaðsyferráð á einum markaði til að styrkja stöðu sína á hliðstæðum markaði. Hins vegar bæri framkvæmdastjórninni að rannsaka hvort það væri líklegt að fyrirtækið eftir samrunan myndi viðhafa slíka misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Dómstóllinn taldi hagfræðilegt mat framkvæmdastjórnarinnar á viðkomandi markaði og hugsanlegri hegðun Tetra Laval ekki fullnægjandi sönnun á því að slíku væri til að dreifa og ógilti því ákvörðun Framkvæmdastjórnarinnar.

Í málinu benti dómstóllinn m.a. á að sú markaðshegðun sem Framkvæmdastjórnin taldi líklegt að Tetra Laval myndi sýna teldist andstæð banni

¹³¹ Sjá nánar umfjöllun Robert O' Donoghue og Cristoph Feddersen í Common Market Law Review 39.tbl. bls. 1171 – 1185.

¹³² Mál T-5/02 Tetra Laval gegn Framkvæmdastjórninni [2002] ECR II-4381.



82. gr. Rómarsáttmálans við misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Væri því rétt að meta slíka hegðun á grundvelli þess ákvæðis en ekki samrunareglugerðarinnar. Framkvæmdastjórninni voru því sett mörk um það hversu langt hún gæti gengið í því að ætla fyrirtæki misnotkun á markaðsráðandi stöðu áður en slík hegðun ætti sér stað. Grundvallarmunur er þannig á mati á markaðshegðun skv. samrunareglugerðinni og 82. gr. Rómarsáttmálans, sbr. 54. gr. EES samningsins og 11. gr. samkeppnislaga enda liggur það í eðli hins síðar nefnda ákvæðis að það kemur eingöngu til álita eftir að ákveðin hegðun hefur átt sér stað á meðan samrunareglugerðinni er beitt áður en viðkomandi fyrirtæki kemur inn á tiltekinn markað.

EB-dómstóllinn staðfesti niðurstöðu dómstólsins á fyrsta dómstigi.¹³³ Að því er varðar sönnunarbyrði samkeppnisyfirvalda og hagfræðilegt mat á samruna vísaði dómstóllinn til þess að vissulega væri slíkt mat erfitt enda fæli það ávallt í sér mat á hugsanlegum áhrifum samruna til framtíðar.

...

Í GE/Honeywell málinu¹³⁴ ítrekaði Dómstóllinn á fyrsta dómstigi framangreindar sönnunarkröfur þegar um er að ræða samruna sem felur í sér samsteypuáhrif (conglomerate effects). Lögð var áhersla á að sérstaklega þyrfti að fara varlega í að álykta að slíkur samruni feli í sér líkur á því að markaðsyfirráðum á einum markaði sé beitt á öðrum. Þannig þurfi hagfræðileg greining að leiða líkur að því að viðkomandi fyrirtæki sjái sér hag í því að nýta sér markaðsyfirráð á þann hátt. Við slíkt mat beri að hafa í huga að slík hegðun feli hugsanlega í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu og því brot á ákvæðum bannreglna samkeppnislaga.

Ljóst er af framangreindu að dómstólar EB hafa á liðnum árum gert ríkari kröfur til samkeppnisyfirvalda að því er varðar hagfræðilegt mat á hugsanlegum áhrifum samruna byggðum á raunverulegum gögnum sem unnt er að leggja mat á. Einnig ber samkeppnisyfirvöldum að fara varlega í að álykta að samruni muni leiða til þess að markaðsráðandi staða verði til eða styrkist vegna stöðu fyrirtækis á öðrum markaði.

Dagsbrún telur verulega skorta á að skýrsla Samkeppniseftirlitsins uppfylli framangreindar sönnunarkröfur og þar með þær kröfur sem dómstóll EB hefur nýlega gert í kröfum sínum til Framkvæmdastjórnarinnar. Af gögnum málsins má ráða að eftirlitið byggir einna helst á tölvupóstum og viðtölum við keppinauta Dagsbrúnar og dótturfyrirtækja. Ekki verður séð að Samkeppniseftirlitið hafi freistað þess að afla sér sjálfstæðra upplýsinga um kauphegðun neytenda, þróun markaða eða önnur gögn sem rennt gætu stoðum undir áhyggjur eftirlitsins. Þá verður ekki séð að Samkeppniseftirlitið hafi á neinn hátt freistað þess að framkvæma hagfræðilegt mat á viðeigandi mörkuðum og hugsanlegum samkeppnisáhrifum. Í stað þess grípur Samkeppniseftirlitið í of miklum mæli til þess að ætla samrunaaðilum ýmis konar hegðun á markaði, sem í mörgum

¹³³ Mál C-12/03 P Framkvæmdastjórnin gegn Tetra Laval. Dómurinn var kveðinn upp 15. febrúar 2005.

¹³⁴ Mál T-209/01 Honeywell International Inc gegn Framkvæmdastjórninni. Dómurinn var kveðinn upp 14. desember 2005.



tilvikum myndi fela í sér ein sér og sjálfstæð brot á bannreglum samkeppnislaga. Er slík nálgun í andstöðu við þau fordæmi, sem hér hafa verið reifuð.

Að mati Dagsbrúnar hefur Samkeppniseftirlitið því ekki sinnt þeirri skyldu sinni að rannsaka málið með fullnægjandi hætti líkt og áskilið er í EES-rétti, sbr. einnig 10. gr. stjórnarsýslulaga. Ljóst er að niðurstaða Samkeppniseftirlitsins byggir nánast eingöngu á því að sterk staða á aðskildum mörkuðum geri það að verkum að markaðsráðandi staða verði til, sem var það ekki fyrir, sem er forsenda þess að úrræðum 17. gr. samkeppnislaga verði beitt. Þá er virðist einnig byggt á því að löglíkur séu fyrir því að Dagsbrún eða dótturfélög muni notfæra sér sterka stöðu á einum markaði til að hindra samkeppni á öðrum, en slík háttsemi myndi að öllu jöfnu brjóta í bága við 11. gr. samkeppnislaga. Að mati Dagsbrúnar skortir verulega á að hagfræðileg rök hafi verið færð fram fyrir því að líkur séu á að Dagsbrún myndi nýta sér þá stöðu.”

Samkeppniseftirlitið telur að við mat á samruna þessa máls verði í upphafi að líta til þess að samkeppnislögum nr. 8/1993 var breytt með lögum nr. 107/2000. Í breytingunni fólst að ákvæði samkeppnislaga sem ætlað er að vinna gegn samkeppnishömlum voru styrkt til muna, þ.m.t samrunaákvæði samkeppnislaga. Af lögskýringargögnum má ráða að einn megintilgangurinn með þessari lagabreytingu hafi verið að sporna gegn þeim samkeppnishömlum sem stafað geta af aukinni samþjöppun á markaði vegna samruna.¹³⁵ Samrunaákvæði samkeppnislaga eins og það varð með lögum nr. 107/2000 var tekið óbreytt upp í núgildandi samkeppnislög.

Við mat á samkeppnislegum áhrifum samruna ber að líta til þess hvort samruninn hindri virka samkeppni með því að markaðsráðandi staða verði til eða slík staða styrkist, sbr. 1. mgr. 17. gr. samkeppnislaga. Í ákvæðinu segir einnig að taka beri tillit þess að hvaða marki alþjóðleg samkeppni hafi áhrif og hvort markaður sé opinn eða aðgangur að honum hindraður. Þessi atriði eru í samkeppnisrétti hluti af mati á því hvort markaðsráðandi staða sé fyrir hendi. Af þessu leiðir að mat á því hvort markaðsráðandi staða verður til, eða hvort slík staða styrkist, skiptir höfuðmáli varðandi lögmæti samruna.

Við túlkun samkeppnislaga er heimilt að hafa hliðsjón af EES/EB-samkeppnisrétti að því leyti sem viðkomandi ákvæði samkeppnislaga eru efnislega sambærileg samkeppnisreglum EES-samningsins, sbr. m.a. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 17–18/2003 *Icelandair ehf. og Iceland Express ehf. gegn samkeppnisráði*.

Við mat á samkeppnislegum áhrifum í samrunamálum þarf eins og fyrr sagði að taka til athugunar hvort markaðsráðandi staða verði til eða hún styrkist. Í 4. gr.

¹³⁵ Þannig segir í athugasemdum við frumvarp til laga um breytingu á samkeppnislögum: „Þegar keppinautum fækkar og markaðsráðandi staða verður til eða þegar fákeppni ríkir er samkeppninni hættu búin. Fyrirtæki hafa ekki lengur sama vilja og getu til að keppa eða þau taka gagnkvæmt tillit hvert til annars. Til að örva samkeppni og koma í veg fyrir samkeppnishömlur við þá stöðu sem að framan er lýst þarf skörp samkeppnislög sem færa samkeppnisyfirlögum nauðsynlegar heimildir til að grípa til viðeigandi ráðstafana til að uppræta hömlurnar. Annars fer þjóðarbúið á mis við þann ávinning sem hlýst af virkri samkeppni.”



samkeppnislaga kemur fram að markaðsráðandi staða sé fyrir hendi þegar fyrirtæki hefur þann efnahagslega styrkleika að geta hindrað virka samkeppni á þeim markaði sem máli skipti og það geti að verulegu leyti starfað án þess að taka tillit til keppnauta, viðskiptavina og neytenda. Er þessi skilgreining efnislega samhljóða skilgreiningu dómstóls EB á markaðsráðandi stöðu sem fram kemur m.a. í Hoffman-La Roche málinu.¹³⁶ Í dómnum kemur einnig fram að markaðsráðandi stöðu megi ráða af mörgum atriðum sem, skoðuð ein og sér, ráði ekki endilega úrslitum, en mikilvæg vísbending sé mjög há markaðshlutdeild.¹³⁷ 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 áfrýjunarnefndar er t.d. að viðkomandi fyrirtæki sé almennt öflugt með hliðsjón af fjármagni og tækjum og framboði af vöru eða þjónustu. Í því sambandi getur lóðrétt samþætting fyrirtækis (e. *vertical integration*) veitt mikilsverða vísbendingu um ráðandi stöðu.¹³⁸ Fjöldi og stærð keppnauta skiptir einnig máli.¹³⁹ Möguleg samkeppni, aðgangshindranir að markaðnum og hugsanlegur kaupendastyrkur geta einnig skipt máli. Hafa ber í huga að í hugtakinu markaðsráðandi staða felst ekki krafa um að engin samkeppni ríki á viðkomandi markaði.¹⁴⁰ Um markaðsráðandi stöðu getur þannig verið að ræða þrátt fyrir líflega samkeppni á viðkomandi markaði.¹⁴¹

Samkvæmt framansögðu má leiða tilvist markaðsráðandi stöðu eða styrkingu hennar af ýmsum þáttum, sem yfirleitt geta ekki ráðið úrslitum einir og sér.

Af ofangreindu leiðir að unnt er grípa til íhlutunar vegna samruna skv. 17. gr. samkeppnislaga ef sýnt þykir að samruninn leiðir til markaðsráðandi stöðu eða styrkir hana. Þetta eru þau viðmið sem leggja verður til grundvallar í máli þessu.

Í framangreindri umfjöllun samrunaaðila birtist rangur skilningur á framkvæmd í EES/EB samkeppnisrétti. Í þeim rétti er unnt að ógilda samruna eða setja honum skilyrði ef hann leiðir til breytinga á markaðnum sem gerir misnotkun á markaðsráðandi stöðu mögulega og líklega.¹⁴² Sú staðreynd ein að fyrir hendi er bann við misnotkun á markaðsráðandi stöðu getur engu um þetta breytt. Hefur þetta komið skýrt fram hjá dómstóli EB.¹⁴³ Hafa verður og í huga að tilgangur

¹³⁶ Mál nr. 85/76 *Hoffman-La Roche v Commission* [1979] ECR 3451.

¹³⁷ Úr mgr. nr. 39. „*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.*”

¹³⁸ Sjá t.d. dóm dómstóls EB í máli nr. 27/6 *United Brands v Commission* [1978] ECR 207.

¹³⁹ Sjá einnig t.d. Richard Whish, *Competition Law*, 2003 bls. 180-188.

¹⁴⁰ Sjá t.d. dóm dómstóls EB í máli nr. 85/76 *Hoffman-La Roche v Commission* [1979] ECR 3451.

¹⁴¹ Sjá dóm dómstóls EB í máli nr. 27/6 *United Brands v Commission* [1978] ECR 207.

¹⁴² Sjá t.d. dóm dómstóls EB frá 15. febrúar 2005 í máli nr. C-12/03P *Commission v. Tetra Laval*: „*With respect to the argument that the Court of First Instance departed from the approach taken by it in the Gencor judgment, it must be held that, contrary to what the Commission claims, the Court of First Instance did not depart from the position taken by it in paragraph 94 of that judgment, namely that there will be a significant impediment to effective competition if there is a lasting alteration of the structure of the relevant markets as a result of a concentration having the direct and immediate effect of creating conditions in which abusive conduct is possible and economically rational.*”

¹⁴³ Sjá dóm dómstóls EB frá 15. febrúar 2005 í máli nr. C-12/03P *Commission v. Tetra Laval*: „*...the Court of First Instance erred in law in rejecting the Commission's conclusions as to the adoption by*



samrunareglina er annar en reglina um bann við misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Samrunareglum er ætlað að vernda samkeppnislega gerð markaða og koma í veg fyrir að fyrirtæki geti með samruna komist í eða styrkt markaðsráðandi stöðu og þar með haft möguleika á því að misnota hana.

Samkeppniseftirlit telur að mat þess og rannsókn á samkeppnislegum áhrifum samruna þessa máls sé eðlileg og í samræmi við þær kröfur sem gilda á þessu sviði.

4.1 Markaðshlutdeild

Markaðshlutdeild hefur eins og áður sagði mikið að segja þegar samkeppnisleg áhrif samruna eru metin. Í 7. kafla samrunaskrárinnar er óskað eftir mati samrunaaðila á því hver sé áætluð heildarstærð markaðarins í söluverðmæti og magni. Þar er einnig óskað eftir upplýsingum um markaðshlutdeild samkvæmt sömu mælikvörðum hjá þeim fyrirtækjum sem að samruna standa ásamt áætlaðri hlutdeild helstu keppinauta.

4.1.1 Mat samrunaaðila

Eins og fram kom hér að framan um sjónarmið samrunaaðila um skilgreiningu markaða er það mat þeirra að þeir markaðir sem komi til skoðunar í máli þessu séu markaðir fyrir heildsölu á tónlist, DVD-myndum og tölvuleikjum. Í samrunaskránni kemur fram að ekki séu neinar opinberar upplýsingar um stærð heildsölumarkaðar fyrir tölvuleiki og kvikmyndir. Að mati Senu sé markaður fyrir DVD myndir um [...] ¹⁴⁴ milljónir kr. og þar af sé Sena með [50-60] ¹⁴⁵ %. Aðrir aðilar á þeim markaði séu Myndform og Sam-félagið en Senu sé ekki kunnugt um hlutdeild hvors þessara aðila fyrir sig. Að því er varði markað fyrir tölvuleiki ætli Sena að stærð þess markaðar sé um [...] ¹⁴⁶ milljónir kr. og þar af hafi Sena um [75-80] ¹⁴⁷ % hlutdeild. Hvað varði upplýsingar um stærð markaðar fyrir tónlist vísa samrunaaðilar til skýrslu sem ráðgjafarfyrirtækið PARX hafi tekið saman um íslenskan tónlistarmarkað.

4.1.2 Mat Samkeppniseftirlitsins

Eins og fram kom hér að framan er það mat Samkeppniseftirlitsins að áhrifa samrunans muni ekki aðeins gæta á þeim mörkuðum sem samrunaaðilar tilgreina, þ.e. mörkuðum fyrir heildsölu á tónlist, DVD-myndum og tölvuleikjum. Er það mat eftirlitsins að áhrifa samrunans muni einnig gæta við smásölu á umræddum vöruflokkum sem og markaði fyrir áskriftarsjónvarp, tónlist auk markaðar fyrir efniskaup á sjónvarpsefni og efni fyrir farsíma. Samkeppniseftirlitið mun því taka til skoðunar markaðshlutdeild á öllum framangreindum mörkuðum.

the merged entity of anti-competitive conduct capable of resulting in leveraging on the sole ground that the Commission had, when assessing the likelihood that such conduct might be adopted, failed to take account of the unlawfulness of that conduct and, consequently, of the likelihood of its detection, of action by the competent authorities, both at Community and national level, and of the financial penalties which might ensue. "

¹⁴⁴ Fellt út vegna trúnaðar.

¹⁴⁵ Nákvæm tala ekki birt vegna trúnaðar.

¹⁴⁶ Fellt út vegna trúnaðar.

¹⁴⁷ Nákvæm tala ekki birt vegna trúnaðar.



Við ákvörðun á markaðshlutdeild er að jafnaði stuðst við upplýsingar hlutaðeigandi fyrirtækja um tekjur þeirra vegna sölu á vöru og/eða þjónustu sem um ræðir á síðasta heila almanaksári, sbr. t.d. ársreikninga eða árshlutauppgjör eða nánari sundurliðun á tekjum eftir því sem við á í hverju máli. Til að leggja mat á stærð þeirra markaða sem Samkeppniseftirlitið telur að samruninn hafi áhrif á var óskað eftir upplýsingum frá samrunaaðilum um sundurliðun á tekjum Senu og 365 ljósvakamiðla en það fyrirtæki rekur m.a. eins og fyrr segir sjónvarpsstöðvarnar Stöð 2 og Sýn. Sambærilegra upplýsinga var einnig aflað frá öðrum aðilum hér á landi sem starfa á viðkomandi sviði.¹⁴⁸

Markaður fyrir áskriftarsjónvarp

Á markaðnum fyrir áskriftarsjónvarp hér á landi eru starfandi tveir aðilar. Annars vegar 365-ljósvakamiðlar sem selja í áskrift aðgang að sjónvarpsstöðvunum Stöð 2 og Sýn og hins vegar Íslenska sjónvarpsfélagið (Skjárinn) sem býður upp á Enska boltann í læstri dagskrá. Áskriftar- og auglýsingatekjur þessara aðila vegna framangreindra sjónvarpsstöðva, ásamt fjölda áskrifenda auk markaðshlutdeildar miðað við tekjur koma fram í töflu 1.

Tafla 1. Áskriftar- og auglýsingatekjur í m. kr., fjöldi áskrifenda og markaðshlutdeild miðað við tekjur 365-ljósvakamiðla og Skjásins fyrir árið 2005.

	Tekjur	Hlutdeild	Fjöldi áskrifenda	Hlutdeild
365-ljósvakamiðlar	[...] ¹⁴⁹	95-100%	[...] ¹⁵⁰	85-90%
Skjárinn (Enski boltinn)	[...] ¹⁵¹	0-5%	[...] ¹⁵²	10-15%
Samtals	[...] ¹⁵³	100%	[...] ¹⁵⁴	100%

Í athugasemdum samrunaaðila er því hafnað að sérstakur markaður sé fyrir áskriftarsjónvarp. Hlutdeild RÚV og Stöðvar 2 sé hægt að skoða sem tekjur af auglýsingum, tekjur af áskrift og áhorf. Fallist Samkeppniseftirlitið ekki á það beri að líta til markaðar fyrir stafræna dreifingu sjónvarpsefnis í heild sinni, þ.e. Digital Ísland, Breiðband Símans og ADSL sjónvarp Símans til að unnt sé að meta markaðshlutdeild aðila.

Samkeppniseftirlitið vísar til þess sem kemur fram hér framar þar sem skilgreindur er sérstakur markaður fyrir áskriftarsjónvarp. Í því ljósi er framangreind skipting tekna birt.

Markaður fyrir tónlist

Eins og fjallað hefur verið um hér að framan er það mat Samkeppniseftirlitsins að markaði fyrir tónlist megi skipta upp í þrjá undirmarkaði, í fyrsta lagi

¹⁴⁸ Athuga að Nákvæm prósentutala í töflum ekki birt vegna trúnaðar

¹⁴⁹ Fellt út vegna trúnaðar.

¹⁵⁰ Með fjölda áskrifenda er átt við meðalfjölda í hverjum mánuði fyrir árið 2005.

¹⁵¹ Fellt út vegna trúnaðar.

¹⁵² Fellt út vegna trúnaðar.

¹⁵³ Fellt út vegna trúnaðar.

¹⁵⁴ Fellt út vegna trúnaðar.



heildsölu dreifingu á tónlist¹⁵⁵, þá smásölu og loks tónlist sem boðin er til sölu á Internetinu.

Heildsölu dreifing á tónlist

Markaður fyrir heildsölu dreifingu á tónlist tekur bæði til framleiðslu og dreifingar á íslenskri tónlist og innflutnings og dreifingar hér á landi á erlendri tónlist. Hlutdeild þeirra aðila sem á þessum markaði starfa fyrir árið 2005 kemur fram í töflu 2.

Tafla 2. Tekjur í m. kr. vegna dreifingar á íslenskri og erlendri tónlist til endurseljenda ásamt upplýsingum um markaðshlutdeild fyrir árið 2005.

	Tekjur	Markaðshlutdeild
Sena	[...] ¹⁵⁶	80-85%
Smekkleysa	[...] ¹⁵⁷	5-10%
12 Tónar	[...] ¹⁵⁸	5-10%
Steinsnar	[...] ¹⁵⁹	0-5% ¹⁶⁰
Sonet	[...] ¹⁶¹	0-5%
Geimsteinn	[...] ¹⁶²	0-5%
Samtals	[...] ¹⁶³	100%

Samrunaaðilar andmæla ekki framangreindri skiptingu.

Smásala á tónlist

Smásala á tónlist fer að meginstefnu fram í sérværslunum með geisladiska (plötubúðum) en einnig hefur hlutur stórmarkaða við sölu á geisladiskum aukist talsvert á undanförunum árum. Tekjur vegna smásölu á tónlist á geisladiskum ásamt upplýsingum um markaðshlutdeild fyrir árið 2005 kemur fram í töflu 3.

Tafla 3. Tekjur í m. kr. vegna smásölu á tónlist á geisladiskum ásamt upplýsingum um markaðshlutdeild fyrir árið 2005.

	Tekjur	Markaðshlutdeild
Dagur Group ¹⁶⁴	[...] ¹⁶⁵	60-65%
Hagar ¹⁶⁶	[...] ¹⁶⁷	25-30%

¹⁵⁵ Heildsölumarkaði fyrir tónlist má svo skipta í annars vegar framleiðslu og dreifingu á íslenskri tónlist og hins vegar innflutning og dreifingu á erlendri tónlist. Samkeppniseftirlitið telur þó ekki að þörf sé á slíkri aðgreiningu í þessu máli. Ljóst er að Sena starfar á báðum þessum mörkuðum og að hlutdeild fyrirtækisins yrði svipuð á hvorum markaðnum. Þá eru útgefendur á íslenskri tónlist jafnframt innflytjendur á erlendri tónlist eins og t.d. Sena, 12 tónar og Smekkleysa.

¹⁵⁶ Fellt út vegna trúnaðar.

¹⁵⁷ Fellt út vegna trúnaðar.

¹⁵⁸ Fellt út vegna trúnaðar.

¹⁵⁹ Fellt út vegna trúnaðar.

¹⁶⁰ Undir rannsókn málsins þá seldi Steinsnar til Senu þau réttindi til tónlistar sem félagið bjó yfir ásamt útgáfu réttinum að tveimur óútgefnum geisladiskum. Hefur Steinsnar með þessu hættu útgáfu af tónlist.

¹⁶¹ Fellt út vegna trúnaðar.

¹⁶² Fellt út vegna trúnaðar.

¹⁶³ Fellt út vegna trúnaðar.

¹⁶⁴ Um er að ræða verslanir Skífunar og BT.

¹⁶⁵ Fellt út vegna trúnaðar.

¹⁶⁶ Um er að ræða verslanir Hagkaupa, Bónus og 10-11.

¹⁶⁷ Fellt út vegna trúnaðar.



12 Tónar	[...] ¹⁶⁸	0-5%
Kaupás ¹⁶⁹	[...] ¹⁷⁰	0-5%
Samkaup ¹⁷¹	[...] ¹⁷²	0-5%
Smekkleysa	[...] ¹⁷³	0-5%
Aðrir endurseljendur á tónlist ¹⁷⁴	[...] ¹⁷⁵	0-5%
Samtals	[...] ¹⁷⁶	100%

Að mati samrunaaðila er umræddur markaður ekki til skoðunar í málinu.

Samkeppniseftirlitið vísar til umfjöllunar hér að framan varðandi tengsl Haga og Dagsbrúnar því til stuðnings að umræddur markaður komi til athugunar.

Tónlist seld á Internetinu

Tónlist.is er eini aðilinn sem selur íslenska tónlist á netinu hér á landi að einhverju marki. Eins og nánar verður fjallað um hér á eftir þá nýtur tónlist.is yfirburðarstöðu á markaði fyrir tónlist á Netinu með samningum sínum við eigendur tónlistarréttinda. Vegna nefndra samninga tónlistar.is sem í mörgum tilfellum fela í sér einkarétt er aðgangur keppnauta að markaðnum mjög erfiður, þá sérstaklega varðandi íslenska tónlist, þannig að í raun má segja að tónlist.is njóti einokunarstöðu á þessum markaði. Heildartekjur tónlistar.is vegna sölu á íslenskri tónlist á Internetinu námu rúmlega [...] ¹⁷⁷ milljónum kr. árið 2005. Eins og rakið verður nánar hér á eftir er þó ljóst að tækniframfarir m.a. við notkun á hringitönnum í farsímum mun valda því að þessi markaður á eftir að stækka umtalsvert á næstu árum og mun markaðsstaða tónlistar.is styrkjast því samfara.

Í athugasemdum samrunaaðila kemur fram að tónlist.is sé eini aðilinn sem selji tónlist á netinu hér á landi. Þá segir að ekki sé rökstutt hvernig tækniframfarir komi til með að styrkja stöðu tónlistar.is til framtíðar. Þá segir „Þá er því haldið fram að Sena fái sjálfkrafa „online“ til dreifingar á Netinu. Stóru framleiðendurnir eru enn að móta hvernig þessir réttir verða seldir til framtíðar. Allt bendir þó til þess að þeir verði seldir án einkaréttar (e. non exclusive).“

Samkeppniseftirlitið vísar til þess að í dag þá er tónlist.is eini aðilinn sem selur tónlist á Netinu og er með einokunarstöðu á skilgreindum markaði. Samrunaaðilar fallast á þá skilgreiningu. Varðandi væntanlega styrkingu markaðstöðu tónlistar.is á þessum markaði má benda á umfjöllun í söluyfirliti Íslandsbanka þar sem samtíð tónlistar.is og farsíma er kynnt sem helsti vaxtarmöguleiki tónlistar.is. Varðandi réttindi Senu á tónlist á netinu þá liggur fyrir í gögnum málsins að tónlist.is býr yfir verulegum réttindum til tónlistar á

¹⁶⁸ Fellt út vegna trúnaðar.

¹⁶⁹ Um er að ræða verslanir Nóatúns, Kjarvals, Krónunnar og 11-11.

¹⁷⁰ Fellt út vegna trúnaðar.

¹⁷¹ Um er að ræða verslanir Samkaupa (Samkaup-Úrval og Samkaup-Strax), Nettó og Kaskó.

¹⁷² Fellt út vegna trúnaðar.

¹⁷³ Fellt út vegna trúnaðar.

¹⁷⁴ Aðrir endurseljendur eru m.a. Fjarðarkaup, Skeljungur, Olúfélagið og Olís.

¹⁷⁵ Fellt út vegna trúnaðar.

¹⁷⁶ Fellt út vegna trúnaðar.

¹⁷⁷ Fellt út vegna trúnaðar.



Netinu. T.a.m. segir orðrétt í söluýfirliti Íslandsbanka „Tónlist.is, íslensk tónlistarveita á Netinu, er eina þjónusta sinnar tegundar á Íslandi með um 40.000 íslensk lög og 250.000 erlend lög.“ Í þessu ljósi er vart hægt að bera því við, eins og samrunaaðilar gera, að Samkeppniseftirlitið haldi því fram að Sena fái sjálfkrafa rétt til dreifingar tónlistar á Netinu. Einungis er byggt á staðreyndum þeim sem fram koma í gögnum málsins um þann rétt sem þegar er fyrir hjá fyrirtækjum innan Senu.

Heildsala á DVD-myndum

Segja má að markaður fyrir heildsölu á DVD-myndum hér á landi sé nátengdur markaði fyrir sýningar á bíómyndum í kvikmyndahúsum. Að meginstefnu til eru það sömu aðilar sem taka vinsælar kvikmyndir frá Hollywood til sýninga í kvikmyndahúsum og gefa þær síðan út á DVD geisladiskum og dreifa, bæði til myndbandaleiga og smásala. Tekjur vegna heildsöludreifingar á DVD-myndum ásamt markaðshlutdeild fyrir árið 2005 koma fram í töflu 4.¹⁷⁸

Tafla 4. Tekjur í m. kr. vegna heildsölu á DVD-myndum ásamt upplýsingum um markaðshlutdeild fyrir árið 2005.

	Tekjur	Markaðshlutdeild
Samfélagið	[...] ¹⁷⁹	40-45%
Sena	[...] ¹⁸⁰	30-35%
Myndform	[...] ¹⁸¹	15-20%
Bergvík	[...] ¹⁸²	5-10%
Samtals	[...] ¹⁸³	100%

Smásala á DVD-myndum

Endurseljendur á DVD-myndum eru að mestu þeir sömu og jafnframt bjóða tónlist á geisladiskum, sbr. umfjöllun um töflu 3 hér að framan. Tekjur vegna smásölu á DVD-myndum á geisladiskum ásamt upplýsingum um markaðshlutdeild fyrir árið 2005 koma fram í töflu 5.

Tafla 5. Tekjur í m. kr. vegna smásölu á DVD-myndum ásamt upplýsingum um markaðshlutdeild fyrir árið 2005.

	Tekjur	Markaðshlutdeild
Hagar	[...] ¹⁸⁴	30-35%
Dagur Group	[...] ¹⁸⁵	45-50%
Elkó	[...] ¹⁸⁶	10-15%
Samkaup	[...] ¹⁸⁷	0-5%

¹⁷⁸ Það athugist að tekjur í töflunni kunna að einhverju smávægilegu leyti að stafa frá sölu á VHS myndböndum sem að mati Samkeppniseftirlitsins tilheyrir sama markaði og sala á DVD-myndum í því samhengi sem hér um ræðir. Sölu á VHS myndböndum hefur hins vegar að mestu verið hætt og því ekki ástæða til þess að fjalla sérstaklega um hana.

¹⁷⁹ Fellt út vegna trúnaðar.

¹⁸⁰ Fellt út vegna trúnaðar.

¹⁸¹ Fellt út vegna trúnaðar.

¹⁸² Fellt út vegna trúnaðar.

¹⁸³ Fellt út vegna trúnaðar.

¹⁸⁴ Fellt út vegna trúnaðar.

¹⁸⁵ Fellt út vegna trúnaðar.

¹⁸⁶ Fellt út vegna trúnaðar.



Kaupás	[...] ¹⁸⁸	0-5%
Aðrir endurseljendur á DVD-myndum ¹⁸⁹	[...] ¹⁹⁰	0-5%
Samtals	[...] ¹⁹¹	100%

Að mati samrunaaðila kemur þessi markaður ekki til skoðunar í málinu.

Samkeppniseftirlitið vísar til umfjöllunar hér að framan varðandi rök fyrir því að umræddur markaður komi til skoðunar í málinu.

Heildsala á tölvuleikjum

Tiltölulega fáir aðilar flytja inn og selja tölvuleiki í heildsölu hér á landi. Auk Senu eru það aðeins Myndform og Tölvudreifing sem flytja inn og dreifa tölvuleikjum til endurseljenda hér á landi. Tekjur vegna heildsölu á tölvuleikjum ásamt markaðshlutdeild fyrir árið 2005 koma fram í töflu 6.

Tafla 6. Tekjur í m. kr. vegna heildsölu á tölvuleikjum ásamt upplýsingum um markaðshlutdeild fyrir árið 2005.

	Tekjur	Markaðshlutdeild
Sena	[...] ¹⁹²	90-95%
Myndform	[...] ¹⁹³	5-10%
Tölvudreifing	[...] ¹⁹⁴	0-5%
Samtals	[...] ¹⁹⁵	100%

Samrunaaðilar gera ekki athugasemdir við hlutdeild Senu. Þó er bent á áhrif samhliða innflutnings sem veiti Senu samkeppnislegt aðhald. Samkeppniseftirlitið vísar til þess sem áður hefur komið fram um áhrif samhliða innflutnings.

Smásala á tölvuleikjum

Endurseljendur á tölvuleikjum eru jafnframt að stórum hluta þeir sömu og bjóða tónlist og DVD-myndir á geisladiskum, sbr. umfjöllun hér að framan. Tekjur vegna smásölu á tölvuleikjum ásamt upplýsingum um markaðshlutdeild fyrir árið 2005 koma fram í töflu 7.

Tafla 7. Tekjur í m. kr. vegna smásölu á tölvuleikjum ásamt upplýsingum um markaðshlutdeild fyrir árið 2005.

	Tekjur	Markaðshlutdeild
Dagur Group	[...] ¹⁹⁶	85-90%
Elkó	[...] ¹⁹⁷	5-10%

¹⁸⁷ Fellt út vegna trúnaðar.

¹⁸⁸ Fellt út vegna trúnaðar.

¹⁸⁹ Aðrir endurseljendur eru m.a. Fjarðarkaup, Skeljungur, Olúfélagið og Olís.

¹⁹⁰ Fellt út vegna trúnaðar.

¹⁹¹ Fellt út vegna trúnaðar.

¹⁹² Fellt út vegna trúnaðar.

¹⁹³ Fellt út vegna trúnaðar.

¹⁹⁴ Fellt út vegna trúnaðar.

¹⁹⁵ Fellt út vegna trúnaðar.

¹⁹⁶ Fellt út vegna trúnaðar.

¹⁹⁷ Fellt út vegna trúnaðar.



Hagar	[...] ¹⁹⁸	5-10%
Samkaup	[...] ¹⁹⁹	0-5%
Tölvulistinn	[...] ²⁰⁰	0-5%
Kaupás	[...] ²⁰¹	0-5%
Samtals	[...] ²⁰²	100%

Að mati samrunaaðila kemur þessi markaður ekki til skoðunar í málinu. Samkeppniseftirlitið vísar til þess sem áður hefur komið fram um tengsl smásölumarkaða DVD-mynda, tölvuleikja og tónlistar við mál þetta.

Tafla 8. Tekjur í m. kr. vegna kvikmyndasýninga ásamt upplýsingum um markaðshlutdeild fyrir árið 2005

	Tekjur	Markaðshlutdeild
Sena	[...] ²⁰³	30-35%
Sambíóin	[...] ²⁰⁴	55-60%
Laugarásbíó	[...] ²⁰⁵	5-10%
Samtals	[...] ²⁰⁶	100%

Samrunaaðilar gera ekki athugasemdir við markaðshlutdeild Senu á þessum markaði.

Nánar um mat á markaðshlutdeild

Til að meta hvort markaðshlutdeild samrunafyrirtækjanna á skilgreindum mörkuðum leiði til þess að markaðsráðandi staða verði til eða slík staða styrkist er að mati Samkeppniseftirlitsins nauðsynlegt að líta stuttlega til þess hvernig markaðshlutdeild er almennt metin í samkeppnisrétti. Samkvæmt úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 17-18/2003 *Icelandair ehf. og Iceland Express ehf. gegn samkeppnisráði* hefur markaðshlutdeild viðkomandi fyrirtækis verulega mikla þýðingu við mat á því hvort það teljist vera í markaðsráðandi stöðu. Að mati áfrýjunarnefndarinnar leiðir það af eðli málsins að því hærrí sem markaðshlutdeild er því sterkari vísbendingar gefur hún um markaðsráðandi stöðu. Hvað varðar EES/EB-samkeppnisrétt þá hefur í dómum dómstóls EB komið fram að markaðshlutdeild sé ein veigamesta vísbendingin um það hvort viðkomandi fyrirtæki hafi markaðsráðandi stöðu.²⁰⁷ Segja má að niðurstöður dómstólsins bendi til þess að því hærrí sem hlutdeildin er því líklegra sé að um markaðsráðandi stöðu sé að ræða. Einnig skiptir miklu hver hlutdeild keppinauta er. Ef talsverður munur er á hlutdeild þeirra og viðkomandi fyrirtækis er það talin vera vísbending um markaðsráðandi stöðu. Af dómi dómstóls EB í *Akzo* málinu má ráða að 50% hlutdeild eða meira teljist ein og sér sýna fram á markaðsráðandi

¹⁹⁸ Fellt út vegna trúnaðar.

¹⁹⁹ Fellt út vegna trúnaðar.

²⁰⁰ Fellt út vegna trúnaðar.

²⁰¹ Fellt út vegna trúnaðar.

²⁰² Fellt út vegna trúnaðar.

²⁰³ Fellt út vegna trúnaðar.

²⁰⁴ Fellt út vegna trúnaðar.

²⁰⁵ Fellt út vegna trúnaðar.

²⁰⁶ Fellt út vegna trúnaðar.

²⁰⁷ Sjá t.d. mál nr. 85/76 *Hoffman-La Roche v Commission* [1979] ECR 461.



stöðu nema fyrir hendi séu sérstakar aðstæður (e. *exceptional circumstances*) sem bendi til annars.²⁰⁸ Dæmi eru um að dómstólar EB hafi talið fyrirtæki sem hafa innan við 40% markaðshlutdeild vera í markaðsráðandi stöðu.²⁰⁹

Að mati framkvæmdastjórnar EB er ekki hægt að útiloka að fyrirtæki með 20–40% hlutdeild hafi markaðsráðandi stöðu. Í *Bank Austria/Creditanstalt* var t.d. markaðshlutdeild um eða yfir 30% talin leiða til þess að hinn sameinaði banki myndi ná markaðsráðandi stöðu á tilteknum bankamörkuðum.²¹⁰ Í því samhengi þótti skipta máli að keppinautar höfðu mun minni hlutdeild og aðgangshindranir væru að austurríska bankamarkaðnum. Hins vegar lítur framkvæmdastjórnin almennt svo á að markaðsráðandi staða verði til þegar fyrirtæki hafi náð á milli 40–45% hlutdeild á viðkomandi markaði að uppfylltum ákveðnum skilyrðum.²¹¹ Segja má að nái fyrirtæki með samruna þessari hlutdeild eða hærri líti framkvæmdastjórnin svo á að löglíkur séu fyrir því að markaðsráðandi staða hafi orðið til. Til þess að hnekkja þessum löglíkum þarf að sýna fram á eða leiða að því sterkar líkur að þrátt fyrir háa markaðshlutdeild sé ekki um markaðsráðandi stöðu að ræða.

Nánar verður fjallað um stöðu samrunafyrirtækjanna á viðkomandi mörkuðum í köflunum hér á eftir.

4.2 Samkeppnisleg áhrif á markaðnum fyrir áskriftarsjónvarp

Í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins var komist að þeirri niðurstöðu að samruninn leiddi til styrkingar á markaðsráðandi stöðu 365 miðla á markaði fyrir áskriftarsjónvarp. Hér að neðan verður gerð grein fyrir helstu athugasemdum samrunaaðila ásamt niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins um framangreint.

4.2.1 Athugasemdir Samrunaaðila.

Í athugasemdum samrunaaðila er því hafnað að til sé sérstakur markaður fyrir áskriftarsjónvarp á Íslandi. Þá er því hafnað að sú staðreynd að velta Dagsbrúnar sé yfir 15 milljarðar styrki þá fullyrðingu að 365 ljósvakamiðlar séu í markaðsráðandi stöðu. Er ekki fallist á það að velturök styðji þá niðurstöðu að á Íslandi sé sérstakur markaður fyrir áskriftarsjónvarp.

Þá segir í athugasemdum samrunaaðila að það veki athygli að í andmælaskjalinu sé sem mest gert úr stærð Dagsbrúnar á meðan keppinautum félagsins sé lýst sem „dvergum“. Í andmælaskjalinu sé þannig hvergi að finna stafkrók um hugsanlega keppinauta samrunaaðila á sjónvarpsmarkaði, stærð þeirra og fjárhagslega getu, aðgangshindrandir að markaði eða hugsanlegan kaupendastyrk.

²⁰⁸ Mál nr. C-62/86 *Akzo Chemie BV v Commission* [1991] ECR I-3359.

²⁰⁹ Sjá dóm undiréttar EB frá 17. desember 2003 í máli nr. T-219/99 *British Airways plc v Commission*.

²¹⁰ Mál nr. IV/M.873.

²¹¹ Í tíundu skýrslu framkvæmdastjórnarinnar um samkeppnismál segir m.a.: „A dominant position can generally be said to exist once a market share to the order of 40% to 45 % is reached. Although this share does not in itself automatically give control of the market, if there are large gaps between the position of the firm concerned and those of its closest competitors and also other factors likely to place it at an advantage as regards competition, a dominant position may well exist.“



Kaup á sjónvarpsefni

Í athugasemdum samrunaaðila kemur fram að samningar 365 ljósvakamiðla við Time Warner og Fox séu ekki að neinu leyti frábrugðnir því sem almennt tíðkist um efniskaup af stóru framleiðendum í Bandaríkjunum. Eins og komi fram í andmælaskjalinu sé um að ræða tvo stærstu framleiðendur sjónvarpsþátta á þessu ári. Það breyti hins vegar ekki því að 365 ljósvakamiðlar hafi ekki gert samninga við aðra stóra framleiðendur í Bandaríkjunum, sem framleiði jafn mikið sjónvarpsefni og Time Warner og Fox.

Tilvist þessara samninga hafi ekkert að gera með samruna Dagsbrúnar og Senu. Samruninn geri það ekki að verkum að staða 365 ljósvakamiðla til að gera fleiri slíka samninga eða framlengja þessa samninga umfram það sem komi fram í þeim styrkist frá því sem verið hafi.

Í raun sé ekki um að ræða neitt annað en umboðssamninga. Þessir framleiðendur hafi valið 365 ljósvakamiðla til að selja efni, sem sé framleitt af þeim. Slíkir samningar tíðkist á þessum markaði um allan heim, enda felist í þeim viðurkenndir viðskiptahættir á þessum markaði. Fyrir því séu augljós rök, sem séu viðskiptahagsmunir þessara stóru framleiðenda í Bandaríkjunum. Þessir framleiðendur telji hag sínum best borgið með að gera samninga við einn aðila um dreifingu. Hvorki stærð 365 ljósvakamiðla, staða þeirra á markaði hér á landi né tengsl við Senu auki möguleika 365 ljósvakamiðla á því að gera slíka samninga. Þá benda samrunaaðilar á að RÚV búi yfir slíkum magnkaupasamningi við Disney sem sé framleiðandi vinsælla sjónvarpsþáttaraða.

Þá segir í athugasemdum samrunaaðila að forveri Senu, Skífan, hafi áður verið í eigu Norðurljósa sem hafi átt Íslenska útvarpsfélagið (365 ljósvakamiðlar í dag). Þá hafi það tíðkast ekki síður en nú að Skífan hafi selt kvikmyndarétt til RÚV. Engin rök séu færð fyrir því af hverju það ástand ætti að breytast. Þá sé Sena stærsti aðilinn í talsetningu barnaefnis fyrir RÚV. Viðskiptaleg rök standi því til þess að slíta ekki tengsl viðskipta milli RÚV og Senu.

Kaup á kvikmyndum til sýningar í sjónvarpi

Í athugasemdum samrunaaðila segir að samningar 365 ljósvakamiðla við MGM, Buena Vista og Paramount hafi verið gerðir áður en Dagsbrún keypti Senu. Þessir samningar séu ekki að neinu leyti frábrugðnir því sem tíðkist á þessum markaði. Samruni Senu og Dagsbrúnar geri það hvorki líklegra né ólíklegra að slíkir samningar verði framlengdir.

Staðreyndin sé sú að á þessum markaði hafi slíkir samningar tíðkast. Stóru framleiðendurnir í Bandaríkjunum hafi gert kröfu um slíka samninga. Í raun megi líta á þennan markað sem umboðsmarkað, þ.e. að 365 ljósvakamiðlar hafi umboð frá þessum framleiðendum fyrir þeirra vörur og selji hana síðan áfram. 365 sé þá eitt bært til að selja þá vöru, sem umræddir amerískir framleiðendur framleiða.

Fráleitt sé að halda því fram að umræddir samningar útiloki keppinauta 365 ljósvakamiðla frá markaðnum, þar sem um einkarétt félagsins sé að ræða. Nægir framleiðendur séu eftir til að gera samninga við. Hafi þessi háttur við sölu á



sjónvarps- og kvikmyndaefni tíðkast í áraraðir, enda sé þetta sú leið sem best sé til þess fallin að hámarka arðsemi framleiðendanna. Stóru framleiðendurnir í Bandaríkjunum myndu aldrei taka í mál að selja fleiri en einum aðila sýningarrétt að efni sínu.

Þá segir að í andmælaskjalinu komi fram að Sena búi yfir umtalsverðum efnisréttindum til sýningar í sjónvarpi og hafi m.a. gert einkaréttasamning til sýninga í áskriftarsjónvarpi og við RÚV. Sé þetta að mati Dagsbrúnar fullkomlega eðlilegt, þar sem starfsemi Senu sé á þessu sviði. Hér sé um að ræða kvikmyndir frá óháðum framleiðendum. Ekki verði séð að þessi réttindi geri það að verkum að 365 ljósvakamiðlar öðlist neina þá stöðu á þessum markaði, sem fyrirtækið hafi ekki áður haft. Í þessu samhengi verði að hafa í huga að stóru framleiðendurnir semji sérstaklega um efnisrétt í sjónvarpi, en semji ekki saman um hann og rétt til sýninga í kvikmyndahúsum og til útgáfu á DVD. Enginn virðisauki felist í því þó Dagsbrún ráði bæði yfir 365 ljósvakamiðlum og Senu hvað þetta atriði varði, nema e.t.v. að einhverju litlu leyti varðandi kvikmyndir frá óháðum framleiðendum, sem séu algjör minnihluti af útsendu efni.

Þá segir að ekki sé áformaður samruni í skilningi hlutafélagalaga. Vegna þess sé það beinlínis rangt, sem komi fram í andmælaskjalinu að með samrunanum muni 365 ljósvakamiðlar öðlast einkarétt til sýningar á miklu magni kvikmynda sem Sena búi nú þegar yfir ásamt því að ná til sín samningum um kvikmyndir sem Sena hafi gert við erlenda kvikmyndaframleiðendur. Ástæða þess að Sena sé eigandi að þessum réttindum án þess að hafa gert samninga um sýningu efnisins við RÚV eða 365 sé sú að efnið standist ekki gæðakröfur neytenda og enginn hafi áhuga á að sýna umrætt efni.

Framleiðendurnir Fox og Sony, sem Sena sé með umboð fyrir hafi það sem kallað hefur verið „home entertainmet“ samninga algjörlega óháða samningum um sjónvarpsréttindi. Fullyrðing í andmælaskjalinu þess efnis að sterk staða Senu á markaðnum fyrir DVD myndir styrki 365 ljósvakamiðla á markaðnum fyrir áskriftarsjónvarp sé ekki rétt. Staða annarra aðila á sjónvarpsmarkaði hér á landi, hvort sem það sé Skjár einn eða RÚV eigi ekki að breytast að neinu leyti við þennan samruna og möguleikar þeirra til að afla sér efnis verði óbreyttir.

Þá segir að Sena hafi einungis gert samning um sýningarrétt á öllum gluggum varðandi kvikmyndir frá óháðum kvikmyndaframleiðendum. Séu þessir samningar um [15-20]²¹²% af heildareignum Senu á kvikmyndarétti. Þá séu kvikmyndir frá slíkum aðilum minniháttar efni í sjónvarpi hér á landi og nái sennilega varla [...] ²¹³ í áhorfi. Vegna þess sé markaðurinn fyrir innkaup á óháðum kvikmyndum hverfandi í samhengi þessa máls. Varðandi efniskaupamarkaðinn fyrir óháðar kvikmyndir verði einnig að hafa í huga að óháðu framleiðendurnir geri engan greinarmun á því hvort sjónvarpsstöð sé áskriftarstöð eða opin. Óháðar myndir hafi aldrei verið seldar frá Senu fyrst í áskriftarsjónvarp og síðan til stöðva eins og RÚV. Sú stöð sem kaupir kvikmynd kaupir allan sýningarétt hennar. Þessar myndir séu boðnar hver fyrir sig. Staða keppinauta 365 ljósvakamiðla sé því á algjörum

²¹² Nákvæm hlutdeild felld út vegna trúnaðar.

²¹³ Fellt út vegna trúnaðar.



jafnréttisgrundvelli, þegar komi að kvikmyndum óháðra framleiðenda. Þá sé því alfarið hafnað að þekking innan Senu flytjist til Dagsbrúnar varðandi innkaup á kvikmyndum frá óháðum aðilum. Þessi þekking sé til staðar hjá 365 í dag og verði engin breyting þar á.

Í andmælaskjalinu komi fram að verði samruninn að veruleika muni Dagsbrún búa yfir aðgangi að öllum sýningargluggum, fyrir kvikmyndahús, DVD heildsölu, áskriftarsjónvarp og sjónvarp í opinni dagskrá og muni það veita félaginu verulegt samkeppnislegt forskot í innkaupum á kvikmyndum og öðru sjónvarpsefni. Þessi fullyrðing sé röng, enda sett fram eins og engir aðrir aðilar séu á þessum markaði en Sena.

Þegar um óháðar kvikmyndir sé að ræða sé hins vegar almennt samið um allan rétt í einu fyrir hverja og eina kvikmynd. Við mat á því hvaða áhrif sú staðreynd hafi verði að hafa í huga að óháðar kvikmyndir séu algjör minnihluti í dagskrárframboði hjá ljósvakamiðlum 365.

Ennfremur segir í athugasemdum samrunaaðila að þeirri fullyrðingu sem komi fram í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins að samruninn styrki markaðsráðandi stöðu 365 ljósvakamiðla á markaði fyrir áskriftarsjónvarp sé alfarið hafnað, enda séu í skjalinu engin haldbær rök færð fram fyrir þeirri niðurstöðu. Samkeppniseftirlitið slái því einnig föstu að samruninn geti raskað samkeppni á markaði fyrir sjónvarp í opinni dagskrá þar sem fyrir liggja að Sena hafi átt í viðskiptum við RÚV og sé óvíst með framhald slíkra viðskipta. Þá segir að aðgangur að vinsælu efni hafi áhrif á áhorf sjónvarpsstöðva og geti samruninn því takmarkað samkeppni milli allra sjónvarpsstöðva í sölu á auglýsingum. Engin rök séu færð fyrir framangreindum fullyrðingum í andmælaskjalinu. Engin greining sé á stöðu aðila á markaði fyrir opið sjónvarp eins og hann er skilgreindur af Samkeppniseftirlitinu. Ekki sé minnst á umræddan auglýsingamarkað eða stöðu aðila á þeim markaði. Í orðum eftirlitsins felist sú afstaða að samruninn sé til þess fallinn að 365 ljósvakamiðlar muni beita markaðsráðandi stöðu sinni á einum markaði til þess að takmarka samkeppni á öðrum. Eins og að framan greinir sé hins vegar á engan hátt fullnægt þeim sönnunarkröfum sem EB-dómstóllinn hafi gert til slíkra ályktana samkeppnisyfirvalda. Þannig hafi ekki verið lagt mat á það hvort slík beiting feli ekki í sér athæfi sem þegar er bannað að lögum, þ.e. misbeiting markaðsráðandi stöðu eða hvort hegðunin sé efnahagslega hagkvæm.

4.2.2 Mat Samkeppniseftirlitsins

Áður hefur komið fram það mat Samkeppniseftirlitsins að sjónvarpsmarkaðurinn á Íslandi sé tvískiptur. Annars vegar er um að ræða markað fyrir áskriftarsjónvarp og hins vegar fyrir sjónvarp í opinni dagskrá. Dótturfélag Dagsbrúnar, 365-ljósvakamiðlar (365), starfar á markaði fyrir áskriftarsjónvarp með rekstri sjónvarpsstöðvanna Stöðvar 2 og Sýnar.

Staða 365 á markaði fyrir áskriftarsjónvarp



Samkvæmt því sem að ofan greinir er 365 með yfirburðarstöðu á skilgreindum markaði með um [95-100]²¹⁴% markaðshlutdeild. Að mati Samkeppniseftirlitsins felur svo há markaðshlutdeild sem hér um ræðir í sér ótvíræða vísbendingu um að 365-ljósvakamiðlar séu í markaðsráðandi stöðu á markaðnum fyrir áskriftarsjónvarp.²¹⁵ Einnig ber að líta til þess að 365 eru hluti af mjög öflugri fyrirtækjasamstæðu. Dagsbrún móðurfélag 365 velti yfir 15 milljörðum kr. á árinu 2005 og var með 718 milljónir kr. í hagnað. Styrkir þessi staðreynd matið á markaðsstöðu 365 ennfrekar.

Samrunaaðilar hafna því að sú staðreynd að velta Dagsbrúnar hafi verið yfir 15 milljarðar króna á síðasta ári styrki það mat að 365 sé í markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir áskriftarsjónvarp.

Samkeppniseftirlitið bendir á að alþekkt er að við mat á efnahagstyrks félags og við mat á mögulegri markaðsráðandi stöðu sé tekið mið af stærð og styrkleika þeirrar samsteypu sem viðkomandi félag er hluti af.²¹⁶ Má í þessu samhengi t.d. benda á ákvörðun Samkeppniseftirlitsins í máli nr. 9/2006 *Misnotkun Flugþjónustunnar á Keflavíkurlugvelli ehf. á markaðsráðandi stöðu sinni* þar sem litið var til heildarveltu samstæðu Flugleiða við mat á markaðsráðandi stöðu Flugþjónustunnar. En Flugþjónustan var eitt af dótturfélögum Flugleiða (nú FL Group).

[...]²¹⁷

Í athugasemdum samrunaaðila segir m.a. samningar 365 miðla um kaup á sjónvarpsefni séu ekki frábrugðnir því sem almennt tíðkist um kaup slíks efnis frá stórum framleiðendum í Bandaríkjunum. Í raun sé ekki um að ræða neitt annað en umboðssamninga milli 365 og stóra framleiðenda sjónvarpsefnis í Bandaríkjunum. Kemur fram að 365 hafi samninga við tvo stærstu framleiðendur sjónvarpsefnis 365 hafi ekki samninga við aðra stóra framleiðendur í Bandaríkjunum sem framleiði jafn mikið af sjónvarpsefni og Time Warne og Fox.

Í fyrsta lagi bendir Samkeppniseftirlitið á að því er ekki haldið fram í málinu að efniskaupasamningar 365 séu frábrugðnir öðrum slíkum samningum á sjónvarpsmarkaði. Einnig er ekki byggt á því að efniskaupasamninga 365 hafi komið til vegna samruna þess sem fjallað er um í þessu máli. Hins vegar þá er fyllilega ljóst að við mat á stöðu 365 miðla á markaði fyrir áskriftarsjónvarp eru nefndir efniskaupasamningar lykilatriði. Að því virtu að eftirsóknarvert efni er lykilatriði í vöruframboði sjónvarpsstöðvar og því að talin eru skýr tengsl á milli

²¹⁴ Nákvæm hlutdeild ekki birt vegna trúnaðar.

²¹⁵ Sjá t.d. dóm undirréttar EB í máli nr. 139/98 *AAMS v Commission* [2001] ECR II-3413. 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.*”

²¹⁶ Sjá nánar t.d. Bellamy & Child, *European Community Law of Competition* fith edition bls. 708, þar sem segir „Overall size and strengt. It may be relevant to consider the overall economic strengt of the undertaking alleged to be dominant and those of it competitors.” Má einnig benda á mál nr. 322/81 *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin* gegn framkvæmdastjórninni þar sem undirréttur Evrópudómstólsins benti á að sú staðreynd að Michelin væri hluti af fyrirtækjasamstæðu sem starfaði um gervalla Evrópu styrkti markaðsráðandi stöðu félagsins.

Case 322/81

²¹⁷ Umfjöllun um efnisréttarsamninga 365 felld út vegna trúnaðar.



sterkrar stöðu á efniskaupamarkaði og markaðshlutdeildar þá styrkja efniskaupasamningar 365 stöðu 365 miðla á markaði fyrir áskriftarsjónvarp.²¹⁸ Fela samningarnir í sér verulega aðgangshindrun fyrir nýja aðila á markaðnum. Í annan stað varðandi þá athugasemd 365 að félagið hafi ekki samninga við aðra stóra framleiðendur í Bandaríkjunum sem framleiði jafn mikið og Time Warner og Fox þá er á það bent að slíkir framleiðendur eru einfaldlega ekki fyrir hendi. Time Warner og Fox eru lang stærstu framleiðendur sjónvarpsþátta í Bandaríkjunum og samningar 365 við þá tryggja félaginu einkarétt að tæplega 50% af sjónvarpsþáttum sem framleiddir eru í Bandaríkjunum af stóru framleiðendunum²¹⁹.

[...] ²²⁰

Í athugasemdum samrunaaðila segir m.a. að umræddir samningar hafi verið til staðar áður en til samrunans kom og að þeir séu ekki frábrugðnir því sem tíðkist á sjónvarpsmörkuðum. Þá segir einnig að samningarnir útiloki ekki keppinauta 365 frá markaðnum vegna einkaréttarákvæða. Nægir framleiðendur séu eftir til þess að gera samninga við.

Samkeppniseftirlitið bendir á að ekki er á því byggt í málinu að þeir efniskaupasamningar sem að ofan eru nefndir hafi komið til vegna samruna Dagsbrúnar og Senu. Einnig er ekki á því byggt að samningar Dagsbrúnar séu frábrugðnir því sem almennt tíðkist á umræddum mörkuðum. Lykilatriðið í því samhengi sem hérna er til umfjöllunar er hvort efniskaupasamningar 365 miðla á kvikmyndum og sjónvarpsþáttum séu til þess fallnir að styrkja markaðsráðandi stöðu félagsins á markaði fyrir áskriftarsjónvarp. [...] ²²¹

Hérna verður að hafa í huga þá staðreynd að aðgangur að vinsælu og vönduðu efni er lykilatriði varðandi markaðshlutdeild og vinsældir sjónvarpsstöðar. Slíkt efni er framleitt af ofangreindum stóru kvikmyndaverum. Ekki er loku fyrir það skotið að mögulegt sé að gera samninga við minni framleiðendur, sem 365 hafa ekki gert efniskaupasamninga við, en það vinsæla gæðaefni (e. premium content) sem skapar áhorf og vinsældir er að mestu að finna hjá þeim kvikmyndaverum sem eru samningsbundin 365 miðlum.

Að mati Samkeppniseftirlitsins styrkja framangreindir samningar stöðu 365 verulega á skilgreindum markaði og um leið útiloka samningarnir því sem næst keppinauta 365 frá markaðnum þar sem um er að ræða einkarétt félagsins til að sýna umrætt efni. Hérna verður að hafa í huga að einkaréttarsamningar á þessu sviði eru taldir fela í sér verulegar aðgangshindranir fyrir núverandi og

²¹⁸ Sjá nánar grein prófessors Damien Geradin, Competition law problems raised by the entry of incumbent telecommunications operators in the media content delivery market. Þar segir m.a. „*There are also clear interactions between such markets as the holding of a dominant position on the acquisition of premium content rights will generally translate in a dominant position on the market for the delivery of such rights. This is the case because premium content is a crucial component in any media content delivery offer.*”

²¹⁹ Þessir aðilar eru Warner Bros television, 20 Century Fox television, CBS Paramount television, Touchstone television, NBC Universal television og Sony pictures television.

²²⁰ Umfjöllun um efnisréttarsamninga 365 felld út vegna trúnaðar.

²²¹ Umfjöllun um efnisréttarsamninga 365 felld út vegna trúnaðar.



væntanlega keppinauta sökum erfiðleika þeirra við að komast yfir efni til sýningar.²²² Að lokum má í þessu samhengi benda á umfjöllun um samninga 365 við FOX og Warner í árskýrslu Dagsbrúnar fyrir árið 2005. Þar segir m.a. orðrétt: „... Stöð 2 hefur fyrst íslenskra sjónvarpsstöðva gert samning við bandarísku afþreyingarfyrirtækin Fox og Time Warner um magnkaup á sjónvarpsefni. Samningarnir tryggja áskrifendum Stöðvar 2 aukið úrval af sjónvarpsefni, hvort sem það er í formi þátta eða kvikmynda.“

Varðandi þá fullyrðingu samrunaaðila að stóru „framleiðendurnir í Bandaríkjunum myndu aldrei taka í mál að selja fleiri en einum aðila sýningarrétt að efni sínu“ má vísa hér t.d. til ákvörðunar framkvæmdastjórnar EB í Newscorp/Telepieu málinu. Fram kemur í því máli að fyrirtæki á markaði fyrir áskriftarsjónvarpi hafi m.a. fallist á að gera ekki einkaréttarsamninga um kaup á eftirsóknaverðu efni. Með því móti geta keppinautar nálgast sama efni til sýningar á sínum stöðvum.²²³

Mat á áhrifum samrunans á markaðsstyrk 365

Eins og áður hefur komið fram þá starfar Sena ekki á markaði fyrir áskriftarsjónvarp og er því ekki um að ræða lárétta tengingu á milli markaðsráðandi stöðu 365 ljósvakamiðla á þeim markaði og Senu. Hins vegar tengist starfsemi Senu hinum skilgreinda markaði. Þannig bera gögn málsins með sér að Sena býr yfir umtalsverðum efnisréttindum til sýningar í sjónvarpi og hefur m.a. gert einkaréttasamning til sýninga í áskriftarsjónvarp við Íslenska útvarpsfélagið, sem var fyrirrennari 365, á fjölda kvikmynda og samninga við RÚV

²²² Sjá nánar grein prófessors Damien Geradin, Competition law problems raised by the entry of incumbent telecommunications operators in the media content delivery markets. Þar segir m.a. „Exclusive contracts represent significant entry barriers for potential new entrants. In most cases, entry will be prevented by the lack of available premium content. Moreover, even when some content might be available, entry might be impeded by the financial risks involved in buying expensive premium content. In this regard, one significant problem for new pay-V operators or pay-TV operators with a small market share seeking to acquire premium content results from high minimum guarantees that need to be paid by such operators to premium movies right holders. These guarantees are asked by premium content producers as they want to make sure they will obtain the same amount of money they would collect from a pay TV operator enjoying a large subscriber base.“

²²³ Sjá hér fréttatilkynningu framkvæmdastjórnar EB frá 2. apríl 2003: „Ensuring that the market remains open. In the Commission's view, the challenge was, therefore, to impose sufficient and adequate conditions upon the merged satellite pay-TV platform to ensure that the market remains open. Competitive constraints will come in the future from e.Biscom (a cable operator with some capacity resources), from future Digital Terrestrial Transmission (DTT) broadcasters, from satellite TV channels and possibly from an alternative fully-fledged satellite platform. But for these competitive constraints to materialise, the right conditions need to be in place. Most significantly, it is indispensable that blockbuster movies and football matches be accessible in the future, as premium content is what drives subscriptions to pay-TV. ... Access to content The undertakings relating to content will ensure that blockbuster movies, football matches and other sport rights will be available and contestable in the market. Newscorp will waive exclusive rights in relation to such content for non-satellite transmission. Cable, DTT and Internet operators will thus be able to buy content directly from right owners (e.g. film producers, football clubs, other sport rights owners). In addition non-satellite competitors will be able to buy premium contents from Newscorp by means of a "wholesale offer" based on the so-called "retail minus principle". The wholesale offer will work on an unbundled and non-exclusive basis. Moreover, access to content will be facilitated also for potential satellite competitors by allowing rights owners to unilaterally terminate with no applicable penalties their ongoing contracts with the combined platform and by limiting the duration of future contracts (2 years for football clubs and 3 years for film producers). Still to facilitate entry of satellite competitors, Newscorp has also undertaken not to "black-out" so-called second window movie rights. These are rights relating to the delayed and cheaper (compared to first window rights) release of blockbuster movies on pay-TV. In the absence of these conditions, Newscorp would have been able to decide to buy only first window rights while at the same time preventing potential competitors from buying second window rights. Thanks to this undertaking, barriers to entry have been further lowered and consumers might be able to decide when and at what price to watch movies on pay-TV.“



um einkarétt til sýningar á tilteknum kvikmyndum. Því er um að ræða lóðrétt tengsl milli Dagsbrúnar og Senu að þessu leyti. Einnig liggur fyrir að Sena er með sterka stöðu í heildsölu á DVD-myndum á Íslandi og er með umboðsdreifingarétt á DVD-myndum hér á landi fyrir stóra framleiðendur á kvikmyndum. Þá starfrækir Sena kvikmyndahúsin Smárabíó, Regnbogann og á [...] %²²⁴ hlut í Borgarbíó á Akureyri. Verður nú gerð nánari grein fyrir áhrifum þess á stöðu 365 á markaði fyrir áskriftarsjónvarp að umræddur samruni nái fram að ganga að teknu tilliti til nefndra réttinda og eigna Senu.

Eins og áður segir þá hafa Sena og Íslenska útvarpsfélagið (ÍÚ) gert með sér samning um einkarétt ÍÚ til sýninga á kvikmyndum sem Sena á rétt yfir í áskriftarsjónvarpi félagsins. Grundvallast samningurinn á samningum sem Sena hefur gert um sýningarrétt á fjölda kvikmynda við nokkra erlenda framleiðendur. Er um að ræða samninga við mikilvæga óháða kvikmyndaframleiðendur svo sem Miramax, Icon og Focus þar sem Sena hefur keypt sýningarréttinn fyrir alla sýningarglugga.²²⁵ Samningarnir fela í sér einkarétt Senu til sýningar tiltekinna kvikmynda í öllum sýningargluggum til [...] ²²⁶ ára. Hefur Sena framselt til 365 sýningarrétt af megninu af þeim myndum sem félagið hefur gert samninga um til [...] ²²⁷ ára. Þó standa eftir réttindi Senu að u.þ.b. [...] ²²⁸ kvikmyndum sem ekki er búið að gera samninga um.

Að mati Samkeppniseftirlitsins mun staða 365 í áskriftarsjónvarpi styrkjast verulega við það að Sena, sem er með umrædd sjónvarpsréttindi, renni inn í Dagsbrún. Munu 365 eignast einkarétt til sýningar á miklu magni kvikmynda sem Sena býr nú þegar yfir ásamt því að ná til sín samningum um kvikmyndir sem Sena hefur gert við erlenda kvikmyndaframleiðendur. Einnig verður að horfa til þess að sambönd Senu og þekking á innkaupamarkaði fyrir óháðar kvikmyndir færast yfir til Dagsbrúnar og styrkja stöðu þess félags enn frekar varðandi innkaup á óháðum kvikmyndum. Verður hérna að líta til þess að við samrunann þá verður til mjög efnahagslega sterkt fyrirtæki sem getur boðið upp á alla sýningarglugga kvikmynda. Mun þetta skapa hinu nýja félagi sérstöðu í innkaupum á óháðum kvikmyndum þar sem yfirleitt er keyptur sýningarréttur fyrir alla sýningargluggana, og með því styrkist staða 365 í áskriftarsjónvarpi.

Í athugasemdum samrunaaðila segir að fullkomlega eðlilegt sé að Sena hafi gert einkaréttarsamninga til sýninga í áskriftarsjónvarpi við 365 og við RÚV þar sem starfsemi Senu sé á þessu sviði. Um sé að ræða efni frá óháðum framleiðendum. Ekki verði sé að þessi réttindi geri það að verkum að 365 öðlist neina stöðu á markaðnum sem fyrirtækið hafi ekki áður haft. Þá segir að samruni sé ekki áformaður í skilningi hlutafélagalaga. Vegna þess sé beinlínis rangt sem fram komi í skýrslunni að 365 muni eignast einkarétt til sýningar á miklu magni

²²⁴ Fellt út vegna trúnaðar.

²²⁵ Óháðar myndir (e. *independent films*) eru kvikmyndir sem ekki njóta stuðnings stóru kvikmyndaveranna (e. majors). Um er að ræða smærri framleiðendur sem hafa yfir minna fjármagni að ráða og ekki jafn öflugum dreifingarleiðum. Hefur verið rætt um að u.þ.b. 15% af sölu á kvikmyndum í Bandaríkjunum stafi frá óháðum framleiðendum. Sem dæmi um óháða framleiðendur má nefna Miramax, Lions Gate, Focus Features og Fine Line.

²²⁶ Fellt út vegna trúnaðar.

²²⁷ Fellt út vegna trúnaðar.

²²⁸ Fellt út vegna trúnaðar.



kvikmynda sem Sena búi yfir. Þá segir að ástæða þess að Sena sé eigandi af þessum réttindum sé að efnið standist ekki gæðakröfur og því hafi ekki verið gerðir samningar um efnið við RÚV eða 365.

Samkeppniseftirlitið bendir á að ekki skiptir máli út frá sjónarhorni samkeppnisréttar að ekki sé áformaður samruni í skilningi laga um hlutafélög. Í málinu liggur fyrir að Dagsbrún er að kaupa Senu að fullu og að Sena komi til með að verða eitt af dótturfélögum Dagsbrúnar ásamt m.a. 365 miðlum. Með því mun Dagsbrún í skilningi samkeppnisréttar augljóslega hafa full yfirráð yfir Senu og þar með hafa stefnumótandi áhrif á rekstur þess félags. Í því felast yfirráð Dagsbrúnar yfir efnisréttindum Senu.

Hvað varðar þau réttindi sem Sena býr yfir og koma til með að færast yfir til Dagsbrúnar með samrunanum þá liggur fyrir í málinu að Sena býr yfir réttindum að miklum fjölda svokallaðra óháðra kvikmynda. Samningarnir fela í sér einkarétt Senu til sýningar kvikmyndanna í öllum sýningargluggum til [...] ²²⁹ ára. Eins og áður sagði hefur Sena framselt til 365 sýningarrétt af megninu af þeim myndum sem félagið hefur gert samninga um til [...] ²³⁰ ára. Þannig er sýningarréttur 365 af hluta af þeim myndum sem Sena býr yfir fallinn niður en Sena á enn sýningarrétt yfir myndunum. Eftir stendur hins vegar sýningarréttur að u.þ.b. [...] ²³¹ kvikmyndum sem ekki er búið að gera samninga um. Í athugasemdum samrunaaðila virðist koma fram að ástæða þess að Sena búi yfir réttindum að þessum myndum án þess að hafa gert um þær samninga sé sú að efnið standist ekki gæðakröfur neytenda og enginn hafi áhuga á umræddu efni. Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á framangreint. Hluti myndanna sem Sena býr yfir réttindum yfir hefur ekki enn verið frumsýndur heldur eru kvikmyndirnar enn á framleiðslustigi. Þá og fæst ekki betur séð en að talsverður hluti myndanna sé eftirsóknarvert gæða efni. ²³² Að mati Samkeppniseftirlitsins er augljóst að umrædd réttindi, færast þau yfir til Dagsbrúnar og 365, koma til með að styrkja stöðu 365 á markaði fyrir áskriftarsjónvarpi.

Í athugasemdum samrunaaðila kemur fram að Sena hafi einungis sýningarrétt fyrir alla glugga varðandi kvikmyndir frá óháðum aðilum. Séu kvikmyndir frá slíkum aðilum minniháttar efni í sjónvarpi hér á landi sem nái ekki miklu áhorfi. Einnig beri að taka fram að óháðir framleiðendur geri engan greinarmun á því hvort sjónvarpsstöð sé í opinni dagskrá eða ekki. Óháðar kvikmyndir hafi aldrei verið seldar frá Senu í áskriftarsjónvarp og síðan í sjónvarp í opinni dagskrá. Í athugasemdum samrunaaðila segir einnig að ekki séu færð fyrir því rök að staða annarra sjónvarpsfyriritækja muni veikjast. Engin greining sé gerð á stöðu aðila á markaði fyrir opið sjónvarps og ekki sé minnst á auglýsingamarkað eða stöðu aðila á þeim markaði. Í orðum eftirlitsins felist sú afstaða að samruninn sé til þess fallinn að 365 muni beita markaðsráðandi stöðu sinni á einum markaði til

²²⁹ Fellt út vegna trúnaðar.

²³⁰ Fellt út vegna trúnaðar.

²³¹ Fellt út vegna trúnaðar.

²³² Má ráða þetta af svokölluðu innkaupaverði Senu og svokölluðu Minimum Guarantee (MG) sem eru fjárhæð sem kaupandinn tryggir seljanda fyrir myndina. Eftir því sem MG er hærra er myndin eftirsóknarverðari.



þess að takmarka samkeppni á öðrum markaði. Séu sönnunarkröfur um slíkt ekki uppfylltar.

Samkeppniseftirlitið vísar fyrst til þess að því hefur ekki verið haldið fram í málinu að Sena búi yfir öðrum réttindum til sjónvarpsefnis en réttindum frá óháðum aðilum. Eftirlitið getur hins vegar ekki fallist á að þau sjónvarpsréttindi sem Sena býr yfir séu svo smávægileg að ekki sé um nokkra viðbót að ræða við þau réttindi sem 365 búa yfir. Í málinu liggur fyrir að 365 miðlar eru í gríðarlega sterkri stöðu á efniskaupamarkaði. Hefur 365 t.a.m. gert sk. *output samninga* Time Warner og Fox um kaup á sjónvarpsþáttum og kvikmyndum. Time Warner og Fox eru lang stærstu framleiðendur sjónvarpsþátta í Bandaríkjunum og samningar 365 við þá tryggja félaginu einkarétt að tæplega 50% af sjónvarpsþáttum sem framleiddir eru í Bandaríkjunum af stóru framleiðendum²³³. [...] ²³⁴

Í þessu ljósi blasir við að renni Sena og Dagsbrún saman verður um að ræða umtalsverða viðbót við yfirburðastöðu 365 á áskriftarsjónvarpsmarkaði. Hérna ber einnig að hafa í huga að þegar félag er í jafn sterkri stöðu og 365 þá skiptir öll styrking á þeirri stöðu miklu máli. Þá bendir Samkeppniseftirlitið einnig á að fyrrséð er að staða annarra sjónvarpsfyrirtækja mun veikjast. Blasir við sú staðreynd að með því að Sena rennur inn í Dagsbrún þá skapast möguleg útilokunaráhrif fyrir núverandi og hugsanlega keppinauta 365 frá þeim réttindum til óháðra kvikmynda sem fyrir hendir eru innan Senu. Hefur Dagsbrún samkeppnislega hagsmuni af því að miðla ekk efni til keppinauta félagsins. Umræddur samruni getur þannig takmarkað aðgang þeirra fyrirtækja að sjónvarpsefni sem hafa hug á að auka eða hefja samkeppni við 365 á markaði fyrir áskriftarsjónvarp. Í þessu samhengi ber líta þess að möguleg útilokunaráhrif er mikilsvert atriði við mat á samruna af þessum toga.²³⁵ Í þessu samhengi er einnig rétt að benda að eftirsóknarvert sjónvarpsefni er takmörkuð auðlind²³⁶ sem skiptir miklu máli fyrir aðila á markaði að komast yfir. Þá verður að halda hér til haga að eftirsóknarvert efni er lykilatriði í vöruframboði sjónvarpsstöðvar og að talin eru skýr tengsl á milli sterkrar stöðu á efniskaupamarkaði og markaðshlutdeildar.²³⁷

²³³ Þessir aðilar eru Warner Bros television, 20 Century Fox television, CBS Paramount television, Touchstone television, NBC Universal television og Sony pictures television.

²³⁴ Umfjöllun um efnisréttarsamninga 365 felld út vegna trúnaðar.

²³⁵ Sjá nánar The EC Mergur Regulation: Substantive Issues, Alistair Lindsay bls. 365 og áfram. Sjá einnig Merger Control in the EU, Second Edition, Navarro, Font, Folguera og Briones, bls. 274. Þar segir m.a. að samkeppnisleg vandmál tengd lóðréttum samrunum sé hægt að greina í þrjá hluta og eru þar fyrst nefnd „*the exclusion of competitors (theories of foreclosure and raising rivals' costs...*”

²³⁶ Sjá nánar grein prófessors Damien Geradin, Competition law problems raised by the entry of incumbent telecommunications operators in the media content delivery markt. Þar segir m.a. „*Yet getting access to premium content is not an easy matter even for large operators. First, premium content is scarce as there are only a few blockbusters each year and a limited number of premium sport events every year. There is thus a serious scarcity problem. Moreover, a number of industry practices, which generally translate into restrictive clauses in selling/buying premium content rights contracts may render the acquisition of premium content rights extremely difficult.*”

²³⁷ Sjá nánar grein prófessors Damien Geradin, Competition law problems raised by the entry of incumbent telecommunications operators in the media content delivery markt. Þar segir m.a. „*There are also clear interactions between such markets as the holding of a dominant position on the acquisition of premium content rights will generally translate in a dominant position on the market for the delivery of such rights. This is the case because premium content is a crucial component in any media content delivery offer.*”



Samruninn getur einnig raskað samkeppni á markaði fyrir sjónvarp í opinni dagskrá. Í málinu liggur m.a. fyrir að Sena hefur átt í viðskiptum við RÚV þar sem RÚV hefur keypt einkarétt til sýningar á tilteknum myndum af félaginu. Er óvíst með framhald slíkra viðskipta eftir samrunann og með því takmarkast val annarra sjónvarpsstöðva á aðgangi að dagskrárefni í sjónvarpi í opinni dagskrá. Aðgangur að vinsælu efni hefur vitaskuld áhrif á áhorf sjónvarpsstöðva. Getur samruninn þannig einnig takmarkað samkeppni milli allra sjónvarpsstöðva í sölu á auglýsingum.

Í athugasemdum samrunaaðila segir að fullyrðingar sem komi fram í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins þess efnis að umboðsdreifingarréttur Senu á kvikmyndum og DVD-myndum og aðgangur Dagsbrúnar að öllum sýningargluggum fyrir kvikmyndir komi til með að veita félaginu forskot í innkaupum á sjónvarpsefni sé röng.

Samkeppniseftirlitið bendir á að samkvæmt gögnum málsins er Sena með umboðsdreifingarrétt á DVD-myndum á Íslandi fyrir 20th Century Fox, Sony Home Entertainment, Columbia Tristar, MGM, Miramax og Focus Features o.fl. fyrirtæki. Þá er Sena einnig með umboð fyrir tvo stærstu kvikmyndaframleiðendurna²³⁸, þ.e. 20th Century FOX og Sony pictures, í tengslum við kvikmyndahús félagsins. Ennfremur er Sena í samstarfi við Laugarásbíó um útgáfu kvikmynda frá Universal á DVD-diskum. Við rannsókn málsins hafa aðilar á markaði lýst yfir áhyggjum af þeim kaupendastyrk sem þeir telja að skapist við samrunann. Er á það bent að sú staðreynd að Dagsbrún komi til með að búa yfir aðgangi af öllum sýningargluggum, kvikmyndahúsum, DVD-heildsölu, áskriftarsjónvarpi og sjónvarpi í opinni dagskrá komi til með að veita félaginu verulegt samkeppnislegt forskot í innkaupum á kvikmyndum og öðru sjónvarpsefni. Samkeppniseftirlitið getur fallist á að aukin stærð fyrirtækja leiði almennt til hagkvæmari innkaupa. Fæst ekki betur sé en að umræddur umboðsdreifingarréttur og réttur til sýninga í kvikmyndahúsum sem Sena býr yfir veiti 365 ljósvakamiðlum visst forskot við innkaup á dagskrárefni fyrir áskriftarstöðvar félagsins færast hann yfir til Dagsbrúnar. Eins og áður hefur komið fram þá hefur Sena verið umsvifamikil aðili í innkaupum á óháðum kvikmyndum. Þá liggur fyrir að við innkaup á óháðum kvikmyndum eru yfirleitt keyptir allir sýningargluggar. Þannig opnast möguleiki fyrir Dagsbrún að kaupa kvikmyndir til sýningar fyrir alla sýningarglugga félagsins. Þar með geta félög í eigu Dagsbrúnar, 365 miðlar og Sena, í raun nýtt fjárfestinguna í kvikmyndum betur en keppinautar á markaði fyrir kaup á óháðum kvikmyndum sem ekki búa yfir öllum sýningargluggum. Verður í því sambandi að hafa í huga viðskiptasambönd og þá markaðsþekkingu sem Sena óhjákvæmilega býr yfir. Mun þetta skapa Dagsbrún samkeppnislegt forskot á markaðnum fyrir áskriftarsjónvarp. Verður og að virða þetta í samhengi við öfluga stöðu 365 á markaði fyrir áskriftarsjónvarp, fjárhagslegan styrk samstæðunnar og getu Dagsbrúnar til að kynna efni sitt með beinum eða óbeinum hætti í gegnum prent- og ljósvakamiðla sína.

²³⁸ Stærstu kvikmyndaframleiðendurnir (e. *Majors*) eru sex talsins, 20th Century Fox, Warner Brothers, Universal, Sony pictures, Buena Vista og Paramount.



Í ljósi framangreinds er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að samruninn komi til með að styrkja markaðsráðandi stöðu 365 á markaði fyrir áskriftarsjónvarp.

4.3 Samkeppnisleg áhrif á markaðnum fyrir tónlist á geisladiskum

Í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins er það ein af niðurstöðunum að samruninn leiði til styrkingar á markaðsráðandi stöðu 365 miðla á markaði fyrir sölu á geisladiskum. Hér að neðan verður gerð grein fyrir helstu athugasemdum samrunaaðila ásamt niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins um framangreint.

4.3.1 Mat samrunaaðila

Í athugasemdum samrunaaðila segir að óumdeilt sé að Sena hafi markaðsráðandi stöðu í heildsölu tónlistar hér á landi. Þá eru ekki gerðar athugasemdir við þá markaðshlutdeild sem komur fram í andmælaskjalinu. Hins vegar er því alfarið hafnað að samruninn nái einnig til Haga sem er dótturfélag Baugs, heldur eingöngu til Senu og Dagsbrúnar.

Þá segir í athugasemdum að markaðshlutdeild Senu fyrir útgáfu á tónlist komi ekki til með að breytast við samrunann. Samrunaaðilar hafna því að Sena komi til með að búa við afslætti í auglýsingum og að jafnræðis verði ekki gætt gagnvart keppinautum í kynningu á efni. Kveður Dagsbrún að um sé að ræða aðdróttanir sem séu óviðunandi. Þá hafi ekki farið fram nein greining á auglýsingamarkaðnum þannig að hann geti ekki komið til skoðunar í málinu. Þá segir að allar auglýsingar frá dótturfélögum Dagsbrúnar sem birtar eru í miðlum 365 séu seldar á markaðskjörum. Sé engin breyting fyrirhuguð á því. Einnig er á það bent að miðlar 365 séu ekki einu auglýsingamiðlarnir í landinu. Hér á landi séu reknir öflugir prentmiðlar í samkeppni við Fréttablaðið, þar af einn frímiðill sem sé dreift á flesta þéttbýlisstaði landsins, líkt og Fréttablaðinu. Auglýsingar RÚV hafi mest áhorf í sjónvarpi og fleira mætti telja. Þá verði heldur ekki séð að Dagsbrún eða dótturfélög sem starfa á auglýsingamarkaði hafi efnahagslegan ávinning af því að útiloka auglýsingar keppinauta.

Varðandi verslunarstarfsemi Haga þá sé vísað til þess sem áður hafi komið fram um það efni, en í málinu felist ekki samruni Haga og Senu. Varðandi það að möguleg útilokunaráhrif séu til staðar fyrir keppinauta Senu í verslunum Haga þá sé dylgjað um að forsvarsmenn þessara öflugu fyrirtækja hér á landi stundi starfsemi sem sé í andstöðu við lög.

Með vísan til þessa er því hafnað að samruninn styrki stöðu Senu á markaðnum fyrir útgáfu og heildsöludreifingu á tónlist.

Að lokum segir að tengsl Dags Group og Dagbrúnar séu ekki með þeim hætti að ógn stafi af. Hlutfjáreign Dags Group í Dagsbrún sé eingöngu komin til vegna kaupa Dagsbrúnar á Senu. Forsvarsmaður Dags Group hafi lýst því yfir að hann muni selja þá hlutfjáreign við fyrsta tækifæri til að lækka skuldastöðu fyrirtækisins. Þá séu viðskipti D3 og Dags Group minniháttar í samanburði við heildarstarfsemi D3 og fjárfesting Árdegis í Merlin sé lítill hluti af heildarefnahagi Árdegis.



4.3.2 Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins

Eins og fram kemur hér að framan þá er Sena í yfirburðastöðu í heildsölu á tónlist með 80-85% markaðshlutdeild. Er ljóst að félagið (og forverar þess) hafa haft þessa yfirburðastöðu um langt árabíll, sbr. nánari umfjöllun í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 40/2001 og 19/2004. Einnig er vert að benda á að samkvæmt söluyfirliti sem Íslandsbanki hf. (nú Glitnir banki hf.) gerði fyrir væntanlega kaupendur að Senu í desember 2005 þá er Sena sögð stærsti útgefandi af íslenski tónlist með um [65-70]²³⁹ % markaðshlutdeild, en tónlistarsafn Senu telur um [80-85]²⁴⁰% af allri útgefinni íslenski tónlist frá árinu 1950. Þá er Sena með umboð fyrir alla helstu tónlistarútgefendur í heiminum sem eru samtals með um [90-95]²⁴¹% af sölu á erlendri tónlist á Íslandi. Ekki getur því leikið vafi á því að Sena er í markaðsráðandi stöðu á markaðnum fyrir heildsölu á tónlist á geisladiskum enda gera samrunaaðilar ekki athugasemdir við þá niðurstöðu í athugasemdum sínum.

Eins og gerð hefur verið grein fyrir felst í samruna Senu og Dagsbrúnar einnig samruni milli Senu og Haga. Hagar eru mjög umsvifamikil og fjársterkt félag sem kemur að smá- og heildsölu á margvíslegum varningi.²⁴² Hagar eru í sterkri stöðu í smásölu á tónlist á geisladiskum með u.þ.b. [25-30]²⁴³% markaðshlutdeild. eru Hagar næst stærsti aðilinn á þessum markaði á eftir Degi Group (Skífan og BT).

Rannsókn málsins hefur leitt í ljóst að meðal þess sem aðilar á markaði hafa áhyggjur af varðandi samrunann er sú samþætting sem skapast milli fyrirtækis sem er með yfirburðastöðu í heildsölu og útgáfu á tónlist og fjölmiðlasamsteypu sem býr yfir fjöldamörgum öflugum ljósvaka- og prentmiðlum. Að mati Samkeppniseftirlitsins er ástæða til þess að kanna þetta atriði nánar.

Hér ber fyrst að horfa til þess að fyrir liggur að hvers konar kynningar eða óbeinar/beinar auglýsingar geta haft veruleg áhrif á kauphegðun neytenda á markaði fyrir tónlist á geisladiskum.²⁴⁴

Þær sjónvarpsstöðvar sem tilheyra 365 ljósvakamiðlum, dótturfélagi Dagsbrúnar, eru Stöð 2, Sýn, NFS, Popptíví, Stöð 2 bíó og Sirkus. Að auki rekur félagið útvarpsstöðvarnar Bylgjana, FM957, Létt FM, Talstöðina og X-ið 977. Þá gefa 365 prentmiðlar út dagblaðið Fréttablaðið og helgarblaðið DV ásamt tímaritunum Birtu, Hér og nú, Sirkus og Veggfóðri. Einnig heldur félagið úti heimasíðunni Vísir.is, sem er að finna á slóðinni www.visir.is, en þar er um að ræða alhliða frétt- og upplýsingavef. Það liggur því fyrir að 365 reka afar fjölbreytta fjölmiðla.

Staða félagsins er sterk á útvarpsmarkaði. Samkvæmt könnun Gallup sem gerð var á útvarpshlustun í nóvember 2005 þá var Rás 2 með 59,2% hlustun, Bylgjan

²³⁹ Nákvæm hlutdeild felld út vegna trúnaðar.

²⁴⁰ Nákvæm hlutdeild felld út vegna trúnaðar.

²⁴¹ Nákvæm hlutdeild felld út vegna trúnaðar.

²⁴² Undir Haga fellur rekstur m.a. Bónuss, Hagkaupa, 10-11, Útilífs, Zara, Debenhams og Topshop. Samtals á félagið 81 verslun í þremur löndum. Jafnframt á fyrirtækið innkaupafyrirtækið Aðföng og Grænt og vöruhótelíð Hýsingu.

²⁴³ Nákvæm hlutdeild felld út vegna trúnaðar.

²⁴⁴ Sjá t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar EB í máli nr. Comp/M.3333 Sony/BMG.



með 57,4%, Rás 1 með 45,8%, FM 95,7 með 33%, Létt með 17,3%, Saga 15,4%, Talstöðin 15,2%, XFM 14,5%, X-ið 8,5% og Kiss Fm 8,4%.²⁴⁵ Á útvarpsmarkaði hefur hlustun haldist frekar stöðug undanfarin þrjú ár samkvæmt könnunum Gallup. Í könnun Gallup í apríl 2006 kemur fram að Bylgjan er orðin vinsælust íslenskra útvarpsstöðva. Yfir helmingur allra hlustar á hana og er staða stöðvarinnar sterk í öllum aldursflokkum nema þeim efsta.

Samkvæmt þessu þá er staða 365 á útvarpsmarkaði mjög sterk. Útvarpsstöðvar 365 ljósvakamiðla njóta vinsælda í flestum aldursflokkum og er félagið með stöðvar sem þjóna flestum hópum hlustenda. Hérna er rétt að hafa í huga að fjölmiðlar sem hafa sterka stöðu á meðal afmarkaðra hópa eru ákjósanlegir fyrir auglýsendur sem vilja ná til ákveðinna markhópa. Þá gefur það auga leið að þrátt fyrir að aðrar útvarpsstöðvar 365 ljósvakamiðla séu nokkuð minni en Bylgjan þá er fjöldi þeirra mikill og samanlögð hlustun mjög mikil. Af þessu að dæma er staða 365 á útvarpsmarkaði sterk.

Fyrirtækið 365 er með yfirburðastöðu á markaði fyrir áskriftarsjónvarp og nýtur verulegrar hylli áhorfenda. Hefur aðeins RÚV notið meiri hylli áhorfenda en RÚV rekur ekki áskriftarsjónvarp. Aðrar stöðvar í eigu 365 ljósvakamiðla njóta einnig nokkurra vinsælda. Samkvæmt mælingum Gallup á uppsöfnuðu áhorfi á sjónvarp frá því í mars 2006 var RÚV með 92,7% áhorf, Stöð 2 með 74,3% áhorf, Skjár einn með 64,4%, Sirkus með 35,1% og NFS með 23,6% uppsafnað áhorf. Blásir við að staða sjónvarpsmiðla 365 er afar sterk á íslenskum sjónvarpsmarkaði, sbr. einnig umfjöllun hér að framan.

Lestur dagblaða hefur verið tiltölulega stöðugur undanfarin ár ef miðað má við fjölmiðlakannanir Gallup. Fréttablaðið hefur verið þar áberandi efst með tæplega 70% meðallestur á tölublað sl. eitt og hálf ár auk þess sem um 90% landsmanna líta eitthvað í blaðið í viku hverri. Hér verður að hafa í huga að aðeins er um að ræða þrjú dagblöð sem gefin eru út og dreift til stórs hluta landsmanna. Samkvæmt nýjustu könnun Gallup sem var gerð í maí 2006 á lestri íslenskra dagblaða þá reyndist meðallestur Fréttablaðsins vera 68,3%, Morgunblaðsins 54,3% og Blaðsins 32,9%.

Vinsælasta tímarit landsins er Birta sem gefið er út af 365 prentmiðlum. Fast á hæla þess fylgja tímarit gefin út af Morgunblaðinu en önnur tímarit 365 prentmiðla þar á eftir. Njóta þau mismikillar hylli lesanda en flest allnokkurrar.

Af framangreindu má ráða að staða 365 er mjög sterk á íslenskum fjölmiðlamarkaði. Kemur þar ekki hvað síst til hinn mikli fjöldi miðla sem félagið hefur yfir að ráða ásamt því sem margir þessara miðla njóta mikilla vinsælda. Þýr félagið yfir miðlum á sviði útvarps, sjónvarps, dagblaða og tímarita sem höfða þegar horft er til allra miðlanna til allra aldurshópa. Af þessu leiðir að auglýsingamáttur sá sem í 365 miðlum felst er gríðarlegur.

²⁴⁵ Miðað er við uppsafnaða hlustun yfir viku.



Fyrir liggur að Sena býr yfir mjög sterkri stöðu á markaði fyrir útgáfu og heildsölu á tónlist á Íslandi. Hefur það viðhorf almennt komið fram frá keppinautum Senu á markaði að þeir telji að Sena komi til með að búa við afsláttarkjör í auglýsingum, sem enginn annar auglýsandi komi til með að njóta, en einnig hafa komið fram verulegar efasemdir um að fjölmiðlar 365 komi til með að gæta jafnræðis gagnvart auglýsingum keppinauta á afþreyingarmörkuðum og margvíslegri kynningu, sem mikilvæg er slíkri starfsemi. Samkeppniseftirlitið getur tekið undir að þessi hættu er fyrir hendi og að mjög óæskileg staða í samkeppnislegu tilliti geti myndast með tengslum Senu, sem framleiðir og selur vöru sem þarfnast mikilla auglýsinga, við þann auglýsingamátt sem býr í fjölmiðlum 365 ljósvakamiðla. Er ljóst að slík tengsl eru til þess fallin að styrkja stöðu Senu á markaði fyrir heildsölu og útgáfu á tónlist. Ljóst er að samrunaaðilar telja almennt að tengslin muni styrkja stöðu Senu.²⁴⁶

Að mati Samkeppniseftirlitsins skapast að þessu leyti tvíþætt vandamál með samrunanum. Annars vegar er hætt við því að Sena komi til með að njóta afsláttar og annarra viðskiptakjara umfram keppinauta sína á markaði á beinum auglýsingum í miðlum 365 og með því geti félagið styrkt stöðu sína á markaði. Athuga ber að tónlist, DVD-myndir og tölvuleikir eru vörur sem þurfa mikillar auglýsingar við. Hefur verið talað um að auglýsingar og kynning á kvikmyndum og tónlist geti ráðið úrslitum um sölu þess efnis. Getur Sena með þessum hætti náð verulegu forskoti á keppinauta sína. Hins vegar skapast einnig hættu á margvíslegum óbeinum auglýsingum og kynningu á vörum frá Senu í fjölmiðlum í eigu Dagsbrúnar. Má hér sem dæmi nefna spilun í útvarpsmiðlum 365 á efni útgefna af Senu sem og á tónlist sem Sena hefur umboðsrétt fyrir, sýningu tónlistarmyndbanda í miðlum 365, umfjöllun í dagblöðum 365 um listamenn sem starfa fyrir Senu o.s.frv. Með tengingu Senu og Dagsbrúnar skapast grundvöllur fyrir misnotkun þess auglýsingamáttar sem býr í fjölmiðlum 365 á kostnað keppinauta Senu.

Í athugasemdum samrunaaðila kemur fram að í umfjöllun í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins um auglýsingamátt 365 miðla og mögulega misnotkun á honum felist óviðunandi aðdróttanir um misnotkun Dagsbrúnar og dótturfélaga á stöðu sína á markaði. Þá geti auglýsingamarkaður ekki komið til athugunar þar sem ekki hafi verið gerð sérstök rannsókn á þeim markaði.

Samkeppniseftirlitið bendir á að umfjöllun eftirlitsins byggir á mati á þeim samkeppnislegu vandamálum sem skapast geta við samrunann. Hér að ofan hefur verið gerð ítarleg grein fyrir þeim auglýsingamætti sem í miðlum 365 felst. Þá liggur fyrir að tónlist er vara sem þarf mikillar kynningar við. Að mati Samkeppniseftirlitsins skapast sú hættu að listamenn Senu komi til með að njóta forgangs í miðlum 365 miðla í kjölfar samrunans á kostnað keppinauta Senu. Ekki er verið að bera því við eins og Dagsbrún virðist ætla að „*Dagsbrún og*

²⁴⁶ Sjá hér fréttatilkynningu um kaup Dagsbrúnar á Senu (birt m.a. á www.dagsbrun.is): „Við erum þess fullviss að Sena og D3 eigi mjög vel heima innan Dagsbrúnar og að þau muni eflast enn frekar á næstu árum. Kemur þar ekki síst til sá styrkur sem hlýst af því að vera hluti af þeirri öfluglu heild fyrirtækja sem innan Dagsbrúnar starfa ...”



dótturfélög misnoti stöðu sína á markaði í dag". Verið er benda á það samkeppnislega forskot sem hið sameinaða félag mun njóta með tilheyrandi röskun á þeirri samkeppni sem keppinautar félagsins geta veitt.

Hvað varðar markað fyrir auglýsingar þá er með umfjöllun eftirlitsins einungis miðað að því að draga fram þann auglýsingamátt sem í miðlum 365 felst. Gefur framangreind umfjöllun mjög skýra mynd af fjölda og vinsældum miðla 365. Umfjöllunin snýst ekki um auglýsingamarkaðinn út frá sjónarhóli auglýsenda og mögulegar samkeppnishömlur á þeim markaði, í kjölfar samrunans, eins og samrunaaðilar virðast ætla í umfjöllun sinni. Einungis er verið að benda á þann auglýsingamátt sem í miðlum 365 felst og mögulega misnotkun á honum á kostnað keppinauta Senu. Í þessu ljósi er ekki þörf á frekari greiningu á auglýsingamarkaði en gerð hefur verið við rannsókn málsins. Þá er á það bent að talnaefni það sem Samkeppniseftirlitið byggir mat sitt á stafar frá fyrirtækinu Gallup sem sérhæfir sig í gerð skoðanakannana og rannsókna t.a.m. á fjölmiðlamarkaði. Að því virtu verður að telja að um áreiðanlega úttekt sé að ræða og þá sérstaklega í ljósi þess að samrunaaðilar notast sjálfir við úttekt Gallup á fjölmiðlamarkaði við mat sitt á vinsældum miðla sinna.

Samrunaaðilar benda á að allar auglýsingar Dagsbrúnar sem birtar séu í miðlum 365 séu seldar á markaðskjörum og sé engin breyting fyrirhuguð á því. Þá benda samrunaaðilar á að miðlar 365 séu ekki einu auglýsingamiðarnir á markaðnum.

Taka ber fram að ekki er um það deilt að fleiri auglýsingamiðlar en miðlar 365 séu fyrir á markaðnum. Augljóslega geta keppinautar Senu valið um að auglýsa í fleiri miðlum en miðlum 365. Hins vegar er það mat Samkeppniseftirlitsins að sú hætta skapist með samrunanum að Sena komi til með að njóta sérstakra kjara í auglýsingum hjá systurfélögum sínum umfram keppinautana sem mögulega raski samkeppni á þessum markaði. Blasir við að komi keppinautar Senu til með að þurfa að greiða hærra verð fyrir auglýsingar hvort sem er í miðlum 365 eða í öðrum miðlum en Sena þá veikir það stöðu keppinautanna í samkeppni við Senu. Stöðu sem er þegar veikari vegna markaðsyfirráða Senu sem áður hefur verið bent á. Þá verður sérstaklega að hafa í huga að geisladiskar, DVD- myndir og annar slíkur varningur er afar auglýsinganæm vara. Þá er á það bent að að ákvörðun um að selja auglýsingar innan eigin fyrirtækjasamsteypu á markaðskjörum er viðskiptaleg ákvörðun sem er háð breytingum. Stjórnendur Dagsbrúnar geta augljóslega ákveðið hvenær sem er að selja Senu eða öðrum fyrirtækjum innan Dagsbrúnar auglýsingar í eigin miðlum á öðru verði en keppinautum þeirra. Þeir geta líka séð til þess að vörur Senu njóti forgangs í fjölmiðlum samsteypunnar í hvers konar óbeinum auglýsingum og kynningum. Í því ljósi er samruni Senu og Dagsbrúnar til þess fallinn að hafa samkeppnisraskandi áhrif.

Að mati Samkeppniseftirlitsins kemur það einnig til með að styrkja stöðu Senu á heildsölumarkaði fyrir tónlist að tengjast sterkum smásala eins og Högum. Heildaráhrif þess að innan sömu fyrirtækjasamstæðu sé að finna alla framleiðslulínuna í tónlist, þ.e. útgáfu, heildsölu og smásölu, ásamt tengingu við



mjög öflugt fjölmiðlafyrirtæki og mjög sterkan alhliða smásala eru til þess fallin að takmarka verulega samkeppni. T.a.m. eru möguleg útilokunaráhrif fyrir keppinauta Senu í verslunum Haga ásamt því sem aðgangur að þeim auglýsingarmætti sem felst í miðlum 365 getur mögulega raskað samkeppni bæði á heildsölustigi og í smásölu.

Í athugasemdum samrunaaðila segir að í málinu felist ekki samruni Haga og Senu. Þá segir að umfjöllun um möguleg útilokunaráhrif séu dylgjur um að forsvarsmenn þessar öflugu fyrirtækja stundi starfsemi sem brjóti í bága við lög.

Varðandi þann þátt umfjöllunar um samrunann sem lýtur að Högum vísast til ítarlegrar umfjöllunar hér að framan. Samkeppniseftirlitið vísar til þess að umfjöllunin byggir á mögulegum útilokunaráhrifum sem skapast við samruna þann sem er til umfjöllunar. Að mati Samkeppniseftirlitsins skapast t.d. sú hætta við samrunann að listamenn Senu komi til með að njóta forgangs í verslunum Haga á kostnað keppinauta félagsins. Hér er rétt að leggja á það áherslu að útilokunaráhrif er meginhættan sem skapast við samruna fyrirtækja sem ekki starfa á sama markaði, sbr. það sem áður hefur komið fram.

Varðandi þá samkeppni sem ríkt getur á mörkuðum fyrir tónlist á geisladiskum eftir samrunann ber einnig að líta til þess að Sena var upphaflega hluti af Degi Group. Félaginu hafi hins vegar verið skipt í félögin Dag og Senu sem bæði hafi verið í eigu Disksins. Fyrir kaupverð hlutanna í Senu fékk Diskurinn greitt að hálfu leyti með hlutabréfum í Dagsbrún og er einn af stærstu einstöku hluthöfum í félaginu. Dagur Group er helsti keppinautur Haga í smásölu á tónlist á geisladiskum í gegnum verslanir Skífunnar og BT. Einnig ber að horfa til þess að D3, dótturfyrirtæki Dagsbrúnar, er í margháttuðu samstarfi við Dag. Rekur D3 vefi í nafni BT og Skífunnar og selur þjónustu í nafni BT. Ekki verður heldur framhjá því horft að Sverrir Berg Steinarsson annar eigandi Disksins og Dags er í samstarfi við Baug vegna kaupa á dönsku raftækjakeðjunni Merlin. Þegar þessi tengsl eru virt saman telur Samkeppniseftirlitið að samruninn geti að þessu leyti haft skaðleg áhrif á samkeppni á markaði fyrir tónlist á geisladiskum. Samkeppniseftirlitið vísar til þess að umfjöllun þessi miðar við hlutarfjáreign Dags Group í Dagsbrún eins og hún er þegar málið kemur til ákvörðunar og mögulegar samkeppnishömlur því fylgjandi. Meint fyrirætlun forsvarmanna Dags Group sem sagt er frá í athugasemdum samrunaaðila um að félagið komi til með að selja hlut sinni í Dagsbrún getur ekki haft áhrif við framagreint mat.

Að öllu framangreindu virtu er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að samruninn sé til þess fallinn að styrkja markaðsráðandi stöðu Senu á markaði fyrir útgáfu og heildsölu dreifingu á tónlist verulega.

4.4 Samkeppnisleg áhrif á markaðnum fyrir tónlist á Netinu

Í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins kemst stofnunin m.a. að þeirri niðurstöðu að samruninn leiði til styrkingar á markaðsráðandi stöðu 365 miðla á markaði



fyrir tónlist á Netinu. Hér að neðan verður gerð grein fyrir helstu athugasemdum samrunaaðila ásamt niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins um framangreint.

4.4.1 Athugasemdir samrunaaðila

Í athugasemdum samrunaaðila er fallist á það með Samkeppniseftirlitinu að tónlist.is sé í markaðsráðandi stöðu við sölu á tónlist á Netinu. Samrunaaðilar hafi þó ýmislegt við umfjöllun Samkeppniseftirlitsins um þann þátt að athuga. Í fyrsta lagi sé fjallað að miklu leyti um hver þróunin á umræddum markaði sé að verða. Ljóst sé að þróun í sölu á tónlist sé ör. Umfjöllun í andmælaskjalinu sé þó háð of miklum spádómum til að á henni sé byggjandi. Í öðru lagi sé vitnað til umfjöllunar í sölukynningu Íslandsbanka á Senu. Ljóst sé að umfjöllun í slíkri kynningu geti ekki með nokkru móti orðið að röksemdafærslu fyrir niðurstöðu í samrunamáli. Skoðun bankamanna á tækifærum í rekstri þess sem sé til sölu verði ekki samsamað kaupandanum. Í þriðja lagi myndi söluneitun D3 til annarra aðila á fjarskiptamarkaði fela í sér brot á bannreglum samkeppnislaga en slík hugsanleg brot eigi ekki að hafa áhrif á mat á samrunamálum.

Að lokum kemur fram í athugasemdum samrunaaðila að fullyrðingar Samkeppniseftirlitsins um sterka stöðu Og Vodafone á farsímamarkaði og hugsanlega möguleika þess fyrirtækis til misbeitingar þeirrar stöðu sé ámælisverð. Í fyrsta lagi skorti greiningu á fjarskiptamarkaði og farsímamarkaði sérstaklega í skýrslunni. Í öðru lagi liggja fyrir að samkeppnisyfirvöld hafi í fjölda mála komist að þeirri niðurstöðu að Síminn hf. (áður Landssími Íslands hf.) sé í yfirburðastöðu á fjarskiptamarkaði og undirmörkuðum.

4.4.2 Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins

Fyrirtækið D3 er hluti af þeirri starfsemi sem fylgir Senu í samrunanum við Dagsbrún. Á heimasíðu D3 er starfsemi félagsins lýst með þessum hætti:

„D3 er leiðandi efnisveita fréttá- og afþreyingarefnis fyrir alla stafræna miðla. D3 dreifir og selur tónlist, myndir, tölvuleiki, hringitóna, fréttir og margt fleira í gegnum Netið, ljósleiðara, farsíma og gagnvirkt sjónvarp. D3 rekur að auki Internetþjónustu, útgáfufyrirtæki, margskonar farsímaþjónustur og nokkra af vinsælustu vefjum landsins. D3 starfar bæði á neytendamarkaði og fyrirtækjamarkaði. Lykillinn að árangri er aðgengi að hágæða afþreyingarefni, innlendu og erlendu. Stafræn dreifing afþreyingarefnis stýttir leiðina til neytenda sem fá aðgang að afþreyingu á betra verði en áður, hvar og hvenær sem þess er óskað.“²⁴⁷

D3 rekur Tónlist.is sem er íslensk tónlistarveita á Netinu. Á heimasíðu D3 er starfsemi félagsins á tónlistarsviði lýst á eftirfarandi hátt:

„D3 hefur yfir að ráða stærsta gagnagrunni landsins með íslenskri tónlist. Í samstarfi við Samtón, regnhlífarsamtök tónlistarfólks á Íslandi er unnið að skráningu á allri íslenski tónlist, allar götur frá árinu 1910. D3 rekur tónlistarvefinn Tónlist.is þar sem hægt er að sækja stærsta

²⁴⁷ Sjá www.d3.is



safn íslenskrar og erlendrar tónlistar á Netinu sem völ er á í heiminum. D3 er einnig í samstarfi við Loudeye, stærsta dreifingaraðila stafrænnar tónlistar á heimsvísu. D3 er leiðandi í framleiðslu og dreifingu rauntóna fyrir farsíma hérlendis og stöðugt bætist við safnið. Hvort sem um er að ræða tónlist fyrir stafræna spilara, farsíma eða aðra stafræna tækni, þá hefur D3 lausnina, með hágæða efni. "

Tónlist.is býður upp á áskriftarþjónustu á tónlist með ótakmarkaðri hlustun og/eða kaup á einstökum lögum, lagalistum eða heilum plötum. Getur notandi bæði sótt lög og geymt þau á hörðum diskum og hlustað á þau þegar honum hentar. Að auki getur hann hlustað á lögin yfir Netið (e. *stream*).²⁴⁸ Samkvæmt áðurnefndu söluyfirliti Íslandsbanka sem gert var vegna fyrirhugaðrar sölu á Senu í desember 2005 er þjónusta tónlistar.is sú eina sinnar tegundar á Íslandi og er boðið upp á aðgang að 40.000²⁴⁹ íslenskum lögum.²⁵⁰ Kemur fram í söluyfirlitinu að mikil sóknarfæri séu á markaðnum með fjölgun áskrifenda og sölu á lögum og tækifæri séu til að auka verulega erlenda tónlist og bæta við tegundum þjónustu. Á heimasíðu tónlistar.is kemur fram að tónlist.is sé með samninga við alla helstu útgefendur tónlistar og fjölda listamanna. Þá er áréttað að með samningi við Samtón, sem eru regnhlífarsamtök tónlistarhreyfingarinnar, sé unnið markvisst að skráningu íslenskrar tónlistar allt frá árinu 1910. Á heimasíðu D3 er einnig greint frá því að Tónlist.is sé eitt fyrsta vefsvæðið í heiminum til að bjóða upp á stafræna tónlistarþjónustu og hafi opnað í sömu viku og iTunes Music Store. Tónlist.is býður einnig svonefnda myndveitu, þ.e. þjónustu fyrir áskrifendur sem gerir þeim kleift að horfa á myndbönd og tónleika. Í tengslum við þetta var á seinni hluta árs 2005 rætt um velgengni tónlistar.is á heimasíðu D3:

„Myndveita Tónlist.is er liður í þeirri stefnu Tónlist.is að vera leiðandi í nýjum leiðum til að njóta tónlistar enda var Tónlist.is fyrst til að selja tónlist á Netinu, bjóða uppá áskriftarþjónustu á tónlist, selja rauntóna með íslenskri tónlist í farsíma og bjóða upp á beinar tónleikaútsendingar. Mynd og hljóð er að renna saman í hugum ungs fólks og oftast en ekki er talað um að horfa á tónlist og því hlýtur þessi viðbót að teljast kærkomin. Tónlist.is hefur vaxið jafnt og þétt frá opnun vefsins í lok apríl 2003 og fyrri helming þessa árs nam sala tónlistar á Tónlist.is um 7% af heildarsölu tónlistar á Íslandi. Það er nokkuð hærra en erlendis en á heimsvísu er talið að sala á öllum netsvæðum heimsins sé nú um 6% af heildarsölu tónlistar. Gert er ráð fyrir gríðarlegum vexti á þessu sviði enda hefur salan þrefaldast milli ára.“

Ljóst er af öllu framangreindu að D3 telur sig vera í sterki stöðu á þessu sviði.

²⁴⁸ Niðurhal felst í því að notandi sækir stafræn gögn og vistar á tölvu sinni og getur síðan spilað tónlista á tölvu sinni eins oft og hann vill. Í streymi felst að neytandi hleður ekki lögnum niður á harða diskinn hjá sér heldur hlustar á tónlist í gegnum netið á svipaðan hátt og hlustað er á útvarpstæki. Streymi er þó ólíkt útvarpi að því leyti að neytandinn er sinn eigin dagskrárstjóri og getur neytandinn búið til lagalista og hlustað á allt það efni sem í boði er hverju sinni.

²⁴⁹ Á heimasíðu D3 er vísað til aðgangs að 50.000 íslenskum lögum.

²⁵⁰ Fram til 30. apríl sl. bauð tónlist.is upp á aðgang að u.þ.b. 250.000 erlendum lögum skv. samningi félagsins við breskan millilið. Samningurinn var ekki endurnýjaður þannig að sem stendur miðlar tónlist.is einungis íslenskri og færeyskri tónlist.



Að mati Samkeppniseftirlitsins blasir við að tónlist.is er í markaðsráðandi stöðu í sölu á tónlist á Netinu. Félagið, sem er eini aðilinn sem starfar á umræddum markaði, býr yfir þróaðri vefsíðu þar sem er að finna ýmsar sérsniðnar veflausnir fyrir miðlun tónlistar á Netinu ásamt því að búa yfir stórum gagnagrunnum af tónlist vegna samninga sinna við réttahafa, sem a.m.k. að hluta til eru einkaréttarsamningar. Þá styrkir það enn fremur stöðu tónlistar.is að mjög erfitt er fyrir aðra aðila að koma inn á markaðinn, sbr. það sem kemur fram í söluyfirliti Íslandsbanka. Samrunaaðilar fallast á að tónlist.is sé í markaðsráðandi stöðu fyrir sölu tónlistar á Netinu.

Við mat á samkeppnislegum áhrifum samrunans á sölu tónlistar á Netinu og stöðu tónlistar.is er nauðsynlegt að fjalla stuttlega um þá tækniþróun sem er að eiga sér stað í miðlun á tónlist í stafrænu formi og þá þróun sem er að eiga sér stað varðandi sölu tónlistar í farsíma. Þá er nauðsynlegt að varpa ljósi á tækniþróun á fjarskiptamarkaði m.a. með tilliti til þess að eitt af dótturfélögum Dagsbrúnar er símafyrirtækið Og Vodafone.

Á árinu 2005 átti sér stað mikil breyting á því hvernig tónlist er miðlað til neytenda. Með tilkomu nýrra farsíma sem geta geymt mikið magn tónlistar²⁵¹ ásamt því að farsímafyrirtæki hafa verið að taka í notkun þriðju kynslóð farsímakerfa²⁵², sem eykur flutningsgetu farsímakerfa verulega, þá hafa opnast nýir möguleikar í miðlun á efni í farsíma sem krefst mikillar bandviddar eins og tónlist og myndbönd. Misjafnt er eftir löndum hve langt umrædd þróun er komin. Lengst á veg komnir eru Japanir þar sem á fyrstu 9 mánuðum ársins 2005 var 96% af tónlist sem seld var á stafrænu formi hlaðið niður í farsíma.²⁵³ Einnig hefur tónlist í farsíma náð umtalsverðri útbreiðslu í Bretlandi.²⁵⁴ Á árinu 2005 óx markaður fyrir niðurhal tónlistar í farsíma tuttugufalt frá því að vera 12.5 milljón dollarar árið 2004 yfir í 250 milljón dollara árið 2005, en því er spáð að umræddur markaður eigi eftir stækka mikið og ná 9,3 milljarða dollara markinu árið 2011.²⁵⁵ Er talið að tónlist sem hlaðið er niður í gegnum farsíma hafi verið u.þ.b. 40% af tekjum hljómplötufyrirtækja af stafrænni tónlist á árinu 2005.²⁵⁶ Af þessu má sjá að markaður fyrir sölu á stafrænni tónlist og þá sérstaklega í farsíma er í miklum vexti. Hefur m.a. verið bent á að sala tónlistar í farsíma eigi eftir að gjörbylta tónlistariðnaðinum.²⁵⁷ Má í þessu sambandi líta til nefnds söluyfirlits Íslandsbanka þar sem sala tónlistar í farsíma og samþætting tónlistar.is við farsíma er kynnt sem mikið viðskiptatækifæri fyrir væntanlegan kaupanda. Með þessari þróun er aðgangur að efni (*e. content*) lykilatriði fyrir

²⁵¹ Framleiða nú allir stærstu farsímafraleiðendur farsíma sem geta geymt allt að 4 gígabæt af tónlist (u.þ.b. 1000 lög) og spilað tónlistina með sömu gæðum og stafrænn tónlistarspilari. Þannig er farsíminn að verða bæði sími og stafrænn tónlistarspilari.

²⁵² Þriðja kynslóð farsímakerfa (*e. 3rd Generation-3G*) getur flutt gögn allt að tíu sinnum hraðar en önnur kynslóð farsímakerfa sem er verið að skipta út með þeirri þriðju.

²⁵³ Sjá nánar www.ifpi.org/site-content/PRESS/20060119.htm

²⁵⁴ N-Nær 7% af allri vinsælli tónlist (*e. chart music*) sem keypt hefur verið á bretlandseyjum, hefur verið keypt með því að hlaða niður í farsíma. Sjá nánar <https://news.bbc.co.uk/go/pr/fr/-/1/hi/technology/4854740.stm>.

²⁵⁵ Sjá nánar <http://www.3g.co.uk/PR/march2006/2838.htm>

²⁵⁶ Sjá nánar www.ifpi.org/site-content/PRESS/20060119.htm

²⁵⁷ Forsjóri Warner Music hefur spáð því að tónlistarmiðlun í farsíma eigi eftir að gjörbylta tónlistarmarkaðnum. Telur forstjórinn að sú þróun að neytendur kaupi stök lög af geisladiskum og búi til sína eigin dagskrá eigi eftir að auka neyslu á tónlist verulega og skapa Warner mikla tekjumöguleika, sbr. nánar www.vnuned.com/articles/print/2142938.



farsímafyrirtæki og aðra þá sem koma til með að miðla tónlist, hringitónum, myndböndum o.fl. um Netið hvort sem er í farsíma eða beint í tölvur. Án aðgangs að nýjum vinsælum lögum, myndböndum, ásamt eldra vinsælu efni hafa efnisveitur eins og tónlist.is eða farsímafyrirtæki ekki upp á neitt efni að bjóða notendum sínum. Ljóst er að D3 telur stöðu sína sterka að þessu leyti:

„D3 vinnur markvisst að framleiðslu og dreifingu á afþreyingarefni fyrir farsíma. D3 hefur sérstöðu í íslensku efni í farsíma og meðal helstu samstarfsaðila er Sena, stærsta afþreyingarfyrirtæki landsins. D3 Mobile vinnur að útgáfu og dreifingu á afþreyingarefni fyrir farsíma. D3 Mobile sérhæfir sig í íslensku efni í farsíma en vinnur einnig náið með útgáfudeild Senu á erlendu efni en Sena er stærsti heildsali á afþreyingarefni á Íslandi. Í samstarfi við Senu sér D3 Mobile um dreifingu á efni frá Sony. D3 Mobile er í dag stærsti dreifingaraðili á íslensku afþreyingarefni á Íslandi og er markmið D3 Mobile að styrkja sig enn frekar á þeim markaði. “

Skoða verður samruna Senu og Dagsbrúnar í ljósi alls framangreinds.

Í athugasemdum samrunaaðila kemur fram að umfjöllun Samkeppniseftirlitsins sé háð svo miklum spádómum að ekki sé á henni byggjandi. Þá segir einnig að ekki sé á söluþyriliti Íslandsbanka byggjandi þar sem það sé samið af bankamönnum og að skoðanir þeirra á tækifærum í rekstri verði ekki samsamaðar kaupandanum.

Samkeppniseftirlitið bendir á að umfjöllun þess um þróun á farsímamarkaði er að mestu byggð á þeirri þróun sem er að eiga sér stað og hefur þegar átt sér stað á þeim mörkuðum sem eru hvað lengst komnir í miðlun tónlistar í farsíma. Hérna er sérstaklega vísað til japanska markaðarins þar sem miðlun tónlistar í farsíma er komin mjög langt á veg. Þá verður að hafa í huga að Sena telur samþættingu tónlistar.is við farsíma vera mikið viðskiptatækifæri fyrir væntanlegan kaupanda, sbr. nánar hér að neðan. Er því fjarri lagi að segja að umfjöllun Samkeppniseftirlitsins sé byggð á spádómum eins og samrunaaðilar bera við. Rétt er að áréttta það að við mat á samruna ber samkeppnisfirvöldum að hafa í huga framtíðarþróun á þeim mörkuðum sem til umfjöllunar eru hverju sinni.²⁵⁸

Ekki er unnt að fallast á mótmæli samrunaaðila gegn því að byggt sé á upplýsingum í söluþyriliti sem Íslandsbanki (nú Glitnir banki hf.) gerði fyrir væntanlega kaupendur að Senu í desember 2005. Fyrir liggur að í nefndu söluþyriliti er sala tónlistar í farsíma og samþætting tónlistar.is við farsíma kynnt sem mikið viðskiptatækifæri fyrir væntanlegan kaupanda. Það blasir við að við sölu á fyrirtæki þá leita bankamenn til fyrirtækisins sjálfs varðandi upplýsingar um reksturinn og helstu viðskiptatækifæri sem í fyrirtækinu felast. Liggur það í hlutarins eðli þar sem fyrirtækið sjáft hefur mun betri þekkingu á rekstri sínum og þeim tækifærum sem í rekstrinum felast en bankamenn sem einungis koma fram sem milliliðir og kynningaraðilar milli væntanlegs kaupanda og seljanda. Í þessu ljósi er ekki með nokkru móti hægt að halda því fram að upplýsingar um

²⁵⁸ Sjá nánar t.d. mál COMP/M.2389 - Shell/DEA. Þar segir m.a. „...on the basis of a forward looking analysis of the market which is required by the Merger Regulation.“



viðskiptatækifæri tónlistar.is sem fram koma í söluýfirliti Íslandsbanka séu úrlausu lofti gripnar eins og samrunaaðilar fullyrða.

Að mati Samkeppniseftirlitsins eru samkeppnisleg áhrif samrunans varðandi tónlist.is tvíþætt. Annars vegar er um að ræða samskonar áhrif og á heildsölumarkaði að tónlist, sbr. það sem fyrr segir. Það að tónlist.is muni tengjast þeim mikla auglýsingamætti sem felst í miðlum 365 mun án efa styrkja stöðu D3 á markaði og gera væntanlegum keppinautum félagsins erfiðara fyrir. Vísast til umfjöllunar hér að framan.

Hins vegar ber að athuga að hluti af fyrirtækjasamstæðu Dagsbrúnar er farsímafyrirtækið Og Vodafone. Fyrir liggur að innan Senu er að finna mikið magn tónlistar, kvikmynda og sjónvarpsréttinda. Meðal annars býr Sena yfir réttindum að [80-85]²⁵⁹% af allri útgefinni íslenskri tónlist frá 1950, [70-75]²⁶⁰% af útgefinni íslenskri tónlist og er með umboð fyrir alla helstu tónlistarútgefendur í heiminum eða um [90-95]²⁶¹% af seldri erlendri tónlist hér á landi. Þá er innan tónlistar.is að finna gríðarstóra efnisveitu með umtalsverð réttindi. Ennfremur hefur verið gerð grein fyrir því að aðgangur að efni er lykilatriði fyrir farsímafyrirtæki og aðrar efnisveitur.

Og Vodafone er í sterkri stöðu á farsímamarkaði og telur Samkeppniseftirlitið að hin nánú tengsl sem hafa skapast eða muni skapast milli D3 og Og Vodafone muni styrkja stöðu D3 fyrir sölu m.a. á tónlist.²⁶² Jafnframt munu möguleikar Og Vodafone á aðgangi að tónlist, myndböndum og öðru efni fyrir farsímanotendur sína aukast margfalt með samruna Senu og Dagsbrúnar. Kemst Og Vodafone í lykilstöðu varðandi aðgang að efni og jafnframt skapast útilokunaráhrif gagnvart öðrum keppinautum félagsins á farsímamarkaði. Það sem sérstaklega skiptir máli og er varhugavert í þessu sambandi eru þeir miklu gagnagrunnar af réttindum að íslenskri tónlist sem Sena býr yfir. Rannsóknir hafa sýnt að neytandi vill efni frá sínu heimalandi þannig að íslenskt efni er lykilatriði í þessu sambandi. Að mati Samkeppniseftirlitsins mun samruninn styrkja stöðu Og Vodafone verulega varðandi aðgang að efni fyrir farsíma og getur félagið með því komist í lykilstöðu gagnvart keppinautum sínum. Eru áhrif samrunans fyrir efniskaupamarkað í farsíma því skaðleg, sbr. og nánar síðar.

Í athugasemdum samrunaaðila er fundið að umfjöllun Samkeppniseftirlitsins þess efnis að Og Vodafone sé í sterkri stöðu á farsímamarkaði. Skorti umfjöllun um þann markað í skýrslunni. Þá segir ennfremur að sölusynjun D3 til annarra aðila á farsímamarkaði fela í sér brot gegn bannreglum samkeppnislaga og að hugsanleg brot gegn bannreglum eigi ekki að hafa áhrif við mat á samruna.

²⁵⁹ Nákvæm hlutdeild felld út vegna trúnaðar.

²⁶⁰ Nákvæm hlutdeild felld út vegna trúnaðar.

²⁶¹ Nákvæm hlutdeild felld út vegna trúnaðar.

²⁶² D3 gerði í janúar 2005 samstarfsamning við Og Vodafone um að veita skemmti og afþreyingarefni (m.a. tónlist, kvikmyndir og hringitóna) um stafræn dreifikerfi Og Vodafone. Af heimasíðu D3 má ráða að samstarf þessarra félaga sé að bera ávöxt, sbr. fréttin: *208% aukning í sölu á MP3 hringitönnum*. Samkvæmt upplýsingum Samkeppniseftirlitsins hefur Síminn ekki náð samningum við Senu um samskonar dreifingu.



Samkeppniseftirlitið bendir á ekki er á því byggt í málinu að Og Vodafone sé í markaðsráðandi stöðu á farsímamarkaði eins og ráða má af umfjöllun samrunaaðila. Í málinu er á því byggt að Og Vodafone sé í sterkri stöðu á farsímamarkaði sem annað af tveimur stórum fyrirtækjum sem starfa á þeim markaði hér á landi.²⁶³ Þá er á því byggt að aðgangur Og Vodafone að efniréttindum Senu sem leiði af samrunanum komi til með að styrkja þá stöðu. Þar sem meginmarkaður sem þessi þáttur málsins varðar er sala tónlistar á Netinu og efnisréttindi D3 á þeim markaði er að mati Samkeppniseftirlitsins ekki tilefni til þess að skilgreina frekar farsímamarkað en áður hefur verið gert. Lykilatriði varðandi þennan þátt samrunans er að tengsl Og Vodafone komi til með að styrkja markaðsráðandi stöðu D3 á markaði fyrir sölu á tónlist. Einnig hafa þýðingu möguleg útilokunaráhrif fyrir keppinauta Og Vodafone frá þeim efnisréttindum sem felast í D3 og Senu.

Að öllu framansögðu virtu er það mat Samkeppniseftirlitsins að samruninn muni styrkja markaðsráðandi stöðu D3 (Tónlist.is) á markaðnum fyrir sölu tónlistar á netinu.

4.5 Samkeppnisleg áhrif á markaðnum fyrir DVD-myndir

4.5.1 Athugasemdir samrunaaðila

Í athugasemdum samrunaaðila er því hafnað að staða Senu á markaðnum fyrir DV myndir styrki stöðu 365. Geti það einungis átt við um kvikmyndir frá óháðum framleiðendum. Þá er vísað til þess sem áður segir varðandi stöðu Dagsbrúnar á auglýsingamarkaði. Er því hafnað að Sena komist í markaðsráðandi stöðu á markaðnum fyrir DVD-myndir verði samruninn að veruleika.

4.5.2 Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins

Sena er með [30-35]²⁶⁴% markaðshlutdeild í heildsölu DVD-mynda á móts við [40-45]²⁶⁵% markaðshlutdeild hjá stærsta keppinauti félagsins á skilgreindum markaði, Sam-félaginu. Hagar eru næst stærsti smásali á umræddri vöru en fyrirtækið er með [30-35]²⁶⁶% markaðshlutdeild á móts við [45-50]²⁶⁷% hlut Dags Group (Skífan og BT).

Ljóst er að sterk staða Senu á markaði fyrir DVD myndir er til þess fallin að styrkja stöðu 365 á markaðnum fyrir áskriftarsjónvarp, þá sérstaklega varðandi kvikmyndir óháðra framleiðenda, sbr. umfjöllun hér að framan. Einnig telur Samkeppniseftirlitið að tenging Senu við þann auglýsingamátt sem er fallinn í miðlum 365 sé til þess fallin að styrkja stöðu Senu á umræddum markaði á kostnað keppinauta félagsins. Vísast til nánari umfjöllunar hér að framan

²⁶³ . Í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 21/2005 nr. 21/2005 *Erindi Og fjarskipta hf. vegna misnotkunar Landssíma Íslands hf. á markaðsráðandi stöðu við kynningu og markaðssetningu á tilboði fyrirtækisins undir heitinu „Allt saman hjá Símanum“* er lagt til grundvallar að markaðshlutdeild málsaðila á farsímamarkaði fyrir einstaklinga miðað við tekjur fyrirtækjanna á fyrstu sex mánuðum ársins 2004 væri með þeim hætti að Landssíminn hefði um [65-75]% hlutdeild en Og Vodafone um [25-35]% hlutdeild.

²⁶⁴ Nákvæm hlutdeild felld út vegna trúnaðar.

²⁶⁵ Nákvæm hlutdeild felld út vegna trúnaðar.

²⁶⁶ Nákvæm hlutdeild felld út vegna trúnaðar.

²⁶⁷ Nákvæm hlutdeild felld út vegna trúnaðar.



varðandi þetta atriði. Leggur Samkeppniseftirlitið sérstaka áherslu á að kynning á kvikmyndum hvort sem er á DVD-diskum eða öðru formi er lykilatriði til þess að viðkomandi vara seljist. Með tengingu Senu við auglýsinga- og kynningarstarfsemi 365 skapast verulega sterkari staða félagsins umfram stöðu keppinauta þess. Staða sem er til þess fallin að raska samkeppni. Jafnframt vísast hér til sterkar stöðu Haga í smásölu á umræddri vöru og í smásölu almennt. Þegar þetta er virt og höfð er hliðsjón af fjárhagslegum styrkleika Dagsbrúnarsamstæðunnar telur Samkeppniseftirlitið að staða Senu á heildsölumarkaðnum fyrir DVD-myndir muni styrkjast.

Varðandi þá samkeppni sem ríkt getur á mörkuðum fyrir DVD-myndir eftir samrunann ber einnig að líta til þess að samrunaaðilar hafa upplýst að Sena hafi upphaflega verið hluti af Degi Group. Félaginu hafi hins vegar verið skipt í félagin Dag og Senu sem bæði hafi verið í eigu Disksins. Fyrir kaupverð hlutanna í Senu fékk Diskurinn greitt að hálfu leyti með hlutabréfum í Dagsbrún og er einn af stærstu einstöku hluthöfum í félaginu. Dagur er helsti keppinautur Haga í smásölu á DVD-myndum í gegnum verslanir Skífunnar og BT. Einnig ber að horfa til þess að D3, dótturfyrirtæki Dagsbrúnar, er í ýmiskonar samstarfi við Dag. Rekur D3 vefi í nafni BT og Skífunnar og selur þjónustu í nafni BT. Ekki verður heldur framhjá því horft að Sverrir Berg Steinarsson annar eigandi Disksins og Dags er í samstarfi við Baug vegna kaupa á dönsku raftækjakeðjunni Merlin. Þegar þessi tengsl eru virt saman telur Samkeppniseftirlitið að samruninn geti haft skaðleg áhrif á samkeppni á markaði fyrir DVD-myndir.

4.6 Samkeppnisleg áhrif á markaðnum fyrir tölvuleiki

4.6.1 Athugasemdir samrunaaðila

Samrunaaðilar kveða umfjöllun um þennan þátt vera byggða á sömu sjónarmiðum og áður hafi verið vikið að í athugasemdum varðandi auglýsingamátt 365 og um tengingu við Haga. Vísast til þess sem áður hafi komið fram.

4.6.2 Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins

Að mati Samkeppniseftirlitsins hefur ekkert komið fram í athugasemdum samrunaaðila sem fær breytt því mati Samkeppniseftirlitsins að samruninn muni raska samkeppni á markaðnum fyrir tölvuleiki.

Í málinu liggur fyrir að Sena er með [85-90]²⁶⁸% markaðshlutdeild í heildsölu á tölvuleikjum á móti [5-10]²⁶⁹% markaðshlutdeild hjá stærsta keppinauti félagsins á skilgreindum markaði, Sam-félaginu. Á árinu 2004 var stöðu Skífunnar í heildsölu á tölvuleikjum lýst með þessum hætti:

„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.“

²⁶⁸ Nákvæm hlutdeild felld út vegna trúnaðar.

²⁶⁹ Nákvæm hlutdeild felld út vegna trúnaðar.



Á heimasíðu Senu er vísað til þess að félagið hafi umboð fyrir marga af stærstu framleiðendum á tölvuleikjum. Sena er í ljósi þessa í markaðsráðandi stöðu á þessum markaði, sbr. einnig umfjöllun hér að framan. Hagar hafa hins vegar um [5-10]²⁷⁰% hlutdeild í smásölu á tölvuleikjum.

Samkeppniseftirlitið telur að tenging Senu við þann auglýsingamátt sem er falinn í miðlum 365 sé til þess fallin að styrkja stöðu Senu á umræddum markaði á kostnað keppnauta félagsins. Vísast til nánari umfjöllunar hér að framan um þessi atriði. Með tengingu Senu við auglýsinga- og kynningarstarfsemi 365 skapast verulega sterkari staða félagsins umfram stöðu keppnauta þess sem er til þess fallin að raska samkeppni. Er þetta sérstaklega varhugavert þar sem Sena er í yfirburðarstöðu á skilgreindum markaði með umboð fyrir alla helstu framleiðendur tölvuleikja.

Hagar og Dagur eru keppnautar í smásölu á tölvuleikjum. Vísast til framangreindra tengsla milli annars vegar fyrirtækja undir yfirráðum Baugs og hins til Disksins og tengdra félaga. Þegar þessi tengsl eru virt saman telur Samkeppniseftirlitið að samruninn geti haft skaðleg áhrif á samkeppni á markaði fyrir tölvuleiki.

4.7 Samkeppnisleg áhrif á markaði fyrir efniskaup

4.7.1 Athugasemdir samrunaaðila

Í athugasemdunum segir að í andmælskjali Samkeppniseftirlitsins komist stofnunin að þeirri niðurstöðu að til sé sérstakur markaður fyrir efniskaup í farsíma. Þrátt fyrir það hafi engin greining átt sér stað við meðferð málsins á farsímamarkaðnum hér á landi. Er það að mati Dagsbrúnar forsenda þess að hægt sé að fjalla með þessum hætti um þennan markað. Til dæmis sé því haldið fram að Og fjarskipti hafi sterka stöðu á farsímamarkaði hér á landi. Engin greining hafi átt sér stað þar að lútandi. Dagsbrún sjái því ekki ástæðu til að tjá sig frekar um þetta atriði að svo stöddu, en áskilur sér rétt til að koma frekari sjónarmiðum á framfæri.

4.7.2 Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins

Í upphafi er rétt að aðgreina markað fyrir efniskaup frá markaði fyrir tónlist á Netinu. Athuga ber að hluta til er um að ræða tengda markaði og er á ákveðnum stigum viss skörun þeirra á milli. Markaður fyrir tónlist á Netinu eins og hann er skilgreindur í máli þessu er sala tónlistarveitu (eins og t.d. tónlist.is) á tónlist hvort sem er á heilum lögum eða með hlustun yfir Netið til viðskiptavina tónlistarveitunnar. Markaður fyrir efniskaup í máli þessu sem ástæða er til þess að skilgreina er tvíþættur. Annars vegar er um að ræða innkaup og heildsölu á efni fyrir farsíma. Um að ræða ýmsar afurðir tengdar tónlist sem og kvikmyndum. Má nefna hringitóna, heil lög, veggmyndir (e. wallpapers), kvikmyndabúta o.s.frv. Viðskiptavinir eru farsímafyrirtækin sem eftir atvikum endurselja sínum farsímanotendum þetta efni. Sena fyrir atbeina D3 kemur að innkaupum á nefndu efni fyrir farsíma bæði erlendis og héraðs og síðan miðlun slíks efnis til

²⁷⁰ Nákvæm hlutdeild felld út vegna trúnaðar.



farsímafyrirtækja sem eru þá nokkurs konar efnisveitur á farsímastigi. Hins vegar þá snertir málið innkaupamarkað á efni fyrir sjónvarp. Varðandi athugasemdir samrunaaðila um nauðsyn þess að greina nánar markað fyrir farsíma í máli þessu vísast til umfjöllunar hér að framan. Lykilatriði varðandi þennan þátt málsins er röskun á samkeppni á efniskaupamarkaði og því fæst ekki séð að skilgreina hefði þurft frekar farsímamarkaðinn nema að því marki sem hefur verið gert í máli þessu og fyrri ákvörðunum samkeppnisyfirvalda.

Að mati Samkeppniseftirlitsins eru samkeppnileg áhrif á markaði fyrir efniskaup tvíþætt. Í fyrsta lagi er um það að ræða að Sena býr yfir verulegu magni af réttindum til að dreifa tónlist og selur aðgang að tónlist og öðru efni úr gagnasafni sínum, t.a.m. hringtóna o.fl. Er ástæða til þess að kanna nánar hvaða áhrif samruninn muni hafa á framboðshliðina á efni fyrir t.a.m. farsíma. Í annan stað er um það að ræða að 365-miðlar eru mjög stór aðili í efniskaupum á sjónvarpsefni og hefur gert víðtæka samninga um efniskaup á kvikmyndum og þáttum fyrir sjónvarp, sbr. nánar hér að ofan. Þarf því að skoða hvaða áhrif samruninn muni hafa á efniskaup 365 að teknu tilliti til þess að Sena hefur einnig átt í innkaupum á sjónvarpsefni, ásamt því að vera stór aðili á markaði fyrir DVD-myndir og kvikmyndir.

Hvað varðar fyrra atriðið þá hefur komið fram í málinu að Sena býr yfir umfangsmiklum réttindum til að dreifa og selja tónlist og annað tengt efni. Sena er stærsti útgefandinn af íslenskri tónlist með um [70-75]²⁷¹% markaðshlutdeild og telur tónlistarsafn félagsins um [80-85]²⁷²% af allri útgefinni íslenski tónlist frá árinu 1950. Þá er Sena með umboð fyrir alla helstu tónlistarútgefendur í heiminum, sem gefa samtals út [90-95]²⁷³% af erlendri tónlist sem seld er á Íslandi. Ennfremur er D3 hluti af þeim fyrirtækjum sem fylgja Senu og hýsir vefveituna tónlist.is sem er ráðandi aðili í miðlun á tónlist í gegnum Netið. Býr fyrirtækið yfir umtalsverðum réttinum á efni, sbr. það sem hér segir að framan. Hafa ber í huga að sala tónlistar í farsíma í gegnum tónlist.is er í söluyfirliti Íslandsbanka kynnt sem mikilvægur möguleiki fyrir væntanlegan kaupanda Senu. Af þessu má ráða að Sena er í mjög sterkri stöðu á skilgreindum markaði. Þessu til frekari stuðnings má benda á tölvupóst, dags. 15. desember 2005,²⁷⁴ frá framkvæmdastjóra D3 til starfsmanns Símans sem sendur var vegna væntanlegs samstarfs félaganna um kaup Símans á efni fyrir m.a. farsíma. Í póstinum er markmiðum og stöðu Senu (D3) lýst með eftirfarandi hætti:

„...D3 ætlar sér hlutverk efnisveitu í þessu samstarfi og við viljum bjóða ykkur aðgang að gagnagrunni okkar með íslenskri og erlendri tónlist auk hverskyns afsprengja s.s. hringitóna, myndbanda, skjámynda o.fl. o.fl. Við höfum lagt áherslu á íslenskt content hingað til enda er það efnið sem skiptir máli. Alþjóðlegt efni gerir lítið annað en að fljóta með í mobile rétt eins og reynsla okkar og annarra af Netinu sýnir. Við eðlilega höfum verið í viðræðum við erlenda birgja

²⁷¹ Nákvæm hlutdeild felld út vegna trúnaðar.

²⁷² Nákvæm hlutdeild felld út vegna trúnaðar.

²⁷³ Nákvæm hlutdeild felld út vegna trúnaðar.

²⁷⁴ Tölvupósturinn barst Samkeppniseftirlitinu sem hluti af gagnaöflun eftirlitsins hjá keppinautum samrunaaðila.



okkar, sem telja meðal annarra alla Músík Majorana, en höfum ekki séð ástæðu til að fara í markvissar samningaviðræður við þá fyrr en fjarskiptatæknin ræður við dreifingu efnisins. Það ætti þó að vera á nýju ári og þá munum við loka samningum um þetta efni, en ég bendi hinsvegar á að nú þegar erum við með réttindi fyrir yfir [65-70]²⁷⁵% af því efni sem mun seljast eftir þessum leiðum."

Að framangreindu virtu er það mat Samkeppniseftirlitsins að Sena (D3) sé í markaðsráðandi stöðu sem efnisveita fyrir farsíma. Ráða þar mestu réttindi yfir íslenskri tónlist og sú staðreynd að neytendur kjósa helst íslenska tónlist.

Með samruna Senu og Dagsbrúnar munu renna saman markaðsráðandi efnisveita og símafyrirtækið Og Vodafone. Og Vodafone er í sterkri stöðu á farsímamarkaði og telur Samkeppniseftirlitið að hin nánu tengsl sem hafa skapast eða munu skapast milli Senu og Og Vodafone muni styrkja stöðu Senu á efniskaupamarkaði fyrir farsíma. Skiptir hér máli að Vodafone er stærsta farsímafélag í heimi²⁷⁶ og er Og Vodafone í tæknilegu samstarfi við hið alþjóðlega farsímafélag.²⁷⁷ Blasir við að á markaði sem er í þróun geta tengslin við Og Vodafone að þessu leyti skapað Senu forskot.

Einnig er fyrirséð að með samrunanum muni möguleikar Og Vodafone á aðgangi að tónlist, myndböndum og öðru efni fyrir viðskiptavinum sína aukast mikið. Kemst Og Vodafone þannig í lykilstöðu varðandi aðgang að efni, en jafnframt myndast útilokunarhrif gagnvart öðrum keppinautum félagsins á farsímamarkaði. Í því sambandi er mikilvert að hafa í huga eftirfarandi sem fram kemur í söluýfirliti Íslandsbanka:

„Tónlist.is getur búið til samkeppnisforskot fyrir Og Vodafone sem eykur fjölda viðskiptavina, hindrar brotthvarf og eykur sölu per viðskiptavin“²⁷⁸

Hér ber að hafa í huga að með þeirri þróun sem er að eiga sér stað á farsímamarkaði þar sem farsíminn er að verða allhliða margmiðlunartæki sem getur tekið við myndum, spilað tónlist ásamt því að gegna hlutverki hefðbundins síma þá er aðgangur að efni lykilatríði. Án slíks aðgangs mun í framtíðinni vera illmögulegt að reka samkeppnishæft farsímafélag. Í þessu ljósi er að mati eftirlitsins mjög varhugavert í samkeppnislegu tilliti að ráðandi aðili á efnismarkaði og stórt símafyrirtæki renni saman. Blasir við að möguleiki skapast til að útiloka keppinauta farsímafélagsins frá efnisveitunni og með því skerða samkeppnisstöðu þeirra. Það sem sérstaklega skiptir máli eru þeir miklu gagnagrunnar af réttindum að íslenskri tónlist sem Sena býr yfir. Rannsóknir hafa sýnt að neytandi vill efni frá sínu heimalandi þannig að íslenskt efni er

²⁷⁵ Nákvæm hlutdeild felld út vegna trúnaðar.

²⁷⁶ Sjá hér t.d. ummæli upplýsingafulltrúa Og Vodafone á www.d3.is.

²⁷⁷ Sjá t.d. www.ogvodafone.is: „Með víðtækum samningi við Vodafone samstæðuna (Vodafone Group) um samstarf í sölu- og markaðsmálum og þjónustu- og tæknimálum er tryggt að Og Vodafone veitir Íslendingum fjarskiptaþjónustu sem stenst fyllilega samanburð við það sem best þekkist í heiminum.“

²⁷⁸ Óútskýrt er hvers vegna tekið er fram í þessu söluýfirliti að tengslin við Senu geti skapað Og Vodafone forskot. Vekur það sérstaka athygli enda starfa önnur símafyrirtæki á markaðnum.



lykilatriði í þessu sambandi. Með vísan til framangreinds telur eftirlitið að áhrif samrunans á markað fyrir efni í farsíma séu skaðleg.

Þessu til frekari stuðnings má benda á framhald ofangreinds tölvupósts²⁷⁹ frá framkvæmdastjóra D3 til starfsmanns Símans sem sendur var vegna væntanlegs samstarfs félaganna um kaup Símans á efni. Þar segir:

„Ég geri mér hins vegar grein fyrir því að þið hafið nú þegar lokað samningi við Universal og jafnvel fleiri. Meðan við bjóðum ekki upp á þetta efni þá finnst mér óðlilegt að við setjum ykkur stólinn fyrir dyrnar með því að selja það efni en hins vegar verður samningur okkar að vera á þeim nótum að við munum selja ykkur þetta efni líka, og þegar samningum ykkar við Universal aðra aðra [svo] sem þegar hafa verið gerðir sleppir, er eðlilegt að við seljum ykkur þeirra efni úr okkar gagnagrunni eingöngu Um leið og við erum komnir með hreint borð í þessum efnum getum við náð synergy áhrifum með efnið því markaðslega getum við ná miklu meiri árangri með því að selja efnið frá a-ö, þ.e. stýra því eftir öllum dreifingarleiðum sem eru í boði.“

Að mati Samkeppniseftirlitsins kristallast sú hættu sem skapast við samrunann í ofangreindum samskiptum. D3 dótturfélag Senu, sem er ráðandi aðili á efnismarkaði fyrir farsíma, virðist beita styrk sínum á þeim markaði til þess að fá Símann til þess að hætta að afla sér réttinda á efni fyrir farsíma hjá öðrum en D3 og krefst þess að Síminn skipti eingöngu við D3 í þessu samhengi.

Á sömu nótum er tölvupóstur á milli starfsmanns Símans og framkvæmdastjóra D3 sem sendur var 26. apríl sl. Tölvupóstinum sem ber titilinn „Til Hamingju Íslands“ tengist ósk Símans um að fá til sölu hringitón Evrovision lags Silvíu Nætur af D3. Í svari framkvæmdastjóra D3 segir eftirfarandi:

„Fregnaði af emaili sem þú sendir á [starfsmanns Senu] varðandi að fá ofangreint lag í sölu sem hringitón. Eins og þú sást í svari [starfsmanns Senu] til þín þá er samningur milli okkar og Senu að við sjáum um öll þeirra digital content mál. Það ætti heldur ekki að koma á óvart því það hefur legið fyrir í öllum okkar viðræðum til þessa. Í þeim viðræðum hefur líka komið fram að Síminn láti af því að tala beint við okkar birgja, innlenda og erlenda og fara þannig framhjá okkur með það efni sem við getum og viljum láta Símanum í té.“

Að mati Samkeppniseftirlitsins fæst ekki betur séð en að Sena/D3 geri það að skilyrði fyrir viðskiptum með umræddan hringitón að félagið verði einkasöluaðili Símans á hringitónum og efni fyrir farsíma og að Símanum sé óheimilt að eiga nokkur samskipti við aðra birgja, innlenda sem erlenda, varðandi efni sem Sena/D3 geti látið Símanum í té. Virðist Sena þannig beita fyrir sig sterkri stöðu félagsins á efnismarkaði fyrir íslenska tónlist til þess að þrýsta á Símann til þess

²⁷⁹ Athuga ber að ofangreind samskipti áttu sér stað áður en að tilkynnt var um samruna Senu og Dagsbrúnar.



að eiga eingöngu viðskipti við félagið um efni fyrir farsíma. Umfjöllun á heimasíðu D3 sýnir að aðgangur að vinsælu efni fyrir farsíma getur haft umtalsverð markaðsleg áhrif. Þar er greint frá því að sala á MP3 hringitónum hjá Og Vodafone hafi aukist um 208% á fyrsta ársfjórðungi ársins 2006 í samanburði við fjórða ársfjórðung ársins 2005. Til skýringar á þessu er m.a. vísað til aukinnar sölu vegna vinsælda laga frá Idol keppninni og frá Silvíu Nótt. Tekið er fram að „Og Vodafone hafi einstakan aðgang að íslenskum MP3 hringitónum í samvinnu við D3 ... “

Í þessu samhengi má einnig benda á eftirfarandi samskipti milli framkvæmdastjóra D3 og starfsmanns Símanns. Þann 20. febrúar sl. sendi starfsmaður Símans tölvupóst til framkvæmdastjóra D3 og óskaði upplýsinga um hvort ekki væri tímabært að Síminn og D3 gengju frá samningum um efni í farsíma. Í svari framkvæmdastjóra D3 segir eftirfarandi:

„Eins og þú veist vorum við seldir í byrjun febrúar og í kjölfarið fór af stað vinna við að plugga okkur inn í nýtt fyrirtæki. Eðli málsins samkvæmt þarf ég að kanna hug nýrra eigenda til okkar samstarfs. Hef satt best að segja ekki hugmynd um hvort það breyti einhverju um okkar fyrirhugaða samstarf en ég verð að vera viss.“

Ofangreind samskipti bera með sér að kanna þarf hug nýrra eigenda til væntanlegs samstarfs Símanns og D3. Hafa ber í huga að í fyrirtækjahópi Dagsbrúnar er að finna Og Vodafone sem er helsti keppinautur Símans á farsímamarkaði. Benda umrædd samskipti ótvírætt til þess að samruninn skapi möguleika til þess að takmarka aðgang keppinauta að efni í farsíma og styrkja þar með samkeppnisstöðu Og Vodafone á markaði.

Meðfylgjandi athugasemdum samrunaaðila er að finna tölvupóstsendingar á milli D3 og Símans sem að mati samrunaaðila sýna að túlkun Samkeppniseftirlitsins á samskiptum D3 og Símans sé ekki rétt. Í tölvupósti frá framkvæmdastjóra D3 til lögmanns samrunaaðila, dags. 30. maí 2006, segir um samskipti Símans og D3: „við höfum sýnt einstakan samningsvilja að selja Símanum efni eins og meðfylgjandi samningur sem ég sendi frkvstj. einstaklingssviðs og verkefnisstjóra Símands þann 12. apríl sl. Hvar var í raun niðurstaða margra mánaða samningaviðræðna sem snerust aðallega um tæknilegar útfærslur. Síminn hefur hins vegar dregið lappirnar og stofnanabragur þeirra er helsta ástæða þess að samningurinn hefur ekki verið kláraður. Við höfum þurft á ýta töluvert við þeim til þess að klára þennan samning enda segir sig sjálft að við sem stafræn efnisveita viljum ekki útiloka [55-60]%²⁸⁰ af tekjumöguleikum okkar í mobile með því að hafna samstarfi við Símann.“

Samkeppniseftirlitið fær ekki séð að þeir tölvupóstar sem fylgdu með athugasemdum samrunaaðila breyti þeim ályktunum sem dregnar eru hér að ofan. Tölvupóstarnir snúast að því er virðist um gagnkvæmar áskanir á milli D3 og Símans um hver sé að draga lappirnar í samningsferli félaganna og umræður

²⁸⁰ Nákvæm hlutdeild felld út vegna trúnaðar.



um tæknilegar útfærslur í því sambandi. Samkeppniseftirlitið fær ekki séð að tölvupóstar þeir sem lagðir hafa verið fram fá hrakið þá mynd sem blasir við í ofangreindum tölvupóstum þess efnis að D3 hafi beitt styrk sínum á efniskaupamarkaði til þess að fá Símann til þess að hætta að afla sér réttinda á efni fyrir farsíma hjá öðrum en D3 og krafðist þess að Síminn skipti eingöngu við D3.

Framangreindum útilokunaráhrifum til ennfrekari stuðnings, má benda á eftirfarandi tölvusamskipti milli starfsmanns Skjás eins og framkvæmdastjóra Senu vegna mögulegra kaupa Skjás eins á VOD²⁸¹-réttindum af Senu.²⁸² Í tölvupósti frá starfsmanni Skjás eins, dags. 23. maí sl., sem ber titilinn „Framhald með VOD efni á Skjáinn“ segir:

„Rétt til að gefa þér stöðuna í öflun VOD-efnis fyrir Skjáinn þá höfum við nær fullklárað að semja við "Majorana" ásamt Regency og nokkra aðra minni aðila og VOD þjónustan okkar gengur vonum frammar.

Eins og þú veist þá höfum við frá upphafi lagt áherslu á gott samstarf við leiðandi aðila innlands eins og Myndform, Senu og Samfilm. Ennþá hefur því miður ekki orðið af samstarfi við Senu sem hefur strandað á ykkar vilja, sem okkur þykir miður.

Ég vildi nefna við þig að ég er með í bígerð að fara í Skandinavíuferð til að ræða við helstu dreifiaðilana um VOD á efni fyrir Ísland, sem ég veit að sumir eru í samstarfi við ykkur einnig. Í þeirri ferð munum við leitast eftir beinum samningum við viðkomandi dreifiaðila, en sem fyrr leggjum við áherslu á samning við Senu og vildum helst að samvinna gæti tekist.

Ef einhverra breytinga er að vænta í afstöðu ykkar til samnings við Skjáinn um VOD dreifingu þætti mér vænt um að fá að vita um þær við fyrsta hentugleika.”

Sama dag svarar framkvæmdastjóri Senu á eftirfarandi hátt:

„Hótanir sem þessar eru ekki til þess fallnar að fá menn að samningaborðinu. Ég hélt að þú hefðir meiri þroska en þetta. Ég á þessa rétti sama hvern þú talar við og var að loka fleirum hær í Cannes. Sem fyrr hef ég áhuga á samningur en þarf að klára samrunan fyrst. Ég mundi vilja vera í sambandi við [...] þegar þar að kemur ef þið hafið áhuga.”

²⁸¹ Video on Demand. VOD tækni gerir neytendum kleift að horfa á þætti og kvikmyndir í sjónvarpi eftir pöntun. VOD er gagnvirkt á þann hátt að neytendur geta horf á það efni sem í boðið sem er á hvaða tíma sem er. Einnig er mögulegt að gera hlé á myndinni, spóla til baka og annað slíkt sem líkist meira hefðbundinni DVD afspilun.

²⁸² Hér má hafa í huga umrætt söluyfirlit Íslandsbanka: „Seljendur gera ráð fyrir að VoD (Video on demand) réttur muni verða hluti af Senu í framtíðinni.”



Af þessum samskiptum má ráða að Sena hefur ekki viljað semja við Skjá einn um aðgang þess félags að VOD-réttinum sem Sena býr yfir. Þá bera samskiptin með sér að framkvæmdastjóri Senu tekur því illa að Skjár einn leyti annarra leiða en að eiga viðskipti við Senu um efni fyrir VOD-þjónustu félagsins. Pósturinn gefur og til kynna að Sena telji sig eiga einkarétt á umræddum réttindum. Einnig virðist mega ráða af póstinum að Sena hafi ekki hug á því að ganga til samninga við Skjáinn fyrr en samruninn hefur verið kláraður. Hér ber að hafa í huga að dótturfélag Dagsbrúnar, 365 miðlar, er í samkeppni við Skjá einn og Skjáinn²⁸³ um aðgang að efni fyrir sjónvarp. Vísað er hér til framangreindrar umfjöllunar um mjög sterka stöðu Dagsbrúnarsamstæðunnar.

Í athugasemdum samrunaaðila segir um ofangreind samskipti að tölvupósturinn hafi verið ritaður 23. maí sl. Á þeim tíma hafi verið unnið af hálfu Samkeppniseftirlitsins að gerð andmælskjalsins. Ekki sé ósennilegt að hann hafi verið ritaður til þess að fá fram hörð viðbrögð framkvæmdastjóra Senu til þess að sýna Samkeppniseftirlitinu. Forsaga málsins sé sú að framkvæmdastjóri Senu og dagskrárstjóri Skjásins hafi verið um talsvert skeið í sambandi um sölu á myndum Senu fyrir VOD. Þessar viðræður hafi leitt til þess að fyrir liggja samningur sem ekki hafi verið undirritaður. Komi það til vegna þess að framkvæmdastjóri Senu hafi viljað leggja þetta mál fyrir stjórn félagsins og að VOD sé nýlunda á markaðnum og mörg fyrirtæki séu ekki búin að móta tekjuskiptingu milli seljenda og dreifingaraðila. Að mati samrunaaðila sé ekki hægt að túlka samskiptin með þeim hætti að Sena vilji ekki semja við Skjáinn.

Samkeppniseftirlitið fær ekki séð að skýringar samrunaaðila varpi nýju ljósi á ofangreind samskipti. Þessi gögn sýna sterka stöðu Senu og varpa ljósi á þau útilokunaráhrif sem leitt geta af samrunanum.

Að virtum öllum framangreindum sjónarmiðum er það mat Samkeppniseftirlitsins að samruninn hafi þau áhrif að markaðsráðandi staða Senu á markaði fyrir efniskaup fyrir farsíma muni styrkjast.

Hvað varðar áhrif samrunans á efniskaup fyrir sjónvarp að öðru leyti þá er ljóst að við samrunann skapast mjög efnahagslega sterkt fyrirtæki sem kemur að öllum sýningargluggum kvikmynda með beinum hætti. Félagið kemur til með að búa yfir kvikmyndahúsum, heildsölu á DVD-myndum, áskriftarsjónvarpi og opnu sjónvarpi. Er það mat Samkeppniseftirlitsins að sá markaðsstyrkur sem skapast við samruna fyrirtækjanna tveggja og sá möguleiki að geta keypt sýningarrétt fyrir alla nefnda glugga muni styrkja stöðu 365-miðla í efniskaupum. Á þetta sérstaklega við um kaup á svokölluðum óháðum kvikmyndum (e. *Independent film*).²⁸⁴ Samkvæmt upplýsingum Samkeppniseftirlitsins er algengara í þeim flokki kvikmynda að keyptur sé sýningarréttur að öllum gluggum frá sama aðila. Hefur sá efnahagsstyrkur sem skapast við samrunann ásamt þeirri staðreynd að

²⁸³ VOD-þjónusta Símans og Skjás eins.

²⁸⁴ Óháðar myndir eru kvikmyndir sem ekki njóta stuðnings stóru kvikmyndaveranna. Um er að ræða smærri framleiðendur sem hafa yfir minna fjármagni að ráða og ekki jafn öflugum dreifingarleiðum. Hefur verið rætt um að u.þ.b. 15% af sölu á kvikmyndum í Bandaríkjunum stafi frá óháðum framleiðendum. Sem dæmi um óháða framleiðendur má nefna Miramax, Lions Gate, Focus Features og Fine Line.



Dagsbrún kemur til með að búa yfir öllum sýningargluggum þar af leiðandi mögulega þau áhrif að félagið nái yfirburðarstöðu í kaupum á óháðum kvikmyndum hvort sem er fyrir kvikmyndahús eða sjónvarp. Er því ljóst að samruninn raskar samkeppni í skilningi 17. gr. samkeppnislaga að þessu leyti.

4.8 Samkeppnisleg áhrif á markaði fyrir kvikmyndahús

4.8.1 Athugasemdir samrunaaðila

Ítrekuð er fyrri umfjöllun um auglýsingamátt 365 miðla. Þá segir að í andmælaskjalinu segi að nýjar kvikmyndir geti komið fram og breytt markaðshlutdeild kvikmyndahúsanna. Til þess að markaðshlutdeild Senu hér á landi á þessum markaði breytist þurfi markaðshlutdeild stærstu framleiðenda kvikmyndaefnis á heimsvísu að breytast. Sé það ekki útilokað en telja verði fjarstæðukennt að byggja á því í máli þessu. Hvað framtíðin í þessum efnunum beri í skauti sér sé útilokað að segja til um.

4.8.2 Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins

Sena er með [30-35]²⁸⁵ % hlutdeild á markaði fyrir kvikmyndasýningar í kvikmyndahúsum en Sambíóin eru með [55-60]²⁸⁶% hlutdeild. Ljóst er að styrk staða Senu á þessu sviði styrkir stöðu 365 á sjónvarpsmarkaði, þá sérstaklega varðandi óháðar kvikmyndir, sbr. umfjöllun hér að framan.

Að mati Samkeppniseftirlitsins er ljóst að samruninn muni styrkja stöðu á markaði fyrir kvikmyndasýningar í kvikmyndahúsum. Vísast til framangreindrar umfjöllunar um mikilvægi kynningar og beinna/óbeinna auglýsinga fyrir gengi og vinsældir kvikmynda. Gildir það einnig á markaðnum fyrir kvikmyndasýningar í kvikmyndahúsum. Vísast jafnframt til auglýsingamáttar Dagsbrúnar og styrkrar stöðu félagsins almennt. Hafa ber einnig í huga að markaðshlutdeild á þessum markaði á hverjum tíma segir ekki alla söguna. Markaðshlutdeildin getur eðlilega breyst talsvert ef tiltekna kvikmyndir ná miklum vinsældum.²⁸⁷ Sterk rök geta því staðið til þess að Sena muni til lengri tíma ná umtalsvert styrkari stöðu á þessum markaði. Hins vegar er ekki lagt til grundvallar í málinu að Dagsbrúnarsamstæðan nái við samrunann markaðsráðandi stöðu á markaðnum fyrir kvikmyndahús.

4.9 Staða keppnauta og efnahagslegur styrkleiki

Við mat á samruna er almennt tekið til athugunar hvort þeir keppnautar sem fyrir eru á markaðnum geti veitt samrunafyrirtækjum fullnægjandi samkeppnislegt aðhald. Í þessu tilviki virðast yfirburðir samrunafyrirtækja á mörkuðum þessa máls vera almennt það miklir að ólíklegt sé að keppnautar þeirra geti veitt þeim fullnægjandi samkeppnislegt aðhald.

Umsvif keppnauta samrunafyrirtækjanna á heildsölustigi eru eins og fram hefur komið yfirleitt fremur lítil á mörkuðum þessa máls. Á tónlistarmarkaði eru það fyrst og fremst lítil útgáfufyrirtæki tónlistar, einkum Zonet ehf., 12 tónar, og

²⁸⁵ Nákvæm hlutdeild felld út vegna trúnaðar.

²⁸⁶ Nákvæm hlutdeild felld út vegna trúnaðar.

²⁸⁷ Sjá t.d. skýrslu OECD, *Competition Policy and Film Distribution* (OCDE/GD(96)60)



Smekkleysa ehf. Í kvikmyndum og DVD-myndum eru það einkum fyrirtækin Samfélagið hf. (Samfilm), Myndform og Bergvík hf., en á sviði tölvuleikja eru það fyrirtækin Tölvudreifing og Myndform.

Það sem hér skiptir máli er því hvort aðrir keppinautar á smásölustigi geti veitt samrunaðilum samkeppnislegt aðhald. Hér er um ýmsa ótengda aðila að ræða, t.d. raftækjaverslanir eins og Elko, tölvuverslanir eins og Tölvulistann, kaupfélög, olúfélög o.fl., en velta sérhvers þeirra á smásöllumörkuðum þessa máls er hins vegar tiltölulega lítil.

Varðandi stöðuna á markaði fyrir áskriftarsjónvarp þá er staða 365 á markaðnum mjög sterk þar sem félagið er með $[95-100]^{288}\%$ markaðshlutdeild og eini aðilinn sem er að keppa á sama markaði er Enski-boltinn með $[0-5]^{289}\%$ markaðshlutdeild og mun sérhæfðara efni en t.d. Stöð 2. Aðgangur félagsins að vinsælu efni hefur einnig mjög mikla þýðingu. Að mati Samkeppniseftirlitsins eru möguleikar keppinauta 365 á umræddum markaði til samkeppnislegs aðhalds takmarkaðir.

Sama má segja um markað fyrir efniskaup. Í ljósi efnahagsstyrks Dagsbrúnar þá eru 365 ljósvakamiðlar með yfirburðarstöðu í innkaupum á efni fyrir sjónvarpsstöðvar félagsins. Umsvif keppinauta 365 á markaðinum eru mun minni en umsvif félagsins og með samrunanum þá skapast ennfrekari möguleikar 365 til magnkaupa á kvikmynda, DVD og sjónvarpsréttindum sem koma til með að styrkja stöðu félagsins og takamarka möguleika raunverulegra eða hugsanlegra keppinauta. Á þetta sérstaklega við um óháðar myndir þar sem yfirleitt eru seld réttindi að öllum gluggum í einu.

Eins og fram hefur komið var velta Dagsbrúnar á árinu 2005 um 15.100 m.kr. Upplýsingar um veltu Senu á árinu 2005 hafa ekki borist en samkvæmt fréttum af heimasíðu Dagsbrúnar þá er áætluð velta félagsins á árinu 2006 á milli 2.650 og 2.850 m. kr. Af þessu má ráða að samanlögð velta Dagsbrúnar og Senu hafi verið á bilinu því 17.5 til 18 milljarðar króna á árinu 2005. Líta ber einnig til þess að Dagsbrún er undir yfirráðum Baugs og tengdum félögum sem er verulega öflug samstæða. Blasir við að samruninn muni skapa gríðarlega stórt og öflugt fyrirtæki og er ljóst að umsvif hins sameinaða fyrirtækis verða mun meiri en allra annarra keppinauta þess á skilgreindum mörkuðum.

Þegar á heildina er litið verður því ekki talið að staða keppinauta samrunafyrirtækjanna eða aðrar aðstæður nái að hnekkja þeim líkum á samkeppnishömlum sem stafað geta af samrunanum.

4.10 Möguleg samkeppni og aðgangshindranir að markaðnum

Í samrunamáli verður að taka til athugunar hvort um er að ræða aðgangshindranir inn á viðkomandi markað eða markaði og takmarkaða möguleika nýrra keppinauta á að hasla sér þar völl. Í 8. kafla samrunaskrárinnar er óskað eftir upplýsingum varðandi markaðsaðgang. Hér er gerð grein fyrir

²⁸⁸ Nákvæm hlutdeild felld út vegna trúnaðar.

²⁸⁹ Nákvæm hlutdeild felld út vegna trúnaðar.



þeim sjónarmiðum sem fram koma í svari félaganna um möguleika annarra til að komast inn á þá markaði sem um er að tefla. Samkeppniseftirlitið hefur einnig leitað sjónarmiða keppinauta og annarra hagsmunaaðila sem starfa á markaðnum um það hverjir séu möguleikar nýrra fyrirtækja ef þau vilji hasla sér völl á viðkomandi mörkuðum.

4.10.1 Lagalegar hindranir.

Í samrunatilkynningu kemur fram að á mörkuðum tónlistar, kvikmynda og tölvuleikja sé öllum frjálst að hefja starfsemi. Séu engar hindranir í lögum eða reglugerðum og því engra sérstakra opinberra leyfa krafist til þess að stunda atvinnustarfsemi á þessu sviði. Þá er innflutningur á slíkum vörum sagður frjáls og ekki um að ræða tollvernd á þessu sviði.

Á hinn bóginn tekur sala samrunaaðila á tónlist, kvikmyndum og tölvuleikjum að mestu til efnis sem nýtur verndar höfundarréttar. Fyrir liggur að á Vesturlöndum hafa um skeið verið starfandi fimm aðalútgefendur á tónlist (e. *majors*), og hefur hlutdeild þeirra miðað við fjölda seldra hljómdiska og spilun á útvarpsstöðvum verið um [75-80]²⁹⁰% af öllu útgefnu efni. Sena hefur umboðsrétt á dreifingu hér á landi frá þessum helstu tónlistarútgefendum, þ.e. Universal Music, Sony Music Entertainment, EMI Music International Services Ltd., BMG Music International Services GmbH og Warner. Umboðsréttur Senu nær til [90-95]²⁹¹% seldrar erlendar tónlistar á Íslandi skv. samrunaskrá. Þá kemur fram í samrunaskrá að Sena sé eigandi útgáfuréttar að megni þeirrar íslensku tónlistar sem gefin hefur verið út hér á landi frá upphafi, en samkvæmt títtnefndri PARX skýrslu var hlutdeild innlendar framleiðslu í heildarmarkaði tónlistar á árinu 2004 [50-55]²⁹²% þegar miðað er við söluverðmæti og [55-60]²⁹³% miðað við fjölda seldra eintaka. Á sviði kvikmynda og mynddiska hefur Sena einnig umboðsdreifingarrétt frá mikilvægum erlendum útgefendum, þ.e. Twentieth Century Fox, Columbia Tristar, MGM og Miramax. Í tölvuleikjum hefur Sena sömuleiðis umboðsdreifingarrétt frá mikilvægum útgefendum, þ.e. Sony (PlayStation), Virgin Interactive, Electronic Arts, Sierra, Micro-prose, Eidos, Dorling Kindersley, Ocean og Activision eða útgefendum með u.þ.b. [85-90]²⁹⁴% hlutdeild á tölvuleikjamarkaði.

Umboðsdreifingarsamningar á tónlist, DVD-myndum og tölvuleikjum fela ekki í sér að Sena hafi einkarétt á dreifingu afþreyingarefnis frá hlutaðeigandi útgefendum, enda er samhliða innflutningur á þessum vörum frá aðildarlöndum EES-samningsins öllum heimill. Í reynd er slíkur samhliða innflutningur þó mjög takmarkaður. Sena hefur látið Samkeppniseftirlitinu í té útdrátt úr algengum tónlistar- og kvikmyndasamningum fyrirtækisins við erlenda útgefendur. Samningar þessir fela vissulega í sér skyldur á hendur dreifingaraðila (Senu), s.s. ábyrgð á greiðslu höfundargjalda. Þó er að mati Samkeppniseftirlitsins ótvírætt að slíkir samningar tryggja Senu margvíslegt forskot umfram hugsanlega keppinauta, m.a. vegna mjög náins samstarfs um markaðssetningu

²⁹⁰ Nákvæm hlutdeild felld út vegna trúnaðar.

²⁹¹ Nákvæm hlutdeild felld út vegna trúnaðar.

²⁹² Nákvæm hlutdeild felld út vegna trúnaðar.

²⁹³ Nákvæm hlutdeild felld út vegna trúnaðar.

²⁹⁴ Nákvæm hlutdeild felld út vegna trúnaðar.



við hina erlendu útgefendur, sem leitast við að selja vörurnar í gegnum umboðsaðila sinn. Þjónusta hinna erlendu útgefenda felst m.a. í tæknilegri aðstoð, upplýsingagjöf um útgáfu efnis og aðgangi að auglýsinga- og kynningarefni. Þá felast í samningunum afsláttarkjör sem öðrum dreifingaraðilum bjóðast jafnaðarlega ekki. Möguleikar smærri eða nýrra aðila til að veita Senu samkeppni í dreifingu afpreyingarefnis sem hún hefur umboðsrétt á eru að sama skapi takmarkaðir. Með hliðsjón af þessu er ljóst að Sena hefur algjöra yfirburðastöðu á sviði tónlistar, sem gerir hugsanlegum nýjum keppinautum á markaðnum afar erfitt fyrir. Sena hefur af sömu ástæðu einnig mjög sterka stöðu á sviði DVD-mynda og tölvuleikja.

Við þetta bætist síðan styrkur Senu sem mun felast í eignatengslum við 365 miðla sem er öflugusta fjölmiðlasamsteypa landsins eins og áður hefur verið fjallað um.

4.10.2 Möguleikar nýrra keppinauta

Í lið 8.7. í samrunaskránni er spurt hvort nýjum fyrirtækjum hafi tekist að hasla sér völl svo um muni á mörkuðum þar sem áhrifa gæti á sl. fimm árum. Í skýrslu samrunaaðila kemur eftirfarandi fram um þetta efni:

„Nýir útgefendur tónlistar hafa haslað sér völl á liðnum árum. Má þar nefna Steinsnar, Smekkleysu, 12 Tónar ásamt því sem það hefur færst í vöxt að höfundar gefi út sínar afurðir í eigin nafni. Að öðru leyti hefur markaðurinn ekki breyst mikið. Ekkert liggur fyrir um áætlanir erlends fyrirtækis í að hasla sér völl á þessum markaði hér á landi. Hins vegar er ljóst að sala á vörum í gegnum internetið er án landamæra. Vaxandi sala á þeim vettvangi, felur því ekki annað í sér, en erlenda samkeppni. Sú samkeppni mun vaxa verulega á komandi árum og ljóst að þeir sem starfa á þessum markaði þurfa að bregðast við.

Erfitt er að áætla heildarkosntað við að hasla sér völl á markaðnum. Það eina sem þarf er húsnæði og einhverjar lágmarks rekstrartengdar eignir. Þá er einnig ljóst að uppsetning á söluvef á internetinu, þarf ekki að fela í sér mikinn kostnað, en slíkt myndi hafa bein áhrif á tekjur Senu.

...

Ljóst er að stærðahagkvæmni í þessum rekstri er umtalsverð. Um er að ræða vöru, sem er háð tísku hverju sinni. Hver einstök framleiðsla í tónlist, tölvuleikjum og DVD myndum hefur náð [...] ²⁹⁵% af sölu sinni á fyrstu 4-6 vikum frá því hún kemur út. Oft á tíðum er erfitt að spá fyrir um hvernig salan muni þróast og hvernig hjarðarhneigð markaðarins getur farið með hverja einstaka vöru. Lagerhald er því talsvert kostnaðarsamt, auk þess sem vægi auglýsinga er mikið....”

Af hálfu aðila á markaðnum sem Samkeppniseftirlitið hefur rætt við hefur á hinn bóginn komið fram að viðskipti t.d. raftækjaverslunarinnar Elkó með

²⁹⁵ Fellt út vegna trúnaðar



afþreyingarvörur hafi verið tiltölulega lágt hlutfall af heildarveltu fyrirtækisins og geti þau viðskipti tæpast talist til marks um árangursríka innkomu nýrra keppinauta á markaði þessa máls. Þá hefur komið fram að fyrir um sjö árum síðan hafi verið stofnað til sérhæfðrar verslunar með hljómdiska og aðra afþreyingarvöru. Sú tilraun hafi þó gengið illa, ekki síst vegna þess að viðkomandi aðili hafði einungis umboðsdreifingarsamninga við tiltölulega fáa aðila, og var rekstri verslunarinnar hætt innan fárra ára.

Í athugasemdum samrunaaðila segir að félagið viðurkenni að á markaðnum fyrir tónlist og tölvuleiki sé ekki til staðar fyrirtæki í dag sem geti veitt Senu mikið aðhald. Það sé hins vegar staða sem hafi verið fyrir samrunann og breyti hann engu um í þeim efnum nema að því leyti að rofin hafa verið tengsl milli heildsölu og smásölu á þessum vörum sem verið hafi innan Dags Group. Bent er á að markaðsaðstæður geti breyst á skömmum tíma t.d. á markaði fyrir tónlist og tölvuleiki. Þá er bent á áhrif samhliða innflutnings og samkeppnislegt aðhald honum tengt.

Samkeppniseftirlitið bendir á að markaðshlutdeild Senu hefur haldist stöðug undanfarin ár á skilgreindum mörkuðum þessa máls og er ekki fyrir séð að breytingar á markaðshlutdeild komi til með að eiga sér stað vegna áhrifa ólögmeðs niðurrhals, breytinga á eignarhaldi erlendis o.s.frv. Má í þessu samhengi vísa til umfjöllunar um markaðshlutdeild Senu í ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins í máli nr. 20/2006 *Misnotkun Skífunnar á markaðsráðandi stöðu sinni*. Þar er staða Dags Group (sem var eigandi Senu) á heildsölumarkaði fyrir tölvuleiki og geisladiska dregin saman á eftirfarandi hátt :

„Framangreindar upplýsingar bera með sér að markaðshlutdeild Skífunnar, og síðar DG, var á árinu 2004 á bilinu [75-80]% á markaði fyrir tónlist á geisladiskum og á bilinu [85-90]% 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]% á heildsölumarkaði fyrir tónlistardiska og [90-95]% 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]% og eini keppinautur DG á markaði fyrir heildsölu á tölvuleikjum er með markaðshlutdeild á bilinu [5-10]%.“

Sömu sögu má segja varðandi heildsölu á DVD myndum. Hefur markaðshlutdeild Senu haldist stöðug undanfarin ár.

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 Senu. Það hefur ekki gerst og er það, eitt og sér, óræk vísbending um yfirburði Senu og að aðstæður á markaði hindri nýja og starfandi keppinauta í að komast inn á markaðinn eða efla hlut sinn.

Hvað varðar áhrif samhliða innflutnings vísast til umfjöllunar hér að framan þar sem komist var að þeirri niðurstöðu að áhrif hans væru hverfandi.



Hvað varðar aðgang að markaði fyrir áskriftarsjónvarp þá ber að líta til þess að verulega kostnaðarsamt er að koma sér upp þeim tæknilegum lausnum sem eru nauðsynlegar til þess að reka áskriftarsjónvarp eins og t.d. myndlyklum og frambærilegu dreifingarkerfi. Takmarka þessar staðreyndir innkomu nýrra keppinauta á markaðinn. Nátengt þessu er staða 365 á markaði fyrir efniskaup. Fyrir liggur að 365 hefur gert marga stóra efniskaupasamninga við framleiðendur kvikmynda og sjónvarpsefnis á liðnum árum. Samningarnir eru svokallaðir *output* samningar þar sem 365 fellst á að kaupa mjög mikið magn efnis sem tiltekinn framleiðandi framleiðir gegn því að fá einkarétt af sýningu efnisins hér á landi. Umræddir samningar útiloka því keppinauta frá samningum um efni frá tilteknum framleiðendum til ákveðins ákveðins tíma sem oft er talinn í fjölda ára. Takmarkar þetta möguleika keppinauta til innkomu á markað verulega. Við rannsókn málsins hafa aðilar á markaði fyrir kaup efnis fyrir sjónvarp tjáð Samkeppniseftirlitinu að verulega hafi þrengt að þeim á umræddum markaði á undanförunum árum. 365 sé í krafti stærðar og efnahagsstyrks sífellt að taka meira til sín með þeim afleiðingum að framboð af efni er minna fyrir keppinautana og verð fer hækkandi. Keppinautar 365 á umræddum markaði, t.a.m. RÚV og Skjár einn, hafa ennfremur ekki sambærilegan efnahagsstyrk og 365 býr yfir. Að mati Samkeppniseftirlitsins mun samruninn styrkja stöðu 365 ennfremur á markaði fyrir efniskaup með auknum efnahagsstyrk og með því veikja möguleika keppinauta á innkomu á markaðinn.

Í athugasemdum samrunaaðila er því hafnað sem fram komi í andmælskjali Samkeppniseftirlitsins að ólíklegt sé að keppinautar Dagsbrúnar og dótturfélaga geti veitt fyrirtækjunum fullnægjandi aðhald. Komi þessi niðurstaða verulega á óvart þar sem RÚV sé ríkisstofnun sem þoli hallarekstur ár eftir ár og Skjár einn sé hluti Símans sem sé efnahagslega sterkara fyrirtæki en Dagsbrún. Þá er bent á að stafrænt sjónvarp og dreifiskylda dreifiveitna á sjónvarpsmerkjum hafi leitt til þess að miklum mun auðveldara sé að hefja sjónvarpsrekstur en áður hafi verið.

Samkeppniseftirlitið bendir á að lykilatriði varðandi stöðu 365 ljósvakamiðla á markaði fyrir áskriftarsjónvarp er styrk staða félagsins á markaði fyrir efniskaup. Fyrir liggur að eftirsóknarvert sjónvarpsefni er takmörkuð auðlind.²⁹⁶ Þá liggur fyrir að staða 365 á efniskaupamarkaði er gríðarlega sterk sbr. umfjöllun hér að framan. Möguleikar hugsanlegra og raunverulegra keppinauta 365 á aðgangi að efnisréttindum eru í þessu ljósi verulega takmarkaðir.

Að mati Samkeppniseftirlitsins gefa fyrirliggjandi upplýsingar um innkomu nýrra aðila á skilgreinda markaði ekki til kynna að hún hafi í reynd verið auðveld. Þótt markaðsáhætta af rekstrinum kunni þar að hafa haft nokkur áhrif, verður að

²⁹⁶ Sjá nánar grein prófessors Damien Geradin, Competition law problems raised by the entry of incumbent telecommunications operators in the media content delivery market. Þar segir m.a. „Yet getting access to premium content is not an easy matter even for large operators. First, premium content is scarce as there are only a few blockbusters each year and a limited number of premium sport events every year. There is thus a serious scarcity problem. Moreover, a number of industry practices, which generally translate into restrictive clauses in selling/buying premium content rights contracts may render the acquisition of premium content rights extremely difficult.“



telja að umboðsdreifingarsamningar við erlenda framleiðendur hafi haft þar mesta þýðingu.

4.10.3 Annað samkeppnisleg aðhald frá framboðshlið

Í tilkynningu sinni hafa samrunaaðilar bent á að niðurhal (e. *download*) og afritun tónlistar og myndefnis hafi aukist verulega, bæði löglegt og ólöglegt. Í samrunatilkynningu segir m.a. um þetta atriði „Ólöglegt efni á internetinu hefur þó gert það að verkum að sala á tónlist hvar sem er í heiminum hefur minnkað verulega á sl. árum. Hefur þess orðið vart hér á landi, en sala á erlendri tónlist hefur dregist saman í magni, miðað við nýjustu tölur, um [...]”²⁹⁷ Þúsund eintök milli árunna 2003 og 2004 skv. upplagseftirliti IBM, sem unnin er fyrir samtök hljómplötuframleiðenda (SHF) og er það [5-10]²⁹⁸ % samdráttur. Verðmæti erlendar tónlistar hefur hins vegar staðið í stað á milli 2003 og 2004, sem skýrist að mestu leyti af breyttri samsetningu, sérstaklega með innkomu DVD tónlistardiska, sem eru hlutfallslega dýrari en hefðbundnir hljómdiskar án myndefnis. Með auknum gagnaflutningshraða á internetinu og aukinni bandbreidd til almennings hefur einnig færost í vöxt dreifing á ólöglegum kvikmyndum og tölvuleikjum á internetinu. Sala á erlendum mörkuðum hefur dregist saman að meðaltali um 9-10% síðastliðin þrjú ár. Erlendar spár gera ráð fyrir 3-5% minnkun markaðarins í þessum vörflokkum á næstu árum og er þar auknu framboði á ólöglegu efni kennt um, s.k. niðurhal (e. *download*). Upplýsingar gefa til kynna að umfang þessarar starfsemi hér á landi sé með því mesta sem gerist í heiminum.”

Í athugasemdum samrunaaðila er lögð áhersla á framangreind sjónarmið og m.a. bent á hrun í tónlistarsölu í heimnum á árunum 2003 til 2004 og áhrif húsleitar Ríkislögreglustjóra á netnotkun hjá Símanum.

Að mati Samkeppniseftirlitsins eru áhrif niðurbals og afritunar á sölu hljómdiska ofmetin. Má í þessu sambandi vísa til nýlegrar rannsóknarskýrslu um áhrif niðurbals og afritunar á sölu hljómdiska í Bandaríkjunum.²⁹⁹ Þar er meginniðurstaðan sú að tölfræðilega séð sé ekki unnt að greina nokkur áhrif niðurbals á sölu (e. *downloads have an effect on sales which is statistically indistinguishable from zero, despite rather precise estimates*). Er það mat höfunda að gögn bendi til þess að hagræn áhrif niðurbals séu mjög hófleg og ekki í samræmi við fullyrðingar þess efnis að það sé helsta skýringin á nýlegum samdrætti í sölu hljómdiska.³⁰⁰ Jafnframt má hafa í huga að misræmi er í upplýsingum frá samrunaðilum. Á heimasíðu D3 er vísað til þess að fjöldi „þeirra laga sem sótt voru á löglegar heimasíður í Bandaríkjunum á fyrstu sex mánuðum ársins, þrefaldaðist miðað við sama tíma í fyrra. Bandarískir netnotendur sóttu 159 milljónir einstakra laga á tímabilinu, samanborið við 55 milljónir laga á sama tíma árið 2004. 6% allrar tónlistar sem keypt er, er sótt í gegnum internetið, samanborið við 2% fyrir ári síðan.” Einnig er greint frá því að tónlistariðnaðurinn

²⁹⁷ Fellt út vegna trúnaðar.

²⁹⁸ Nákvæm tala felld út vegna trúnaðar.

²⁹⁹ The Effect of File Sharing on Record Sales. An Empirical Analysis, eftir Felix Oberholzer, Harvard Business School og Koleman Strumpf, UNC Chapel Hill, June 2005, http://www.unc.edu/~cigar/papers/FileSharing_June2005_final.pdf

³⁰⁰ Sjá hér einnig ákvörðun framkvæmdastjórnar EB í Sony/BMG málinu.



ætli í stórtækar aðgerðir gegn ólöglegu niðurhali á netinu. Ennfremur fæst ekki séð að [5-10]³⁰¹% samdráttur í sölu á erlendri tónlist á milli áráanna 2003 og 2004 geti talist hrun í tónlistarsölu eins og samrunaaðilar bera við. Þá er á það bent að sala íslenskrar tónlistar hafi aukist um tæp [5-10]³⁰²% á sama tímabili.

Einnig má á það benda að áhrif ólöglegar afritunar og niðurbals eru jafn mikil á alla keppinauta á markaðnum. Þannig er ekki um að ræða þátt sem veldur Senu hlutfallslega meiri búsigfjum, ef einhver eru, en keppinautum fyrirtækisins á markaði. Er um að ræða hugsanlegt vandamál tónlistar- og afþreyingariðnaðarins í heild sinni sem hefur þá áhrif á eftirspurn hjá öllum aðila sem starfa á umræddum markaði. Hefur ólöglegt niðurbal því ekki nein teljandi áhrif við mat á samruna þessum.

Hér má auk þess bæta við að íslenski tónlistarvefurinn tónlist.is selur tónlist eftir löglegum leiðum með niðurbali og afritun. Er Sena eigandi að því fyrirtæki. Að svo miklu leyti sem slík lögleg viðskipti kunna að draga úr sölu hljómdiska, má því telja að hér sé einfaldlega um nýja dreifingarleið að ræða, sem feli ekki í sér samkeppnislega ógnun við keppinauta á markaði hljómdiska.

4.11 Niðurstæða

Miðað við það sem fram hefur komið er það niðurstæða Samkeppniseftirlitsins að kaup Dagsbrúnar á Senu styrki markaðsráðandi stöðu beggja félaganna og að þau geti í krafti stöðu sinnar takmarkað samkeppni og hagað verðlagningu, þjónustu og viðskiptaskilmálum að verulegu leyti án tillits til keppinauta eða viðskiptavina.

Samkeppniseftirlitið getur af þessum sökum ekki fallist á að samruninn samrýmist samkeppnislögum. Á grundvelli fyrirliggjandi upplýsinga telur Samkeppniseftirlitið því að samruninn fari gegn markmiði samkeppnislaga og sé andstæður 17. gr. laganna.

Sökum þessa er tilefni til að grípa til íhlutunar á grundvelli 17. gr. samkeppnislaga. Samkvæmt ákvæðinu getur íhlutun falið í sér ógildingu eða setningu skilyrða.

Í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins, sem sent var samrunaaðilum 26. maí sl., var kynnt það frummat eftirlitsins að samruninn færi gegn samkeppnislögum og óskað eftir því að samrunaaðilar greindu frá skilyrðum sem þeir teldu að kæmu til með að eyða þeim samkeppnishömlum sem í samrunanum fælust, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 18/2001 Mjólkurfélag Reykjavíkur svf. Lýsi hf. og Fóðurblandan hf. gegn samkeppnisráði. Þrátt fyrir brýnt tilefni lögðu samrunaaðilar ekki fram neinar tillögur að skilyrðum í þeim athugasemdum sem þeir sendu Samkeppniseftirlitinu 9. júní sl. Um ástæður þess var vísað til þess að samrunaaðila greindi á um grundvallaratriði við Samkeppniseftirlitið. Dagsbrún féllst þó á að nauðsyn væri á ákveðnum skilyrðum varðandi ákveðinn þátt í starfsemi samrunafyrirtækjanna. Óskuðu samrunaaðilar eftir fundi til að fara yfir málið. Var haldinn fundur með samrunaaðilum 15. sama mánaðar þar sem farið

³⁰¹ Nákvæm tala felld út vegna trúnaðar.

³⁰² Nákvæm tala felld út vegna trúnaðar



var ítarlega yfir efni málsins. Á fundinum lögðu samrunaaðilar hins vegar ekki fram tillögur að skilyrðum. Voru slíkar tillögur fyrst reifaður munnlega á fundi sem Samkeppniseftirlitið hélt með samrunaaðilum 21. júní sl., en endanleg útfærsla þeirra barst ekki fyrr en í lok vinnudags daginn eftir. Í tillögum samrunaaðila eru m.a. færð fram skilyrði sem að mati samrunaaðila er ætlað að koma í veg fyrir skaðleg samkeppnisleg áhrif samrunans. Á hinn bóginn eru engar tillögur gerðar vegna veigamikilla skaðlegra samkeppnislegra áhrifa, sem hafði verið lýst í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins.

Með vísan til framangreinds bárust tillögur samrunaaðila að skilyrðum ekki fyrr en örfáum dögum áður en lögbundinn frestur til þess að afgreiða samrunamál þetta rann út. Enda þótt Samkeppniseftirlitið hafi ekki átt þess kost að afla sjónarmiða frá keppinautum samrunaaðila á markaði um skilyrðin (e. market test) verður ekki fram hjá því litið að þau taka ekki til veigamikilla skaðlegra samkeppnislegra áhrifa samrunans.

Það er mat Samkeppniseftirlitsins að ekki séu forsendur til þess að samþykkja samrunann með skilyrðum. Er samruninn því ógiltur með ákvörðun þessari.

V.

Ákvörðunarorð:

„Samningur, dags. 5. febrúar 2006, um kaup Dagsbrúnar hf. á öllu hlutfé í Senu ehf. felur í sér samruna í skilningi 4. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005. Samruninn hindrar virka samkeppni þar sem hann leiðir til styrkingar á markaðsráðandi stöðu beggja félaganna og vinnur þannig gegn markmiðum samkeppnislaga. Með heimild í 17. gr. samkeppnislaga ógildir Samkeppniseftirlitið hér með samrunann.“

Samkeppniseftirlitið

Páll Gunnar Pálsson

