

Miðvikudagurinn, 16. júní 2004

221. fundur samkeppnisráðs

Ákvörðun nr. 19/2004

**Samruni verslunarsviðs Tæknivals hf. við Norðurljós hf. (Skífuna ehf.)  
Samruni Fréttar ehf. við Norðurljós  
Fjárhagsleg endurskipulagning Norðurljósa**

**I.**

**Málavextir og málsmeðferð**

**1.**

Með bréfi Einars Þórs Sverrissonar hdl. dags. 20. febrúar 2004 var Samkeppnisstofnun tilkynnt um kaup Norðurljósa hf. (Skífunnar ehf.) á verslunarsviði Tæknivals hf., sbr. 3. mgr. 18. gr. samkeppnislaga. (hér eftir nefndir samrunaaðilar) Þá var Samkeppnisstofnun tilkynnt, með bréfi sama lögmanns dags. 24. febrúar 2004, um kaup Norðurljósa á öllu hlutafé í Frétt ehf. og endurfjármögnun Norðurljósa með m.a. hlutafjárframlögum nýrra eigenda. Bréfum þessum fylgdu samrunaskýrslur, þar sem framsetning miðast við viðauka í reglum nr. 930/2001 um tilkynningu samruna<sup>1</sup>. Verður hér á eftir vísað til þessara skýrslna sem samrunaskrárinnar. Í kafla II.1.4. í ákvörðun þessari er skýrt frá samskiptum Samkeppnisstofnunar við Norðurljós hf., Baug Group hf. (Baug) og Eignarhaldsfélagið Feng hf. (Feng) í desember 2003 og janúar 2004, sem voru undanfari þessara tilkynninga.

Samkeppnisstofnun hefur óskað eftir frekari upplýsingum og gögnum, sbr. bréf Samkeppnisstofnunar dags. 5. mars 2004, en svar barst við því með bréfi Einars Þórs Sverrissonar hdl. dags. 10. mars 2004. Með bréfi dags. 18. mars 2004 tilkynnti Samkeppnisstofnun málsaðilum að stofnunin teldi ástæðu til frekari rannsóknar á samkeppnislegum áhrifum samrunans, sbr. 4. mgr. 18. gr. samkeppnislaga. Upphaf þriggja mánaða frests samkeppnisyfirvalda til að taka afstöðu til samrunans miðast því við þann dag, sbr. sama lagaákvæði.

Með bréfi Samkeppnisstofnunar, dags. 19. maí 2004 var frumniðurstaða stofnunarinnar send málsaðilum og þeim gefinn kostur á að koma að athugasemdum

---

<sup>1</sup> Viðauki með skrá yfir upplýsingar sem þurfa að koma fram í tilkynningu til Samkeppnisstofnunar um samruna fyrirtækja (samrunaskrá).

sínum og skýringum. Athugasemdir málsaðila bárust Samkeppnisstofnun með bréfi Einars Þórs Sverrissonar hdl., dags. 11. júní 2004. Verður hér eftir vísað til þeirra sem andmæla samrunaaðila. Skýringar samrunaaðila hafa einnig komið fram á nokkrum fundum þeirra með fulltrúum Samkeppnisstofnunar. Þá hafa fulltrúar Samkeppnisstofnunar átt viðtöl við ýmsa aðila á markaðnum, s.s. keppinauta samrunaaðila á viðkomandi mörkuðum, viðskiptavini o.fl. Að því marki sem samkeppnisráð telur upplýsingar og viðhorf þessara aðila skipta máli fyrir niðurstöður máls þessa er þess getið í ákvörðun þessari.

## II.

### Niðurstöður

Á fundi samkeppnisráðs, þann 16. júní 2004, var ákvörðun tekin í máli þessu. Þátt í fundinum tóku Kirstín Þ. Flygenring, Atli Freyr Guðmundsson, Karitas Pálsdóttir, Ólafur Björnsson og Ragnheiður Bragadóttir.

### 1.

#### Samruni

##### 1.1. Samningar um kaup Norðurljósa á verslunarrekstri Tæknivals

Í samrunaskrá kemur fram að ekki sé um samruna í skilningi hlutafélagaréttarins að ræða þannig að tvö félög hafi sameinast, heldur sameiningu í því formi að eitt fyrirtæki kaupi annað eða hluta þess.

Með samningi, dags. 29. janúar 2004 keypti Grjóti ehf., móðurfélag Tæknivals hf., verslunarrekstur Tæknivals að öllu leyti. Verslunarrekstur Tæknivals fólst í rekstri sjö BT verslana, þriggja Office 1 verslana og einnar Sony Center verslunar. Rekstur Tæknivalsbúðarinnar var ekki með í kaupunum. Samkvæmt samningnum átti Grjóti að greiða kaupverðið, [...]² m.kr., innan [...]³ dags frá gerð samningsins. Auk þessa keypti Grjóti ehf. lager verslunarreksturs Tæknivals á bókfærðu verði en andvirði hans átti einnig að greiða innan [...]⁴ dags frá gerð samningsins.

Með framsali, einnig dags. 29. janúar 2004 framseldi Grjóti réttindi og skyldur samningsins við Tæknival til Norðurljósa hf. Greiðsla til Grjóta var að hluta í formi útgáfu nýrra hlutabréfa í Norðurljósum að fjárhæð [...]⁵ m.kr. að nafnverði sem afhent var samdægurs á genginu [...]⁶. Eftirstöðvar af kaupverði, [...]⁷ m.kr., auk greiðslu

---

² Fellt út vegna trúnaðar.

³ Fellt út vegna trúnaðar.

⁴ Fellt út vegna trúnaðar.

⁵ Fellt út vegna trúnaðar.

⁶ Fellt út vegna trúnaðar.

⁷ Fellt út vegna trúnaðar.

fyrir lager átti að inna af hendi innan [...] <sup>8</sup> daga frá undirritun framsalsins. Í framsalinu segir m.a.:

*„Fyrir liggur að tilkynna þarf framsal skv. samningi þessum til samkeppnisyfirvalda. Komi til þess að samkeppnisyfirvöld samþykki ekki yfirtöku framsalshafa á samningum eða setji henni íþyngjandi skilyrði, skulu aðilar að samningnum hefja sölumeðferð á hinu framselda til þriðja aðila.“*

Réttindi sín og skyldur samkvæmt fyrrgreindu framsali framseldu Norðurljós síðan einnig sama dag til dótturfélags síns, Skífunnar ehf. Greiðsla Skífunnar var að hluta í formi útgáfu nýrra hlutabréfa í Skífunni að fjárhæð [...] <sup>9</sup> m.kr. að nafnverði, sem afhent var samdægurs á genginu [...] <sup>10</sup>. Eftirstöðvar kaupverðs, [...] <sup>11</sup> m.kr., auk andvirði lagers átti að inna af hendi innan [...] <sup>12</sup> daga frá undirritun framsalsins. Í framsalinu segir svo:

*„Fyrir liggur að tilkynna þarf framsal skv. samningi þessum til samkeppnisyfirvalda. Komi til þess að samkeppnisyfirvöld samþykki ekki yfirtöku framsalshafa á samningum eða setji henni íþyngjandi skilyrði, hafa aðilar hvor fyrir sig einhliða rétt til að rifta samingi þessum á næstu sjö virku dögum frá því að sú niðurstaða liggur fyrir.“*

## **1.2. Samningur um kaup Norðurljósa á öllu hlutafé í Frétt**

Með samningi dags. 29. janúar 2004 var samið um kaup Norðurljósa samskiptafélags hf. á öllu hlutafé í Frétt ehf. og varð Frétt þar með dótturfélag Norðurljósa. Seljendur og eignarhlutir þeirra voru sem hér segir: Bókaforlagið Dægradvöl ehf. [...] <sup>13</sup>, Tuesday Equities Inc. Luxembourg [...] <sup>14</sup>, Eignarhaldsfélagið Reykjahlíð [...] <sup>15</sup>, Baugur Group hf. [...] <sup>16</sup>, Fons Eignarhaldsfélag [...] <sup>17</sup> og Hömlur hf. [...] <sup>18</sup>. Kaupverðið var [...] <sup>19</sup> m.kr. og skyldi það greitt með reiðufé innan [...] <sup>20</sup> virkra daga frá undirritun samnings, en samhliða því skuldbundu seljendur sig til að kaupa hlutafé í Norðurljósum samskiptafélagi fyrir sömu fjárhæð að nafnvirði í sömu hlutföllum og hlutafjáreign þeirra í Frétt var fyrir gerð samningsins. Var því í reynd greitt fyrir kaupin á hlutafé í Frétt með hlutabréfum í Norðurljósum. Í samningnum er fyrirvari um samþykki samkeppnisyfirvalda.

---

<sup>8</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

<sup>9</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

<sup>10</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

<sup>11</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

<sup>12</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

<sup>13</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

<sup>14</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

<sup>15</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

Í gögnum málsins kemur fram að rekstrartekjur Norðurljósa á árinu 2003 námu um 5.415 m.kr., en rekstrargjöld að viðbættum afskriftum voru um 6.275 m.kr.<sup>16</sup> Velta Skífunnar var um [...] <sup>17</sup> m.kr. Á sama tíma er talið að velta verslana Tæknivals, sem samið var um sölu á til Norðurljósa, hafi numið um [...] <sup>18</sup> m.kr. Velta Fréttar á tímabilinu janúar-október 2003 nam um [...] <sup>19</sup> m.kr. Með hliðsjón af framangreindu telur samkeppnisráð ljóst að fyrrnefndir samningar feli í sér samruna í skilningi 4. og 18. gr. samkeppnislaga og fellur samruninn undir samrunaæftirlit 18. gr. laganna, þar sem veltuskilyrði ákvæðisins er uppfyllt.

### **1.3. Norðurljós, félög í eigu þess og starfsemi þeirra**

Norðurljós hf. er eignarhaldsfélag og samkvæmt skipuriti frá mars 2004 er félagið eigandi að öllu hlutafé í Íslenska útvarpsfélaginu hf., Skífunni ehf. og Frétt ehf. 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. Framkvæmdastjóri Norðurljósa er jafnframt útvarpsstjóri Íslenska útvarpsfélagsins.

Íslenska útvarpsfélagið rekur sjónvarpsstöðvarnar Stöð 2, Sýn Popptívi, Bíórásina og Fjölvarpið svo og útvarpsstöðvarnar Bylgjuna, FM957, Létt 96,7, Skonrokk, X-ið og Stjórnuna.

Starfsemi Skífunnar er einkum á sviði innflutnings, heildverslunar og smásölu með tónlist, mynddíska (DVD myndir), tölvuleiki og leikjatölvur, ásamt hljóðritun og útgáfu tónlistar. Þá rekur Skífan kvikmyndahúsin Regnbogann og Smárabíó og á 2/3 hluta í félagi sem rekur Borgarbíó á Akureyri. Verslunarrekstur sem áður var í eigu Tæknivals, þ.e. BT, Office 1 og Sony Center verslanir, eru nú eins og áður segir að öllu leyti í höndum Skífunnar. Ennfremur á fyrirtækið og rekur Hljóðfærahúsið og hljóðverin Stúdíó Sýrland og Grjótnámuna.

Frétt ehf., sem var áður sjálfstætt félag ótengt Norðurljósum, gefur út dagblöðin Fréttablaðið og DV ásamt vikuritinu Birtu. Þá rekur félagið fréttavefinn visir.is.

Markmið samrunans er sagt vera að verja Tæknival gjaldþroti og efla rekstur Norðurljósa frá því sem verið hefur og í raun einnig verja það félag gjaldþroti. Markmiðið er einnig að búa til öflugt félag á sviði verslunar með afþreyingu, ritföng

---

<sup>16</sup> Í andmælum samrunaaðila er bent á að þar sem rannsókn samkeppnisyfirvalda taki aðeins til markaða fyrir tónlist, mynddíska og tölvuleiki telji samrunaaðilar rangt að leggja til grundvallar alla veltu Norðurljósa, enda sé fjölmiðlun u.þ.b. helmingur af veltu félagsins. Samkeppnisráð getur þó ekki fallist á þetta sjónarmið, m.a. í ljósi þess að rannsókn í máli þessu tekur einnig til samruna Fréttar við Norðurljós og fjárhagslegrar endurskipulagningar Norðurljósa í heild sinni.

<sup>17</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

<sup>18</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

<sup>19</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

og raftæki og öflugt ljósvaka- og fjölmiðlafyrirtæki, sem geti staðið af sér þá hörðu samkeppni, sem m.a. rekstur Ríkisútvarpsins skapi hér á landi. Er þetta gert á þann hátt að renna fleiri stoðum undir rekstur Norðurljósa með því að bæta fleiri einingum við rekstur félagsins og gera það hæft hvað stærð varðar til skráningar í Kauphöll Íslands.

#### 1.4. Eignarhald á Norðurljósum

Eftir fjárhagslega endurskipulagningu Norðurljósa eru eigendur félagsins og eignarhlutur þeirra frá apríl 2004 sem hér segir:

Baugur	29,9%
Kári Stefánsson	15,0%
Fons eignarhaldsfélag hf.	11,6%
Grjóti ehf.	11,4%
Kaldbakur hf.	8,0%
Hömlur hf.	6,9%
Aðrir	17,2%
Samtals:	100,0%

Stærstu eigendur Norðurljósa eru þannig fyrirtækin Baugur með 29,9%, Fons eignarhaldsfélag hf. (Fons) með 11,6%, Grjóti ehf. með 11,4%, Kaldbakur hf. með 8% og Hömlur hf. með 6,9%. Auk þessara aðila á Kári Stefánsson 15% en aðrir eiga 17,2% af hlutfé fyrirtækisins. Fons er m.a. í eigu Fengs og aðaleiganda og framkvæmdastjóra þess félags, Pálma Haraldssonar. Samkvæmt upplýsingum sem fram koma í samrunatilkynningu er fyrirtækið Grjóti að 42% í eigu Baugs en Eignarhaldsfélagið Fengur (Fengur) á einnig 42% í fyrirtækinu. Baugur á jafnframt 14,8% í Kaldbak en Fengur 6%. Fengur er einnig í eigu Pálma Haraldssonar. Bein og óbein hlutdeild Baugs í Norðurljósum ásamt hlutdeild fyrirtækja í eigu Pálma Haraldssonar er m.ö.o. sem hér segir:

Baugur	29,9%
Fons	11,6%
Grjóti	11,4%
Kaldbakur <sup>20</sup>	1,7%
Samtals:	54,6%

Samtals ráða Baugur ásamt fyrirtækjum tengdum Pálma Haraldssyni yfir 54,6% hlutfjár í Norðurljósum. Ljóst er því að Baugur og fyrirtæki tengd Pálma Haraldssyni eiga ráðandi hluta í Norðurljósum. Þar af er eignarhlutur Baugs í Norðurljósum ásamt

<sup>20</sup> Baugur á 20,8% í Kaldbaki þannig að óbein eignarhlutdeild Baugs í Norðurljósum í gegnum Kaldbak er 1,7%.

óbeinni eignarhlutdeild félagsins í gegnum Grjóta (4,8%) og Kaldbak (1,2%) samtals 35,9%. Í athugasemdum samrunaaðila er því mótmælt að óbein eignarhlutdeild Baugs á Norðurljósum í gegnum Kaldbak sé talin með við mat á eignarhaldi samrunaaðila á Norðurljósum. Samkeppnisráð telur hins vegar eðlilegt í þessu máli að hafa hliðsjón af þessum eignarhluta.

### **1.5. Samstarf Baugs og Fengs og sameiginleg yfirráð yfir Norðurljósum**

Baugur og félög eða einstaklingar sem því félagi tengjast hafa ásamt Fengi og tengdum félögum og einstaklingum víða komið sameiginlega að atvinnurekstri og átt umtalsverða eignarhluti sem veitt hafa þeim áhrif á stjórn viðkomandi félaga. Verða hér rakin helstu dæmi þessa.

- Félagið Hagar hf. var stofnað í október 2003, en það yfirtók starfsemi Baugs Íslands. Félagið er verslunarfyrtæki 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 vöruhóтелиð Hýsingu. Eigendur Haga og eignarhlutar þeirra eru sem hér segir: Baugur (um 32%), Stoðir (um 26%), Gaumur (um 12%), Fengur og Fons, þ.e. félög 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.
- 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% hlutafjárins voru í eigu Fons.
- Meðal fjárfestinga Baugs erlendis er um 60% eignarhlutur í heilsuvöru-keðjunni Julían Graves, en þar á Fengur um 20% hlut.
- Loks eiga félögin, eins og fram hefur komið, hvort um sig óbeint 42% eignarhlut í Tæknavali, 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 samrunaskrá er tekið fram að enginn hluthafasamningur sé milli hluthafa í Norðurljósum. Er því ljóst að á þeim vettvangi er ekkert forbundið samstarf milli Baugs og Fungs eða Fons. Á hinn bóginn ber að hafa í huga aðdraganda að aðkomu Baugs og Fungs eða Fons að Norðurljósum, sem stærstu eigenda félagsins, sbr. skýringar málsaðila um það efni sem nú verða raktar.

Í desember 2003 leitaði Samkeppnisstofnun skýringa á fregnum sem birst höfðu á opinberum vettvangi um hugsanleg kaup Baugs og Fungs á hlutum í Norðurljósum, sbr. bréf Samkeppnisstofnunar til Norðurljósa dags. 23. desember 2003 og svarbréf Norðurljósa dags. 6. janúar 2004, ásamt bréfum Samkeppnisstofnunar til Fungs og Baugs dags. 16. janúar 2004.

Í svari Einars Þórs Sverrissonar hdl. f.h. Eignarhaldsfélagsins Fungs dags. 20. janúar 2004 kom fram að félagið hafi til þessa ekki verið hluthafi í NLC Holding S.A. Lúxemborg, móðurfélagi Norðurljósa samskiptafélags hf. (NLS), eða tengdum félögum. Hins vegar hafi Eignarhaldsfélagið Fons, sem er í 50% eigu Fungs, eignast 62,13% af heildarhlutafé NLC Holding S.A. með kaupsamningi við Jón Ásgeir Jóhannesson dags. 4. desember 2003, en Jón Ásgeir Jóhannesson hafi eignast þann hlut persónulega með kaupsamningi við Inuit Enterprises í nóvember 2003. Fjárhagsleg endurskipulagning Norðurljósa hafi staðið yfir. Hafi legið fyrir um hríð að afskrifa þyrfti hluta af sambankaláni félagsins, jafnframt því sem stefnt sé að því að auka hlutafé félagsins um a.m.k. einn milljarð króna. Hafi forsvarsmenn Fons ekki ákveðið hvort þeir muni taka þátt í þeirri aukningu, en ljóst sé að eignarhlutur Fons í

Norðurljósum komi til með að verða að hámarki um [...%]<sup>21</sup>. Að afstaðinni hlutafjáraukningu muni yfirráð Fons yfir Norðurljósum því ekki verða til staðar. Endanlegur hluthafahópur Norðurljósa muni liggja fyrir fljótlega og muni Fengur eða Fons þá tilkynna samkeppnisyfirvöldum um aðkomu sína að félaginu, skapist skilyrði til þess.

Í svarbréfi Þórðar Bogasonar hdl. f.h. Baugs dags. 21. janúar 2004 kom m.a. fram að NLC Holding S.A. í Lúxemborg ætti 99,3% eignarhluta í NLS og hafi til þessa ekki orðið breytingar á eignarhaldi NLS. Hins vegar hafi Fons eignast 62,13% hlut Inuit Enterprises<sup>22</sup> í NLC, en Jón Ásgeir Jóhannesson hafði eignast þann hlut persónulega með kaupsamningi við Inuit Enterprises í nóvember 2003, en selt hann síðan til Fons. Væru þetta einu viðskiptin sam átt hefðu sér stað með hlutafé í félögum tengdum NLS svo Baugi væri kunnugt um. Baugur væri því ekki eigandi að hlutafé í þessum félögum né félögum tengdum NLS. Hins vegar hafi Baugur og tengdir aðilar keypt af Jóni Ásgeiri Jóhannessyni svokallaða forgangskröfu á hendur NLS, sem Jón Ásgeir keypti af Inuit Enterprises í nóvember sl. Ætti sú krafa rót sína að rekja til samnings sem gerður hafði verið milli hluthafa NLC og aðila sambankaláns NLS hinn 19. desember 2001. Forgangskrafa þessi nyti þeirrar sérstöðu að hún gangi framur kröfum sambankalánsins á hendur NLS, en í kröfunni felist þó engin hluthafaréttindi í félaginu. Baugur stefndi þó að því, standi vilji annarra hluthafa félagsins til þess, að umbreyta þessari kröfu í hlutafé í NLS og verði NLC leyst upp í framhaldinu. Með vísan til þessa teldi Baugur að kaup félagsins á forgangskröfunni hafi ekki falið í sér samruna í skilningi samkeppnislaga. Hins vegar standi til að Baugur verði hluthafi í NLS, í tengslum við fjárhagslega endurskipulagningu félagsins, sem standi yfir. Hafi forsvarsmenn Baugs og Fons unnið að því að fá nýja hluthafa til liðs við félagið. Enginn samningur væri til staðar við Fons um samstarf í félaginu. Hinu væri ekki að neita að forsvarsmenn Fons og Baugs hefðu sameiginlega sýn á framtíð NLS og Baugur, sem eigandi forgangskröfunnar, hefði komið að vinnu við endurskipulagningu félagsins. Hafi aldrei staðið til annað en að upplýsa samkeppnisyfirvöld um aðkomu Baugs að NLS og eftir atvikum tengdum félögum, þegar skilyrði til þess myndu skapast. Loks er ítrekað að það sé ekki stefna Baugs að fara með meirihluta í NLS eða tengdum félögum.

Í frumathugun Samkeppnisstofnunar var við það miðað að Baugur og Fengur hefðu öðlast sameiginleg yfirráð yfir Norðurljósum á grundvelli sameiginlegra hagsmuna þessara fyrirtækja. Í athugasemdum samrunaaðila kemur fram að þeir séu ekki sammála þeirri túlkun að Baugur og Fengur hafi haft sameiginlega viðskiptalega eða fjárhagslega hagsmuni af eignarhaldi sínu á Norðurljósum umfram það sem felist í

---

<sup>21</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

<sup>22</sup> Inuit Enterprises er aﬂandsfélag Jóns Ólafssonar sem áður var stjórnarformaður Norðurljósa samskiptafélags hf.



Því að vera tveir hluthafar í sama félagi. Þrátt fyrir að fjárfestingar þessara aðila hefðu oft legið saman breyti það því ekki að félögin séu rekin sjálfstætt og að ekki sé um gagnkvæmt eignarhald að ræða. Til að um sameiginlega viðskiptalega eða fjárhagslega hagsmuni sé að ræða þurfi annað og meira að koma til en aðskilið samstarf í fjárfestingum.

Samkeppnisráð bendir hér á að samkvæmt 4. gr. samkeppnislaga telst samruni eiga sér stað m.a. þegar eigendur með yferráð yfir einu eða fleiri fyrirtækjum ná beinum eða óbeinum yferráðum í einu eða fleiri fyrirtækjum til viðbótar. Yferráð samkvæmt ákvæðinu eru yferráð sem gera aðila kleift að hafa afgerandi áhrif á rekstur og stjórnun fyrirtækis, annaðhvort sér í lagi eða sameiginlega með öðrum, sbr. nánar 4. gr. laganna. Samkvæmt þessu er ljóst að samruni getur átt sér stað þegar aðili með yferráð yfir einu fyrirtæki nær með öðrum aðila sameiginlegum yferráðum yfir tilteknu fyrirtæki. Í samkeppnisrétti er við það miðað að hin sameiginlegu yferráð geti m.a. grundvallast á því að viðkomandi aðilar sem eignast hlut í tilteknu fyrirtæki hafi sameiginlega viðskiptalega eða fjárhagslega hagsmuni (e. *common commercial or financial interest*). Þá er bent á að í niðurlagi andmæla samrunaaðila kemur fram að þeir fallist á þá samsömun að Norðurljós og Hagar væru undir sameiginlegum yferráðum Baugs og Fengs.

Með vísan til alls framangreinds telur samkeppnisráð ljóst að margþætt samstarf hafi verið milli Baugs, tengdra félaga og einstaklinga annars vegar og Fengs, Fons og tengdra aðila hins vegar um eignarhald og forystu í umfangsmiklum atvinnufyrirtækjum. Jafnframt ber að hafa í huga skýringar þessara aðila á aðkomu þeirra að fjárfestingu í Norðurljósum, sem m.a. fela í sér að þessir aðilar höfðu samvinnu um fjárhagslega endurskipulagning félagsins og voru megingerendur í því máli. Þeir unnu sameiginlega að því að fá nýja fjárfesta að félaginu. Endurskipulagningin fólst m.a. í því að verslunarrekstur Tæknivals í 42% eigu hvors félags var sameinaður Norðurljósum. Einnig kemur fram í skýringum lögmanns Baugs að forsvarsmenn Fons og Baugs hafi sameiginlega sýn á framtíð Norðurljósa. Loks liggur fyrir að fulltrúi Baugs er stjórnarformaður Norðurljósa og að varaformaður stjórnar Norðurljósa er framkvæmdastjóri Fengs sem jafnframt er stjórnarformaður Fons. Með hliðsjón af þessu og eignarhlutum þessara aðila í Norðurljósum telur samkeppnisráð að líta beri svo á að Baugur og Fengur hafi með samningum sem fela í sér samruna verslunarsviðs Tæknivals og Fréttar við Norðurljós og fjárhagslegri endurskipulagningu Norðurljósa að öðru leyti öðlast sameiginleg yferráð í Norðurljósum. Eins og fram hefur komið felur slíkt einnig í sér samruna í skilningi samkeppnislaga.

## 1.6. Eignarhald á Högum og eignatengsl við Norðurljós

Eins og fram hefur komið á hlutafélagið Hagar m.a. Hagkaups- og Bónusverslanir hér á landi, en þær hafa starfað á smásölumörkuðum þessa máls. Eigendur Haga og eignarhlutir þeirra eru eftirfarandi:

Baugur	32,0%
Fasteignafélagið Stoðir hf.	26,0%
Fjárfestingafélagið Gaumur ehf.	12,0%
Fons eignarhaldsfélag	12,0%
Eignarhaldsfélagið Fengur	8,0%
Aðrir	10,0%
Samtals	100,0%

Fjárfestingarfélagið Gaumur hf. er eignarhaldsfélag í eigu Jóns Ásgeirs Jóhannessonar forstjóra Baugs og fjölskyldu hans, en félagið á um 70% hlut í Baugi. Baugur á 49% hlut í Fasteignafélaginu Stoðum. Þegar bein og óbein hlutdeild Baugs og tengdra félaga í Högum er lögð saman kemur eftirfarandi í ljós:

Baugur	32,0%
Stoðir <sup>23</sup>	12,7%
Gaumur	12,0%
Samtals:	56,7%

Samkvæmt þessu er ljóst að Baugur hefur ráðandi eignarhluta í Högum. Jafnframt liggur fyrir að Fengur og Fons eiga samtals um 20% eignarhlut í Högum.

## 1.7. Niðurstaða

Þau viðskipti sem mál þetta fjallar um fela að mati samkeppnisráðs í sér þriðjættan samruna. Í fyrsta lagi keypti Grjóti, móðurfélag Tæknivals, verslunarrekstur Tæknivals (verslanir BT o.fl.), framseldi réttindi og skyldur samningsins samdægurs til Norðurljósa sem einnig sama dag framseldi þau til dótturfélags síns, Skífunnar. Með þessum gerningum hafa Norðurljós (Skífan) keypt verslunarrekstur Tæknivals. Í annan stað var gerður samningur um að Norðurljós keyptu allt hlutafé í Frétt. Í þriðja lagi felst í fjárhagslegri endurskipulagningu og hlutafjár aukningu hjá Norðurljósum, sem m.a. tengjast fyrnefndum samningum, að Baugur og tengd félög ásamt Fons og tengdum félögum hafa öðlast ráðandi hlut í Norðurljósum eða samtals 54,6%. Með hliðsjón af samstarfi félaganna lítur samkeppnisráð svo á að Baugur og Fons/Fengur ásamt tengdum aðilum fari með yfirráð í Norðurljósum. Hver og einn þessara þriggja þátta fela í sér samruna í skilningi samkeppnislaga, og fellur samruninn undir

<sup>23</sup> Baugur á 49% í Högum þannig að óbeinn eignarhlutur félagsins í Högum í gegnum Stoðir sem eiga 26% í Högum er 12,7%.

samrunaeftirlit laganna skv. 18. grein. Þá liggur fyrir að Baugur fer með yferráð í Högum, en þar er eignarhlutur Fengs og Fons samtals um 20%.

## 2.

### Skilgreining markaða

Við mat á samkeppnislegum áhrifum samruna samkvæmt 18. 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.

Auk breytinga á yferráðum í Norðurljósum felst sá samruni sem hér um ræðir í því að Norðurljós (Skífan) kaupir verslunarrekstur Tæknivals og að Frétt er sameinað Norðurljósum. Ljóst er að veruleg skörun er í starfsemi Skífunnar eins og hún var fyrir samruna og verslunarsviðs Tæknivals, auk þess sem starfsemi Skífunnar og Íslenska útvarpsfélagsins innan samstæðu Norðurljósa felur í sér lóðréttu samþættingu. Er því nauðsynlegt að rannsaka til hlítar samkeppnisleg áhrif þeirrar breytingar á markaðnum sem samruni verslunarsviðs Tæknivals við Norðurljós felur í sér. Miðað við stöðuna fyrir samruna störfuðu hins vegar Íslenska útvarpsfélagið og Frétt á ólíkum mörkuðum fjölmiðlunar, þ.e. útvarps- og sjónvarpsreksturs annars vegar og útgáfu dagblaða hins vegar. Með hliðsjón af eldri úrlausnum samkeppnisráðs<sup>24</sup> og erlendum fordæmum<sup>25</sup> liggur fyrir að um aðskilda samkeppnismarkaði er að ræða. Þá er heldur ekki um skyldleika þessara markaða að ræða í þeim skilningi að annar markaðurinn sé á fyrra eða síðara sölustigi miðað við hinn markaðinn (á ensku sk. *upstream*- eða *downstream*-tengsl). Hefur yfirtaka Norðurljósa á Frétt því engin bein áhrif á stöðu Norðurljósa á þeim mörkuðum sem félagið eða dótturfélög þess störfuðu á fyrir samrunann. Er því í þessu máli ekki talin þörf á að skilgreina þessa markaði.

Á hinn bóginn er hugsanlegt að samruni sem hvorki felur í sér að saman renni raunverulegir eða hugsanlegir keppinautar (láréttur samruni) né að samrunaaðili framleiði vörur eða þjónustu sem annar samrunaaðili notar í sinni starfsemi (lóðréttur samruni) geti raskað samkeppni. Er nánar fjallað um þetta atriði í kafla II.4.

---

<sup>24</sup> Sjá t.d. ákvörðun samkeppnisráðs nr. 8/2000 *Erindi Landssíma Íslands hf. vegna meintrar misnotkunar Íslenska útvarpsfélagsins hf. og Sýnar hf. á markaðsráðandi stöðu sinni*.

<sup>25</sup> Sjá t.d. skýrsluna *Market Definition in the Media Sector – Comparative Legal Analysis* -. Report by Bird & Bird for the European Commission, DG Competition.

## 2.1. Vörumarkaður

Í kafla 6 í viðauka við reglur nr. 930/2001 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 nýtist sem staðgönguvara eða staðgönguþjónusta, samkeppnisstöðu, verði, verðsveiflum vegna eftirspurnar eða öðrum þáttum sem máli skipta við skilgreiningu á markaðinum.“*

### 2.1.1. Sjónarmið samrunaaðila

Um skilgreiningu á vörumarkaði kemur m.a. eftirfarandi fram í greinargerð samrunaaðila:

*„Samrunaaðilar eru einkum sterkir á markaði í eftirtöldum vöruflokkum. Tónlist, DVD myndum og tölvuleikjum. Í þessum vöruflokkum einum eru samrunaaðilar með nokkuð sterka markaðshlutdeild. Aðrir vöruflokkar og þjónusta sem samrunaaðilar hafa upp á að bjóða í rekstri sínum eru með litla markaðshlutdeild og ætti hún ekki að koma til skoðunar í þessu máli. Ljóst er að þessir þrjú vöruflokkar falla allir undir það sem kalla má afþreyingu. Staðgagna milli afþreyingavöru er einhver, en ekki er ljóst hversu mikil hún er, enda ræður þar einkum smekkur hvers og eins. Verslanir þær sem eru hluti af Skífunni í dag eru einnig fjölbreyttari. Sem dæmi má nefna að innan þeirra eru Office 1 verslanirnar, sem eru einkum í samkeppni á ritfangamarkaði og Sony Center, sem er sérhæfð verslun í sölu á hljómtækjum, sjónvörpum og tengdum búnaði frá Sony. Báðar þessar búðir eru með mjög litla markaðshlutdeild á þeim markaði sem þær keppa á, en helsti keppinautur Office 1 eru Penninn, Mál og menning, Eymundsson og Griffill. Samruni hefur átt sér stað á umliðnum árum á þeim markaði. Í samanburði við þær verslanir, er hlutdeild Office 1 innan við 5% á þeim markaði. Þá selja BT verslanirnar tölvur, sjónvarpstæki, hljómtæki og fylgihluti, ásamt heimilistækjum. Hlutfall þeirrar sölu í samanburði við tölvuleiki, DVD myndir og tónlist er ríml. [...%]<sup>26</sup> af veltu BT verslananna.*

---

<sup>26</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

*Markaðshlutdeild Skífunnar í þessum vöruflokkum er hverfandi lítil, sé mið tekið af heildarmarkaðnum.“*

Skífan rekur einnig kvikmyndahús. Markaðshlutdeild Skífunnar á þeim markaði er um [...]²⁷ og verður engin breyting þar á með samrunanum, enda hefur Tæknival ekki starfað á þeim markaði.

Með hliðsjón af framangreindu ásamt þeim tölulegu upplýsingum sem samrunaaðilar setja fram um þá markaði þar sem þeir telja að áhrifa samrunans muni einkum gæta verður það ráðið að sjónarmið þeirra sé að þá vörumarkaði þar sem áhrifa samrunans gætir beri að skilgreina sem heildsölu- og smásölumarkaði fyrir tónlist (á geisladiskum), mynddiska og tölvuleiki.

### 2.1.2. Mat samkeppnisráðs

Samkeppnisráð bendir á að tilgangur þess að skilgreina viðkomandi markað í samrunamáli er að greina á kerfisbundinn hátt það samkeppnislega aðhald sem hið sameinaða fyrirtæki býr við.<sup>28</sup> 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.

#### *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*

---

<sup>27</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

<sup>28</sup> Sjá leiðbeinandi reglur framkvæmdastjórnar EB um mat á láréttum samruna samkvæmt reglugerð ráðsins um eftirlit með samfyllkingum 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 inngangskafli: „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 ...“

*samkeppnisráðs gildir þetta jafnt gagnvart sérhæfðum hljómplötuverslunum og stærri 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 samkeppnismála<sup>29</sup>, og síðar af Hæstarétti.<sup>30</sup>

Framkvæmdastjórn EB hefur í ýmsum samrunamálum fjallað um afþreyingarmarkaði<sup>31</sup>, t.d. málunum *Seagram/Poligram*<sup>32</sup>, *Time Warner/EMI*<sup>33</sup>, *AOL/Time Warner*<sup>34</sup>, *Vivendi/Canal+/Seagram*<sup>35</sup> og *Bertelsmann/Zomba*<sup>36</sup>. Í þessum ákvörðunum hefur m.a. markaður fyrir hljóðritaða tónlist verið skilgreindur og honum skipt upp í undirmarkaði. Í eldri ákvörðunum<sup>37</sup> 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).

Varðandi hljóðritun tónlistar og dreifingu er bent á að starfsemi hljómplötuframleiðenda felist einkum í framleiðslu hljómplatna og sölu 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

<sup>29</sup> Úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 1/2002 Skífan ehf. gegn samkeppnisráði.

<sup>30</sup> Hæstaréttardómur nr. 323/2003 Skífan ehf. gegn samkeppnisráði, dags. 19. febrúar 2004.

<sup>31</sup> 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.

<sup>32</sup> Mál nr. IV/M.1219 *Seagram/Poligram* frá 21.9.1998.

<sup>33</sup> Mál nr. Comp/M.1852 *Time Warner/EMI*, mál dregið til baka 5.10.2000.

<sup>34</sup> Mál nr. Comp/M.1845 *AOL/Time Warner* frá 11.10.2000.

<sup>35</sup> Mál nr. Comp/M.2050 *Vivendi/Canal+/Seagram* frá 13.10.2000.

<sup>36</sup> Mál nr. Comp/M.2883 *Bertelsmann/Zomba* frá 2.9.2002.

<sup>37</sup> Sbr. mál nr. IV/26.992 WEA-Filipacchi Music S.A. frá 22.12.1972.

útvarpi, sjónvarpi og öðrum sem nýta sér hana í viðskiptalegum tilgangi (e. performance rights); (3) tekjur útgefanda 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 plötusölu (e. sheet music sales).

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), sem greina má frekar í niðurhal (e. downloading) og hlustun (e. streaming)<sup>38</sup>. Í ákvörðuninni bendir framkvæmdastjórnin á að sölumagn og söluverð á geisladiskum hafi ekki lækkað vegna tilkomu sölu á Netinu með niðurrhali. Er það niðurstaða framkvæmdastjórnarinnar að markaður fyrir tónlist á stafrænu formi á Netinu sé aðskilinn frá markaði fyrir tónlist á geisladiskum.

Í andmælum samrunaaðila kemur fram að þeir séu ekki sammála þeirri skoðun sem komi fram í frumathugun Samkeppnisstofnunar að sala tónlistar á Netinu, hvort sem er með niðurrhali eða hlustun, sé aðskilinn markaður. Er bent á að niðurstaða framkvæmdastjórnar EB í málinu *AOL/Time Warner*, sem m.a. er vísað til í frumathuguninni, sé fjögurra ára gömul. Hafi skilgreining markaða fyrir tónlist tekið breytingum á undanförunum árum, og er í því sambandi sérstaklega bent á ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar í málinu *Bertelsmann/Zomba*.

Eins og fram kom í frumathuguninni er það rétt að ákvarðanir framkvæmdastjórnar EB sýna að skilgreining hennar á mörkuðum fyrir tónlist hafa tekið nokkrum breytingum á undanförunum árum. Samkeppnisráð er hins vegar ekki sammála því að mál það sem samrunaaðilar vísa til gefi til kynna að afstaða hafi breyst til þess hvort sala tónlistar á netinu sé aðskilinn markaður. Í ákvörðun í *Bertelsmann/Zomba* málinu er beinlínis við það miðað að þessi viðskipti tilheyri sérstökum markaði.<sup>39</sup> Af þessu dregur samkeppnisráð þá ályktun að með þessari ákvörðun hafi engin breyting orðið á þeirri afstöðu sem fram hafði komið í fyrri ákvörðunum að sala tónlistar á netinu tilheyrði sjálfstæðum markaði. Samkeppnisráð telur því ekki tilefni til breytinga á þeirri markaðsskilgreiningu sem kom fram í frumathugun Samkeppnisstofnunar.

---

<sup>38</sup> 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. Hlustun (streaming) felst hins vegar í því að tónlist á stafrænu formi er sótt á Internetið og hún spiluð strax, einu sinni, en stafræn gögn til endurspilunar eru hins vegar ekki vistuð á tölvu notanda.

<sup>39</sup> Sbr. eftirfarandi ummæli í ákvörðun framkvæmdastjórnar EB „*The concentration produces its effects on two market sectors, namely (a) music recording and distribution, and (b) music publishing. The sectors of on-line music delivery and on-line exploitation of publishing rights will not be discussed hereafter in this decision, since Zomba has only de minimis activities in this area.*“

### *Kvikmyndir*

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 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”). 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 samkeppnisráðs er ljóst að heildsala á kvikmyndum til endurseljenda tilheyrir sérstökum mörkuðum. 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. Samkeppnisráð telur enn fremur að heildsala á annars vegar mynddiskum og hins vegar myndböndum tilheyrir mismunandi mörkuðum, sbr. hér á eftir.

Samkeppnisráð telur einnig að smásala á annars vegar mynddiskum og hins vegar myndböndum tilheyrir sérstökum mörkuðum. Ljóst er að gagnvart neytendum er augljós og verulegur munur á eðli kvikmynda og öðrum tegundum afþreyingarefnis eins og t.d. bóka eða tónlistar á geisladiskum. Jafnframt verður að líta til þess að umtalsverður verðmunur er almennt á kvikmyndum á myndböndum og kvikmyndum á mynddiskum. Í samkeppnisrétti felur slíkur verðmunur í sér sterkar vísbendingar um að tiltekna vörur sé á mismunandi mörkuðum.<sup>40</sup> Þegar þessi verðmunur er virtur og horft er til mismunandi eiginleika þessara miðla telur stofnunin að þeir tilheyrir sérstökum mörkuðum.

Af tilkynningu samrunaaðila má ráða að þeir telji að mál þetta hafi ekki umtalsverð áhrif á markaði fyrir sölu myndbanda. Samkeppnisráð getur fallist á það og í því sambandi skiptir og máli að fram hefur komið ítrekað í viðræðum við aðila sem starfa á þessu sviði að sala myndbanda sé hnignandi markaður vegna tækniþróunar. Verður því í þessu máli ekki frekar fjallað um sölu kvikmynda á myndböndum.

---

<sup>40</sup> Sjá t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar EB í máli nr. IV/M.0214 *Du Pont/ICI*, OJ. L7.



### *Tölvuleikir*

Loks skal nefnt að framkvæmdastjórn EB hefur í samrunamálinu *Bertelsmann/Viag/Game Channel*<sup>41</sup> fjallað um markað fyrir tölvuleiki, sem litið er á sem sjálfstæða markaði aðskilda frá öðru afþreyingarefni. Í málinu er fjallað bæði um tölvuleiki sem notandi fær aðgang að annars vegar hjá þjónustuveitanda á Internetinu, ýmist gegn greiðslu eða ekki, og hins vegar tölvuleiki sem seldir eru á diskum (t.d. CD-Rom). Í ljósi þess að uppruni tekna seljenda tölvuleikja er mismunandi eftir því hvort þeir eru seldir á diskum eða í gegnum Internetþjónustuaðila, voru leiddar líkur að því að um tvo sjálfstæða undirmarkaði væri að ræða. Að mati samkeppnisráðs tilheyrir heildsala og smásala á tölvuleikjum sérstökum mörkuðum.

### *Niðurstaða*

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

- Heildsölu- og smásöllumarkaðir fyrir tónlist á geisladiskum
- Heildsölu- og smásöllumarkaðir fyrir mynddiska (DVD myndir)
- Heildsölu- og smásöllumarkaðir fyrir tölvuleiki á diskum.

## **2.2. Landfræðilegur markaður**

Í kafla 6 í viðauka við reglur nr. 930/2001 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.“*

### **2.2.2 Sjónarmið samrunaaðila**

Um afmörkun landfræðilegs markaðar kemur m.a. eftirfarandi fram í greinargerð samrunaaðila:

*„Verðslanir Skífunnar eftir samrunann eru að meginstofni til einungis á Stór-Reykjavíkursvæðinu. BT verðslanir eru þó á Egilsstöðum og Akureyri og Office 1*

---

<sup>41</sup> Mál nr. JV.16 *Bertelsmann/Viag/Game Channel* frá 5.5.1999.

*verslun er á Akureyri. Þessar þrjár verslanir Skífunnar eru þær einu, sem eru utan Reykjavíkursvæðisins. Þá á Skífan 2/3 í Borgarbíó á Akureyri. Hins vegar er rétt að taka fram að Skífan er einnig heildsala fyrir tónlist hér á landi, og heildsöluþreifingaraðili á DVD myndum og myndböndum, bæði til leigunota og einkanota og heildsöluþreifingaraðili tölvuleikja og leikjatölva. Sá þáttur starfseminnar nær til landsins alls. Þessi þáttur starfseminnar hefur hvorki styrkst né veikst við samrunann. Að öðru leyti nær hinn landfræðilegi markaður félagsins einungis til Reykjavíkursvæðisins.“*

Eftir að rekstur máls þessa hófst hafa samrunaaðilar einnig lagt fram skýrslu um íslenskan markað afþreyingar til einkanota, sem PARX viðskiptaráðgjöf IBM tók saman að þeirra beiðni<sup>42</sup>. Auk talnaefnis, sem þar er að finna, er stuttlega vikið að skilgreiningu markaða og megináhersla lögð á að færa rök að því sala afþreyingarefnis í Flugstöð Leifs Eiríkssonar (FLE) tilheyri sama markaði og sala slíkrar vöru hér á landi að öðru leyti. Í því sambandi er vísað til könnunar Gallup á því hvar fólk hafi keypt geisladiska með tónlist síðustu 12 mánuði. Þessar upplýsingar gefa þó ekki til kynna umfang kaupanna. Þá er vísað til auglýsinga FLE þar sem flugfarþegar eru hvattir til að koma snemma og gefa sér nægan tíma til að versla. Einnig er vísað til könnunar Ferðamálaráðs sem sýni m.a. að 55% landsmanna fóru til útlanda á árinu 2003. Ennfremur að vöruverð í FLE sé samkeppnishæft miðað við aðrar flugstöðvar í Evrópu og allt að 50% undir því sem gerist í verslunum í Reykjavík. Loks kemur fram að upplýsingar um sölu í FLE sé ekki unnt að greina eftir þjóðerni kaupenda.

### 2.2.3. Mat samkeppnisráðs

Hér verður fyrst að líta til þess að skv. áfrýjunarnefnd samkeppnismála ber við mat á því hvort telja eigi hinn landfræðilega markað rýmri en Ísland verði fyrst og fremst að hafa í huga hvort viðskipti eigi sér stað í það miklum mæli að þau takmarki verðhækkningar eða að öðru leyti óhagstæða viðskiptaskilmála hjá fyrirtækjum með öflugra stöðu á heimamarkaði. Við mat á þessu komi ýmis sjónarmið til álitu svo sem núverandi markaðshlutdeild annarra svæða, kostnaðar- og tímaþáttur viðskiptanna og fleiri, 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.

Samkvæmt upplýsingum sem fram koma í samrunaskrá var um helmingur tónlistar á hljómdiskum, sem seldur var hér á landi á árinu 2002 íslensk tónlist.<sup>43</sup> 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

---

<sup>42</sup> *Íslenskur markaður afþreyingar til einkanota. Mat á stærð hans og þróun.* Skýrsla tekin saman af PARX viðskiptaráðgjöf IBM, 29. apríl 2004.

<sup>43</sup> Þegar miðað er við söluverðmæti var hlutdeild innlendrar tónlistar 51,4%, en 49,2% ef miðað er við fjölda seldra eintaka.

heildsöludreifingu 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. 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. Varðandi kvikmyndir á myndböndum og diskum ber m.a. að hafa í huga þörfina á textun eða talsetningu þeirra yfir á íslensku. Innflutt myndbönd eru textuð eða talsett 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. Af hálfu samrunaaðila er því heldur ekki haldið fram að landfræðilegi markaðurinn fyrir sölu á tónlist, kvikmyndum og tölvuleikjum sé stærri en Ísland. Með vísan til framangreinds telur samkeppnisráð ljóst að landfræðilegi markaður þessa máls sé a.m.k. ekki stærri en Ísland.

Af sjónarmiðum samrunaaðila má ráða að þeir telji að á heildsölustigi sé hinn landfræðilegi markaður Ísland. Á smásölustigi sé einnig um landsmarkað að ræða, sem hugsanlega geti þó verið landfræðilega skiptur, þannig að höfuðborgarsvæðið sé sérstakur markaður, enda hafi landfræðilegur markaður Skífunnar fyrir samrunann aðeins náð til höfuðborgarsvæðisins, en BT reki einnig verslanir á Akureyri og Egilsstöðum og Office 1 reki verslun á Akureyri. Þó kemur fram að kannanir hafi ekki leitt í ljós mikinn mun á verði vörunnar eftir því í hvaða landshluta hún sé keypt, a.m.k. ekki umfram það sem almennt tíðkist í verðlagningu vöru milli höfuðborgarsvæðisins og landsbyggðarinnar. Þá liggur fyrir að Skífan rekur póstverslun á netinu og selur til allra landshluta. Með hliðsjón af þessu telur samkeppnisráð ekki ástæðu til að kanna frekar þann möguleika að landsmarkaðurinn sé skiptur og leggur til grundvallar að bæði á heildsölu- og smásölustigi sé Ísland landfræðilegi markaðurinn fyrir alla vörumarkaði þessa máls, eins og reyndar felst í þeim tölfræðilegu upplýsingum sem samrunaaðilar hafa sett fram.

Á hinn bóginn getur samkeppnisráð ekki fallist á að sala á afþreyingarvörum á tollfrjálsu svæði í Flugstöð Leifs Eiríkssonar (FLE) tilheyri 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 staðgangna milli vörutegunda heldur en almennt tíðkist. Var það niðurstaða samkeppnisráðs að verslun með tollfrjálsan varning á frísvæði flugstöðvar teldist til sérstaks vörumarkaðar. Þessi markaðsskilgreining samkeppnisráðs var staðfest af áfrýjunarnefnd samkeppnismála í úrskurði nr. 1/2003. Það er niðurstaða samkeppnisráðs að sömu rök eigi við í þessu máli og verður þeim ekki hnekkkt með þeim röksemdum sem fram koma í fyrrnefndri skýrslu PARX s.s. um tíðni ferðalaga Íslendinga til útlanda eða að FLE sé í þriðja sæti yfir þá staði þar sem geisladiskar eru keyptir, enda kemur fram í sömu skýrslu að verðmunur miðað við verslanir í Reykjavík sé allt að 50%, en það er ein af ástæðum þess að líta verður á FLE sem sérstakan markað. Í andmælum samrunaaðila er það viðhorf þeirra ítrekað að sala á tónlist og annarri afþreyingarvöru tilheyri sama markaði og önnur sala þess hér á landi. Engar nýjar upplýsingar koma þó fram til stuðnings þessu sjónarmiði, en vísað er til skýrslu PARX. Samkeppnisráð telur að þær athugasemdir sem fram koma í andmælum samrunaaðila gefi ekki tilefni til breytinga á þeirri afstöðu sem fram kom í frumathugun Samkeppnisstofnunar. Við þær aðstæður sem eru til staðar á frísvæði FLE er sala í verslunum þar á afþreyingarvörum ekki í beinni samkeppni við sölu á sömu vörum á Íslandi að öðru leyti og ber því að líta svo á að um aðskilda markaði sé að ræða.

### 3.

#### **Samkeppnisleg áhrif samrunans**

Í máli þessu þarf að taka afstöðu til þess hvort umræddur samruni hafi skaðleg áhrif á samkeppni á hinum skilgreindu mörkuðum. Um er að ræða láréttan samruna, þar sem aðilar eru starfandi á sama sölustigi. Að öllu jöfnu geta alvarlegustu samkeppnishömlurnar verið fölgjar í slíkum samruna. Slíkar samkeppnishömlur eru aðallega af þrennum toga. Í fyrsta lagi leiðir láréttur samruni til þess að keppinautar hætta að keppa og getur það haft í för með sér alvarlegar afleiðingar fyrir viðskiptavini og neytendur. Í öðru lagi getur slíkur samruni leitt til þess að hið sameinaða fyrirtæki öðlist það mikinn efnahagslegan styrk að það geti hækkað verð. Í þriðja lagi getur sú aukna samþjöppun á markaðnum sem fylgir láréttum samruna auðveldað þeim fyrirtækjum sem eftir eru á markaðnum að draga úr samkeppni og taka þess í stað tillit hvert til annars í því skyni að hámarka sameiginlegan hagnað, t.d. með samstíga markaðshegðun sem lýtur að því að hækka verð.

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. 18. gr. samkeppnislaga. Í ákvæðinu segir einnig að taka beri tillit til þess að hvaða marki alþjóðleg samkeppni hafi áhrif og hvort markaður sé opin og aðgangur að honum hindraður. Þessi atriði eru í samkeppnisrétti í raun innifalin í mati á því hvort markaðsráðandi staða myndist eða slík staða styrkist.

Í 4. gr. 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 keppinauta, viðskiptavina og neytenda. Tilvist markaðsráðandi stöðu má leiða af ýmsum þáttum, sem ekki geta talist ráða úrslitum einir og sér.<sup>44</sup> Við mat á því hvort sá samruni sem hér er til athugunar leiði til eða efli markaðsráðandi stöðu verður einkum að horfa til eftirfarandi atriða:

- Markaðshlutdeildar samrunaaðila og samþjöppunar á markaðnum.
- Stöðu keppinauta og efnahagslegs styrks.
- Mögulegrar samkeppni og aðgangshindrana að markaðnum.
- Hugsanlegs kaupendastyrks.

### **3.1. Markaðshlutdeild og samþjöppun**

Markaðshlutdeild hefur mikið að segja þegar samkeppnisleg áhrif samruna eru metin og er ein meginvísibendingin um það hvort fyrirtæki nái með samruna markaðsráðandi stöðu. Jafnframt fela upplýsingar um samþjöppun á markaði í sér vísibendingu um samkeppnishamlandi áhrif samruna.

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.

#### **3.1.1. Mat samrunaaðila**

Samrunaaðilar telja að áhrifa samrunans muni einkum gæta á mörkuðum fyrir tónlist, mynddiska og tölvuleiki. Í tilkynningu þeirra koma fram upplýsingar um heildarstærð þessara markaða. Eftirfarandi upplýsingar koma fram um stærð markaða á heildsölustigi<sup>45</sup>:

---

<sup>44</sup> Sbr. dóm dómstóls EB í máli nr. 85/76 *Hoffman-La Roche* [1979] ECR 461.

<sup>45</sup> Upplýsingar í töflunni felldar út vegna trúnaðar.

Tafla 1:

**Mat samrunaaðila á stærð markaða á heildsölustigi  
og markaðshlutdeild miðað við árið 2003**

Fyrir samruna	Tónlist		Mynddiskar		Tölvuleikir	
	M.kr.	Hlutdeild	M.kr.	Hlutdeild	M.kr.	Hlutdeild
Skífan, heildsala	...	...	...	...	...	...
Hagar	...	...	...	...	...	...
Tæknival	...	...	...	...	...	...
Félög undir yfirráðum Baugs og Fengs	...	...	...	...	...	...
Aðrir	...	...	...	...	...	...
Samtals	...	100,0%	...	100,0%	...	100,0%

  

Eftir samruna	Tónlist		Mynddiskar		Tölvuleikir	
	M.kr.	Hlutdeild	M.kr.	Hlutdeild	M.kr.	Hlutdeild
Skífan, heildsala	...	...	...	...	...	...
Hagar	...	...	...	...	...	...
Tæknival	...	...	...	...	...	...
Félög undir yfirráðum Baugs og Fengs	...	...	...	...	...	...
Aðrir	...	...	...	...	...	...
Samtals	...	100,0%	...	100,0%	...	100,0%

Gögn samrunaaðila um heildsölumarkaðinn gefa að vísu til kynna talsverða óvissu um sölu annarra aðila en Skífunnar og Tæknivals.

Þá er í samrunaskrá að finna eftirfarandi upplýsingar um markaðsstærð og markaðshlutdeild á smásölustigi<sup>46</sup>:

<sup>46</sup> Upplýsingar í töflunni felldar út vegna trúnaðar.

Tafla 2:

**Mat samrunaaðila á stærð markaða á smásölustigi og markaðshlutdeild miðað við árið 2003**

Fyrir samruna	Tónlist		Mynddiskar		Tölvuleikir	
	M.kr.	Markaðs-hlutdeild	M.kr.	Markaðs-hlutdeild	M.kr.	Markaðs-hlutdeild
Skífan, verslanir	...	...	...	...	...	...
Hagar hf., Hagkaupsverslanir	...	...	...	...	...	...
Tæknival hf., BT verslanir	...	...	...	...	...	...
Flugstöð Leifs Eiríkssonar	...	...	...	...	...	...
Aðrir	...	...	...	...	...	...
Samtals	...	100,0%	...	100,0%	...	100,0%

  

Eftir samruna	Tónlist		Mynddiskar		Tölvuleikir	
	M.kr.	Markaðs-hlutdeild	M.kr.	Markaðs-hlutdeild	M.kr.	Markaðs-hlutdeild
Skífan og BT verslanir	...	...	...	...	...	...
Hagar hf., Hagkaupsverslanir	...	...	...	...	...	...
Flugstöð Leifs Eiríkssonar	...	...	...	...	...	...
Aðrir	...	...	...	...	...	...
Samtals	...	100,0%	...	100,0%	...	100,0%

Fram kemur að mat á heildarmarkaði og markaðshlutdeild Skífunnar í smásölu tónlistar byggir á IBM skýrslu um upplagseftirlit. Varðandi mynddiska og tölvuleiki sé hins vegar byggt á margra ára reynslu Skífunnar af viðkomandi mörkuðum, svo og skiptingu heildsölu Skífunnar til helstu viðskiptamanna.

Í skýrslu PARX um íslenskan markað afþreyingar koma einnig fram tölulegar upplýsingar um stærð markaða tónlistar, mynddiska og tölvuleikja á smásölustigi. Þær upplýsingar sýna þó einungis fjölda eintaka en ekki verðmæti. Auk þess verður ekki séð að þær gefi almennt til kynna aðra mynd af stærð og hlutdeild á mörkuðum en fram koma í samrunaskrá. Er því í máli þessu byggt á síðarnefndu heimildinni.

Samrunaaðilar benda á að í framangreindum tölum hafi ekki verið tekið tillit til sölu á þessum vörum í gegnum Internetið, en sú sala sé vaxandi. Opinberar tölur liggi þó ekki fyrir um sölu á þeim vettvangi.

Þá er bent á að á sviði tónlistar og kvikmynda sé mikið framboð af ólöglegu efni sem dreift sé um Internetið. Einnig liggi fyrir að í framtíðinni muni aukast verulega sala á þessu efni um Internetið með löglegum hætti. Er vakin athygli á að félagið Movietrak.com hafi vaxið verulega í Englandi en á þeirri vefsíðu sé hægt að kaupa kvikmyndir með löglegum hætti í gegnum þann miðil. Ljóst sé að Internetið og sú tækni sem því tengist muni 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. Fleiri slíkar löglegar síður séu til, t.d. amazon.com, pressplay.com, itunes.com,

od2.com og mycokemusic.com. Auk þess séu ýmsar ólöglegar netsíður s.s. kazaa.com, nabster.com og dc++.

### 3.1.2. Mat samkeppnisráðs

Eins og fram hefur komið fellst samkeppnisráð í aðalatriðum á að markaðsskilgreining í máli þessu sé sú sem gert er ráð fyrir í tölulegu efni, sem samrunaaðilar hafa sett fram um stærð og hlutdeild á mörkuðum þessa máls. Eina frávikið er að ráðið telur að sala á tollfrjálsu svæði í Flugstöð Leifs Eiríkssonar (FLE) tilheyri ekki sama landfræðilega markaði og önnur sala samrunaaðila. Sala í FLE er þó einungis á smásölustigi og hefur þetta því engin áhrif á heildsölustigi. Mun samkeppnisráð því byggja á upplýsingum frá samrunaaðilum í töflu 1 hér að framan um heildsölumarkaði. Hvað smásölumarkaði varðar leiðir framangreind leiðrétting hins vegar til eftirfarandi mats samkeppnisráðs á markaðshlutdeild<sup>47</sup>:

Tafla 3:

**Markaðshlutdeild á smásölumarkaði skv. mati samkeppnisráðs**  
(fjárhæðir í m.kr.)

Fyrir samruna	Tónlist		Mynddiskar		Tölvuleikir	
	Sala	Markaðs- hlutdeild	Sala	Markaðs- hlutdeild	Sala	Markaðs- hlutdeild
Hagar hf. (Hagkaupsverslanir)	...	...	...	...	...	...
Tæknival hf. (verslanir BT)	...	...	...	...	...	...
Félög undir yfirráðum Baugs og Fengs	...	...	...	...	...	...
Skífan	...	...	...	...	...	...
Aðrir	...	...	...	...	...	...
Samtals	...	100,0%	...	100,0%	...	100,0%
Eftir samruna	Tónlist		Mynddiskar		Tölvuleikir	
	Sala	Markaðs- hlutdeild	Sala	Markaðs- hlutdeild	Sala	Markaðs- hlutdeild
Skífan og verslanir BT	...	...	...	...	...	...
Hagar hf. (Hagkaupsverslanir)	...	...	...	...	...	...
Félög undir yfirráðum Baugs og Fengs	...	...	...	...	...	...
Aðrir	...	...	...	...	...	...
Samtals	...	100,0%	...	100,0%	...	100,0%

Til að meta hvort markaðshlutdeild samrunafyrirtækjanna á skilgreindum mörkuðum leiði til þess að markaðsráðandi staða verði til eða slík staða styrkist er að mati samkeppnisráðs í upphafi gagnlegt að líta stuttlega til þess hvernig markaðshlutdeild er metin í erlendum samkeppnisrétti. Jafnframt er rétt að líta til þeirra aðferða sem samkeppnisyfirlönd nota til að mæla samþjöppun á markaði.

#### *Markaðshlutdeild*

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.<sup>48</sup> Dómstóllinn hefur eðlilega ekki sett fram neina skýra reglu um það hvaða hlutdeild dugi til þess að fyrirtæki teljist hafa slíka stöðu. Segja má þó 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 stöðu nema fyrir hendi séu sérstakar aðstæður (e. *exceptional circumstances*) sem bendi til annars.<sup>49</sup>

Að mati framkvæmdastjórnar EB er ekki hægt að útiloka að fyrirtæki með 20–40% hlutdeild hafi markaðsráðandi stöðu. 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.<sup>50</sup> Segja má að nái fyrirtæki með samruna þessari hlutdeild eða hærrí líti framkvæmdastjórnin svo á að löglíkur (e. *presumption*) 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.

#### *Mat á samþjöppun á markaði og Herfindahl-Hirschman Index (HHI)*

Auk markaðshlutdeildar samrunafyrirtækja og keppinauta þeirra líta samkeppnisyfírvöld til samþjöppunar á markaðnum í heild sinni. Til þess að meta samþjöppun á einstökum mörkuðum og hættu á samkeppnishömlum vegna m.a. samruna er algengt að samkeppnisyfírvöld í Bandaríkjunum<sup>51</sup>, Evrópu<sup>52</sup> og hér á

---

<sup>47</sup> Upplýsingar í töflunni felldar út vegna trúnaðar.

<sup>48</sup> Sjá t.d. mál nr. 85/76 *Hoffman-La Roche v Commission* [1979] ECR 461.

<sup>49</sup> Mál nr. C-62/86 *Akzo Chemie BV v Commission* [1991] ECR I-3359.

<sup>50</sup> 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.*“

<sup>51</sup> HHI er lagður til grundvallar í Horizontal Merger Guidelines frá bandaríska dómsmálaráðuneytinu og Federal Trade Commission frá árinu 1992. Þá má nefna að í dómi í samrunamáli frá 1998 fyrir alríkisdómstóli í Bandaríkjunum kemur þetta fram: „*To measure market concentration more accurately than in the past, economists devised a statistical measure called the Herfindahl-Hirschman Index (HHI), which calculates market concentration by summing the squares of the share of each participant in the market. The FTC and the anti-trust division of the Justice Department adopted the HHI as the preferred measure of market concentration in their 1992 Horizontal Merger Guidelines ("Guidelines"). See Guidelines § 1.5. While the Guidelines are not binding, they constitute the agencies' informed judgment on the area of their expertise. Accordingly, the courts turn to the Guidelines for assistance and over the years have come to accept the HHI as the most prominent and accurate method of measuring market concentration.*“ Sjá: Federal Trade Commission v. Cardinal Health, Inc, mál nr. CIV.A. 98-596 við US District Court, District of Columbia.

<sup>52</sup> Sjá t.d. kafla III í nýlegum túlkunarreglum framkvæmdastjórnar EB um láréttan samruna (Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings), OJ C 31, 5.2.2004. Sjá einnig ákvörðun framkvæmdastjórnar EB í máli nr.

landi<sup>53</sup> beiti mælikvarða sem nefnist Herfindahl-Hirschman Index (HHI). HHI samþjöppunarmælikvarðinn er talinn ein áreiðanlegasta vísbendingin um það hve samþjöppun er mikil og hvort eða hvenær ástæða er til að fylgjast náið með mörkuðum og frekari samþjöppun í kjölfar samruna. Nánari umfjöllun um þennan mælikvarða má m.a. finna í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 29/2001.

HHI mælikvarðinn er reiknaður með því að leggja saman margfeldi markaðshlutdeildar (þ.e. markaðshlutdeild í öðru veldi) þeirra fyrirtækja sem eru á þeim markaði sem við á.<sup>54</sup> Auk þess að líta til gildis HHI í kjölfar samruna er einnig horft til þeirrar breytingar sem á honum verða við samruna.

Í túlkunarreglum framkvæmdastjórnar EB um mat á láréttum samruna kemur fram að almennt sé ekki ástæða til að óttast neikvæð áhrif á samkeppni þegar gildi HHI er lægra en 1000 í kjölfar samruna. Þá er yfirleitt ekki talin ástæða til að óttast neikvæð áhrif á samkeppni þegar HHI eftir samruna er á bilinu 1000 til 2000 og hækkunin er innan við 250. Sömuleiðis veldur það oft ekki miklum áhyggjum þótt HHI sé yfir 2000, ef hækkunin vegna samrunans er innan við 150. Við slíkar aðstæður getur þó í ýmsum tilvikum talist ástæða til að aðhafast, t.d. þegar einhver samrunaaðila hefur 50% markaðshlutdeild eða meira fyrir samruna, samruni felst í yfirtöku á aðila sem nýlega hefur komið inn á markaðinn, einhver samrunaaðila er mikilvægur frumkvöðull á markaðnum eða sker sig úr vegna markaðshegðunar (e. *maverick*) eða þegar veruleg eignatengsl eru milli aðila á markaðnum og/eða vísbendingar eru um að markaðshegðun aðila á markaðnum hafi áður verið samræmd.

Sambærilegum viðmiðum en þó ívið strangari er fylgt í bandarískum samkeppnisrétti. Í Horizontal Merger Guidelines eru settar fram þær leiðbeiningar við mat á samruna að þegar HHI er undir 1.000 sé ekki ástæða til að hafast nokkuð að. Ef HHI er á milli 1.000 og 1.800 þurfi að kanna samruna vel til að meta áhrif hans á samkeppni á viðkomandi markaði. Þegar HHI er hærri en 1.800 eftir samruna og hefur aukist umfram 100 við samrunann eru miklar líkur taldar á því að hann raski með alvarlegum hætti samkeppni og sé þar með ólögmætur. Athuga verður þó

---

IV/M.1524., *Airtours/First Choice*, ákvörðun danska samkeppnisráðsins vegna samruna Danske Bank og RealDanmark frá 8. nóvember 2000 og skýrslu til breskra stjórnvalda um samkeppnisaðstæður á þarlandum bankamarkaði (Competition in UK Banking, A Report to the Chancellor of the Exchequer, mars 2000).

<sup>53</sup> Sjá t.d. ákvörðun samkeppnisráðs nr. 22/2000, *Samruni Íslandsbanka hf. og Fjárfestingarbanka atvinnulífsins hf.*, álit samkeppnisráðs nr. 8/2000, *Fyrirhugaður samruni Búnaðarbanka Íslands hf. og Landsbanka Íslands hf.* og ákvörðun samkeppnisráðs nr. 29/2001, *Yfirtaka Mjólkurfélags Reykjavíkur svf. og Lýsis hf. á Fóðurlöndunni hf.*

<sup>54</sup> Sem dæmi um þetta má nefna markað með 10 fyrirtækjum sem hvert um sig er með 10% markaðshlutdeild. HHI væri þar  $10^2 \times 10 = 1.000$ . Gildi stuðulsins liggur á milli talnanna 0 og 10.000. Eftir því sem það er hærra, þeim mun meiri er markaðssamþjöppunin. Ef aðeins eitt fyrirtæki er á markaðnum sem við á, þ.e. fyrirtækið hefur 100% markaðshlutdeild þá er  $HHI = 100^2 = 10.000$ . Ef fyrirtækin á markaðnum eru mörg og öll með örlitla markaðshlutdeild er HHI því sem næst 0.

markaðsgerðina, stærð keppinauta og fleiri atriði en engu að síður eru löglíkur fyrir því að samruninn fari gegn samkeppnislöggjöf.<sup>55</sup>

### Mat samkeppnisráðs

Hér á eftir fylgir yfirlit sem sýnir m.a. niðurstöður útreiknings á HHI á heildsölumörkuðum þessa máls fyrir og eftir samruna<sup>56</sup>:

Tafla 4: Samþjöppun á heildsölumarkaði (Fjárhæðir í m.kr.)									
Fyrir samruna	Tónlist			Mynddiskar			Tölvuleikir		
	Sala	Hlutdeild	HHI	Sala	Hlutdeild	HHI	Sala	Hlutdeild	HHI
Skífan	...	...	...	...	...	...	...	...	...
Hagar	...	...	...	...	...	...	...	...	...
Tæknival	...	...	...	...	...	...	...	...	...
Félög undir yfirráðum Baugs og Fengs	...	...	...	...	...	...	...	...	...
Aðrir	...	...	...	...	...	...	...	...	...
Samtals	...	100,0%	...	...	100,0%	...	...	100,0%	...
Eftir samruna	Tónlist			Mynddiskar			Tölvuleikir		
	Sala	Hlutdeild	HHI	Sala	Hlutdeild	HHI	Sala	Hlutdeild	HHI
Skífan	...	...	...	...	...	...	...	...	...
Hagar	...	...	...	...	...	...	...	...	...
Tæknival	...	...	...	...	...	...	...	...	...
Félög undir yfirráðum Baugs og Fengs	...	...	...	...	...	...	...	...	...
Aðrir	...	...	...	...	...	...	...	...	...
Samtals	...	100,0%	...	...	100,0%	...	...	100,0%	...

Samkvæmt því sem fram kemur í töflu 4 hafði Skífan, áður en til samrunans kom, yfirburðastöðu á heildsölustigi á öllum mörkuðum þessa máls, með um [...] %<sup>57</sup> markaðshlutdeild í tónlist, [...] % í mynddiskum og [...] % í tölvuleikjum. Auk Skífunnar er helsti heildsöluaðili sem eitthvað kveður að fyrirtækið Myndform ehf., sem starfar einkum á sviði innflutnings og dreifingar kvikmynda, mynddiska og tölvuleikja. Í framangreindri töflu kemur fram að aðrir aðilar hafi haft um [...] % markaðshlutdeild í heildsölu mynddiska. Er líklegt að sú markaðshlutdeild verði einkum rakin til Myndforms. Hagar (Hagkaups- og Bónusverslanir) og verslanir Tæknivals sem sameinast Skífunni hafa fyrst og fremst starfað á smásölustigi en lítið í heildsölu. Með samrunanum verður því mjög lítil breyting á heildsölustigi. Er ljóst að samþjöppun á þessum markaði er mjög mikil bæði fyrir og eftir samruna.

Breyting á markaðshlutdeild vegna samrunans kemur fyrst og fremst fram á smásölustigi, eins og eftirfarandi upplýsingar bera með sér<sup>58</sup>:

<sup>55</sup> Ágætt dæmi um beitingu HHI mælikvarðans í bandarískum rétti er *Interstate Bakeries/Continental Baking* málið frá 1995. (United States of America v Interstate Bakeries Corporation and Continental Baking Company, mál nr. 95C 4194 við US District Court Northern District of Illinois.)

<sup>56</sup> Upplýsingar í töflunni felldar út vegna trúnaðar.

<sup>57</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

<sup>58</sup> Upplýsingar í töflunni felldar út vegna trúnaðar.

Tafla 5:									
Samþjöppun á smásöllumarkaði (Fjárhæðir í m.kr.)									
Fyrir samruna	Tónlist			Mynddiskar			Tölvuleikir		
	Sala	Hlutdeild	HHI	Sala	Hlutdeild	HHI	Sala	Hlutdeild	HHI
Hagar (Hagkaupsverslanir)	...	...	...	...	...	...	...	...	...
BT-verslanir	...	...	...	...	...	...	...	...	...
Félög undir yfirráðum Baugs og Fengs	...	...	...	...	...	...	...	...	...
Skífan	...	...	...	...	...	...	...	...	...
Aðrir	...	...	...	...	...	...	...	...	...
Samtals	...	100,0%	...	...	100,0%	...	...	100,0%	...
Eftir samruna	Tónlist			Mynddiskar			Tölvuleikir		
	Sala	Hlutdeild	HHI	Sala	Hlutdeild	HHI	Sala	Hlutdeild	HHI
Hagar (Hagkaupsverslanir)	...	...	...	...	...	...	...	...	...
BT-verslanir	...	...	...	...	...	...	...	...	...
Skífan	...	...	...	...	...	...	...	...	...
Félög undir yfirráðum Baugs og Fengs	...	...	...	...	...	...	...	...	...
Aðrir	...	...	...	...	...	...	...	...	...
Samtals	...	100,0%	...	...	100,0%	...	...	100,0%	...
Aukning vegna samruna			...			...			...

Samkvæmt því sem fram kemur í töflu 5 er ljóst að áður en til samrunans kom var staða Skífunnar á smásöllumarkaði tónlistar þegar mjög sterk, með tæplega [...]59 markaðshlutdeild, en þegar litið er á Haga og BT í heild sem félög undir yfirráðum Baugs og Fengs var samanlögð hlutdeild þeirra raunar einnig [...]. Ekki liggja fyrir sundurliðaðar upplýsingar um hlutdeild annarra aðila á markaðnum, en í heild er hún talin vera aðeins um [...]. Við samrunann hverfur annar af tveimur meginkeppinautum af markaðnum og sami aðilinn hefur virk yfirráð yfir Skífunni og verslunum Haga. Eftir standa þannig félög undir yfirráðum Baugs og Fengs með algjöra yfirburðastöðu á markaðnum eða [...] markaðshlutdeild, en ýmsir smærri aðilar hafa áfram um [...]. Þessar staðreyndir endurspeglast í samþjöppunarmælikvarðanum, en hann hækkar úr [...] í [...] eða um [...] stig. Er því ljóst að samþjöppun á tónlistarmarkaði, sem var mikil fyrir, verður óhófleg vegna samrunans.

Hér má einnig benda á hvernig eigandi Skífunnar metur stöðu fyrirtækisins á markaðnum, en á heimasíðu Norðurljósa í maí 2004 segir m.a. eftirfarandi um það efni:

*„Skífan er öflugasta dreifingarfyrirtæki landsins á sviði afþreyingarefnis og rekur 18 verslanir ... Með tilkomu BT, Office1 og Sony Center þá hefur Skífan breikkað vöruúrval sitt enn frekar. ... Skífan hefur um langa hríð verið í fararbroddi íslenskra hljómplötuútgefenda. Í upphafi níunda*

<sup>59</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

*áratugarins hóf Skífan innflutning og dreifingu á erlendum plötum og er nú einkaumboðsaðili fyrir Universal, EMI/Virgin, Sony og Warner hérlendis. Skífan á og rekur fullkonnasta hljóðver landsins, Stúdíó Sýrland og einnig hljóðverið Grjótnáman. Árið 1999 sameinuðust Skífan og Spor, sem var næststærsta tónlistarfyrirtækið á Íslandi á eftir Skífunni. Markaðshlutdeild Skífunnar í íslenska tónlistarmarkaðnum er um 75%<sup>60</sup> eftir sameiningu við Spor.“*

Sambærileg þróun á sér stað á smásölumarkaði fyrir mynddiska. Þar var markaðshlutdeild Skífunnar fyrir samruna um [...] <sup>61</sup> og félaga undir yferráðum Baugs og Fengs um [...%], en vegna samrunans stendur eftir aðili í einstakri yfirburðastöðu á markaðnum, sem eru félög undir yferráðum Baugs og Fengs með um [...] markaðshlutdeild, þar af er hlutdeild Skífunnar og BT um [...%]. Ýmsir smærri aðilar eru fyrir og eftir samruna með samtals tæplega [...] markaðshlutdeild. HHI mælikvarðinn hækkar úr [...] í [...] eða um [...].

Á heimasíðu Norðurljósa segir m.a. eftirfarandi um starfsemi Skífunnar á sviði kvikmynda: „Árið 1984 hóf Skífan starfsemi á sviði myndbandadreifingar með einkaumboð fyrir Columbia-Tristar. Síðan hefur Skífan einnig öðlast einkarétt á dreifingu kvikmynda og myndbanda frá Twentieth Century Fox, Columbia-Tristar og Miramax International, svo nokkur fyrirtæki séu nefnd.“

Verslanir BT hafa haft leiðandi stöðu á sviði smásölu tölvuleikja með yfir [...] <sup>62</sup> markaðshlutdeild, en þegar einnig er tekið tillit til Hagkaupa voru félög undir yferráðum Baugs og Fengs með tæplega [...] markaðshlutdeild fyrir samruna, en hlutdeild Skífunnar var [...] og samanlögð hlutdeild ýmissa smærri keppinauta var einnig [...%]. Með samrunanum styrkist enn staða félaga undir yferráðum Baugs og Fengs og verður samanlögð markaðshlutdeild þeirra um [...%]. Fyrir samrunann var HHI mælikvarðinn á þessum markaði [...] stig, en vegna samrunans hækkar hann í [...] eða um [...] stig.

Um stöðu Skífunnar á markaði tölvuleikja segir svo á heimasíðu Norðurljósa: „Árið 1995 hóf Skífan að flytja inn tölvuleiki og dreifa þeim. Fyrirtækið stendur nú mjög sterkt að vígi á þessu sviði með sérsamningum við leiðandi merki á borð við Sony (Play-Station), Virgin Interactive, Electronic Arts, Sierra, Micro-prose, Eidos, Dorling Kindersley og Ocean.“

---

<sup>60</sup> Hliðstæðan texta um stöðu Skífunnar á tónlistarmarkaði er að finna á heimasíðu Skífunnar, en þar segir þó að Skífan sé með um 80% markaðshlutdeild á íslenska tónlistarmarkaðnum.

<sup>61</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

<sup>62</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

Í andmælum samrunaaðila er bent á að markaðshlutdeild Skífunnar í tölvuleikjum myndi hrapa ef ekki hverfa ef Playstation hætti að vera leiðandi á þessum markaði í heiminum. Væri í frumathugun Samkeppnisstofnunar ekki horft til slíkra staðreynda. Markaðsleg áhætta væri gríðarleg, sem samrunaaðilar hefðu ekki nema að litlu leyti stjórn á. Samkeppnisráð dregur ekki í efa réttmæti þessarar ábendingar. Hún snýr þó jafnt að öllum sem á þessum markaði starfa. Verður ekki séð að markaðsleg áhætta í þessum rekstri dragi úr samkeppnislegum yfirburðum Skífunnar yfir keppinauta félagsins, en þá stöðu má m.a. rekja til einkasamninga Skífunnar um dreifingu á tölvuleikjum frá leiðandi erlendum framleiðendum. Verði því að líta svo á að Skífan standi mjög sterkt að vígi á heildsölumarkaði tölvuleikja, eins og raunar kemur fram á heimasíðu Norðurljósa.

Með hliðsjón af framangreindu telur samkeppnisráð að af samrunanum leiði að félög undir yfirráðum Baugs og Fengs nái algjörri yfirburðastöðu á smásölustigi á mörkuðum þessa máls. Gefur þetta mjög eindregna vísbendingu um að samruninn hafi skaðleg áhrif á samkeppni í skilningi 18. gr. samkeppnislaga. Er þá m.a. litið til þess að HHI-stuðullinn hefur hækkað í um [...] <sup>63</sup> stig eða um u.þ.b. [...] stig. Samþjöppun á markaðnum var mikil fyrir, en eftir samrunann er HHI mælikvarðinn orðinn mun hærri en sú viðmiðun sem samkeppnisyfirvöld erlendis og hér á landi hafa lagt til grundvallar við mat á því hvort samþjöppun á markaði sé orðin það mikil að hún hafi skaðleg áhrif á samkeppni, sbr. umfjöllun hér að framan.<sup>64</sup> Ef stuðst er við þau viðmið sem hér hefur verið greint frá, má vera ljóst að sú aukna samþjöppun sem verður við samrunann og sú breyting sem verður á uppbyggingu viðkomandi markaða, virðist til þess fallin að valda þar alvarlegri röskun á samkeppni.

Hér hefur þó aðeins verið litið til markaðshlutdeildar og mats á því hvenær samþjöppun sé það mikil að hún kunni að hafa skaðleg áhrif á samkeppni. Ekki hefur verið tekið tillit til annarra þátta sem kynnu að breyta þessu mati, s.s. stöðu núverandi keppinauta og efnahagslegs styrkleika hins sameinaða fyrirtækis, aðgangs að markaðnum og möguleika á innkomu nýrra keppinauta á hann og hugsanlegs kaupendastyrks. Verður nú litið til þeirra þátta.

### **3.2. Staða keppinauta og efnahagslegur styrkleiki**

Við mat á samruna er almennt tekið til athugunar hvort þeir keppinautar sem fyrir eru á markaðnum geti veitt samrunafyrirtækjum fullnægjandi samkeppnislegt aðhald. Í þessu tilviki virðist þessu fljótsvarað, þar sem yfirburðir samrunafyrirtækja bæði á

---

<sup>63</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

<sup>64</sup> Í bandarísku samrunamáli lá fyrir að HHI stuðullinn myndi hækka úr 1648 til 3079 og var talið að það gæfi til kynna samkeppnishömlur: „If both of the mergers were consummated, the level of concentration in the market would almost double, from an HHI of approximately 1648 to 3079. Not only would this be a significant increase in the HHI, but it would also raise the HHI to a level far

heildsölu- og smásöllumörkuðum þessa máls eru almennt það miklir í kjölfar samrunans að alls ekki er líklegt að keppinautar þeirra geti veitt þeim fullnægjandi samkeppnislegt aðhald.

Umsvif keppinauta 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., Smekkleysa ehf. og Steinsnar ehf. Í kvikmyndum, mynddiskum og myndböndum eru það einkum fyrirtækin Samfélagið hf. (Samfilm), Myndform og Bergvík hf., en á sviði tölvuleikja eru það fyrirtækin Tölvudreifing, Myndform og Samfilm.

Áður en til samrunans kom voru langstærstu keppinautar á smásöllumörkuðum þessa máls Skífan, Hagar (Hagkaups- og Bónusverslanir) og BT, en í samrunanum fólst að Skífan og verslanir BT sameinuðust, auk þess sem líta verður á Skífuna og Haga sem einn keppinaut í samkeppnislegu tilliti, vegna eignatengsla. Það sem hér skiptir máli er því hvort aðrir keppinautar geti veitt félögum undir yferráðum Baugs og Fengs samkeppnislegt aðhald. Hér er um ýmsa ótengda aðila að ræða, t.d. raftækjaverslanirnar Elko og Expert, kaupfélög, olúfélög o.fl., en velta sérhvers þeirra á mörkuðum þessa máls er hins vegar tiltölulega lítil.

Eins og fram hefur komið var velta Norðurljósa á árinu 2003 um 7.025 m.kr., en þar af var velta Skífunnar um [...] <sup>65</sup> m.kr. Þá er áætlað að velta verslana Tæknivals, sem sameinaðar voru Skífunni, hafi á sama tíma numið um [...] <sup>66</sup> m.kr. Virðist ljóst að umsvif hins sameinaða fyrirtækis séu mun meiri en allra annarra keppinauta þess á umræddum mörkuðum. Þó hefur komið fram að samrunaaðilar telja að rekstur Tæknivals hafi stefnt í þrot og að miklir erfiðleikar hafi verið í rekstri Norðurljósa, einkum Íslenska útvarpsfélagsins, vegna mikillar skuldsetningar. Á hinn bóginn felur samruninn í sér að mjög fjársterkir aðilar hafa fjárfest í Norðurljósum. Að teknu tilliti til þessa verður því að telja að þeir fjárhagserfiðleikar sem TækniVal og Norðurljós áttu við að stríða dragi ekki úr þeim miklu yfirburðum hins sameinaða félags sem markaðshlutdeild þess gefur til kynna.

Þegar á heildina er litið verður því ekki talið að staða keppinauta samrunafyrirtækjanna eða aðrar aðstæður nái að hnekkja þeim líkum á markaðsráðandi stöðu sem markaðshlutdeild hins sameinaða fyrirtækis gefur vísbendingu um.

---

*beyond that of a highly concentrated market. Given the projected increases in the HHI, the Court must presume that the proposed mergers pose a risk to competition.*“ Sjá neðanmálgrein nr. 19.

<sup>65</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

<sup>66</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

### 3.3. Möguleg samkeppni og aðgangshindranir að markaðnum

Í samrunamálum verður að taka til athugunar hvort um er að ræða aðgangshindranir inn á viðkomandi markað 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 þeim sjónarmiðum sem fram koma í svari félaganna um möguleika annarra til að komast inn á þann markað. Samkeppnisstofnun 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.

#### 3.3.1. Lagalegar hindranir.

Á mörkuðum tónlistar, kvikmynda og tölvuleikja er öllum frjálst að hefja starfsemi. Eru 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 frjáls og ekki um að ræða tollvernd á þessu sviði. Í andmælum samrunaaðila er bent á að aðkoma inn á markaðinn sé til þess að gera einföld. Ekki þurfi mikinn tilkostnað til að reka verslanir sem selja viðkomandi vörur og hver sem er geti flutt þær inn til landsins, bæði heildsalar og smásalar.

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 80% af öllum útgáfum. Skífan 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. Þá kemur fram í samrunaskrá að Skífan er eigandi útgáfuréttar að megni þeirrar íslensku tónlistar sem gefin hefur verið út hér á landi frá upphafi, en samkvæmt sömu heimild var hlutdeild innlendrar framleiðslu í heildarmarkaði tónlistar á árinu 2002 51,4% þegar miðað er við söluverðmæti og 49,2% miðað við fjölda seldra eintaka. Á sviði kvikmynda og mynddiska hefur Skífan einnig umboðsdreifingarrétt frá mikilvægum erlendum útgefendum, þ.e. Twentieth Century Fox, Columbia Tristar, MGM og Miramax. Í tölvuleikjum hefur Skífan sömuleiðis umboðsdreifingarrétt frá mikilvægum útgefendum, þ.e. Sony (PlayStation), Virgin Interactive, Electronic Arts, Sierra, Micro-prose, Eidos, Dorling Kindersley, Ocean og Activision.

Umboðsdreifingarsamningar fela ekki í sér að Skífan 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. Skífan hefur látið Samkeppnisstofnun í té útdrátt úr algengum tónlistar- og kvikmyndasamningum fyrirtækisins við erlenda útgefendur. Samningar þessir fela vissulega í sér skyldur á hendur dreifingaraðila



(Skífunni), s.s. ábyrgð á greiðslu höfundargjalda. Þó er að mati samkeppnisráðs ótvírætt að slíkir samningar tryggja Skífunni margvíslegt forskot umfram hugsanlega keppinauta, m.a. vegna mjög náins samstarfs um markaðssetningu 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 aðgangs að auglýsinga- og kynningarefni. Þá felast í samningunum afsláttarkjör sem öðrum dreifingaraðilum bjóðast jafnaðarlega ekki. Möguleikar smærri eða nýrra aðila til að veita Skífunni samkeppni í dreifingu afþreyingarefnis sem hún hefur umboðsrétt á eru að sama skapi takmarkaðir. Með hliðsjón af þessu er ljóst að Skífan hefur algjöra yfirburðastöðu á sviði tónlistar, sem gerir hugsanlegum nýjum keppinautum á markaðnum afar erfitt fyrir. Skífan hefur af sömu ástæðu einnig mjög sterka stöðu á sviði mynddiska og tölvuleikja.<sup>67</sup>

Við þetta bætist síðan styrkur Skífunnar sem felst í eignatengslum við öflugustu fjölmiðlasamsteypu landsins í einkaeign, Norðurljós, en hin dótturfélög þeirrar samsteypu eiga og reka útvarps- og sjónvarpsstöðvar og dagblöð. Hefur það viðhorf almennt komið fram frá keppinautum Skífunnar á markaði að þeir telji að Skífan hafi a.m.k. til skamms tíma búið við afsláttarkjör í auglýsingum, sem enginn annar auglýsandi hefur notið og efasemdir hafa komið fram frá keppinautum um að fjölmiðlar Norðurljósa hafi gætt jafnræðis gagnvart auglýsingum keppinauta á afþreyingarmörkuðum og margvíslegri kynningu, sem mikilvæg er slíkri starfsemi. Þá hefur því verið haldið fram að spilun útvarpsstöðva Íslenska útvarpsfélagsins á tónlist og sýning sjónvarpsstöðva félagsins á tónlistarmyndböndum/-diskum sem Skífan gefur út eða hefur umboðsrétt til dreifingar á hafi almennt verið langt umfram hlutdeild þeirra í sölu. Hafi spilun á tónlist frá keppinautum Skífunnar því verið mjög takmörkuð og almennt langt undir hlutdeild þeirrar tónlistar í sölu.

### 3.3.2. Möguleikar nýrra keppinauta

Í lið 8.5. 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:

*„Á s.l. árum hafa fyrirtæki á þeim mörkuðum, þar sem samrunaaðila gætir, tekið að hasla sér völl. Má þar nefna Expert og Elko. Þessar verslanir selja einnig afþreyingu, svo sem geisladiska, DVD myndir og tölvuleiki. Þá hefur markaðshlutdeild Frihafnarinnar á Keflavíkurflugvelli vaxið talsvert í þessum*

---

<sup>67</sup> Í andmælum samrunaaðila segir að því sé alfarið hafnað að umboðsdreifingarsamningar Skífunnar geri það að verkum að félagið geti starfað án tengsla við markaðinn. Samkeppnisráð tekur fram að enga slíka fullyrðingu var að finna í frumathugun Samkeppnisstofnunar. Á hinn bóginn voru leidd rök að því, með sama hætti og hér að framan, að samningar þessir ættu ríkan þátt í að skapa félaginu forskot á markaðnum umfram nýja keppinauta. Verður ekki séð að í andmælum samrunaaðila komi neitt nýtt fram hvað þetta atriði varðar sem gefi tilefni til breytinga á þeirri afstöðu sem fram kom í frumathugun Samkeppnisstofnunar.

vöruflokkum á s.l. árum. Sala á internetinu á þeim vöruflokkum, sem samrunaaðilar eru með mestu markaðshlutdeildina í hefur einnig vaxið verulega og má í því samhengi benda á Amazon.com, tonlist.ist og fleiri slíkar netverslanir. Ljóst er að sala á þeim vettvangi mun aukast verulega á komandi árum. ...“.

„... 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 verslanir á þessu sviði þurfa að bregðast við, ætli þær ekki að daga uppi eins og nátttröll. ...“

Af hálfu aðila á markaðnum sem Samkeppnisstofnun hefur rætt við hefur á hinn bóginn komið fram að viðskipti t.d. raftækjaverslananna Elkó og Expert með afþreyingarvörur hafi verið tiltölulega lágt hlutfall af heildarveltu fyrirtækjanna og geti þau viðskipti tæpast talist til marks um árangursríka innkomu nýrra keppinauta á markaði þessa máls. Þá hefur komið fram að fyrir um fimm 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 andmælum samrunaaðila er ítrekað að þeir aðilar sem tilgreindir voru í samrunaskránni hafi haslað sér völl á markaðnum. Hafi þeir ekki náð árangri, væri skýringin væntanlega sú hversu erfiður þessi markaður væri.

Að mati samkeppnisráðs gefa fyrirliggjandi upplýsingar um innkomu nýrra aðila á markaðinn ekki til kynna að hún hafi í reynd verið auðveld. Þótt markaðsáhætta af rekstrinum kunni þar að hafa haft nokkur áhrif, verður að telja að umboðsdreifingarsamningar við erlenda framleiðendur hafi haft þar mesta þýðingu.

### 3.3.3. 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. Þá hafa þeir eins og fyrr sagði lagt fram skýrslu PARX um íslenskan markað afþreyingar, þar sem m.a. er lögð áhersla á þetta atriði. Í niðurstöðu skýrslunnar kemur m.a. fram að erlendir tónlistarmarkaðir hafi dregist saman á síðustu árum, bæði hvað varðar verðmæti og fjölda seldra eintaka. Á sama tíma hafi niðurhal og afritun, lögleg sem ólögleg, aukist verulega. Bendi flestar erlendar rannsóknir til þess að niðurhal og afritun hafi neikvæð áhrif á smásölumarkaði, þótt ekki liggi fyrir nákvæmlega hve mikil þessi áhrif séu. Íslenskur tónlistarmarkaður hafi hins vegar ekki dregist saman á hliðstæðan hátt og gerst hafi erlendis, en vera kunni að áhrif afritunar komi í auknum mæli fram á komandi misserum. Þá segir að það sem mestu máli skipti sé hvort afritun komi í stað kaupa, þ.e. hvort afritað efni hefði verið keypt, hefði afritun ekki verið möguleg. Bendi könnun sem gerð var í apríl 2004 til þess að hjá ungu fólki

komi afritun tónlistarefnis í stað kaupa í um 29% tilvika. Minni upplýsingar liggi fyrir um annað afþreyingarefni en tónlist, en líklegt sé að þróunin þar stefni í svipað horf.

Samkeppnisstofnun hefur á hinn bóginn undir höndum nýja rannsóknarskýrslu um áhrif niðurbals og afritunar á sölu hljómdiska í Bandaríkjunum.<sup>68</sup> 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. Má í þessu sambandi benda á að í áðurnefndri skýrslu um íslenskan markað afþreyingar koma einnig fram upplýsingar um þróun tónlistarmarkaða erlendis. Kemur þar m.a. fram að heildarverðmæti sölu á tónlist (á breiðskífum) á hvern íbúa undanfarna þrjá áratugi hafi verið sveiflukennnd, þannig t.d. að vissu hámarki hafi verið náð árið 1978, en sölutekjur síðan dregist verulega saman til ársins 1982. Upp frá því hafi sala síðan yfirleitt vaxið á ný og hámarki verið náð á árunum 1994-99, en sala síðan farið nokkuð lækkandi. Þegar málið er þannig virt í slíku sögulegu samhengi telur samkeppnisráð að samdráttur síðustu ára sé ekki óvenjulegur og síst meiri en fordæmi eru fyrir t.d. frá árunum 1979-87.

Í andmælum samrunaaðila er sérstaklega mótmælt þeirri niðurstöðu sem lögð sé til grundvallar að sala tónlistar á Netinu hafi hvorki lækkað sölumagn né verð á vörunni á markaðnum. Slíkt sé ekki rétt, og er því til stuðnings vísað til skýrslu PARX. Engar nýjar upplýsingar koma þó fram um þetta efni af hálfu samrunaaðila. Í frumathugun Samkeppnisstofnunar var fjallað um sjónarmið samrunaaðila um þetta efni og skýrslu PARX sem og um niðurstöður annarra aðila um þetta efni, með þeim hætti sem lýst er hér að framan. Telur samkeppnisráð að andmæli samrunaaðila gefi ekki tilefni til breytinga á þeirri afstöðu sem kom fram í frumathugun Samkeppnisstofnunar. Rannsóknir um áhrif niðurbals og afritunar á sölu tónlistar og annars afþreyingarefnis gefi misvísandi niðurstöður og ekki sé unnt að gera ráð fyrir að niðurbal og afritun muni í náninni framtíð fela í sér verulegt samkeppnislegt aðhald við sölu tónlistar eftir hefðbundnum leiðum.

Hér má auk þess bæta við að íslenski tónlistarvefurinn *tonlist.is* selur tónlist eftir löglegum leiðum með niðurbali og afritun. Er Skífan hluthafi í því fyrirtæki og kynnir þessa þjónustu á heimasíðu (vefverslun) sinni. Að svo miklu leyti sem slík lögleg viðskipti kunna að draga úr sölu hljómdiska, má því telja að hér sé einfaldlega

---

<sup>68</sup> The Effect of File Sharing on Record Sales. An Empirical Analysis, eftir Felix Oberholzer, Harvard Business School og Koleman Strumpf, UNC Chapel Hill, March 2004, [http://www.unc.edu/~cigar/papers/FileSharing\\_March2004.pdf](http://www.unc.edu/~cigar/papers/FileSharing_March2004.pdf).

um nýja dreifingarleið að ræða, sem feli ekki í sér samkeppnislega ógnun við keppinauta á markaði hljómdiska.

### 3.3.3. Mat samkeppnisráðs

Með yfirtöku Skífunnar á verslunarrekstri Tæknivals ásamt yferráðum Baugs og Fengs yfir Norðurljósum og þar með virkum eignatengslum milli Skífunnar og Haga (Hagkaupa), sem verið hefur helsti keppinatur Skífunnar á sviði smásölu dreifingar, má ætla að markaðsstyrkur hins sameinaða félags aukist mikið og dragi enn úr möguleikum núverandi keppinauta til að veita samkeppnislegt aðhald og möguleikum nýrra aðila til að ná þar fótfestu.

Þegar allt framangreint er virt er það mat samkeppnisráðs að ekki sé hægt að búast við því að nýir keppinautar muni eyða þeim samkeppnishömlum sem að mati stofnunarinnar munu stafa af þessum samruna.

### 3.4. **Kaupendastyrkur**

Við mat á samruna verður eftir atvikum að taka til athugunar hvort viðskiptavinir hins sameinaða fyrirtækis hafi það mikinn kaupendastyrk (e. *buyer power*) að þeir geti með beitingu styrks síns eytt eða dregið verulega úr þeim samkeppnishömlum sem stafað geta af samruna.

Viðskiptavinir heildsöluviðs Skífunnar, sem kaupa hljómdiska, mynddiska og tölvuleiki til endursölu eru tiltölulega fáar verslanir. Áður en kom til þess samruna sem hér um ræðir hafði Skífan um [...] <sup>69</sup>% markaðshlutdeild á smásölumarkaði. Aðrir helstu þátttakendur á smásölumarkaði og viðskiptavinir Skífunnar voru Hagar hf. (Hagkaups- og Bónusverslanir), Tæknival (verslanir BT) ásamt ýmsum öðrum smásöluaðilum, s.s. Elkó, Expert, Pennanum, Tölvulistanum, ýmsum kaupfélögum og olíufélögum, en velta sérhvers þeirra hefur verið tiltölulega lítil á mörkuðum þessa máls. Í kjölfar samninga sem leiddu til yferráða Baugs og Fengs yfir Norðurljósum og kaupa Norðurljósa (Skífunnar) á BT verslunum, er staðan hins vegar orðin sú að tveir stærstu keppinautar Skífunnar á smásölumarkaði og viðskiptavinir heildsöluviðs félagsins hafa verið sameinaðir félaginu eða tengjast því nánnum eignatengslum, þannig að ekki er unnt að líta á þá sem keppinauta félagsins. Ótengdir viðskiptavinir Skífunnar á heildsöluviði eru því ýmist smáir eða hafa mjög litla markaðshlutdeild. Er því ekki unnt að gera ráð fyrir að þeir búi yfir kaupendastyrk.

Að því er smásölustarfsemi Skífunnar varðar eru viðskiptavinir félagsins almennir neytendur sem kaupa hljómdiska, myndbönd, mynddiska og tölvuleiki. Samkvæmt því sem fyrir liggur í málinu telur samkeppnisráð það augljóst að viðskiptavinir hins

---

<sup>69</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

sameinaða félags búi ekki yfir nægjanlegum kaupendastyrk til að vinna gegn skaðlegum áhrifum samrunans. Valkostum neytenda við kaup á þessu afþreyingarefni mun fækka verulega við samrunann og í sumum tilvikum verður í raun naumast um aðra seljendur en samrunaaðilana að ræða svo nokkru nemi. Er það því mat samkeppnisráðs að ekki geti verið um kaupendastyrk að ræða við kaup á hljómdiskum, mynddiskum eða tölvuleikjum nema að óverulegu leyti.

Á heildsölumarkaði mynddiska og myndbanda, þar sem staða Skífunnar hefur ekki verið eins sterk og á sviði tónlistar, má ætla að samruninn geti leitt til aukins kaupendastyrks smásala, þ.e. einkum fyrirtækja undir yferráðum Baugs og Fengs, gagnvart heildsölum. Er ástæða til að óttast að hin firnasterku tök sem félög undir yferráðum Baugs og Fengs hafa náð á smásölumarkaði, geti með óeðlilegum hætti hindrað aðkomu annarra dreifingaraðila að markaðnum.

#### 4.

#### Hugsanleg samsteypuáhrif

Verður nú vikið nánar að samkeppnislegum áhrifum samruna Fréttar við Norðurljós ásamt yferráðum Baugs og Fengs yfir Norðurljósum, en í frumathugun Samkeppnisstofnunar var bent á að þessar breytingar gætu hugsanlega haft í för með sér skaðleg samsteypuáhrif (e. *conglomerate effects*).

Samrunar þar sem hvorki er um að ræða að saman renni raunverulegir eða hugsanlegir keppinautar (láréttur samruni) né að samrunaaðili framleiði vöru eða þjónustu sem annar samrunaaðili notar í starfsemi sinni (lóðréttur samruni) eru alla jafnan ekki taldir hafa skaðleg áhrif á samkeppni. Þó hefur í undantekningartilvikum verið talið að um neikvæð samsteypuáhrif gæti verið að ræða við slíkar aðstæður<sup>70</sup>, þar sem öflugt fyrirtæki í markaðsráðandi stöðu á einhverjum markaði (mörkuðum) nýtir sér stöðu sína til þess að ná sterkri stöðu á öðrum mörkuðum.

Meðal fræðimanna í samkeppnisrétti EB eru tvenns konar sjónarmið um það að hvaða marki grundvöllur kann að vera til að banna samruna vegna samsteypuáhrifa. Fyrri viðhorfið er það að eina mögulega ástæðan fyrir slíkri niðurstöðu sé að samruninn geri mögulegt að nýta markaðsráðandi stöðu á einum markaði til hegðunar á öðrum markaði sem hafi skaðleg áhrif á neytendur, þ.e. vogararfshegðun (e. *leveraging*). Í vogararfshegðun getur t.d. falist samtvinnun (e. *tying*) eða sú háttsemi að selja í einu lagi sem „pakka“ ólíkar vörur (e. *bundling*). Samkvæmt þessu viðhorfi er mat á samsteypuáhrifum því sambærilegt mati á lóðréttum samruna og

---

<sup>70</sup> Í máli nr. T-5/02, *Tetra Laval BV v Commission* staðfesti undirréttur EB að samrunareglugerð EB næði til samruna með samsteypuáhrif, þótt oftast væru áhrifin á samkeppni í slíkum tilvikum engin eða jafnvel hagstæð. Því segir m.a. í dómnunum: „... the proof of anti-competitive conglomerate effects of such a merger calls for a precise examination, supported by convincing evidence, of the circumstances which allegedly produce those effects.“

felur í sér greiningu á möguleikum á því að nýta sér markaðsráðandi stöðu á ákveðnum markaði til að styrkja stöðu sína á ótengdum markaði og áhrif þessa á neytendur. Síðara sjónarmiðið er að samsteypuáhrif geti verið víðtækari og nái einnig til þess hvort hið sameinaða fyrirtæki hafi samkeppnislegt forskot vegna yfirburða í fjárhagslegri stöðu (e. *deep pockets*) eða stærðarhagkvæmni. Flestir hallast þó að því að eina réttmæta ástæðan til að ógilda samruna vegna samsteypuáhrifa séu vogarafslshögðun, enda hafi samkvæmt öðrum kenningum ekki tekist að sýna fram á tengsl milli samruna og skaðlegra áhrifa á neytendur.

Í frumathugun Samkeppnisstofnunar var bent á að það skipti einnig máli í þessu sambandi að þær samkeppnishömlur, sem hugsanlega gæti orðið um að ræða í þessu máli og tengdust samsteypuáhrifum, t.d. að dótturfélög Norðurljósa misbeittu stöðu sinni á auglýsingamarkaði eða mismunuðu auglýsendum, myndu væntanlega fela í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Væri því ekki nauðsynlegt í þessu máli að fjalla ítarlega um þennan möguleika, þar sem bannregla 11. gr. samkeppnislaga ætti við í slíkum tilvikum óháð þessum samruna eða að unnt væri að taka á máli á grundvelli 17. gr. laganna. Ef slíkar aðstæður kæmu upp, væru því heimildir til staðar fyrir samkeppnisyfirvöld að bregðast við.

Auk þess var bent á að þegar frumathugun Samkeppnisstofnunar lauk var til umfjöllunar á Alþingi stjórnarfrumvarp um breytingar á útvarpslögum og samkeppnislögum (fjölmiðlafrumvarp) sem hefur að markmiði að sporna við því að eignarhald á fjölmiðlafyrirtækjum og samþjöppun á fjölmiðlamarkaði hamli gegn æskilegri fjölbreytni í fjölmiðlun á Íslandi. Var þar gert ráð fyrir víðtækum takmörkunum á eignarhaldi á ljósvakafjölmiðlum, m.a. því að óheimilt væri að veita fyrirtæki útvarpsleyfi ef það eða fyrirtæki í sömu fyrirtækjasamsteypu ætti hlut í útgefanda dagblaðs eða það væri að hluta eða öllu leyti í eigu slíks fyrirtækis eða fyrirtækjasamsteypu. Eins og kunnugt er af fréttum samþykkti Alþingi lagafrumvarp þetta þann 24. maí sl., en forseti Íslands hefur synjað því staðfestingar. eru varanleg áhrif af lagasetningunni háð niðurstöðu þjóðaratkvæðagreiðslu.

Eins og nánar er greint frá í kafla II.6 í þessari ákvörðun hafa Norðurljós ákveðið að selja allt hlutafé í Skífunni til aðila sem er ótengdur samrunaaðilum. Auk þess sem þessi ráðstöfun dregur úr helstu samkeppnislegum vandkvæðum samrunans sem lýst er í kafla II.3, verður að telja að hún dragi einnig verulega úr hættu á neikvæðum samsteypuáhrifum.

Með vísan til framangreinds er ekki talin ástæða til að fjalla nánar um hugsanleg samsteypuáhrif.

## 5.

### Markmið samrunans um að verjast gjaldþroti

Í samkeppnisrétti er í undantekningartilvikum unnt að fallast á að samruna, sem leiðir til þess að markaðsráðandi staða myndist eða slík staða styrkist, megi hugsanlega réttlæta með því að slík breyting á markaðnum væri hvort sem er óhjákvæmileg, þar sem um væri að ræða sameiningu félags sem ella myndi óhjákvæmilega hverfa af markaðnum vegna fjárhagserfiðleika.<sup>71</sup> Slík niðurstaða er þó háð ströngum skilyrðum. Er meginsjónarmiðið það að slík undanþáguheimild geti aðeins átt við ef fyrir liggur að samkeppnislegri gerð markaðarins myndi hvort sem er hraka jafn mikið eða meira, þótt ekki yrði af samruna.

Í túlkunarreglum framkvæmdastjórnar EB um mat á láréttum samruna kemur fram að talið er að framangreindar aðstæður geti aðeins verið til staðar ef öll eftirfarandi skilyrði eru uppfyllt: (1) Að fyrir liggi að félag það sem málsaðilar halda fram að stefni í þrot muni í nánustu framtíð hrökklast af markaðnum vegna fjárhagserfiðleika ef það yrði ekki tekið yfir af öðru félagi; (2) að möguleiki á annarri sölu nefnds félags, sem hefði minni röskun á samkeppni í för með sér, sé ekki til staðar; (3) að eignir þess félags sem stefnir í þrot myndu óhjákvæmilega hverfa af markaðnum og ekki verða grundvöllur nýs rekstrar, ef ekki kæmi til samrunans. Þarf því að leggja mat á það hvort slík skilyrði séu til staðar í þessu máli.

Í greinargerð málsaðila kemur fram að markmið samrunans sé að verja Tæknival gjaldþroti og efla rekstur Norðurljósa frá því sem verið hefur og í raun einnig að verja það félag gjaldþroti. Aðdragandi samrunans hafi verið að rekstur Tæknivals hafi ekki gengið sem skyldi sl. ár, en tap félagsins frá upphafi ársins 2001 til september 2003 hafi samtals numið [...] <sup>72</sup> m.kr. og hafi eigið fé þess í lok þess tímabils þá verið neikvætt um [...] <sup>73</sup> m.kr. <sup>74</sup> Breytingar hafi orðið á eignarhaldi Tæknivals í lok árs 2002. Mikil vinna hafi verið lögð í að endurskipuleggja reksturinn síðan þá, m.a. með því að beita öflugum kostnaðaraðhaldi og auka hagkvæmni í rekstri. Þrátt fyrir að árangur þess starfs hafi verið talsverður, sé jafnframt ljóst að hann hafi ekki verið nægjanlegur. Sökum þessa hafi stjórn Tæknivals verið í leit að kaupanda að verslunarsviði félagsins, en ljóst sé að verðmæti Tæknivals felist einkum í því. Verslunarsviðið hafi því verið til sölu um tíma. Enginn hafi þó sýnt rekstrinum áhuga, svo forsvarsmönnum Tæknivals væri kunnugt um, sem hafi verið tilbúinn að greiða sannvirði fyrir hann. Þá liggi fyrir mat löggilts endurskoðanda AcoTæknivals hf. frá 19. janúar 2004, en þar segir að

<sup>71</sup> Nefnt á ensku „Failing firm defence“. Sjá t.d. dóm dómstóls EB í málum nr. C-68/94 & C-30/95 *France v Commission* [1998] ECR I-1375.

<sup>72</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

<sup>73</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

stjórnendur félagsins hafi á síðustu misserum unnið hörðum höndum við að bæta rekstur félagsins, en þrátt fyrir það hafi félagið verið rekið með tapi á árinu 2003. Verði því enn að grípa til frekari aðgerða, eigi rekstur félagsins ekki að stöðvast á næstu misserum og félagið að fara í þrot.

Í ljósi þessa hafi komið upp sú hugmynd við endurskipulagningu Norðurljósa að Skífan kynni að hafa áhuga á kaupum á verslunarrekstri Tæknivals. Í því hafi falist að með því yrði fjárhagur Tæknivals tryggður, auk þess sem það myndi renna styrkari stoðum undir rekstur Norðurljósa og auka möguleika félagsins á að skrá það félag í Kauphöll Íslands, en stefnt væri að skráningu þess þar á fyrri hluta ársins 2005. Rekstur Norðurljósa hafi verið erfiður undanfarin ár, en með samrunanum væri stefnt að því að búa til heildstætt félag, sem hægt yrði að reka með hagkvæmni og styrk að leiðarljósi.

Engar fullnægjandi upplýsingar er þó að finna í gögnum málsins sem gera samkeppnisyfirvöldum kleift að meta hvort framangreind skilyrði eigi við að því er varðar Norðurljós. Verður því að óbreyttu að líta svo á að sá möguleiki komi ekki til greina.

Við mat á því hvort líklegt verði að teljast að Tæknival hefði stefnt í þrot, ef ekki hefði komið til yfirtöku Norðurljósa (Skífunnar) á verslunarsviði félagsins ber að hafa í huga framangreinda yfirlýsingu löggilts endurskoðanda AcoTæknivals. Ekki þarf þó í ákvörðun þessari að taka afstöðu til þess hvort þetta skilyrði sé uppfyllt þar sem ekki fæst séð að önnur framangreind skilyrði séu uppfyllt, sbr. umfjöllun hér á eftir.

Í gögnum málsins er ekki að finna fullnægjandi staðfestingu á því að síðarnefndu tvö skilyrðin séu uppfyllt. Engar staðfestar upplýsingar liggja fyrir um markvissar tilraunir til sölu á Tæknivali að hluta eða öllu leyti til annarra aðila. Aðrir aðilar á markaðnum, sem Samkeppnisstofnun hefur rætt við, kannast almennt ekki við að þeim hafi verið boðið félagið, eignir þess eða viðskiptasambönd til kaups. Þá hefur engum líkum verið að því leitt að eignir Tæknivals eða viðskiptasambönd myndu við gjaldþrot hverfa af markaðnum, ef ekki kæmi til samruna, og ekki nýtast öðrum til að hefja hliðstæðan rekstur.

Í frumathugun Samkeppnisstofnunar var með vísan til þeirra atriða sem rakin hafa verið hér að framan komist að þeirri niðurstöðu að nauðsynleg skilyrði væru ekki að öllu leyti uppfyllt til þess að unnt væri að fallast á að yfirlýst markmið samrunans um að verjast gjaldþroti Tæknivals og/eða Norðurljósa gæti réttlætt þær neikvæðu

---

<sup>74</sup> Hér er þó ekki tekið tillit til víkjandi láns að fjárhæð [...] m.kr., sem félaginu var veitt í upphafi árs 2003. Í uppgjöri félagsins miðað við septemberlok 2003 er auk þess meðal langtímakrafna í efnahagsreikningi reiknuð skattinneign að fjárhæð [...] m.kr.



afleiðingar sem hann hefur á samkeppnislega gerð viðkomandi markaða. Í andmælum samrunaaðila eru gerðar alvarlegar athugasemdir við framangreinda umfjöllun um hvort nauðsynleg skilyrði séu uppfyllt og verða andmælin skilin svo að samrunaaðilar telji að umræddum skilyrðum sé að öllu leyti fullnægt.

Af þessu tilefni bendir samkeppnisráð á að einungis í undantekningartilvikum er unnt að réttlæta það að heimila samruna sem hefur skaðleg áhrif á samkeppni vegna yfirvofandi gjaldþrots eins eða fleiri samrunaaðila. Slík undanþága er háð ströngum skilyrðum, eins og lýst hefur verið hér að framan. Samkeppnisráð telur að athugasemdir í andmælum samrunaaðila um þetta efni séu ekki þess eðlis að réttlætt geti aðra niðurstöðu en fram kom í frumathuguninni. Þá telur samkeppnisráð að andmæli samrunaaðila hvað þetta atriði varðar kunni að byggjast á misskilningi, þar sem því er annars vegar haldið fram að öll skilyrði séu uppfyllt til að heimila samrunans vegna yfirvofandi gjaldþrots og hins vegar kemur fram að samrunaaðilar telja að skilyrði séu til íhlutunar samkeppnisyfirvalda í málinu og hafa þeir lagt fram tillögur að skilyrðum í því sambandi.

Loks skal bent á að eftir að frumathugun Samkeppnisstofnunar lauk hafa Norðurljós ákveðið að selja allt hlutfé í Skífunni til ótengds aðila, en með því ásamt skilyrðum sem samrunaaðili og kaupandi Skífunnar hafa ákveðið að fallast á, er eytt þeim skaðlegu samkeppnislegu áhrifum sem samruninn hefði ella haft í för með sér. Í þessu máli reynir því í raun ekki á það hvort skilyrði voru til þess að heimila samrunann vegna yfirvofandi gjaldþrots Tæknivals og/eða Norðurljósa.

## 6.

### Niðurstaða

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

Í frumathugun Samkeppnisstofnunar var komist að sömu niðurstöðu og að tillögur um að setja samrunanum skilyrði, sem samrunaaðilar höfðu kynnt í viðræðum við Samkeppnisstofnun, nægðu ekki til þess að eyða skaðlegum áhrifum hans á samkeppni. Voru leiddar að því líkur að til þess kynni að koma að samkeppnisráð gripi til íhlutunar gagnvart samrunanum til að tryggja að virk samkeppni héldist á viðkomandi mörkuðum. Var bent á að annað hvort þyrfti að grípa til ógildingar samrunans eða setja honum skilyrði sem eyddu hinum samkeppnislegu hömlum sem hann hefði í för með sér.

Með andmælum við frumathugun Samkeppnisstofnunar greindu samrunaaðilar einnig frá því að þann 28. maí sl. hafi ótengdur aðili, Róbert Melax f.h. óskráðs félags, gert bindandi kauptilboð í allt hlutfé í Skífunni ehf. og seljandi samþykkt það. Tilboðið var gert með fyrirvara um áreiðanleikakönnun á Skífunni og er einnig háð forkaupsrétti Jóns Ólafssonar fyrrverandi aðaleiganda Skífunnar. Þá hafa farið fram viðræður milli samrunaaðila, nýrra kaupenda Skífunnar og samkeppnisyfirvalda um skilyrði fyrir samruna verslunarsviðs Tæknivals við Skífuna. Hafa þær leitt til þeirrar niðurstöðu sem fram kemur í ákvörðunarorði því sem hér fer á eftir.

Salan á Skífunni til ótengds aðila hefur umtalsverð áhrif á mat samkeppnisráðs á samkeppnislegum áhrifum samrunans og er, ásamt neðangreindum skilyrðum, forsenda þess að unnt er að fallast á þann samruna sem mál þetta tekur til. Með sölunni er verulega dregið úr markaðshlutdeild samrunaaðila og það forskot sem Skífan óhjákvæmilega naut vegna tengsla við hljóðvarps- og sjónvarpsrekstur Norðurljósa fellur niður. Er þessi aðgerð, ásamt eftirfarandi skilyrðum, því til þess fallin að skapa skilyrði fyrir virkari samkeppni á viðkomandi mörkuðum og eyða þeim skaðlegu samkeppnislegu áhrifum sem samruninn hefði að óbreyttu haft í för með sér.

### III.

#### Ákvörðunarorð:

**„Með samningi, dags. 29. janúar 2004 keypti Grjóti ehf., móðurfélag Tæknivals hf., verslunarrekstur Tæknivals að öllu leyti, en hann fólst í rekstri sjö BT verslana, þriggja Office 1 verslana og einnar Sony Center verslunar. Með framsali sama dag framseldi Grjóti réttindi og skyldur samningsins við Tæknival til Norðurljósa samskiptafélags hf. Greiðsla til Grjóta var að hluta í formi útgáfu nýrra hlutabréfa í Norðurljósum. Réttindi sín og skyldur samkvæmt nefndu framsali framseldu Norðurljós síðan einnig sama dag til dótturfélags síns, Skífunnar ehf. og var greiðsla Skífunnar að hluta í formi útgáfu nýrra hlutabréfa í Skífunni. Með samningi dags. 29. janúar 2004 var samið um kaup Norðurljósa samskiptafélags hf. á öllu hlutfé í Frétt ehf. og var seljendum greitt fyrir kaupin með nýju hlutfé í Norðurljósum samskiptafélagi. Fjárhagsleg endurskipulagning og hlutafjár aukning hjá Norðurljósum snemma á árinu 2004, sem m.a. tengdist framangreindum samningum, leiddi til þess að Baugur og tengd félög ásamt Fons og tengdum félögum öðluðust sameiginlega ráðandi hlut í Norðurljósum. Samningar þessir fela í sér samruna í skilningi 18. gr. samkeppnislaga nr. 8/1993, sbr. og 4. gr. laganna.**

Samruninn leiðir til eða styrkir markaðsráðandi stöðu félaga undir yferráðum Baugs og Fengs/Fons á mörkuðum þessa máls. Með heimild í 1. mgr. 18. gr. samkeppnislaga setur samkeppnisráð samrunanum eftirfarandi skilyrði. Með

Því að Norðurljós selja Skífuna til ótengds aðila og með setningu eftirfarandi skilyrða er ekki þörf á ógildingu samrunans:

1.

Skífan ehf. skal aðskilja heildsölu og smásölu félagsins, a.m.k. hvað varðar heildsölu og smásölu á tónlist, mynddiskum og tölvuleikjum. Þó er heimilt að fjármálasvið Skífunnar sé sameiginlegt fyrir bæði heildsölu og smásölu en þó með þeim takmörkunum sem fram koma í tl. 10 hér á eftir.

2.

Verð og kjör Skífunnar heildsölu í viðskiptum við endurseljendur afþreyingarefnis skulu vera almenn, gagnsæ og hlutlæg þannig að aðilar sem eiga í samskonar viðskiptum við Skífuna heildsölu skulu njóta sömu kjara. Almennar upplýsingar um verð og viðskiptakjör skulu vera aðgengilegar hjá Skífunni heildsölu.

Í 1. mgr. felst að Skífunni heildsölu er óheimilt að láta verslanir í eigu Skífunnar smásölu njóta annars heildsöluverðs eða betri viðskiptakjara en aðrir viðskiptavinir Skífunnar heildsölu njóta í samskonar viðskiptum. Skífunni heildsölu er óheimilt að veita viðskiptavinum sínum tryggðarkjör, s.s. eftirágreiddan afslátt. Þá er Skífunni heildsölu óheimilt að gefa upp leiðbeinandi endursöluverð á vörum sínum.

3.

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

4.

Skífunni heildsölu er óheimilt að synja endurseljendum um viðskipti nema ríkar málefnalegar ástæður séu forsenda sölusynjunar.

5.

Skífunni heildsölu er óheimilt að grípa til hvers konar aðgerða sem ætlað er eða ætla má að hafi þau áhrif að bæta með óeðlilegum hætti stöðu Skífunnar smásölu í samkeppni á smásölumarkaði með afþreyingarefni. Í þessu felst t.d. bann við því að ný vara eða kynningarefni sé kynnt eða afhent Skífunni smásölu á undan öðrum endurseljendum.

6.

Skífan smásala er skuldbundin til þess að kaupa afþreyingarefni af keppninautum Skífunnar heildsölu nema málefnalegar ástæður, s.s. gæði efnis, verð og viðskiptakjör, séu forsenda synjunar á vörukaupum.

7.

Skífunni smásölu er óheimilt að grípa til hvers konar aðgerða sem ætlað er eða ætla má að hafi þau áhrif að bæta með óeðlilegum hætti stöðu Skífunnar heildsölu í samkeppni í heildsölu með afþreyingarefni.

8.

Skífunni smásölu er óheimilt að eiga viðskipti samkvæmt samningum eða á annan hátt sem með beinum eða óbeinum hætti útiloka ákveðin heildsölu- eða dreifingarfyrtæki með afþreyingarefni frá viðskiptum við Skífuna smásölu. Skífunni smásölu er einnig óheimilt að gera samninga sem tryggja ákveðnum heildsölu- og dreifingarfyrtækjum með afþreyingarefni tiltekið hillurými eða framstillingu í verslunum í eigu fyrirtækisins.

9.

Skífunni smásölu er óheimilt að eiga viðskipti við heildsölu- eða dreifingarfyrtæki með afþreyingarefni samkvæmt samningum eða á annan hátt þar sem farið er fram á að tilteknar vörur eða vöruflokkar séu eingöngu seldir til Skífunnar smásölu.

10.

Þeim starfsmönnum Skífunnar ehf. sem við á og búa yfir upplýsingum um viðskipti og viðskiptakjör er óheimilt að veita starfsmönnum Skífunnar smásölu upplýsingar um viðskipti og/eða viðskiptakjör einstakra viðskiptavina Skífunnar heildsölu. Á sama hátt er viðkomandi starfsmönnum Skífunnar smásölu óheimilt að veita starfsmönnum Skífunnar heildsölu upplýsingar um viðskipti og/eða þau viðskiptakjör sem Skífan smásala nýtur hjá öðrum heildsölu- og dreifingafyrtækjum með afþreyingarefni. Þeir starfsmenn Skífunnar ehf. sem við á og búa yfir þeim upplýsingum sem hér um ræðir skulu undirrita sérstaka yfirlýsingu um þagnarskyldu og trúnað þar um. Afrit þeirra yfirlýsinga skal sent Samkeppnisstofnun eigi síðar en 1. september 2004.

11.

Skífan ehf. skal kynna ákvörðun þessa og hvað í henni felst fyrir starfsmönnum sínum, eigendum, stjórnarmönnum og viðskiptavinum innan eins mánaðar frá birtingu hennar. Þá skal Skífan ehf. upplýsa Samkeppnisstofnun um framkvæmd á ákvörðun þessari innan tveggja mánaða frá birtingu hennar.

Brot á skilyrðum sem sett eru í ákvörðun þessari varða viðurlögum samkvæmt XIII. kafla samkeppnislaga.“