

ÁFRÝJUNARNEFND SAMKEPPNISMÁLA

úrskurður í máli nr. 5/2011

Forlagið hf.

gegn

Samkeppniseftirlitinu

I.

Með kæru, dagsettri 28. júlí 2011, hefur Forlagið hf. (hér eftir nefnt áfrýjandi), kært ákvörðun Samkeppniseftirlitsins í málinu nr. 24/2011 frá 1. júlí 2011 um brot Forlagsins á ákvörðun eftirlitsins nr. 8/2008, *Samruni JpV útgáfu ehf. og Vegamóta ehf.*, til áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Í hinni kærðu ákvörðun komst Samkeppniseftirlitið að þeirri niðurstöðu að áfrýjandi hefði brotið gegn 14. og 15. gr. ákvörðunar nr. 8/2008 og var áfrýjanda gert að greiða 25.000.000 króna í stjórnvaldssekt vegna brotanna.

Áfrýjandi krefst þess aðallega að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi. Til vara er þess krafist að ákvörðuninni verði breytt á þann veg að stjórnvaldssektin verði felld niður eða sektarfjárhæðin lækkuð stórlega.

Samkeppniseftirlitið krefst þess að hin kærða ákvörðun verði staðfest.

II.

Málsatvik eru þau að þann 8. október 2007, var Samkeppniseftirlitinu tilkynnt um samruna JpV útgáfu ehf., Máls og menningar – Heimskringlu ehf. og Vegamóta ehf. og að hið nýja sameinaða félag myndi bera nafnið Forlagið hf.

Eftir rannsókn málsins sendi Samkeppniseftirlitið samrunaaðilum andmælaskjal en í því var komist að þeirri niðurstöðu að markaður málsins væri útgáfa og sala

bókaforlaga á bókum sem almennt eru boðnar neytendum til sölu í t.d. bókabúðum. Var í skjalinu gerð grein fyrir margvíslegum samkeppnislegum yfirburðum hins sameinaða fyrirtækis og komist að þeirri niðurstöðu að samruninn raskaði samkeppni og kallaði á aðgerðir skv. 17. gr. samkeppnislaga. Í framhaldi undirrituðu aðilar sátt þann 1. febrúar 2008. Ákvörðun í málinu, nr. 8/2008, var birt 5. febrúar 2008 og eru skilyrði sáttarinnar tekin upp í ákvörðunarorði þeirrar ákvörðunar og á grundvelli sáttarinnar var samruninn heimilaður.

Áfrýjandi óskaði eftir því í bréfi, dagsettu 10. nóvember 2008, að skilyrði 14.-15. gr. sáttarinnar yrðu endurskoðuð og vísaði til breyttra aðstæðna í kjölfar efnahagshrunsins. Samkeppniseftirlitið hafnaði beiðninni bréflega í febrúar 2009 og taldi að rök skorti fyrir endurupptöku. Eftirlitið tók fram í bréfinu að það myndi ekkert aðhafast vegna beiðninnar nema frekari rökstuðningur kæmi fram.

Áfrýjandi sendi Samkeppniseftirlitinu bréf þann 18. júní 2010, og fór formlega fram á úrlausn fyrri endurupptökubeiðni frá 10. nóvember 2008. Samkeppniseftirlitið hafnaði þessari umleitan í bréfi dagsettu 7. júlí 2010 með vísan til þess að áfrýjanda hefði verið í lófa lagið að styðja fyrri endurupptökubeiðni sína frekari rökum og að málinu frá 10. nóvember 2008 hafi lokið vegna aðgerðarleysis áfrýjanda. Var jafnframt bent á að væri þess óskað myndi Samkeppniseftirlitið líta á andmæli í bréfi félagsins frá 18. júní 2010 sem nýja beiðni um endurupptöku ákvörðunar nr. 8/2008. Yrði það mál rekið sem nýtt endurupptökumál og meðferð þess ótengd því máli sem fjallar um hvort skilyrði ákvörðunar nr. 8/2008 hafi verið brotin. Barst beiðni áfrýjanda um endurupptöku í bréfi dagsettu 3. september 2010. Fram kemur í hinni kærðu ákvörðun að tekin verði afstaða til endurupptökubeiðni áfrýjanda í sérstöku máli.

Með gerð umræddrar sáttar féllst áfrýjandi m.a. á að selja frá sér tiltekin útgáfuréttindi, ásamt birgðum af bókum og ritsöfnum. Var í sáttinni mælt fyrir um söluaðferðir og veittur sérstakur frestur. Með ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 44/2009 voru skilyrði, sem tengjast þessari söluskyldu og varða safn Halldórs Laxness, felld úr gildi en önnur héldu gildi sínu.

Í nóvember 2009 barst Samkeppniseftirlitinu kvörtun sem varð til þess að Samkeppniseftirlitið hóf rannsókn á því hvort áfrýjandi hefði brotið gegn skilyrðum

sáttarinnar. Sú rannsókn leiddi til hinnar kærðu ákvörðunar en í henni er komist að þeirri niðurstöðu að áfrýjandi hafi fyrir jólin 2009 brotið 14. og 15. gr. ákvörðunar nr. 8/2008, *Samruni JPV útgáfu ehf. og Vegamóta ehf.*

Greinarnar eru svohljóðandi:

14. gr.

Forlagið ákveði aðeins forlagsverð (heildsöluverð) þeirra bóka sem Forlagið gefur út og selur til endurseljenda bóka. Forlaginu verði óheimilt að hafa nokkur afskipti af söluverði endurseljenda eða birta með neinu móti söluverð endurseljenda á bókum sem Forlagið gefur út.

15. gr.

Forlaginu er óheimilt að veita endurseljendum afslátt frá heildsöluverði bóka sinna nema Forlagið geti með óbyggjandi hætti sýnt fram á kostnaðarlegt hagræði af viðskiptum við viðkomandi endurseljenda sem sé í samræmi við afsláttinn.

Um málsatvik að öðru leyti vísast til hinnar kærðu ákvörðunar.

III.

Greinargerð Samkeppniseftirlitsins sem svar við kæru áfrýjanda barst 12. ágúst 2011. Athugasemdir áfrýjanda við greinargerðinni bárust 19. ágúst 2011 og svar Samkeppniseftirlitsins við þeim bárust þann 25. ágúst 2011.

Uppkvaðning úrskurðarins hefur dregist vegna sumarleyfa nefndarmanna.

IV.

Málsástæður áfrýjenda

Áfrýjandi byggir á því að Samkeppniseftirlitið hafi brotið gegn 10. og 12. gr. stjórnsýslulaga við úrlausn þessa máls. Samkeppniseftirlitið hafi algerlega litið fram hjá öllum skýringum áfrýjanda og látið undir höfuð leggjast að rannsaka atriði sem bæði hafi augljósa þýðingu og sem sérstaklega hafi verið óskað rannsókna á. Áfrýjandi hafi bent Samkeppniseftirlitinu á ákveðin atriði sem þyrfti að rannsaka frekar en ekki hafi verið tekið tillit til þeirra ábendinga.

Einnig telur áfrýjandi sig hafa fært fram haldbær rök, studd ítarlegum gögnum frá hlutlausum þriðju aðilum, um að hlutdeild félagsins hefði verið 15-20% árið 2009, hvort sem miðað væri við hlutfall af heildarveltu markaðarins eða hlutfall af útgefnum titlum. Síðasta markaðsrannsókn Samkeppniseftirlitsins hafi verið miðuð við tölur frá árinu 2006. Þá bendir áfrýjandi á að markaðshlutdeild hans hafi einnig verulega þýðingu, m.t.t. lögmætisreglu stjórnarsýslulaga. Einnig að engin rannsókn hafa farið fram á markaðshlutdeild áfrýjanda á brotatímanum til athugunar á því hvort ákvæði hópundanþágu ættu við eða hvort félagið væri enn markaðsráðandi. Áfrýjandi telur að svo umfangsmikil brot á meðalhófs- og rannsóknarreglu stjórnarsýslulaga eins og hér hafi átt sér stað leiði til ógildingar stjórnvaldsákvörðunar.

Áfrýjandi bendir á að í ákvörðun samkeppniseftirlitsins nr. 8/2008 hafi markaðshlutdeild hans verið talin vera á bilinu 55-60%, m.v. heildarveltu markaðarins árið 2006. Önnur atriði bentu einnig til ráðandi stöðu áfrýjanda að mati Samkeppniseftirlitsins. Áfrýjandi telur að í ljós hafi komið að þær forsendur hafi verið rangar frá upphafi eða séu breyttar miðað við markaðsaðstæður 2009. Áfrýjandi telur að allir hefðbundnir mælikvarðar á markaðshlutdeild bendi til þess að hlutdeild hans árið 2009 hafi verið í kringum 15-20%, þ.e. hvort sem miðað sé við veltu eða fjölda útgefna titla.

Þá bendir áfrýjandi á að engar lagalegar eða tæknilegar hindranir komi í veg fyrir innkomu nýrra keppnauta á markaðinn og að nánast hver sem er geti gefið út bók á Íslandi óháð fjárstyrk. Samkeppnislegt aðhald sé óumdeilanlega fyrir hendi. Áfrýjandi telur að séreinkenni hins skilgreinda markaðar sé að samkeppni sé um einn titil í einu.

Áfrýjandi bendir á að fjárhagslegt virði baklista sé minna í dag en áður var. Enda sé framboð af eldri bókum mun meira en eftirspurn. Áfrýjandi bendir á að stuttu eftir að ákvörðun 8/2008 hafi verið tekin, hafi Samkeppniseftirlitið komst sjálft að raun um að lítill áhugi sé á verkum af baklista jafnvel þótt um sé að ræða helstu menningarlegu stórvirki þjóðarinnar. Ekki tókst að finna kaupanda að verkum Halldórs Laxness eins og gert hafi verið ráð fyrir í ákvörðun 8/2008. Því telur áfrýjandi augljóst að enginn markaðsstyrkur felist í baklista og þaðan af síður aðgangshindranir fyrir ný forlög.

Þá bendir áfrýjandi á að stofnun félagsins hafi ekki leitt til lækkunar rekstrarkostnaðar eins og Samkeppniseftirlitið taldi óhjákvæmilega afleiðingu sameiningar, sbr. orðalag ákvörðunar 8/2008.

Áfrýjandi bendir á að samkvæmt ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 47/2006 sé smásölumarkaður fyrir bækur á Íslandi sérmarkaður. Samkvæmt greiningu eftirlitsins á smásölumarkaðnum árið 2006 hafi ráðandi aðili þar verið Penninn/Eymundsson með um 50 – 55% af smásölumarkaðnum. Verslanir í eigu Haga voru taldar vera með 20 - 25% hlutdeild, Bóksala stúdenta með um 0 - 5% hlut, Office 1 með 0 - 5% hlut og loks Samkaup með 0 – 5% hlut. Áfrýjandi telur hlutdeild smásala í stórum dráttum óbreytta árið 2009 og telur að kaupendastyrkur sé fyrir hendi á markaðnum. Telur áfrýjandi að ljóst sé að hann geti ekki þvingað slík fyrirtæki til neinna aðgerða enda séu þau margföld á stærð við fyrirtækið.

Þá telur áfrýjandi tilnefningar til bókmenntaverðlauna einungis gefa vísbendingu um listrænan metnað forlags en ekki markaðsstyrk. Þá bendir áfrýjandi á að staða hans gagnvart höfundum sé veik þar sem þeir séu nær óbundnir félaginu. Höfundar séu ekki bundnir nema um einstök verk sem samið sé sérstaklega um útgáfu á. Markaðshlutdeild útgefenda sé því mjög kvik og fari eftir því hvort þeir nái samningnum um útgáfu einstakra söluvænlegra titla. Áfrýjandi telur að reynslan sýni að stofnun félagsins í byrjun árs 2008 hafi engin útilokunaráhrif haft á markaðnum.

Áfrýjandi mótmælir því að hafa brotið gegn ákvæðum ákvörðunar nr. 8/2008. Skýra verði ákvæði sáttarinnar í samræmi við almennar reglur samkeppnisréttarins. Ákvæðin geti ekki falið í sér strangari skilyrði en leiði af almennum reglum. Annað brjóti gegn lögmætis- og jafnræðisreglum stjórnisýsluréttarins og stjórnarskrár. Áfrýjandi telur að yfir allan vafa sé hafið að félagið hafi aðeins verið með um 15-20% markaðshlutdeild árið 2009 sama hvort markaðshlutdeild sé metin sem hlutfall af heildarveltu markaðar eða hlutfall útgefinna titla. Þá byggir áfrýjandi á því að jafnvel þótt litið sé svo á að ákvæði sáttarinnar beri ekki að skýra á grundvelli ofangreindra sjónarmiða, þá hafi áfrýjandi hvorki birt söluverð endurseljenda á bókum, né haft afskipti af söluverði þeirra í andstöðu við 14. gr. ákvörðunarinnar. Einnig hafi afsláttarkjör áfrýjanda byggst á kostnaðarlegu hagræði og skilyrði 15. gr. sáttarinnar þar með verið uppfyllt.

Áfrýjandi bendir á að samkvæmt ákvæðum 14. gr. ákvörðunar 8/2008 sé félaginu óheimilt að hafa nokkur afskipti af söluverði endurseljenda eða birta með neinu móti söluverð endurseljenda á bókum sem félagið gefi út. Í ákvæðum greinarinnar komi orðin „leiðbeinandi verð“ hvergi fyrir. Í hinni kærðu ákvörðun sé þrátt fyrir þetta talið að áfrýjandi hafi brotið ákvæði 14. gr. sáttarinnar um „leiðbeinandi verð“. Einu settu

reglurnar um *leiðbeinandi verð* hérlendis séu reglur nr. 256/2002 um hópundanþágu fyrir flokka lóðréttra samninga og samstilltra aðgerða. Af a-lið 4. gr. reglnanna leiði að heildsölu, eins og áfrýjanda, sé heimilt að ákveða hámarkssöluverð eða leiðbeinandi söluverð, að því tilskildu að það jafngildi ekki föstu verði eða lágmarkssöluverði.

Áfrýjandi bendir á að engin rannsókn hafi verið framkvæmd af hálfu Samkeppniseftirlitinu á því hvort félagið hafi þrýst á smásala að fylgja verðum. Þvert á móti bendi öll gögn málsins til þess að skjöl með hinu umdeilda orðalagi hafi verið send frá áfrýjanda af hreinni misgá og enginn ásetningur hafi verið til að stjórna endursöluverði. Ef hin meinta verðleiðbeining hafði engin áhrif sé ekki um ólögmæt „afskipti af“ söluverði endurseljanda að ræða í skilningi 14. gr. ákvörðunar nr. 8/2008.

Þá bendir áfrýjandi á að það sé bæði í andstöðu við fyrri fordæmi Samkeppniseftirlitsins, einsleitnismarkmið EES samningsins og skýringarreglur íslensks réttar að líta alfarið fram hjá Evrópurétti við túlkun á almennt orðuðum ákvæðum sáttarinnar eins og Samkeppniseftirlitið virðist gera í þessu máli.

Áfrýjandi telur að af gögnum málsins sé ljóst að jafnvel í þeim tilvikum þar sem orðin *leiðbeinandi verð* komi fram á skjölum frá áfrýjanda þá hafi leiðbeinandi áhrif engin verið. Verðin jafngiltu ekki föstu verði þar sem aðilar viku frá þeim. Verðin jafngiltu ekki lágmarksverði þar sem aðilar seldu bækurnar á mun lægra verði en áfrýjandi. Tilgangur áfrýjanda hafi ekki verið að hafa áhrif á verðlagningu endurseljenda það hafi einfaldlega gleymst að fjarlægja orðin *leiðbeinandi verð* úr gömlu formi að skjali. Háttsemi áfrýjanda hafi því verið lögmæt samkvæmt orðalagi 4. gr. reglugerðar nr. 256/2002 og 14. gr. ákvörðunar nr. 8/2008.

Áfrýjandi telur að þegar bækur séu seldar beint til neytenda, t.d. með vefsölu, feli það í sér smásölu. Sala á vef áfrýjanda sé því smásala, þ.e. um sé að ræða sölu til neytenda en ekki sölu til endurseljenda. Í þessu felist að 14. gr. ákvörðunarinnar eigi ekki við um tilgreiningu smásöluverðs á titlum Forlagsins á www.forlagid.is.

Þá virðist sem að Samkeppniseftirlitið telji að áfrýjanda sé óheimilt að veita neytendum þá afslætti í vefsölu sem félagið kjósi, þar sem að slíkt teljist afskipti af endursöluverði smásala. Áfrýjandi mótmælir þessu og bendir á að ákvæði 14. gr. sáttarinnar taki ekki til smásölu heldur einungis heildsölu. Áfrýjanda sé frjálst að gefa neytendum þá afslætti sem það kjósi samkvæmt samkeppnislögum, þar sem félagið sé ekki ráðandi á

smásöllumarkaði. Ef áfrýjandi kjósi að gefa afslætti á annað borð sé auk þess lögskýlt að birta bæði upprunalegt verð og afsláttarverð, samkvæmt lögum nr. 57/2005.

Þá bendir áfrýjandi á að hlutlaus þriðji aðili (ASÍ) hafi gert verðkönnun á smásöluverði bóka fyrir jólavertíð 2010. Sú könnun hafi leitt í ljós að meint verðleiðbeining áfrýjanda hafi engin áhrif haft.

Áfrýjandi bendir á að í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins hafi verið komist að þeirri niðurstöðu að félagið hafi ekki getað sýnt fram á með óyggjandi hætti að afsláttarkjör hafi byggt á kostnaðarlegu hagræði og áfrýjandi hafi þar með brotið gegn 15. gr. ákvörðunar nr. 8/2008. Áfrýjandi bendir á að niðurstaða Samkeppniseftirlitsins byggist á þeirri forsendu að það sé sjálfkrafa ólöglegt að senda út reikninga eftir á. Áfrýjandi telur enga stoð vera fyrir slíku í samkeppnislögum. Í ákvörðun nr. 8/2008 sé auk þess hvergi minnst á að reikna þurfi afslætti út fyrirfram enda engin leið að ætla að fylgja slíkri stefnu í framkvæmd. Ef afsláttarkjör eigi að endurspeglar *raunverulegt kostnaðarlegt hagræði* sé einmitt eina leiðin að reikna hagræðið út eftir á. Afsláttarkerfi áfrýjanda hafi tekið mið af þessu.

Áfrýjandi bendir á að af gögnum málsins verið ráðið að kostnaðarlegt hagræði félagsins af viðskiptum við einstaka aðila hafi í öllum tilvikum verið meira heldur en afslátturinn sem viðkomandi naut í viðskiptum sínum hjá áfrýjanda, að undanskildum Pennanum. Á það beri hins vegar að líta að Penninn sé langstærsti viðskiptavinur áfrýjanda og að afkoma áfrýjanda sé háð viðskiptum við Pennann í 10-11 mánuði á ári. Fyrirtækið sé því í sterkri stöðu gagnvart áfrýjanda og verði að skoða niðurstöðuna í því ljósi.

Í 37. gr. samkeppnislaga segir að Samkeppniseftirlitið leggi stjórnvaldssektir á fyrirtæki nema brotið teljist óverulegt eða af öðrum ástæðum sé ekki talin þörf á slíkum sektum til að stuðla að og efla virka samkeppni. Áfrýjandi bendir á að hafi félagið gerst brotlegt við ákvæði ákvörðunar nr. 8/2008, þá hafi það verið af gáleysi, en ekki af ásetningi. Þá hafi hin meintu brot engin áhrif haft á verðlagningu á smásöllumarkaði og engin áhrif á neytendur. Að mati áfrýjanda sé útilokað að fyrirtækið hafi verið markaðsráðandi á þeim tíma sem hin meintu samkeppnislaga brot áttu sér stað. Þau grunnrök sem lágu að baki ákvörðun nr. 8/2008 eiga ekki lengur við í dag. Áfrýjandi telur, með vísan til meðalhófsreglu 12. gr. stjórnsýslulaga og lögmatísreglunnar, að horfa beri til þessa við ákvörðunar sektar.

Málsástæður Samkeppniseftirlitsins

Samkeppniseftirlitið telur að hin kærða ákvörðun byggist á réttum forsendum og því beri að staðfesta hana. Málið sé einfalt og sé kjarni þess sá að áfrýjandi gerði sátt við Samkeppniseftirlitið til þess að samruni JPV útgáfu og Vegamóta næði fram að ganga en nú hafa skilyrði þeirrar sáttar verið brotin.

Samkeppniseftirlitið bendir á að áfrýjandi setji fram margvísleg sjónarmið tengd markaðshlutdeild og stöðu félagsins á þeim markaði sem það starfi á. Hann virðist byggja á því að ætlaðar breyttar forsendur leiði til þess að hin kærða ákvörðun sé ólögmæt. Samkeppniseftirlitið telur að þessi umfjöllun hafi enga þýðingu í þessu máli alveg án tillits til þess hvort greining áfrýjanda á markaðnum sé rétt eða ekki. Bendir Samkeppniseftirlitið á að til þess að tryggja framgang samruna, sem að óbreyttu hefði raskað samkeppni, hafi áfrýjandi gert sátt við Samkeppniseftirlitið. Sáttin hafi verið gerð á grundvelli þágildandi 17. gr. a samkeppnislaga. Af þessum lagaákvæði og lögskýringargögnum með þeim leiði að fyrirtæki séu skuldbundin til að fara eftir sáttum sem þau gera við Samkeppniseftirlitið. Þau geti ekki einhliða ákveðið að virða sáttir að vettugi sökum þess að þau telja að forsendur þeirra eigi ekki lengur við. Þau geti hins vegar ávallt látið á það reyna hvort forsendur séu fyrir endurupptöku málsins. Samkeppniseftirlitið telur þau sjónarmið áfrýjanda að reglur Samkeppniseftirlitsins nr. 256/2002, sbr. reglur nr. 898/2005, heimili leiðbeinandi verð og að túlka verði ákvæði 14. gr. sáttarinnar í samræmi við þetta, ekki eiga við. Umræddar reglur miði að því að veita tilteknum samningum og samstilltum aðgerðum undanþágu frá banni 10. gr. samkeppnislaga við samkeppnishamlandi samráði. Þessar reglur geti eðli málsins samkvæmt ekki heimilað aðgerðir sem fari gegn öðrum ákvæðum samkeppnislaga. Samkeppniseftirlitið telur að kjarni málsins hér sé að áfrýjandi gekkst undir sátt, sem hann sjálfur átti þátt í að móta í því skyni að ná fram samruna JPV útgáfu og Vegamóta og hafi skuldbundið sig þar af leiðandi til þess að fylgja þeim skilyrðum sem fram komi í sáttinni. Tilvísanir áfrýjanda til almennra sjónarmiða sem tengjast banni við ólögmætu samráði og leiðbeinandi verði geti engu breytt um þessa skyldu hans.

Samkeppniseftirlitið vísar til umfjöllunar í niðurstöðukafla hinnar kærðu ákvörðunar um brot áfrýjanda á ákvörðun nr. 8/2008. Allar vísanir áfrýjanda til hefðar um hvernig verð séu birt á viðkomandi markaði skipti hér engu máli þar sem mál þetta snúist eingöngu um það að áfrýjandi hafi skuldbundið sig sérstaklega til þess m.a. að hafa

engin afskipti af söluverði endurseljenda og birta ekki með „*neinu móti söluverð endurseljenda*“ en hafi ekki staðið við þá skuldbindingu. Þá skipti heldur engu máli umfjöllun áfrýjanda um leiðbeinandi verð í tengslum við bann við ólögætu samráði og undanþágu frá því.

Samkeppniseftirlitið bendir á að samkvæmt skýru orðalagi 15. gr. ákvörðunarinnar hafi áfrýjandi skuldbundið sig til þess að veita ekki afslátt til endurseljenda frá forlagsverði (heildsöluverði) nema hann gæti, með óyggjandi hætti, sýnt fram á kostnaðarlegt hagræði sem hann hafi af viðskiptunum og að þetta kostnaðarlega hagræði sé í samræmi við afsláttinn. Tilgangur skilyrðisins var sá að endurseljendur áfrýjanda stæðu jafnfætis í viðskiptum sínum við hið öfluga og sameinaða fyrirtæki og að áfrýjandi myndi ekki veita þeim afslátt nema á grundvelli hlutlægs mats á tölulegum upplýsingum. Þannig hafi verið gert ráð fyrir því að hagkvæm innkaup endurseljenda á bókum, sem valda kostnaðarlegu hagræði í rekstri áfrýjanda, geti skilað sér til endurseljandans í formi afsláttar frá heildsöluverði (forlagsverði). Með öðrum orðum skal heildsöluverð til allra endurseljenda bóka áfrýjanda vera það sama nema hann geti sýnt fram á kostnaðarlegt hagræði viðskiptanna sem endurspegli hin mismunandi kjör.

Samkeppniseftirlitið telur ljóst af gögnum málsins að áfrýjandi hafi veitti afslætti án þess að hafa gert nokkra könnun á tölulegum upplýsingum sem þó hafi verið nauðsynlegt til að geta sýnt fram á kostnaðarlegt hagræði viðskiptanna. Þetta geti ekki þýtt annað en að áfrýjandi hafi byggt ákvarðanir sínar um veitingu afsláttar á huglægu mati sem fari í bága við skilyrði 15. gr. ákvörðunar 8/2008. Samkeppniseftirlitið telur að áfrýjandi hafi ekki haft gætur á því að afsláttarkjörin væru í samræmi við það kostnaðarlega hagræði sem leiddi af viðskiptum við hvern endurseljanda fyrir sig enda hafi hann ekki reiknað út eða áætlað hið raunverulega hagræði viðskiptanna. Í hinni kæru ákvörðun sé sýnt fram á með tölulegum upplýsingum hversu mjög munaði á afsláttarkjörum í krónum talið og vísast til þeirrar umfjöllunar varðandi það.

Samkeppniseftirlitið hafnar því að hafa brotið gegn ákvæðum 10. og 12. gr. stjórnsýslulaga við meðferð þessa máls með því að hafa litið framhjá skýringum áfrýjanda og látið undir höfuð leggjast að rannsaka atriði sem áfrýjandi taldi að rannsaka þyrfti sérstaklega. Í málinu hafi Samkeppniseftirlitið aflað gagna frá bæði áfrýjanda og viðskiptavinum hans. Eftir yfirferð á þessum gögnum ritaði Samkeppniseftirlitið andmælaskjal en í því sé m.a. gerð grein fyrir frummati eftirlitsins

á ætluðum brotum áfrýjanda. Með andmælaskjalinu fylgdi listi yfir öll þau gögn sem það byggði á. Áfrýjandi gerði í kjölfarið ítarlegar athugasemdir við andmælaskjalið og hafði þannig tækifæri til þess að tjá sig um alla meginþætti málsins áður en ákvörðun var tekin í því. Í hinni kærðu ákvörðun sé með rökstuddum hætti tekin afstaða til helstu sjónarmiða áfrýjanda. Telur Samkeppniseftirlitið að rannsókn málsins hafi almennt séð verið vönduð og fullnægjandi.

Þá bendir Samkeppniseftirlitið á að í hinni kærðu ákvörðun komi skýrt fram að eftirlitið meti það svo að áfrýjandi hafi sýnt ásetning þegar hann braut ákvæði sáttarinnar þar sem honum hafi verið fullkunnugt um efni þeirra ákvæða sem um ræði. Bæði vegna þess hve ákvæðin séu afdráttarlaus og ekki síður vegna þess að áfrýjandi sjálfur hafi átt þátt í því að móta skilyrði sáttarinnar með það í huga hvað hann teldi raunhæft í þeim efnum og hvað hann treysti sér til að starfa eftir. Þrátt fyrir betri vitund hafi áfrýjandi brotið skilyrði sáttarinnar og í því felist ásetningur hans.

Samkeppniseftirlitið telur ljóst að í þessu máli hafi brot áfrýjanda komist til framkvæmda á markaðnum. Áfrýjandi hafi þannig birt endurseljendum leiðbeinandi verð á bókum sem hann gaf út. Jafnframt hafi áfrýjandi gefið endurseljendum afslátt í andstöðu við 15. gr. sáttarinnar. Samkeppniseftirlitið hafnar því að brot áfrýjanda hafi verið óverulegt í skilningi 4. mgr. 37. gr. samkeppnislaga. Samkeppniseftirlitið bendir á að það sé alvarlegt brot þegar fyrirtæki brjóta í bága við skilyrði sem þau undirgangist í því skyni að vinna gegn samkeppnishamlandi áhrifum samruna. Slík brot kalli á álagningu sekta til þess að stuðla að fullnægjandi varnaðaráhrifum og trúverðugleika satta í samrunamálum. Samkeppniseftirlitið telur að sekt málsins sé í eðlilegu samhengi við brot málsins og stöðu áfrýjanda og því beri að staðfesta hana.

V.

Niðurstaða

1.

Áfrýjandi gerði sátt við Samkeppniseftirlitið sem var forsenda fyrir ákvörðun í máli nr. 8/2008 þar sem samruni var heimilaður með tilteknum skilmálum eins og að framan er rakið. Skilmálar ákvörðunarinnar voru í gildi þegar meint brot áfrýjanda áttu sér

stað. Að mati áfrýjunarnefndarinnar getur beiðni um endurupptöku og vísun til breyttra forsendna á markaði engu breytt við mat á háttsemi áfrýjanda. Hann fékk skýr svör við endurupptökubeiðni sinni frá Samkeppniseftirlitinu þann 20. febrúar 2009 þar sem segir í niðurlagi: „...telur Samkeppniseftirlitið að beiðni yðar sé ekki studd fullnægjandi rökum ... [m]un Samkeppniseftirlitið ekki aðhafast frekar í málinu nema slíkur rökstuðningur komi fram“. Áfrýjunarnefndin telur að öðru leyti ekki efni til að fjalla frekar um endurupptökubeiðnina og þau rök sem færð hafa verið fram fyrir því að forsendur hafi breyst frá því að sáttin var gerð. Áfrýjandi gekkst undir sáttina sem gerð var á grundvelli samkeppnislaga og reglna um málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins nr. 880/2005 og er því bundinn af efni hennar.

Áfrýjandi hefur ekki fært fullnægjandi rök fyrir því að efni sáttarinnar sé andstætt samkeppnislögum, stjórnarsýslureglum eða jafnræðisreglu stjórnarskrárinnar. Málsástæðum áfrýjanda sem að þessu snúa verður því ekki sinnt.

Þá verður heldur ekki séð að Samkeppniseftirlitið hafi brotið stjórnarsýslulög við meðferð þessa máls. Lítur áfrýjunarnefndin svo á að málið hafi verið rannsakað að því marki sem nauðsynlegt var til að fella efnisúrskurð í málinu. Andmælarétti hefur einnig verið haldið til haga að því er best verður séð. Áfrýjandi hefur gagnrýnt sérstaklega að hann hafi ekki fengið tækifæri til að gera athugasemdir við ýmis mikilvæg skjöl við meðferð málsins (stofnupplýsingarlista vegna bóksölu hjá Nettó/Samkaupum). Þetta fær þó ekki staðist þar sem þessa skjals er getið á gagnalista sem fylgdi andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins. Auk þess hefur áfrýjandi fyrir áfrýjunarnefndinni fjallað ítarlega um tilurð og efni þess skjals og lagt fram skýringar frá rekstrarstjóra Nettó er varpa frekara ljósi á tilgang skjalsins.

Ekki verður ekki annað séð en að áfrýjandi hafi metið hagsmuni sína það ríka af því að fá heimild til samrunans á sínum tíma að hann undirgekkst með samningi skilyrði sem Samkeppniseftirlitið taldi nauðsynleg til að stemma stigu við skaðvænlegum afleiðingum samrunans. Þau skilyrði koma ekki til endurmats í þessu máli.

Í málinu er því einvörðungu til skoðunar hvort brotið hafi verið gegn sáttinni og hver viðurlögin skuli vera ef brot telst upplýst.

Samkvæmt 14. gr. sáttarinnar er áfrýjanda bannað að „hafa nokkur afskipti af söluverði endurseljenda eða birta með neinu móti söluverð endurseljenda á bókum sem Forlagið gefur út.“ Áfrýjandi hefur viðurkennt að hafa látið fylgja upplýsingar um „leiðbeinandi verð“ til smásala en að enginn ásetningur hafi verið hjá honum til þess að hafa áhrif á smásöluverð né raunhæfir möguleikar á því að koma því til leiðar þótt vilji hefði verið fyrir hendi. Það staðfestist jafnframt af því að enginn hafi farið eftir hinu leiðbeinandi verði.

Í málinu liggja fyrir vörulistar frá áfrýjanda sem bera með sér að hafa verið sendir til smásöluaðila á markaði. Verð einstakra bóka er tilgreint í dálki sem ber yfirskriftina „Leiðb. verð“ eða „Almennt verð“. Gögn málsins sýna að afsláttur er síðan veittur frá þessu verði til smásalanna. Jafnframt liggja fyrir sölureikningar frá áfrýjanda þar sem einingaverð bóka er ákveðið og afsláttur síðan veittur frá því. Smásölunum er þannig veittur afsláttur frá sambærilegu verði sem að frádregnum afslætti myndar hið eiginlega heildsöluverð. Í gögnum málsins kemur fram að einhverjir smásalar a.m.k. verðleggja bækur „útfra leiðbeinandi verði sem bókaforlögin verðleggja sínar bækur á“. Jafnframt hefur áfrýjandi birt verð á bókum sínum í netverslun þar sem hann auglýsir verð til neytenda með „afslætti“ frá almennu verði.

Áfrýjandi hefur brotið gegn ákvæðum sáttarinnar við Samkeppniseftirlitið og þar með ákvörðunarorðum ákvörðunar nr. 8/2008 en þar kom fram í 14. gr. að hann mætti ekki með neinum hætti birta endursöluverð. Öll framsetning áfrýjanda á vörulistum, pöntunarlistum og reikningsgerð hans gagnvart stærstu aðilum á smásölumarkaði þykir sýna eitt og sama grunnverðið sem smásalarnir fá síðan afslátt frá. Þetta grunnverð, sem ýmist er nefnt leiðbeinandi verð eða almennt verð í gögnunum getur að mati áfrýjunarnefndarinnar ekki verið neitt annað en vísbending um það verð sem áfrýjandi telji hæfilegt verð til neytenda, hvort sem eftir því er farið eða ekki. Sjónarmið áfrýjanda um að langvarandi hefð sé fyrir þessari framsetningu afsaka hann ekki því markmið og orð ákvæðisins í sáttinni eru skýr og til komin í þeim eina tilgangi að sporna við þeim viðskiptaháttum sem áfrýjandi stundar.

3.

Samkeppniseftirlitið taldi jafnframt að áfrýjandi hefði brotið gegn sáttinni með því að veita smásölum mismunandi afslátt, en eins og áður greinir var það bannað með sáttinni nema fyrir lægju efnislegar og hlutlægar forsendur

Óumdeilt er í málinu að engir sérstakir útreikningar lágu fyrir um svokallað kostnaðarlegt hagræði þegar áfrýjandi ákvað eða samdi um afsláttarverð til einstakra smásala fyrir jólin 2009. Eins og gengur og gerist virðist afslátturinn hafa verið byggður á fyrri reynslu og tilfinningu áfrýjanda fyrir því hvað hver smásali gæti selt mikið af bókum í jólavertíðinni. Ekki var því farið eftir því ákvæði í sátt áfrýjanda við Samkeppniseftirlitið þar sem bannað var að veita afslátt af heildsöluverði nema sýnt væri fram á kostnaðarlegt hagræði af viðskiptum við viðkomandi endurseljanda sem væri í samræmi við afsláttinn. Samkeppniseftirlitið kannaði jafnframt mismunandi kjör smásöluaðila hjá áfrýjanda og mat það svo að sá munur sem var á afslættinum væri of mikill til að geta talist uppfylla kröfu um samræmi á milli afsláttar og hins kostnaðarlega hagræðis. Þessu mati hefur áfrýjandi ekki hnekkst undir rekstri málsins hjá áfrýjunarnefndinni.

Áfrýjandi braut því 15. gr. ákvörðunarorðs ákvörðunarinnar nr. 8/2008 án þess að fyrir hendi væru sérstakar skýringar- eða afsökunarástæður. Það sem áfrýjandi ténir til virðist fyrst og fremst mega rekja til þess að hann er óánægður með efnisákvæði sáttarinnar (og ákvörðunarinnar). Hann er hins vegar skuldbundinn til að fara eftir sáttinni.

4.

Ákvörðun um viðurlög eru byggð á ákvæðum 37. gr. samkeppnislaga þar sem segir efnislega í f. og h. lið 1. mgr. að stjórnvaldssektir verði lagðar á fyrirtæki sem brjóta gegn fyrirmælum eða skilyrðum sem sett eru í samrunamálum. Undantekningu má gera ef brot telst óverulegt eða annars teljist ekki þörf á slíkum sektum til að stuðla að og efla virka samkeppni.

Áfrýjandi braut gegn nokkuð skýrum ákvæðum í sátt og skilyrðum sem honum voru sett fyrir samruna. Brotin hafa að mati áfrýjunarnefndarinnar líklega ekki haft mjög skaðleg áhrif fyrir samkeppni en hins vegar er á það að líta að mjög brýnt er að aðili í stöðu áfrýjanda virði skilyrði fyrir samruna og að treysta megi því að sáttir í slíkum málum séu meira en orðin tóm. Þess vegna þurfa viðurlög að hafa raunveruleg varnaðaráhrif. Ekki eru að mati áfrýjunarnefndarinnar nein efni til að fella úr gildi ákvörðun Samkeppniseftirlitsins um að beita stjórnvaldssekt í málinu.

5.

Samkvæmt 37. gr. samkeppnislaga geta sektir numið allt að 10% af veltu síðasta almanaksárs hjá því fyrirtæki sem aðild á að samkeppnishömlunum. Við ákvörðun sekta er tekið tillit til ýmissa þátta s.s. eðli og umfangi brotsins og hversu lengi það hefur staðið yfir. Þá skiptir máli huglæg afstaða og hvort í húfi séu mikilvægir samkeppnislegir hagsmunir. Að síðustu er jafnframt horft til efnahagslegs styrkleika hins brotlega.

Velta áfrýjanda nam á árinu 2009 um 1,3 milljarði og álögð sekt er vel innan þeirra marka sem lög setja. Að mati áfrýjunarnefndarinnar er sem fyrr segir mikilvægt að aðilar að samrunamálum taki alvarlega þau skilyrði sem sett eru fyrir samruna, ekki síður í ljósi þess að þeir taka sjálfir þátt í mótun skilyrðanna og meta síðan hagsmuni sína út frá þeim. Afstaða og athafnir áfrýjanda í tengslum við efndir sáttarinnar benda til þess að það hafi hann ekki gert.

Það er samkvæmt öllu framansögðu mat áfrýjunarnefndarinnar að ekki séu efni til þess að breyta þeim viðurlögum sem Samkeppniseftirlitið ákvað að beita enda er sektarfjárhæðin ekki úr hófi miðað við þá hagsmuni sem tengdir eru því að samrunaskilyrði séu tekin alvarlega og þeim fylgt.

Úrskurðarorð:

Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins í máli nr. 24/2011 er staðfest.

Reykjavík 27. september 2011.

Jóhannes Karl Sveinsson

Anna Kristín Traustadóttir

Stefán Már Stefánsson

Rétt endurrit staðfestir: