

ÁFRÝJUNARNEFND SAMKEPPNISMÁLA

Úrskurður í máli nr. 2/2020

Penninn ehf.

gegn

Samkeppniseftirlitinu

I

Hin kærða ákvörðun og kröfur málsaðila

Með kæru, dagsettri 13. ágúst 2020, hefur Penninn ehf., hér eftir nefndur áfrýjandi, kært bráðabirgðaákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 16. júlí 2020 um sennilega misnotkun áfrýjanda á markaðsráðandi stöðu.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála tók ákvörðun um að taka sérstaklega til úrskurðar hvort umrædd bráðabirgðaákvörðun væri kæranleg skv. 9. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005. Af því tilefni var óskað eftir sjónarmiðum aðila um þann þátt málsins.

Áfrýjandi krefst þess að kæra á bráðabirgðaákvörðun Samkeppniseftirlitsins verði tekin til efnismeðferðar hjá áfrýjunarnefndinni. Samkeppniseftirlitið krefst þess að kæru áfrýjanda verði vísað frá áfrýjunarnefndinni.

II

Málsmeðferð hjá Samkeppniseftirlitinu

Mál þetta á rætur að rekja til ákvörðunar áfrýjanda að taka úr sölu bækur Uglu útgáfu ehf. (Ugla) í verslunum sínum. Samkeppniseftirlitið tók til skoðunar erindi Uglu sem barst með bréfi 14. maí 2020 þar sem kvartað var yfir ákvörðun áfrýjanda

um að taka allar nýjar og nýlegar bækur Uglu úr sölu í verslunum áfrýjanda ef þær væru jafnframt til sölu sem hljóðbækur hjá streymisveitunni Storytel Iceland (Storytel).

Samkeppniseftirlitið veitti áfrýjanda tækifæri á að koma að umsögn og athugasemdum við erindi Uglu með bréfi, dags. 20. maí 2020, og samhliða var óskað tiltekinna upplýsinga vegna erindis Uglu. Svarbréf áfrýjanda barst 2. júní 2020 þar sem áfrýjandi vísaði m.a til þess að algengt og eðlilegt væri að áfrýjandi endursendi bókaútgefendum bækur sem ekki hefðu verið seldar í verslunum hans. Bóksölumarkaðurinn hefði breyst á undanförunum árum en staðan hefði versnað enn frekar vegna kórónuverufaraldursins. Hefði áfrýjandi tekið ákvörðun um að selja ekki vörur sem skili fyrirtækinu tapi þó viðskipti við sama útgefanda með aðra titla skili hagnaði.

Samkeppniseftirlitið veitti Uglu færi á að koma að athugasemdum með bréfi 9. júní 2020 samhliða þess að óskað var tiltekinna upplýsinga frá Uglu. Uglu tók m.a. fram að það væri rangt að nýjar bækur Uglu hefðu verið seldar með tapi en þær hefðu m.a. átt sæti á topplístanum árið 2020. Í viðbótarathugasemdum Uglu dags. 15. júní 2020 sagði jafnframt að það væri forsenda fyrir rekstri Uglu að geta selt bækur í Pennanum. Málefnalegar ástæður yrðu að vera fyrir því að taka bækur úr sölu. Þá mótmælti Uglu því að eldri bækur sem hættar væru að seljast væru einnig teknar úr sölukerfi áfrýjanda svo ekki væri unnt að þjónusta þá neytendur sem vildu kaupa þær. Áfrýjandi hefði tekið Uglu fyrir sökum þess að hún hefði gengið lengst bókaforlaga í að setja nýútkomnar bækur í streymi hjá Storytel og þannig væri verið að leggja stein í götu tæknibreytinga sem neytendur vilji nýta sér.

Samkeppniseftirlitið tilkynnti áfrýjanda með bréfi dags. 9. júní 2020 um ákvörðun sína að taka málið til meðferðar, í samræmi við 11. og 8. gr. reglna nr. 880/2005 um málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins. Jafnframt var óskað eftir upplýsingum og skýringum vegna málsins. Svarbréf áfrýjanda og töluleg gögn bárust 18. júní 2020. Með bréfi dags. 6. júlí 2020 veitti Samkeppniseftirlitið áfrýjanda færi á að koma að sjónarmiðum um athugasemdir Uglu og umsagnaraðila, sem borist hefðu við meðferð málsins. Svarbréf áfrýjanda barst 8. júlí 2020 þar sem áréttað var að ekki hefði verið lokað á viðskipti við Uglu né henni synjað um viðskipti.

Samkeppniseftirlitið aflaði sjónarmiða frá Storytel auk frekari gagna, m.a. frá bóksöllum á Íslandi til að meta markaðshlutdeild á skilgreindum mörkuðum.

Hinn 16. júlí 2020 birti Samkeppniseftirlitið hina kærðu bráðabirgðaákvörðun sem er tímabundin til 31. desember 2020. Taldi Samkeppniseftirlitið sennilegt að áfrýjandi hefði brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 með háttsemi sinni. Áfrýjandi hefði lengi verið langstærsti aðili í bóksölu hér á landi. Ætti það sérstaklega við á þeim árstíma sem væri utan við hina árstíðabundnu jólabókasölu í nóvember og desember þegar bækur væru einnig boðnar í stórmörkuðum. Það hefði grundvallarþýðingu fyrir bókaútfendur að bækur þeirra væru seldar í verslunum áfrýjanda allt árið um kring.

Samkeppniseftirlitið taldi að umrædd sölusynjun hefði ekki stuðst við málefnalegar forsendur en m.a. var um að ræða nýjar og nýlegar bækur Uglu sem seldust vel í verslunum áfrýjanda. Taldi Samkeppniseftirlitið nægilega í ljós leitt að útgáfa Uglu á bókum í hljóðbókarformi hefði verið veigamikil ástæða þeirrar ákvörðunar áfrýjanda að hætta að selja bækur Uglu.

Að mati Samkeppniseftirlitsins gat þessi háttsemi áfrýjanda m.a. fælt íslensk bókaforlög frá því að leita nýjunga við sölu á bókum sínum. Mikilvægt væri því að bregðast við umræddri synjun strax enda væri undirbúningur að útgáfu bóka fyrir næstu jól framundan.

Í ákvörðunarorðum hinnar kærðu bráðabirgðaákvörðunar kom fram að hún væri tekin með heimild í ákvæði 3. mgr. 16. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005. Þeim tímabundnu fyrirmælum var beint til áfrýjanda að taka bækur Uglu til sölu í verslunum sínum og hafa þær aðgengilegar í sölukerfum og á vefsíðu áfrýjanda. Jafnframt skyldu ákvarðanir um að synja bókaútfendum um viðskipti á grundvelli málefnalegra ástæðna, byggðar á skráðum verklagsreglum sem aðgengilegar skyldu vera þeim útfendum sem fyrir synjun yrðu, ásamt Samkeppniseftirlitinu.

Um málsatvik að öðru leyti vísast til hinnar kærðu ákvörðunar og gagna málsins.

III

Málsmeðferð hjá áfrýjunarnefndinni

Eins og fram hefur komið tók áfrýjunarnefndin ákvörðun um að taka sérstaklega til úrskurðar hvort að bráðabirgðaákvörðun þessi væri kæránleg til nefndarinnar. Var málsaðilum veittur frestur til að tjá sig um það atriði sérstaklega. Sjónarmið áfrýjanda bárust nefndinni 8. september 2020 og sjónarmið Samkeppniseftirlitsins 9. september 2020.

IV

Röksemdir málsaðila

Málsástæður og lagarök áfrýjanda

Áfrýjandi krefst þess að kæra á bráðabirgðaákvörðun Samkeppniseftirlitsins, dags. 13. ágúst 2020, verði tekin til efnismeðferðar hjá áfrýjunarnefnd samkeppnismála.

Áfrýjandi byggir einkum á því að breyting hafi orðið á fyrri framkvæmd áfrýjunarnefndar, þar sem meginreglan hafi verið sú að bráðabirgðaákvæðanir væru ekki kæránlegar nema nauðsynlegt þætti fyrir áframhaldandi meðferð máls, með úrskurði í máli nr. 2/2018. Af úrskurðinum megi ráða að meta þurfi hverju sinni hvort bráðabirgðaákvæðanir séu kæránlegar, m.a. með hliðsjón af því hvaða afleiðingar ákvörðun hefur fyrir aðila og aðra.

Áfrýjandi kveður ákvörðunina vera inngríp í endurskipulagningu á rekstri áfrýjanda á mjög viðsjárverðum tímum og koma í veg fyrir að hann geti endurskoðað viðskiptasambönd sín við einstaka aðila. Hafi ákvörðunin þau áhrif að hann sé skyldaður til að eiga í viðskiptum, óhagstæðum félaginu. Ákvörðunin hafi í för með sér óvenjulegar réttarverkanir með tilliti til sambærilegra mála þar sem reynir á reglur um sölusynjun, þar sem réttarverkanin er almennt sú að aðili þarf að veita aðgang að þjónustu, vöru eða aðstöðu gegn hæfilegri greiðslu. Skylda til kaupa sé mun meira íþyngjandi en skylda til að selja gegn sanngjörnu verði.

Tímalengd ákvörðunarinnar eykur einnig á íþyngjandi afleiðingar hennar fyrir áfrýjanda og eru afleiðingarnar óafturkræfar að hluta eða öllu leyti enda verða viðskiptin, sem áfrýjandi er skyldaður að eiga, ekki tekin aftur að gildistíma liðnum.

Áfrýjandi kveður ákvörðunina hafa áhrif á sambærileg viðskiptasambönd áfrýjanda við aðra bókaútgefendur og hafi ákvörðunin því víðtækari réttaráhrif en leiðir af þeirri stjórnarsýsluákvörðun sem kann að vera tekin í málinu. Ákvörðunin vegi jafnframt gegn forræði áfrýjanda til að ráða rekstri sínum sjálfur og gengur fram úr öllu meðalhófi.

Málsástæður og lagarök Samkeppniseftirlitsins

Samkeppniseftirlitið telur að vísa beri kæru áfrýjanda frá áfrýjunarnefnd samkeppnismála.

Samkeppniseftirlitið bendir á að áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafi talið að mikið þurfi til að koma svo vikið sé frá þeirri meginreglu að aðeins endanlegar ákvarðanir Samkeppniseftirlitsins séu kærarlegar.

Að mati Samkeppniseftirlitsins er ekki nauðsynlegt fyrir áframhaldandi meðferð þess stjórnarsýslumáls sem hér um ræðir að bráðbirgðaákvörðunin verði kærð til áfrýjunarnefndar. Aðilar máls munu njóta fulls andmæla- og upplýsingaréttar við áframhaldandi meðferð og rannsókn málsins. Þá munu þeir geta skotið endanlegri ákvörðun Samkeppniseftirlitsins til áfrýjunarnefndar samkeppnismála og eftir atvikum dómstóla. Að mati Samkeppniseftirlitsins leiðir bráðabirgðaákvörðunin ekki til þess að hagsmunir eða réttaröryggi aðila séu fyrir borð bornir.

Samkeppniseftirlitið telur alveg ljóst að þau atriði sem áfrýjunarnefndin leit til í úrskurði sínum í máli nr. 2/2018 eigi ekki við í þessu máli sem nú er til meðferðar. Samkeppniseftirlitið bendir m.a. á að það geti vart talist íþyngjandi fyrir áfrýjanda að hafa bækur eins bókaútgefanda til sölu með sambærilegum hætti og áður. Þá sé æskilegt að fyrirtæki í markaðsráðandi stöðu notist við fyrirframákveðið og málefnalegt verklag og geti verklagsreglur því ekki talist verulega íþyngjandi.

Að auki bendir Samkeppniseftirlitið á að hin kærða bráðabirgðaákvörðun var tekin til að tryggja rekstrarhæfi og þar með samkeppnishæfi bókaútgefandans Uglu. Um sé að ræða nauðsynlegar aðgerðir svo þeir hagsmunir sem undirliggjandi eru í stjórnarsýslumáli verði ekki að engu orðnir þegar málsmeðferð er lokið.

V

Niðurstaða

Í 1. mgr. 9. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 segir að ákvarðanir Samkeppniseftirlitsins skuli sæta kæru til áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Þar kemur einnig fram að skrifleg kæra skuli berast innan fjögurra vikna frá því að aðila máls var tilkynnt um ákvörðunina og að úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála skuli liggja fyrir innan sex vikna frá málskoti. Ákvæði þetta hefur verið skýrt á þann hátt að það taki fyrst og fremst til stjórnisýsluákvarðana sem binda enda á viðkomandi deilumál sbr. 2. mgr. 26. gr. stjórnisýslulaga nr. 37/1993. Hefur þessi skýring ákvæðisins stuðning í úrskurðum áfrýjunarnefndar samkeppnismála í málum nr. 8/2007, 4/2008, 3/2009 og 2/2018. Verður ekki frá þessu vikið nema nauðsynlegt þyki fyrir áframhaldandi meðferð þess máls sem til meðferðar er.

Eins og að framan greinir þá var aðilum málsins gefið tækifæri til að koma á framfæri sjónarmiðum sínum um það hvort nauðsynlegt væri að víkja frá þessari meginreglu í þessu máli. Aðilar málsins skiluðu inn sínum sjónarmiðum og er það niðurstaða áfrýjunarnefndar að ekkert komi þar fram sem réttlæti að vikið verði frá þessari viðurkenndu túlkun á 9. gr. samkeppnislaga. Verður af þessum sökum að vísa málinu frá áfrýjunarnefnd samkeppnismála.

Úrskurðarorð

Kæru Pennans ehf. frá 13. ágúst 2020 á bráðabirgðaákvörðun Samkeppniseftirlitsins, dags. 16. júlí 2020, varðandi sennilega misnotkun Pennans ehf. á markaðsráðandi stöðu, er vísað frá áfrýjunarnefnd samkeppnismála.

Reykjavík, 22. september 2020

Lárus L. Blöndal formaður

Anna Kristín Traustadóttir

Stefán Már Stefánsson