



SAMKEPPNISEFTIRLITIÐ

Fimmtudagur, 2. apríl 2009

Ákvörðun nr. 12/2009

Samruni Senu ehf. og Skífunnar ehf.

Efnisyfirlit

I. Málsvik og málsmeðferð	2
II. Samruninn	3
1. Skífan ehf. og starfsemi þess	4
2. Sena ehf. og starfsemi þess	4
3. Niðurstaða	5
III. Markaðir málsins.....	6
1. Vöru- og þjónustumarkaðir	6
1.1 Markaðurinn fyrir dreifingu og heildsölu á tónlist á geisladiskum.....	6
1.2 Markaðurinn fyrir útgáfu á tónlist.....	8
1.3 Markaðurinn fyrir smásölu tónlistar á geisladiskum.....	9
1.4 Markaðurinn fyrir heildsölu á DVD mynddiskum	10
1.5 Markaðurinn fyrir smásölu á DVD mynddiskum	11
1.6 Markaðirnir fyrir heildsölu og smásölu á tölvuleikjum	11
2. Landfræðilegur markaður	11
IV. Samkeppnisleg áhrif samrunans	13
1. Markaðshlutdeild	15
1.1 Mat samrunaaðila	15
1.2 Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins	16
1.2.1 Markaðshlutdeild á markaði fyrir dreifingu og heildsölu á tónlist á geisladiskum	16
1.2.2 Markaðshlutdeild á markaði fyrir útgáfu tónlistar á geisladiskum	17
1.2.3 Markaðshlutdeild á markaði fyrir smásölu á tónlist á geisladiskum	17
1.2.4 Markaðshlutdeild á markaði fyrir heildsölu á DVD mynddiskum	17
1.2.5 Markaðshlutdeild á markaði fyrir smásölu á DVD mynddiskum	18
1.2.6 Markaðshlutdeild á markaði fyrir heildsölu á tölvuleikjum	19
1.2.7 Markaðshlutdeild á markaði fyrir smásölu á tölvuleikjum	19
1.2.8 Niðurstaða	19
2. Lóðrétt samþætting	20
V. Niðurstaða.....	21
VI. Ákvörðunarorð	23



I.

Málsatvik og málsmeðferð

Upphaf máls þessa má rekja til þess að föstudaginn þann 21. nóvember 2008 barst Samkeppniseftirlitinu samrunatilkynning frá Einari Þór Sverrissyni hrl. fyrir hönd Senu ehf. vegna kaupa félagsins á 100% hlutafjár Skífunnar ehf. dótturfélagi Árdegis hf. Með tilkynningu þessari fylgdi samrunaskrá í samræmi við reglur Samkeppniseftirlitsins nr. 684/2008 um tilkynningu og málsmeðferð í samrunamálum.

Með bréfi Samkeppniseftirlitsins, dags. 22. desember 2008, tilkynnti eftirlitið málsaðilum að það teldi ástæðu til frekari rannsóknar á samkeppnislegum áhrifum samrunans, sbr. 4. mgr. 17. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005.

Þann 9. janúar 2009 sendi Samkeppniseftirlitið samrunaaðilum bréf þar sem óskað var eftir frekari gögnum og upplýsingum sem eftirlitið taldi nauðsynlegt að fá til þess að leggja mat á málið. Með bréfi dags. þann 20. janúar 2009 bárust umbeðin gögn og upplýsingar frá samrunaaðilum. Þá bárust frekari gögn frá samrunaaðilum með bréfi dags. þann 29. janúar 2009. Með tölvupósti dags. þann 27. febrúar 2009 var óskað frekari upplýsinga af hálfu Samkeppniseftirlitsins og bárust svör við þeirri beiðni með tölvupóstum dagsettum þann 4. mars 2009.

Með bréfi sem Samkeppniseftirlitinu barst þann 16. mars 2009 var tilkynnt um að breytingar hefðu orðið á eignarhaldi Senu með undirritun samnings milli Íslenskrar afþreyingar hf. sem seljanda og Garðarshólma rekstrarfélags ehf. sem kaupanda að félaginu.

Viðræður við nýja eigendur Senu ehf. hafa í kjölfarið leitt til þess að samrunaaðilar hafa gengist undir sátt í málinu á grundvelli 17. gr. f samkeppnislaga og 22. gr. reglna um málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins nr. 880/2005. Sáttin felur í sér skilyrði sem samrunaaðilar hafa fallist á að gangast undir en nánar er vikið að þeim í niðurstöðukafla ákvörðunar þessarar.

Í ákvörðun þessari verður fyrst gerð grein fyrir samrunanum eins og hann var tilkynntur og samkeppnislegum áhrifum hans. Síðan verður lýst þeim skilyrðum sem sátt hefur náðst um en þau breyta eðli samrunans í veigamiklum atriðum.



II. Samruninn

Í tilkynningu samrunaaðila kemur fram að í samrunanum felist að hinn 31. október 2008 hafi verið gerður samningur á milli Senu ehf. (Sena) og Árdegis hf. (Árdegi) um kaup Senu á öllum hlutum Skífunnar ehf. (Skífunnar), dótturfélags Árdegis hf.

Skífan rekur þrjár verslanir sem staðsettar eru á Laugavegi, í Kringlunni og í Flugstöð Leifs Eiríkssonar. Verslanirnar sérhæfa sig í sölu á tónlist, DVD mynddiskum og tölvuleikjum.

Í samrunaskrá segir að starfsemi Senu sé á sviði kvikmyndahúsarekstrar, útgáfu og innflutningi á DVD mynddiskum, bæði til leigu og endursölu, auk þess sem fyrirtæki gefi út og flytji inn tónlist, tónlistarmyndbönd og tölvuleiki. Þá kemur þar fram að Sena sé dótturfélag 365 hf. en nafni þess félags hefur nú verið breytt í Íslenska afþreyingu hf.¹ Samkvæmt upplýsingum á heimasíðu félagsins rekur Íslensk afþreying hf. stærsta fjölmiðlafyrirtæki landsins, þ.e. þjónustufyrirtæki á sviði blaðaútgáfu, sjónvarps- og útvarpsreksturs og vefmiðlunar. Þá eigi félagið einnig Saga film ehf. Þann 1. nóvember 2008 seldi 365 hf. (nú Íslensk afþreying hf.) hins vegar dótturfélag sitt, 365 miðla ehf., til Rauðsólur ehf. félags í eigu Jóns Ásgeirs Jóhannessonar, og þar með alla fjölmiðlana út úr félaginu. Líkt og fram kemur hér að ofan urðu breytingar á eignarhaldi Senu undir rekstri málsins og er Garðarshólmi rekstrarfélag ehf. nýr eigandi Senu.

Um aðdraganda og markmið samrunans segir í samrunaskrá að samruninn sé kominn til vegna gjaldþrots Árdegis en stjórn félagsins óskaði eftir því að félagið yrði tekið til gjaldþrotaskipta þann 4. nóvember 2008. Fyrir gjaldþrotið hafi forsvarsmenn Árdegis leitað leiða til þess að selja rekstur Skífunnar til annarra aðila, án árangurs. Tilgangur Senu með kaupunum hafi því verið sá að tryggja að til staðar væri smásölugátt fyrir vörur félagsins, einkum þar sem aðalsölutími tónlistar, DVD mynddiska og tölvuleikja hefði verið framundan. Skipti það miklu máli fyrir Senu þar sem aðrir aðilar á markaðnum séu annars konar söluaðilar á þessum vörum. Með kaupunum hafi Sena einnig verið að verja kröfur sínar á hendur Skífunni enda hafi Árdegi og Sena lengi átt í gagnkvæmum viðskiptum. Þannig kemur fram að með kaupum Senu á Skífunni lágmarki Sena tap sitt vegna gjaldþrots Árdegis, en verslanir Skífunnar hafi skuldað Senu talsvert fé.

Í samrunaskrá kemur fram að markmiðið með samrunanum hafi verið að koma í veg fyrir að rekstur Skífunnar stoppaði við gjaldþrot Árdegis. Með gjaldþroti Skífunnar hefði öflugur smásöluaðili á tónlist, DVD mynddiskum og tölvuleikjum dottið út af markaðnum. Að auki hefði smásölumarkaðurinn á þessum vörum orðið mun einsleitari, en Skífan hafi gegnt mikilvægu hlutverki í breiðu vöruframboði, einkum tónlist. Í því skyni að ná þessu fram gerðu aðilar með sér samning sem felur í sér kaup Senu á 100% hluta í Skífunni, tveimur dögum áður en stjórn Árdegis gaf félagið upp til gjaldþrotaskipta.

¹ Nafni félagsins var breytt þann 20. nóvember 2008. Sjá t.d. frétt á www.mbl.is frá 20. nóvember 2008, 365 verður Íslensk afþreying.



Samkvæmt samrunaskrá felst eðli samrunans í því að Sena kaupi 100% hluta í Skífunni en samkvæmt kaupsamningi samrunaaðila nemi kaupverð hins selda [...]² kr. sem greitt hafi verið við undirritun samningsins. Skífan verði í kjölfarið dótturfélag Senu og sé ekki fyrirhuguð breyting á þessari uppsetningu félagsins. Fyrir liggja að hlutafé félagsins verði sennilega aukið eða að Sena láni Skífunni fé til rekstrarins meðan rekstrinum sé komið í lag. Gerður hafi verið samningur milli Senu og Skífunnar, sem kveði á um umboðssölu á vörum Senu í Skífunni. Fram kemur að þetta fyrirkomulag sé til bráðabirgða og verði endurskoðað þegar samþykki Samkeppniseftirlitsins liggja fyrir.

1. Skífan ehf. og starfsemi þess

Tilgangur Skífunnar ehf. samkvæmt opinberum gögnum í hlutafélagaskrá er útgáfa tónlistar, kvikmynda, tölvuleikja og annars efnis í hvaða formi sem er, smá- og heildsala, kaup, sala, leiga og rekstur fasteigna, lánastarfsemi og viðskipti með hlutabréf. Þegar Skífan var í 100% eigu Árdegis var það stefna Skífunnar að hefja útgáfu og jafnvel heildsölu á afþreyingarefni í febrúar 2009 og skýrir það framangreindan tilgang félagsins samkvæmt opinberum gögnum.

Samkvæmt upplýsingum frá Senu er Skífan hins vegar ekki í útgáfustarfsemi í dag og hyggst félagið ekki hefja slíka starfsemi á næstunni. Starfsemi Skífunnar snýr því fyrst og fremst að smásölu til neytenda. Tilgangur félagsins í dag er því smásala tónlistar, kvikmynda, tölvuleikja og annars afþreyingarefnis í hvaða formi sem er en líkt og áður kemur fram rekur Skífan þrjár verslanir. Skífan var meðal 10 stærstu viðskiptavina Senu ehf. árið 2008 en þar á meðal var einnig móðurfélag Skífunnar, Árdegi hf.

2. Sena ehf. og starfsemi þess

Starfsemi Senu er á sviði kvikmyndahúsarekstrar, útgáfu og innflutnings á DVD mynddiskum, bæði til leigu og endursölu, auk þess sem fyrirtækið gefur út og flytur inn tónlist og tónlistarmyndbönd og tölvuleiki. Sena rekur kvikmyndahúsin, Smárabíó, Regnbogann og Borgarbíó á Akureyri, en það síðastnefnda er í 67% eigu Senu og 33% í eigu Myndforms. Dótturfélag Senu, Þrjúbíó, er rekstraraðili Háskólabíós. Til umfjöllunar hjá Samkeppniseftirlitinu nú eru kaup Myndforms á 50% hlut í Þrjúbíó.

Samkvæmt upplýsingum á heimasíðu Senu ehf. er félagið langstærsta afþreyingarfyrirtæki landsins og hjá fyrirtækinu vinna 40 manns. Innan Senu eru nokkrar deildir og skiptast þær í tónlistardeild, kvikmyndadeild og tölvuleikjadeild en einnig á Sena fyrirtækið Bravó! sem er öflugt viðburðarfyrirtæki sem heldur og skipuleggur atburði af öllum gerðum og stærðum, með íslenskum og erlendum listamönnum. Þá kemur fram að Sena dreifi einnig efni til almennings frá mörgum stærstu framleiðendum heims á sviði tónlistar, kvikmynda og tölvuleikja, í gegnum verslanir, myndbandaleigur, kvikmyndahús, sjónvarp og fleiri efnisveitur.

Tónlistardeild Senu er í senn öflugasta tónlistarútgáfa Íslands sem og stærsti umboðsaðili erlendrar tónlistar á Íslandi samkvæmt upplýsingum á heimasíðu Senu ehf. Þá dreifir Sena tölvuleikjum fyrir marga af stærstu framleiðendum heims.

² Upplýsingar innan hornklofa [...] eru trúnaðarupplýsingar og verða því ekki birtar í ákvörðun þessari. Tölulegar upplýsingar kunna þó að vera birtar á tilteknu bili, t.d. [5-10]%.



Á heimasíðu Senu kemur jafnframt fram að sem dreifingaraðili á kvikmyndum (í bío, á DVD, VOD og í sjónvarp) og á sjónvarpsþáttum (á DVD) sé Sena leiðandi hérlendis. Sena sé umboðsaðili fyrir mörg af helstu dreifingarfyrirtækjum heims og megi þar helst nefna 20th Century Fox, Sony Pictures, Focus Features, Weinstein Company og Icon Prodcutions. Sena vinni auk þess náið með íslenskum kvikmyndargerðarmönnum og hafi tekið þátt í að dreifa og/eða meðframleiða flestar af vinsælustu íslensku myndum síðari ára. DVD útgáfa Senu er að sama skapi öflug, en í þeirri deild séu allar innlendar og erlendar kvikmyndir á vegum Senu gefnar út um allt land. Auk þess hafa fjölmargir íslenskir DVD diskar frá Senu slegið í gegn og má þar t.d. nefna Strákana, 70 mínútur og Sailesh.

3. Niðurstaða

Samruni er skilgreindur í 17. gr. samkeppnislaga nr. 44/2008 en í 1. mgr. ákvæðisins segir eftirfarandi:

„Samruni telst hafa átt sér stað þegar breyting verður á yfiráðum til frambúðar:

a. vegna samruna tveggja eða fleiri fyrirtækja eða hluta úr fyrirtækjum sem áður störfuðu sjálfstætt,

b. þegar fyrirtæki tekur yfir annað fyrirtæki,

c. vegna þess að einn eða fleiri aðilar, sem þegar hafa yfiráð yfir a.m.k. einu fyrirtæki, eða eitt eða fleiri fyrirtæki ná beinum eða óbeinum yfiráðum, í heild eða að hluta, yfir einu eða fleiri fyrirtækjum til viðbótar með því að kaupa verðbréf eða eignir, með samningi eða öðrum hætti,

d. með stofnun fyrirtækis um sameiginlegt verkefni sem gegnir til frambúðar allri starfsemi sjálfstæðrar efnahagseiningar.“

Að mati Samkeppniseftirlitsins felst í framangreindum kaupum Senu á öllu hlutafé Skífunnar samruni í skilningi samkeppnislaga og fellur hann undir því undir gildissvið samrunaákvæða laganna. Um er að ræða lóðréttan samruna þar sem saman renna fyrirtæki sem starfa ekki á sama framleiðslu- eða sölustigi.



III.

Markaðir málsins

Við mat á samruna skv. samkeppnislögum verður að byrja á því að skilgreina þann markað eða þá markaði sem við eiga. Samkvæmt 4. gr. laganna er markaður sölusvæði vöru og staðgengdarvöru og/eða sölusvæði þjónustu og staðgengdarþjónustu. Hagfræðileg rök leiða til þess að líta verður á viðkomandi markaði frá tveimur sjónarhornum, annars vegar vöru- eða þjónustumarkaðinn og hins vegar landfræðilega markaðinn.

1. Vöru- og þjónustumarkaðir

Í kafla 7 í viðauka við reglur Samkeppniseftirlitsins nr. 684/2008 um tilkynningu samruna segir m.a. svo (um skilgreiningu á mörkuðum):

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

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

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

- Markaðurinn fyrir dreifingu og heildsölu tónlistar á geisladiskum
- Markaðurinn fyrir útgáfu á íslenskri tónlist
- Markaðurinn fyrir smásölu tónlistar á geisladiskum
- Markaðurinn fyrir heildsölu á DVD mynddiskum
- Markaðurinn fyrir smásölu á DVD mynddiskum
- Markaðurinn fyrir heildsölu á tölvuleikjum
- Markaðurinn fyrir smásölu á tölvuleikjum

Verður nú fjallað nánar um framangreinda sjö markaði.

1.1 Markaðurinn fyrir dreifingu og heildsölu á tónlist á geisladiskum

Íslensk samkeppnisyfirvöld hafa í fyrri ákvörðunum sínum fjallað um markaðinn sem snýr að smásölu og heildsölu á tónlist á geisladiskum. 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



Baug og það hvort nefndur samningur hindraði samkeppni á heildsölustigi. Smásala á hljómdiskum féll því ekki undir markað þess máls en niðurstaða samkeppnisráðs um skilgreiningu vörumarkaðar í málinu var þessi:

„Ljóst er að gagnvart endurseljendum er ekki staðganga milli hljómdiska og annars afþreyingarefnis eins og t.d. bóka eða tölvuleikja. Að mati samkeppnisráðs gildir þetta jafnt gagnvart sérhæfðum hljómplötuverslunum og 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.“

Í málinu var því markaður fyrir heildsölu og dreifingu á hljómdiskum skilgreindur sem sérstakur markaður en framangreind markaðsskilgreining samkeppnisráðs var staðfest af áfrýjunarnefnd samkeppnismála³ og síðar af Hæstarétti.⁴ Sömu markaðsskilgreiningu má finna í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 19/2004 *Samruni verslunarsviðs Tæknivals hf. við Norðurljós hf. (Skífuna ehf.), samruni Fréttar ehf. við Norðurljós og fjárhagsleg endurskipulagning Norðurljósa* en niðurstaða ráðsins í því máli var sú að meðal markaða málsins voru markaðurinn fyrir heildsölu tónlistar á geisladiskum og markaðurinn fyrir smásölu tónlistar á geisladiskum. Hér má einnig vísa til úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2006 *Dagur Group hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

Framkvæmdastjórn EB hefur í ýmsum samrunamálum fjallað um afþreyingarmarkaði⁵, t.d. í máli *Bertelsmann/Zomba*⁶. Í þessum málum hefur framkvæmdastjórnin skilgreint markað fyrir hljóðritaða tónlist og skipt honum upp í undirmarkaði. Í eldri ákvörðunum⁷ sínum taldi framkvæmdastjórnin rétt að skipta markaðnum upp í þrjá vörumarkaði: sígilda tónlist, léttu 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 og dreifingu tónlistar hefur verið á það bent í ákvörðunum framkvæmdastjórnarinnar að starfsemi hljómplötufyrirtækja felist einkum í framleiðslu hljómplatna og sölu á markaðnum. Slík fyrirtæki 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.⁸

Samkvæmt upplýsingum frá aðilum sem starfa á markaðnum hér á landi tíðkast það ekki að hljóðritun og dreifing fari fram hjá sama aðila. Þannig fari hljóðritun yfirleitt fram hjá

³ Úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 1/2002 Skífan ehf. gegn samkeppnisráði.

⁴ Hæstaréttardómur nr. 323/2003 Skífan ehf. gegn samkeppnisráði, dags. 19. febrúar 2004.

⁵ Sjá einnig skýrslu sem framkvæmdastjórn EB lét taka saman um markaðsskilgreiningar í fjölmiðlun, *Media Market Definitions – Comparative Legal Analysis*, frá 18. júlí 2005.

⁶ Mál nr. Comp/M.2883 *Bertelsmann/Zomba* frá 2.9.2002.

⁷ Sbr. mál nr. IV/26.992 WEA-Filipacchi Music S.A. frá 22.12.1972.

⁸ Sjá t.d. mál framkvæmdastjórnar EB nr. IV/M.1219 – *Seagram/Polygram* frá 21.9.1998.



sjálfstæðum aðilum sem reka hljóðver en þó geti listamenn gert samning við útgáfufyrirtæki sem gerist þá milliliður milli hljóðvers og listamanna. Þegar hljóðritun er lokið geti listamenn valið hvort þeir sjái sjálfir um útgáfu og dreifingu hljómplötu sinnar eða hvort þeir leiti til útgáfufyrirtækja, svo sem Senu. Slík fyrirtæki bjóða yfirleitt upp á dreifingu og útgáfu tónlistar eftir að hljóðritun hennar hefur farið fram. Þannig geta listamenn valið hvort þeir nýti sér þjónustu útgáfufyrirtækja bæði á sviði útgáfu og dreifingar eða annað hvort. Í dreifingu hljóðritaðrar tónlistar felst dreifing til heildsala og smásala og eftir atvikum kynning og markaðssetning á meðan í útgáfu hennar felst öflun réttinda á tónverkum og nýtingu þeirra með útgáfu á hljóðritaðri tónlist. Í dreifingu og útgáfu hljóðritaðrar tónlistar felst því ólík starfsemi en nánar verður fjallað um útgáfu hljóðritaðrar tónlistar hér að neðan.

Samkeppniseftirlitið telur framangreint veita vísbendingar um að hér á landi tilheyri hljóðritun og dreifing ekki sama markaðnum. Megi það helst leiða af því að ekki er um staðgöngubjónustu að ræða þar sem hljóðritun komi ekki í stað dreifingar og öfugt. Þá er um að ræða þjónustustarfsemi sem yfirleitt er veitt af óskyldum aðilum og sjá listamenn sjálfir um dreifingu hljómplatna sinna í vissum tilvikum. Þá tekur samruni þessa máls ekki til markaðar fyrir hljóðritun tónlistar þar sem samrunaaðilar starfa ekki á þeim markaði.

Samkeppniseftirlitið telur í þessu máli að ekki sé nauðsynlegt að greina á milli markaðarins fyrir dreifingu tónlistar og markaðarins fyrir heildsölu tónlistar á geisladiskum enda er um nátengda markaði að ræða sem oft er erfitt að aðgreina.

Að framangreindu virtu telur Samkeppniseftirlitið að einn af þeim mörkuðum sem við eigi í máli þessu sé markaður fyrir dreifingu og heildsölu á tónlist.

1.2 Markaðurinn fyrir útgáfu á tónlist

Líkt og fram kemur hér að ofan hefur framkvæmdastjórn EB skipt markaðnum fyrir hljóðritaða tónlist upp í þrjá mismunandi vörumarkaði. Einn af þeim mörkuðum er útgáfa hljóðritaðrar tónlistar. Í ákvörðunum framkvæmdastjórnar EB hefur komið fram að útgáfa tónlistar felst í öflun réttinda á tónverkum og nýtingu þeirra með útgáfu á hljóðritaðri tónlist. Tekjur útgefenda séu þannig fjórþættar:

1. Tekjur af leyfum til hljómplötuframleiðenda fyrir fjöldaframleiðslu hljóðritaðrar tónlistar (e. mechanical rights);
2. Tekjur af flutningi tónlistar sem nýtur höfundaréttar frá 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 höfundaréttar sem hluta af tónlist í kvikmynd eða auglýsingum – samþættingarréttindi (e. Synchronisation rights);
4. Beinar tekjur af plötusölu (e. sheet music sales).⁹

Markaði fyrir útgáfu á tónlist er mögulega hægt að skipta upp eftir þessum fjórum mismunandi tekjuþáttum en Samkeppniseftirlitið telur að í þessu máli sé þess hins vegar ekki þörf. Samkvæmt upplýsingum frá þeim aðilum sem starfa á umræddum markaði telst útgáfa tónlistar til sérstaks markaðar og byggist það fyrst og fremst á því að um er

⁹ Sjá t.d. mál framkvæmdastjórnar EB nr. IV/M.1219 – *Seagram/Polygram* frá 21.9.1998.



að ræða þjónustu sem er ólík dreifingu og heildsölu og kemur útgáfa ekki í stað dreifingar og öfugt. Framangreint veitir vísbendingar um að útgáfa hljóðritaðrar tónlistar tilheyri sérstökum markaði.

Að framangreindu virtu telur Samkeppniseftirlitið að einn af þeim mörkuðum sem við eigi í máli þessu sé markaður fyrir útgáfu á tónlist.

1.3 Markaðurinn fyrir smásölu tónlistar á geisladiskum

Líkt og rakið er hér að ofan hafa samkeppnisyfirvöld í ákvörðunum sínum talið að smásala á tónlist á geisladiskum tilheyri sérstökum markaði en sú markaðsskilgreining var lögð til grundvallar í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 19/2004 *Samruni verslunarsviðs Tæknivals hf. við Norðurljós hf. (Skífuna ehf.), samruni Fréttar ehf. við Norðurljós og fjárhagsleg endurskipulagning Norðurljósa.*

Líkt og fram kemur í samrunaskrá eru neytendur stærstu kaupendur á markaði fyrir smásölu á tónlist. Samkeppniseftirlitið telur ljóst að gagnvart neytendum sé ekki staðganga á milli geisladiska og annars afþreyingarefnis eins og t.d. bóka, mynddiska (DVD myndir) eða tölvuleikja.

Samkeppniseftirlitið hefur komist að þeirri niðurstöðu að sala á tónlist á annars vegar geisladiskum og hins vegar á Internetinu (hér eftir netinu) tilheyri sérstökum mörkuðum, sbr. ákvörðun nr. 22/2006 *Samruni Dagsbrúnar hf. og Senu ehf.* Í samrunaskrá samrunaaðila er vísað til þess að íslensk samkeppnisyfirvöld hafi áður komist að þeirri niðurstöðu að dreifing tónlistar í gegnum internetið væri á öðrum markaði. Að mati Senu verði þó að horfa til þessarar dreifileiðar, þegar samkeppnisleg áhrif samrunans eru metin. Þá liggja fyrir að tónlist, DVD og tölvuleikir séu þær vörur, sem mest sé keypt á erlendum vefsíðum, þegar bókum sleppi og veiti sú sala mikið samkeppnislegt aðhald á innanlandsmarkaði.

Að mati Samkeppniseftirlitsins leiða rök samrunaaðila ekki til þess að líta beri svo á að sala tónlistar á geisladiskum annars vegar og sala tónlistar á netinu hins vegar tilheyri sama markaði. Er það í samræmi við fyrri niðurstöður íslenskra samkeppnisyfirvalda og niðurstöður framkvæmdastjórnar EB, sbr. t.d. ákvörðun í SONY/SONYBMG málinu frá 15. september 2008.¹⁰ Í því máli var það niðurstaða framkvæmdastjórnarinnar að markaður fyrir tónlist á stafrænu formi á netinu væri aðskilinn frá markaði fyrir tónlist á geisladiskum.

Í máli framkvæmdastjórnarinnar frá 2004 þar sem fjallað var um samruna Sony og Bertelsman Group (mál *Sony/BMG*) var markaður fyrir tónlist á netinu tekinn til ítarlegrar skoðunar. Kemur þar fram að tónlist sé í auknum mæli seld á netinu hvort sem er með niðurrhali eða hlustun yfir netið (e. streaming). Er það mat framkvæmdastjórnar EB að tónlist á netinu muni ekki koma í stað hefðbundinnar dreifingar og hlustunar á geisladiska heldur muni tónlist á netinu styðja við almenna tónlistarsölu (e. complimentary incremental demand).

¹⁰ Mál nr. Comp/M.5272.



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

- Kaupandi að tónlist á netinu einblínir fremur á einstök lög og raðar saman vinsælum lögum með mismunandi listamönnum á eigin disk eða tónhlöðu (mp3 spilara) í stað þess að kaupa geisladisk í heilu lagi með sama listamanninum.
- Hljómplötuútgjafendur hafa möguleika til þess að stjórna og fylgjast með á hvern hátt varan er notuð með stafrænni höfundarréttartækni (e. Digital rights management) þegar um er að ræða tónlist á netinu. Þegar neytandi hefur keypt hefðbundinn geisladisk hefur hljómplötuútgjafandi hins vegar enga möguleika á því að stjórna notkun vörunnar. Þannig getur neytandinn lánað diskinn, afritað hann og gert hvað eina sem honum dettur í hug við diskinn án þess að hægt sé að fylgjast með því eða koma í veg fyrir það.
- Umgjörð söluumhverfis er mismunandi bæði hvað smásölu og heildsölu varðar. Smásala hefðbundinnar tónlistar fer m.a. fram í plötubúðum og er tónlistinni dreift á geisladiskum á meðan tónlist á netinu er hlaðin niður eða hlustað á hana samstundis í gegnum netið (e. stream). Sama má segja um heildsöluhlöðina, þar sem hljómplötuútgjafandi þarf við framleiðslu á geisladiskum að leggja í kostnað við framleiðslu, pökkun, dreifingu og birgðahald á geisladiskum. Hins vegar á markaði fyrir tónlist á netinu þarf hljómplötuútgjafandi ekki að gera annað en að veita leyfi til dreifingar til þeirra sem selja tónlist á netinu.

Að mati Samkeppniseftirlitsins eiga sömu sjónarmið við hér á landi og að framan greinir. Af þeim sökum telur Samkeppniseftirlitið rétt að skilgreina tónlist á stafrænu formi á netinu sem sérstakan markað. Í samruna þeim sem hér er til skoðunar telur Samkeppniseftirlitið hins vegar að áhrif umrædds samruna muni ekki gæta á þeim markaði og teljist hann því ekki til eins af mörkuðum þessa máls.

Þá skal tekið fram að Sena er lóðrétt sambætt fyrirtæki á tónlistarmarkaðnum. Fyrirtækið m.a. semur við tónlistarmenn og gefur út verk þeirra og selur í heildsölu (seldi áður bæði í heildsölu og smásölu). Þá starfar Skífan á markaði fyrir smásölu tónlistar og er því neðar í sömu sölukeðju.

Að framangreindu virtu telur Samkeppniseftirlitið að einn af þeim mörkuðum sem við eigi í máli þessu sé markaður fyrir smásölu tónlistar á geisladiskum.

1.4 Markaðurinn fyrir heildsölu á DVD mynddiskum

Kvikmyndum er dreift um nokkra svokallaða sýningarglugga. Eftir að framleiðslu kvikmynda er lokið er algengast að fyrst hefjist sýningar í kvikmyndahúsum, síðan tekur við sala til myndbandaleiga og nokkru síðar sala á DVD 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").

Að mati Samkeppniseftirlitsins er ljóst að heildsala á DVD mynddiskum til endurseljenda tilheyrir sérstökum mörkuðum, sbr. einnig ákvörðun samkeppnissráðs nr. 19/2004 og ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 22/2006, sbr. og úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 4/2006. Telja verður að gagnvart endurseljendum sé ekki staðganga milli kvikmynda og annars afþreyingarefnis.



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. Í máli þessu verður ekki fjallað sérstaklega um sölu á myndböndum þar sem hætt hefur verið útgáfu VHS myndbanda og DVD mynddiskar tekið við af myndböndum.

Á grundvelli framangreinds telur Samkeppniseftirlitið að einn af þeim mörkuðum sem við eigi í máli þessu sé markaður fyrir heildsölu á mynddiskum (DVD myndum).

1.5 Markaðurinn fyrir smásölu á DVD mynddiskum

Í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 19/2004 *Samruni verslunarsviðs Tæknivals hf. við Norðurljós hf. (Skífuna ehf.), samruni Fréttar ehf. við Norðurljós og fjárhagsleg endurskipulagning Norðurljósa* var lagt til grundvallar að einn af mörkuðum málsins væri smásala DVD mynddiska.

Helstu kaupendur mynddiska á smásölumarkaði eru neytendur en Samkeppniseftirlitið telur ljóst að gagnvart neytendum sé ekki staðganga á milli mynddiska og annars afþreyingarefnis eins og t.d. bóka, tónlistar á geisladiskum eða tölvuleikja. Veitir það vísbendingar um að um sérstakan markað sé að ræða.

Með vísan til framangreinds telur Samkeppniseftirlitið að einn af mörkuðum þessa máls sé smásala mynddiska (DVD mynd).

1.6 Markaðirnir fyrir heildsölu og smásölu á tölvuleikjum

Í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 19/2004 var komist að þeirri niðurstöðu að tölvuleikir á diskum tilheyri sérstökum markaði. Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 22/2006 var komist að sömu niðurstöðu og er sú niðurstaða lögð til grundvallar hér. Í framangreindum ákvörðunum töldu samkeppnisyfirvöld jafnframt að heildsala og smásala á tölvuleikjum tilheyrðu sérstökum mörkuðum.

Framkvæmdastjórn EB hefur einnig í samrunamálinu *Bertelsmann/Viag/Game Channel* fjallað um markað fyrir tölvuleiki, sem litið er á sem sjálfstæðan markað aðskilinn frá öðru afþreyingarefni. Í málinu er fjallað bæði um tölvuleiki sem notandi fær aðgang að annars vegar hjá þjónustuveitanda á Internetinu, ýmist gegn greiðslu eða ekki, og hins vegar tölvuleiki sem seldir eru á diskum (t.d. CD-Rom). Í ljósi þess að uppruni tekna seljenda tölvuleikja er mismunandi eftir því hvort þeir eru seldir á diskum eða í gegnum Internetþjónustuaðila, voru leiddar líkur að því að um tvo sjálfstæða undirmarkaði væri að ræða.

Með vísan í framangreint telur Samkeppniseftirlitið að tveir af mörkuðum þessa máls séu annars vegar heildsala á tölvuleikjum og smásala á tölvuleikjum hins vegar.

2. Landfræðilegur markaður

Í reglum Samkeppniseftirlitsins um tilkynningu samruna er landfræðilegur markaður skilgreindur svo:



„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.“

Við mat á því hver sé landfræðilegur markaður þessa máls telur Samkeppniseftirlitið rétt að horfa til þess hvar samrunaaðilar og keppinautar þeirra hafa selt þær vörur sem tilheyra þeim mörkuðum sem skilgreindir hafa verið hér að ofan. Við mat á því hvort telja eigi hinn landfræðilega markað rýmri en Ísland verður skv. áfrýjunarnefnd samkeppnismála fyrst og fremst að hafa í huga hvort viðskipti eigi sér stað í það miklum mæli á milli landa að þau takmarki verðhækkunar eða að öðru leyti óhagstæða viðskiptaskilmála hjá fyrirtækjum með öflugra stöðu á heimamarkaði. Við mat á þessu komi ýmis sjónarmið til álita 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.

Í fyrri ákvörðunum samkeppnisyfirvalda hefur komið fram að ríflega helmingur tónlistar á geisladiskum, sem seldur hefur verið hér á landi hefur verið íslensk tónlist.¹¹ 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 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. Sama niðurstaða var lögð til grundvallar í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 19/2004 og í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 4/2006. Einnig ber að líta til þess að í *Seagram/Poligram* málinu var það niðurstaðan að um landsmarkað væri að ræða, m.a. í ljósi þess að samhliða innflutningur á hljómdiskum væri mjög takmarkaður. Í *Sony/BMG* málinu frá 2004 kom fram að bæði samrunaaðilar og framkvæmdastjórn EB væru sammála því að markaðurinn fyrir tónlist á geisladiskum væri landsmarkaður. Með vísan til framangreinds telur Samkeppniseftirlitið að landfræðilegur 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 hinn landfræðilegi markaður hins vegar Stór-Reykjavíkarsvæðið án þess að það sé nánar rökstutt. Samkeppniseftirlitið telur af framangreindum ástæðum að ekki sé ástæða til að kanna frekar þann möguleika að landsmarkaðurinn sé skiptur eftir landssvæðum og leggur til grundvallar að bæði á heildsölu- og smásölustigi sé Ísland landfræðilegi markaðurinn fyrir alla vörumarkaði þessa máls. Er það í samræmi við fyrri ákvarðanir íslenskra samkeppnisyfirvalda sem

¹¹ Sjá t.d. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 22/2006 *Samruni Dagsbrúnar hf. og Senu ehf.*



áður hefur verið vísað til, þ.e. ákvörðun samkeppnisráðs nr. 19/2004 og ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 22/2006.

Varðandi markað fyrir útgáfu tónlistar telur Samkeppniseftirlitið að ekki sé ástæða til að skipta þeim markaði niður eftir landssvæðum og því sé landfræðilegur markaður þess markaðar jafnframt landið allt.

Varðandi smásölu á geisladiskum, DVD mynddiskum og tölvuleikjum telur Samkeppniseftirlitið að tollfrjálst svæði í Flugstöð Leifs Eiríkssonar (FLE) tilheyri ekki sama markaði og önnur slík sala hér á landi, sbr. ákvörðun samkeppnisráðs nr. 14/1999 *Kvörtun vegna mismunandi samkeppnisstöðu gleraugnaverslana* og ákvörðun samkeppnisráðs nr. 2/2003 *Kvörtun vegna Flugstöðvar Leifs Eiríkssonar hf.* Komist var að sömu niðurstöðu í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 22/2006. 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 millilandaflugum og farþegar sem millilenda á flugvelli 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 væru mun breiðari staðganga 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 í máli nr. 1/2003. Það er niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að sömu rök eigi við í þessu máli.

IV.

Samkeppnisleg áhrif samrunans

Í máli þessu þarf að taka til skoðunar hvort umræddur samruni raski samkeppni á hinum skilgreindu mörkuðum, sbr. 17. gr. c samkeppnislaga. Við túlkun á því ákvæði samkeppnislaga verður í upphafi að líta til þess að eldri samkeppnislögum nr. 8/1993 var breytt með lögum nr. 107/2000. Í breytingunni fólst að ákvæði samkeppnislaga sem ætlað var að vinna gegn samkeppnishömlum voru styrkt til muna, þ.m.t. samrunaákvæði laganna. Af lögskýringargögnum má ráða að einn megintilgangurinn með þessari lagabreytingu hafi verið að sporna gegn þeim samkeppnishömlum sem stafað geta af aukinni samþjöppun á markaði vegna samruna.¹²

Með lögum nr. 94/2008 var ákvæðum samkeppnislaga um samruna aftur breytt og fólst í þeirri breytingu frekari styrking á efnisreglum samrunaákvæða samkeppnislaga. Felur

¹² Þannig segir í athugasemdum við frumvarp sem varð að lögum nr. 107/2000: „þegar keppinautum fækkar og markaðsráðandi staða verður til eða þegar fákeppni ríkir er samkeppninni hættu búin. Fyrirtæki hafa ekki lengur sama vilja og getu til að keppa eða þau taka gagnkvæmt tillit hvert til annars. Til að örva samkeppni og koma í veg fyrir samkeppnishömlur við þá stöðu sem að framan er lýst þarf skörp samkeppnislög sem færa samkeppnisyfirlidum nauðsynlegar heimildir til að grípa til viðeigandi ráðstafana til að uppræta hömlurnar. Annars fer þjóðarbúið á mis við þann ávinning sem hlýst af virkri samkeppni.“



Þetta m.a. í sér aukið svigrúm til efnislegs mats á samkeppnislegum áhrifum samruna. Í 17. gr. c samkeppnislaga segir:

„Telji Samkeppniseftirlitið að samruni hindri virka samkeppni með því að markaðsráðandi staða eins eða fleiri fyrirtækja verði til eða slík staða styrkist, eða verði til þess að samkeppni á markaði raskist að öðru leyti með umtalsverðum hætti, getur stofnunin ógilt samruna. Jafnframt skal við mat á lögmæti samruna taka tillit til tækni- og efnahagsframfara að því tilskildu að þær séu neytendum til hagsbóta og hindri ekki samkeppni. Samkeppniseftirlitið getur einnig sett slíkum samruna skilyrði sem verður að uppfylla innan tilskilins tíma. Við mat á lögmæti samruna skal Samkeppniseftirlitið taka tillit til þess að hvaða marki alþjóðleg samkeppni hefur áhrif á samkeppnisstöðu hins sameinaða fyrirtækis. Enn fremur skal við mat á lögmæti samruna taka tillit til þess hvort markaður er opin eða aðgangur að honum er hindraður.“

Samkvæmt ákvæðinu getur Samkeppniseftirlitið gripið til íhlutunar í samruna ef samruni:

- Skapar eða styrkir markaðsráðandi stöðu eins fyrirtækis,
- skapar eða styrkir markaðsráðandi stöðu tveggja eða fleiri fyrirtækja (sameiginleg markaðsráðandi staða), eða
- hefur þau áhrif að samkeppni raskist að öðru leyti með umtalsverðum hætti.

Samkvæmt lögskýringagögnum er ljóst að skýra ber 17. gr. c með hliðsjón af EES/EB-samkeppnisrétti, sbr. einnig t.d. úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í málum nr. 17–18/2003 *Icelandair ehf. og Iceland Express ehf. gegn samkeppnisráði*.¹³

Við mat á samkeppnislegum áhrifum samruna er almennt rétt að líta til markaðshlutdeildar samrunaaðila og helstu keppinauta þeirra, athuga samþjöppun á markaði, kanna aðgangshindranir á markaði ásamt fleiri þáttum. Í 17. gr. c samkeppnislaga segir jafnframt að taka beri tillit til þess að hvaða marki alþjóðleg samkeppni hafi áhrif og hvort markaður sé opin eða aðgangur að honum hindraður. Þessi atriði eru í samkeppnisrétti hluti af mati á því hvort markaðsráðandi staða sé fyrir hendi, sbr. t.d. umfjöllun í athugasemdum með frumvarpi því sem varð að lögum nr. 94/2008. Af þessu leiðir að mat á því hvort markaðsráðandi staða verði til, eða hvort slík staða styrkist, skiptir miklu varðandi lögmæti samruna. Er samrunareglum ætlað að vernda samkeppnislega gerð markaða og koma í veg fyrir að fyrirtæki geti með samruna t.d. komist í eða styrkt markaðsráðandi stöðu og þar með haft möguleika eða aukna möguleika á því að misnota hana.

Samanlögð markaðshlutdeild hefur mikið að segja þegar samkeppnisleg áhrif samruna eru metin enda er markaðshlutdeild ein helsta vísbendingin um að markaðsráðandi staða, eins eða fleiri fyrirtækja, verði til eða slík staða styrkist. Samkvæmt 4. tl. 1. mgr. 4. gr. samkeppnislaga er markaðsráðandi staða fyrir hendi þegar fyrirtæki hefur þann efnahagslega styrkleika að geta hindrað virka samkeppni á þeim markaði sem máli skiptir

¹³ Í frumvarpi sem varð að lögum nr. 94/2008 segir t.d.: „Er við það miðað að samkeppnisyfirvöld hafi sem endranær hliðsjón af EES/EB-samkeppnisrétti við túlkun á íslenskum samrunareglum.“



og getur að verulegu leyti starfað án þess að taka tillit til keppinauta, viðskiptavina og neytenda. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2007 *Icelandair ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu* kemur fram að við mat á stöðu fyrirtækja á markaði skipti mestu að huga að markaðshlutdeild og því skipulagi sem ríkir á markaðnum. Há markaðshlutdeild veitir sterka vísbendingu um markaðsráðandi stöðu, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2006 *Dagur Group hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Eins og fram kemur í þessum úrskurði áfrýjunarnefndarinnar leiðir af eðli málsins að því hærrí sem markaðshlutdeildin er því sterkari vísbendingu gefur hún um markaðsráðandi stöðu.

Önnur atriði sem áhrif geta haft að mati áfrýjunarnefndar er t.d. að viðkomandi fyrirtæki sé almennt öflugt með hliðsjón af fjármagni og tækjum og framboði af vöru eða þjónustu, sbr. úrskurður áfrýjunarnefndar í máli nr. 4/2007. Í því sambandi getur lóðrétt samþætting fyrirtækis (*e. vertical integration*) veitt mikilsverða vísbendingu um ráðandi stöðu.¹⁴ Fjöldi og stærð keppinauta skiptir einnig máli.¹⁵ Hafa ber í huga að í hugtakinu markaðsráðandi staða felst ekki krafa um að engin samkeppni ríki á viðkomandi markaði.¹⁶ Um markaðsráðandi stöðu getur þannig verið að ræða þrátt fyrir líflega samkeppni á viðkomandi markaði.¹⁷

1. Markaðshlutdeild

Markaðshlutdeild hefur eins og áður sagði mikið að segja þegar samkeppnisleg áhrif samruna eru metin. Í 8. 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.

1.1 Mat samrunaaðila

Í samrunaskrá koma fram upplýsingar um markaðshlutdeild samrunaaðila og keppinauta þeirra á mörkuðum málsins. Ekki kemur fram á hverju upplýsingarnar eru byggðar að öðru leyti en því að um sé að ræða mat Senu á markaðshlutdeild sinni.

Á markaði fyrir heildsölu á tónlist telja samrunaaðilar að hlutdeild Senu sé [80-85]%, Smekkleysu [...]%, og hlutdeild annarra sé samtals [...]%. Á markaði fyrir útgáfu á íslenskri tónlist kemur fram í samrunaaskrá að samrunaaðilar telji að hlutdeild Senu á þeim markaði sé [65-70]%.
Á markaði fyrir smásölu á tónlist telja samrunaaðilar að hlutdeild Skífunnar sé [30-40]%, Hagkaup [...]%, ELKO [...]%, Penninn [...]%, Bónus [...]%, en aðrir aðilar á markaðnum hafi samtals [...]% markaðshlutdeild.

Á markaði fyrir heildsölu á DVD mynddiskum telja samrunaaðilar að hlutdeild Senu á markaðnum sé [40-50]%, Myndform [...]%, og Samfélagið [...]%. Á markaði fyrir

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

¹⁵ Sjá einnig t.d. Richard Whish, *Competition Law*, 2003 bls. 180-188.

¹⁶ Sjá t.d. dóm dómstóls EB í máli nr. 85/76 *Hoffman-La Roche v. Commission* [1979] ECR 3451.

¹⁷ Sjá dóm dómstóls EB í máli nr. 27/6 *United Brands v. Commission* [1978] ECR 207.



smásölu á mynddiskum telja samrunaaðilar að hlutdeild Skífunnar sé [...]%, BT [...]%, ELKO [...]%, Hagkaup [...]% og aðrir hafi samtals [...]% markaðshlutdeild.

Á markaði fyrir heildsölu á tölvuleikjum telja samrunaaðilar að hlutdeild Senu sé [70-80]%, Myndform [...]%, Samfélagið [...]% og aðrir hafi samtals [...]%. Á markaði fyrir smásölu á tölvuleikjum telja samrunaaðilar að hlutdeild Tölvulistans sé [...]%, ELKO [...]%, BT [...]%, Skífan [...]% en aðrir á markaðnum hafi samtals [...]% markaðshlutdeild.

1.2 Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins

Við mat á markaðshlutdeild er að jafnaði stuðst við upplýsingar hlutaðeigandi fyrirtækja um tekjur þeirra vegna sölu á vöru og/eða þjónustu sem um ræðir á síðasta heila almanaksári, sbr. t.d. ársreikninga eða árshlutauppgjör eða nánari sundurliðun á tekjum eftir því sem við á í hverju máli. Til að leggja mat á stærð þeirra markaða sem Samkeppniseftirlitið telur að samruninn hafi áhrif á var óskað eftir upplýsingum frá samrunaaðilum um sundurliðun á tekjum þeirra fyrir árin 2007 og 2008. Sambærilegra upplýsinga var einnig óskað frá keppinautum þeirra á hverjum markaði fyrir sig eftir því sem við átti. Með hliðsjón af framangreindu verður nú nánar fjallað um markaðshlutdeild á hverjum hinna skilgreindu markaða.

1.2.1 Markaðshlutdeild á markaði fyrir dreifingu og heildsölu á tónlist á geisladiskum

Markaður fyrir dreifingu og heildsölu á tónlist á geisladiskum tekur til bæði dreifingar og heildsölu á íslenskri tónlist og erlendri tónlist sem dreift er hér á landi. Í töflu 1 eru upplýsingar um tekjur og hlutdeild aðila sem starfa á þeim fyrir árið 2008.

Tafla 1

	Tekjur	Hlutdeild í %
Sena ehf.	[...] kr.	[85-90]%
12 tónar	[...] kr.	[0-5]%
Smekkleysa S.M. ehf.	[...] kr.	[5-10]%
Zonet útgáfa ehf.	[...] kr.	[0-5]%
Afkimi ehf.	[...] kr.	[0-5]%
Samtals	[500-550 millj.] kr.	100,00%

Ljóst er af framangreindri töflu að staða Senu ehf. á markaðnum fyrir dreifingu og heildsölu á tónlist á geisladiskum nálgast einokunarstöðu og er félagið því markaðsráðandi að mati Samkeppniseftirlitsins.



1.2.2 Markaðshlutdeild á markaði fyrir útgáfu tónlistar á geisladiskum

Í töflu 2 eru upplýsingar um upplýsingar um tekjur og hlutdeild aðila sem starfa á markaði fyrir útgáfu tónlistar á geisladiskum árið 2008.

Tafla 2

	Tekjur	Hlutdeild í %
Sena ehf.	[...] kr.	[85-90]%
Smekkleysa S.M. Ehf.	[...] kr.	[5-10]%
Zonet útgáfa ehf.	[...] kr.	[0-5]%
12 tónar	[...] kr.	[0-5]%
Afkimi ehf.	[...] kr.	[0-5]%
Samtals	[350-400 millj.] kr.	100,00%

Af töflunum hér að ofan má leiða að hlutdeild Senu á markaði fyrir útgáfu tónlistar á geisladiskum er um [85-90]% sem sýnir að staða félagsins á markaðnum nálgast einokun. Að mati Samkeppniseftirlitsins er Sena því markaðsráðandi á þessum markaði.

1.2.3 Markaðshlutdeild á markaði fyrir smásölu á tónlist á geisladiskum

Smásala á tónlist fer að meginstefnu fram í sérverslunum með geisladiska (plötubúðum) en einnig hefur hlutur stórmarkaða við sölu á geisladiskum aukist talsvert á undanförunum árum. Í töflu 3 eru upplýsingar um tekjur og markaðshlutdeild aðila sem starfa á markaði fyrir smásölu á tónlist á geisladiskum fyrir árið 2008.

Tafla 3

	Tekjur	Hlutdeild í %
Skífan ehf. (án Fríhafnar)	[...] kr.	[30-35]%
Hagkaup	[...] kr.	[20-25]%
BT Verslanir ehf.	[...] kr.	[5-10]%
Penninn ehf.	[...] kr.	[10-15]%
Bónus	[...] kr.	[10-15]%
12 tónar	[...] kr.	[5-10]%
Max ehf.	[...] kr.	[0-5]%
Samkaup	[...] kr.	[0-5]%
Smekkleysa S.M. Ehf.	[...] kr.	[0-5]%
Aðrir	[...] kr.	[0-5]%
Samtals	[700-750 millj.] kr.	100,00%

Af ofangreindri töflu má sjá að hlutdeild Skífunnar á umræddum markaði er [30-35]% og er félagið með stærstu markaðshlutdeildina borið saman við keppinauta. Hins vegar eru verslanir Hagkaupa og Bónuss undir yfirráðum sama aðila, þ.e. Haga hf. auk þess sem verslunin Max ehf. er í 50% eigu Haga. Samanlögð markaðshlutdeild þeirra aðila er örlítið hærri en þó á bilinu [30-35]%.

1.2.4 Markaðshlutdeild á markaði fyrir heildsölu á DVD mynddiskum

Segja má að markaður fyrir heildsölu á DVD mynddiskum hér á landi sé nátengdur markaði fyrir sýningar á bíómyndum í kvikmyndahúsum. Að meginstefnu til eru það sömu aðilar sem taka vinsælar kvikmyndir frá Hollywood til sýninga í kvikmyndahúsum og gefa



þær síðan út á DVD geisladiskum og dreifa, bæði til myndbandaleiga og smásala. Með hliðsjón af því ber að hafa í huga að Sena, sem er annar samrunaaðila þessa máls, á og rekur 4 kvikmyndahús en samkvæmt upplýsingum á heimasíðu félagsins er Sena nú orðin stærsti rekstraraðili kvikmyndahúsa hér á landi. Í töflu 4 eru upplýsingar um tekjur og hlutdeild þeirra aðila sem starfa á markaðnum fyrir heildsölu á mynddiskum árið 2008.

Tafla 4

	Tekjur	Hlutdeild í %
Sam-félagið ehf.	[...] kr.	[30-35]%
Sena ehf.	[...] kr.	[30-35]%
Myndform ehf.	[...] kr.	[30-35]%
Bergvík ehf.	[...] kr.	[0-5]%
Samtals	[950-1.000 millj.] kr.	100,00%

1.2.5 Markaðshlutdeild á markaði fyrir smásölu á DVD mynddiskum

Endurseljendur á DVD mynddiskum eru að mestu þeir sömu og jafnframt bjóða tónlist á geisladiskum, sbr. umfjöllum um töflu 3 hér að framan. Í töflu 5 eru upplýsingar um tekjur og hlutdeild þeirra aðila sem starfa á markaðnum fyrir smásölu á DVD mynddiskum. Sem fyrr eru upplýsingarnar miðaðar við árið 2008.

Tafla 5

	Tekjur	Hlutdeild í %
BT Verslanir ehf.	[...] kr.	[10-15]%
Hagkaup	[...] kr.	[20-25]%
ELKO ehf. (án Fríhafnar)	[...] kr.	[15-20]%
Bónus	[...] kr.	[15-20]%
Skífan ehf. (án Fríhafnar)	[...] kr.	[5-10]%
Max ehf.	[...] kr.	[5-10]%
Penninn ehf.	[...] kr.	[5-10]%
Aðrir	[...] kr.	[5-10]%
Samtals	[1.000-1.050 millj.] kr.	100,00%

Af ofangreindri töflu má sjá að hlutdeild Skífunnar á umræddum markaði er [5-10]%. Líkt og áður kemur fram eru verslanir Hagkaupa og Bónuss undir yfirráðum sama aðila, þ.e. Haga hf. auk þess sem verslunin Max ehf. er í 50% eigu Haga. Samanlögð markaðshlutdeild þeirra aðila er [45-50]%.



1.2.6 Markaðshlutdeild á markaði fyrir heilðsölu á tölvuleikjum

Tiltölulega fáir aðilar flytja inn og selja tölvuleiki í heilðsölu hér á landi. Auk Senu eru það Myndform, Sam-félagið og Bræðurnir Ormsson sem flytja inn og dreifa tölvuleikjum til endurseljenda hér á landi. Í töflu 6 eru upplýsingar um hlutdeild og tekjur þeirra aðila sem starfa á markaðnum fyrir heilðsölu á tölvuleikjum árið 2008.

Tafla 6

	Tekjur	Hlutdeild í %
Sena ehf.	[...] kr.	[85-90]%
Myndform ehf.	[...] kr.	[5-10]%
Bræðurnir Ormsson ehf.	[...] kr.	[0-5]%
Sam-félagið ehf.	[...] kr.	[0-5]%
Samtals	[500-550 millj.] kr.	100,00%

Af töflunni er hins vegar ljóst að Sena hefur mjög háa markaðshlutdeild eða [85-90]% og er þ.a.l. markaðsráðandi að mati Samkeppniseftirlitsins.

1.2.7 Markaðshlutdeild á markaði fyrir smásölu á tölvuleikjum

Endurseljendur á tölvuleikjum eru jafnframt að stórum hluta þeir sömu og bjóða tónlist og DVD mynddiska, sbr. umfjöllun hér að framan. Í töflu 7 eru upplýsingar um hlutdeild og tekjur þeirra aðila sem starfa á markaðnum fyrir árið 2008.

Tafla 7

	Tekjur	Hlutdeild í %
BT Verslanir ehf.	[...] kr.	[40-50]%
ELKO ehf. (án Fríhafnar)	[...] kr.	[35-40]%
Max ehf.	[...] kr.	[10-15]%
Skífan ehf. (án Fríhafnar)	[...] kr.	[5-10]%
Hagkaup	[...] kr.	[0-5]%
Penninn ehf.	[...] kr.	[0-5]%
Tölvulistinn ehf.	[...] kr.	[0-5]%
Samkaup	[...] kr.	[0-5]%
Kaupás	[...] kr.	[0-5]%
Samtals	[500-550 millj.] kr.	100,00%

Samkvæmt ofangreindri töflu er markaðshlutdeild Skífunnar eingöngu [5-10]% á meðan samanlögð markaðshlutdeild félaga undir yfirráðum Haga er [10-15]%. Tveir stórir aðilar eru á markaðnum, þ.e. BT Verslanir ehf. og ELKO ehf.

1.2.8 Niðurstaða

Samkeppniseftirlitið telur að framangreindar töflur sýni að Sena ehf. sé í markaðsráðandi stöðu á mörkuðum fyrir útgáfu tónlistar, heilðsölu og dreifingu tónlistar og heilðsölu tölvuleikja enda er félagið með [85-90]% markaðshlutdeild á þeim mörkuðum.

Skífan starfar hins vegar á smásölumarkaði líkt og áður kemur fram og er markaðshlutdeild félagsins á þeim smásölumörkuðum sem skilgreindir hafa verið í þessu



máli á bilinu [5-35]%. Þrátt fyrir að markaðshlutdeild félagsins veiti vísbendingar um að félagið sé ekki markaðsráðandi á þessum mörkuðum skiptir hér miklu máli aðum lóðréttan samruna er að ræða. Getur slíkur samruni milli aðila á ólíkum sölustigum leitt til styrkingar á markaðsráðandi stöðu Senu enda er um nátengda markaði að ræða. Verður nú nánar fjallað um þetta.

2. Lóðrétt samþætting

Með virkri samkeppni njóta neytendur ávinnings í formi lægra vöruverðs, meiri gæða í vörum, aukins úrvals og nýjunga. Með samrunaákvæðum samkeppnislaga er komið í veg fyrir samruna sem eru líklegir til að svipta neytendur þessum ávinningi í þeim tilfellum sem fyrirtæki auka við markaðsstyrk sinn í kjölfar samruna. Með aukningu markaðsstyrks er átt við að fyrirtæki öðlast getu til að hækka verð, minnka framleiðslu, úrval og gæði vöru eða þjónustu, draga úr nýsköpun eða hafa með öðrum hætti neikvæð áhrif á samkeppni.

Í máli þessu er um lóðréttan samruna að ræða líkt og áður kemur fram þar sem tvö fyrirtæki sem starfa á mismunandi sölustigum sameinast. Markaðirnir sem samrunaaðilar starfa á eru nátengdir á þann hátt að Sena starfar á heildsölustigi fyrir þær vörur sem Skífan selur í smásölu. Þrátt fyrir að láréttur samruni, þ.e. samruni á milli keppinauta, séu yfirleitt taldir hafa alvarlegustu samkeppnishömlurnar í för með sér geta lóðréttir samrunar einnig skapað alvarleg samkeppnisleg vandamál. Helsta hættan sem skapast við slíka samruna er útilokun frá markaði. Þannig getur t.d. keppinautum samrunaaðila á smásölustigi verið neitað um aðgang að mikilvægum birgjum eða þurft að greiða hærra verð fyrir vörur úr heildsölu en keppinautur þeirra. Slík hegðun mun á endanum leiða til hærra verðs til neytenda og þannig vera skaðleg fyrir neytendur. Á sama hátt getur keppinautum samrunaaðila á heildsölustigi verið neitað um aðgang að verslunum samrunaaðila á smásölustigi.¹⁸ Þannig geta fyrirtæki sem áður störfuðu sjálfstætt samhæft hegðun sína sem getur leitt til hækkunar verðs eða haft önnur skaðleg áhrif á samkeppni.

Að mati Samkeppniseftirlitsins er af framangreindu ljóst að í þeim tilvikum þar sem lóðrétt tengsl skapast á milli tveggja öflugra fyrirtækja á hvorum markaðnum fyrir sig getur það haft þau áhrif að staða minni fyrirtækja á viðkomandi mörkuðum veikist auk þess sem möguleikar nýrra aðila til að komast inn verður torveldari.¹⁹

Í kjölfar samruna fyrirtækja á ólíkum framleiðslu- eða sölustigum skapast einnig hættan á því að samrunaaðilar öðlist vitneskju um viðkvæmar viðskiptaupplýsingar um keppinauta sína á efri eða neðri sölustigum, svo sem varðandi verðlagningu. Þannig getur Sena haft vitneskju um viðkvæmar viðskiptaupplýsingar viðskiptavina sinna sem eru keppinautar Skífunnar á smásölustigi. Með samruna Senu og Skífunnar geta slíkar upplýsingar auðveldlega borist á milli samrunaaðilanna. Öðlist samrunaaðili á smásölustigi slíkar upplýsingar getur það augljóslega haft skaðleg áhrif á samkeppni.²⁰

¹⁸ Sjá t.d. C.J. Cook og C.S. Kerse, EC Merger Control, 2009 bls. 202-203.

¹⁹ Sjá einnig ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 12/2005 *Samruni 365 ljósvakamiðla ehf. og Saga film hf.*

²⁰ Sjá leiðbeiningar framkvæmdastjórnar EB varðandi mat á lóðréttum samrunum, *Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings*. OJ C 265, bls. 6-25.



Í leiðbeiningum framkvæmdastjórnar EB varðandi mat á lóðéttum samrunum kemur fram að lóðréttir samrunar ógna ekki virkri samkeppni nema samrunaaðilar hafi yfir að ráða verulegum hluta a.m.k. eins markaðar sem málið tekur til. Í máli þessu hefur komið fram að Sena er markaðsráðandi á þremur af þeim fjórum mörkuðum sem skilgreindir hafa verið hér að ofan og Sena starfar á. Veitir það sterkar vísbendingar um að samruni sá sem er hér er til umfjöllunar geti haft skaðleg áhrif á þá markaði sem skilgreindir hafa verið.

Með því að sameinast fyrirtæki sem starfar neðar í sömu framleiðslukeðju telur Samkeppniseftirlitið að markaðsráðandi staða Senu styrkist í kjölfar samrunans. Því til stuðnings vill Samkeppniseftirlitið benda á að þrátt fyrir að markaðshlutdeild Skífunnar sé [30-35]% á markaði fyrir smásölu tónlistar er um mikilvæga sölugátt að ræða að mati samrunaaðila. Megi það helst rekja til þess að aðrir aðilar sem starfa á markaðnum séu annars konar söluaðilar á þessum vörum þar sem Skífan bjóði breiðara vöruúrval. Þá er Skífan eini aðilinn á markaðnum sem sérhæfir sig í sölu á afþreyingarefni í formi tónlistar, DVD mynddiska og tölvuleikja. Af framangreindum ástæðum og í ljósi þess að Sena er markaðsráðandi í útgáfu tónlistar, dreifingu og heildsölu er hér um að ræða markað sem samruni þessi hefur töluverð áhrif á líkt og nánar verður rökstutt hér á eftir. Hið sama má segja um aðra markaði sem skilgreindir hafa verið í þessu máli og Skífan starfar á, þ.e. smásölu DVD mynddiska og tölvuleikja. Um er að ræða nátengda markaði á sviði afþreyingar en framkvæmdastjórn EB hefur í mörgum málum á sviði fjölmiðlamarkaðar lýst mörkuðum þannig að þeir teljist nálægir og nátengdir og litið hefur verið til þess við skilgreiningu markaða.²¹

V.

Niðurstaða

Með vísan til framangreinds er það mat Samkeppniseftirlitsins að samruni þessa máls leiði til styrkingar á markaðsráðandi stöðu Senu á markaði fyrir útgáfu tónlistar, heildsölu og dreifingu tónlistar og heildsölu tölvuleikja. Áhrifa af þeirri styrkingu á stöðu Senu á þessum mörkuðum mun jafnframt gæta á þeim mörkuðum sem Skífan starfar á, þ.e. smásölu á tónlist og tölvuleikjum. Þá telur Samkeppniseftirlitið að ástæða sé til að ætla að samkeppnishamlandi vandamál geti komið upp í kjölfar samrunans á þeim mörkuðum sem málið tekur til. Af framangreindum ástæðum mun draga úr samkeppni á nefndum mörkuðum og er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að samruninn sé andstæður markmiði samkeppnislaga. Í ljósi þess taldi Samkeppniseftirlitið að ástæða væri til að grípa til íhlutunar vegna samrunans sem fælist í ógildingunni eða setningu skilyrða.

Í 17. gr. c samkeppnislaga kemur fram að Samkeppniseftirlitið geti sett samruna sem hindrar virka samkeppni í skilningi ákvæðisins skilyrði. Með því að setja slíkum samruna skilyrði er ætlunin að koma í veg fyrir þau samkeppnishamlandi áhrif samruna sem ella myndu leiða til ógildingar hans. Verða skilyrði að vera fullnægjandi í því skyni, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 18/2001 *Mjólkurfélag Reykjavíkur svf. Lýsi hf. og Fóðurblandan hf. gegn samkeppnisráði*. Telji samrunaaðilar að mögulegt

²¹ Sjá t.d. Skýrslu Institute of European Media Law (EMR): *Media Markets Definitions – Comparative legal Analysis*, frá júlí 2005. Sjá einnig t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar EB í máli COMP/JV.39, frá 28. febrúar 2000, Bertelsmann/Planeta/NEB.



sé að setja umræddum samruna skilyrði sem koma í veg fyrir samkeppnishamlandi áhrif hans er rétt að þeir hafi frumkvæði að því að setja fram tillögur að slíkum skilyrðum til Samkeppniseftirlitsins ásamt fullnægjandi rökstuðningi, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 6/2006 DAC ehf. og Lyfjaver ehf. og Lyf og heilsa ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu.

Á fundi Samkeppniseftirlitsins með samrunaaðilum þann 18. mars 2009 lýstu samrunaaðilar yfir vilja til þess að gangast undir sátt í málinu á grundvelli 17. gr. f samkeppnislaga og 22. gr. reglna um málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins nr. 880/2005. Í kjölfarið sendu samrunaaðilar Samkeppniseftirlitinu tillögur að skilyrðum sem leitt hefur til sáttar. Sáttin felur í sér neðangreind skilyrði sem sett eru fram í ákvörðunarorðum.

Samkeppniseftirlitið telur að kaup Garðarshólma rekstrarfélags ehf. á Senu hafi haft í för með sér töluverðar og jákvæðar breytingar á forsendum þessa samruna eins og hann var tilkynntur Samkeppniseftirlitinu þann 21. nóvember 2008. Með kaupum Garðarshólma á Senu ehf. er þannig verulega dregið úr markaðshlutdeild samrunaaðila á smásölumörkuðum þessa máls þar sem ekki eru lengur til staðar tengsl Senu ehf. við Haga hf. sem er keppinautur í smásölu á m.a. tónlist. Þá fellur niður það forskot sem Sena óhjákvæmilega naut vegna tengsla við Rauðsól ehf. sem rekur stærsta fjölmiðlafyrirtæki landsins á sviði blaðaútgáfu, sjónvarps- og útvarpsreksturs og vefmiðlunar.²² Eru framangreind kaup, auk þeirra skilyrða sem fram koma hér að neðan, til þess fallin að skapa skilyrði fyrir virkari samkeppni á viðkomandi mörkuðum og eyða þeim skaðlega samkeppnislegu áhrifum sem samruninn hefði að óbreyttu haft í för með sér.

Með neðangreindum skilyrðum er fyrst og fremst lögð sú skylda á Senu að Skífan, þ.e. sú starfsemi sem nú er rekin innan félagsins, verði seld til ótengds aðila. Með því telur Samkeppniseftirlitið að komið sé í veg fyrir þá lóðréttu samþjöppun sem af samrunanum stafar og þannig komið í veg fyrir þau samkeppnislega skaðlegu áhrif sem af samrunanum leiðir. Í ljósi atvika þessa máls og þess efnahagsástand sem nú ríkir er veittur rúmur frestur til þess að selja Skífuna. Skal Skífan þannig sett í söluferli eigi síðar en 1. júní 2009 og skal sölu vera lokið innan árs. Ef Garðarshólma tekst ekki að ljúka sölu innan þess tíma getur félagið óskað eftir frekari fresti. Forsenda þess að viðbótarfrestur yrði veittur er að sýnt verði fram á með sannfærandi hætti að eðlilegar og markvissar sölutilraunir hafi farið fram. Liður í þessu er að upplýst verði um allar sölutilraunir og að óháður kunnáttuaðili fylgist með söluferlinu og geti staðfest að eðlilegar sölutilraunir hafi átt sér stað.

Á meðan slíkt söluferli stendur yfir og þar til Skífan verður seld hafa samrunaaðilar fallist á að hlíta neðangreindum skilyrðum sem sett eru fram í 12 greinum. Þau skilyrði fela því í raun í sér ráðstöfun til bráðabirgða til að koma í veg fyrir þau samkeppnislega skaðlegu áhrif sem af samrunanum leiðir á meðan Skífan er enn í eigu Senu. Umrædd skilyrði fela m.a. í sér að skýr rekstrarlegur aðskilnaður sé á milli Senu og Skífunnar. Yfirumsjón með rekstri Skífunnar ehf. verður því í höndum Garðarshólma rekstrarfélags en ekki í höndum

²² Samkvæmt upplýsingum á heimasíðu félagsins Íslenskrar affreyingar hf. www.365.is, en allir fjölmiðlar félagsins voru seldir út úr félaginu til Rauðsól þann 1. nóvember 2008. Rauðsól er í eigu Jóns Ásgeir Jóhannessonar og tengdra aðila.



Senu. Þannig sé skýr aðskilnaður á milli þeirra heildsölu- og smásöllumarkaða sem samruninn tekur til þrátt fyrir sameiginlegt eignarhald.

Þá er starfsmönnum og stjórnarmönnum Senu sem við á og búa yfir upplýsingum um viðskipti og viðskiptakjör þau sem viðskiptavinir Senu njóta, óheimilt að veita starfsmönnum eða stjórnarmönnum Skífunnar upplýsingar um viðskipti og eða viðskiptakjör einstakra viðskiptavina. Sama gildir um starfsmenn Skífunnar gagnvart Senu. Með slíku ákvæði er komið í veg fyrir að viðkvæmar viðskiptaupplýsingar um keppinauta samrunaaðila á efri eða neðri sölustigum, svo sem varðandi verðlagningu, berist á milli samrunaaðila.

Verð og kjör Senu í heildsölu í viðskiptum við endurseljendur afþreyingarefnis skulu vera almenn, gegnsæ og hlutlæg þannig að aðilar sem eiga í samskonar viðskiptum við félagið skulu njóta sömu kjara. Markmið skilyrðanna er m.a. að tryggja að viðskipti milli samrunaaðila á þeim mörkuðum sem málið tekur til, verði eins og um óskylda aðila sé að ræða og að vernda þannig samkeppni á bæði heildsölu- og smásöllumarkaði. Til þess að ná þeim markmiðum er m.a. komið í veg fyrir að Sena veiti Skífunni betri kjör en öðrum viðskiptavinum sínum. Þá er Skífan skuldbundin til þess að kaupa afþreyingarefni af keppinautum Senu nema málefnalegar ástæður séu forsenda synjunar á vörukaupum. Samrunaaðilum er auk framangreinds óheimilt að grípa til hvers konar aðgerða sem ætlað er eða ætla má að hafi þau áhrif að bæta með óeðlilegum hætti stöðu hvors annar í samkeppni á þeim mörkuðum sem fyrirtækin starfa á. Framangreindum ákvæðum er ætlað að koma í veg fyrir að samrunaaðilar geti útilokað keppinauta sína á heildsölu- eða smásöllumörkuðum þessa máls og þannig skaðað samkeppni. Ber einnig að hafa í huga að bann 11. gr. samkeppnislaga tekur til Senu og er fyrirtækinu bannað að gera t.d. einkakaupasamninga eða grípa til annarra ráðstafana sem raskað geta samkeppni, sbr. t.d. dómur Hæstaréttar Íslands í máli nr. 550/2007 *Árdegi hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

VI. Ákvörðunarorð

„Kaup Senu ehf. á 100% hlutafjár Skífunnar ehf. með samningi undirrituðum þann 31. október 2008 fela í sér samruna í skilningi 17. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005. Samruninn raskar samkeppni umtalsvert og fer því gegn 17. gr. c samkeppnislaga. Til að koma í veg fyrir röskun á samkeppni eru sett eftirfarandi skilyrði á grundvelli 17. gr. samkeppnislaga.

Garðarshólmi rekstrarfélag ehf. skuldbindur sig til þess að selja Skífuna ehf., þ.e. þá starfsemi sem nú er rekin innan félagsins, til ótengds aðila. Skal félagið sett í söluferli eigi síðar en 1. júní 2009 og skal sölu lokið fyrir 1. júní 2010. Hafi félagið ekki verið selt innan þess tímabils skal gera grein fyrir ástæðum þess. Skal upplýst um allar sölutilraunir og Samkeppniseftirlitinu látni í té undirrituð yfirlýsing frá óháðum kunnáttuaðila um að eðlilegar sölutilraunir hafi átt sér stað. Séu málefnalegar ástæður fyrir því að ekki hafi tekist að selja félagið, getur Garðarshólmi óskað eftir framlengdum fresti.



Á meðan sölufæri Skífunnar ehf. stendur yfir og þar til Skífan ehf. verður seld ótengdum aðila skulu aðilar þessa máls fylgja eftirfarandi fyrirmælum:

REKSTRARLEGUR AÐSKILNAÐUR

1. gr.

Garðarshólmi rekstrarfélag ehf., sem er eigandi Senu ehf. og því óbeinn eigandi Skífunnar ehf., skal gæta þess að fullur rekstrarlegur aðskilnaður sé á milli reksturs Senu ehf. og Skífunnar ehf., a.m.k. hvað varðar heildsölu og smásölu á tónlist, DVD diskum (mynddiskum) og tölvuleikjum. Yfirumsjón með rekstri Skífunnar ehf. skal þannig vera í höndum Garðarshólma rekstrarfélags ehf. en ekki í höndum Senu ehf.

2. gr.

Þeim starfsmönnum og stjórnarmönnum Senu ehf. sem við á og búa yfir upplýsingum um viðskipti og viðskiptakjör þau sem viðskiptavinir Senu ehf. njóta er óheimilt að veita starfsmönnum eða stjórnarmönnum Skífunnar ehf. upplýsingar um viðskipti og/eða viðskiptakjör einstakra viðskiptavina Senu ehf. Á sama hátt er viðkomandi starfsmönnum og stjórnarmönnum Skífunnar ehf. óheimilt að veita starfsmönnum eða stjórnarmönnum Senu ehf. upplýsingar um þau viðskiptakjör sem Skífan ehf. nýtur hjá öðrum heildsölu- og dreifingarfyrtækjum með afþreyingarefni.

Starfsmenn og stjórnarmenn Garðarshólma rekstrarfélags ehf. skulu gæta þess sérstaklega að upplýsingar um viðskipti og viðskiptakjör berist ekki á milli Senu ehf. og Skífunnar ehf.

ÁKVÆÐI VARÐANDI SENU EHF.

3. gr.

Verð og kjör Senu ehf. í viðskiptum við endurseljendur afþreyingarefnis á framangreindum mörkuðum skulu vera almenn, gagnsæ og hlutlæg þannig að aðilar sem eiga í samskonar viðskiptum við Senu ehf. skulu njóta sömu kjara. Almennar upplýsingar um verð og viðskiptakjör skulu vera aðgengileg hjá Senu ehf.

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

4. gr.

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

5. gr.

Senu ehf. er óheimilt að synja endurseljendum um viðskipti nema ríkar málefnalegar ástæður séu forsenda sölusynjunar.



6. gr.

Senu ehf. 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 ehf. í samkeppni á smásölumarkaði með afþreyingarefni. Í þessu felst t.d. bann við því að ný vara eða kynningarefni sé kynnt eða afhent Skífunni ehf. á undan öðrum endurseljendum.

ÁKVÆÐI VARÐANDI SKÍFUNA EHF.

7. gr.

Skífan ehf. er skuldbundin til þess að kaupa afþreyingarefni af keppinautum Senu ehf. nema málefnalegar ástæður, s.s. gæði efnis, verð og viðskiptakjör, séu forsenda synjunar á vörukaupum.

8. gr.

Skífunni ehf. er óheimilt að grípa til hvers konar aðgerða sem ætlað er eða ætla má að hafi þau áhrif að bæta með óeðlilegum hætti stöðu Senu ehf. í samkeppni á heildsölumarkaði með afþreyingarefni.

9. gr.

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

VIÐURLÖG o.fl.

10.gr.

Brot á skilyrðum sem sett eru í ákvörðun þessari varða stjórnvaldssekt og/eða refsingu skv. viðurlagakafla samkeppnislaga.

Ákvörðun þessa má afturkalla að hluta eða í heild á grundvelli 3. mgr. 17. gr. e. samkeppnislaga.

11.gr.

Skilyrði ákvörðunar þessarar gilda einnig að breyttu breytanda um fyrirtæki sem að hluta til eða öllu kunna að taka við skyldum þeirra fyrirtækja sem nefnd eru í skilyrðunum.

Öll skilyrði þessarar ákvörðunar taka til allra fyrirtækja sem samrunaaðilar hafa yfirlýst yfir eða eru hluti af sömu fyrirtækjasamstæðu.

12.gr.

Þau fyrirmæli sem felast í ákvörðun þessari skulu vera kynnt fyrir hlutaðeigandi starfsmönnum samrunaaðila, Senu ehf. og Skífunnar ehf. Skulu þeir undirrita yfirlýsingu um að þeir hafi kynnt sér skilyrði þessi og skuldbindi sig til þess að framfylgja þeim.



Þeir starfsmenn og stjórnarmenn Garðarshólma rekstrarfélags ehf., Senu ehf. og Skífunnar ehf. sem við á og búa yfir þeim upplýsingum sem um ræðir í 2. gr. skilyrða þessara skulu undirrita sérstaka yfirlýsingu um þagnarskyldu og trúnað þar um.

Afrit framangreindra yfirlýsinga skulu send Samkeppniseftirlitinu eigi síðar en 15. maí 2009.“

Samkeppniseftirlitið

Páll Gunnar Pálsson