

## **D Ó M U R**

**Héraðsdóms Reykjavíkur 16. október 2007 í máli nr. E-7825/2006:**

**Árdegi ehf.**

*(Andri Árnason hrl.)*

**gegn**

**Samkeppniseftirlitinu**

*(Heimir Örn Herbertsson hrl.)*

Mál þetta, sem dómtekið var 18. september sl. að loknum munnlegum málflutningi, var höfðað með stefnu birtri 18. desember 2006 af Árdegi ehf., Skeifunni 17, Reykjavík, á hendur Samkeppniseftirlitinu, Rauðarárstíg 10, Reykjavík.

Stefnandi krefst þess aðallega að úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2006 verði felldur úr gildi. Til vara er þess krafist að úrskurðinum verði breytt á þann veg að sekt, að fjárhæð 65.000.000 krónur sem stefnanda var þar gert að greiða, verði felld niður eða stórlega lækkuð. Í báðum tilvikum er krafist málskostnað úr hendi stefnda að skaðlausu samkvæmt mati dómsins.

Af hálfu stefnda er krafist sýknu af kröfum stefnanda og að stefnandi verði dæmdur til að greiða stefnda málskostnað að skaðlausu.

### **Yfirlit um málsatvik og ágreiningsefni**

Með ákvörðun samkeppnisráðs nr. 40/2001 frá 4. desember 2001 var Skífunni hf. gert að greiða stjórnvaldssekt en þar var byggt á því að fyrirtækið hefði misnotað markaðsráðandi stöðu sína með gerð einkakaupasamnings við fyrirtækið Aðföng ehf. um sölu á tónlistargeisladiskum í verslunum Baugs hf. Af hálfu Skífunnar hf. var málinu skotið til áfrýjunarnefndar samkeppnismála og dómsmál var síðan höfðað, en með dómi Hæstaréttar 19. febrúar 2004 í máli nr. 323/2003 var staðfest sú niðurstaða áfrýjunarnefndarinnar að Skífan hf. hefði brotið gegn samkeppnis lögum með umræddum samningi.

Með ákvörðun samkeppnisráðs nr. 19/2004 frá 16. júní 2004 voru sett ákveðin skilyrði fyrir samruna verslunarsviðs Tæknivals ehf. við Norðurljós hf. (Skífuna ehf.) og samruna Fréttar ehf. við Norðurljós hf. Fram hefur komið að eftir samruna Skífunnar ehf. og verslunarsviðs Tæknivals ehf. hafi fyrirtækið skipt um eigendur og nafni samsteypunnar verið breytt í Dag Group ehf. Dagur Group ehf. hafi síðan sameinast stefnanda, sem hafi þar með yfirtekið réttindi og skyldur Dags Group

ehf., og sé því stefnandi málsins.

Með samningi Norðurljósa ehf. (Skífunnar) og H 30. apríl 2003 var kveðið á um sölu á geislaþlötum í verslunum H, en tónlistardeild Norðurljósa skyldi sjá um að selja H geislaþlötur er seldar skyldu í verslunum þeirra. Í samningnum er nánar sagt fyrir um sölufyrirkomulag, afslætti og vöruúrval. H skyldi úthluta Norðurljósum hilluplássi í samræmi við stærð þeirra á tónlistarmarkaði sem þá var 85% af markaðshlutdeild. Jafnframt var gert ráð fyrir föstum 8% afslætti ef innkaup á samningsárinu yrðu á bilinu 0-89 milljónir króna, en afslátturinn skyldi vera 10% ef innkaup H færu yfir 90 milljónir króna.

Í frumathugun samkeppnisstofnunar 13. apríl 2005 kemur fram að stofnunin hefði haft til rannsóknar mál er varði tvo samninga Skífunnar hf. við H er snerti sölu á tölvuleikjum og tónlistar- og mynddiskum. Tildrög rannsóknarinnar væru þau að Samkeppnisstofnun hefði fengið afhentan samninginn frá 30. apríl 2003, milli Skífunnar og H um sölu á tónlistardiskum, með bréfi 20. febrúar 2004, en í bréfinu var tilkynnt um samruna verslunarsviðs Tæknivals hf. og Skífunnar ehf. Samkeppnisstofnun taldi að samningurinn fæli hugsanlega í sér brot Skífunnar á 11. gr. samkeppnislaga nr. 8/1993 og óskaði eftir upplýsingum og gögnum vegna samninga um sölu á tölvuleikjum og tónlistar- og mynddiskum með bréfum 13. apríl og 18. nóvember 2004 til Skífunnar og H. Meðal gagna er bærust Samkeppnisstofnun í tilefni af þessu frá Skífunni var samningur fyrirtækjanna frá september 2004. Niðurstaða frumathugunar Samkeppnisstofnunarinnar varð sú að gögn málsins virtust gefa til kynna að um væri að ræða skýrt brot gegn 11. gr. samkeppnislaga og ákvörðun samkeppnisráðs nr. 19/2004, brotið fæli í sér ítrekun á fyrra broti, brotið sé víðtækara þar sem veittur væri tryggðarafsláttur og brotið varði fleiri markaði en í fyrra máli.

Stefndi komst að þeirri niðurstöðu með ákvörðun 20/2006 frá 16. júní 2006 að með ofangreindum samningi Norðurljósa (Skífunnar) og H 30. apríl 2003 hefði verið brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga. Einnig að með samningi Skífunnar ehf. og H í september 2004 hefði verið brotið gegn sömu lagagrein og gegn 3. tl. ákvörðunarorðs ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 19/2004, en samkvæmt þeim tölulíð var Skífunni heildsölu óheimilt að gera þá kröfu til viðskiptavina sinna, þar með talið Skífunnar smásölu, að tiltekið hlutfall í vöruvali þeirra í einstökum vöruflokkum afþreyingarefnis sé aðeins keypt af Skífunni heildsölu.

Stefnandi kærði þessa ákvörðun til áfrýjunarnefndar samkeppnismála, en með úrskurði nefndarinnar 21. september s.á., í máli nr. 4/2006, var ákvörðun stefnda staðfest. Stefnandi telur úrskurðinn ólögmetan og krefst þess í málinu að hann verði felldur úr gildi en til vara að sektarákvörðun verði felld niður eða stórlega lækkuð.

Í málinu er deilt um það hvort stefnandi hefði misnotað markaðsráðandi stöðu með gerð umræddra samninga frá 30. apríl 2003 og september 2004 og þar með brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga. Deilt er um lögmæti úrskurðarins og hvort þar hafi verið færð fram viðhlítandi rök fyrir því að stefnandi hefði markaðsráðandi stöðu á þeim mörkuðum sem um ræðir. Enn fremur er deilt um það hvað verði haft til marks um að brot hafi verið framið samkvæmt lagagreininni, þar á meðal hvort ákvæði um hillupláss í fyrri samningnum og um afslætti í báðum samningum hefðu áhrif í því sambandi. Þá er deilt um forsendur fyrir ákvörðun sektarfjárhæðar í hinum umdeilda úrskurði.

## Málsástæður og lagarök stefnanda

Af hálfu stefnanda er vísað til þess að með bréfi stefnda 13. apríl 2005 hafi Skífunni verið send svokölluð frumathugun stefnda vegna ætlaðra brota hennar gegn 11. gr. samkeppnislaga nr. 8/1993, sbr. nú lög nr. 44/2005, og á ákvörðun stefnda nr. 19/2004. Hin meinta misnotkun hafi lotið að tveimur samningum milli stefnanda og H, annars vegar 30. apríl 2003 og hins vegar í september 2004.

Samkvæmt fyrri samningnum skyldi H úthluta Norðurljósum hilluplássi í verslunum H í samræmi við stærð Norðurljósa á tónlistarmarkaði, 85% af markaðshlutdeild. Jafnframt hafi verið gert ráð fyrir föstum 8% afslætti ef innkaup á samningsárinu yrðu á bilinu 0-89 milljónir króna, en afslátturinn skyldi hins vegar vera 10% ef innkaup H yrðu fyrir meira en 90 milljónir króna. Mat stefnda hafi verið að samningurinn fæli í sér einkakaupasamning og tryggðarafslætti í andstöðu við ákvæði samkeppnislaga.

Samkvæmt síðari samningnum skyldi miða við að hlutfall vöruúrvals hjá viðskiptavinum í afþreyingarvörum væri í samræmi við markaðshlutdeild Skífunnar, 85% í tónlist, 50% í kvikmyndum og 90% í tölvuleikjum. Jafnframt var gert ráð fyrir föstum 8,5% afslætti, ásamt 2,5% viðskiptaafslætti miðað við að innkaup yrðu 170-200 milljónir króna. Mat stefnda hafi verið að samningurinn fæli í sér einkakaupasamning og tryggðarafslætti, auk þess sem samningurinn bryti í bága við ákvörðun stefnda nr. 19/2004. Samkvæmt þeirri ákvörðun var stefnanda, þ.e. þá Skífunni heildsölu, óheimilt að gera þá kröfu til viðskiptavina sinna að tiltekið hlutfall í vöruvali þeirra í einstökum vöruflokkum afþreyingarefnis væri aðeins keypt frá fyrirtækinu.

Í niðurlagi frumathugunar stefnda komi fram að gögn málsins gæfu til kynna að um væri að ræða skýrt brot gegn 11. gr. samkeppnislaga og ákvörðun samkeppnisráðs nr. 19/2004, brotið fæli í sér ítrekun á fyrra broti, brotið væri víðtækara þar sem veittur væri tryggðarafsláttur og að brotið varðaði fleiri markaði en í fyrra máli. Í ljósi þessa hafi af hálfu stefnda verið talið að til álita kæmi að beita heimildum 52. gr. samkeppnislaga og að sektir yrðu lagðar á stefnanda vegna þessara ætluðu brota. Ítrekun félagsins á fyrra broti, auk þess sem brotið virtist víðtækara og alvarlegra, gæti haft áhrif til þyngingar sektar. Með ítrekun á fyrra broti hafi verið vísað til ákvörðunar stefnda nr. 40/2001 vegna samnings Skífunnar hf. og Aðfanga ehf. um sölu á geisladiskum, þar sem talið var að Skífan hefði misnotað markaðsráðandi stöðu sína með gerð svokallaðra einkakaupasamninga.

Í kjölfarið á frumathugun stefnda hafi fyrirsvarsmáður stefnanda átt fundi með stefnda. Á þeim fundum og jafnframt í minnisblaði 27. apríl 2005 hafi verið leitast við að útskýra þau mannlegu mistök sem hefðu orðið þess valdandi að samningurinn frá september 2004 hafi orðið eins og raunin varð. Eigenda- og forstjóraskipti hefðu orðið hjá stefnanda sumarið 2004, raunar í tengslum við ákvörðun stefnda nr. 19/2004. Í júní það ár, áður en kaupin á stefnanda hefðu endanlega gengið í gegn, hefðu átt sér stað tölvubréfasamskipti milli þáverandi forstjóra stefnanda og lögmanns fyrirtækisins, um hvernig samningur milli stefnanda annars vegar og H hins vegar, um smásölu H á afþreyingarvörum

stefnanda, gæti litið út. Þáverandi forstjóri stefnanda hafi sent drög að samningi við H með tölvubréfi 15. júní s.á., byggð á norski fyrirmynd, til lögmannsins og spurt sérstaklega hvort samningurinn „gengi gagnvart“ samkeppnisyfirvöldum. Hann hafi talið svo ekki vera. Forstjórinn hafi þá óskað eftir því við lögmanninn að hann kæmi með tillögu að samningi, sem væri lögmaður, eins og fram komi í tölvubréf 16. júní s.á. Lögmaðurinn hafi sent tillögur að því hvernig nýr samningur gæti litið út, með tölvubréfi 21. júní s.á. Í svarbréfi forstjórans 28. júní s.á. vegna þessa komi sérstaklega fram að nauðsynlegt væri að „vanda vel til verka“ vegna ákvörðunar stefnda nr. 40/2001.

Stuttu eftir þetta hafi forstjórinn látið af störfum. Í september s.á. hafi síðan verið undirritaður samningur milli stefnanda annars vegar og H hins vegar um smásölu H á afþreyingarvörum stefnanda, sem byggt hafi á hinum upphaflegu drögum. Starfsmenn stefnanda, sem komið hefðu að samningsgerðinni í september 2004, hefðu hins vegar verið algjörlega grandlausir um að lögmaðurinn hefði gert athugasemdir við ákvæði samningsins og staðið í þeirri trú að hann væri fullkomlega lögmaður og tilbúinn til undirritunar.

Fyrirsvarsmáður stefnanda hafi einnig bent stefnda á, í kjölfar frumathugunar hans, að á gildistíma síðari samningsins hefði H verið veittur fastur afsláttur, án tillits til keypts magns vara frá stefnanda, og að stefnandi hefði aldrei skipt sér af innkaupa stefnu H. Þar með hafi aldrei verið byggt á samningnum. Hið sama gilti um fyrri samninginn.

Á fundum fyrirsvarsmanns stefnanda með stefnda hafi stefnanda verið gefinn kostur á að ljúka málinu gegn greiðslu að fjárhæð 35.000.000 króna, eða fyrir mun lægri fjárhæð en síðar hafi verið lögð á stefnanda. Stefnandi hafi hins vegar hafnað þessu „tilboði“ enda afdráttarlaust mat stefnanda, eins og mál þetta væri allt vaxið, að engin ástæða væri til sektargreiðslu, hvað þá í námunda við þær fjárhæðir sem stefndi hefði lagt til. Stefnandi hafi því talið rétt að láta reyna á réttarstöðu sína, og gengið að sama skapi út frá því, að sektargreiðsla í stjórnsýslumálinu yrði aldrei hærri en næmi ofangreindri fjárhæð.

Með greinargerð 1. júní 2006 hafi stefnandi komið að formlegum andmælum við frumathugun stefnda. Þar sé ítarlega rakið að stefnandi líti svo á að með tilliti til aðstæðna hefðu ákvæði samkeppnislaga ekki verið brotin. Jafnvel þótt svo yrði talið væru engin lagaskilyrði til sektargreiðslu og í öllu falli yrði um algjöra lágmarkssekt að ræða. Í greinargerðinni hafi verið ítrekuð þau mistök og sú atburðarás sem leitt hafi til þess hvernig síðari samningurinn varð. Meðal annars hafi verið lögð fram yfirlýsing sölustjóra hjá stefnanda sem hafi haft umsjón með samningagerðinni. Þar komi fram að allan tímann meðan á samningsgerðinni stóð hafi menn verið mjög meðvitaðir um fyrri samninga við H og athugasemdir Samkeppnisstofnunar við þá. Staðföst trú sölustjórans hafi verið að báðir samningarnir, sem hann kom að, væru í samræmi við kröfur Samkeppnisstofnunar, enda báðir af allt öðrum meiði en samningurinn frá 2001 sem Samkeppnisstofnun hefði gert athugasemdir við. Við samninginn frá 2004 hafi verið stuðst við form frá tölvuleikjaumboðinu EA í Noregi. Þetta form hafi verið mjög gagnsætt og sett alla viðskiptavinum við sama borð og byði ekki upp á mismunun af neinu tagi. Hann hafi vitað að meðan á samningagerðinni stóð hefði þáverandi forstjóri fyrirtækisins verið í sambandi við lögmann um málið. Hvorki hann né yfirmaður hans hafi fengið afrit af þeim samskiptum sem fram hafi farið milli þessara manna og hefðu

þeir enga ástæðu haft til að trúa öðru en að sanningsdrögin sem lágu fyrir væru í samræmi við lög. Í millitíðinni hafi röð atburða truflað þetta ferli mikið, svo sem eignarhaldsbreytingar á fyrirtækinu, sumarleyfi og forstjóraskipti. Þegar liðið hafi að hausti hafi menn tekið upp samninga við H í góðri trú og skrifað undir, enda ekki heyrt af öðru en samþykkt hefði verið af lögmanni.

Með greinargerðinni hafi jafnframt verið lögð fram yfirlýsing framkvæmdastjóra H, en með henni sé staðfestist að Skífan hafi á árunum 2002-2005 ekki haft afskipti af innkaupastefnu H á sviði tónlistardiska og annars afþreyingarefnis. Skífan hafi því hvorki gert kröfu um að tiltekið hlutfall afþreyingavara í verslunum H kæmi frá Skífunni né gert aðrar viðlíka kröfur. H hafi heldur aldrei haft það að markmiði á ofangreindu tímabili að tiltekið hlutfall innkeypts afþreyingarefnis væri keypt af Skífunni. Afsláttarkjör H hafi ekki verið háð því að H keypti tiltekið hlutfall afþreyingarefnis þess sem væri til sölu í verslunum H af Skífunni í samræmi við orðalag samninga aðila. Fastur afsláttur Ha hafi verið 8,5%.

Í greinargerðinni sé vakin athygli á því að á sama tíma og síðari samningurinn var gerður, þ.e. strax í kjölfar eigenda- og forstjóraskipta hjá stefnanda, hafi verið ráðist í umfangsmiklar skipulagsbreytingar hjá stefnanda sem gagnert hafi miðað að því að auka samkeppni, meðal annars með því að skerpa aðgreininguna milli heildsölu- og smásölustarfsemi stefnanda. Þetta sýni ótvírætt fram á að hjá stefnanda hafi enginn brotavilji verið gagnvart samkeppnislögum, heldur hafi það þvert á móti verið markmið stefnanda að stuðla að aukinni samkeppni og tryggja að starfsemi stefnanda væri að öllu leyti samþýðanleg ákvæðum samkeppnislaga og markmiðum þeirra.

Með ákvörðun stefnda nr. 20/2006 hafi verið komist að þeirri niðurstöðu að stefnandi hefði brotið gegn samkeppnislögum og lögð var stjórnvaldssekt á hann. Í ákvörðuninni segi að með samningi Norðurljósa (Skífunnar) og H 30. apríl 2003 hafi verið brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga. Með samningi Skífunnar ehf. og H í september 2004 hafi verið brotið gegn sömu lagagrein og 3. tl. ákvörðunarorðs ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 19/2004. Með heimild í 37. gr. samkeppnislaga skyldi stefnandi greiða stjórnvaldssekt að upphæð sextíu og fimm milljónir króna. Mat stefnda hafi verið, rétt eins og í frumathuguninni, að báðir samningarnir fælu í sér einkakaupasamninga og tryggðarafslætti í andstöðu við samkeppnislög, auk þess sem síðari samningurinn bryti í bága við ákvörðun stefnda nr. 19/2004. Um alvarlegt brot gegn samkeppnislögum væri að ræða. Ekki þótti þó sannað að aðgerðir stefnanda hefðu haft í för með sér ólögmetan ávinning fyrir hann eða að aðgerðirnar hefðu haft bein skaðleg áhrif á samkeppni á markaðnum. Engin þörf væri þó á því að sanna að aðgerðir, sem fælu í sér misnotkun, hefðu í raun haft skaðleg áhrif á markaðnum. Nægjanlegt væri að samningur væri til þess fallinn að hindra virka samkeppni. Fyrir lægi að umræddir samningar hefðu komist „til framkvæmda“. Að mati stefnda hefðu þeir verið „til þess fallnir að raska samkeppni í skilningi 11. gr. samkeppnislaga, án tillits til þess hvaða samkeppnislegu áhrif hin ólögmetu ákvæði höfðu í raun og veru á markaðnum“.

Þrátt fyrir að skaðleg samkeppnisleg áhrif væru ósönnuð, og þrátt fyrir að stefnanda hefði á sínum tíma verið gefinn kostur á að ljúka málinu gegn greiðslu að fjárhæð 35.000.000 króna, hafi sektin verið tæpum 100% hærri en þá hefði verið talið eðlileg sektarfjárhæð.

Með kærú til áfrýjunarnefndar samkeppnismála 14. júlí 2006 hafi stefnandi aðallega krafist þess að ákvörðun stefnda yrði hrundið og breytt með þeim hætti (1) að stefnandi yrði ekki talinn hafa með samningi stefnanda og H 30. apríl 2003 brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga og (2) að stefnandi yrði ekki talinn hafa með samningi stefnanda og H í september 2004 brotið gegn sömu lagagrein og 3. tl. ákvörðunarorða samkeppnisráðs nr. 19/2004. Til vara hafi þess verið krafist að hinni kærðu ákvörðun yrði breytt þannig að álögð stjórnvaldssekt yrði felld niður. Til þrautavara hafi stefnandi krafist þess að ákvörðunarorðum hinnar kærðu ákvörðunar yrði breytt með þeim hætti að sektin yrði stórlega lækkuð.

Í greinargerð stefnanda fyrir áfrýjunarnefndinni hafi meðal annars verið bent á að forsendur hinnar kærðu ákvörðunar fengju ekki staðist. Horft hafi verið fram hjá því að ákvæðin, sem þýðingu hefðu í málinu, hefðu aldrei verið framkvæmd. Samningarnir í heild sinni hefðu raunar aldrei komið til framkvæmda heldur aðeins hlutar þeirra. Ekki væri hægt að leggja framkvæmd á öðrum ákvæðum að jöfnu við framkvæmd á hinum ólögsmætu ákvæðum. Sú forsenda að samningarnir hefðu verið til þess fallnir að raska samkeppni þar sem þeir hefðu komist til framkvæmda fengi því ekki staðist.

Með úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála 21. september 2006 hafi ákvörðun stefnda nr. 20/2006 verið staðfest og jafnframt öll sjónarmið hinnar kærðu ákvörðunar um fjárhæð sektargreiðslu. Stefnandi telji úrskurðinn ekki standast lög og því hafi hann höfðað mál til ógildingar á honum, en til vara sé þess krafist að fjárhæð sú sem stefnanda var gert að greiða verði felld niður eða stórlega lækkuð.

Af hálfu stefnanda sé því hafnað að hann hafi haft markaðsráðandi stöðu á tímabili umræddra samninga. Þegar af þeirri ástæðu sé ekki um brot gegn samkeppnislögum að ræða. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála, svo og ákvörðun stefnda, hafi vörumarkaðurinn verið skilgreindur sem heildsölumarkaður á tónlistar- og tölvudiskum. Engar lagalegar hindranir standi samhliða innflutningi afþreyingar efnis í vegi á umræddum mörkuðum. Tiltölulega auðvelt hafi verið að flytja það til Íslands, svo sem með ódýrum fraktflutningum, enda sé það rúmlítið í eðli sínu og flutningskostnaður tiltölulega lágur. Þá hafi varan verið nákvæmlega sú sama, hvort sem hún hafi verið keypt af stefnanda eða af öðrum aðila. Öll þessi atriði séu til þess fallin að stuðla að samhliða innflutningi afþreyingarefnis. Af framangreindu leiði að byði stefnandi ekki smásölum upp á samkeppnishæf verð og þjónustu, hefðu þeir einfaldlega snúið sér til annarra aðila um kaup á afþreyingarefni. Þetta eigi sérstaklega við um tölvudiska og erlent tónlistarefni. Mörg dæmi séu um samhliða innflutning þessara vara hér á landi. Stefnandi hafi ekki fært fram fullnægjandi rök fyrir niðurstöðu sinni að þessu leyti eða sýnt fram á markaðsráðandi stöðu er styðji með fullnægjandi hætti niðurstöðu málsins.

Stefnandi mótmæli þeim skilningi stefnda að orðalag í samningnum frá 30. apríl 2003, um að H úthluti stefnanda (þá Norðurljósum) hilluplássi í samræmi við stærð þeirra á tónlistarmarkaði (um 85% af markaðshlutdeild), feli í sér að 85% af öllum tónlistardiskum, sem seldir yrðu í verslunum H, skyldu stafa frá stefnanda og að um einkakaupasamning væri þannig að ræða. Með þessu samningsákvæði væri einungis verið að tryggja að stefnandi nyti sannmælis, þar með talið að teknu tilliti til stærðar hans sem útgefanda, við útstillingu vara í verslunum H. Þegar hilluplássi sé úthlutað væri tekið tillit til markaðsstöðu stefnanda, enda alþekkt að hillupláss

væri af mismunandi stærðum og gerðum og misvel staðsett. Samningurinn hefði hins vegar ekki falið í sér að tiltekið hlutfall vara í verslunum H skyldi stafa frá stefnanda. Yfirlýsing framkvæmdastjóra H 30. maí 2005 stýddi ótvírætt skýringu stefnanda á inntaki samningsins. Gögn málsins sýndu heldur ekki fram á annað en að stefnandi hefði eingöngu haft afskipti af „display“ vara sinna í verslunum H. Einnig hafi verið bent á að umþrætt orðalag væri allt annars eðlis en orðalag síðari samningsins, sem einnig hafi verið talið fela í sér einkakaupasamning.

Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála sé ekki staðfest sú niðurstaða stefnda að umþrætt orðalag hafi falið í sér að samningurinn teldist til einkakaupasamnings. Sé slíkt raunar ekki talið skipta sköpum, sbr. orðalagið „[ekki] skiptir heldur máli þótt áfrýjandi hafi ekki gert kröfu um að tiltekið hlutfall tónlistar í verslunum [H] kæmi frá Skífunni“. Ákvæði hafi verið talið óeðlilegt, meðal annars að teknu tilliti til markmiðs samkeppnislaga, og til þess fallið að styrkja markaðsráðandi stöðu stefnanda. Aðferðir stefnanda væri ekki unnt að réttlæta með vísan til eðlilegra samkeppnislegra forsendna. Í úrskurðinum hafi niðurstaðan um brot gegn samkeppnislögum að þessu leyti verið byggð á öðrum sjónarmiðum en byggt hefði verið á af hálfu stefnda sem hafi talið að um hefðbundinn einkakaupasamning væri að ræða.

Af hálfu stefnanda sé alfarið hafnað þeim skilningi áfrýjunarnefndarinnar að ákvæði um „display“ séu í andstöðu við ákvæði samkeppnislaga og að slík ákvæði séu „óeðlileg“. Ósk um að útstilling taki nokkurt mið af stöðu viðkomandi útgefanda telji stefnandi eðlilega viðskiptahætti sem eigi sér réttlætanager samkeppnislegrar forsendur. Önnur niðurstaða myndi leiða af sér óeðlilega og ósamngjarna niðurstöðu. Kröfur um „display“ séu í samræmi við gildandi viðskiptavenjur, svo sem á sviði bókaútgáfu. Engin fordæmi séu fyrir því, hvorki í íslenskum né evrópskum samkeppnisrétti, að ákvæði um „display“ séu talin í andstöðu við samkeppnislög. Stefnandi hafi þannig í öllu falli ekki mátt vita að þarna væri um „brot“ gegn samkeppnislögum að ræða. Enn fremur hafi umrædd ákvæði verið forsenda þess að stefnandi gæti uppfyllt samningsbundnar skyldur sínar gagnvart einstökum listamönnum, en í útgáfusamningum við þá, bæði héraðs og erlendis, sé jafnan kveðið á um að viðkomandi útgefandi kappkosti að koma á framfæri og selja viðkomandi hugverk eða listflutning, enda afkoma listamanna oft en ekki háð sölu.

Af úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála verði jafnframt ráðið að nefndin telji umræddan samning fela í sér „afsláttarfyrirkomulag“ í andstöðu við ákvæði samkeppnislaga. Áfrýjunarnefndin virtist telja, rétt eins og stefndi, að afsláttarfyrirkomulagið væri til þess fallið að H myndi kappkosta að beina mestum viðskiptum sínum til stefnanda til þess að tryggja umræddan viðbótarafslátt, þ.e. 10% afslátt í stað 8% afsláttar. Keppinautar stefnanda yrðu þannig útilokaðir frá markaðnum og samningurinn því til þess fallinn að raska samkeppni. Af hálfu stefnanda sé þessum skilningi harðlega mótmælt sem röngum. H hefði augljóslega óverulega fjárhagslega hagsmuni af því að selja diska fyrir 90.000.000 króna, en við það hefði félagið sparað sér aðeins nokkrar milljónir króna, eða aðeins brotabrot af kostnaði þess vegna þessarar starfsemi. Því sé ekki með sanngjörnum og skynsamlegum rökum hægt að halda því fram að umrætt afsláttarfyrirkomulag hafi verið til þess fallið að útiloka aðra aðila frá viðskiptum við H. Einnig sé 8%, eða eftir atvikum 10% afsláttur, ekkert frábrugðinn því sem gangi og gerist í daglegum viðskiptum, en afslættir séu viðurkennt viðskiptaform í atvinnulífinu. Strangar kröfur verði að

gera til sönnunar um að afsláttarfyrirkomulag brjóti gegn samkeppnislögum, þ.e. hafi í þessu tilviki verið til þess fallið að hafa skaðlegar samkeppnislegar afleiðingar. Því fari fjarri að slík sönnun hafi tekist. Þar fyrir utan hefðu umþrætt af sláttarákvæði aldrei verið lögð til grundvallar í samskiptum aðila heldur hafi verið veittur fastur afsláttur.

Í síðari samningnum frá september 2004 sé meðal annars kveðið á um fastan 8,5% afslátt. Miða skyldi við að hlutfall vöruúrvals í afþreyingarvörum væri í samræmi við markaðshlutdeild stefnanda, en markaðshlutdeildin hafi jafnframt verið tilgreind. Í ákvörðun stefnda, svo og úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála, virtist á því byggt að samningurinn fæli í sér einkakaupasamning og afsláttarfyrirkomulag í andstöðu við ákvæði samkeppnislaga og ákvörðun stefnda nr. 19/2004.

Af hálfu stefnanda sé því ekki andmælt að orðalag samningsins kunni sem slíkt að stríða gegn 11. gr. samkeppnislaga og tilvísaðri ákvörðun stefnda, enda sé orðalagið allt annars eðlis en orðalag samningsins frá árinu 2003. Afsláttarfyrirkomulag samningsins hafi þó sem slíkt ekki verið í andstöðu við samkeppnislög og þrátt fyrir að orðalagið kunni að einhverju leyti að vera andstætt samkeppnislögum sé ekki um brot á samkeppnislögum og fyrri ákvörðun stefnda að ræða. Tildrög samningsins megi með beinum hætti rekja til forstjóra- og eigendaskipta sem hafi orðið hjá stefnanda sumarið 2004. Jafnframt sé ljóst að ákvæðin hafi aldrei verið framkvæmd. Samningurinn hafi því ekki í heild sinni komið til framkvæmda heldur aðeins hluti hans. Gögn málsins sýni heldur ekki fram á annað og styðji málatilbúnað stefnanda. Umfangsmiklar skipulagsbreytingar hafi átt sér stað í kjölfarið af forstjóra- og eigendaskiptunum hjá stefnanda sumarið 2004 sem gagngert hafi miðað að því að auka samkeppni. Í úrskurði áfrýjunarnefndarinnar, rétt eins og í ákvörðun stefnda, sé allt að einu á því byggt að um „alvarlegt brot“ gegn samkeppnislögum sé að ræða. Virtist niðurstaðan byggjast á því að samningurinn hafi verið til þess fallinn að hindra eðlilega samkeppni, eins og segi í úrskurðinum. Ekki virtist skipta máli hvort umrædd samningsákvæði hefðu komið til framkvæmda eða verið byggð á misskilningi. Af hálfu stefnanda sé því andmælt að sýnt hafi verið nægilega fram á eða sannað að umræddur samningur hafi falið í sér raunverulega hættu á því að samkeppni yrði raskað. Ekki sé því um brot gegn samkeppnislögum eða ákvörðun samkeppnisráðs að ræða.

Verði háttsemi stefnanda talin fela í sér samkeppnisbrot krefjist stefnandi þess til vara að sektin, sem stefnanda var gert að greiða, verði felld niður eða stórlega lækkuð. Með úrskurði áfrýjunarnefndarinnar hafi verið staðfest sú ákvörðun stefnda að stefnanda bæri að greiða 65.000.000 króna í sekt vegna meintra brota gegn samkeppnislögum, þrátt fyrir að skaðleg samkeppnisleg áhrif væru ósönnuð, og þrátt fyrir að stefnanda hefði á sínum tíma verið gefinn kostur á að ljúka málinu gegn greiðslu að fjárhæð 35.000.000 króna. Sektarfjárhæðin teljist til refsikenndra viðurlaga, eða í öllu falli ígildi slíkra viðurlaga, sbr. og til hliðsjónar 6. gr. mannréttindasáttmála Evrópu, sbr. lög nr. 62/1994. Þetta leiði meðal annars til þess að við ákvörðun sektargreiðslu sé nauðsynlegt að líta til alvarleika meints brots, þess skaða sem það kunni að hafa valdið, tímans sem brot hafi varað og huglægrar afstöðu stjórnenda stefnanda. Atriði á borð við varnaðaráhrif, svo og háttsemi aðila eftir meint brot, hafi einnig ótvíræða þýðingu. Meta verði hvert mál fyrir sig, meðal annars út frá því hvernig málsatvikum öllum sé háttað. Gera verði kröfu til þess að ákvörðun sektar sé í skynsamlegu samhengi við meint brot.

Þessi sjónarmið falli einnig að þeim sjónarmiðum sem viðurkennt hafi verið að leggja beri til grundvallar við ákvörðun sektargreiðslna innan samkeppnisréttarins, sbr. orðalag 37. gr. samkeppnislaga um að við ákvörðun sekta skuli hafa „hliðsjón af eðli og umfangi samkeppnishamlna og hvað þær hafa staðið lengi“ og að við ákvörðun sektarfjárhæðar geti Samkeppniseftirlitið „m.a. haft hliðsjón af samstarfs vilja hins brotlega fyrirtækis“. Ákvæðið sé í samræmi við meginreglu EB/EES-samkeppnisréttar um að við ákvörðun svokallaðrar grunnsektarfjárhæðar beri annars vegar að líta til alvarleika brots, sem ráðist einkum af eðli brots og áhrifum þess svo og stærð markaðarins, og hins vegar þess tíma sem brot standi yfir.

Þar sem ákvörðun um greiðslu sektar sé íþyngjandi stjórnvaldsákvörðun væru samkeppnisyfyrvöld við töku slíkrar ákvörðunar meðal annars bundin af meðalhófsreglu stjórnsýsluréttar, sbr. 12. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993. Til þess að umþrætt sektar greiðsla teljist lögmæt verði því að líta svo á að ekki sé hægt að ná þeim markmiðum, sem búi að baki henni, án álagningar sektar eða með lægri sekt. Í 37. gr. samkeppnislaga komi fram að ekki beri að beita sektum teljist brot „óverulegt eða af öðrum ástæðum sé ekki talin þörf á slíkum sektum til að stuðla að og efla virka samkeppni“.

Sé horft til framangreindra atriða sé sektin sem lögð var á stefnanda, að fjárhæð 65.000.000 krónur, ólögmæt og raunar óskiljanleg, enda í engu skynsamlegu samhengi við málsatvik, reglur samkeppnisréttar um ákvörðun sekta og meðalhófsreglu stjórnsýsluréttar. Ekkert liggi fyrir um eða bendi til þess að meint samkeppnisbrot stefnanda hafi haft í för með sér skaðlegar afleiðingar en fram komi í ákvörðun stefnda að ekki sé lagt til grundvallar að þessar aðgerðir hafi haft í för með sér ólögmætan ávinning fyrir stefnanda eða talið sannað að aðgerðirnar hafi haft bein skaðleg áhrif á samkeppnina á markaðnum. Sömu sjónarmið hafi verið lögð til grundvallar af áfrýjunarnefndinni. Áhrif meintra brota hljóti því að teljast óveruleg sem dragi jafnframt mjög úr alvarleika brotsins. Í ákvörðun stefnda, sem áfrýjunarnefndin virtist staðfesta, komi fram að ósannað sé að meint brot hafi haft í för með sér beinar skaðlegar afleiðingar á markaðnum, sem aðeins leiði til þess að sektarfjárhæðin verði ekki sérstaklega hækkuð, en hefði hins vegar ekki bein áhrif á grunnsektarfjárhæðina sem slíka. Þessi aðferðafræði sé að mati stefnanda í beinni andstöðu við viðurkennd sjónarmið samkeppnisréttar um ákvörðun sektargreiðslna.

Brotin sem um ræði verði afsláttarkerfi beggja samninga, eins og þau hafi verið uppbyggð, svo og ákvæði hins fyrra samnings um „hillupláss“ $\displaystyle$ , en samkvæmt eðli sínu verði þau vart talin til mjög alvarlegra samkeppnisbrota á borð við ólögmætt samráð og grófa misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Við ákvörðun sektar beri að horfa til þess. Í ákvörðun stefnda væri á því byggt að umþrætt ákvæði hins fyrra samnings um „hillupláss“ eða „display“ fæli í sér einkakaupasamning. Sú niðurstaða hafi hins vegar ekki verið staðfest með ákvörðun áfrýjunarnefndarinnar. Ákvæði um „hillupláss“ eða „display“ sé í öllu falli ekki jafn gróft brot gegn samkeppnislögum og einkakaupasamningur. Af þessari ástæðu einni beri að lækka umrædda sektarfjárhæð.

Í úrskurði áfrýjunarnefndarinnar, rétt eins og í ákvörðun stefnda, virtist lagt til grundvallar að meint samkeppnisbrot stefnanda „hafi staðið“ yfir frá 1. maí 2003 til 30. apríl 2004 og frá 1. október 2004 til 25. maí 2005. Sú tímalengd sem brotin stóðu yfir horfði til þyngingar viðurlaga. Hin meintu ólögmætu ákvæði hafi þó

aldrei komið „til framkvæmdar“. Í úrskurði áfrýjunarnefndarinnar og ákvörðun stefnda sé þessu ekki hnekkkt. Að mati stefnanda fái þá ekki staðist að halda því fram að samkeppnisbrot „hafi staðið yfir“ tiltekið tímabil en slíkt feli í sér innbyrðis mótsögn.

Jafnvel þó að talið yrði að meint brot hafi „staðið yfir“ á umæddu tímabili, hafi í samkeppnisrétti verið talið að standi brot skemur yfir en eitt ár, svo sem ástatt hafi verið um síðari samninginn, eigi tímalengd brots ekki að hafa áhrif til hækkunar. Af forsendum úrskurðar áfrýjunarnefndarinnar verði ekki ráðið að slík sjónarmið hafi verið lögð til grundvallar. Virtist áfrýjunarnefndin, rétt eins og stefndi, þvert á móti byggja á því að brotin hafi staðið yfir í tvö ár og slíkt horft til þyngingar viðurlaga. Tími meintra brota sé lagður saman og þannig litið á þau sem eitt brot, sbr. orðalagið „brotið varði því í tæplega tvö ár“ í ákvörðun stefnda. Hins vegar sé litið á umædda samninga sem aðskilin brot að öðru leyti, og þannig talað um hvorn samning sem sérstakt brot gegn samkeppnislögum, en samkeppnisyfirvöld geti ekki bæði „haldið og sleppt“ eftir hentugleika í þessu sambandi.

Í samkeppnisrétti hafi brot verið flokkuð eftir alvarleika þeirra. Til minniháttar brota teljist almenn brot, sem geti bæði falið í sér lóðréttar og láréttar samkeppnishömlur, en hafi lítil sem engin skaðleg áhrif á markaðnum. Til alvarlegra brota teljist almennt brot sömu tegundar og í flokki minniháttar brota, en þó þannig að þeim sé framfylgt fastar eftir og þau hafi víðtækari áhrif á markaðnum. Alvarlegustu samkeppnisbrotin séu almennt talin ólögmeitt verðsamráð, skipting markaða og gróf misnotkun aðila, sem sé nánast einráður á markaði, á stöðu sinni, svo sem ef aðgerðir hans miði augljóslega að því að bola nýjum samkeppnisaðila af markaði, sbr. og til hliðsjónar Hrd. nr. 37/2003 („grænmetismál“/verðsamráð), þar sem sektir að fjárhæð 5.000.000 króna til 25.000.000 króna hafi verið lagðar á hina brotlegu aðila, sbr. og til hliðsjónar úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2006 („Flugleiðsögu þjónustan“/gróf misnotkun á markaðsráðandi stöðu), þar sem sektin hafi verið 60.000.000 króna.

Með hliðsjón af málsatvikum öllum, þar með talið að meint brot stefnanda hafi engin skaðleg samkeppnisleg áhrif haft, eða slík áhrif væru a.m.k. ósönnuð, hljóti brot stefnanda undir öllum kringumstæðum að vera í „neðri mörkum“ umrædds mælikvarða. Sektarfjárhæðin og forsendur úrskurðar áfrýjunarnefndarinnar, svo og stefnda, séu hins vegar verulega á skjön við þetta. Sektin sé fimm sinnum hærri en sekt sú sem lögð var á fyrirrennara stefnanda með úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 1/2002, en þar var talið um grófa misnotkun á markaðs ráðandi stöðu að ræða, sem haft hefði áhrif á markaði, meðal annars þau að samkeppnisaðila hafi verið ýtt burt.

Tilboð stefnda hafi verið að gefa stefnanda kost á „að ljúka málinu“ gegn greiðslu að fjárhæð 35.000.000 króna eða mun lægri fjárhæðar en síðar hafi verið lögð á stefnanda. Stefnandi hafi hins vegar hafnað þessu tilboði enda afdráttarlaust mat stefnanda, að eins og máli þessu væri öllu háttáð, væri engin ástæða til sektargreiðslu, hvað þá í námunda við þær fjárhæðir sem stefndi hefði lagt til. Stefnandi hafi því talið rétt að láta reyna á réttarstöðu sína, og að sama skapi gengið út frá því, að sektargreiðsla í stjórnslumálinu yrði ekki hærri en næmi framangreindri fjárhæð.

Í ákvörðun stefnda hafi brot stefnanda ekki verið talin viðtækari en í frumathugun inni. Þvert á móti hafi skaðleg samkeppnisleg áhrif verið talin ósönnuð, sem og í úrskurði áfrýjunarnefndarinnar. Því hafi verið tekið undir sjónarmið stefnanda að ákveðnu marki eftir útgáfu frumathugunarinnar, sem hefði átt að leiða til lækkunar áðurgreinds „tilboðs“, og um leið staðfesta það mat stefnanda að ekki hefði verið rétt „að ganga að því“ á sínum tíma. Allt að einu hafi sektin verið hækkuð um tæplega 100% frá því sem áður hefði verið talið eðlilegt.

Stefnandi geri verulegar athugasemdir við þessa stjórnsluhætti stefnda. Stefnandi hafi mátt treysta því að sekt í mögulegu stjórnslumáli yrði aldrei hærri en 35.000.000 króna, nema því aðeins að eitthvað sérstakt kæmi í ljós eftir frumathugun stefnda sem gæfi sérstakt tilefni til hærri sektargreiðslu. Engar réttarreglur væru í gildi, sem kvæðu á um afslátt af sektarfjárhæð vegna mis notkunar á markaðsráðandi stöðu, verði máli lokið með sátt. Reglum sé eingöngu til að dreifa um niðurfellingu eða lækkun sekta í samráðsmálum. Við ákvörðun sektar beri samkeppnisyfirvöldum því að fara eftir almennum reglum samkeppnislaga um ákvörðun sektargreiðslna án tillits til þess hvort máli sé lokið með sátt eða ekki. Ekki sé hægt að refsast aðilum fyrir að vilja láta reyna á réttarstöðu sína.

Með vísan til þessa verði ekki lögð hærri sekt á stefnanda en 35.000.000 króna. Önnur niðurstaða væri á skjön við meginreglur réttarins um fyrirsjáanleika í stjórnslunni og réttaröryggi borgaranna. Við ákvörðun sektargreiðslu séu stefndi, sem og áfrýjunarnefndin, bundin af meðalhófsreglu stjórnsluréttar. Þar sem stefndi hafi talið hæfilega sekt á sínum tíma vera 35.000.000 króna sé það ótvíræð vísbending um að sektin, sem síðar var lögð á stefnanda, brjóti gegn meðalhófsreglunni.

Þá sé jafnframt byggt á því að fjölmörg atriði eigi að hafa áhrif til „mildunar“ við ákvörðun sektarfjárhæðarinnar í samræmi við meginreglur samkeppnisréttar í þeim efnum. Eina atriðið sem virtist hafa haft áhrif til mildunar í úrskurði áfrýjunarnefndarinnar, rétt eins og í ákvörðun stefnda, sé að stefnandi hafi sagt upp samningi sínum frá september 2004 við H í maí 2005, eftir að rannsókn samkeppnisyfirvalda hófst. Stefnandi telji að önnur atriði eigi einnig að hafa áhrif til mildunar.

Í fyrsta lagi sé almennt talið að hafi sammingsákvæði, sem feli í sér brot, ekki verið framfylgt, svo sem hér hafi verið ástatt, eigi það að hafa áhrif til mildunar. Í úrskurði áfrýjunarnefndarinnar og í ákvörðun stefnda sé hins vegar ekkert tillit tekið til þessa sjónarmiðs, enda þótt því sé ekki hafnað að hinum ólögum ákvæðum hafi ekki verið framfylgt.

Í öðru lagi verði að telja að þegar um gáleysisbrot sé að ræða hafi það almennt áhrif til mildunar. Í úrskurði áfrýjunarnefndarinnar og í ákvörðun stefnda sé ekkert tillit tekið til þessa heldur þvert á móti talið að stefnandi verði að „bera fulla ábyrgð á ætluðu gáleysi sínu“, eins og segi í ákvörðun stefnda. Um „afsakanlegt gáleysi“ hafi verið að ræða af hálfu stefnanda. Jafnframt verði að telja það til „afsakanlegs gáleysis“ verði fyrri samningurinn talinn andstæður samkeppnislögum, enda engin fordæmi þess að samningar, sem áskilji að „display“ vara taki ákveðið mið af markaðsstöðu aðila, séu taldir andstæðir samkeppnislögum, svo sem byggt sé á í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Stefnandi hafi þannig verið í réttmætri

trú um lögmæti umþrætts ákvæðis. Fyrri samkeppnisbrot stefnanda hafi verið framin í tíð annarra eigenda og stjórnenda. Jafnvel þó svo að um ítrekuð brot stefnanda sem slíks kunni að vera að ræða tæknilega, gildi ekki hið sama um eigendur og stjórnendur stefnanda. Eðlilegt sé að taka nokkurt tillit til þessa.

Þá verði í þriðja lagi að líta til þess að í samkeppnisrétti hafi verið talið að þegar aðila, sem talinn er brotlegur gegn samkeppnislögum, hafi ekki mátt sannanlega vera ljóst að háttsemi sín væri ólögmæt eigi slíkt að hafa áhrif til mildunar. Slík aðstaða sé ótvírætt til staðar að því er fyrri samninginn varði.

Í fjórða lagi byggji stefnandi á því að hann hafi við meðferð málsins hjá samkeppnis yfirvöldum sýnt samstarfsvilja sem leiða eigi til mildunar hugsanlegrar sektar fjárhæðar, sbr. og ákvæði 37. gr. samkeppnislaga sem kveði á um að við ákvörðun sektarfjárhæðar megi hafa „hliðsjón af samstarfsvilja hins brotlega fyrirtækis“. Stefnandi hafi allt frá upphafi málsins kappkostað að upplýsa stefnda um tildrög, efnis og framkvæmd umræddra samninga. Fyrirsvarsmaður stefnanda hafi meðal annars fundað með fulltrúum stefnda á upphafstíma málsins, ásamt því að lögmaður stefnanda hafi fundað sérstaka með þeim. Báðir samningarnir hafi komist í hendur stefnda fyrir tilstuðlan stefnanda sem hafi aldrei reynt að leyna tilvist þeirra. Ummælum í ákvörðun stefnda, sem staðfestar virtust af áfrýjunarnefndinni, þess efnis að aðgerðir stefnanda hafi takmarkast við það að sýna fram á að ekki væri ástæða til að beita stefnanda neinum viðurlögum, sé alfarið mótmælt sem röngum og meiðandi. Þegar fyrirtæki reyni að verja aðgerðir sínar fyrir samkeppnis yfirvöldum, á sama tíma og leitast sé við að upplýsa mál, leiði vart sjálfkrafa til þess að um engan „samstarfsvilja“ hafi verið að ræða. Ekki verði séð hvernig samstarfsvilji hefði átt að koma fram með öðrum hætti.

Þá verði að hafa í huga nauðsyn á skýrleika refsheimilda. Umrædd sektarfjárhæð sé slík að eðli og umfangi að hún teljist til refsikenndra viðurlaga, eða í öllu falli ígildi slíkra viðurlaga. Ákvæði um „display“ séu að mati stefnanda ekki í andstöðu við ákvæði samkeppnislaga. Ósk um að útstilling eða „display“ vara taki mið af stöðu viðkomandi útgefanda, þ.e. þannig að hann njóti sannmælis, teljist til eðlilegra viðskiptahátta sem eigi sér réttlætningarlegar samkeppnislegar forsendur. Jafnframt sé það mat stefnanda að kröfur um „display“ séu í samræmi við gildandi viðskiptavenjur. Engin fordæmi væru fyrir því, eftir því sem stefnandi vissi best, hvorki í íslenskum né evrópskum samkeppnisrétti, að ákvæði um „display“ væru talin í andstöðu við samkeppnislög. Þannig hafi stefnandi ekki mátt vita að um brot gegn samkeppnislögum kynni að vera að ræða. Verði talið að umrætt samningsákvæði sé í andstöðu við samkeppnislög komi ekki til álitu að beita stefnanda viðurlögum vegna þessa, enda síður en svo ljóst af lestri samkeppnislaga, sbr. einkum 11. gr. laganna, þ.m.t. með hliðsjón af réttarframkvæmd, að ákvæði um „hillupláss“/„display“ feli í sér brot gegn samkeppnislögum. Stefnandi vísi til hliðsjónar til meginreglu refsiréttar um skýrleika refsheimilda, sem hljóti einnig eðli málsins samkvæmt að gilda þegar beitt sé jafn hárrí stjórnvaldssekta og hér hafi verið gert.

Í ákvörðun stefnda segi að við mat á sektum sé rétt að hafa hliðsjón af möguleikum hins brotlega aðila til þess að hafa áhrif á markaðinn, sérstaklega með hliðsjón af stærð og efnahagslegum styrkleika viðkomandi aðila. Sú ályktun sé dregin af gögnum málsins að stefnandi sé fjársterkt fyrirtæki. Virtist þetta hafa haft áhrif á ákvörðun sektargreiðslunnar, meðal annars til að tryggja fullnægjandi

varnaðaráhrif. Sérstaklega sé vísað til heildartekna stefnanda á árinu 2004, þ.m.t. á mörkuðum fyrir heildsölu á tónlistardiskum og tölvuleikjum. Sömu sjónarmið hafi verið lögð til grundvallar af hálfu áfrýjunarnefndar samkeppnismála, en þar segi meðal annars að til þess að stjórnarsýslusektir sem þessar geti haft tilætluð áhrif verði að taka mið af styrkleika stefnanda og að þar komi velta hans á síðasta almanaksári og þeirrar samstæðu sem hann tilheyri einkum til skoðunar. Tekjur, einar og sér, geti að sjálfsögðu ekki verið ráðandi atriði við mat á efnahagslegum styrkleika fyrirtækis. Fjárhagsstaða stefnanda hafi þvert á móti verið mjög erfið. Framangreind röksemdafærsla fái því ekki staðist.

Um lagarök vísi stefnandi til samkeppnislaga nr. 44/2005, stjórnarsýslulaga nr. 37/1993, ólögfesta meginreglna stjórnarsýsluréttar, meginreglna réttarins um ákvörðun viðurlaga og mannréttindaákvæða stjórnarskrár, sbr. og lög nr. 62/1994 um mannréttindasáttmála Evrópu. Krafa um málskostnað styðjist við XXI. kafla laga nr. 91/1991, aðallega 129. og 130. gr.

### **Málsástæður og lagarök stefnda**

Af hálfu stefnda er vísað til þess að stefnandi krefjist aðallega að felldur verði úr gildi úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála er varði tvo samninga sem stefnandi hafi gert við H á árunum 2003 og 2004. Með úrskurðinum hafi verið staðfest ákvörðun stefnda um að með gerð umræddra samninga hafi stefnandi gerst sekur um misnotkun á markaðsráðandi stöðu og þar með brot á 11. gr. samkeppnislaga nr. 8/1993, nú 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005. Annars vegar sé um að ræða samning um sölu á tónlist á geisladiskum 30. apríl 2003, þar sem m.a. sé kveðið á um að hillupláss stefnda í verslunum H skuli vera í samræmi við markaðshlutdeild hans og um stighækkandi afslátt náí viðskipti tiltekinni fjárhæð. Hins vegar sé um að ræða samning um sölu á afþreyingarefni í formi tónlistar, kvikmynda og tölvuleikja í september 2004, þar sem m.a. sé kveðið á um að hlutfall stefnda í vöruúrvali H skuli vera í samræmi við markaðshlutdeild hans og afslátt sem miðist við að viðskipti nemi tiltekinni fjárhæð. Síðari samningurinn brjóti jafnframt í bága við ákvörðun samkeppnisráðs nr. 19/2004.

Stefndi mótmæli þeim staðhæfingum stefnanda að í umræddri ákvörðun og úr skurði séu ekki færð fullnægjandi rök fyrir skilgreiningu hans á viðkomandi markaði og stöðu stefnanda á þeim markaði. Þvert á móti sé skilgreining viðkomandi markaðar og mat stefnda á stöðu stefnanda á honum ítarlega rökstudd með hliðsjón af fyrirliggjandi gögnum og viðurkenndum sjónarmiðum í samkeppnisrétti.

Viðkomandi vöru- eða þjónustumarkaður sé skilgreindur sem markaður fyrir heild sölu á tónlist á geisladiskum annars vegar og heildsölu á tölvuleikjum hins vegar og hafi þeirri skilgreiningu ekki verið mótmælt af hálfu stefnanda. Stefnandi telji stefnda hins vegar ranglega skilgreina viðkomandi landfræðilegan markað sem Ísland, en stefnandi telji að skilgreina beri hann rýmra vegna möguleika á samhliða innflutningi afþreyingarefnis. Þessu hafni stefndi alfarið í ákvörðun stefnda nr. 20/2006 og í úrskurði áfrýjunarnefndarinnar í máli nr. 4/2006 komi fram að magn viðskipta við erlenda aðila þurfi að vera umtalsvert til þess að unnt sé að rýmka skilgreiningu á hinum landfræðilega markaði vegna þeirra. Ekkert hafi komið fram

Í þessu máli sem gefi nægilega til kynna að svo hátti til á þeim markaði sem hér um ræði. Enn fremur beri að líta til þess að íslensk tónlist sé stór hluti af markaðnum og verði hún eðli málsins samkvæmt einungis sótt til íslenskra heildsala. Auk þess skorti alfarið gagnkvæmni, en til þess að unnt sé að líta svo á að vörur séu á sama landfræðilega markaði þurfi staðganga að vera gagnkvæm. Ekkert benti til þess að íslenskir heildsalar selji afþreyingarefni til erlendra smásala svo nokkru nemi. Hæstiréttur hafi þegar komist að þeirri niðurstöðu að umræddur markaður sé landsbundinn, sbr. dóm Hæstaréttar í máli nr. 323/2003, en ekkert hafi komið fram sem bendi til þess að markaðsaðstæður hafi breyst að þessu leyti síðan sá dómur var kveðinn upp. Sama komi fram í dómi undirréttar EB frá 13. júlí 2006 í máli nr. T-464/04, Impala, international association gegn framkvæmdastjórninni. Málið varði samruna tveggja stærstu hljómplötuframleiðenda í heimi, Sony og Bertelsman. Í dóminum hafi með sama hætti og í dómi Hæstaréttar verið lagt til grundvallar að um landsmarkaði væri að ræða varðandi sölu tónlistar á geisladiskum. Þá sé ekki samræmi í viðhorfum stefnanda að þessu leyti. Í samningnum sé t.d. vísað til þess að markaðshlutdeild stefnda í tónlist sé 85% og markaðshlutdeild hans í tölvuleikjum 90%. Sýni þetta ótvírætt að stefndi hafi talið þann landfræðilega markað sem hann starfi á ekki vera stærri en Ísland. Stefnandi haldi því þó fram að hann sé ekki í markaðsráðandi stöðu á viðkomandi markaði. Þessu mótmæli stefndi. Markaðshlutdeild stefnanda á hinum skilgreindu mörkuðum sé og hafi verið um margra ára skeið langt yfir þeim mörkum sem í samkeppnisrétti væru talin skilja á milli fyrirtækja sem væru í markaðsráðandi stöðu og þeirra sem væru það ekki.

Í EES/EB-samkeppnisrétti sé litið svo á að markaðshlutdeild sé ein veigamesta vísbendingin um það hvort viðkomandi fyrirtæki hafi markaðsráðandi stöðu. Ítrekað hafi komið fram hjá dómstólum EB að 50% markaðshlutdeild feli í sér sönnun á tilvist markaðsráðandi stöðu nema einstakar aðstæður bentu til annars, sbr. t.d. dóm undirréttar EB í máli nr. T-210/01, General Electric Company gegn framkvæmdastjórninni. Þetta þýði að sönnunarbyrðin um hið gagnstæða hvíli á því fyrirtæki sem telji sig ekki vera í slíkri stöðu þrátt fyrir svo háa markaðshlutdeild. Ályktun sem draga megja af markaðshlutdeild um markaðsráðandi stöðu sé enn sterkari ef fyrirtæki hafi meira en 50% hlutdeild. Markaðshlutdeild yfir 70% hafi ein og sér verið talin fullnægjandi sönnun fyrir því að um markaðsráðandi stöðu sé að ræða. Einnig sé litið svo á að vísbending sé um markaðsráðandi stöðu ef talsverður munur er á markaðshlutdeild viðkomandi fyrirtækis og keppinauta þess.

Á árinu 2004 hafi stefnandi verið með um 75% hlutdeild á markaði fyrir tónlist á geisladiskum og um 88% hlutdeild á markaði fyrir tölvuleiki. Sú hlutdeild hafi aukist á milli ára og árið 2005 hafi stefnandi verið með um 83% hlutdeild á heildsölumarkaði fyrir tónlistardiska og um 90% á markaði fyrir tölvuleiki. Þeir keppinautar sem komið hafi næst stefnanda á markaði fyrir tónlistardiska hafi á sama tíma verið með markaðshlutdeild á bilinu 1-8% og eini keppinautur stefnanda á markaði fyrir heildsölu á tölvuleikjum hafi verið með um 10% markaðshlutdeild. Til þess að markaðsráðandi staða teljist ekki vera fyrir hendi þegar markaðshlutdeild sé svo há þurfi mjög sérstakar aðstæður að vera fyrir hendi. Því fari fjarri að stefnandi hafi í þessu máli sýnt fram á að svo sé á hinum skilgreindu mörkuðum. Eina röksemd stefnanda að þessu leyti sé sú að ekki væru fyrir hendi lagalegar aðgangshindranir sem standi samhliða innflutningi afþreyingarefnis í vegi og hann standi því frammi fyrir samkeppni erlendis frá. Þetta eitt nægi að sjálfsgöðu ekki til þess að stefnandi, sem annars vegar sé með um 75-83% og hins

vegar um 88-90% markaðshlutdeild, teljist ekki vera í markaðsráðandi stöðu á hinum skilgreindu mörkuðum, enda geti samkeppni ríkt á mörkuðum þrátt fyrir að þar starfi fyrirtæki í markaðsráðandi stöðu. Sú samkeppni sé engu að síður takmörkuð og viðkvæm fyrir öllum aðgerðum hins markaðsráðandi fyrirtækis. Stefnandi hafi um langa hríð haft yfirburðastöðu á markaðnum og hafi markaðshlutdeild hans farið vaxandi sem sé ótvírætt til vitnis um markaðsstyrk stefnanda.

Stefndi telji ljóst að umræddur samningur stefnanda við H 30. mars 2003 hafi verið ólögsmætur einkakaupasamningur eins og fram komi í ákvörðun stefnda nr. 20/2006. Stefnandi vísi til þess að umfjöllun stefnanda um mun á samningum um framstillingu vöru annars vegar og samningum um úthlutað hilluplássi hins vegar sé afar ósannfærandi. Í fyrsta lagi verði illa af henni ráðið nákvæmlega í hverju sá munur felist og hvers vegna hann leiði til þess að samningar um framstillingu hafi síður útilokunaráhrif en samningar um hillupláss. Samningurinn kveði skýrlega á um að stefnanda skuli úthlutað hilluplássi í samræmi við markaðshlutdeild og því engin efni til að líta svo á að í honum felist eitthvað allt annað. Yfirlýsingar framkvæmdastjóra H, sem gefin hafi verið eftir að mál þetta kom til kasta stefnda, hafi ekkert sönnunargildi að þessu leyti. Sú viðskiptavenja sem stefnandi vísi til í þessu sambandi hafi ekki nokkra þýðingu auk þess sem ekkert liggi fyrir um tilvist slíkrar venju og sé henni mótmælt.

Með umræddum samningi hafi stefnanda verið úthlutað hilluplássi í verslunum H í samræmi við 85% markaðshlutdeild hans. Stefnandi hafi því átt heimtingu á 85% af því rými sem ætlað hafi verið fyrir geisladiska í verslunum H og því eðli málsins samkvæmt ljóst að H hafi verið skuldbundin til að kaupa verulegan hluta þeirrar vöru af stefnanda. H hafi samkvæmt samningnum verið óheimilt að eftirláta öðrum hillupláss umfram 15% og þar með hefði það ekki keypt vöru af öðrum umfram það. Samningurinn sé því réttilega skilgreindur sem einkakaupasamningur og með honum hafi stefnandi takmarkað verulega möguleika samkeppnisaðila á að auka hlutdeild sína á hinum skilgreinda markaði enda sé H óumdeilanlega mikilvægasti smásöluaðili viðkomandi vöru sem ekki sé hluti af sömu fyrirtækjasamstæðu og stefnandi. Útilokunaráhrif samningsins séu því umtalsverð.

Stefndi hafni túlkun stefnanda á úrskurði áfrýjunarnefndarinnar. Stefnandi telji ranglega að niðurstaða nefndarinnar um ólögsmæti þessa samnings hafi verið byggð á öðrum forsendum en að um einkakaupasamning væri að ræða. Þessa ályktun dragi stefnandi af þeim ummælum í úrskurði nefndarinnar að ekki skipti máli að stefnandi hafi ekki gert kröfu um að tiltekið hlutfall tónlistar í verslunum H kæmi frá honum. Í þessum ummælum felist ekki að áfrýjunarnefndin telji umræddan samning ekki vera einkakaupasamning enda miðist umfjöllun nefndarinnar að öðru leyti við að svo sé. Í þessum ummælum felist þvert á móti að ekki skipti máli við mat á því hvort um slíkan samning sé að ræða að beinlínis hafi verið gerð krafa um tiltekið hlutfall vöruúrvals heldur nægi að gerð hafi verið krafa um tiltekið hillupláss, svo sem gert hafi verið í þeim samningi sem hér sé til umfjöllunar.

Í EES/EB-samkeppnisrétti sé talið að um einkakaupasamning geti verið að ræða, þó að ekki sé kveðið á um slíkt í samningnum, ef áhrif hans væru hin sömu. Þetta komi m.a. skýrt fram í dómi undirréttar EB í máli nr. T-65/98, Van den Bergh Foods Ltd. gegn framkvæmdastjórninni um kæla fyrir frystivöru. Þar hafi atvik verið með þeim hætti að ísframleiðandi hafi látið smásölum í té kæla fyrir vörur sínar með

þeim skilmálum að aðrar frystivörur en þær sem hann framleiddi skyldu ekki vera geymdar í þeim. Þetta hafi verið talið útiloka aðra framleiðendur viðkomandi frystivöru frá því að eiga viðskipti við umrædda smásala og þó svo að samningurinn hefði ekki að geyma ákvæði um einkakaup hafi verið talið að áhrif hans væru hin sömu. Þar sem umræddur ísframleiðandi hafi verið í markaðsráðandi stöðu á viðkomandi markaði hafi samningurinn verið talinn brjóta í bága við 82. gr. Rómarsáttmálans.

Stefndi mótmæli enn fremur sérstaklega þeim rökum stefnanda að umrætt ákvæði hafi verið forsenda þess að hann gæti uppfyllt samningsbundnar skyldur sínar gagnvart einstökum listamönnum. Í slíkum skyldum felist ekki heimild fyrir markaðsráðandi fyrirtæki til að gera samninga sem útiloki keppinauta þess frá því að koma vörum sínum á framfæri.

Stefndi hafni röksemdum stefnanda um að afsláttarfyrirkomulag, sem felist í samningnum frá 30. september 2003, hafi ekki verið til þess fallið að útiloka aðra frá viðskiptum við H. Þegar fyrirtæki í markaðsráðandi stöðu semji við kaupanda vöru, um að hækka afslátt eftir að tilteknu sölumarkmiði er náð, sé augljóst hvaða áhrif slíkur samningur hafi. Hann sé til þess fallinn að binda viðkomandi kaupanda í viðskiptum við hið markaðsráðandi fyrirtæki og útiloki þar með aðra seljendur sams konar vöru frá því að eiga viðskipti við þann kaupanda. H sé einn mikilvægasti smásöluaðili tónlistar á geisladiskum hér á landi og séu útilokunaráhrif þessa afsláttarfyrirkomulags því veruleg. Vangaveltur stefnanda um þýðingu fjárhæðar þess afsláttar sem um hafi verið samið sé afar ósannfærandi. Aðilar hafi talið það ómaksins virði að semja um þennan afslátt og að H hafi talið hann fullnægjandi. Fullyrðingar um að H hafi haft óverulega fjárhagslega hagsmuni af samningnum séu því með öllu þýðingarlausar, enda megi telja fullvíst að fyrirtækið, sem starfrækt sé með hagnaðarvon í huga, kappkosti að ná því sölumarki sem um hafi verið samið og þar með fá viðbótarafslátt sem nemi umtalsverðri fjárhæð.

Þá hafi það enga þýðingu hvort umrætt ákvæði var framkvæmt með þessum hætti eða ekki. Margstaðfest sé, bæði af samkeppnisyfirvöldum hér á landi og á vettvangi EES/EB-samkeppnisréttar, að misnotkun í þessum skilningi sé hlutlægt hugtak. Það þýði að ekki þurfi að sýna fram á skaðleg áhrif á samkeppni í raun heldur nægi að samningur, sem feli í sér misnotkun í skilningi 11. gr. samkeppnislaga, hafi verið gerður. Skaðleg áhrif einkakaupasamninga væru ekki byggð á þeim raunverulegu áhrifum sem hægt sé að leiða í ljós í hvert og eitt sinn eða þeirri raunverulegu framkvæmd sem sönnunargögn liggja fyrir um heldur þeim útilokunaráhrifum sem slíkur samningur sé fallinn til að hafa, hvernig svo sem hann sé framkvæmdur í reynd. Mörg atriði geti haft áhrif á framkvæmd slíks samnings sem stefndi geti ekki vænst að hafa fullnægjandi upplýsingar um. Hafa verði í huga að hentað geti bæði hagsmunum stefnanda og H að gera einkakaupasamning, sem síðan verði framkvæmdur á tiltekinn hátt, og báðir aðilar kunni að hafa ríkt tilefni til að viðhalda með einum eða öðrum hætti þeim viðskiptaháttum sem í slíkum samningum felist. Með þessu sé ekkert fullyrt um afstöðu H að þessu leyti, enda ekki þörf á því. Einkakaupasamningar markaðsráðandi fyrirtækja væru bannaðir og stefndi þurfi ekki að sýna fram á annað en tilvist slíks samnings. Yfirlýsing framkvæmdastjóra H um framkvæmd samningsins hafi ekkert sönnunargildi að þessu leyti. Hafa þurfi í huga hagsmuni H af því að gera samning af því tagi sem hér um ræði. Slíkur samningur geti hentað H mjög vel vegna þess að markaðsráðandi staða stefnanda hafi síst áhrif á stöðu H sem almennt hafi nokkurn kaupendastyrk. Samningurinn hafi

hins vegar eftir sem áður útilokunaráhrif gagnvart keppinautum stefnanda.

Þegar hin tvö umdeildu ákvæði samningsins væru skoðuð í sameiningu væri ljóst að í samningnum felist veruleg útilokunaráhrif. Hann sé til þess fallinn að binda H, einn mikilvægasta smásala viðkomandi vöru, í viðskiptum við stefnanda, fyrirtæki í markaðsráðandi stöðu, og útiloki þar með keppinauta hans frá því að starfa með eðlilegum hætti á viðkomandi markaði. Fyrirtæki í markaðsráðandi stöðu þurfi ávallt að hafa í huga að þau beri sérstaka ábyrgð gagnvart markaðnum og þeirri samkeppni sem sé til staðar. Fyrirtæki í slíkri stöðu beri því að ígrunda vel þá samninga sem það geri og gæta að því að í þeim felist ekki hvati fyrir viðskiptavinum þess til að eiga allan eða verulegan hluta sinna viðskipta við hið markaðsráðandi fyrirtæki. Það hafi einfaldlega ekki verið gert í því tilvikum sem hér um ræði.

Sama gildi um samning stefnanda við H í september 2004. Til viðbótar því sem þegar hafi fram komið árétti stefndi sérstaklega að tildrög samningsins hafi enga þýðingu við mat á því hvort um brot á 11. gr. samkeppnislaga hafi verið að ræða né heldur með hvaða hætti hann hafi verið framkvæmdur. Mat á því hvort um brot á lagagreininni sé að ræða sé hlutlægt, ella næðu markmið samkeppnislaga ekki fram að ganga. Ef sjónarmið af því tagi sem stefnandi vísi til um meint grandleysi þeirra starfsmanna sem að gerð samningsins komu væru viðurkennd næðu markmið samkeppnislaga ekki fram að ganga og starf stefnda yrði ógerlegt, enda geti öll brotleg fyrirtæki haldið því fram að starfsmenn viðriðnir gerð ólögmætra samninga hafi verið grandlausir. Gögn málsins sýni að stefnandi hafi gert athugasemdir við H um það rými undir vörur sem honum var úthlutað og hafi því framfylgt ákvæðinu um hillupláss samkvæmt samningnum. Skuldbinding H hafi því verið raunveruleg og þar með sú röskun á samkeppni sem hún var fallin til að hafa.

Með samningnum hafi stefnandi jafnframt gerst sekur um brot á ákvörðun Samkeppnisráðs nr. 19/2004 þar sem skýrlega sé tekið fram í 3. t.l. ákvörðunarorðs að stefnanda væri óheimilt að gera þá kröfu til viðskiptavina sinna að tiltekið hlutfall í vöruúrvali þeirra í einstökum vöruflokkum afþreyingarefnis sé aðeins keypt af honum. Samningurinn, sem undirritaður hafi verið tveimur og hálfum mánuði eftir að framangreind ákvörðun var tekin, feli í sér skýlaust brot að þessu leyti. Í 11. t.l. ákvörðunarorðs sé enn fremur tekið fram að stefnandi skuli kynna umrædda ákvörðun og hvað í henni felist, m.a. fyrir starfsmönnum sínum, eigendum og stjórnarmönnum innan eins mánaðar frá birtingu hennar. Öll röksemdafærsla stefnanda um vanþekkingu þeirra starfsmanna sem að gerð samningsins komu sé því til þess fallin að sýna fram á að stefnandi hafi einnig brotið gegn skýru ákvæði ákvörðunarinnar að þessu leyti.

Krafa stefnda um sýknu af varakröfu stefnanda sé, auk þess sem að framan greini, reist á eftirfarandi málsástæðum og lagarökum.

Innan samkeppnisréttar sé almennt viðurkennt það sjónarmið að sektir vegna brota á samkeppnisreglum teljast ekki til refsinga í formlegum skilningi. Þetta komi t.d. skýrlega fram í 5. mgr. 23. gr. reglugerðar ESB nr. 1/2003. Ákvæði stjórnsýslu- og samkeppnislaga gildi um sektarákvarðanir samkeppnislaga en ekki ákvæði laga um meðferð opinberra mála.

Af orðalagi 37. gr. samkeppnislaga verði ráðin sú meginregla að stefndi leggi stjórnvaldssektir á fyrirtæki eða samtök fyrirtækja sem brjóti gegn bannákvæðum

laganna eða ákvörðunum sem teknar hafi verið samkvæmt þeim. Undantekning frá þeirri meginreglu sé ef brotið teljist óverulegt eða af öðrum ástæðum væri ekki talin þörf á slíkum sektum til að stuðla að og efla virka samkeppni. Við ákvörðun á fjárhæð sektarinnar skuli hafa hliðsjón af eðli og umfangi samkeppnishamlna og hvað þær hafi staðið lengi, auk annarra málefnalegra sjónarmiða. Við sektarákvörðun hafi stefndi enn fremur hliðsjón af framkvæmd í EES/EB-samkeppnisrétti, þ.m.t. leiðbeiningum Eftirlitsstofnunar EFTA um útreikning á sektum, sem lagðar eru á samkvæmt samkeppnisreglum EES, en þær hafi að geyma málefnaleg sjónarmið í þessu sambandi. Þetta sé eðlilegt þar sem 37. gr. samkeppnislaga sækji fyrirmynd sína til EES/EB-réttar.

Til þess að markmið samkeppnislaga nái fram að ganga verði að leggja nægilega þung viðurlög á brotleg fyrirtæki til þess að þau hafi fullnægjandi varnaðaráhrif. Við mat á því þurfi ekki síst að hafa hliðsjón af fjárhagslegri stöðu viðkomandi fyrirtækis eða þeirrar fyrirtækjasamstæðu sem það tilheyri. Þannig geti mismunandi stærð og styrkur brotlegra fyrirtækja t.d. leitt til mismunandi sekta í sama máli. Stefnandi sé afar fjársterkt félag með umfangsmikla starfsemi. Sektin, sem lögð hafi verið á stefnanda, sé í samræmi við alvarleika málsins og nægilega há til að skapa fullnægjandi varnaðaráhrif.

Vegna ýmissa sjónarmiða stefnanda um forsendur sektarákvörðunar bendi stefndi á að afar varhugavert sé að bera saman sektarákvarðanir í einstökum málum, m.a. vegna þess viðurkennda sjónarmiðs innan samkeppnisréttar að samkeppnisyfirvöld væru ekki á grundvelli jafnræðisreglu bundin af fyrri ákvörðunum um fjárhæð sektar í sambærilegum málum. Það byggðist á því að málefnalegt sé að samkeppnisyfirvöld hækki sektir þegar það sé talið nauðsynlegt til að tryggja að markmið og tilgangur samkeppnislaga nái fram að ganga. Sú niðurstaða væri fráleit ef jafn ræðisreglan leiddi til þess að markaðsráðandi fyrirtæki gætu átt lögmætar væntingar til þess að sektir héldust sambærilegar um ókomna tíð, enda gætu þau þá gert ráð fyrir fjárhæð sektarinnar við mat á arðsemi brots. Í 37. gr. samkeppnislaga felist því ekki fastur taxti þar sem ákveðin brot þýði ávallt sömu sekt.

Þá sé því mótmælt að stefndi hafi við ákvörðun umræddrar sektar ekki gætt meðal höfsreglu stjórnsluréttar. Með gerð umræddra samninga hafi stefndi gerst sekur um brot á 11. gr. samkeppnislaga með misnotkun á markaðsráðandi stöðu sinni þrátt fyrir að fyrirrennara hans hafi verið gert að greiða stjórnvaldssekt á árinu 2001 vegna sams konar brots. Enn fremur liggi fyrir að með gerð samningsins í september 2004 hafi stefndi brotið gegn ákvörðun samkeppnisráðs nr. 19/2004. Framangreind stjórnvaldssekt hafi því ekki haft tilætluð varnaðaráhrif. Ef markmið og tilgangur samkeppnislaga ættu að ná fram að ganga hafi verið nauðsynlegt að gera stefnda að greiða sekt sem ætla má að hefði slík áhrif.

Því sé enn fremur mótmælt að bannregla 11. gr. sé of óljós til þess að unnt sé að byggja sektarákvörðun á henni eins og stefnandi virtist halda fram. Vísist í því sambandi til dóms Hæstaréttar í máli nr. 323/2003.

Í stefnu geri stefnandi í löngu máli grein fyrir og haldi því ítrekað fram að stefndi hafi á sínum tíma gefið honum kost á að ljúka málinu gegn greiðslu að fjárhæð 35.000.000 króna. Þessu sé mótmælt sem röngu en hið rétta sé að í kjölfar þess að Samkeppnisstofnun sendi stefnanda frumathugun sína hafi fyrirvarsmaður stefnanda óskað eftir viðhorfum stofnunarinnar til þess á fundi með starfsmönnum

hennar hvort unnt væri að ljúka málinu með sátt. Starfsmennirnir hafi þá greint fyrirvarsmanni stefnanda frá því að þeir teldu vart unnt að ljúka málinu án greiðslu sektar. Aðspurðir um fjárhæð sektar hafi starfsmennirnir talið að sú sekt yrði ávallt hærri en sú sekt sem lögð var á stefnanda vegna fyrri brota hans. Að óathuguðu máli gæti sú sekt aldrei numið lægri fjárhæð en 35.000.000 króna, en starfsmennirnir yrðu vitaskuld að bera þetta undir yfirboðara sína. Þar hafi því ekki verið um neitt tilboð af hálfu Samkeppnisstofnunar að ræða og því ekki á nokkru stigi slegið föstu að unnt yrði að ljúka málinu með greiðslu nefndrar fjárhæðar. Engar frekari umræður hafi átt sér stað að þessu leyti og virtist stefnandi hafa horfið frá fyrri hugmyndum um að ljúka málinu með sátt þegar hann hafi orðið þess áskynja að það yrði ekki unnt án greiðslu sektar.

Stefndi mótmæli þeim atriðum sem stefnandi telji að leiða eigi til lækkunar sektarinnar, sem honum hafi verið gert að greiða, en stefndi vísi til ítarlegrar um fjöllumar í ákvörðun sinni nr. 20/2006 um þau atriði. Stefndi mótmæli sérstaklega sjónarmiðum stefnanda um að ekki hafi verið tekið tillit til þess við ákvörðun grunnfjárhæðar þeirrar sektar sem honum hafi verið gert að greiða að ekki hafi verið sýnt fram á beinar skaðlegar afleiðingar brots hans á hinum skilgreindu mörkuðum. Þvert á móti hefði það haft þau áhrif að sektin, sem á hann var lögð, væri ekki hærri en raun bæri vitni. Brot stefnanda hafi í eðli sínu verið alvarlegt og til þess fallið að útiloka keppinauta hans frá því að eiga viðskipti við einn mikilvægasta smásöluaðilann á hinum skilgreindu mörkuðum. Stefndi vísi til viðmiðunarreglna EES/EB-samkeppnisréttar um mat á alvarleika brotsins og virtist með hliðsjón af þeim telja að um minniháttar brot sé að ræða. Þessu mótmæli stefndi enda segi berum orðum í þessum reglum að til alvarlegra brota teljist misnotkun á markaðsráðandi stöðu, t.d. sölusynjun, mismunun, útilokun, tryggðarafslættir o.s.frv. Þá hafi samningarnir gilt í tæplega tvö ár. Sé höfð hliðsjón af reglunum sé unnt að hækka þá sektarfjárhæð sem ákvörðuð sé með hliðsjón af alvarleika brotsins um allt að 50% þegar brot vari í 1-5 ár. Við ákvörðun sektarinnar hafi enn fremur verið gætt þeirra atriða sem horfi til mildunar viðurlaga samkvæmt samkeppnislögum. Fjárhæð sektarinnar sé því lægri en hún hefði ella orðið. Að þessu virtu, og með hliðsjón af því að um ítrekun fyrra brots sé að ræða, sé ljóst að sú sektarfjárhæð sem stefnanda var gert að greiða með ákvörðun stefnda nr. 20/2006, sem staðfest hafi verið af áfrýjunarnefnd samkeppnismála með úrskurði í máli nr. 4/2006, sé eðlileg og í fullu samræmi við tilgang og markmið samkeppnislaga og engin efni standi til breytinga á fjárhæðinni.

Stefndi reisi sýknukröfu sína á þeim lagarökum sem fram hafi komið af hans hálfu sem og í ákvörðun stefnda nr. 20/2006 og úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnis mála í máli nr. 4/2006. Krafa um málskostnað sé reist á ákvæðum XXI. kafla laga nr. 91/1991, sbr. einkum 130. gr.

## **Niðurstöður**

Í úrskurðinum sem stefnandi krefst ógildingar á eru færð rök fyrir því að stefnandi hafi verið í markaðsráðandi stöðu á mörkuðum sem samningarnir frá 30. apríl 2003 og í september 2004 taka til. Vísað er til 4. gr. samkeppnislaga þar sem segir að markaðsráðandi staða sé þegar fyrirtæki hafi þann efnahagslega styrkleika að geta hindrað virka samkeppni á þeim markaði sem máli skiptir og það geti að verulegu

leyti starfað án þess að taka tillit til keppinauta, viðskiptavina og neytenda. Í úrskurðinum er fallist á þá niðurstöðu stefnda að hinn landfræðilegi markaður sem um ræðir sé Ísland. Það er meðal annars stutt þeim rökum að ekkert hafi komið fram í málinu sem gefi til kynna að magn viðskipta við erlenda aðila í heildsölu og dreifingu sé umtalsvert en svo þurfi að vera til þess að unnt sé að draga önnur landsvæði inn í myndina. Einnig sé eðlilegt að líta til þess að íslensk tónlist sé stór hluti af markaðnum sem verði svo til eingöngu sótt til innlendra heildsala. Þá kemur fram í röksemdum áfrýjunarnefndarinnar að niðurstaða á því hver markaðshlutdeild viðkomandi sé feli í sér sterkar vísbendingar um markaðsráðandi stöðu. Jafnframt verði að huga að því skipulagi sem ríki á markaðnum. Há markaðshlutdeild fyrirtækis feli í sér vísbendingu um markaðsráðandi stöðu þó að önnur atriði skipti þar einnig máli. Vísað er til þess sem fram kemur í ákvörðun stefnda um að stefnandi hefði yfirburðarstöðu miðað við aðra keppinauta. Skipulag markaðarins að öðru leyti, þar á meðal að stefnandi hafi lengi haft yfirburði á umræddum mörkuðum, þyki enn fremur styðja það að markaðsstaða hans sé sterk.

Í samningnum frá 30. apríl 2003 segir að H úthluti Norðurljósum hilluplássi í samræmi við stærð þeirra á tónlistarmarkaði sem þá hafi verið 85% markaðs hlutdeild. Þá segir í samningnum frá september 2004 að miða skuli við að hlutfall vöruúrvals í afþreyingarvöru skuli vera í samræmi við markaðshlutdeild Skífunnar, sem þá hafi verið 85% í tónlist, 50% í kvikmyndum og 90% í tölvuleikjum. Af hálfu stefnanda er vísað til þess að engar lagalegar hindranir standi innflutningi á tónlistar- og tölvudiskum í vegi og að innflutningur á vörunni sé auðveldur. Þessar tilvísanir stefnanda þykja engin áhrif hafa á framangreindar forsendur áfrýjunar nefndarinnar og með þeim er í engu hnekkt úrlausn nefndarinnar á því að stefnandi hafi haft yfirburðastöðu á markaðnum. Með vísan til þessa verður ekki fallist á þá málsástæðu stefnanda að ekki hafi verið færð viðhlítandi rök fyrir því í úrskurði áfrýjunarnefndarinnar að stefnandi hafi haft markaðsráðandi stöðu á þeim mörkuðum sem um ræðir þegar samningarnir voru gerðir.

Þá segir í úrskurði áfrýjunarnefndarinnar að í samningnum frá 30. apríl 2003 komi meðal annars fram að vöruúrvalinu yrði stjórnað af sölustjóra tónlistardeildar Norðurljósa og framkvæmt af sölumönnum. H úthluti Norðurljósum hilluplássi í samræmi við stærð þeirra á tónlistarmarkaði, um 85% markaðshlutdeildar. Í úrskurðinum segir að áfrýjunarnefndin telji ljóst að framstilling tónlistardiska skipti miklu máli varðandi sölu þeirra þegar áhrif sammingsákvæða af þessu tagi væru metin. Nefndin telur ákvæðin óeðlileg og til þess fallin að hindra virka samkeppni. Þá telur áfrýjunarnefndin að önnur sammingsákvæði styrki umrædda niðurstöðu. Ljóst sé að afsláttarkerfi samkvæmt samningnum hafi enn fremur verið til þess fallið að styrkja þau útilokunaráhrif sem samningurinn feli í sér. Í samningnum frá 2004 felist ótvíræð binding að því er varði sölu tónlistardiska og tölvuleikja. Samkvæmt honum hafi aðilar stefnt að söluaukningu þar sem stefnandi skyldi njóta tiltekens hagræðis í verzlunum H gegn afsláttarfyrirkomulagi. Í ljósi mjög hárrar markaðshlutdeildar stefnanda á þessum markaði beri að meta umræddan samning sem óeðlilegan og til þess fallinn að hindra eðlilega samkeppni eða vöxt hennar. Áfrýjunarnefndin líti svo á, samkvæmt því sem lýst er í úrskurðinum, að umræddir samningar hafi samkvæmt efni sínu haft að geyma ólöglegt ákvæði sem feli í raun í sér bindingu um kaup á umræddum vörum frá stefnanda. Jafnframt felist í samningnum frá 2004 brot á ákvörðun Samkeppnisráðs nr. 19/2004. Gerð þessara samninga feli í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu.

Skilgreina verður hverju sinni hvort um misnotkun er að ræða á markaðsráðandi stöðu sem er bönnuð samkvæmt 11. gr. samkeppnislaga, en í lagagreininni kemur ekki fram tæmandi talning á því hvað teljist misnotkun, eins og réttilega kemur fram í úrskurði áfrýjunarnefndarinnar. Í forsendum úrskurðarins er gerð nánari grein fyrir rökum nefndarinnar fyrir því að nefndin taldi samningana fela í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu stefnanda. Þar segir að eðlilegt sé að skýra lagagreinina þannig að hafi misnotkun verið beitt af hálfu markaðsráðandi fyrirtækis sé það nægilegt til að aðferðin teljist ólögmæt. Í þessu felist að ekki sé skilyrði fyrir beitingu ákvæðisins að misnotkunin hafi haft tiltekin áhrif eða að ákveðinn skilgreindur tilgangur hafi verið með aðgerðunum. Enn fremur segir í úrskurðinum að af 11. gr. samkeppnislaga leiði að fyrirtæki í markaðsráðandi stöðu hafi skyldum að gegna um að grípa ekki til neinna aðgerða, sem raskað geti þeirri eðlilegu samkeppni, sem ríki á tilteknum markaði. Við nánari skilgreiningu á þeirri skyldu beri að líta til 1. gr. laganna þar sem markmiðum laganna er lýst. Samkvæmt því megi telja að skyldur fyrirtækja í markaðsráðandi stöðu nái meðal annars til þess að vinna ekki gegn markmiðum samkeppnislaga. Misnotkun á markaðsráðandi stöðu geti því verið fólgin í því að vinna gegn markmiðum samkeppnislaga ef aðgerð hafi ekki eðlilegar samkeppnislegar forsendur. Samkvæmt þessu sé einnig rétt að líta svo á að skyldur markaðsráðandi fyrirtækja geti að öðru jöfnu verið því ríkari þeim mun sterkari sem þau eru á viðkomandi markaði, enda megi ætla að samkeppni veikist þá að sama skapi. Sérstaklega verði við úrlausn málsins að huga að markmiði laganna að vinna gegn skaðlegri fákeppni og samkeppnishömlum og því að auðvelda aðgang nýrra keppinauta að markaðnum. Almennt megi telja að um misnotkun á markaðsráðandi stöðu sé að ræða þegar fyrirtæki beiti aðferðum á tilteknum markaði sem ekki sé unnt að samrýma eðlilegri samkeppni og sem hindri hana eða vöxt hennar. Markaðsráðandi fyrirtæki megi ekki grípa til óeðlilegra aðgerða sem miði að því að styrkja stöðu sína á þeim samkeppnismarkaði sem fyrir sé. Í forsendum áfrýjunarnefndarinnar kemur enn fremur fram að engu máli skipti hvort stefnandi hafi með samningsákvæðunum talið sig vera að fullnægja samningsbundnum skyldum gagnvart einstökum listamönnum héraðs og erlendis. Ekki skipti heldur máli þótt stefnandi hafi ekki gert kröfu um að tiltekið hlutfall tónlistar í verslunum H kæmi frá Skífunni. Afsláttarkerfi fyrri samningsins var talið til þess fallið að styrkja þau útilokunaráhrif sem samningurinn fæli í sér. Síðari samningurinn var talinn óeðlilegur og til þess fallinn að hindra eðlilega samkeppni eða vöxt hennar. Taldi nefndin að engu máli skipti hvort samningarnir hefðu í raun komið til framkvæmda eða verið byggðir á misskilningi.

Niðurstaða áfrýjunarnefndarinnar er samkvæmt þessu byggð á mati á því hvort stefnandi misnotaði markaðsráðandi stöðu sína með gerð umræddra samninga og er litið til framangreindra atriða við matið. Eins og fram kemur í úrskurðinum og rakið er hér að framan hefur niðurstaða málsins þar með ekki ráðist af einstökum atriðum, sem vísað er til af hálfu stefnanda, heldur heildarmati á aðstæðum og öðrum atriðum sem horfa verður til við matið og lögð eru þar til grundvallar eins og rakið er. Samkvæmt þessu er réttilega litið svo á að ekki skipti máli við matið að stefnandi hafi ekki gert kröfu um að tiltekið hlutfall tónlistar í verslunum Ha kæmi frá Skífunni. Af sömu ástæðum skiptir ekki máli hvort ákvæðið um hillupláss eða útstillingu á vörum stefnanda verði út af fyrir sig talið brot á samkeppnislögum.

Í úrskurðinum er rakið, eins og fram hefur komið, að nefndin telji ákvæðið um framstillingu tónlistardiska í fyrri samningnum til þess fallið að hindra virka sam

keppni og afsláttarkerfið samkvæmt þeim samningi hafi enn fremur verið til þess fallið að styrkja þau útlökunaráhrif sem samningurinn feli í sér. Þá kemur fram í úrskurðinum að áfrýjunarnefndin telji að í samningnum frá 2004 felist ótvíræð binding að því er varði sölu tónlistardiska og tölvuleikja. Stefnt skyldi að söluaukningu þar sem stefnandi skyldi njóta tiltekins hagræðis í verzlunum H gegn afsláttarfyrirkomulagi. Með vísan til þessa verður að hafna því að afsláttarfyrir komulag í samningunum skipti ekki máli, eins og haldið er fram af hálfu stefnanda, varðandi mat á því hvort samningsákvæðin um afslætti hafi verið til þess fallin að útiloka aðra aðila frá viðskiptum við H.

Lýsingar stefnanda á því hver aðdragandi samningsins í september 2004 var og aðrir málavextir sem stefnandi vísar til í því sambandi geta ekki haft þau áhrif að með því að leggja þær til grundvallar við úrlausn málsins teljist enginn brotavilji hafa verið fyrir hendi af hálfu stefnanda eða að ásetning hafi skort af hans hálfu. Brotin teljast fullframin við gerð samninganna og skiptir þá ekki máli þótt einstök ákvæði þeirra hafi ekki komst til framkvæmda.

Með vísan til alls þessa verður ekki fallist á þá málsástæðu stefnanda að áfrýjunar nefndin hafi ranglega komist að þeirri niðurstöðu að í umræddri háttsemi stefnanda hafi falist misnotkun á markaðsráðandi stöðu stefnanda samkvæmt 11. gr. samkeppnislaga. Staðhæfingar stefnanda um að ekki hafi af hans hálfu verið brotið gegn ákvörðun Samkeppnisráðs nr. 19/2004 eru ekki studdar viðhlítandi rökum og koma þær því ekki til frekari álita við úrlausn málsins. Ber samkvæmt þessu að sýkna stefnda af aðalkröfu stefnanda í málinu um að úrskurðurinn verði felldur úr gildi.

Samkvæmt 1. mgr. 37. gr. samkeppnislaga leggur stefndi stjórnvaldssektir á fyrir tæki eða samtök fyrirtækja sem brjóta gegn bannákvæðum laganna eða ákvarðana sem teknar hafa verið samkvæmt þeim. Þessum ákvörðunum má skjóta til áfrýjunar nefndar samkeppnismála samkvæmt 3. mgr. sömu lagagreinar eins og gert var af hálfu stefnanda í málinu sem hér um ræðir. Ákvörðun um að leggja stjórnvaldssekt á stefnanda vegna framangreindra brota telst lögmæt samkvæmt framangreindum lagaákvæðum.

Í úrskurði áfrýjunarnefndarinnar er rakið hvað lagt var til grundvallar við ákvörðun á fjárhæð sektarinnar sem lögð var á stefnanda með honum. Þar segir að fyrst og fremst beri að hafa í huga í því sambandi hversu alvarlegs eðlis viðkomandi brot sé, umfang samkeppnishamla og hvað þær hafi staðið lengi. Líta megi þó einnig til stærðar fyrirtækja sem teljist brotleg, huglægrar afstöðu stjórnenda, hagnaðarsjónar miða og fleiri atriða. Áfrýjunarnefndin taldi brot stefnanda bæði augljós og alvar legs eðlis. Fyrirsvarsmönnum stefnanda hafi mátt vera ljóst að í umræddri samningsgerð fælist brot á samkeppnislögum og ákvörðun Samkeppnisráðs og af henni kynni að leiða röskun á samkeppni. Í úrskurðinum er gildistími hvors samnings rétti lega tilgreindur og þar segir að umfang samkeppnishamlanna hafi verið verulegt, þær hafi snúist um umtalsverðar fjárhæðir og að samningsaðili stefnanda hafi verið stór aðili á smásölumarkaði. Óhjákvæmilega verði að líta til þess við ákvörðun sektarfjárhæðar að brot stefnanda feli í sér endurtekningu á svipuðu broti og hann hafi verið sektaður fyrir og horfi það til þyngingar sekta. Taka verði mið af styrkleika stefnanda en þar komi velta hans á síðasta almanaksári og þeirrar samstæðu sem hann tilheyri einkum til skoðunar. Vísað er til röksemda í ákvörðun stefnda varðandi þá niðurstöðu að ekki beri að taka tillit til þeirra sjónarmiða

stefnanda sem hann telji að eigi að leiða til lækkunar sektarinnar.

Af hálfu stefnanda er vísað til þess að fjárhæð sektarinnar sé í engu skynsamlegu samhengi við málsatvik, reglur samkeppnisréttar um ákvörðun sekta og meðalhófs reglu stjórnisýsluréttar. Vísar stefnandi sérstaklega til þess að ólögmætt sé að leggja sekt á nema unnt sé að líta svo á að ekki sé hægt að ná þeim markmiðum, sem búi að baki henni, án álagningar sektar eða með lægri sekt. Þá er enn fremur vísað til þess af stefnanda hálfu að afsláttarkerfi beggja samninga, svo og ákvæði fyrra samningsins um hillupláss, verði vart samkvæmt eðli sínu talin til mjög alvarlegra samkeppnisbrota á borð við ólögmætt samráð og grófa misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Lækka beri sektarfjárhæðina af þeim sökum. Einnig hafi áhrif til lækkunar að samningnum hafi ekki verið framfylgt, brotin hafi verið framin af gáleysi, réttmætur vafi hafi verið um ólögmæti háttseminnar, stefnandi hafi sýnt samstarfsvilja og lagaákvæðið kveði ekki nægilega skýrt á um að háttsemin sem hér um ræðir sé brot á samkeppnislögum.

Dómurinn lítur svo á að með úrskurðinum hafi verið tekin afstaða til þeirra atriða sem vísað er til af hálfu stefnanda og hér að ofan eru talin. Þau sjónarmið sem sektarákvörðun áfrýjunarnefndarinnar eru byggð á samkvæmt framangreindu verða að teljast lögmæt þegar litið er til þess sem fram hefur komið í málinu og vísað er til í úrskurði nefndarinnar. Verður ekki fallist á þau rök stefnanda að brotnar hafi verið reglur eða byggt á ólögmætum sjónarmiðum við umrædda sektarákvörðun.

Þá er af hálfu stefnanda vísað til þess að ekkert bendi til þess að meint samkeppnisbrot stefnanda hafi haft í för með sér skaðlegar afleiðingar en líta verði meðal annars til áhrifa af broti þegar alvarleiki þess er metinn. Áhrifin í þessu tilviki verði að teljast óveruleg sem hljóti að draga úr alvarleika brotsins. Ummæli og framsetning í ákvörðun stefnda, sem áfrýjunarnefndin virtist staðfesta, að ósannað sé að meint brot hafi haft í för með sér beinar skaðlegar afleiðingar, verði að skilja þannig að stefndi og áfrýjunarnefndin líti svo á að meint brot hafi ekki haft nein skaðleg áhrif á markaðinn. Hér verður að telja að áfrýjunarnefndin hafi litið svo á að háttsemi stefnanda væri til þess fallin að hafa umtalsverð áhrif enda segir í úrskurði nefndarinnar að fyrirsvarsmönnum stefnanda hafi mátt vera ljóst að af samningunum kynni að leiða röskun á samkeppni og að umfang samkeppnishamla hafi verið verulegt, eins og áður er komið fram. Verður ekki fallist á að mat nefndarinnar á alvarleika brotanna hafi verið rangt, enda hefur ekki verið sýnt fram á það af hálfu stefnanda. Þegar litið er til þessa verður ekki fallist á framangreind rök stefnanda og er þessari málsástæðu hans því hafnað.

Ósannað er gegn andmælum stefnda að stefndi hafi gert stefnanda tilboð um að ljúka málinu með 35.000.000 króna sektargreiðslu, sem stefnandi hafi með réttu mátt telja stefnda bundinn af, eins og haldið er fram af stefnanda hálfu. Þessari málsástæðu stefnanda er því hafnað.

Í úrskurðinum kemur fram að taka verði mið af styrkleika stefnanda, en þar komi velta hans á síðasta almanaksári og þeirrar samstæðu sem hann tilheyrir einkum til skoðunar. Samkvæmt 2. mgr. 37. gr. samkeppnislaga má sekt ekki vera hærri en sem nemur 10% af veltu síðasta almanaksárs hjá fyrirtæki eða samtökum fyrirtækja sem aðild eiga að samkeppnishömlum. Því er ekki haldið fram af hálfu stefnanda að sektarákvörðun fari í bága við þetta lagaákvæði. Þá er ekki fallist á þau rök stefnanda að ólögmætt hafi verið að taka mið af ofangreindu við sektarákvörðun,

eins og gert var í úrskurðinum, og er þeirri málsástæðu stefnanda því hafnað.

Af framangreindu leiðir að sýkna ber stefnda af varakröfu stefnanda í málinu um að sektarákvörðunin verði felld niður eða fjárhæð hennar lækkuð.

Rétt þykir með vísan til 1. mgr. 130. gr. laga um meðferð einkamála að stefnandi greiði stefnda málskostnað sem þykir hæfilega ákveðinn 500.000 krónur.

Dóm þennan kvað upp Sigríður Ingvarsdóttir héraðsdómari.

### **D Ó M S O R Ð:**

Stefnda, Samkeppniseftirlitið, er sýknað af kröfum stefnanda, Árdegis efh., í máli þessu.

Stefnandi greiði stefnda 500.000 krónur í málskostnað.

Sigríður Ingvarsdóttir.