

D Ó M U R

Héraðsdóms Reykjavíkur 14. október 2014 í máli nr. E-1065/2012:

Forlagið ehf

(Geir Gestsson hdl.)

gegn

Samkeppniseftirlitinu

(Gizur Bergsteinsson hrl.)

Mál þetta höfðaði Forlagið ehf., Bræðraborgarstíg 7, Reykjavík, með stefnu birtri 16. mars 2012 á hendur Samkeppniseftirlitinu, Borgartúni 26, Reykjavík. Málið var dómtekið að lokinni aðalmeðferð 10. september sl.

Stefnandi krefst þess aðallega að felldur verði úr gildi úrskurður áfrýjunar nefndar samkeppnismála í máli nr. 5/2011 þar sem staðfest var ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 24/2011. Til vara krefst hann niðurfellingar sektar. Til þrautavara krefst hann stórfelldrar lækkunar sektarfjárhæðar. Í öllum tilvikum krefst hann málskostnaðar.

Stefndi krefst sýknu af kröfum stefnanda og málskostnaðar úr hans hendi.

Stefnandi er bókaforlag sem gefur út og selur bækur í heildsölu. Þá selur hann lítillega sjálfur í smásölu. Stefnandi er einkahlutafélag sem varð til við samruna þriggja félaga á árinu 2008.

Með bréfi dags. 28. september 2007 tilkynntu JPV-útgáfa ehf., Mál og Menning-Heimskringla ehf. og Vegamót ehf., stefnda, Samkeppniseftirlitinu, um fyrirhugaðan samruna félaganna. Í tilkynningunni kom fram að samanlögð velta félaganna á árinu 2006 hefði verið 1.197.000.000 krónur. Því var skylt að tilkynna samrunann, sbr. 17. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005, eins og ákvæðið hljóðaði áður en því var breytt nokkrum mánuðum síðar með 2. gr. laga nr. 94/2008. Segir stefnandi að samruninn hafi verið minni háttar samkvæmt öllum mælikvörðum.

Við athugun málsins komst Samkeppniseftirlitið að því að hið sameinaða bókaforlag myndi hafa markaðsráðandi stöðu í bókaútgáfu hér á landi. Náðist sátt við forlagið um að samruninn yrði heimilaður með 21 skilyrði sem talin voru í ákvörðun stofnunarinnar nr. 8/2008.

Til umfjöllunar sérstaklega í þessu máli eru skilyrði sem fram koma í 14. og 15. gr. ákvörðunarinnar.

Skilyrðið samkvæmt 14. gr. er svohljóðandi:

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

Skilyrðið í 15. gr. hljóðar svo:

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

Bókaútgáfan Bjartur og Veröld kvartaði við Samkeppniseftirlitið með bréfi dags. 25. nóvember 2009 og hélt því fram að stefnandi misnotaði markaðsráðandi stöðu sína. Kannaði eftirlitið í kjölfarið hvort stefnandi kynni að hafa brotið gegn 14., 15. og 16. gr. áðurgreindrar ákvörðunar. Stefnanda var sent svonefnt andmælaskjal þann 30. apríl 2010, en því bréfi svaraði stefnandi með bréfi dags. 18. júní 2010.

Ekki er ástæða til að rekja nánar málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins, en meðferðinni var lokið með ákvörðun dags. 1. júlí 2011. Þar var talið að stefnandi hefði brotið gegn 14. og 15. gr. ákvörðunar nr. 8/2008 og hann sektaður um 25.000.000 króna.

Í forsendum ákvörðunarinnar segir m.a.:

Gögn málsins sýna að Forlagið hafi a.m.k. fyrir jólin 2009 birt endurseljendum bóka leiðbeinandi smásöluverð á bókum sem Forlagið gaf út í andstöðu við skilyrði 14. gr. ákvörðunarorðs ákvörðunar nr. 8/2008. ... Þau tilvik sem hér um ræðir áttu sér stað fyrir jólin 2009 og er rétt að gera nánari grein fyrir þeim.

Í gögnum, sem bárust Samkeppniseftirlitinu frá Högum með bréfi, dags. 29. janúar 2010, er að finna birgða- og hreyfingalista ásamt ómerktum lista frá Forlaginu þar sem fram koma upplýsingar um vörunúmer bóka Forlagsins, titil þeirra, höfund og leiðbeinandi verð. Hér er engin dul dregin á það að verið sé að birta leiðbeinandi smásöluverð enda tilgreint sérstaklega á listanum að um leiðbeinandi verð sé að ræða.

Að sama skapi var tilgreint sérstaklega leiðbeinandi verð á pöntunarblaði Forlagsins til Office1 fyrir jólin 2009. Pöntunarblaðið barst Samkeppniseftirlitinu ásamt öðrum gögnum frá Office1 með tölvubréfi, dags. 10. febrúar 2010. Á pöntunarblaðinu eru tilgreindar bækur Forlagsins, strikamerki þeirra, höfundur og leiðbeinandi verð.

Samskonar pöntunarblað barst eftirlitinu frá Kaupási með bréfi, dags. 1. febrúar 2010, nema í stað leiðbeinandi verðs var birt verð undir heitinu almennt verð. Við samiburð kom í ljós að það verð sem gefið er upp sem almennt verð á pöntunarblaði til Kaupáss er að sömu upphæð og verð það sem tilgreint er sem leiðbeinandi á pöntunarblaði til Office1.

Með tölvubrési, dags. 18. janúar 2010, bárust eftirlitinu gögn frá Samkaupum. Þar á meðal fylgdi stofnupplýsingalisti sem Samkaupum barst frá Forlaginu og eru á þeim lista birtar upplýsingar um bækur Forlagsins, sem titlaðar eru jólabækur 2009. Á stofnupplýsingalistanum eru tilgreind listaverð, afsláttarkjör hverrar bókar, innkaupsverð (heildsöluverð) og svokallað útsöluverð sem felur í sér smásöluverð að viðlögðum virðisaukaskatti (leiðbeinandi smásöluverð).

Þá hefur Samkeppniseftirlitið undir höndum afrit af reikningum Forlagsins til Pennans, sem útgefnir voru í nóvember 2009. Á reikningunum er ekki birt endanlegt heildsöluverð til Pennans heldur einingarverð, sem felur í sér leiðbeinandi smásöluverð án virðisaukaskatts, og tilgreindur afsláttur hverrar bókar fyrir sig.

Síðan er komist að þeirri niðurstöðu að þessi brot hafi verið framin vitandi vits og að ekki skipti máli þótt þessar upplýsingar til smásala hafi ekki haft nein áhrif. Þá er því hafnað að reglur nr. 256/2002 um hópundanþágur fyrir flokka lóðréttra samninga og samstilltra aðgerða geti átt hér við.

Um eigin smásölu stefnanda segir í ákvörðuninni:

Á vefsíðu verslunarinnar hefur Forlagið birt tvenns konar verðupplýsingar um bækur sínar. Annars vegar hefur Forlagið birt „verð“ einstakra bóka og hins vegar „tilboð“ sem jafnan er lægra verð. „Tilboðið“ er það verð sem neytendum stendur til boða. Samiburður á útprentun af vefsíðu Forlagsins í byrjun desember 2009 og á fyrirliggjandi gögnum hjá Samkeppniseftirlitinu frá endurseljendum Forlagsins sýnir að „verðið“ er sama fjárhæð og Forlagið hefur gefið upp til endurseljenda sinna sem smásöluverð (almennt verð, leiðbeinandi verð eða listaverð) í verðupplýsingum sínum sem Forlagið sendir endurseljendum. Að mati Samkeppniseftirlitsins er birting Forlagsins á þessu „verði“ þ.e. leiðbeinandi smásöluverði í vefverslun Forlagsins einnig í andstöðu við skilyrði 14. gr., en þar segir að Forlaginu sé óheimilt að birta með neinu móti söluverð endurseljenda á bókum sem Forlagið gefur út, enda kveður ákvæðið á um að Forlagið megi hvergi birta leiðbeinandi smásöluverð bóka sinna. Það er mat Samkeppniseftirlitsins að Forlagið brjóti gegn skilyrðum 14. gr. með því að gefa upp tvenns konar smásöluverð bóka á vefsíðu vefverslunar sinnar, hið eiginlega verð („tilboð“) og hið leiðbeinandi smásöluverð („verð“), sem í reynd er ekki það verð sem neytendum stendur til boða. Líkt og Forlagið bendir sjálfst á geta endurseljendur á bókum fyrirtækisins allt eins farið inn á heimasíðu Forlagsins og nálgast þar leiðbeinandi smásöluverð enda smásöluverð auglýst sérstaklega við sérhvern bókatitil. Að mati Samkeppniseftirlitsins er það brot á umræddu skilyrði þegar Forlagið birtir upplýsingar um bókaverð á vefsíðu sinni, sem er hærra en hið endanlega verð til neytenda og er bersýnilega ætlað að gefa til kynna leiðbeinandi smásöluverð eða almennt verð. Forlaginu er sem smásala, og í samræmi við ákvæði 14. gr. ákvörðunar nr. 8/2008, aðeins heimilt að birta hið endanlega verð

sem neytendum er ætlað að greiða fyrir bækur Forlagsins.

Síðan er í ákvörðuninni fjallað um brot gegn 15. gr.:

Loks er það mat Samkeppniseftirlitsins að Forlagið hafi með framangreindri háttsemi sinni jafnframt brotið skilyrði 15. gr. umræddrar ákvörðunar. Samkvæmt orðanna hljóðan er Forlaginu óheimilt að veita endurseljendum afslátt frá forlagsverði (heildsöluverði) nema það geti með óyggjandi hætti sýnt fram á kostnaðarlegt hagræði af þeim viðskiptum og afslátturinn sé í samræmi við það kostnaðarlega hagræði. Tilgangurinn með setningu umrædds skilyrðis var sá að endurseljendur Forlagsins stæðu jafnfætis í viðskiptum sínum við hið markaðsráðandi fyrirtæki. Þó var gert ráð fyrir því að hagkvæm innkaup endurseljanda á bókum, sem valda kostnaðarlegu hagræði í rekstri Forlagsins, geti skilað sér til endurseljandans í formi afsláttar frá heildsöluverði (forlagsverði) Forlagsins. Þannig hefði endurseljandinn hvata af því að kaupa inn bækur Forlagsins á hagkvæman hátt. Gögn málsins sýna aftur á móti fram á að Forlagið veitir endurseljendum afslátt frá leiðbeinandi smásöluverði enda er það verð birt endurseljendum. Forlagið hefur ekki getað með óyggjandi hætti sýnt fram á að afsláttarkjör hafi verið byggð á kostnaðarlegu hagræði líkt og skilyrði 15. gr. ákvörðunarinnar kveður á um. Í þessu sambandi er ekki hægt að taka tillit til útreikninga Forlagsins sem búnir voru til undir rekstri máls þess hjá Samkeppniseftirlitinu, löngu eftir að afsláttarkjörin voru veitt. Af þessum sökum verður ekki annað ráðið en að Forlagið hafi byggt afsláttarkjör sín á huglægu mati vegna magnviðskipta og veitt endurseljendum afsláttarkjör í samræmi við það huglæga mat. Slikt huglægt mat getur að mati Samkeppniseftirlitsins með engu móti talist óyggjandi eins og skilyrðið kveður skýrlega á um að eigi að vera forsenda afslátta.

Þessu til viðbótar er það mat Samkeppniseftirlitsins að sá munur sem er á afsláttar kjörum viðskiptavina Forlagsins sé of mikill til þess að geta talist uppfylla það skilyrði 15. gr. ákvörðunarinnar að samræmi sé á milli afsláttarins og hins kostnaðarlega hagræðis sem af viðskiptunum hlýst. Í þessu tilliti verður að líta til þess að almennt eru bækur ekki mjög dýrar vörur og hvert prósentustig sem gefið er aukalega í afslátt getur munað miklu. ... Mismunur af þessari stærðargráðu er til þess fallinn að skekkja verulega samkeppnislega stöðu endurseljenda og gengur því í berhögð við tilgang skilyrðis 15. gr. ákvörðunar nr. 8/2008.

Stefnandi skaut málinu til áfrýjunarnefndar samkeppnismála, sem staðfesti ákvörðunina með úrskurði dags. 27. september 2011.

Með bréfi dags. 10. nóvember 2008 óskaði stefnandi eftir því við Samkeppnisstofnun að málið nr. 8/2008 yrði endurupptekið og nokkrum skilyrðanna breytt. Meðal annars var óskað breytinga á skilyrðum 14. og 15. gr. Vísaði stefnandi til verulega breyttra aðstæðna í skilningi 2. tl. 1. mgr. 24. gr. stjórnarsýslulaga nr. 37/1993. Breytingin myndi ekki raska samkeppni, en einungis gera fyrirtækinu kleift að aðlaga sig að breyttum aðstæðum og fjárhagsþrengingum í bókaútgáfu á Íslandi.

Þessari endurupptökubeiðni svaraði Samkeppniseftirlitið með bréfi dags. 20. febrúar 2009. Þar segir að ekki verði séð að markaðsaðstæður hafi breyst frá því að skilyrðin voru sett. Er tekið fram að ekki hafi verið gerð markaðsrannsókn í

tilefni af endurupptökubeiðninni. Í lok bréfsins segir: *Með hliðsjón af framangreindu telur Samkeppniseftirlitið að beiðni yðar sé ekki studd fullnægjandi rökum að þessu leyti. Mun Samkeppniseftirlitið ekki aðhafast frekar í málinu nema slíkur rökstuðningur komi fram.*

Í bréfi stefnanda 18. júní 2010 er þess krafist að eftirlitið ljúki á formlegan hátt umfjöllun um endurupptökubeiðnina, þar á meðal um 14. og 15. gr., áður en fjallað yrði um meint brot hans á þessum skilyrðum.

Þessu bréfi stefnanda svaraði Samkeppniseftirlitið með bréfi dags. 7. júlí 2010. Þar segir að þar sem frekari rökstuðningur hafi ekki borist eftir bréf eftirlitsins frá 20. febrúar 2009, hafi málinu (beiðni um endurupptöku) lokið vegna aðgerðarleysis stefnanda.

Með bréfi dags. 19. janúar 2011 ítrekaði stefnandi beiðni sína um endurupptöku.

Um þessa endurupptöku segir í áðurnefndum úrskurði áfrýjunarnefndarinnar:

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

Að kröfu stefnanda voru dómkvaddir matsmenn þann 23. janúar 2013 til að svara spurningum varðandi kostnaðarhagræði stefnanda við sölu til smásala. Matsgerð þeirra Knúts Þórhallssonar endurskoðanda og Þórólfs Matthíassonar hagfræðings er dags. 8. október 2013.

Í matsgerðinni er því lýst að margt sé óvíst við útreikning á kostnaðarhagræði við sölu til stærri smásala en til hinna minni. Fyrir matsmönnum lá samantekt stefnanda um viðskiptakostnað sinn við sölu til ýmissa endurseljenda. Töldu matsmennirnir að veittur afsláttur á hinu umdeilda tímabili, þ.e. á árinu 2009, væri í samræmi við áætlað kostnaðarhagræði. Matsmennirnir komu báðir fyrir dóm og staðfestu matsgerð sína. Þeir töldu að reikna mætti út kostnaðarhagræðið hvort sem væri fyrir fram eða eftir á.

Eins og að framan er rakið segir í ákvörðun stefnda að Samkaupum hafi borist stofnupplýsingalisti frá Forlaginu þar sem fram komi upplýsingar um bækur stefnanda. Þar sé tilgreint listaverð, afsláttur, innkaupsverð og útsöluverð. Stefnandi mótmælir því að þessi listi sé frá sér kominn. Leiddi hann sem vitni Stefán Guðjónsson, sem er forstöðumaður innkaupa hjá Samkaupum. Hann sagði

að umrætt skjal hefði verið útbúið hjá Samkaupum eftir stofnupplýsingalistum frá útgefendum.

Málsástæður og lagarök stefnanda

Stefnandi byggir á því að forsendur ákvörðunar nr. 8/2008 hafi verið rangar eða séu breyttar, sbr. 24. gr. stjórnisýslulaga. Samkeppniseftirlitið hafi talið að samruninn myndi koma stefnanda í markaðsráðandi stöðu í heildsölu með bækur hér á landi. Hafi verið lögð áhersla á þrjú atriði. Í fyrsta lagi stóran baklista eldri bóka sem hafi verið talinn fela í sér aðgangshindrun fyrir nýja samkeppnisaðila. Í öðru lagi myndi stærð stefnanda leiða til betri kjara hjá viðskiptaaðilum og aukins samningsstyrks gagnvart smásölum. Loks í þriðja lagi að stefnandi nyti sterkrar stöðu gagnvart rithöfundum og öðru fagfólki.

Stefnandi segir að forsendurnar um mikinn markaðsstyrk sameinaðs félags hafi verið rangar frá upphafi eða verulega breyttar. Á árinu 2009, því ári sem brot eigi að hafa verið framin, hafi markaðshlutdeild hans verið um 15-20%. Telur hann að allir hlutlægir mælikvarðar hafi bent til þess að hann væri ekki í ráðandi stöðu á markaði og samkeppni hefði aukist mikið frá árinu 2006. Bendir stefnandi á að auglýstum útgefendum hafi fjölgað milli áranna 2006 og 2009 úr 95 í 123, útgefnum titlum hafi fjölgað úr 675 í 692 og velta markaðarins hafi aukist um tæplega fjórðung. Þá hafi hann verið með 19,8% af útgefnum titlum, í stað 28,6% árið 2006. Loks hafi einyrkjar og minni höfundar náð metsölu á árinu 2009.

Stefnandi bendir á fordæmi í dómi dómstóls Evrópusambandsins, sem hafi talið að fyrirtæki með innan við 40% markaðshlutdeild gætu í vissum tilvikum verið í markaðsráðandi stöðu, en þá þyrfti fleira að koma til. Segir hann að talið sé að 25% markaðshlutdeild sé algert lágmark til að ráðandi staða geti komið til álita. Fordæmalaust sé að fyrirtæki með 15-20% hlutdeild teljist ráðandi.

Stefnandi byggir á því að markaðshlutdeild ein og sér geti ekki verið sönnun þess að fyrirtæki hafi markaðsráðandi stöðu. Tekur hann sem dæmi að ef hann hækkaði allar bækur sínar um 30% myndu smásalar strax hætta viðskiptum við hann, enginn myndi kaupa bækurnar og rithöfundar myndu semja við aðra útgefendur. Hann bendir á að flesta þá sem kaupir bækur skipti engu máli hver gefi bókina út og auðvelt sé fyrir nýja keppinauta að koma inn á markaðinn. Ekki þurfi að hafa mikinn fjárstyrk til að gefa út bækur. Stofnkostnaður sé lágur og mikil nýliðun verði í hópi bókaútgefenda á hverju ári. Því hafi einn aðili ekki ráðandi stöðu í skilningi 4. tl. 1. mgr. 4. gr. skl., þar sem efnahagslegur styrkleiki til að starfa „að verulegu leyti án þess að taka tillit til keppinauta, viðskiptavina og neytenda“ sé ekki fyrir hendi. Stefnandi segir að fjölgun útgefenda, fjölgun útgefinna titla, aukin velta á markaði og minnkandi hlutdeild stefnanda frá árinu 2006 til 2009 sýni að markaðurinn sé mjög opinn. Forsendur stefnda um lokun markaða vegna stofnunar stefnanda hafi því verið rangar frá upphafi eða séu verulega breyttar.

Stefnandi segir að reynslan hafi sýnt að svokallaður baklisti hans sé ekki aðgangshindrun fyrir nýja aðila eins og stefndi hafi byggt á í ákvörðun sinni. Fjár hagslegt virði baklista hafi minnkað á undanförunum árum. Víða séu útgefendur

farnir að eyða eldri lagerum þar sem geymsla bóka svari ekki kostnaði. Viðhald og endurútgáfa sígildra verka sé kostnaðarsöm. Þannig hafi enginn kaupandi fundist að verkum Halldórs Laxness. Forsendur um aðgangshindranir vegna baklista hafi verið rangar frá upphafi eða séu verulega breyttar.

Stefnandi segir að samruninn hafi ekki leitt til marktækrar lækkunar rekstrar kostnaðar. Stærðarhagkvæmni sé lítil sem engin á hinum skilgreinda markaði, enda hafi öll stærstu forlög sl. 20 ára orðið gjaldþrota eða horfið af markaði. Forsendur um að stofnun stefnanda leiddi til lækkunar rekstrarkostnaðar hafi verið rangar frá upphafi eða séu verulega breyttar.

Þá telur stefnandi að forsenda ákvörðunar stefnda um samningsstyrk hans gagnvart smásölum hafi verið röng eða sé nú verulega breytt. Segir hann að smásalar séu mjög sterkir á markaðnum, stór hluti af veltu stefnanda komi til í viðskiptum við stóra smásala. Því sé samningsstyrkur sinn lítill og hann geti ekki hagað sér „án tillits til“ smásala í skilningi 4. tl. 1. mgr. 4. gr. skl. Stefnandi hefur lagt fram yfirlit um kjör helstu smásala sem hann segir að sýni að kjör þeirra hafi ekki versnað.

Á sama hátt telur stefnandi að forsendur um verðlaunatilnefningar og að staða forlagsins gagnvart fagfólki leiði til ráðandi stöðu hans hafi verið rangar eða séu verulega breyttar. Á árinu 2009 hafi tilnefningar bóka er stefnandi gaf út til bókmenntaverðlauna verið nokkurn veginn í samræmi við hlutfall hans af útgefnum titlum. Þá gefi slíkar tilnefningar einungis vísbendingu um listrænan metnað forlags, en ekki markaðsstyrk. Þá séu höfundar ekki bundnir forlagi nema um eitt verk í senn samkvæmt stöðluðum útgáfusamningum og skilyrði sem stefnanda hafi verið sett í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins.

Stefnandi kveðst hafa leitað eftir endurupptöku á ákvörðun nr. 8/2008 og fengið endurskoðun tveggja skilyrða hennar. Hins vegar hafi meðferð á beiðni hans um endurskoðun á 14. og 15. gr. ákvörðunarinnar ekki verið lokið þegar stefndi hafi hafið stjórnslumál á hendur sér vegna meintra brota á þeim skilyrðum.

Samkvæmt 24. gr. stjórnslulaga eigi aðilar að stjórnvaldsákvörðun rétt á endurupptöku þegar forsendur reynast hafa verið rangar eða hafa breyst verulega. Þetta eigi sérstaklega við um ótímabundnar og íþyngjandi stjórnvaldsákvæðanir. Þá sé 24. gr. ívilnandi réttarúrræði og því sé stjórnvöldum ekki frjálst að hunsa eða fella niður beiðnir um endurupptöku að eigin geðþótta.

Stefnandi segir að stefndi hafi svarað endurupptökubeiðni hans með því að óska eftir frekari gögnum og rökstuðningi. Ekkert hafi komið fram um niðurfellingu máls ef svör bærust ekki innan tiltekins tíma. Stefnandi kveðst ekki hafa verið búinn að ljúka gagnaöflun þegar honum hafi borist andmælabréf stefnda, dags. 30. apríl 2010, vegna meintra brota á skilyrðum samrunans. Síðan hafi komið fram hjá stefnda að hann hefði fellt endurupptökumálið niður, án þess að tilkynna það stefnanda. Þessu kveðst stefnandi hafa mótmælt.

Stefnandi byggir á því að ljúka hefði átt endurupptökumálinu fyrst. Niður felling þess hafi verið ólöglegt. Skyld hafi verið að vara hann við áður en mál yrði fellt niður og honum hafi ekki verið tilkynnt um niðurfellingu. Vísar hann hér til 7. og 20. gr. stjórnslulaga. Þá hafi honum ekki verið gefinn kostur á að andmæla

niðurfellingu, sbr. 9. gr. laganna, og ekki veitt svigrúm til að kæra niðurfellinguna, sbr. 2. tl. 1. mgr. 20. gr. Loks hafi það verið skylda stjórnvaldsins að rannsaka markaðsaðstæður, sbr. 10. gr. laganna.

Stefnandi byggir á því að það sé brot á meðalhófsreglu stjórnsýsluréttar að neita að ljúka meðferð á endurupptökumáli vegna ákvörðunarinnar, áður en sektað er vegna brota á þessari sömu ákvörðun. Meginreglan sé sú að ljúka skuli málum í þeirri tímaröð sem þau berist. Þá sé það minnst íþyngjandi fyrir stefnanda að gengið sé úr skugga um það fyrst hvort ákvörðun eigi enn við, áður en ákveðið er að sekta hann. Ekki hafi verið nauðsynlegt að sekta þegar unnt hafi verið að velja leið sem var ekki eins íþyngjandi. Loks sé það neikvætt fyrir samkeppni og andstætt markmiði 1. gr. samkeppnislaga að fyrirtæki með einungis 15-20% hlutdeild á opnum markaði starfi við skilyrði sem miðast við ráðandi fyrirtæki.

Stefnandi byggir á því að brot á endurupptöku- og meðalhófsreglum stjórnsýslulaga leiði til ógildingar á úrskurði áfrýjunarnefndar.

Stefnandi byggir á því að það brjóti gegn lögmætisreglu stjórnsýsluréttar að sekta hann þar sem forsenda samrunaákvörðunarinnar um ráðandi stöðu hafi ekki lengur átt við. Stjórnvaldi beri sérstaklega að líta til markaðsaðstæðna þegar um sé að ræða ótímabundnar íþyngjandi ákvarðanir og markaði þar sem markaðshlutdeild sveiflist verulega milli ára.

Stefnandi telur að ákvarðanir sem gangi gegn markmiðum sérlaga teljist ómálefnalegar og andstæðar jafnræðisreglu 13. gr. stjórnsýslulaga. Það sé einsdæmi að fyrirtæki eins og stefnanda sé gert að starfa áfram við skilyrði sem sett voru markaðsráðandi aðila án þess að tekið sé tillit til breyttra aðstæðna. Skilyrðin hafi verið sett til að breyta aðstæðum á markaði, þ.e. að draga úr markaðsstyrk stefnanda. Því hafi verið líklegt að markaðsaðstæður breyttust.

Stefnandi telur að stefndi hafi vanrækt skyldu sína til rannsóknar samkvæmt 10. gr. stjórnsýslulaga með því að rannsaka ekki markaðsaðstæður á brotatíma. Slík rannsókn hafi einnig verið nauðsynleg vegna ákvæða 4. gr. reglna nr. 256/2002 um hópundanþágu. Stefndi hafi í ákvörðun sinni talið að 4. gr. ætti ekki við þar sem markaðshlutdeild stefnanda væri meiri en 30%. Þetta hafi ekki verið rannsakað heldur einungis miðað við ófullkomna greiningu á markaðnum frá árinu 2006.

Stefnandi kveðst hafa óskað eftir því sérstaklega í bréfi sínu, dags 3. september 2010, að stefndi kannaði hjá þeim smásölum sem um er fjallað í málinu, hvort stefnandi hafi haft afskipti af endursöluverði þeirra eða reynt að hafa áhrif á verðið, sbr. 10. gr. stjórnsýslulaga. Þá hafi hann einnig óskað eftir því að rannsakað yrði hvort endursöluverð stefnanda væri hið sama og hjá smásölum og hve tíðar verðbreytingar smásala væru. Slík rannsókn hefði skipt máli því að við mat á því hvort um birtingu endursöluverðs hafi verið að ræða skipti máli hvort smásalar hafi fylgt verðinu. Þá sé verðleiðbeining heildsala heimil samkvæmt almennum reglum áðurnefndrar 4. gr. Túlka verði ákvæði ákvörðunarinnar í samræmi við reglur um hópundanþágu. Annað bryti gegn lögmætisreglunni. Þá myndi það horfa til þyngingar viðurlaga ef stefnandi hefði brotið gegn ákvörðuninni af ásetningi, en það hafi ekki verið rannsakað, t.d. hvort smásalar hafi farið eftir endursöluverði.

Þá kveðst stefnandi hafa óskað eftir því að rannsakað yrði hver hefði samið stofnupplýsingalista Samkaupa/Nettó, en skjalið hafi ekki stafað frá honum. Þetta hafi stefnandi ekki rannsakað. Hafi hann verið sektaður fyrir skjal sem stafaði ekki frá honum. Þá hafi hann ekki notið andmælaréttar vegna þessa skjals, sbr. 13. gr. stjórnsýslulaga. Það sé misskilningur hjá Áfrýjunarnefnd þegar hún segi að skjalsins hafi verið getið á gagnalista vegna málsmeðferðar.

Stefnandi segir að áfrýjunarnefnd hafi ekki fallist á að brotið hafi verið gegn rannsóknar- og andmælareglum þar sem stofnupplýsingalista hafi verið getið á *gagnalista vegna málsmeðferðar* sem fylgdi andmælaskjali. Þetta sé byggt á misskilningi. Málsástæðan um brot á andmælarétti hafi ekki lotið að því að hann hafi ekki fengið stofnupplýsingalistann. Hún hafi lotið að því að hann hafi ekki notið andmælaréttar um nýja gagnaframlagningu stefnda á kærustigi, sem stefndi segi að ráðið hafi úrslitum um það hver bæri ábyrgð á stofnupplýsingalistanum.

Í 12. lið gagnalistans komi einungis fram að stofnupplýsingalistinn hafi borist með tölvupósti, en ekki að tölvupósturinn hafi fylgt. Hann hafi ekki fylgt með.

Þá hafi áfrýjunarnefndin talið að framlagning tölvubrúefs frá Samkaupum/Nettó af hálfu stefnanda á kærustigi hafi gert það að verkum að ekki hafi þurft að gæta andmælaréttar á lægra stjórnsýslustigi. Þessi afstaða sé í ósamræmi við 13. gr. stjórnsýslulaga.

Stefnandi segir að stefndi hafi enn brotið rannsóknarreglu 10. gr. með því að leggja ekki mat á þann útreikning á kostnaðarlegu hagræði sem hann hafi lagt fram. Hafi stefndi látið nægja að staðhæfa að ólögmaett væri að reikna út kostnaðarlegt hagræði eftir að viðskipti hefðu átt sér stað. Ekkert hafi þó komið fram um jafnræði eða hvenær ætti að skila útreikningi í 15. gr. ákvörðunarinnar.

Stefnandi segir að það sé meginregla í stjórnsýslurétti að íþyngjandi stjórn valdsákvörðun verði að vera nægilega ákveðin og skýr til að aðili geti metið réttar stöðu sína. Ákvæði sem veiti stjórnvaldi heimild til að taka íþyngjandi ákvarðanir, eins og sektarákvörðun, beri að túlka þröngt. Slík ákvæði hafi aldrei aðra merkingu en leiða megi beinlínis af orðalagi þeirra, nema til ívilnunar fyrir aðila máls. Því telur stefnandi að hvorki sé lögmaett né málefnalegt að beita aðila sektum fyrir brot á óorðuðum forsendum stjórnvalds fyrir því að heimila samruna.

Stefnandi byggir á því að stjórnvald geti ekki tekið ákvörðun sem er andstæð almennum reglum sem gilda um háttsemi, t.d. um heimild heildsala til að birta leiðbeinandi verð eða að binda fyrirtæki sem eru ekki ráðandi við skilyrði sem miðast við ráðandi stöðu, nema löggjafinn veiti sérstaklega slíka heimild. Slík heimild felist ekki í f-lið 17. gr. samkeppnislaga. Óþekkt sé að einkaaðilum sé gert að sæta refsikenndum viðurlögum vegna háttsemi sem ekki sé talin hafa neikvæð áhrif á samkeppni.

Stefndi telur ranga þá niðurstöðu að hann hafi birt endursöluverð bóka í andstöðu við 14. gr. ákvörðunarinnar. Verðið sem hann birti hafi ekki verið söluverð endurseljenda heldur afsláttarverð, þ.e. afsláttur af grunnverði eins og almennt gerist.

Stefnandi segir að verðkönnun ASÍ frá 14. desember 2009 sýni að söluverð bóka í smásölu hafi verið annað en hið meinta endursöluverð sem hann hafi tilgreint. Þá hafi smásöluverð hans sjálfs verið annað. Þá segir hann að smásalar segist hafa ákveðið verð hjá sér sjálfstætt.

Stefnandi kveðst hafa talið að 14. gr. fæli í sér almennt orðaða reglu, sem vísaði til almennra reglna um leiðbeinandi verð, þ.e. 4. gr. reglna nr. 256/2002 um hópundanþágu fyrir flokka lóðréttra samninga og samstilltra aðgerða. Bendir hann á, þessum skilningi til stuðnings að fjölmörg ákvæði ákvörðunarinnar hafi verið endurtekning á skilyrðum sem hefðu hvort eð er gilt um starfsemi stefnanda, hefði hann verið í markaðsráðandi stöðu. Þá væri óeðlilegt að honum væru settar skorður við háttsemi sinni, sem ekki væri samkeppnishamlandi. Vísar hann þá til birtingar endursöluverðs sem jafngildi ekki föstu endursöluverði eða lágmarksendursöluverði, sbr. orðalag 4. gr. áðurnefndra reglna. Þannig væri þessi birting heimil þó svo að um væri að ræða birtingu endursöluverðs samkvæmt 14. gr., þar sem hvorki hafi verið um að ræða föst verð né lágmarkssöluverð. Að öðrum kosti væri 14. gr. í andstöðu við lögætis- og jafnræðisreglur stjórnsluréttarins, sbr. einnig jafnræðisreglu 65. gr. stjórnarskrárinnar.

Stefnandi bendir á fordæmi í dómi Evrópudómstólsins í máli nr. 161/84. Þar komi fram að leiðbeining um endursöluverð feli ekki ein og sér í sér brot á 1. mgr. 81. gr. Rómarsáttmálans um bann við ólögmetu samráði. Heildsali þyrfti líka að beita sér fyrir því að verðinu væri fylgt. Stefnandi kveðst ekki hafa beitt sér í því efni og því hafi ekki verið fylgt.

Stefnandi segir að stefndi beri sönnunarbyrði fyrir því að stefnandi hafi birt eða haft afskipti af endursöluverði. Stefndi og áfrýjunarnefnd hafi látið nægja að bera saman verð til smásala. Þeir hafi ályktað að ef eitt tilvik teldist ólögmet birting endursöluverðs, þá væri sjálfkrafa um brot að ræða í öllum tilfellum þar sem sama verð kæmi fram. Þetta telur stefnandi ekki heimilt. Hann bendir á í fyrsta lagi að raunendursöluverð smásala hafi samkvæmt verðkönnun ASÍ verið önnur. Í öðru lagi hafi stefnandi sjálfur haft annað smásöluverð en fram komi í umræddum skjölum. Í þriðja lagi hafi stefndi ekki rannsakað sérstaklega hvort um endursöluverð væri að ræða eða ekki. Í fjórða lagi hafi enginn greinarmunur verið gerður á tegundum skjala eða birtingu. Kveðst hann mótmæla því sérstaklega að það að gefa afslátt af grunnverði í reikningsviðskiptum feli í sér birtingu á endursöluverði smásala. Loks í fimmta lagi hafi orðið endursöluverð hvergi komið fram í skjölunum og stefnandi hafi ekki reynt að þvinga smásala til fylgni við hið meinta endursöluverð.

Að endingu tekur stefnandi fram að hann geti ekki afsannað huglægt mat stjórnvalda á því að um endursöluverð sé að ræða með öðrum hætti en þeim að framvísa skjölum sem sýni að tilgreint verð hafi alls ekki verið endursöluverð.

Athugasemdir um einstök tilvik

Um Samkaup/Nettó segir stefnandi að hann hafi ekki samið svokallað *stofn upplýsingaskjal fyrir jólin 2009* sem hafi verið innanhússkjal hjá þessu fyrirtæki, en

stafi ekki frá honum. Því beri að fella niður sekt vegna þessa brots.

Stefnandi segir að Penninn/Eymundsson njóti afsláttar frá grunnverði. Honum hafi verið heimilt að veita afslátt samkvæmt 15. gr. ákvörðunarinnar. Þegar veittur sé afsláttur í reikningi verði grunnverð að koma fram. Í því felist ekki birting á eða afskipti af endursöluverði smásalans. Þá komi orðið endursöluverð hvergi fram í skjalinu. Reikningar séu gefnir út eftir að bækur eru afhentar, í þessu tilviki viku síðar. Verð breytist daglega hjá smásölum og því hafi þeir verðlagt hverja bók nokkrum sinnum þegar reikningurinn berst. Þá staðfesti þessi aðili að hann ákveði sjálfur söluverð sitt án þess að miða við reikninga stefnanda eða önnur gögn. Loks sé staðfest í verðkönnun ASÍ að umrætt verð hafi ekki verið endursöluverð þessa aðila.

Í tilviki Kaupáss segir stefnandi að stefndi hafi miðað við ódagsett og óklárað pöntunarblað. Þar megi sjá grunnverð á titlum, sem smásalinn hafi fengið afslátt af. Þetta hafi ekki verið endursöluverð. Þá hafi Kaupás einnig staðfest við stefnda að verðstefna fyrirtækisins væri algerlega sjálfstæð. Í viðskiptum þar sem smásali breyti verði daglega, geti stefnandi ekki haft nein áhrif á endursöluverð og birting þess hafi því engan tilgang. Upplýst sé að endursöluverð Kaupáss hafi verð allt annað en *almenna verðið*. Orðið endursöluverð komi ekki fram í skjalinu og ekkert bendi til þess að stefnandi hafi ætlast til þess að smásalinn fylgdi verðinu. Því beri að fella niður sekt vegna þessa tilviks.

Varðandi Bónus og Office 1 segir stefnandi að vissulega komi orðin *leið beinandi verð* fram á skjölum. Þetta verð hafi ekki verið fast, þar sem vikið hafi verið frá því. Þá hafi þetta ekki verið lágmarksverð, en þessir smásalar hafi selt bækur á mun lægra verði. Stefnandi kveðst ekki hafa ætlað að hafa áhrif á verðlagningu aðilanna. Hann hafi notað eldra form stofnupplýsingablaða, sem hafi af gáleysi verið send út úr húsi, en þau hafi ekki haft nein áhrif. Hér hafi því ekki verið um að ræða birtingu endursöluverðs.

Þá hafi skjölin ekki innihaldið smásöluverð stefnanda. Segir stefnandi að háttsemi sín sé því lögmæt samkvæmt orðalagi 4. gr. reglugerðar nr. 256/2002 og 14. gr. ákvörðunarinnar. Þetta hafi ekki verið *birting á* eða *afskipti af* endursöluverði.

Stefnandi segir að sér sé heimilt að tilgreina smásöluverð sitt á heimasíðu sinni. Skýrt komi fram í 14. gr. ákvörðunarinnar að smásala stefnanda sjálfs sé undanþegin banni við birtingu endursöluverðs.

Stefnandi telur að sér sé heimilt að veita afslátt í smásölu. Veiti hann afslátt beri honum að sýna hverju afslátturinn nemi samkvæmt lögum nr. 57/2005 og reglu gerð nr. 50/1998. Þetta hafi Neytendastofa staðfest. Brot gegn lögum nr. 57/2005 varði sektum.

Þá telur stefnandi að tilgreining afsláttar til neytenda feli ekki í sér leið beiningu til endurseljenda. Skorar hann á stefnda að segja hvort hann telji það einnig ólögmæta birtingu endursöluverðs að greina neytendum frá afslætti í annarri smásölu, t.d. í verslun hans á Fiskislóð eða í símasölu. Telur stefnandi að hann hafi verið sektaður fyrir birtingu á endursöluverði smásala, þrátt fyrir að um væri að ræða sölu til neytenda, smásalar hafi ekki fylgt verðinu og skylt sé að tilgreina bæði

grunnverð, afslátt og endanlegt verð samkvæmt 10. gr. laga nr. 57/2005. Þá komi orðið *endursöluverð* hvergi fyrir á vefsíðunni.

Stefnandi kveðst telja að í úrskurði áfrýjunarnefndarinnar sé röng lýsing á málsmeðferð stefnda varðandi brot gegn 15. gr. ákvörðunarinnar. Stefndi hafi ekki rannsakað hvort útreikningur á kostnaðarlegu hagræði stæðist. Hann hafi sektað stefnanda annars vegar þar sem ólögmætt væri að reikna kostnaðarlegt hagræði eftir á, hins vegar fyrir brot gegn smásölum á óorðuðum jafnréttisforsendum.

Sektin hafi ekki byggst á rannsókn á því hvert kostnaðarlegt hagræði hefði verið. Því sé úrskurður áfrýjunarnefndarinnar efnislega rangur og verði að fella þennan þátt hans úr gildi.

Þá telur stefnandi að ekki komi fram í ákvörðuninni að reikna skuli út kostnaðarlegt hagræði fyrir fram. Þá sé ekki sagt neitt um það hvernig skuli reikna. Því sé ólögmætt að sekta stefnanda fyrir það eitt að skila inn rökstuddum út reikningum undir rekstri málsins.

Stefnandi segir að eigi afsláttur að endurspeglar raunverulegt kostnaðarlegt hagræði verði að reikna það eftir á. Nákvæmt kostnaðarlegt hagræði af magnkaupum geti ekki legið fyrir fyrr en búið sé að dreifa vöru, taka við skilavöru o.s.frv. Ekki sé sjálfkrafa ólögmætt að áætla kostnaðarlegt hagræði af viðskiptum fyrirfram og reikna það nákvæmlega eftir á. Ef ætlunin hefði verið að gera stefnanda að reikna út kostnaðarlegt hagræði upp á krónu fyrirfram, hefði það þurft að koma skýrt fram í ákvæðinu. Þá bendir stefnandi á að eftirágreiddur afsláttur hafi verið talinn fela í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu skv. 11. gr. samkeppnislaga.

Þá hafi engar jafnræðisskyldur verið setta á stefnanda samkvæmt orðalagi 15. gr. ákvörðunarinnar. Því sé ólögmætt að sekta hann fyrir brot á jafnræðisskyldu.

Stefnandi kveðst hafa reynt að sýna fram á kostnaðarlegt hagræði áður en sektin var lögð á hann, en stefndi hafi ekki rannsakað þennan þátt. Þetta sé ámælisvert í ljósi þess að um sé ræða eina efnisskilyrði 15. gr. ákvörðunarinnar. Þar sem kostnaðarlegt hagræði hafi ekki verið rannsakað sé ekki hægt að sekta stefnanda fyrir dómstólum, enda hefði engin rannsókn þá farið fram og andmælaréttar ekki verið gætt. Því beri að fella niður sekt fyrir brot gegn 15. gr.

Varakrafa stefnanda er reist á því að fella beri niður sektina samkvæmt 37. gr. samkeppnislaga, þótt talið verði að hann hafi í einhverjum tilfellum brotið gegn ákvörðuninni. Hann bendir á að áfrýjunarnefnd hafi talið að brotin hafi líklega ekki haft skaðleg áhrif. Engin sérstök rannsókn hafi farið fram á áhrifum brota, þrátt fyrir óskir stefnanda þar að lútandi. Verði því að líta svo á að brotin hafi engin áhrif haft á samkeppni. Því séu skilyrði til að fella niður sektina, brot sé óverulegt í skilningi 37. gr.

Þá telur stefndi það rangt að sekt eins og þessi hafi varnaðaráhrif eins og áfrýjunarnefndin byggir á. Sekt vegna brots á óorðuðum forsendum stjórnvalds muni engin varnaðaráhrif hafa. Vísar stefnandi hér til úrskurðar áfrýjunarnefndarinnar í málum nr. 17-18/2003, þar sem sekt hafi verið felld niður í

ljósi vafa um skyldur hins brotlega. Þau brot hafi þó haft alvarleg áhrif á samkeppni.

Stefnandi telur að fella beri niður sektina þar sem einungis hafi verið um formbrot að ræða, sem ekki hafi haft nein samkeppnisleg áhrif.

Stefnandi byggir á því að ekki hafi verið um ásetningsbrot að ræða. Hafi einhver brot verið framin hafi það verið af gáleysi, sem skýrist af óskýru orðalagi ákvörðunarinnar. Hann hafi talið sé skylt að fara eftir lögum nr. 57/2005 og að sér hafi verið heimilt að fylgja ákvæðum reglna um hópundanþágur nr. 256/2004. Hvergi hafi beinlínis komið fram í 14. og 15. gr. að óheimilt væri að veita afslátt í smásölu á vefsíðu, hvergi hafi komið fram að óheimilt væri að skila inn útreikningum á kostnaðarlegu hagræði undir rekstri stjórnisýslumáls og hvergi hafi komið fram að stefnandi hefði nokkrar jafnræðisskyldur gagnvart smásöllum.

Loks vísar stefnandi til þess að um sé að ræða fyrstu brot á samkeppnislögum. Til þrautavara krefst stefnandi stórfelldrar lækkunar sektarfjárhæðar. Hann telur að ekki beri að sekta hann fyrir nema hluta þeirra tilvika sem um ræðir. Lækka verði sektina hlutfallslega ef ekki verður fallist á að hann hafi brotið af sér í öllum tilvikunum. Að öðru leyti vísar hann til áðurgreinds rökstuðnings.

Málsástæður og lagarök stefnda

Stefndi mótmælir þeim staðhæfingum stefnanda að stefndi hafi ekki lagt endanlegt mat á markaðshlutdeild samrunafyrirtækisins (stefnanda) og að fljótlega hafi komið í ljós að forsendur hennar um markaðsstyrk hafi verið rangar frá upphafi eða verulega breyttar. Í ákvörðuninni hafi verið bent á að markaðshlutdeild samrunafyrirtækisins væri 55-60%. Markaðshlutdeild samrunafyrirtækisins hafi því verið metin. Í endurupptökubeiðni stefnanda sé hvergi vikið að því að breyting hafi orðið á markaðsstyrk hans. Það sé því villandi að láta liggja að því að endurupptökubeiðnin hafi verið lögð fram vegna breyttra aðstæðna.

Þá segir stefndi að ofmælt sé hjá stefnanda að í bréfi stefnda, dags. 20. febrúar 2009, hafi verið óskað eftir frekari gögnum og rökstuðningi. Í bréfinu hafi verið sagt að ekki yrði aðhafst frekar nema rökstuðningur kæmi fram. Stefndi mótmælir þeirri staðhæfingu stefnanda að hann hafi ekki lokið við þessa gagnaöflun. Ekki verði dregin önnur ályktun af aðgerðarleysi stefnanda en sú að hann hafi talið að beiðni um endurupptöku hefði verið synjað.

Stefndi mótmælir því að hann hafi ekki sannreynt hvort útreikningar stefnanda á hagræði stæðust. Í ákvörðuninni hafi verið rökstutt að afsláttur sem stefnandi veitti væri of mikill til að hann gæti uppfyllt skilyrði 15. gr. um samræmi milli hans og kostnaðarlegs hagræðis af viðskiptunum. Mótmælir stefndi því að honum beri að sannreyna þetta hagræði.

Stefndi kveðst byggja sýknukröfu á því að ákvörðun sín og úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála séu í samræmi við ákvæði samkeppnislaga. Vísar hann einkum til h-liðar 1. mgr. 37. gr. Þá hafi málsmeðferð á báðum

stjórnsýslustigum verið í samræmi við meginreglur stjórnsýsluréttar og ákvæði stjórnsýslulaga.

Stefndi byggir á því að stefnandi hafi á árinu 2009 brotið gegn 14. og 15. gr. ákvörðunar nr. 8/2008. Ekki skipti máli í þessu sambandi þótt stefnandi hafi nokkru áður óskað eftir því að ákvörðunin yrði endurskoðuð. Honum hafi borið að hlíta skilyrðunum þar til þeim hefði verið breytt. Telur stefndi að sama regla gildi í evrópskum samkeppnisrétti, sbr. 76. gr. Commission Notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004. Þar komi fram að breytingar á skilyrðum hafi ekki afturvirk áhrif. Í þessu máli séu því meint brot stefnanda til umfjöllunar, en ekki hvort tilefni hafi verið til að endurskoða ákvörðun nr. 8/2008.

Stefndi mótmælir sem þýðingarlausum þeim staðhæfingum stefnanda að hann hafi ekki gert athugasemdir við umfjöllun stefnanda um markaði og markaðsstyrk sinn við stjórnsýslumeðferð málsins. Því sé umfjöllunin óumdeild. Segir stefndi að hér séu brot stefnanda til umfjöllunar, ekki hvort hann hafi verið í markaðsráðandi stöðu þegar þau voru framin. Umfjöllun um markaðshlutdeild sé hér þýðingarlaus. Fallist dómurinn ekki á þetta hjá stefnda kveðst hann mótmæla umfjöllun stefnanda í heild sinni og vísa til gagna málsins.

Stefndi mótmælir því að hann hafi átt að afgreiða endurupptökubeiðni stefnanda áður en hann fjallaði um brot gegn ákvörðuninni. Þegar fjallað hafi verið um brot stefnanda hafi ákvörðun nr. 8/2008 verið í fullu gildi og engu skipt þótt óskað hafi verið endurupptöku vegna breyttra atvika. Stefnandi hafi ekki getað komist hjá því að fylgja ákvæðum ákvörðunarinnar með því að biðja um endurupptöku.

Þá hafi endurupptökubeiðni stefnanda verið synjað 20. febrúar 2009 með vísan til þess að hún hafi ekki verið studd fullnægjandi rökum. Þá hafi stefnandi ekkert gert til að bæta úr því fyrr en honum var tilkynnt um það frummat stefnda að hann hefði brotið gegn ákvörðuninni. Samkvæmt þessu mótmælir stefndi því að hann hafi ekki gætt að meðalhófsreglu eða öðrum stjórnsýslureglum við meðferð málsins.

Stefndi mótmælir því að ætlaðir annmarkar á afgreiðslu á endurupptökubeiðni hafi áhrif á gildi sektarákvörðunarinnar. Ekki hafi verið nauðsynlegt að tilgreina frest til að leggja fram frekari rökstuðning í bréfi dags. 20 febrúar 2009. Um frestina sé fjallað í 1. og 2. mgr. 24. gr. stjórnsýslulaga. Verði ekki á þetta fallist telur stefndi að þetta hafi ekki áhrif á gildi sektarákvörðunarinnar.

Stefndi mótmælir því að stefnandi hafi ekki verið tilkynnt um niðurfellingu endurupptökumálsins. Í bréfinu sem sent hafi verið lögmanni stefnanda segi að endurupptökubeiðnin sé ekki rökstudd nægilega og ekki verði aðhafst frekar fyrr en rökstuðningur komi fram. Stefnandi hafi ekki getað verið í vafa um að málinu væri lokið nema beiðnin yrði rökstudd. Hann hafi ekkert aðhafst í tæplega 16 mánuði.

Stefndi mótmælir því að stefnandi hafi ekki átt þess kost að tjá sig áður en endurupptöku var neitað. Stefnandi hafi átt frumkvæði að endurupptökubeiðni og honum hafi verið bent á að hún yrði tekin til skoðunar ef hún yrði rökstudd.

Stefnandi haldi því ekki fram að endurupptökubeiðnin hafi verið nægilega rökstudd. Verði ekki á þetta fallist telur stefndi að þetta hafi ekki áhrif á gildi sektarákvörðunarinnar.

Stefndi mótmælir því að hann hafi átt að rannsaka aðstæður á markaði og að það sé ólöglegt að fela einkaaðila markaðsrannsókn, sbr. 10. gr. stjórnsýslulaga. Þótt stefnda beri að upplýsa mál verði sá er beiðist endurupptöku að rökstyðja beiðni sína. Verði ekki á þetta fallist telur stefndi að annmarkar á afgreiðslu endurupptökubeiðninnar geti aldrei leitt til ógildis sektarákvörðunarinnar.

Stefndi mótmælir því að ekki hafi mátt sekta stefnanda nema að hann væri enn í markaðsráðandi stöðu. Þá telur hann að ekki hafi verið brotið gegn 11. gr. stjórnsýslulaga í úrskurði áfrýjunarnefndarinnar. Stefnandi hafi átt þess kost að leita eftir endurupptöku ákvörðunarinnar.

Stefndi byggir á því að ekki hafi verið nauðsynlegt að rannsaka markaðs aðstæður við rannsókn á brotum stefnanda. Þá hafi ekki þurft að rannsaka hvort stefnandi hafi haft áhrif á endursöluverð fimm nánar tiltekinnar smásala. Gögn hafi sýnt að stefnandi hafi birt leiðbeinandi endursöluverð í andstöðu við 14. gr. ákvörðunarinnar. Engu skipti hvort birtingin hafi haft áhrif.

Stefndi mótmælir staðhæfingum stefnanda um svonefndan stofnupplýsinga lista. Segir hann fullsannað að listi þessi hafi stafað frá stefnanda. Þá hafi ekki verið brotið gegn andmælarétti stefnanda í tengslum við tölvupóstskilyti stefnda til starfsmanns Samkaupa sem voru lögð fyrir áfrýjunarnefnd. Ekki hafi verið byggt á þessum upplýsingum við meðferð stefnda á málinu og þau hafi því ekki ráðið úrslitum um mat á broti stefnanda. Þau hafi verið lögð fyrir áfrýjunarnefndina vegna staðhæfinga stefnanda í kærðu. Þá hafi listinn verið nefndur á andmælaskjali er stefnandi hafi verið sent 30. apríl 2010. Stefnandi hafi átt að kynna sér gögnin og átt þess kost að tjá sig um málið. Verði ekki á þetta fallist byggir stefndi á því að stefnandi hafi tjáð sig um þetta atriði við meðferð nefndarinnar á málinu.

Stefndi mótmælir því einnig að hann hafi ekki lagt mat á útreikninga stefnanda á kostnaðarlegu hagræði. Sjá megi umfjöllun um það í sektarákvörðuninni. Útreikningar stefnanda hafi sýnt að afslátturinn hafi ekki verið í samræmi við ætlað hagræði stefnanda af viðskiptunum. Sönnunarbyrðin um þetta hvíli á stefnanda.

Stefnandi byggir á því að stefnandi hafi haft afskipti af söluverði endurseljenda með því að birta leiðbeinandi smásöluverð. Hann hafi sjálfur leitað eftir endurskoðun á 14. gr. ákvörðunarinnar og því verði að líta svo á stefnandi hafi framið brotin af ásetningi.

Stefndi segir að ákvörðun nr. 8/2008 sé ákveðin og skýr og að ákvörðun nr. 24/2011 sé í samræmi við lög. Þá mótmælir hann því að skýra beri ákvæði ákvörðunar nr. 8/2008 „þröngt og stefnanda í hag“. Ákvörðunina beri að skýra í samræmi við markmið samkeppnislaga.

Stefndi mótmælir þeirri málsástæðu stefnanda að reglur nr. 256/2002 heimili honum að birta leiðbeinandi verð. Þessar reglur eigi ekki við hér. Ákvæði 17. gr. c í samkeppnislögum heimili stefnda að setja samruna fyrirtækja skilyrði.

Samkvæmt 14. gr. ákvörðunarinnar hafi stefnandi verið skuldbundinn til að „birta ekki með neinu móti“ söluverð endurseljenda.

Stefndi fjallar nánar um einstök brot stefnanda gegn 14. gr. Varðandi skipti við Pennann/Eymundsson og Kaupás segir hann að stefnanda hafi verið óheimilt að birta endursöluaðilum annað en forlagsverð. Í stað þess að notast við sitt eigið forlagverðs sem grunnverð á reikningum til Pennans hafi stefnandi notast við smá söluverð sitt. Það hafi hann einnig gert á pöntunarblaði til Kaupáss. Í þessu felist brot hans.

Í vefverslun sinni hafi stefnandi birt bæði almennt verð og tilboðsverð. Það sé ekki rétt að vefverslun stefnanda hafi verið undanþegin ákvörðuninni. Hún hafi ekki verið takmörkuð. Augljóst sé að almennt verð sem tilgreint er, en standi engum til boða, sé leiðbeining stefnanda til smásala.

Stefndi segir að samkvæmt 15. gr. ákvörðunarinnar hafi stefnanda borið að reikna fyrirfram út kostnaðarlegt hagræði af sölu til einstakra smásala, áður en hann ákvæði hvaða afslátt hann veitti þeim. Þetta hafi hann ekki gert. Megi sjá það af svarbréfum hans að útreikningur lá ekki til grundvallar afslætti sem var veittur. Tilgangur ákvæðisins hafi verið sá að endurseljendur stefnanda stæðu jafnfætis í viðskiptum sínum við hið öfluga og sameinaða fyrirtæki og að stefnandi myndi ekki veita þeim afslátt nema á grundvelli hlutlægs mats á tölulegum upplýsingum. Heildsöluverð til allra endurseljenda bóka stefnanda hafi átt að vera það sama, nema sýnt væri fram á kostnaðarlegt hagræði sem endurspeglaði hin mismunandi kjör. Til að geta veitt afslátt á grundvelli hlutlægrar athugunar þurfi tölulegar upplýsingar að liggja fyrir. Af gögnum málsins megi sjá að stefnandi hafi veitt afslátt án þess að hafa gert nokkra könnun á tölulegum upplýsingum.

Stefndi mótmælir því að útreikningur á kostnaðarlegu hagræði geti ekki farið fram fyrir en löngu eftir að viðskiptunum er lokið. Þá mótmælir stefndi því að hann hafi ekki farið yfir útreikninga stefnanda.

Stefndi mótmælir vara- og þrautavarakröfu stefnanda og segir að sektarfjár hæðin sé hæfileg. Það horfi til hækkunar sektar að stefnanda hafi verið ljóst að gerðir hans fælu í sér brot gegn skilyrðum ákvörðunarinnar. Velta stefnanda á árinu 2008 hafi verið 1.256 milljónir króna, en 1.358 milljónir á árinu 2009. Þá hafi hagnaður eftir skatta numið u.þ.b. 158 milljónum króna árið 2008 og 112 milljónum árið 2009. Sektin sé því innan við 2% af veltu stefnanda árið 2009. Verði því ekki annað sagt en að sektarfjárhæðin sé hófleg.

Stefndi mótmælir því að fella beri niður sektina þar sem um fyrsta brot stefnanda sé að ræða. Almenna reglan sé sú að leggja beri sekt á fyrirtæki sem brjóti gegn samkeppnislögum. Þá mótmælir hann því að við sektarákvörðun hafi ekki verið litið til áhrifa brotanna.

Niðurstaða

Stefnandi leitaði eftir endurupptöku á ákvörðun stefnda nr. 8/2008. Honum var tilkynnt, með bréfi dags. 20. febrúar 2009, að stofnunin teldi að hann hefði ekki

fært fram fullnægjandi rök fyrir beiðni sinni um endurskoðun á 14. gr. samruna skilmálanna. Yrði ekki aðhafst frekar nema frekari rökum yrði teft fram. Stefnandi aðhafðist ekki um langa hríð eftir að þessi tilkynning barst honum. Það var ekki fyrr en meint brot hans voru komin á dagskrá stefnda að hann hreyfði þessari endurupptökubeiðni sinni á ný.

Þar sem ákvörðun stefnda hafði ekki verið endurupptekin á árinu 2009 bar stefnanda að hlíta þeim skilmálum sem fólust í samrunaákvörðuninni. Stoðar ekki að bera fyrir sig að forsendur hafi verið rangar eða breyttar. Hafi svo verið var endurupptaka úrræðið sem stóð honum til boða, sbr. 24. gr. stjórnslulaga, en hann fylgdi ekki eftir beiðni sinni um endurupptöku. Honum var ekki heimilt að brjóta gegn skilyrðunum.

Á það verður að fallast með stefnanda að stefnda bar að ljúka meðferð sinni á beiðni stefnanda um endurupptöku með formlega réttum hætti, en líta verður svo á að málinu hafi ekki verið lokið endanlega með bréfi dags. 20. febrúar 2009. Það breytir hins vegar ekki þeirri stöðu að stefnandi var skuldbundinn til að hlíta skilmálum þeim sem honum höfðu verið settir við samrunann. Þótt endurupptökubeiðni sé enn til umfjöllunar hindrar það ekki að samhliða sé leyst úr því hvort sami aðili hafi brotið gegn skilmálum sem honum höfðu verið settir. Er með því hvorki brotið gegn meðalhófsreglu stjórnsluréttar né lögætisreglu.

Í stefnu eru í löngu máli talin atriði sem sögð eru sýna að forsendur fyrir samrunaskilyrðunum hafi verið rangar eða hafi breyst síðar. Vísar stefnandi til 24. gr. stjórnslulaga. Þetta ákvæði laganna mælir eins og áður segir fyrir um heimild til endurupptöku, m.a. ef forsendur reynast hafa verið rangar eða eru breyttar. Ekki er heimilt að brjóta gegn skilyrðum samrunans fyrr en málið hefur verið tekið upp að nýju og skilyrðin felld niður. Þarf ekki að leysa úr því hvort stefnandi hafi komist í markaðsráðandi stöðu, hver markaðshlutdeild hans hafi verið, hvort breytingar sem máli skipta hafi orðið á bókamarkaðnum frá árinu 2006 til 2009, hvort baklisti hans hafi verið honum styrkur á markaði, hvort stefnandi hefði of mikinn samningsstyrk gagnvart smásölum, eða hvort óréttmætt hafi verið að líta til verðlaunatilnefninga og ætla stefnanda samningsstyrk gagnvart höfundum. Málsástæðum stefnanda sem lúta að því að forsendur samrunaákvörðunarinnar hafi verið rangar eða breyttar er öllum hafnað.

Stefnandi telur að brotið hafi verið gegn jafnræðisreglu 13. gr. stjórnslulaga þar sem aðstæður á markaði hafi breyst eftir að honum voru sett skilyrði. Þessari málsástæðu verður að hafna. Hafi þetta verið raunin gat stefnandi brugðist við með því að leita eftir endurupptöku. Þá verður ekki fallist á að sérstök skylda hafi hvílt á stefnda að rannsaka markaðsaðstæður á þeim tíma sem brot voru framin. Skilyrðin fyrir samrunanum voru sett með samkomulagi við stefnanda að lokinni rannsókn á aðstæðum áður en samruninn varð. Rannsókn á meintum brotum átti fyrst og fremst að beinast að hegðun stefnanda í viðskiptum, en ekki að því hvort sömu skilyrði hefðu verið sett ef markaðurinn yrði kannaður aftur.

Stefnandi vísar til reglna nr. 256/2002 um hópundanþágu fyrir flokka lóðréttra samninga og samstilltra aðgerða. Þessar tilvísanir eru óskýrar, en hann rökstyður ekki með tilvísun til málsatvika hvort reglur þessar gildi um tilvik eins og þetta.

Í 14. gr. skilmálanna var stefnanda bannað að „hafa nokkur afskipti af sölu verði endurseljenda“. Þessi skilmáli er skýr og stoðar ekki stefnanda að segja að það verði að túlka hann í samræmi við reglur um hópundanþágu. Almennar reglur leysa stefnanda ekki undan þeim sérstöku skilyrðum sem honum voru sett. Þá byggði niðurstaða stefnda og áfrýjunarnefndarinnar á því að stefnandi hefði reynt að hafa áhrif á söluverð með því að birta endursöluverð. Það var honum óheimilt.

Ekki verður fallist á það með stefnanda að stefndi hafi brotið gegn rannsóknarreglu 10. gr. stjórnsýslulaga með því að leggja ekki mat á útreikning stefnanda á kostnaðarhagræði. Það er skýrt í 15. gr. skilmála samrunans að ekki mátti veita afslátt nema unnt væri að sýna fram á að hann væri í samræmi við kostnaðarhagræði. Stefnandi viðurkennir með málatilbúnaði sínum að hann veitti afsláttinn fyrst og fékk útreikning dómkvaddra matsmanna eftir á. Sá útreikningur átti að liggja fyrir áður en afsláttur var veittur.

Heimild til að setja samrunanum skilyrði er að finna í 17. gr. c í samkeppnis lögum. Með skilyrðunum var stefnanda bönnuð ýmis háttsemi, sem ella hefði verið heimil. Stefnandi hefur ekki freistað þess að fá skilyrðunum hnekk, nema með endurupptökubeiðni sinni. Hann hefur ekki sýnt fram á að brotið hafi verið gegn lögmetis- og jafnræðisreglum stjórnsýsluréttarins eða jafnræðisreglu 65. gr. stjórnarskrárinnar með skilyrði 14. gr. Þá er ekki skilyrði þess að stefnanda verði gerð viðurlög við brotum á skilyrði 14. gr. að hann hafi beitt sér sérstaklega í því skyni að tilgreindu verði yrði fylgt eða að leiðbeiningum hans hafi verið fylgt í raun.

Um einstök brot stefnanda:

Varðandi upplýsingar til Samkaupa/Nettó er í málatilbúnaði stefnda eingöngu byggt á svokölluðu stofnupplýsingaskjali. Stefnandi heldur því fram að það sé ekki frá sér komið. Vitnið Stefán Guðjónsson, forstöðumaður innkaupa hjá Samkaupum sagði að umrætt skjal hefði verið útbúið hjá Samkaupum eftir stofnupplýsingalistum frá útgefendum. Leggja verður þennan framburð til grundvallar og því er ósannað að einhverjar óheimilar upplýsingar hafi komið frá stefnanda í þessu tilviki. Verður að fella úrskurðinn úr gildi að því er þennan þátt varðar. Þarf þá ekki að fjalla um þá mótbáru stefnanda að hann hafi ekki notið andmælaréttar í þessum þætti.

Varðandi Pennann/Eymundsson verður fallist á það með stefnda og áfrýjunarnefndinni að með því að gefa upp annað verð en raunverulegt söluverð frá sér hafi stefnandi brotið gegn 14. gr. ákvörðunarinnar. Skiptir ekki máli hér hvaða heiti hann gaf verðinu sem hann gaf upp, en var ekki að krefja um. Þá skiptir ekki máli þótt ekki hafi verið farið eftir ábendingu stefnanda.

Það sama á við um viðskipti stefnanda við Kaupás. Þar gaf stefnandi upp verð sem ekki var söluverð frá honum. Engu skiptir þótt þessi smásali segist ákveða verð án afskipta útgefenda.

Í viðskiptum stefnanda við Bónus og Office 1 gaf stefnandi upp það sem hann kallaði leiðbeinandi verð. Þetta verður ekki afsakað með því að þetta hafi ekki verið lágmarksverð eða að selt hafi verið á lægra verði. Þá er ekki tæk skýring

að hann hafi af gáleysi notað eldri eyðublöð.

Með því að gefa upp annað verð en það sem miðað var við í viðskiptunum hafði stefnandi augljóslega afskipti af endursöluverði. Það var honum óheimilt samkvæmt 14. gr. ákvörðunarinnar.

Stefnandi gaf upp raunverulegt söluverð og einnig annað verð, mun hærra, á heimasíðu sinni. Hann mátti birta raunverulegt söluverð á síðunni, en ekki önnur. Hann getur ekki borið fyrir sig að honum hafi verið skylt að tilgreina afsláttinn. Verður að fallast á niðurstöðu stefnda og áfrýjunarnefndarinnar um birtingu á heima síðu stefnanda.

Stefnandi viðurkennir í raun í málatilbúnaði sínum að hann hafi ekki reiknað kostnaðarlegt hagræði af sölu til einstakra smásala fyrir fram og áður en hann ákvað afslátt til þeirra. Með því hefur hann brotið gegn 15. gr. ákvörðunarinnar. Brot stefnanda fólst í því að ákveða afslátt án þess að reikna hagræði af viðskiptum við einstaka smásala. Því þurfti stefndi ekki að reikna hagræðið þegar brotið var rannsakað. Þá var andmælaréttar gætt.

Ekki er ástæða til að breyta sektarfjárhæðinni þótt brot sé ósannað í einu tilviki af þeim sem stefndi miðaði við. Ekki verður fallist á mótbáurur stefnanda um sektarfjárhæðina. Nauðsynlegt er að sektum sé beitt þegar brotið er gegn sérstökum skilmálum sem aðilum á markaði eru settir. Þá er hér ekki einungis um formbrot að ræða og ekki hægt að fallast á að brotið hafi verið framið af gáleysi. Skilmálar ákvörðunarinnar eru skýrir. Sektarfjárhæðin er hófleg miðað við brotin og fjárhag stefnanda.

Samkvæmt framansögðu verður hafnað kröfum stefnanda um ógildingu úrskurðarins, niðurfellingu eða lækkun sektarfjárhæðar.

Kröfum stefnanda er hafnað að öllu leyti, en málsástæðum hans að mestu. Er rétt að hann greiði stefnda hluta málskostnaðar hans með 1.000.000 króna.

Jón Finnbjörnsson héraðsdómari kveður upp dóm þennan. Dómsuppkvaðning hefur dregist vegna anna, en dómari og lögmenn aðila töldu endurflutning óþarfan.

D ó m s o r ð

Hafnað er kröfu stefnanda, Forlagsins ehf., um ógildingu úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 5/2011, þar sem staðfest var ákvörðun stefnda, Samkeppniseftirlitsins, nr. 24/2011. Einnig er hafnað kröfum hans um niðurfellingu eða lækkun sektar,

Stefnandi greiði stefnda 1.000.000 króna í málskostnað.

Jón Finnbjörnsson