

## ÁFRÝJUNARNEFND SAMKEPPNISMÁLA

### Úrskurður í máli nr. 1/2018

**Forlagið ehf.**

**gegn**

**Samkeppniseftirlitinu**

#### I

#### **Hin kærða ákvörðun og kröfur málsaðila**

Með kæru dagsettri 18. janúar 2018 hefur Forlagið ehf., hér eftir nefnt áfrýjandi, kært þá ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 21. desember 2017 í máli nr. 47/2017, um að hafna kröfu um endurupptöku máls nr. 8/2008 frá 5. febrúar 2008 *Samruni JPV útgáfu ehf. og Vegamóta ehf.*

Áfrýjandi krefst þess að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi og ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 8/2008 frá 5. febrúar 2008 verði endurupptekin og felld úr gildi í heild sinni. Samkeppniseftirlitið krefst þess að hin kærða ákvörðun verði staðfest.

#### II

#### **Málsmeðferð hjá Samkeppniseftirlitinu**

Mál þetta á rætur að rekja til skilyrða sem sett voru í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 8/2008 *Samruni JPV útgáfu ehf. og Vegamóta ehf.* en við þann samruna varð Forlagið ehf. til í núverandi mynd.

Eftir rannsókn málsins sendi Samkeppniseftirlitið samrunaaðilum andmælaskjal en í því var komist að þeirri niðurstöðu að markaður málsins væri útgáfa og sala bókaforlaga á bókum sem almennt eru boðnar neytendum til sölu í t.d. bókabúðum. Var í skjalinu gerð grein fyrir margvíslegum samkeppnislegum yfirburðum hins sameinaða fyrirtækis og komist að þeirri niðurstöðu að samruninn raskaði samkeppni og kallaði á aðgerðir samkvæmt 17. gr. samkeppnislaga.

Í framhaldi undirrituðu aðilar sátt þann 1. febrúar 2008. Ákvörðun í málinu, nr. 8/2008, var birt 5. febrúar 2008 og voru skilyrði sáttarinnar tekin upp í ákvörðunarorði þeirrar ákvörðunar og á grundvelli sáttarinnar var samruninn heimilaður.

Í sáttinni féllst áfrýjandi m.a. á að selja frá sér tiltekin útgáfuréttindi, ásamt birgðum af bókum og ritsöfnum. Þar var mælt fyrir um söluaðferðir og veittur sérstakur frestur. Með ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 44/2009 voru skilyrði, sem tengjast þessari söluskyldu felld úr gildi, en önnur héldu gildi sínu.

Áfrýjandi óskaði með bréfi, dagsettu 10. nóvember 2008, að skilyrði 14.-15. gr. sáttarinnar yrðu endurskoðuð og vísaði til breyttra aðstæðna í kjölfar efnahagshrunsins. Samkeppniseftirlitið hafnaði beiðninni bréflega í febrúar 2009 og taldi að rök skorti fyrir endurupptöku.

Áfrýjandi sendi Samkeppniseftirlitinu bréf þann 18. júní 2010 og fór formlega fram á úrlausn fyrri endurupptökubeiðni frá 10. nóvember 2008. Samkeppniseftirlitið hafnaði þessari umleitan í bréfi dagsettu 7. júlí 2010 með vísan til þess að áfrýjanda hefði verið í lófa lagið að styðja fyrri endurupptökubeiðni sína frekari rökum og að málinu frá 10. nóvember 2008 hafi lokið vegna aðgerðarleysis áfrýjanda. Var jafnframt bent á að væri þess óskað myndi Samkeppniseftirlitið líta á andmæli í bréfi félagsins frá 8. júní 2010 sem nýja beiðni um endurupptöku ákvörðunar nr. 8/2008. Yrði það mál rekið sem nýtt endurupptökumál.

Barst í framhaldi af síðastnefndum samskiptum beiðni áfrýjanda um endurupptöku í bréfi dagsettu 3. september 2010 og var sú beiðni ítrekuð og rökstudd frekar með bréfi dagsett 19. janúar 2011.

Á meðan á þessu stóð var til meðferðar hjá Samkeppniseftirlitinu, kvörtun frá nóvember 2009 sem varð til þess að Samkeppniseftirlitið hóf rannsókn á því hvort áfrýjandi hefði brotið gegn 14.-15. gr. sáttarinnar. Lauk því máli með sektarákvörðun Samkeppniseftirlitsins í máli nr. 24/2011 frá 1. júlí 2011, sem staðfest var af áfrýjunarnefnd samkeppnismála hinn 27. september 2011, með úrskurði nr. 5/2011. Var niðurstaðan borin undir dómstóla með stefnu birtri 16. mars 2012. Í dómi Hæstaréttar Íslands í máli nr. 28/2015 var niðurstaðan sú að áfrýjandi hafi brotið gegn 14. gr. sáttarinnar en ekki 15. gr. sáttarinnar og var sektin lækkuð úr 25 í 20 milljónir króna. Í forsendum meirihluta Hæstaréttar kom fram að áfrýjandi hefði sýnt fram á það með matsgerð dómkvaddra manna, sem lokið var á árinu 2013 löngu eftir að ákvarðanir samkeppnisyfirvalda lágu fyrir og áður nefnt héraðsdómsmál höfðað, að ákvarðanir hans um afslætti til endurseljenda hefðu verið byggðar á málefnalegum ástæðum.

Þá er rétt að geta þess að í áður nefndu hæstaréttarmáli byggði áfrýjandi á því, með sama hætti og í þessu máli, að forsendur upphaflegrar ákvörðunar hefðu verið rangar eða breyst verulega frá því að ákvörðunin var tekin. Segir í dómi Hæstaréttar að staðfest sé niðurstaða héraðsdóms um að hafna þessari málsástæðu. Í forsendum héraðsdóms er byggt á því að ekki sé heimilt að brjóta gegn skilyrðum sáttar „fyrr en málið hefur verið tekið upp að nýju og skilyrðin felld niður“. Var af þeim sökum ekki tekin efnisleg afstaða til málsástæðna um markaðsráðandi stöðu, markaðshlutdeild, breytingar á bókamarkaði á árunum 2006-2009 og annarra atriða sem áfrýjandi hafði borið fyrir sig.

Endurupptökubeiðni áfrýjanda var ítrekuð og frekar rökstudd með bréfum dagsettum 19. janúar, 4. ágúst og 31. ágúst 2011. Áfrýjandi óskaði upplýsinga um það hvenær ákvörðunar væri að vænta, m.a. með bréfum 8. nóvember 2011 og 4. janúar 2012. Samkeppniseftirlitið svaraði 10. janúar 2012 en upplýsti hinn 25. júní 2012 að meðferð málsins hefði tafist, þar sem illa hefði gengið að afla gagna frá markaðsaðilum en óskaði jafnframt gagna frá áfrýjanda. Í október 2012 skilaði áfrýjandi umbeðnum gögnum til Samkeppniseftirlitsins.

Nokkur bréfaskipti áttu sér stað milli Forlagsins ehf. og Samkeppniseftirlitsins árið 2013, m.a. um framgang gagnaöflunar. Þann 10. febrúar 2014 sendi Samkeppniseftirlitið áfrýjanda bréf með frummati sínu. Áfrýjandi andmælti frummatinu með bréfi hinn 10. apríl 2014. Hinn 18. ágúst og 29. september 2014 sendi áfrýjandi Samkeppniseftirlitinu ítrekunarbréf. Hinn 8. maí 2015 sendi Samkeppniseftirlitið áfrýjanda nýtt frummat. Áfrýjandi svaraði frummatinu með bréfi 1. júlí 2015. Nokkur samskipti áttu sér stað í framhaldinu.

Í kjölfarið hóf Samkeppniseftirlitið nýja rannsókn á málinu og sendi áfrýjanda af því tilefni bréf, dagsett 8. júlí 2016, sem var svarað af hálfu áfrýjanda hinn 26. september 2016. Hinn 24. mars 2017 gaf Samkeppniseftirlitið út andmælaskjal og var áfrýjanda upphaflega veittur þriggja vikna frestur til andmæla en fékk framlengdan svarfrest til 15. maí 2017. Samkeppniseftirlitið óskaði síðan eftir frekari skýringum og upplýsingum frá áfrýjanda hinn 29. september 2017 og voru þær upplýsingar veittar með tölvupósti, dagsettum 10. október 2017. Þann 6. desember 2017 sendi Samkeppniseftirlitið áfrýjanda á ný bréf með hluta af gögnum málsins og áfrýjanda gefinn kostur á því að koma á framfæri athugasemdum. Áfrýjandi svaraði bréfinu hinn 13. desember 2017 og óskaði skýringa á þýðingu gagnanna. Bréfinu var ekki svarað en hin kærða ákvörðun birt fyrir áfrýjanda hinn 21. desember 2017.

Ákvörðunarorð hinnar kærðu ákvörðunar eru svohljóðandi:

*Beiðni Forlagsins ehf. um endurupptöku á skilyrðum sem fram koma í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 8/2008 Samruni JPV útgáfu ehf. og Vegamóta ehf. með vísan til 24. gr. stjórnslulaga nr. 37/1993 er hafnað. Skulu því skilyrðin standa óbreytt frá því sem nú gildir.*

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

### III

#### **Málsmeðferð hjá áfrýjunarnefndinni**

Greinargerð Samkeppniseftirlitsins sem svar við kæru áfrýjanda barst 29. janúar 2018. Athugasemdir áfrýjanda við greinargerðina bárust 5. febrúar 2018 og svar Samkeppniseftirlitsins við þeim barst 8. febrúar 2018.

Málið var flutt munnlega fyrir áfrýjunarnefndinni 11. apríl 2018. Uppkvaðning úrskurðarins hefur dregist vegna umfangs málsins og anna nefndarmanna.

### IV

#### **Röksemdir málsaðila**

##### ***Málsástæður og lagarök áfrýjanda***

Krafa um endurupptöku er byggð ákvæðum 24. gr. stjórnslulaga um heimildir til þess ef sýnt er fram á rangar eða breyttar forsendur fyrir ákvörðun. Áfrýjandi byggir á því að sáttir aðila við stjórnvöld geti sætt endurupptöku enda séu sáttir stjórnvaldsákvæðanir og bera stjórnvöld ávallt ábyrgð á slíkum ákvörðunum.

Rangar forsendur í upphafi

Áfrýjandi byggir á því að af orðalagi ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins nr. 8/2008 hafi mátt dæma að markaðsskilgreining hafi tekið mið af útgáfu af bókum sem almennt eru boðnar neytendum til sölu á markaði. Ekki hafi komið fram að tiltekna tegundir bóka féllu utan markaðsskilgreiningarinnar, líkt og byggt virðist á í hinni kærðu ákvörðun, heldur væri einungis áskilið að bækurnar væru gefnar út fyrir íslenskan markað. Þá hafi skilningur áfrýjanda verið sá að markaður málsins væri skilgreindur út frá eftirspurnarhlið í ákvörðuninni nr. 8/2008 enda hefði hvergi verið fjallað um skilgreiningu markaðar út frá framboðshlið í orðalagi ákvörðunarinnar og að auki vísað til vörustaðgöngu frá sjónarhóli neytenda í orðalagi ákvörðunarinnar.

Áfrýjandi heldur því fram að engir haldbærir útreikningar hafi verið til hjá Samkeppniseftirlitinu til stuðnings niðurstöðu um markaðshlutdeild. Engar tölulegar útskýringar hafi verið að finna í hinni kærðu ákvörðun hvernig heildarstærð markaðarins var fundin út.

Áfrýjandi byggir á því að Samkeppniseftirlitinu sé óheimilt að skýra sáttina þannig að frummat Samkeppniseftirlitsins frá 20. desember 2007 teljist hluti sáttarinnar enda sé frummatið ekki stjórnvaldsákvörðun og hvergi vísað til frummatsins í ákvörðuninni. Auk þess bendir áfrýjandi á að ljóst sé af bréfum Samkeppniseftirlitsins til áfrýjanda frá árinu 2014 og 2015 að efni stjórnvaldsákvörðunar nr. 8/2008 var annað en efni frummatsins.

Þá gerir áfrýjandi margvíslegar athugasemdir við rannsókn Samkeppniseftirlitsins frá árinu 2007. Í hinni kærðu ákvörðun sé ranglega farið með fjölda fyrirspurna til aðila á markaði málsins. Þá hafi engin rannsókn farið fram á starfsemi annarra en þeirra sem auglýstu í Bókatiðindum, þrátt fyrir að orðalag ákvörðunarinnar gefi til kynna að Bókatiðindi hafi einungis verið til viðmiðunar og að litið hafi verið til útgáfuskrár Landsbókasafns. Þá telur áfrýjandi útilokað að einungis 30 aðilar nái 5.000.000 kr. veltulágmarki Samkeppniseftirlitsins og teljist þannig hluti hins skilgreinda markaðar. Áfrýjandi bendir á að a.m.k. 13 viðbótaraðilar, sem auglýstu í Bókatiðindum, hefðu verið með yfir 5.000.000 kr. ársveltu. Áfrýjandi byggir á því að Samkeppniseftirlitið hafi ekki gengið eftir því að fá nánari svör frá þeim útgefendum sem ekki svöruðu fyrirspurnum stjórnvaldsins eða svöruðu þeim með ófullnægjandi hætti. Þá virðist Samkeppniseftirlitið ekki hafa sannreynt tekjuupplýsingarnar.

Áfrýjandi byggir á því að rannsókn hafi verið gölluð varðandi *markaðshlutdeild* og niðurstöður því rangar. Áfrýjandi mótmælir þeirri röksemd að vitna til þess hve háa hlutdeild samrunaaðilar hafi talið sig vera með. Um hafi verið að ræða röksemd sem hafi verið sett fram til vara auk þess bendir áfrýjandi á að hann hafi fyrst fengið gögn til grundvallar rannsókninni hinn 12. apríl 2017 og gat því ekki áttað sig á því árið 2007 að rannsóknin hafi verið gölluð. Fyrir liggir að Samkeppniseftirlitið tók ekki mið af veltu ýmissa bókaútgefenda við útreikning á markaðshlutdeild og hafi því ofmetið markaðshlutdeild áfrýjanda.

Áfrýjandi byggir jafnframt á því að í ákvörðuninni sé að finna ýmsar fullyrðingar um markaðsstyrk áfrýjanda vegna baklista, sterka stöðu gagnvart smásölum og fleiri atriði en byggir á því að engin forsendanna hafi verið rannsökuð áður en ákvörðun nr. 8/2008 hafi verið tekin. Áfrýjandi bendir einnig á að við hverja nýja rannsókn Samkeppniseftirlitsins hafi markaðshlutdeild áfrýjanda lækkað og því ljóst að eftir því sem nákvæmari upplýsingar berast um markaðinn þá lækki markaðshlutdeild áfrýjanda. Þetta gefi sjálfstæða vísbendingu um að markaðshlutdeild hafi verið ofmetin í ákvörðun nr. 8/2008. Loks byggir áfrýjandi á því að ekki sé byggt á því að þessi sömu atriði bendi til markaðsstyrks áfrýjanda í umfjöllun um markaðsaðstæður ársins 2015 í hinni kærðu ákvörðun.

#### Breyttar forsendur

Áfrýjandi byggir jafnframt á því að endurupptaka beri ákvörðun nr. 8/2008 vegna breyttra forsendna, einnig með vísan til 24. gr. stjórnisýslulaga nr. 37/1993. Áfrýjandi byggir á því að markaðsskilgreining hinnar kærðu ákvörðunar miðist við bækur sem almennt séu boðnar neytendum til sölu á markaði á Íslandi, þó miðað virðist við að tiltekna tegundir bóka falli utan markaðsskilgreiningar, auk annarrar starfsemi og smásöluveltu. Þannig sé nú einungis miðað við það sem kallað var „þrengri skilgreining“ markaðarins í ákvörðun nr. 8/2008 en óútskýrt sé í hinni kærðu ákvörðun að hvaða leyti markaðsaðstæður hafi breyst frá árinu 2008 eða af hverju skilgreining markaðarins sé þrengd. Þá byggir áfrýjandi á því að bækur sem einungis séu seldar á fáum smásölustöðum eigi að vera hluti af veltu hins skilgreinda markaðar en velta af sölu slíkra bóka sé sýnilega umtalsverð. Þá sé áréttað að auglýsingabæklingurinn Bókatíðindi taki einungis til nýrrar útgáfu á hverju ári og að þátttaka útgefenda sé valkvæð. Það sýni að Bókatíðindi geta aldrei verið fullnægjandi mælikvarði ein og sér á fjölda útgefenda á Íslandi.

Áfrýjandi mótmælir því að markaðurinn sé skilgreindur út frá framboðshlið en það sé gert án þess að Samkeppniseftirlitið hafi rannsakað sérstaklega hver eftirspurnarstaðganga sé milli mismunandi tegunda bóka á Íslandi. Áfrýjandi telur að eftirspurnarstaðganga sé á milli mismunandi tegunda bóka, andstætt fullyrðingum Samkeppniseftirlitsins. Áfrýjandi bendir á að um það bil önnur hver bók á Íslandi sé keypt sem jólagjöf og þegar neytendur kaupa bækur í gjafatilgangi sé mikil eftirspurnarstaðganga.

Áfrýjandi telur engan vafa vera á því að hækkun á verði bóka sem áfrýjandi gæfi út, myndi leiða til þess að smásalar og endanlegir neytendur myndu snúa sér að bókum annarra útgefenda. Eftirspurnarstaðgangur á einnig við um bækur mismunandi tegundar, ólíkt því sem Samkeppniseftirlitið heldur fram. Áfrýjandi rökstyður að þessi meinta breidd í vöruvali áfrýjandi hafi ekkert að gera með möguleika áfrýjanda á því að bregðast við litlum eða varanlegum breytingum á verðum bóka þar sem ef verðbreytingar verða á bókum sem áfrýjandi gefur út er líklegt að slíkt eigi við um allar bækur áfrýjanda, óháð efnistegund.

Þá bendir áfrýjandi á að framboðsstaðgöngu sé vanalega ekki beitt við markaðsskilgreiningu nema miklar aðgangshindranir séu á markaði málsins sem ekki eigi við hér. Þá hafi staða áfrýjanda veikt verulega vegna samdráttar í bóksölu, á sama tíma og nýliðun er með mesta móti og nýleg dæmi séu um eftirtektarverðan árangur minni útgefenda árin 2016 og 2017. Samdráttur í bókaútgáfu bitnar á stærri útgefendum og lækkaði hagnaður áfrýjanda umtalsvert milli árana 2015 og 2016 auk þess sem bókfært eigið fé áfrýjanda lækkaði.

Áfrýjandi byggir enn fremur á því að ólögmet sjónarmið hafi ráðið markaðsskilgreiningu málsins. Í hinni kærðu ákvörðun sé miðað við að einungis þeir aðilar sem voru með 5.000.000 kr. ársveltu teljist hluti markarins, þegar hann væri skilgreindur út frá framboðshlið. Þá væri einnig gerð krafa um að útgefendur væru með a.m.k. einn starfsmann í fullu starfi, til að þeir teldust hluti markaðarins. Þessar forsendur byggja ekki á fullnægjandi rannsókn eða greiningu. Áfrýjandi hafnar einnig röksemdum um að litlir útgefendur veiti áfrýjanda ekki samkeppnislegt aðhald þar sem möguleikar þeirra t.d. til að dreifa bókum og standa að kynningum á þeim er mun takmarkaðri en stærri útgefenda.

Áfrýjandi telur niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins um 45-50% markaðshlutdeild áfrýjanda árið 2015 rangá. Áfrýjandi byggir á sömu sjónarmiðum og fyrr varðandi aðferð við markaðsskilgreiningu og rannsókn Samkeppniseftirlitsins, sem leiði til þess að heildarvelta markaðarins lækkar og markaðshlutdeild áfrýjanda eykst. Áfrýjandi byggir á því að með sanngirni megi draga þá ályktun að markaðshlutdeild hans á hinum skilgreinda markaði sé á milli 20-30%. Áfrýjandi byggir á því að í öllu falli geti svör frá 30 útgefendum ekki gefið mynd af heildarveltu markaðarins, þegar óumdeilt er að bókaútgefendur nema hundruðum ár hvert.



Áfrýjandi byggir á því að hann sé ekki í markaðsráðandi stöðu af þeirri ástæðu að hann geti ekki starfað án tillits til keppinauta, smásala eða neytenda í skilningi 4. tölul. 1. mgr. 4. gr. samkeppnislaga. Áfrýjandi byggir á því 40% markaðshlutdeild teljist því aðeins markaðsráðandi staða ef sérstakar aðstæður eru fyrir hendi. Áfrýjandi byggir einnig á að jafnvel þótt markaðshlutdeildarprósenta áfrýjanda væri eins há og Samkeppniseftirlitið miðar við í hinni kærðu ákvörðun þá myndi það ekki duga til að hann væri í markaðsráðandi stöðu. Þar skiptir mestu máli kaupendastyrkur, óheftur aðgangur að markaði og að ekkert í gerð markaðarins komi í veg fyrir vöxt minni samkeppnisaðila.

Áfrýjandi byggir einnig á því að breytt viðhorf löggjafans leiði til þess að endurupptaka beri ákvörðun nr. 8/2008. Veltumörk tilkynningaskyldra samruna voru hækkuð með breytingarlögum nr. 94/2008, sem tóku gildi þann 12. júní 2008, nokkrum mánuðum eftir dagsetningu ákvörðunar nr. 8/2008. Í breytingunni fólst að samrunar þar sem samanlögð velta samrunaaðila var undir 2 milljörðum kr. á Íslandi, voru ekki lengur tilkynningarskyldir til samkeppnisyfirvalda, skv. breyttri gr. 17 a. í samkeppnislögum. Stærð áfrýjanda sé langt undir veltumörkum og viðhorf löggjafans að samruni þar sem samanlögð heildarvelta er svo lág sé of lítill til að raska samkeppni. Því sé ekki ástæða til að binda samrunaaðila íþyngjandi skilyrðum um alla framtíð.

Loks eru margvíslegar athugasemdir gerðar við gagnaöflun Samkeppniseftirlitsins um markaðsaðstæður, gagnaframlagningu, reifun á málsatvikum og röksemdum áfrýjanda sem er að mati áfrýjanda ónákvæm og túlkuð áfrýjanda í óhag.

## ***Málsástæður og lagarök Samkeppniseftirlitsins***

Samkeppniseftirlitið byggir á því að ekkert af því sem fram komi í kæru haggi niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins um að hafna endurupptöku máls nr. 8/2008.

Eðli sátta um málalok á sviði samkeppnisréttar

Samkeppniseftirlitið byggir á því að sömu sjónarmið eigi ekki við um endurupptöku í málum sem lýkur með sátt, sem gerð er með samþykki málsaðila, og málum sem lýkur með einhliða ákvörðun Samkeppniseftirlitsins. Þannig byggir Samkeppniseftirlitið á því að mál sem lýkur með sátt við málsaðila verði ekki endurupptekið á grundvelli þess að ákvörðun um gerð sáttarinnar sé byggð á ófullnægjandi eða röngum upplýsingum um málsatvik, sbr. 1. tölul. 1. mgr. 24. gr. stjórnarsýslulaga nr. 37/1993. Það sé andstætt eðli sáttar að þau fyrirtæki sem um ræðir geti krafist endurskoðunar sáttarinnar, eftir að hafa samþykkt hana, með vísan til þess að þær upplýsingar sem lágu til grundvallar sáttinni hafi verið ófullnægjandi eða rangar. Sáttinni væri ætlað að einfalda málsmeðferðina. Öðru máli gegni um beiðni um endurupptöku sem byggir á því að atvik hafi breyst verulega eftir gerð sáttarinnar, sbr. 2. tölul. 2. mgr. 24. gr. laganna.

Í munnlegum málflutningi kom fram það mat Samkeppniseftirlitsins varðandi tímafresti til endurupptöku, að frestirnir sem mælt er fyrir í 24. gr. standi því ekki í vegi að endurupptaka yrði heimiluð ef á annað borð yrði sýnt fram á að skilyrði væru fyrir hendi.

Rangar forsendur og hin upphaflega ákvörðun

Samkeppniseftirlitið hafnar því að í ákvörðun nr. 8/2008 hafi verið fallið frá því að skilgreina markaðinn út frá framboðshlið sem byggt var á í andmælaskjali í því máli frá 20. desember 2007. Ljóst sé að engar breytingar voru á forsendum markaðsskilgreiningarinnar sem fólu það í sér að áfrýjandi hefði átt að geta dregið þessa ályktun.

Samkeppniseftirlitið byggir á því að ákvörðun nr. 8/2008 hafi verið byggð á réttum forsendum. Samkeppniseftirlitið vísar í fyrsta lagi til þess að samrunamálinu var

lokið með sátt og þar sem samrunaaðilar samþykktu niðurstöðu málsins og komu sjálfir að því að móta hana hafi ekki verið sama þörf á ítarlegum rökstuðningi í endanlegri ákvörðun, m.a. um skilgreiningu markaða og mat á hlutdeild. Varðandi markaðshlutdeild samrunaaðila vísar Samkeppniseftirlitið til þess að í ákvörðun nr. 8/2008 var að hluta fallist á sjónarmið samrunaaðila varðandi hlutdeildartölur og lækkaði hlutdeildin við það úr 65-70% í andmælaskjali í 55-60%. Var þannig komið til móts við kröfur samrunaaðila og hlutdeild reiknuð út frá því.

Samkeppniseftirlitið mótmælir því að frummat stjórnvaldsins teljist hluti af ákvörðuninni nr. 8/2008 enda sé það hvergi tekið fram. Frummatið varð grundvöllur viðræðna og sáttaumleitana sem samrunaaðilar höfðu frumkvæði að og lauk þannig að umrædd sátt var gerð. Frummöt séu hins vegar ekki endanleg og samrunaaðilum ávallt veitt tækifæri til að gera athugasemdir við þau, m.a. í því skyni að upplýsa mál.

Samkeppniseftirlitið mótmælir því að ósamræmi sé í frásögn stjórnvaldsins um forsendur ákvörðunar nr. 8/2008 að því er varðar kennslubækur. Samkeppniseftirlitið telur þó að fallast megi að nokkru leyti á sjónarmið áfrýjanda um að almennir bókaútfendur hafi talsverða aðkomu að útgáfu kennslu- og fræðibóka og því rétt að telja þær til markaðra málsins. Hið sama eigi þó ekki við um útgáfu Menntamálastofnunar (áður Námsgagnastofnunar) á kennslubókum fyrir grunnskóla enda koma almennir bókaútfendur ekki að slíkri útgáfu.

Samkeppniseftirlitið lagði í málflutningi sínum áherslu á að skilgreina markaðinn út frá framboðshlið. Ástæðan sé einkum sú að samrunaaðilar geta sinnt útgáfu hvers kyns bóka sem seldar eru almenningi. Þetta þýðir með öðrum orðum að breidd í vöruúrvali samrunaaðila er talin mun meiri en annarra bókaútfendur. Þá kemur fram í ákvörðun nr. 8/2008 að samrunaaðilar hafi haft yfir að ráða bókatitlum sem spannað hafi mjög yfirgripsmikið svið.

Varðandi rannsókn Samkeppniseftirlitsins á árinu 2007 vísar Samkeppniseftirlitið einkum til þess að það sé rangt að rannsókn Samkeppniseftirlitsins hafi einungis tekið til þeirra aðila sem auglýstu í Bókatíðindum árið 2006 enda kemur það skýrlega fram í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins frá árinu 2007 að óskað hafi verið eftir upplýsingum frá tilteknum útgefendum sem ekki auglýstu í

bókatiðindum. Þá sé rangt að Samkeppniseftirlitið hafi ekki rannsakað veltu vegna útgáfu eldri bóka en þeirra sem gefnar voru út árið 2006 enda hafi verið óskað eftir tekjuupplýsingum fyrir sölu á bókum tiltekin ár.

Þá mótmælir Samkeppniseftirlitið að mistök hafi átt sér stað að því er varðar 13 tilgreinda bókaútgefendur sem áfrýjandi hefur haldið fram að væru með yfir 5.000.000 kr. veltu, þar sem 10 af umræddum 13 aðilum voru með tekjur undir 5.000.000 kr. Tveir aðilar voru meðtaldir við mat á hlutdeild þar sem þeir tengdust öðrum forlögum og útgáfa eins aðila var bætt við í endanlegri ákvörðun í málinu. Samkeppniseftirlitið hafnar einnig þeirri málsástæðu áfrýjanda að Samkeppniseftirlitið hafi ekki beitt valdheimildum til upplýsingaöflunar og knúið aðila til svara enda hafi umfangsmikil upplýsingaöflun fari fram á grundvelli 19. gr. samkeppnislaga.

Samkeppniseftirlitið hafnar því að áfrýjandi hafi ekki getað áttað sig á því árið 2007 að rannsóknin hafi verið gölluð varðandi markaðshlutdeild og að niðurstöður hennar væru því rangar þar sem tiltekin gögn hafi ekki verið afhent fyrr en 12. apríl 2017. Áfrýjandi fékk tækifæri til að tjá sig um andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins og gat fengið aðgang að öllum gögnum málsins með þeim takmörkunum sem leiðir af því að trúnaður ríkir um sölutölur keppinauta hans. Meðferð málsins hafi því verið í fullu samræmi við 13. og 15. gr. stjórnsýslulaga. Þegar beiðni hafi komið um aðgangs að upplýsingunum árið 2017, sem áður var bundnar trúnaði, hafi farið að nýju fram mat á þeim og sökum aldurs þeirra var ekki talið að þær væru lengur bundnar trúnaði.

Samkeppniseftirlitið vísar til þess að í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins frá desember 2007 hafi ítarlega verið gerð grein fyrir frummati eftirlitsins á stöðu keppinauta. Einnig er fjallað um mögulega samkeppni og aðgangshindranir og kaupendastyrk og hafi þessi atriði verið ítarlega rannsökuð 2007 og samrunaaðilum gerð grein fyrir þeim. Þá mótmælir Samkeppniseftirlitið þeirri ályktun áfrýjanda að eftir því sem nákvæmari upplýsingar berist um markaðinn þá lækki hlutdeild hans þar sem að í hverri nýrri rannsókn Samkeppniseftirlitsins hafi hlutdeild hans lækkað. Samkeppniseftirlitið bendir á að markaðshlutdeild á markaði geti breyst í tímans ráð og sú staðreynd að hlutdeild áfrýjanda núna skuli

vera lægri en hún var fyrir 10 árum felur það ekki í sér að rannsókn á markaðnum árið 2007 hafi ekki verið nógu nákvæm.

### Breyttar forsendur

Samkeppniseftirlitið byggir á því að forsendur hafi ekki breyst frá því hin upphaflega ákvörðun var tekin. Samkeppniseftirlitið hafnar því að bókaflokkar sem ekki hafi verið metnar hluti af markaðnum í ákvörðun nr. 8/2008 hafi verið það í hinni kærðu ákvörðun. Það sé ekki rétt. Erlendar bækur hafi ekki talist hluti af markaðnum en útgáfa bókaforlaga hér á landi á erlendum bókum hefur hins vegar ekki verið aðgreind við mat á hlutdeild. Þá hefur smásöluvelta bókaútgefenda talist með. Það sé einnig rangt að forsendur hafi breyst varðandi grunnskólabækur, raf- og hljóðbækur, bækur seldar á fáum sölustöðum og kort og tímarit, frá því ákvörðun nr. 8/2008 var tekin.

Samkeppniseftirlitið kveðst hafa lagt til grundvallar 5.000.000 kr. veltulágmark eftir ítarlega rannsókn á bókamarkaðnum í samrunamálinu sem lauk með þeirri sátt sem var gerð með ákvörðun nr. 8/2008. Þetta sé málefnalegt viðmið og ekki hafi verið gerð athugasemd við lágmarkið í andmælum samrunaaðila árið 2008. Þá beri við skilgreiningu markaða í samkeppnisrétti að líta til ýmissa atriða, m.a. hvaða markaðsaðilar veiti raunverulegt samkeppnislegt aðhald og vísað til dagvörumarkaðarins í því tilliti, þar sem söluturnar og sérverslanir með dagvörur hafi ekki verið taldir hluti markaðarins þó þeir seldu að einhverju marki sömu vörur og dagvöruverslanir en hefðu ekki sama vöruúrval og breidd til að teljast hluti hins skilgreinda markaðar. Þá mótmælir Samkeppniseftirlitið því að Bókatíðindi séu ekki raunhæfur mælikvarði við mat á breidd í vöruúrvali enda auglýsi langflestir útgefendur þar bækur sem þeir hafa gefið út á árinu samkvæmt upplýsingum af heimasíðu Félags íslenskra bókaútgefenda.

Varðandi skilgreiningu markaðarins þá byggir Samkeppniseftirlitið á því að framboðsstaðganga eigi við þegar aðili búi yfir breiðu framboði og geti án umtalsverðs viðbótarkostnaðar breytt framboði sínu í samræmi við breytingar í eftirspurn. Þess vegna sé raunhæft og eðlilegast í þessu máli að skilgreina markaðinn út frá öllum tegundum bóka en ekki mörgum litlum eftirspurnarmörkuðum. Þá hafnar Samkeppniseftirlitið þeim röksemdum að ekki

sé miðað við framboðsstaðgöngu nema miklar aðgangshindranir séu að markaði málsins.

Samkeppniseftirlitið getur heldur ekki fallist á að nýliðun sé með mesta móti og að staða áfrýjandi hafi veikst verulega vegna samdráttar í bóksölu. Nýliðarnir séu allir afar veikburða sem útgefendur. Þá sé ljóst að lækkun á bókfærðu eigin fé áfrýjanda hefur ekkert með minni bóksölu að gera enda hagnaður af rekstri árið 2016. Lækkunin á eigin fé er tilkomin vegna kaupa áfrýjanda á eigin bréfum á árinu 2016. Þá telur Samkeppniseftirlitið að umfjöllun um innkomu nýrra aðila breyti engu um niðurstöðu um aðgangshindranir að skilgreindum markaði og þó þeir hafi náð að koma bók á metsölulista þá hafa þeir ekki að neinu marki náð að ógna stöðu áfrýjanda hvað hlutdeild varðar og svo virðist sem staða áfrýjanda hafi ekki breyst að nokkru marki árin 2016 og 2017. Þá vísar Samkeppniseftirlitið til þess að þó eftirspurnarstaðganga geti verið milli tiltekinna útgefenda þá eigi það ekki við í þessu máli enda stundar áfrýjandi og hans helstu keppinautar fjölbætta útgáfu og standa því rök til þess að að skilgreina markaðinn út frá framboðsstaðgöngu.

Varðandi hugsanlegt samkeppnislegt aðhald hafnar Samkeppniseftirlitið því að markaður málsins hafi verið skilgreindur út frá framtíðarmöguleikum fyrirtækja til að veita áfrýjanda samkeppnislegt aðhald. Varðandi málsástæðu áfrýjanda um að engin gögn liggi fyrir um það í málinu að möguleikar minni aðila til kynningar og dreifingar séu takmarkaðri en stærri útgefenda þá vísaði Samkeppniseftirlitið til aðila með 1-2% markaðshlutdeild í þessu tilliti. Þessir aðilar hafi ekki næga veltu til þess að hafa eigin sölu- og markaðsteymi og sjálfstæða dreifingu. Smærri útgefendur með minni veltu þyrftu almennt að notast við utanaðkomandi markaðsaðila og dreifingaraðila. Þá telur Samkeppniseftirlitið að ekkert hafi komið fram af hálfu áfrýjanda sem hrekur umfjöllun um mikla breidd áfrýjanda í vöruúrvali.

Samkeppniseftirlitið telur ekkert í kærðu hrekja niðurstöðu í hinni kærðu ákvörðun um markaðsráðandi stöðu áfrýjanda. Vísað er til þess að við mat á markaðsráðandi stöðu skipti máli hver markaðshlutdeild aðila er samanborið við hlutdeild næst stærsta keppinautarins. Í tilviki áfrýjanda mælist hann með 45-50% markaðshlutdeild og Bjartur Veröld með 10-15% markaðshlutdeild, sem veitir

vísbendingu um markaðsráðandi stöðu áfrýjanda. Þá fellst Samkeppniseftirlitið ekki á að sterk staða á tengdum mörkuðum sé forsenda fyrir því að fyrirtæki með minni en 40% markaðshlutdeild geti talist markaðsráðandi enda ræðst mat á markaðsráðandi stöðu af atvikum í hverju máli, m.a. af ýmsum öðrum atriðum sem ekki tengjast stöðu viðkomandi fyrirtækis á tengdum mörkuðum.

Hvað varðar mat á markaðshlutdeild áfrýjanda þá hafnar Samkeppniseftirlitið því að svör frá 30 bókaútgefendum gefi ekki rétta mynd af heildarmarkaðnum enda séu þetta þeir bókaútgefendur sem séu keppinautar á skilgreindum markaði. Þá komi ekkert fram í kæru sem hrekur mat Samkeppniseftirlitsins á tekjutölu áfrýjanda sem lögð var til grundvallar við mat á markaðshlutdeild hans í hinni kærðu ákvörðun. Það sama eigi við um mat á heildarveltu markaðarins.

Hvað önnur atriði varðar er lúta að markaðsstyrk, m.a. varðandi kaupendastyrk þá tekur Samkeppniseftirlitið fram að þrátt fyrir að smásöluaðilar bóka séu öflugir þá leiði það ekki til þess að áfrýjandi teljist ekki markaðsráðandi. Staðan á bókamarkaði sé ekki þannig að stórir aðilar geti hætt að kaupa bækur útfærnar af áfrýjanda ef hann hækkaði verð og þess í stað keypt bækur af öðrum útgefendum. Bækur eru ekki einsleit vara þar sem auðvelt er að snúa sér til nýs birgis og skipta út heildarinnkaupum með skömmum fyrirvara. Samkeppniseftirlitið hafnar tilvísunum til þess að engar aðgangshindranir séu á hinum skilgreinda markaði. Ítrekað er að það er til marks um aðgangshindranir að áfrýjandi hafi um langt skeið verið með mikla hlutdeild í samanburði við keppinauta og öðrum keppinautum hefur ekki tekist að bæta við sig verulegri hlutdeild sem ógni stöðu áfrýjanda. Þá telur Samkeppniseftirlitið ekki samræmast að halda því fram að ekki séu aðgangshindranir að markaðnum og að vísa samhliða til bágrar fjárhagsstöðu og mikils samdráttar í bóksölu frá árinu 2008. Þá byggir Samkeppniseftirlitið á því að þó vægi baklista kunni að hafa minnkað á sl. tíu árum þá telur Samkeppniseftirlitið þó eftir sem áður að þessi atriði styrki áfrýjanda á skilgreindum markaði.

Varðandi veltumörk samkeppnislaga telur Samkeppniseftirlitið breytt veltumörk sem tóku gildi með lagabreytingu 12. júní 2008 ekki skipta máli. Ákvörðun nr. 8/2008 og hin undirliggjandi sátt var í samræmi við þágildandi samkeppnislög og rök um þróun réttarreglna gefa ekki ein og sér tilefni til þess að breyta eldri

ákvörðunum. Þá eru breytingarnar ekki eins afdráttarlausar og gefið sé í skyn enda getur Samkeppniseftirlitið haft afskipti af samrunum ef heildarvelta er yfir 1 milljarði. Af því sé ljóst að ekki er unnt að fullyrða að samruninn hefði verið látinn óátalinn hefði hann átt sér stað eftir lagabreytinguna.

Samkeppniseftirlitið hafnar öðrum röksemdum áfrýjanda um meinta vankanta á gagnaöflun og markaðsrannsókn.

## V

### Niðurstaða

#### 1

Málatilbúnaður áfrýjanda snýst um að hann tel að ákvörðun nr. 8/2008 hafi verið byggð á röngum forsendum, að aðstæður hafi breyst og að skilyrði ákvörðunarinnar íþyngi áfrýjanda í rekstri. Því hafi borið að endurupptaka hina upphaflegu ákvörðun með stoð í 24. gr. stjórnsýslulaga og fella öll skilyrði niður á grundvelli nýrra upplýsinga.

#### 2

Sátt í samrunamáli felur í sér endanleg málalok um mat á ýmsum þáttum. Samrunaaðili gengst sjálfviljugur undir skilyrði svo samruni verði heimilaður. Hann metur viðskiptahagsmuni sína á þann hátt að ekki sé rétt að hætta við eða láta reyna á mál fyrir úrskurðaraðilum þegar í ljós kemur að samruni mætir andstöðu samkeppnisyfirvalda.

Samkvæmt lokamálslið 1. mgr. 17. gr. samkeppnislaga er sátt bindandi fyrir málsaðila sem staðfest hefur hana með undirritun sinni.

#### 3

Fallist Samkeppniseftirlitið ekki á beiðni um breytingu eða niðurfellingu á skilyrðum í sátt í samrunamáli getur endurskoðun á efni sáttar byggst á ákvæðum 24. gr. stjórnsýslulaga sem gilda almennt um endurupptöku stjórnvaldsákvarðana.

Við túlkun 24. gr. í tengslum við ákvarðanir í samkeppnisrétti, og einkum þegar mál varðar sáttir um málalyktir, verður að taka ríkt mið af því meginsjónarmiði að



viðhalda hæfilegri festu í stjórnsýslufrákvæmd eins og það er orðað í athugasemdum með því frumvarpi sem varð að stjórnýslulögum.

Í samkeppnisrétti verður að túlka heimildir þröngt til endurupptöku vegna rangra eða ófullnægjandi upplýsinga. Geta þær heimildir einvörðungu átt við ef um grundvallaratriði í málum er að ræða eða alls ófullnægjandi grundvöll undir málsmeðferð og ákvörðunum.

Hinn hluti 24. gr. sem snýr að breyttum forsendum, þ.e. eftir að ákvörðun var tekin, lýtur öðrum lögmaðlum. Hæglega má sjá fyrir tilvik þar sem íþyngjandi skilyrði sáttar í samrunamáli eiga ekki lengur við vegna breyttra aðstæðna. Ef samrunaðili hefur misst markaðsráðandi stöðu og slík staða er komin á hendur annarra keppinauta gæti þetta átt við.

## 4

### 4.1

Heimild til að endurupptaka ákvörðun í máli sem lokið er með sátt vegna *rangra forsendna* er að mati áfrýjunarnefndarinnar háð því að sýnt hafi verið fram á að einhverju verulegu hafi verið ábótavant í undirbúningi eða efni ákvörðunar.

Í þessu máli varð sátt um þau skilyrði sem áfrýjandi gekkst undir og ekki verður annað séð af gögnum málsins en að jafnframt hafi verið sátt um þær forsendur sem lágu til grundvallar þeirri sameiginlegu ákvörðun.

### 4.2

Með því að gera sátt kýs aðili að ljúka máli án þess að samkeppnisyfirvöld taki ákvörðun sem gæti komið í veg fyrir áform hans. Það væri í andstöðu við tilgang þess úrræðis ef samrunaðađili undirgengist skilyrði í formi sáttar, fengi samruna staðfestan, en leitaði síðan eftir ógildingu eigin gjörða vegna ætlaðra rangra forsendna.

Undirbúningur og efni ákvarðana í samrunamáli felur í sér ýmsa matskennda þætti og rannsókn markaða og markaðshlutdeild getur verið byggð á fleiri en einni aðferð. Með því að gera sátt um skilyrði verður að byggja á því að meginstefnu að ekki verði síðar hróflað við slíkum matskenndum atriðum og grundvelli ákvarðana.

Á hinn bóginn er ekki loku fyrir það skotið, að slíkar ákvarðanir yrðu enduruppteknar vegna rangra forsendna á grundvelli 24. gr. stjórnsýslulaga ef í ljós kemur að samkeppnisyfirvöld hafi byggt frummat sitt, sem birtist í andmælaskjali, á röngum eða villandi upplýsingum.

#### 4.3

Frummat Samkeppniseftirlitsins í samrunamálinu lá fyrir hinn 20. desember 2007 í formi andmælaskjals. Þar var að finna markaðsskilgreiningu sem lýst er að taki mið af útgáfu og sölu bókaforlaga á bókum, svo sem í bókabúðum, bókamörkuðum, stórmörkuðum, söluturnum og öðrum verslunum. Einnig tók þessi skilgreining til annarra bóka sem gefnar voru út fyrir innlandan markað og seldar í gegnum netverslanir, áskriftarkerfi og bókaklúbba. Ljóst er af ákvörðun nr. 8/2008 að hin árlegu Bókatíðindi voru höfð til hliðsjónar en þó vikið að því að fleiri fyrirtæki, en þau sem þar auglýstu töldust starfa á markaðnum.

Byggt var á því í ákvörðuninni að samrunaaðilarnir myndu fara með 55-60% hlutdeild á markaði miðað við hina víðu skilgreiningu en að hún væri enn hærrí ef notuð væri þrengri markaðsskilgreining (sala bókaforlaga til verslana eingöngu).

Einnig var byggt á að svokallaður baklisti, þ.e. útgáfuréttindi og birgðir af eldri bókum eftir ýmsa metsöluhöfunda, væri til enn frekari styrkingar á stöðu samrunaaðilanna. Þá var staða samrunaðila gagnvart rithöfundum og öðrum sem starfa að bókagerð talin til muna sterkari en annarra aðila. Fæli þetta í sér aðgangshindranir fyrir smærri forlög og nýja aðila á markaði.

#### 4.4

Í gögnum málsins er að finna sjónarmið samrunaaðilanna sem þeir höfðu uppi að fengnu andmælaskjalinu í lok árs 2007. Í bréfi sínu til Samkeppniseftirlitsins hinn 11. janúar 2008 lögðu þeir síðan til ákveðin skilyrði og vísuðu til þeirra í öðru minnisblaði hinn 16. janúar sama ár. Samrunaaðilarnir gerðu síðan formlegar athugasemdir við andmælaskjalið og forsendur þess hinn 18. janúar 2008.

Af þessum gögnum má sjá að samrunaaðilarnir töldu sig vera með 45,7% hlutdeild á markaði og að ársvelta á heildarmarkaði væri um 3,6 milljarðar króna. Samkeppniseftirlitið hafði í frummati sínu miðað við hlutdeildina 65-70% en í ákvörðun nr. 8/2008 miðað við 55-60%.

Í framhaldi af samskiptunum í upphafi árs 2008 hófst nú sáttaferli sem lauk í lok janúar 2008 og formleg sátt var undirrituð hinn 1. febrúar 2008. Sjá má í ákvörðun nr. 8/2008 sem formgerði þá niðurstöðu að fallist hafði verið að hluta til á sjónarmið um skilgreiningu markaðar og markaðshlutdeild og af þeim sökum miðað við 10% lægri hlutdeild en gert hafði verið í andmælaskjalinu miðað við árið 2006.

#### 4.5

Í áður nefndum gögnum var einnig fjallað um fimm milljóna króna veltuviðmiðið sem Samkeppniseftirlitið notaði við útreikning á markaðshlutdeild, þannig að þeir útgefendur sem höfðu lægri veltu voru ekki taldir með.

Ekki er þó fjallað berum orðum um þetta atriði í ákvörðun nr. 8/2008 eins og gert hafði verið í andmælaskjalinu. Af því verður þó ekki dregin sú ályktun að Samkeppniseftirlitið hafi með einhverjum hætti fallið frá því sjónarmiði að horfa yrði til þess sérkennis markaðarins að ýmsir mjög smáir aðilar gætu ekki veitt þeim stærri raunverulega samkeppni, enda er það sjónarmið beinlínis rakið í ákvörðun nr. 8/2008 að ekki væru allir útgefendur færir að veita Forlaginu „samkeppnislegt aðhald“ sökum smæðar sinnar.

#### 4.6

Aðdragandi sáttarinnar, og ákvörðunar nr. 8/2008, liggur samkvæmt framansögðu ljós fyrir. Frummat Samkeppniseftirlitsins gaf tilefni til að ætla að samruninn yrði að óbreyttu ekki heimilaður. Samrunaaðilar lögðu til skilyrði til að draga úr skaðlegum afleiðingum og tjáðu sig um forsendur þannig að sjónarmið þeirra virðast að einhverju leyti hafa haft áhrif á hið endanlega mat.

Bæði Samkeppniseftirlitið og samrunaaðilarnir byggðu á því við gerð sáttarinnar að um markaðsráðandi stöðu væri að ræða. Engin merki eru um að Samkeppniseftirlitið hafi byggt á ólögum forsendum, leynt gögnum eða knúið fram niðurstöðu sem ekki stóðst miðað við stöðuna á þeim tíma er sáttin var gerð.

Áfrýjunarnefndin telur því að hafna verði þeim röksemdum og kröfum áfrýjanda sem byggja á því að rangar forsendur í skilningi endurupptökuákvæðis stjórnsýslulaga hafi legið til grundvallar ákvörðun í máli nr. 8/2008. Rétt er að

taka fram að málsaðilar voru sammála um að tímafrestir 24. gr. stjórnsýslulaga hefðu ekki þýðingu í þessu máli.

## 5

### 5.1

Sem fyrr segir byggir áfrýjandi einnig á því að skylt hafi verið að endurupptaka ákvörðun nr. 8/2008 sökum þess að forsendur hafi breyst. Miðar málalíbúnaðurinn að því að við þá endurupptöku ætti að fella niður eða breyta þeim hegðunarskilyrðum sem kveðið er á um í sáttinni og ákvörðun nr. 8/2008.

Í þessum þætti snýst því málið um hvort áfrýjandi teljist ekki lengur í ráðandi stöðu á markaði eða hvort aðstæður hafi að öðru leyti breyst þannig að hegðunarskilyrðin í sáttinni eigi ekki við lengur.

### 5.2

Við meðferð endurupptökubeiðni áfrýjanda var markaðshlutdeild rannsökuð. Var hinn skilgreindi markaður fyrst afmarkaður og hlutdeild áfrýjanda síðan metin út frá þeirri niðurstöðu.

Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins varð sú að Forlagið væri enn í markaðsráðandi stöðu eins og fram kemur í 2. kafla hinnar kærðu ákvörðunar þar sem endurupptöku var hafnað.

### 5.3

Í hinni nýju rannsókn sinni notaðist Samkeppniseftirlitið við sömu skilgreiningu á samkeppnismarkaði og gert hafði verið þegar ákvörðun nr. 8/2008 var tekin. Hún byggir í meginatriðum á því að markaðurinn sé útgáfa og sala bókaforlaga á bókum sem almennt eru boðnar neytendum til sölu á markaði, svo sem í bókabúðum, bókamörkuðum, stórmörkuðum, söluturnum og öðrum verslunum og sölustöðum.

Einnig var byggt á því að taka bæri með útgáfu fyrir íslenskan markað sem seld væri fyrir tilstilli netverslana, bókaklúbba og annarra áskriftarleiða.

### 5.4

Áfrýjandi hefur í fyrsta lagi byggt á því að markaðsskilgreiningin frá 2007/2008 hafi verið byggð á röngum forsendum, verið óskýr og ógagnsæ. Í öðru lagi er teflt

fram sjónarmiðum sem í meginatriðum byggja á því að vefengt er að skilgreiningin taki mið af réttum bókum og bókaflokkum, svo og varðandi þýðingu framboðs- og eftirspurnarstaðgöngu við skilgreininguna. Rangt hafi verið að miða við framboðshlið.

#### 5.5

Að því er varðar meintan óskýrleika við markaðsskilgreiningu hefur áfrýjandi vísað til þess að ekki sé ljóst hvort taka skuli mið af erlendum bókum (þ.e. bókum á erlendum tungumálum). Einnig er á því byggt að skilgreiningin eigi með réttu að taka til útgáfu á erlendum bókum. Í hinni kærðu ákvörðun eru raktar röksemdir fyrir því að skilgreina eigi markaði fyrir bækur eftir útgáfutungumáli þeirra, meðal annars með vísan til ákvörðunar framkvæmdastjórnar ESB frá 5. apríl 2013 nr. COMP/M.6789.

Af gögnum málsins fer ekki á milli mála að sú skilgreining sem um ræðir snýst um hinn íslenska markað og þá aðila sem gefa út bækur á íslensku. Er beinlínis tekið fram í markaðsskilgreiningu andmæskjals og umfjöllun í ákvörðun nr. 8/2008 að málið snúist um hlutdeild á innlendum markaði, þ.e. sölu bóka á íslensku.

Sjónarmið áfrýjanda um óskýrleika á því ekki stoð í gögnum málsins né rökréttri skýringu á efni ákvörðunar nr. 8/2008. Þá er skilgreiningin sem Samkeppniseftirlitið beitir efnislega rökrétt að þessu leyti.

#### 5.6

Þá teflir áfrýjandi því fram að ekki hafi verið skoðað og tekið tillit til mögulegrar útgáfu á raf- og hljóðbókum og breytingum þar á í tímans rás.

Samkeppniseftirlitið tók þetta atriði til skoðunar með upplýsingabeidni til útgefenda. Niðurstaðan varð sú sem greinir í töflu nr. 1 í hinni kærðu ákvörðun, þ.e. að mjög óveruleg velta væri af þessum vörum (0-1% hlutdeild í heildartekjum bókaútgefanda). Einnig var bent á að áfrýjandi væri sjálfur fyrirferðamestur í sölu raf- og hljóðbóka. Því mætti telja útilokað að aukin sala á þessum vörum hefði marktæk áhrif á markaðsskilgreiningu eða hlutdeild áfrýjanda.

Áfrýjunarnefndin fellst á að rannsókn málsins bendi ekki til þess að hér sé um breyttar forsendur að ræða í skilningi 24. gr. stjórnslulaga.

## 5.7

Áfrýjandi gerði einnig athugasemdir vegna áhrifa veltu af sölu kennslu- og skólabóka. Í andmælaskjalinu frá 2007 var á því byggt að leiða mætti að því líkum að markaður vegna slíkra rita lyti sínum eigin lögmálum og ætti ekki að teljast með í þeirri skilgreiningu sem notast var við í því máli. Almenn bókaforlög kæmu m.a. ekki að slíkri útgáfu nema í takmörkuðum mæli.

Í hinum kærða úrskurði er að finna nánari útlitun á rannsókn sem gerð var á þessu atriði. Þar kemur fram að tekið hafi verið tillit til athugasemda áfrýjanda að nokkru leyti. Var því byggt á veltu vegna sölu bóka á framhaldsskólastigi, en ekki námsefni í grunnskólum sem Menntamálastofnun annaðist samkvæmt lögum nr. 91/2015 um þá stofnun.

Við mat á breyttri markaðshlutdeild var þannig tekið mið af rýmri markaðsskilgreiningu og einnig þeim tekjum sem áfrýjandi sjálfur hafði af sölu bóka sem ætlaðar eru til kennslu á framhaldsskólastigi.

Áfrýjunarnefndin er sammála þessu mati Samkeppniseftirlitsins.

## 5.8

Áfrýjandi telur að markaðshlutdeild hans sé ekki rétt metin þar sem byggt sé á því að velta smærri aðila (undir veltumörkum) sé undanþegin við mat á heildarveltu á markaði. Einnig hafi fjöldi þeirra sem þannig háttáði til um verið ofmetinn.

Í útreikningum Samkeppniseftirlitsins árið 2007 og 2008 annars vegar og við undirbúning hinnar kærðu ákvörðunar var í báðum tilvikum miðað við sömu forsendur að þessu leyti. Þó má segja að verðlagshækkunarir hafi unnið með áfrýjanda þar sem í hinum síðari útreikningum hefur fimm milljóna lágmarkið ekki verið uppreiknað miðað við verðþróun.

Viðmið Samkeppniseftirlitsins er málefnalegt og röksemdir þeim samfara og er sem fyrr segir notað bæði við matið í upphafi og þegar endurupptökubeiðnin var sett fram. Getur það því ekki fallið í þann flokk að teljast breytt forsenda í skilningi 24. gr. stjórnsýslulaga og á sú málsástæða því ekki rétt á sér.

## 5.9

Í hinu nýja mati á markaðshlutdeild miðaði Samkeppniseftirlitið fyrst við að hlutdeild áfrýjanda væri 55-60%. Var þá árið 2011 til skoðunar. Eftir því sem rannsókn vatt fram féllu til tekjupplýsingar fleiri ára, sem aflað var með fyrirspurnum til bókaforlaga. Kemur fram í hinni kærðu ákvörðun að hlutdeild áfrýjanda hafi haldist stöðug á árunum 2012 og 2013.

Í rannsókninni sem hófst í júlí 2016 voru enn sendar fyrirspurnir til 46 bókaútgefenda og beðið um tölulegar upplýsingar vegna árána 2014 og 2015. Áfrýjandi taldi að taka þyrfti tillit til tekna 176 aðila auk vefverslana Amazon.com. Leiddi þetta til frekari athugunar Samkeppniseftirlitsins. Kom þá í ljós að 60 aðilar af þeim sem áfrýjandi tilgreindi seldu engar bækur og 49 til viðbótar seldu undir viðmiðunarmörkunum fyrrgreindu. Enn aðrir töldust ekki vera sjálfstæðir aðilar sökum þess að þeir tilheyrðu sömu fyrirtækjasamstæðu. Eftir yfirferð sína um þessar upplýsingar taldi Samkeppniseftirlitið rétt að bæta fjórum þeirra við mögulega keppinauta á markaði og að bæta ætti veltu þeirra við hinn skilgreinda markað.

## 5.10

Niðurstaðan af framangreindri greiningu á heildarveltu á markaði og hlutdeild áfrýjanda varð sú að miðað við tekjur ársins 2015 teldist áfrýjandi vera með 45-50% hlutdeild en sá samkeppnisaðili sem næstur kom með 10-15% hlutdeild. Einungis þrjú aðilar virðast vera með hærri hlutdeild en 5%.

Einnig var skoðuð velta og hlutdeild miðað við innkaup verslunarfyrirtækja sem stunda bóksölu með öðru og kom þá í ljós svipuð hlutdeild og enn meiri samþjöppun.

Miðað við þessa niðurstöðu, sem áfrýjunarnefndin er sammála, hafa ekki orðið þær breytingar á gerð markaðarins sem hér um ræðir, sem leiða til þess að hann eigi rétt til þess að ákvörðun nr. 8/2008 verði endurupptekin.

## 5.11

Að síðustu verður hér rakið að áfrýjandi hefur byggt á því að tekjur hans séu ofmetnar þar sem inni í veltutölum séu tekjur vegna annarra vara en tilheyr

hinum skilgreinda markaði. Áfrýjandi hefur í málflutningi sínum dregið sölutekjur vegna t.d. bóka á erlendum tungumálum, rafbóka, kennslubóka, korta o.fl. frá veltu sinni og þannig komist að þeirri niðurstöðu að lækka ætti hlutdeild hans á hinum skilgreinda markaði niður í 20-25%. Við útreikning sinn hefur áfrýjandi hins vegar ekki beitt sambærilegum frádrætti vegna samkeppnisaðila.

Í málflutningi Samkeppniseftirlitsins var upplýst að við mat á hlutdeild hafi ekki verið greint á milli útgáfu forlaganna eftir því hvort bækur eru á íslensku eða erlendum tungumálum á grundvelli sjónarmiða um framboðsstaðgöngu. Hið sama á við um áfrýjanda og aðra útgefendur að þessu leyti. Samkeppniseftirlitið féllst á sjónarmið um að undanskilja tekjur vegna rafbóka, vegna tímarits Máls og menningar og kortasölu.

Fjallað er um aðrar athugasemdir er þetta varða í hinni kærðu ákvörðun og telur áfrýjunarnefndin þær niðurstöður byggðar á málefnalegum forsendum og forsvaranlegri rannsókn. Verður því ekki séð að tekjur áfrýjanda hafi verið ofmetnar eða tekjur annarra samkeppnisaðila vanmetnar þegar markaðshlutdeild var metin.

## 6

Í hinni kærðu ákvörðun var einnig tekið til skoðunar hvort forsendur hefðu breyst að því er snertir aðgangshindranir á hinum skilgreinda markaði. Áfrýjandi hélt því meðal annars fram að markaðurinn væri eins opinn og hugsast gæti. Sjónarmið Samkeppniseftirlitsins varðandi styrk áfrýjanda vegna baklista (lager eldri bóka) ættu ekki við.

Í hinni kærðu ákvörðun er vísað til þess að aðstæður á markaði hafi ekki orðið auðveldari fyrir nýja þátttakendur heldur hafi bóksala þvert á móti minnkað og af þeim sökum væri meðal annars engin ástæða til að ætla að aðgangshindranir inn á skilgreindan markað væru minni en þegar ákvörðun nr. 8/2008 var tekin. Er meðal annars nefnt að Félag íslenskra bókaútgefanda hafi opinberlega lýst því yfir að samdráttur í bóksölu næmi 31% frá árinu 2008.

Áfrýjunarnefndin telur að ekki hafi verið færð fram rök eða sjónarmið sem gefi ástæðu til að ætla að mat Samkeppniseftirlitsins, um óbreyttar eða meiri aðgangshindarnir, sé rangt og verður því að hafna röksemdum áfrýjanda um þetta.



## 7

Samkvæmt öllu framansögðu hefur áfrýjandi ekki sýnt fram á að forsendur upphaflegrar ákvörðunar hafi verið rangar eða þær breyst þannig að heimild til endurupptöku samkvæmt 24. gr. stjórnsýslulaga eigi við.

Er ákvörðun Samkeppniseftirlitsins í málinu því staðfest og standa skilyrði þau sem fram koma í ákvörðun nr. 8/2008 því óbreytt.

### Úrskurðarorð

Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 47/2017 frá 21. desember 2017 er staðfest.

Reykjavík, 25. júní 2018

Jóhannes Karl Sveinsson

Anna Kristín Traustadóttir

Stefán Már Stefánsson