

Úrskurður

áfrýjunarnefndar samkeppnismála

í máli nr. 2/2010

Síminn hf.

gegn

Samkeppniseftirlitinu

I.

Með kæru, dagsettri 14. janúar 2010, hefur Síminn hf. (hér eftir nefndur áfrýjandi), kært ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 41/2009, dagsett 18. desember 2009. Í hinni kærðu ákvörðun komst Samkeppniseftirlitið að þeirri niðurstöðu að áfrýjandi hafi brotið gegn 5. og 7. tl. ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 10/2005 og beri að greiða sekt að upphæð kr. 150.000.000, auk þess sem að skilyrðum þeirrar ákvörðunar er breytt.

Af hálfu áfrýjanda er þess krafist að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi en til vara er þess krafist að sektir verði felldar niður eða lækkaðar verulega. Þá var þess krafist af hálfu áfrýjanda að réttaráhrifum hluta hinnar kærðu ákvörðunar verði frestað, sbr. 4. mgr. 29. gr. stjórnslulaga nr. 37/1993.

Af hálfu Samkeppniseftirlitsins er þess krafist að hin kærða ákvörðun verði staðfest.

II.

Mál þetta varðar samskipti áfrýjanda og fyrirtækisins TSC ehf. sem starfa bæði á markaði fyrir sölu á internettengingum og internetþjónustu og hafa bæði fjarskiptaleyfi frá Póst-

og fjarskiptastofnun. Markaðssvæði áfrýjanda nær til landsins alls en markaðssvæði TSC ehf. einskorðast við norðanvert Snæfellsnes. TSC ehf. kvartaði til Samkeppniseftirlitsins í byrjun maí 2007 og taldi að fyrirtækið hafi misst viðskiptavinum í kjölfar samruna áfrýjanda og Íslenska sjónvarpsfélagsins hf. (hér eftir nefnt ÍS). Taldi TSC ehf. ástæðuna mega rekja til þess að áfrýjandi hafi boðið þeim sem hafi keypt internettengingu hjá fyrirtækinu sjónvarp um internetið án endurgjalds. Þá taldi TSC ehf. að áfrýjandi hafi komið í veg fyrir að fyrirtækið fengi aðgang að merki ÍS til að dreifa til viðskiptavina sinna.

Samkeppnisráð tók afstöðu til framangreinds samruna í ákvörðun nr. 10/2005, *Samruni Landssíma Íslands hf. og Íslenska sjónvarpsfélagsins hf.* Í ákvörðuninni er bent á að samruninn hafi áhrif á markað fyrir internettengingar og internetþjónustu og það rökstutt með vísan til þess að í náginni framtíð verði móttaka og dreifing á sjónvarpsefni um slíkar tengingar vinsæll valkostur fyrir neytendur og fjölmiðlafyrirtæki. Um þá hættu sem fylgi samrunanum fyrir samkeppni er bent á að samkeppnisyfirvöld hafi í nýlegum málum talið áfrýjanda í markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir internettengingar og internetþjónustu. Þá segir meðal annars svo:

„... er það mat ráðsins að staða nýrra og minni aðila á fjarskiptamarkaði verði torvelduð að miklu leyti þar sem aðgengi þeirra að efni til dreifingar um net sín verði ekki sú sama og hins markaðsráðandi fyrirtækis. Í því tilviki sem hér um ræðir gæti Landssíminn þannig selt fjarskiptaþjónustu, t.d. Internetþjónustu, og tengt hana því efni sem fyrirtækið öðlast. Keppinautar á fjarskiptamarkaði eiga þannig á hættu að geta ekki boðið viðskiptavinum sína (svo) sömu eða svipaða þjónustu og hið markaðsráðandi fyrirtæki ...

... Frá sjónarhóli neytenda getur því sú staða skapast við samruna Landssímans og Skjás Eins að val neytenda á fjarskiptafyrirtæki hafi áhrif á aðgang þeirra að sjónvarps- og útvarpsefni.“

Niðurstaða samkeppnisráðs var að samruninn leiddi til eða styrkti markaðsráðandi stöðu hins sameinaða fyrirtækis og af þeim sökum setti samkeppnisráð samrunanum ákveðin skilyrði í samræmi við sátt milli samkeppnisráðs annars vegar og áfrýjanda og ÍS hins vegar þann 11. mars 2005.

Skilyrði samrunans voru sett fram í 16 töluliðum og eru 5. og 7. töluliður svohljóðandi:

5. tl.

“Landssíma Íslands hf. er óheimilt að gera það að skilyrði fyrir kaupum á þjónustu sem fyrirtækið veitir að einhver þjónusta Íslenska sjónvarpsfélagsins hf. skuli fylgja með í kaupunum. Jafnframt er Landssíma Íslands hf. óheimilt að tvíanna saman í sölu þjónustu fyrirtækisins og þjónustu Íslenska sjónvarpsfélagsins hf. gegn verði eða viðskiptakjörum sem jafna má til slíks skilyrðis.”

7. tl.

“Landssími Íslands hf. skal veita öðrum en Íslenska sjónvarpsfélaginu hf. aðgang að dreifikerfum sínum fyrir sjónvarp og útvarp. Í þeim tilgangi skal Landssími Íslands hf. útbúa gjaldskrá þar sem fram kemur verð fyrir aðganginn. Skal Landssími Íslands hf. birta gjaldskrána opinberlega og á aðgengilegan hátt eigi síðar en 1. september 2005. Gjaldskrá þessi skal vera málefnaleg og hlutlæg og gilda jafnt í viðskiptum Landssíma Íslands hf. við Íslenska sjónvarpsfélagið hf. og í viðskiptum Landssíma Íslands hf. við aðra aðila. “

Ákvörðunarorð hinar kærðu ákvörðunar eru svohljóðandi:

„Síminn hf. hefur brotið gegn 5. og 7. tl. í ákvörðunarorði ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 10/2005 Samruni Landssíma Íslands hf. og Íslenska sjónvarpsfélagsins hf. með þeim aðgerðum sem nánar eru tilgreindar í ákvörðun þessari.

Með heimild í samkeppnislögum skal Síminn greiða stjórnvaldssekt sem nemur 150 milljónum króna. Sektin skal greiðast í ríkissjóð eigi síðar en mánuði eftir dagsetningu þessarar ákvörðunar, sbr. 2. mgr. 37. gr. samkeppnislaga.

Við 5. tl. ákvörðunarorðs ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 10/2005 bætist eftirfarandi málsgrein sem orðist svo:

Símanum hf. ber að birta sérstaklega sundurliðað verð fyrirtækisins fyrir ADSL tengingu, Internetþjónustu, sjónvarpsþjónustu og endabúnað (beini og myndlykil).

Við 7. tl. ákvörðunarorðs ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 10/2005 bætist eftirfarandi málsgreinar sem orðist svo:

Síminn skal sjá til þess að önnur fjarskiptafélög sem þess óska geti móttækið sjónvarpsmerki Sjónvarps Símans til dreifingar á sama stað í dreifikerfi Símans, með sama hætti og á sömu kjörum og ADSL þjónusta Símans fær merkið til dreifingar yfir sínar ADSL tengingar hvar sem er á landinu.

Síminn skal afhenda þeim fjarskiptafyrirtækjum sem þess óska eða viðskiptavinum þeirra beini og myndlykil vegna Sjónvarps Símans með sama hætti, á sömu kjörum og með sömu þjónustu og ADSL þjónustu Símans býðst eða viðskiptavinum hennar hvar sem er á landinu. Ef fjarskiptafyrirtæki velur að nota sinn eigin beini þá skal Síminn veita nauðsynlega tæknilega aðstoð til að tengja beini þess fjarskiptafyrirtækis við Sjónvarp Símans. Eins skal Síminn birta og hafa

aðgengilegan á sýnilegum stað á heimasíðu sinni lista yfir þau fjarskiptafyrirtæki sem bjóða upp á Sjónvarp Símans hvort sem er um ADSL kerfi Símans eða kerfi annarra fjarskiptafyrirtækja.“

Um atvik máls að öðru leyti er vísað til andmælaskjals, dagsett 23. desember 2008, bréfs áfrýjanda til Samkeppniseftirlitsins, dagsett 20. febrúar 2009, hinnar kærðu ákvörðunar, sem og annarra gagna málsins.

III.

Greinargerð Samkeppniseftirlitsins um kæru áfrýjanda barst 1. febrúar 2010. Athugasemdir áfrýjanda við greinargerðinni bárust 9. febrúar 2010 og athugasemdir Samkeppniseftirlitsins við þeim bárust 15. febrúar 2010. Áfrýjandi sendi inn áréttingu á nokkrum atriðum með bréfi dagsettu 23. febrúar 2010. Samkeppniseftirlitinu var í kjölfarið gefið tækifæri á að koma að frekari athugasemdum sem það gerði ekki. Þá var hagsmunaaðila, TSC ehf., gefinn kostur á að koma á framfæri athugasemdum í málinu og bárust þær þann 4. mars 2010.

Kröfu áfrýjanda um að réttaráhrifum hluta hinnar kærðu ákvörðunar, er vörðuðu viðbætur við 5. og 7. tl. ákvörðunarorða ákvörðunar Samkeppnisráðs nr. 10/2005, yrði frestað á meðan kæran væri til meðferðar hjá áfrýjunarnefndinni var samþykkt með úrskurði nefndarinnar þann 17. mars 2010. Í úrskurðinum komst áfrýjunarnefndin að þeirri niðurstöðu að í hinni kærðu ákvörðun væri aukið við skilyrði í fyrri ákvörðun Samkeppniseftirlitsins í máli nr. 10/2005. Að þær skyldur sem á áfrýjanda voru lagðar með viðbótunum væru mis þungbærar en að ljóst var að sumar þeirra gætu bakað áfrýjanda talsverðum kostnaði og fyrirhöfn. Var það mat áfrýjunarnefndarinnar, eftir athugun á gögnum málsins og sjónarmiðum aðila, að rétt væri að fresta réttaráhrifum að því er varðar viðbætur við 5. og 7. tl. ákvörðunarorða ákvörðunar Samkeppnisráðs nr. 10/2005 eins og þær voru ákveðnar í máli Samkeppniseftirlitsins nr. 41/2009.

Málið var flutt munnlega þann 23. mars 2010. Lögmaður áfrýjanda, Helga Melkorka Óttarsdóttir hdl., flutti málið fyrir þeirra hönd og lögmaður Samkeppniseftirlitsins, Gizur Bergsveinsson hrl., fyrir hönd eftirlitsins. Viðstaddur málf lutninginn var fyrirvarsmaður

TSC ehf. og gafst honum í lokin tækifæri á að koma að athugasemdum sem og hann gerði.

Í framhaldi af munnlegum málflutningi lagði áfrýjandi fram þjónustusamning, dags. 20. október 2005 á milli áfrýjanda og Íslenska sjónvarpsfélagsins auk skýringa við einstök atriði með bréfi, dags. 24. mars 2010. Samkeppniseftirlitið sendi áfrýjunarnefndinni athugasemdir sínar varðandi síðastgreind skjöl með bréfi þann 30. mars 2010.

IV.

Málsástæður áfrýjanda

Af hálfu áfrýjanda er á því byggt að í aðdraganda ákvörðunar nr. 10/2005 hafi samrunaaðilar þurft að endurmeta forsendur og markmið samrunans, í ljósi þeirra skilyrða sem lögð höfðu verið til af hálfu Samkeppnisstofnunar. Hafi það verið mat samrunaaðila að þrátt fyrir skilyrðin væri samruninn hagkvæmur. Íþyngjandi kvaðir verði ekki lagðar á hann eftirá vegna ummæla í forsendum eða markmiðum ákvörðunarinnar sem ekki koma fram í hinum tilgreindu skilyrðum. Geti aðilar samruna ekki treyst því að ákvörðunarorð samrunaákvörðunar séu túlkuð samkvæmt venjulegri orðskýringu sé vandséð hvernig hið viðskiptalega endurmat á forsendum og markmiðum samruna eigi að fara fram. Áfrýjandi telur að óljós markmiðs- og tilgangsskýring Samkeppniseftirlitsins í hinni kærðu ákvörðun ekki standast.

Áfrýjandi telur að sú háttsemi sem lýst er í hinni kærðu ákvörðun brjóti ekki gegn 5. tl. ákvörðunar nr. 10/2005 og byggir það á eftirfarandi atriðum.

Í fyrsta lagi kveði 5. tl. á um bann við samtvinnun á þjónustu áfrýjanda annars vegar og þjónustu ÍS hins vegar. Í 5. tl. sé leitast við að koma í veg fyrir þau skaðlegu áhrif á samkeppni sem yfirráð sama aðila yfir báðum þjónustubáttum hefði getað leitt til. Ekkert slíkt hafi átt sér stað. Í öðru lagi sé dreifing sjónvarpsefnis þjónusta áfrýjanda en ekki þjónusta einstakra eigenda viðkomandi efnis. Hafi áfrýjandi lagt í fjárfestingu, þróun og aðlögun svo hann geti boðið upp á þessa þjónustu. Í þriðja lagi sé þjónustan annars vegar

við neytendur og internetþjónustuaðila, hins vegar við eigendur sjónvarpsefnis en ekki sé unnt að tvinnna saman þjónustu við ólíka aðila. Í fjórða lagi hafi 5. tl. verið ætlað að eyða skaðlegum áhrifum samrunans. Sú háttsemi áfrýjanda sem talin sé brjóta gegn skilyrðinu leiði hvorki af samrunanum né tengist honum á nokkurn hátt. Að fella slíka háttsemi undir skilyrði samruna fari út fyrir þá lagaheimild sem setning skilyrða grundvallast á. Þá sé áfrýjanda skylt að bjóða þá þjónustu sem um ræðir á grundvelli 7. tl. ákvörðunarinnar en töluliðurinn geri jafnframt ráð fyrir því að efniseigendur greiði fyrir hana, ekki móttakendur. Með sama hætti geri 7. tl. einmitt ráð fyrir slíkri þjónustu við ÍS. Að lokum bendir áfrýjandi á að internetþjónustuaðilum, þar með talið TSC ehf., hafi staðið til boða ADSL tenging með því sjónvarpsefni sem dreift sé um þær tengingar á sömu kjörum og með sömu skilmálum og internetþjónustu áfrýjanda. TSC ehf. hafi því getað líkt og aðrir aðilar boðið neytendum uppá nákvæmlega sams konar tilboð og áfrýjandi bauð, á jafnréttisgrundvelli.

Þá telur áfrýjandi að sú háttsemi hans sem lýst sé í hinni kærðu ákvörðun brjóti ekki gegn 7. tl. ákvörðunar nr. 10/2005. Áfrýjandi telur að túlkun Samkeppniseftirlitsins í hinni kærðu ákvörðun standist ekki og byggir það m.a. á eftirfarandi atriðum.

Í fyrsta lagi á því að 7. tl. taki til aðgangs efnisveitna að dreifikerfi áfrýjanda, bæði samkvæmt orðanna hljóðan og með vísan til tilgangs og markmiða ákvörðunarinnar. Í öðru lagi þá hafi gjaldskrá á grundvelli 7. tl. verið sett og hún hafi verið aðgengileg til fjölda ára og að fjölmargir samningar hafa verið gerðir á grundvelli hennar. Í þriðja lagi þá sé TSC ehf. ekki efnisveita og geti því ekki fengið sambærilegan aðgang og aðrar efnisveitur. Þá hafi TSC ehf. ekki óskað eftir aðgangi að dreifikerfi áfrýjanda. Einnig byggir áfrýjandi á því að verðlagning áfrýjanda byggist á kvöðum Póst og fjarskiptastofnunar og að Samkeppniseftirlitið sé ekki valdbært til að láta stofnunina hafa áhrif á niðurstöðu hinnar kærðu ákvörðunar. Þá sé beiðni TSC ehf. einstök en hún hafi verið afgreidd á málefnalegan hátt af hálfu áfrýjanda en hún geti ekki fallið undir 7. tl. ákvörðunar. Loks byggir áfrýjandi á því að skylda hans til að tengja fjarskiptakerfi sitt saman við önnur kerfi verði ekki leidd af 7. tl. Slík skylda umturni stöðu á markaði og hefði samruni áfrýjanda við ÍS aldrei gengið í gegn hefði hún legið fyrir.

Áfrýjandi byggir einnig á því að setning nýrra skilyrða sé ólögmat. Hann bendir á að um heimildir Samkeppniseftirlitsins til að setja samruna aðila ný skilyrði fari eftir núgildandi samkeppnislögum nr. 44/2005. Hann telur löginn sjálf sem og athugasemdir í greinargerð með lögunum vera skýr. Til frekari rökstuðnings bendir áfrýjandi á að Samkeppniseftirlitið leggi á hann íþyngjandi skyldur og að ákvæði 17. gr. d. samkeppnislaga kveði skýrt á um að slíkar skyldur verða ekki á hann lagðar utan lögbundinna tímafresta. Beri þegar af þeirri ástæðu að fella úr gildi hina kærðu ákvörðun að þessu leyti.

Þá bendir áfrýjandi á að Samkeppniseftirlitið geti ekki byggt hina kærðu ákvörðun á fyrri úrskurðum áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Þeir hafi allir verið kveðnir upp fyrir gildistöku laga nr. 94/2008 og hafi því ekki fordæmisgildi við túlkun núgildandi laga. Einnig telur áfrýjandi að Samkeppniseftirlitið geti ekki borið fyrir sig að forsendur hafi breyst án þess að rannsaka breytingar á markaðnum en þær breytingar bendi allar til þess að samkeppni sé mun virkari en gert var ráð fyrir við töku ákvörðunar nr. 10/2005.

Áfrýjandi telur að brotið hafi verið gegn andmælarétti 13. gr. stjórnarsýslulaga við meðferð málsins með því að honum hafi ekki gefist kostur á að koma á framfæri andmælum vegna fyrirhugaðar setningar nýrra skilyrða við ákvörðun nr. 10/2005. Þá telur áfrýjandi einnig að hin nýju skilyrði séu íþyngjandi og kunni að brjóta gegn 10. gr. samkeppnislaga.

Einnig telur áfrýjandi að Samkeppniseftirlitið hafi brotið gegn rannsóknarreglu og jafnræðisreglu stjórnarsýslulaga við meðferð málsins. Þá sé einnig um brot að ræða af hálfu Samkeppniseftirlitsins á fyrirvara þeirrar sáttar sem var grundvöllur ákvörðunar nr. 10/2005.

Áfrýjandi telur að Samkeppniseftirlitið hafa brotið gegn rannsóknarreglu 10. gr. stjórnarsýslulaga með því m.a. að byggja eingöngu á einhliða lýsingu TSC ehf. á samskiptum aðila, að hafa aldrei leitað álits eða upplýsinga frá ÍS um samskipti þess og TSC ehf., að hafa ekki aflað sjónarmiða efnisveitna á markaði, að hafa ekki aflað upplýsinga um kostnað eða forsendur verðlagningar áfrýjanda og að leggja til grundvallar að forsendur ákvörðunar nr. 10/2005 séu brostnar án þess að rannsaka markaði málsins eða breytingar á þeim.

Hvað varðar brot Samkeppniseftirlitsins gegn jafnræðisreglu 11. gr. stjórnsýslulaga, bendir áfrýjandi á að skilyrði ákvörðana nr. 10/2005 annars vegar og 12/2005 hins vegar hafa verið túlkuð með allt öðrum hætti þrátt fyrir að vera samhljóða. Áfrýjandi telur að túlkun Samkeppniseftirlitsins á ákvörðun nr. 12/2005 hafi gefið honum réttmætar væntingar um túlkun á ákvörðun nr. 10/2005.

Til stuðnings varakröfu áfrýjanda um að álögð stjórnvaldssekt verði felld niður eða lækkuð verulega bendir hann m.a. á að ekki sé hægt að byggja álagningu refsikenndra viðurlaga á markmiðs- og tilgangsskýringu eins og gert sé í hinni kærðu ákvörðun. Þá sé sektarfjárhæðin í engu samræmi við þau viðmið sem áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafi talið að líta beri til við ákvörðun sekta. Áfrýjandi bendir einnig á að ætluð brot hans séu ekki alvarlegs eðlis og umfang þeirra afar takmarkað. Einskorðist ætluð háttsemi áfrýjanda við afar smáan landfræðilegan markað þar sem bæði velta og hagnaðarvon sé lítil og beri að líta til þess við ákvörðun sekta. Loks er því mótmælt að ítrekunaráhrif eldri ákvörðana samkeppnisyfirvalda eigi hér við.

Málsástæður Samkeppniseftirlitsins

Samkeppniseftirlitið hafnar því með öllu að með hinni kærðu ákvörðun sinni nr. 41/2009 séu gerðar kröfur til áfrýjanda umfram þau skilyrði sem fram komu í ákvörðunarorði ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 10/2005. Um að ræða fyrirmæli sem ætlað sé að tryggja að áfrýjandi fylgi þeim skilyrðum.

Samkeppniseftirlitið bendir á að það hafi verið mat samkeppnisráðs á sínum tíma að samruni áfrýjanda og ÍS myndi leiða til eða styrkja markaðsráðandi stöðu hins sameinaða fyrirtækis. Taldi samkeppnisráð hættu á að samruninn takmarkaði möguleika nýrra aðila til að ná fótfestu á fjarskipta-, sjónvarps- og útvarpsmarkaði ef dreifing sjónvarps- og útvarpsefnis um bandbreiðar internettengingar yrði algeng. Þá taldi samkeppnisráð hættu á að valkostum neytenda myndi fækka. Samkeppnisráð taldi að þau skilyrði sem sett voru fyrir samrunanum og málsaðilar höfðu samþykkt gætu eytt þessum neikvæðu áhrifum sem samruninn gæti haft á samkeppni. Af skilyrðunum sem sett voru fyrir samrunanum

átti að leiða að aðgangur keppinauta að mörkuðunum yrði gerður auðveldari. Jafnframt var það forsenda samkeppnisráðs að skilyrðin myndu leiða til jafnræðis með keppinautum á viðkomandi mörkuðum.

Samkeppniseftirlitið vísar til hinnar kærðu ákvörðunar þar sem skýrt komi fram sú niðurstaða eftirlitsins að áfrýjandi hafi tvinnaði saman eigin þjónustu og þjónustu ÍS. Með þeirri samtvinnun sem lýst sé og rökstudd í hinni kærðu ákvörðun hafi áfrýjandi raskaði samkeppni á markaði fyrir internetþjónustu en hætta á slíkri samtvinnun hafi verið helsta ástæða þess að samkeppnisráð setti samruna áfrýjanda og ÍS skilyrði. Að mati Samkeppniseftirlitsins sé enginn vafi á því að sjónvarpsefni ÍS og flutningur og dreifing á því teljist þjónusta ÍS í merkingu 5. tl. í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 10/2005 sem áfrýjandi hafi tvinnað saman við þjónustu sína. Í hinni kærðu ákvörðun sé einnig bent á að samtvinnun áfrýjanda felst í því að sjónvarpsefni Skjásins og flutningur þess um fjarskiptakerfi áfrýjanda og dreifing um ADSL-tengingar áfrýjanda fylgi með í verði ADSL-tenginga vegna internetþjónustu fyrirtækisins hvort sem viðskiptavinir nýti þá sjónvarpsþjónustu eða ekki. Það hafi ekki haft áhrif á heildarverð á samtvinnuðum þjónustubáttum áfrýjanda þó svo að viðskiptavinur hans nýti einungis internetþjónustuna í viðkomandi þjónustupökkum hjá honum. Því sé ljóst að samtvinnun áfrýjanda skekki eðlilega verðmyndun fyrir ADSL-tengingar vegna internetþjónustu og raski með því samkeppni á viðkomandi mörkuðum.

Samkeppniseftirlitið bendir á að í 7. tl. í ákvörðunar nr. 10/2005 sé tekið fram að áfrýjandi skuli veita öðrum en ÍS aðgang að dreifikerfum sínum fyrir sjónvarp og útvarp. Aðgangurinn sé ekki bundinn við efnisveitendur heldur sé áfrýjanda gert skylt að veita öðrum en ÍS aðgang að dreifikerfum sínum fyrir sjónvarp og útvarp. Með háttsemi sinni hafi áfrýjandi hindrað aðgang TSC ehf. að efni ÍS og raskaði samkeppni á markaði fyrir internettengingar og internetþjónustu.

Þá bendir Samkeppniseftirlitið á að verðskrá sú sem áfrýjandi vísi til í kæru sé byggð upp fyrir flutning sjónvarpsefnis á öllu dreifikerfi áfrýjanda um allt land frá Múlastöð til endanotenda. Verðskráin sé ekki sniðin að þörfum internetrekenda og smærri aðila sem

þurfi aðgang að dreifikerfi áfrýjanda eins og segir í framangreindum tölulíð í ákvörðunarorði samkeppnisráðs.

Samkeppniseftirlitið fellst ekki á það með áfrýjanda að 7. tl. eigi ekki við um TSC ehf. og bendir á að 7. tl. sé ekki skilyrtur við efniseigendur samkvæmt orðanna hljóðan.

Þá liggi ekkert fyrir um að TSC ehf. hafi ætlað að dreifa sjónvarpsefni ÍS um internetið eins og áfrýjandi hefur haldið fram. Af hálfu TSC ehf. hefur komið fram að fyrirtækið myndi nota myndlykla og fara að lögum og reglum við dreifingu efnisins og liggi ekkert fyrir í málinu sem gefi annað til kynna.

Samkeppniseftirlitið telur ljóst að áfrýjandi hafi ítrekað hindrað aðgang TSC ehf. að dreifikerfi sínu til að taka á móti merki ÍS þrátt fyrir að samþykki ÍS fyrir því að afhenda TSC ehf. merkin til tæknilegra prófanna lægi fyrir.

Einnig telur Samkeppniseftirlitið að verðlagning áfrýjanda hafi ráðið miklu um þá aðgangshindrun sem TSC ehf. hafi orðið fyrir og hafi brotið gegn 7. tl. TSC ehf. hafi fengið upplýsingar frá áfrýjanda um verð fyrir flutning á umbeðnum merkjum frá Múlastöð og vestur á Snæfellsnes. Sá kostnaður sem þar var um að tefla gerði fyrirtækið ósamkeppnishæft í verði andspænis áfrýjanda sem bauð internettengingar og internetþjónustu ásamt sjónvarpi um ADSL-tengingar vegna Internetþjónustu án viðbótar-kostnaðar. Þá bendir Samkeppniseftirlitið á að verðlagning fjarskiptaþjónustu sé á ábyrgð áfrýjanda en ekki Póst- og fjarskiptastofnun. Áfrýjandi þurfi að gæta þess að jafnræði ríki í verðlagningu fyrirtækisins þannig að ekki sé hallað á keppinauta hans í því sambandi og samkeppni raskað.

Samkeppniseftirlitið mótmælir því að áfrýjanda að hafi ekki borið skylda til að veita aðgang að neti sínu samkvæmt 7. tl. eða því að áfrýjanda hafi ekki verið skylt að tengja saman kerfi sín á grundvelli 7. tl. Samkvæmt orðanna hljóðan skal áfrýjandi veita öðrum en ÍS aðgang að dreifikerfum sínum fyrir sjónvarp og útvarp. Ekkert komi fram um að það skuli aðeins vera í Múlastöð. Þess í stað snýr ákvæðið að því að aðilar hafi jafnan aðgang að dreifikerfum áfrýjanda fyrir sjónvarp og útvarp. Þá vísar Samkeppniseftirlitið

til ákvarðana Póst- og fjarskiptastofnunar um skyldu áfrýjanda til að verða við eðlilegum og sanngjörnum beiðnum um tengingar við stofnlínuhluta netkerfis síns.

Samkeppniseftirlitið bendir á að í ljósi þess að áfrýjandi hafi brotið skilyrði í 5. og 7. tl. ákvörðunarorðs ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 10/2005 sé nauðsynlegt að setja áfrýjanda tiltekin fyrirmæli til að tryggja að hann virði umrædd skilyrði í framtíðinni. Sé ekki um að ræða ný skilyrði, eins og áfrýjandi haldi fram, heldur fyrirmæli sem sé ætlað að tryggja að áfrýjandi virði skilyrðin í ákvörðun samkeppnisráðs. Telur eftirlitið það í fullu samræmi við lög nr. 94/2008 um breytingu á samkeppnislögum. Í því ljósi að ekki var um ný skilyrði að ræða heldur fyrirmæli um framkvæmd fyrirbyggjandi skilyrða samkvæmt ákvörðun nr. 10/2005 sé ekki um að ræða brot á andmælarétti áfrýjanda. Þá hafnar Samkeppniseftirlitið því með öllu að með setningu fyrrgreindra fyrirmæla hafi verið brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga.

Samkeppniseftirlitið mótmælir fullyrðingum áfrýjanda um að í málinu hafi verið farið gegn rannsóknar og jafnræðisreglu stjórnarsýslulaga. Þá bendir Samkeppniseftirlitið á að við ákvörðun viðurlaga verði að hafa í huga að brot áfrýjanda hafi verið til þess fallið að veikja samkeppnisstöðu TSC ehf. til muna en fyrirtækið sé lítið og ljóst að miklu varðaði fyrir það að geta boðið viðskiptavinum sínum verð og þjónustu í samkeppni við áfrýjanda. Með brotum áfrýjanda hafi skapast hættu á því að fyrirtækið sem og aðrir Internetþjónustuaðilar og önnur minni fjarskiptafyrirtæki hyrfu af markaði. Engin rök séu því til að fella niður sekt áfrýjanda. Að mati Samkeppniseftirlitsins gat áfrýjanda ekki dulist að samtvinnun hans og aðgangshindrun gagnvart keppinautum væri til þess fallin að raska samkeppni alvarlega. Þegar litið sé til þeirrar sáttar sem áfrýjandi hafði undirgengist sé ljóst að hann hafði þann ásetning að raska samkeppni með aðgerðum sínum. Um sé að ræða brot á skýrum fyrirmælum í ákvörðun samkeppnisráðs sem byggi á sátt við áfrýjanda og ÍS. Áfrýjanda gat á engan hátt dulist hverjar voru skyldur fyrirtækisins og hann hafi með gerð umræddrar sáttar heitið því að beita ekki aðgerðum eins og þeim sem hér sé fjallað um. Þá telur Samkeppniseftirlitið að líta verði til fyrri brota áfrýjanda við mat á sektarfjárhæð en ljóst sé að fjárhæð sektarinnar sé langt innan við þau mörk sem tilgreind séu í samkeppnislögum.

V.

Niðurstaða

1.

Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins var komist að þeirri niðurstöðu að áfrýjandi hafi brotið gegn skilyrðum í sátt við samkeppnisyfirvöld. Sáttin var gerð í tilefni af umfjöllun samkeppnisráðs um samruna Landsíma Íslands hf., sem er forveri áfrýjanda, og ÍS. Samruni þessi var heimilaður með ákvörðun samkeppnisráðs nr. 10/2005 frá 11. mars 2005 en þó með þeim skilyrðum sem fram koma í umræddri sátt. Er sátt þessi tekin upp í ákvörðunarorðin og gerð að hluta þeirra. Hér verður því rætt um efni sáttarinnar sem hluta af umræddri ákvörðun samkeppnisráðs.

Eins og áður hefur komið fram kvartaði TSC ehf. yfir því að áfrýjandi hefði brotið gegn fyrirmælum í umræddri ákvörðun með því að gera TSC ehf. erfitt eða ómögulegt að sinna fyrirhugaðri starfsemi sinni: Annars vegar með því að standa í vegi fyrir því að félagið gæti dreift dagskrá Skjás Eins í gegnum kerfi sitt á Snæfellsnesi, eins og til hafði staðið, og hins vegar með því að bjóða internetþjónustu á Snæfellsnesi með aðgangi að Skjá Einum í kaupbæti. Með þessu móti hafi áfrýjandi í raun gert TSC ehf. ómögulegt að keppa á jafnræðisgrundvelli í internetþjónustu sem bæði fyrirtækin stunda sem þátt í sínum atvinnurekstri.

Við rannsókn málsins taldi Samkeppniseftirlitið að áfrýjandi hefði gerst sekur um brot gegn 5. og 7. tl. í ákvörðun samkeppnisráðs. Skilyrðin lúta annars vegar að banni við svokallaðri samtvinnun (5. tl.) en þar segir að Landssíma Íslands hf. sé

„[óheimilt] að tvinna saman í sölu þjónustu fyrirtækisins og þjónustu Íslenska sjónvarpsfélagsins hf. gegn verði eða viðskiptakjörum sem jafna má til slíks skilyrðis.“

Hins vegar hafði verið lagt fyrir Landssímamann (7. tl.), að

„[veita] öðrum en Íslenska sjónvarpsfélaginu hf. aðgang að dreifikerfum fyrir sjónvarp og útvarp.“

Átti áfrýjandi m.a. að útbúa málefnalega og hlutlæga verðskrá fyrir aðganginn sem gilda átti jafnt fyrir alla viðskiptamenn, þ.m.t. ÍS.

2.

Mál þetta snýst um hvort fyrrgreind samskipti áfrýjanda og TSC ehf. feli í sér brot á skilyrðunum sem samkeppnisráð setti á sínum tíma fyrir samrunanum og áfrýjandi gekkst undir að hlíta. Ennfremur snýst það um lögmati sekta sem Samkeppniseftirlitið lagði á áfrýjanda með stoð í 1. mgr. 37. gr. samkeppnislaga, nánar tiltekið f. og h. liðum, sem fjalla um heimildir til að leggja á stjórnvaldssektir ef brotið er gegn fyrirmælum eða skilyrðum sem og sátt milli Samkeppniseftirlitsins og aðila máls. Auk þess voru sett fram ný skilyrði eða fyrirmæli til viðbótar sem áður nefnd sátt kvað á um. Deilt er um lögmati þess.

Ástæðan fyrir því að þetta er rakið hér er að rannsókn og efnismeðferð Samkeppniseftirlitsins í málinu takmarkast við þessi atriði. Ekki kemur hér sérstaklega til skoðunar hvort 11. gr. samkeppnislaga um misnotkun markaðsráðandi stöðu eigi við um háttsemi áfrýjanda og þá hvort beita mátti aðgerðum samkvæmt 2. mgr. 16. gr. laganna í því ljósi og til að breyta þá meintri óæskilegri hegðun áfrýjanda á markaði.

Áfrýjandi hefur öðrum þræði byggt á því að rannsóknarregla stjórnarsýsluréttar hafi verið brotin í máli þessu. Þau atriði sem áfrýjandi tiltekur í þessum sambandi skipta að hluta til ekki máli við úrlausn máls þessa að mati áfrýjunarnefndarinnar. Að öðru leyti varða þau gögn til frekari upplýsinga og sönnunar í málinu. Áfrýjunarnefndin telur að mál þetta sé nægjanlega upplýst til að komast megi að niðurstöðu í því að öðru leyti en því sem rakið er í lið 6 hér síðar. Fyrrgreindum málsástæðum verður því ekki sinnt frekar.

Áfrýjandi hefur einnig byggt á því að jafnræðisregla stjórnarsýsluréttar hafi verið brotin við meðferð máls þessa. Eru 3. og 5. tl. ákvarðana Samkeppniseftirlitsins nr. 12 og 10 frá 2005, en þær eru samhljóða að þessu leyti, einkum teknir til samanburðar í þessu sambandi. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála lítur svo á að hugsanlegt aðgerðarleysi á einu sviði skapi ekki rétt til þess að aðgerðarleysi skuli einnig ríkja á öðru sviði. Að auki er um

að ræða tilvik sem eru ólík þeim sem hér eru til umræðu og úrlausnar. Þau eru því ekki samanburðarhæf og geta því ekki skapað neinar væntingar að réttu lagi.

Áfrýjandi telur einnig að andmælaregla hafi verið brotin. Um það atriði er fjallað í lið 4 en áfrýjunarnefndin telur ekki að umrædd regla hafi verið brotin í öðrum samböndum.

4.

Í hinni kærðu ákvörðun Samkeppniseftirlitsins var eins og fyrir greinir ákveðið að bæta tilteknum ákvæðum við ákvörðun nr. 10/2005. Í fyrsta lagi var bætt við ákvæðum í 5. tl. þess efnis að áfrýjandi skyldi eftirleiðis birta sérstaklega sundurliðað verð fyrirtækisins fyrir ADSL tengingu, internetþjónustu, sjónvarpsþjónustu og endabúnað (beini og myndlykil). Í öðru lagi var hnýtt við 7. tl. ákvæðum sem skylduðu áfrýjanda til að „sjá til þess“ að önnur fjarskiptafélög sem þess óska geti mótttekið sjónvarpsmerki Símans til dreifingar með tilteknum hætti og að í tengslum við slíkt skuli áfrýjandi afhenda fyrirtækjunum og viðskiptamönnum þeirra beina og myndlykla með sama hætti og viðskiptamönnum áfrýjanda sjálfs í svokallaðri ADSL þjónustu. Þá var lagt fyrir áfrýjanda að veita tæknilega aðstoð og birta á heimasíðu sinni lista yfir önnur fyrirtæki sem kynnu að bjóða upp á sjónvarp Símans.

Rökstuðningur Samkeppniseftirlitsins fyrir heimild til að setja fram ný fyrirmæli eða skilyrði er einkum sá að eftirlitið geti ávallt tekið nýja ákvörðun í samrunamálum ef það telur að bæta þurfi úr eða auka við þá ákvörðun sem liggur fyrir. Telur Samkeppniseftirlitið að þetta megi t.d. gera ef forsendur sáttar í samrunamáli um virka samkeppni eru ekki lengur fyrir hendi og ef nauðsynlegt sé að tryggja enn frekar að markmið fyrri ákvörðunar náist.

Í hinni fyrri ákvörðun í samrunamálinu voru engir fyrirvarar um endurskoðun, en þannig var því hins vegar m.a. háttað í máli sem áfrýjunarnefnd lauk úrskurði á í máli nr. 6/2007 sem Samkeppniseftirlitið raunar vísar til í málflutningi sínum. Samkeppniseftirlitið hefur ekki byggt á því að ákvæði stjórnáskilanna um heimild til endurupptöku máls séu uppfyllt. Þá er ljóst að ef brotið er gegn sátt eða fyrirmælum í samrunamáli eru einu viðurlögin stjórnvaldssektir sbr. áðurnefnda 37. gr. samkeppnislaga.

Ef samruni er á annað borð heimilaður verður mál vart tekið upp að nýju nema skilyrði 24. gr. stjórnisýslulaga 37/1993 séu uppfyllt eða sérstakir fyrirvarar gerðir um endurskoðun að liðnum tilteknum tíma. Háttsemi aðila sem brjóta gegn ákvæðum sáttar varðar sektum og ef um markaðsráðandi aðila er að ræða getur Samkeppniseftirlitið gripið til úrræða samkvæmt 16. gr. samkeppnislaga ef misnotkun sannast.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála lítur svo á að Samkeppniseftirlitið geti tekið nýja ákvörðun í máli áfrýjanda ef telja má að forsendur ákvörðunar hafi breyst þannig að virk samkeppni sé ekki lengur fyrir hendi. Hefst þá frumgerð að nýju máli þar sem gæta þarf þeirra formreglna sem við eiga. Á hinn bóginn verður ekki hróflað við fyrri ákvörðun um samruna nema þegar sérstaklega stendur á.

Samkeppniseftirlitið hefur haldið því fram í málinu að í raun sé einvörðungu um að ræða nánari túlkun á fyrri ákvörðun. Því hefur áfrýjandi mótmælt. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála fær ekki betur séð en að bætt hafi verið við skilyrðum sem ekki rúmast innan fyrri ákvörðunar. Áfrýjunarnefndin lítur svo á að ekki hafi verið lagagrunnur fyrir því að bæta á þennan hátt við þeim skilyrðum sem sett eru fram í ákvörðunarorði Samkeppniseftirlitsins.

Þau verða því felld úr gildi.

5.

Samkeppniseftirlitið telur að áfrýjandi hafi brotið gegn 5. tl. umræddrar ákvörðunar með því að tvinna saman sölu á ADSL tengingum og sjónvarpsefni ÍS með því að láta hið síðarnefnda fylgja frítt með ADSL tengingum sínum vegna Internetþjónustu hvar sem var á landinu. Áfrýjandi heldur því fram að hann hafi hvorki gert kaup á sjónvarpsefni að skilyrði fyrir ADSL tengingunum né gert kaup á ADSL þjónustunni að skilyrði fyrir sjónvarpsefninu.

Af gögnum um verðlagningu áfrýjanda á þessari þjónustu má sjá að dreifing sjónvarpsefnisins og val viðskiptamanns um það hvort hann óskaði eftir því efni eða ekki skipti ekki máli við verðlagningu heildarþjónustupakkanna. Þannig skipti ekki máli hvort viðskiptamaðurinn keypti ADSL áskrift með eða án sjónvarpsdreifingar. Verðið var í

báðum tilvikum það sama. Þótt áfrýjandi hafi ekki sett fram beint skilyrði um kaup af þjónustu ÍS er augljóst að hann bauð þjónustuna í sama pakka og nýtti þannig aðstöðu sína til að stuðla að því að viðskiptamenn hans á einu sviði keyptu eða þægju þjónustu samrunaaðilans á öðru. Það var einmitt þetta sem fyrirmælin í 5. gr. sáttarinnar áttu að hindra ef marka má forsendur ákvörðunarinnar í máli nr. 10/2005. Þar segir m.a. efnislega að það sé mat Samkeppnisráðs að staða nýrra eða minni aðila á fjarskiptamarkaði verði torvelduð, ef samruninn næði óheftur fram að ganga, þar sem aðgengi þeirra að efni til dreifingar um net sín verði ekki sú sama og hins markaðsráðandi fyrirtækis. Glögggt má sjá að samkeppnisaðili áfrýjanda á internetmarkaði á undir högg að sækja ef sú háttsemi sem hér um ræðir er látin óátalin og mátti áfrýjanda vera þetta ljóst.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur því háttsemina vera brot gegn 5. tl. ákvörðunarinnar svo sem hana ber að skýra í tengslum við markmið hennar.

6.

Áfrýjandi hefur haldið því fram að frumástæða þess að ekki hafi verið unnt að verða við kröfum TSC ehf. hafi verið sú að TSC ehf. hafi viljað að merkjum ÍS yrði „tappað af“ kerfi áfrýjanda inn á kerfi TSC ehf. á Snæfellsnesi. Áfrýjandi hefur byggt á því að honum hafi ekki verið þetta skylt og auk þess hafi það verið tæknilega erfitt. Ráðast hefði þurft í áður óþekkta og umfangsmikla vinnu og kostnað við lausn vandamálsins.

Í málflutningi Samkeppniseftirlitsins hefur því verið mótmælt að sérstakir tæknilegir örðugleikar hafi verið á því fyrir áfrýjanda að mæta óskum TSC ehf. og þótt svo væri skipti það ekki máli fyrir úrlausn málsins þar eð áfrýjandi hefði átt að byggja sína starfsemi þannig upp að hægt væri að standa við ákvæðin í 7. tl. sáttarinnar.

Að mati áfrýjunarnefndarinnar skortir á að Samkeppniseftirlitið hafi rannsakað þennan þátt málsins nægjanlega. Ekki liggja fyrir gögn eða álit óháðra aðila um tæknileg álitamál. Við munnlegan flutning málsins lagði lögmaður Samkeppniseftirlitsins fram gögn þar sem er að finna umfjöllun um þessi atriði frá samkeppnisaðila áfrýjanda og eru þau að því er virðist útbúin skömmu fyrir málflutninginn. Engar haldbærar skýringar hafa komið fram á því hvers vegna ekki var unnt að leggja gögn fram á fyrri stigum málsins

og mun áfrýjunarnefndin því ekki líta til þeirra gagna sem til eru komin með þessum hætti.

Hins vegar má fallast á það með Samkeppniseftirlitinu að áfrýjandi og ÍS hafi með háttsemi sinni gert kærandanum TSC ehf. erfitt fyrir að koma viðskiptaáætlun sinni um dreifingu á efni Skjás Eins á utanverðu Snæfellsnesi í framkvæmd. Verulegar tafir urðu á afgreiðslu erindis um aðstöðu í Múlastöð og óskýrðar þær tafir og þau vandkvæði sem sögð voru vera á því að sinna beiðnum TSC ehf. Samskipti þessi eru rakin í kafla 4.2. í hinni áfrýjuðu ákvörðun. Þar kemur m.a. fram að það tók rúma 15 mánuði fyrir TSC ehf. að fá aðgang að dreifikerfi Símans í Múlastöð en áður hafði TSC ehf. fengið loforð frá réttihafa um afhendingu sjónvarpsmerkja enska boltans í Múlastöð til tæknilegra prófana. Í þessu sambandi tekur áfrýjunarnefndin fram að hún telur upphaflega beiðni TSC ehf. hafa verið nægjanlega skýra um að fá að tengjast dreifikerfi áfrýjanda fyrir sjónvarp.

Verður hér að taka undir það með Samkeppniseftirlitinu að áfrýjanda hafi samkvæmt 7. tl. ákvörðunar nr. 10/2005 borið að veita TSC ehf. án óþarfa dráttar sanngjarnan aðgang að dreifikerfum sínum fyrir sjónvarp og útvarp eftir því sem tækniþekking leyfði og án mismununar. Áfrýjunarnefndin telur að þessi skylda hafi verið óháð því hvort TSC ehf. var svonefnd efnisveita eða ekki. Slík þjónusta var ekki fram boðin svo sem skylt var né hefur verið sýnt fram á að ómögulegt hafi verið að veita hana af tæknilegum ástæðum.. Ennfremur var ekki gætt jafnræðis um gjald fyrir flutning sjónvarpsefnisins til þeirra viðskiptamanna áfrýjanda sem tvinnnaðir voru saman við ADSL þjónustu áfrýjanda. Má staðfesta þær niðurstöður sem fram koma í kafla 4.2. í hinni áfrýjuðu ákvörðun að því er þetta varðar.

Að mati áfrýjunarnefndarinnar hefur áfrýjandi því brotið gegn 7. tl. ákvörðunar í máli nr. 10/2005 með þeim tölum, aðgerðarleysi og mismunum varðandi kostnað sem að framan greinir.

7.

Fallist er á röksemdir í hinni áfrýjuðu ákvörðun fyrir því að Samkeppniseftirlitið geti lagt stjórnvaldssektir á áfrýjanda vegna þeirra brota sem mál þetta tekur til.

Í 2. mgr. 37. gr. samkeppnislaga kemur fram að sektir geti numið allt að 10% af heildarveltu síðasta almanaksárs hjá hverju því fyrirtæki eða samtökum fyrirtækja sem aðild eiga að broti. Ef brot samtaka fyrirtækja tengjast starfsemi aðila þeirra skal fjárhæð sektar ekki vera hærri en 10% af heildarveltu hvers aðila þeirra sem er virkur á þeim markaði sem brot samtakanna tekur til.

Við ákvörðun á fjárhæð sekta skal hafa hliðsjón af eðli og umfangi brota, hvað brot hafa staðið lengi og hvort um ítrekað brot er að ræða. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 2/2002 er tekið fram að hér sé ekki um að ræða tæmandi talningu á þeim atriðum sem horfa má til við álagningu sekta. Einnig megi t.d. líta til stærðar fyrirtækja sem teljist brotleg, huglægrar afstöðu stjórnenda, hagnaðarsjónarmiða og eldri brota á samkeppnislögum. Ef sýnt er fram á að ólögmæt aðgerð hafi komist til framkvæmda getur það haft áhrif til hækkunar sekta. Þessi sjónarmið koma hér einnig til álita hvort sem er til viðbótar eða fyllingar fyrrgreindum lögmæltum sjónarmiðum.

Samkvæmt framansögðu er það álit áfrýjunarnefndarinnar að áfrýjandi hafi brotið gegn 5. og 7. tl. ákvörðunar nr. 10/2005. Brotin voru alvarleg og er háttsemi áfrýjanda í andstöðu við nokkur meginatriði þess sem hann undirgekkst sjálfur að hafa í heiðri þegar samruninn við ÍS var heimilaður. Þessum aðgangshindrunum á fjarskiptamarkaðinum, sem telja verður neytendum til tjóns, hrinti hann í framkvæmd án þess að taka tillit til skilyrðanna í 5. og 7. tl. ákvörðunarinnar.

Við ákvörðun sekta er tekið tillit til fjárhagslegs styrks áfrýjanda og þeim markaði sem við á, sbr. m.a. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í málinu nr. 3/2004, Ker hf. o.fl. gegn Samkeppnisráði, bls. 252. Í málinu hefur m.a. verið gerð grein fyrir veltu áfrýjanda á markaði fyrir háhraðatengingar og internetsþjónustu sem hér koma við sögu á árunum 2006-2008 en ekki hefur verið gerð sérstök grein fyrir veltu áfrýjanda á markaði sem kenna má við dreifingu og miðlun sjónvarpsefnis. Í hinni áfrýjuðu ákvörðun kemur fram fjárhæð þeirrar veltu sem um ræðir á árinu 2008, sem hér verður miðað við, og ekki hefur veið mótmælt í málflutningi áfrýjanda hér fyrir nefndinni. Ekki er að mati áfrýjunarnefndarinnar rétt að afmarka veltuna við tiltekin landsvæði, eins og áfrýjandi fer fram á, enda er starfsemin í eðli sínu ekki bundin við slíkt.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur að til þess að stjórnsýslusektir samkvæmt samkeppnislögum geti haft tilætluð áhrif verði að taka mið af styrkleika þess brotlega en þar kemur heildarvelta hans á þeim árum sem máli skipta og þeirrar samstæðu sem hann tilheyrir einkum til skoðunar, sbr. til hliðsjónar úrskurð áfrýjunarnefndarinnar í máli nr. 4/2006, Dagur Group hf. gegn Samkeppniseftirlitinu. Þá er og haft í huga að áfrýjandi hefur áður komið við sögu við brot á samkeppnislögum og sektir lagðar á hann.

Áfrýjandi á því að sæta viðurlögum í samræmi við fyrrgreind ákvæði samkeppnislaga og lagasjónarmið og í eðlilegu samhengi við þá háttsemi sem telst sannað að hann hafi sýnt af sér. Áfrýjandi hefur sér til málsbóta að hugsanlega hafa tæknilegir annmarkar verið samvirkandi þáttur í því að TSC ehf. fékk ekki aðgang að kerfum áfrýjanda með þeim hætti sem kveðið var á um í 7. tl. ákvörðunarinnar. Þetta sjónarmið kemur til lækkunar stjórnvaldssektar. Þá lítur áfrýjunarnefndin til þess sem fyrir liggur um versnandi fjárhagsafkomu áfrýjanda við ákvörðun sektarfjárhæðar.

Samkvæmt þeim sjónarmiðum sem nú hafa verið rakin og að öðru leyti með hliðsjón af þeim rökum sem fram koma í hinni kærðu ákvörðun ber að ákveða stjórnvaldssekt á hendur áfrýjanda kr. 50.000.000.

8.

Niðurstöður máls þessa eru þær að áfrýjanda ber að greiða kr. 50.000.000 í stjórnvaldssekt vegna brota á ákvæðum 5. og 7. tl. ákvörðunar nr. 10/2005 og skal greiða sektina innan mánaðar frá dagsetningu úrskurðar þessa.

Áfrýjunarnefndin lítur svo á að ekki sé lagagrundvöllur fyrir því að bæta við þeim skilyrðum sem sett eru fram í ákvörðunarorði Samkeppniseftirlitsins nr. 10/2005 og verða því þau felld úr gildi.

Úrskurðarorð:

Áfrýjanda, Símanum hf., ber að greiða kr. 50.000.000 í stjórnvaldssekt vegna brota á ákvæðum 5. og 7. tl. ákvörðunar nr. 10/2005. Sektina skal greiða innan eins mánaðar frá dagsetningu úrskurðar þessa.

Felld eru úr gildi viðbótarskilyrði við 5. og 7. tl. við þau skilyrði sem fram koma í ákvörðunarorði Samkeppniseftirlitsins nr. 10/2005.

Reykjavík, 28. apríl 2010

Jóhannes Karl Sveinsson

Anna Kristín Traustadóttir

Stefán Már Stefánsson

Rétt endurrit staðfestir: