

ÁFRÝJUNARNEFND SAMKEPPNISMÁLA

úrskurður í máli nr. 10/2011

Síminn hf.

gegn

Samkeppniseftirlitinu

I.

Með kæru, dagsettri 17. október 2011, hefur Síminn hf. (hér eftir nefndur áfrýjandi), kært ákvörðun Samkeppniseftirlitsins í máli nr. 30/2011, brot Símans hf. með tilboði í 3G netlykil og áskrift, dagsett 16. september 2011 til áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Í hinni kærðu ákvörðun taldi Samkeppniseftirlitið að áfrýjandi hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 og 54. gr. EES-samningsins. Var áfrýjanda gert að greiða 60 milljónir króna í stjórnvaldssekt.

Áfrýjandi krefst þess aðallega að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi en til vara er þess krafist að sektarákvörðunin verði felld úr gildi.

Samkeppniseftirlitið krefst þess að hin kærða ákvörðun verði staðfest.

II.

Málsatvik eru þau að þann 28. maí 2009 sendi Nova stjórnslukæru vegna starfshátta áfrýjanda í tengslum við tilboð félagsins með yfirskriftinni „3G netlykill og áskrift fyrir 0 kr. í allt sumar“. Taldi Nova að áfrýjandi misnotaði markaðsráðandi stöðu sína á markaði fyrir háhraðanetþjónustu.

Að lokinni rannsókn Samkeppniseftirlitsins tók eftirlitið bráðabirgðaákvörðun í málinu þann 2. júlí 2009. Var áfrýjanda í þeirri ákvörðun bannað að setja fram tilboðið.

Þann 27. júlí 2010 sendi Samkeppniseftirlitið áfrýjanda andmælaskjal sem hann svaraði með athugasemdum dagsettum 13. september 2010 sem leiddi til frekari rannsóknar af hálfu eftirlitsins um markaðshlutdeild aðila. Samkeppniseftirlitið sendi svo í apríl 2011 út viðbót við fyrra andmælaskjal sem áfrýjanda gafst tækifæri á að koma að athugasemdum við. Samkeppniseftirlitið komst í framhaldi að þeirri niðurstöðu í ákvörðun nr. 30/2011: *Brot Símans hf. með tilboði í 3G netlykli og áskrift*, dagsett 16. september 2001, að áfrýjandi hafi með aðgerðum sínum brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga og 54. gr. EES-samningsins og með vísan til þessa var honum gert að greiða kr. 60.000.000 í stjórnvaldssekt samkvæmt 37. gr. samkeppnislaga.

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

III.

Greinargerð Samkeppniseftirlitsins sem svar við kæru áfrýjanda barst 27. október 2011. Athugasemdir áfrýjanda við greinargerðinni barst 10. nóvember 2011 og svar Samkeppniseftirlitsins við þeim bárust þann 16. nóvember 2011.

Hagsmunaaðilum, Nova og Vodafone, var gefinn kostur á að koma á framfæri athugasemdum í málinu og bárust þær 28. nóvember og 8. desember 2011.

Málið var flutt munnlega fyrir nefndinni af hálfu lögmannna aðila málsins þann 22. desember 2011. Að loknum máflutningi málsaðila gafst lögmönnum Nova og Vodafone kostur á að koma fyrir nefndina og tjá sig munnlega. Lögmaður hagsmunaaðilans, Vodafone nýtti sér það. Að því loknu var lögmönnum aðila gefið tækifæri á að koma að lokaathugasemdum.

Uppkvaðning úrskurðarins hefur dregist vegna anna nefndarmanna og umfangs málsins.

IV.

Málsástæður áfrýjenda

Áfrýjandi byggir á því að ákvörðunina eigi að ógilda þar sem Samkeppniseftirlitið hafi mótað sér fyrirfram afstöðu til málsins og opinberað hana. Valdi þetta vanhæfi starfsmanna eftirlitsins auk þess sem um sé að ræða brot gegn andmælarétti og rannsóknarreglu stjórnsýslulaga. Þá heldur áfrýjandi því fram að Samkeppniseftirlitið styðjist með ólögætum hætti við gögn sem aflað hafi verið við húsleit í öðru máli.

Áfrýjandi byggir einnig á því að félagið hafi ekki verið í markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir 3G gagnaflutningsþjónustu í júní á árinu 2009 en hafi sú staða verið fyrir hendi telur áfrýjandi að sú staða hafi ekki verið misnotuð í skilningi 11. gr. samkeppnislaga.

Þá byggir áfrýjandi á því að markaður fyrir 3G gagnaflutningsþjónustu með netlykli og ADSL þjónustu séu ekki nátengdir markaðir eins og Samkeppniseftirlitið byggir á. Umræddir markaðir séu ekki tengdir sé miðað við aðferð samkeppnis- og fjarskiptaréttar við afmörkun tengdra markaða. Ekki sé staðganga á milli þessara markaða og áfrýjandi geti ekki hagnýtt sér stöðuna á markaði fyrir ADSL þjónustu á markaði fyrir 3G gagnaflutningsþjónustu með netlykli.

Áfrýjandi byggir á því að umfjöllun og niðurstaða Samkeppniseftirlitsins um skilgreiningu markaða sé haldin slíkum ágöllum að ógilda beri ákvörðunina þegar af þeim sökum.

Áfrýjandi telur að hin kærða ákvörðun fari gegn þeirri viðurkenndu aðferð í samkeppnisrétti að skilgreina beri markaðinn og meta stöðuna út frá samkeppninni og styrk keppinauta á þeim skilgreinda markaði sem um ræði. Þess í stað líti Samkeppniseftirlitið til stöðunnar á samanlögðum styrkleika á öllum fjarskiptamörkuðum og meti stöðuna út frá því. Áfrýjandi telur að aðferð eftirlitsins sé því í ósamræmi við bæði íslenskan og evrópskan samkeppnisrétt og geri í raun skilgreiningu markaða óþarfa.

Áfrýjandi bendir á að það standist ekki rétta túlkun samkeppnislaga að meta fyrirtæki í markaðsráðandi stöðu á jafn óþroskuðum markaði og markaður fyrir 3G gagnaflutningsþjónustu var þegar atvik málsins áttu sér stað á árinu 2009.

Verði það niðurstaða áfrýjunarnefndar að áfrýjandi hafi verið í markaðsráðandi stöðu þegar atvik máls áttu sér stað telur áfrýjandi ljóst að ekki hafi verið um misnotkun á þeirri stöðu að ræða af hans hálfu. Tilboð áfrýjanda hafi byggt á eðlilegum viðskiptaforsendum og hafi Samkeppniseftirlitið við mat sitt á verðlagningunni gert mun strangari kröfur þ.e. farið fram á mun hærra verðlagningu en leiða megi af réttarheimildum að krafa sé um. Ráði þar mestu ákvörðun um tímalengd og hvernig skilgreiningu á föstum og breytilegum kostnaði sé hagað. Áfrýjandi bendir á að Samkeppniseftirlitið geri kröfu um að tilboðið skili hagnaði miðað við 12 mánaða tekjur af viðskiptavini, þó gildandi fordæmi geri ráð fyrir að miðað skuli við 48 mánuði og fyrir liggja að raunveruleg tímalengd viðskipta sé mun lengri. Þá telji eftirlitið hluta kostnaðar sem breytilegan þrátt fyrir að fyrir liggja að viðkomandi kostnaðarliðir taki engum breytingum við tilboðið eða einstakar sölur á grundvelli þess.

Áfrýjandi byggir á því, að ef fallist verði á niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins að um brot gegn 11. gr. samkeppnislaga sé að ræða, verði að taka tillit til þess hve málsatvik séu sérstök í málinu og því geti ekki talist rétt að beita stjórnvaldssektum. Í öllu falli sé fjárhæð álagðrar sektar langt úr hófi fram og ekki í samræmi við fordæmi.

Áfrýjandi telur að niðurstaða um skilgreiningu markaðarins og tengdum mörkuðum sé röng hjá Samkeppniseftirlitinu í hinn kærðu ákvörðun. Áfrýjandi bendir á að þjónustumarkaðurinn þegar atvik máls áttu sér stað sé 3G gagnaflutningsþjónusta þegar eingöngu sé um að ræða gagnaáskrift. Að endabúnaðurinn skipti ekki máli. Þá telur áfrýjandi að nánin tengsl hafi verið á milli þess þjónustumarkaðar og markaðar fyrir 3G gagnaflutningsþjónustu um farsíma. Ef að markaðurinn yrði skilgreindur í dag yrði að öllum líkindum um sama þjónustumarkað að ræða, þ.e. markað fyrir 3G þjónustu óháð endabúnaði. Þá telur áfrýjandi það ranga niðurstöðu að markaður fyrir 3G gagnaflutningsþjónustu og markaður fyrir ADSL þjónustu séu tengdir markaðir í skilningi samkeppnis- eða fjarskiptaréttar.

Áfrýjandi hafnar því að 3G gagnaflutningsþjónusta og ADSL þjónusta teljist tengdir markaðir. Félagið geti ekki nýtt sér stöðu sína á ADSL markaði til að styrkja stöðuna á markaði fyrir 3G gagnaflutningsþjónustu. Áfrýjandi telur að markaður fyrir 3G gagnaflutningsþjónustu, gagnaáskrift eingöngu, sé sjálfstæður þjónustumarkaður. Staða áfrýjanda á öðrum fjarskiptamörkuðum styrki því ekki og sé ekki til þess fallin að styrkja stöðu áfrýjanda á þeim markaði.

Áfrýjandi telur að með því að skilgreina markaði málsins ranglega og telja markaði tengda sem séu það ekki séu grundvallarforsendur málsins brostnar.

Áfrýjandi bendir á að Samkeppniseftirlitið leggi ekki til grundvallar hver hin raunverulega samkeppni sé á hinum skilgreinda markaði og telji t.d. að ADSL þjónusta og 3G þjónusta veiti hvor annarri samkeppnislegt aðhald vegna hinnar nánú tengingar markaðanna. Um sé að ræða svo alvarlegan ágalla í málinu að ekki verður komist hjá því að ógilda ákvörðun eftirlitsins af þessum sökum.

Áfrýjandi byggir á því að félagið hafi ekki verið í markaðsráðandi stöðu á hinum skilgreinda markaði málsins þegar atvik máls áttu sér stað. Skilyrði 4. tl. 1. mgr. 4. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005, séu ekki uppfyllt og því hafi áfrýjandi ekki brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga.

Áfrýjandi telur að aðferð Samkeppniseftirlitsins við að skilgreina markaðsráðandi stöðu í þessu máli sé fordæmalaus og gangi þvert á viðurkenndar meginreglur samkeppnisréttar sem staðfestar hafa verið jafnt í íslenskri sem evrópskri framkvæmd hjá stjórnvöldum jafnt sem dómstólum. Þá gangi niðurstaða eftirlitsins þvert á viðurkenndar fræðikenningar í samkeppnisrétti.

Áfrýjandi telur að rétt sé að reikna markaðshlutdeild út frá fjölda viðskiptavina. Telur áfrýjandi að leggja beri til grundvallar í málinu ákvarðanir Samkeppnisráðs nr. 13/2004 og ákvörðun framkvæmdastjórnar EB í Wanadoo málinu. Áfrýjandi bendir á að á nýjum markaði í örum vexti sé ekki rétt að horfa á veltutölur einar og sér eins og Samkeppniseftirlitið geri í ákvörðun sinni.

Áfrýjandi telur að sama við hvaða mælikvarðar sé stuðst um markaðshlutdeild keppinauta á markaði fyrir 3G gagnaflutningsþjónustu þá hafi Nova verulega yfirburði á markaðnum.

Þá bendir áfrýjandi á að það sé skilgreiningaratriði fyrir markaðsráðandi stöðu að hún hafi staðið yfir í ákveðinn lágmarkstíma sem sé eðlilegur þrjú ár. Á þeim tíma sem tilboð áfrýjanda hafi verið gert hafi að hámarki liðið um eitt og hálf ár frá því byrjað var að bjóða 3G gagnaflutningsþjónustu með netlykli.

Áfrýjandi telur að þegar af þeirri ástæðu að markaðshlutdeild hans á þeim markaði sem máli skipti sé undir 40% og hlutdeild Nova á markaðnum sé talsvert hærri en hlutdeild hans, auk þess sem Vodafone hafi talsverða hlutdeild á markaðnum, teljist það nægjanleg sönnun þess að áfrýjandi sé ekki í markaðsráðandi stöðu á þeim markaði sem fjallað sé um í máli þessu. Önnur atriði sem litið sé til þegar þýðing markaðshlutdeildar sé skoðuð styðji einnig þá niðurstöðu að áfrýjandi sé ekki ráðandi á markaðnum. Þannig hafði markaðshlutdeild áfrýjanda ekki haldist há og stöðug yfir langt tímabil. Þá eigi sjónarmið um bil milli áfrýjanda og næsta keppinutar ekki við þar sem Nova sé með hærri markaðshlutdeild en hann á þeim tíma sem Samkeppniseftirlitið telji að brotið hafi átt sér stað.

Umfjöllun um að áfrýjandi hafi haft mikla efnahagslega yfirburði yfir keppinuta sína þegar atvik málsins áttu sér stað koma áfrýjanda undarlega fyrir sjónir. Við efnahagshrunið sem varð á Íslandi haustið 2008 hafi orðið gjörbreyting á fjárhagsstöðu áfrýjanda og Skiptasamstæðunnar í heild sinni og skuldastaða félagsins tók algjörum straumhvörfum við hrunið. Hafi sú staða þegar verið orðin að veruleika þegar tilboðið hafi verið gert og hafi efnahagslegur styrkur Skipta og dótturfélaga þess þá verið og sé enn síst meiri en styrkur helstu keppinutanna Nova og Vodafone.

Þá bendir áfrýjandi á að í málinu séu þrír keppinutar á markaðnum og markaðshlutdeild Nova sé þar hæst. Markaðshlutdeild Nova hafi verið ríflega 49% um áramótin 2008/2009 og 51,9% um mitt ár 2009 um það leyti sem tilboð áfrýjanda hafi verið sett á markað ef miðað sé við fjölda áskrifenda. Sé miðað við veltu á fyrstu fimm mánuðum þess árs hafi hlutdeild Nova verið 45-50% að mati Samkeppniseftirlitsins. Hlutur Vodafone á umræddu tímabili sé líka talsverður. Hér sé því um að ræða markað með fáum keppinutum sem allir hafa talsverða markaðshlutdeild og áfrýjandi hafi ekki þá hæstu. Það sé augljós vísbending og í

raun nægilegur vitnisburður um að markaðsráðandi staða áfrýjanda sé ekki fyrir hendi.

Áfrýjandi byggir á því að 3G netlyklatilboðið hafi verið gert með eðlileg viðskiptasjónarmið í forgrunni og að viðskiptaáætlun hafi gert ráð fyrir því að arðsemi yrði af 3G gagnaflutningsþjónustu áfrýjanda með tilboðinu.

Áfrýjandi bendir á að tilboð félagsins á netlyklum sumarið 2009 hafi verið tímabundið, þar sem viðskiptavinum hafi staðið til boða niðurfelling á mánaðargjaldi í júní, júlí og ágúst ásamt því að fá netlykil gegn 6 mánaða bindingu. Þrátt fyrir að tilboðið miðaðist við 6 mánaða binditíma hafi verið gert ráð fyrir að meðallíftími viðskiptavinar með 3G netlyklaáskrift yrði að minnsta kosti 2 ár, m.v. sögulegt brottfall í þjónustunni á þeim tíma og reynslu áfrýjanda af sambærilegri þjónustu. Áfrýjandi telur að með hliðsjón af dómafordæmum sé eðlilegt að reikna afkomu tilboðsins miðað við 48 mánuði en að lágmarki yrði að miða við 24 mánaða tíma. Áfrýjandi telur að með því að miða eingöngu við binditíma skilgreini Samkeppniseftirlitið tilboðið eins þröngt og mögulegt sé. Rekstrarleg áhrif af tilboðinu vari mun lengur en sem nemi tilboðstímanum og því hafi viðskiptaáætlun félagsins byggt á tveggja ára tímabili.

Að mati áfrýjanda hafi tilboðið verið byggt á eðlilegum rekstrarlegum forsendum og telur félagið að viðskiptaáætlun þjónustunnar sýni það og gögn málsins beri það með sér. Þá sýni rauntölur sem lagðar hafi verið fram að þessar forsendur hafi verið raunhæfar og hafi byggt á eðlilegum rekstrarlegum forsendum og hafi skilaði ásættanlegri afkomu á innan við 24 mánuðum eftir að það hafi verið sett á markað, rétt eins og gert var ráð fyrir. Áfrýjandi telur að Samkeppniseftirlitið geri mun strangari kröfur í þessu máli en eðlilegt sé auk þess sem aðferð eftirlitsins eigi sér enga raunverulega stoð í framkvæmd.

Áfrýjandi telur að hin kærða ákvörðun sé einnig haldin þeim annmarka að ekki sé tekið sé tillit til markaðsaðstæðna á þeim markaði sem um ræði. Vísar áfrýjandi til þess að hér sé fyrir hendi markaður í örum vexti. Sé því spáð að á alþjóðavísu að fjöldi viðskiptavina á þeim markaði verði hátt í tvöfalt meiri en á mörkuðum þar sem gagnaflutningsþjónusta/breiðbandsþjónusta sé veitt frá föstum stað, t.d. internetþjónustu yfir koparlínu eða ljósleiðara. Ljóst sé að þegar áfrýjandi setti fram 3G netlyklatilboð sitt þá hafi markaður fyrir 3G gagnaflutningsþjónustu

verið á frumstigi vaxtaskeiðs síns og vaxtarmöguleikar umtalsverðir. Áfrýjandi telur að Samkeppniseftirlitið hafi algjörlega horft framhjá markaðsgerðinni á þjónustumarkaðnum við ákvörðun sína. Markaðurinn einkennist ekki af því að þau félög sem þar starfi keppist um viðskiptavinum hvors annars eins og haldið sé fram. Um sé að ræða að fyrirtækin keppi um að fá sem flesta í viðskipti til að fá eðlilegt endurgjald af fjárfestingu sinni í 3G farsímanetum og að í þeirri keppni hafði Nova yfirhöndina.

Áfrýjandi hafnar því alfarið að aðgerðir félagsins hafi skaðað eða verið til þess fallnar að skaða aðra keppinauta á markaði. Þvert á móti hafi viðskiptavinum Nova og Vodafone fjölgað umtalsvert frá því tilboðið var sett á markað. Þess utan sé það ekki tilgangur samkeppnislaga að vernda samkeppnisaðila, heldur samkeppnina sjálfa og þar með hag neytenda.

Áfrýjandi telur að þegar um sé að ræða nýja markaði í mótun geti ekki verið um skaðlega undirverðlagningu að ræða fyrr en markaðurinn hafi náð ákveðnu lágmarks þroskastigi. Telur áfrýjandi að verðlagning nýrrar þjónustu sem sé tímabundið undir breytilegum kostnaði eða yfir breytilegum kostnaði en undir heildarkostnaði kunnri að vera réttlætun og ekki vera til þess fallin að útiloka samkeppni.

Áfrýjandi bendir á að ekki hafi verið sýnt fram á að aðgerðir félagsins hafi haft nein skaðleg áhrif á samkeppni á þeim markaði sem málið fjalli um. Miðað við þær upplýsingar sem áfrýjandi hafi þá hafi aðgerðir félagsins ekki leitt til verri þjónustu, takmörkunar á framboði eða til þess að velferð neytenda og viðskiptavina hafi minnkað. Þótt brot gegn 11. gr. samkeppnislaga séu ekki háð því að háttsemi hafi tiltekin áhrif þá verði Samkeppniseftirlitið engu að síður að sýna fram á að háttsemi sé til þess fallin að hafa samkeppnishamlandi áhrif og hvernig.

Áfrýjandi telur, verði það talið í markaðsráðandi stöðu, að félagið hafi ekki farið út fyrir þann ramma sem fyrirtækjum í þeirri stöðu sé heimill með hliðsjón af atvikum öllum á þeim markaði sem um ræði. Hafi Samkeppniseftirlitið ekki gert líklegt að afleiðingar af markaðsaðgerðum áfrýjanda hafi verið skaðlegar samkeppni, þrengt að stöðu keppinauta þess eða unnið neytendum tjón.

Ef áfrýjunarnefndin kemst að þeirri niðurstöðu að áfrýjandi hafi gerst brotlegur við samkeppnislög að þá geti ekki talist um alvarleg brot að ræða auk þess sem afleiðingar séu óverulegar á markaðnum og jafnvel engar. Þá telur áfrýjandi að ekki verði litið framhjá því hver staðan á markaði málsins hafi verið þegar tilboðin voru gerð m.a. með vísan til þess að ákærði hafi verið í góðri trú um að vera ekki í markaðsráðandi stöðu þar sem félaginu hafi verið kunnugt um að Nova hefði talsvert fleiri viðskiptavinum á þeim tíma sem tilboðið hafi verið gert.

Einnig byggir áfrýjandi á því að túlkun Samkeppniseftirlitsins á 11. gr. samkeppnislaga í hinni kærðu ákvörðun leiði til þess að greinin geti vart uppfyllt skilyrði 7. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu um skýrleika refsheimilda. Komi til þess að áfrýjunarnefnd telji rétt að beita stjórnvaldssektum í málinu telur áfrýjandi að lækka verði sektarfjárhæðina verulega til að samhengi og samræmi sé milli ákvörðunar sekta í samkeppnismálum. Vísar áfrýjandi til þess að háttsemi félagsins hafi staðið um mánaðarskeið, um hafi verið að ræða örmarkað á þeim tíma sem tilboðið hafi verið gert og ekki verði séð að af því hafi hlotist nokkur skaði fyrir samkeppnina og þar með neytendur.

Málsástæður Samkeppniseftirlitsins

Samkeppniseftirlitið mótmælir því með öllu að með því að hafa tekið ákvörðun til bráðabirgða í málinu þá hafi verið tekin fyrirfram afstaða til málsins sem leiði til þess að starfsmenn eftirlitsins hafi verið vanhæfir til að taka lokaákvörðun í málinu og einnig að í þessu hafi falist brot á andmælarétti og rannsóknarreglu stjórnsýslulaga. Samkeppniseftirlitið vísar til þess að samkvæmt 3. mgr. 16. gr. samkeppnislaga geti eftirlitið tekið ákvörðun til bráðabirgða að uppfylltum tveimur skilyrðum. Annars vegar að sennilegt sé að tiltekin háttsemi fari gegn samkeppnislögum og hins vegar að málið þoli ekki bið. Samkeppniseftirlitið hafi aðeins tekið afstöðu til þess hvort þau lagaskilyrði sem fram koma í ákvæði samkeppnislaga hafi verið uppfyllt. Umrædd ákvörðun geti því ekki leitt til vanhæfis og sé þar að auki ekki lengur í gildi.

Samkeppniseftirlitið byggir á því að vörumarkaður málsins sé markaður fyrir gagnaflytninguþjónustu með 3G netlykli og landfræðilegur markaður sé Ísland.

Einnig er byggt á því að þessi markaður sé tengdur öðrum undirmörkuðum fjarskiptamarkaðarins og að horfa verði til stöðu áfrýjanda á þeim.

Samkeppniseftirlitið byggir m.a. röksemd sína fyrir því að gagnaflutningsþjónusta með 3G netlykil sé aðgreindur markaður frá 3G boxi að miklu leyti til hreyfanleika 3G netlykilsins en umrædd 3G box þurfi tengingu við fastan rafmagnstengil en 3G netlykill ekki. Samkeppniseftirlitið vísar til rökstuðningsins í hinni kærðu ákvörðun varðandi þetta atriði.

Samkeppniseftirlitið bendir á að það sé meginregla við mat því hvort ákvæði 11. gr. samkeppnislaga eigi við að horfa til stöðunnar eins og hún var þegar ætluð brot áttu sér stað. Á brotatímabilinu hafi almennt ekki verið í notkun svokallaðir snjallsímar eða spjaldtölvur. Tilvísun áfrýjanda til nýrrar tækni eða búnaðar hafi því ekki þýðingu í málinu.

Samkeppniseftirlitið bendir einnig á að aðalatriðið sé að meta í hverju máli fyrir sig hvort tengslin milli markaða séu þess eðlis að sterk staða á einum markaði hafi á áhrif á stöðu viðkomandi fyrirtækis á öðrum markaði en ljóst sé að tengsl af þessum toga geti verið margvísleg.

Samkeppniseftirlitið vísar til þess að fjarskiptamarkaðir séu bæði mikilvægir og sérstakir sökum eðli þeirra og forsögu. Markaðarnir séu tæknilega flóknir og aðgangur að ýmis konar ómissandi aðstöðu sé nauðsynlegur til að samkeppni geti ríkt. Slík aðstaða sé oft í eigu fyrirtækja sem um langa hríð nutu lögverndaðrar einokunar sem þau gátu nýtt til skapa sér afar sterka stöðu. Í ljósi m.a. þessa hafi innan EES verið talið nauðsynlegt, til viðbótar við almennar samkeppnisreglur, að setja sérstakar reglur til að tryggja samkeppni í fjarskiptum og sjái Póst- og fjarskiptastofnun um framkvæmd þeirra hér á landi.

Af hálfu Samkeppniseftirlitsins er því hafnað með öllu að eftirlitið hafi við mat á því hvort um tengda markaði hafi verið að ræða, og um þýðingu slíkra tengsla, lagt til grundvallar röng lagaleg sjónarmið. Vísast almennt til rökstuðnings eftirlitsins í hinni kærðu ákvörðun um tengsl markaða.

Þá telur Samkeppniseftirlitið að það hafi horft til allra þeirra þátta sem skipti máli við mat á þeirri samkeppni sem áfrýjandi stóð frammi fyrir og mögulegra áhrifa tilboðs hans á þá samkeppni við meðferð málsins.

Samkeppniseftirlitið bendir á að samkvæmt 4. gr. samkeppnislaga sé fyrirtæki markaðsráðandi þegar það búi yfir þeim efnahagslega styrkleika að geta hindrað virka samkeppni á þeim markaði sem máli skipti og það geti að verulegu leyti starfað án þess að taka tillit til keppinauta, viðskiptavina eða neytenda. Eins og bent hafi verið á í úrskurðum áfrýjunarnefndar samkeppnismála sé við mat á því hvort fyrirtæki búi yfir nauðsynlegum efnahagslegum styrkleika horft til tveggja meginþátta. Annars vegar markaðshlutdeildar og hins vegar þess „skipulags sem ríkir á markaðnum“ eða „annar styrkur“.

Markaðshlutdeild skipti hér miklu og geti mikil hlutdeild, ein og sér, sýnt fram á markaðsráðandi stöðu. Fyrirtæki geti á hinn bóginn verið í markaðsráðandi stöðu jafnvel þó markaðshlutdeild gefi ekki svo skýrar vísbendingar. Undir slíkum kringumstæðum hafi hins vegar meginþýðingu að meta hvort annar styrkur viðkomandi fyrirtækis, en sá sem leiðir af markaðshlutdeild á markaði málsins, hafi þau áhrif að það búi yfir fullnægjandi efnahagslegum styrkleika til þess að teljast markaðsráðandi. Þegar markaðshlutdeildin gefi ekki skýrar vísbendingar verði að beita heildarmati í málinu. Það hafi Samkeppniseftirlitið gert og beitt að öllu leyti réttari aðferðarfræði við þá vinnu og hafi forsendur eftirlitsins að öllu leyti verið í samræmi við bæði innlend og erlend fordæmi.

Samkeppniseftirlitið bendir á að í málinu hafi farið fram mjög ítarleg rannsókn á markaðshlutdeild, m.a. vegna athugasemda áfrýjanda við andmælaskjalið, er leiddi til viðbótar við andmælaskjalið. Er þessu nánar lýst í hinni kærðu ákvörðun.

Þá vísar Samkeppniseftirlitsins til þess að áfrýjandi og forverar hans hafi aldarlanga reynslu af fjarskiptarekstri á Íslandi og að áfrýjandi gjörþekki stöðu sína á fjarskiptamörkuðum og megi í því tilviki vísa til fjölda úrlausna í samkeppnismálum sem varði hann. Áfrýjanda hafi því mátt vera fulljóst að Samkeppniseftirlitið horfi til tekna við mat á markaðshlutdeild.

Samkeppniseftirlitið bendir á að staða keppinauta áfrýjanda á fjarskiptamörkuðum sé rækilega skilgreind í hinni kærðu ákvörðun. Eigi það bæði við um markaðshlutdeild aðila á einstaka mörkuðum og stöðu þeirra að öðru leyti. Er þar meðal annars umfjöllun um fjárhagslegan styrk félaganna og stöðu þeirra almennt með hliðsjón af gerð markaðarins. Er það því rangt hjá áfrýjanda

að Samkeppniseftirlitið hafi litið alfarið fram hjá stöðu keppinauta hans á fjarskiptamörkuðum.

Þá fellst Samkeppniseftirlitið ekki á það með áfrýjanda að hafa lagt rangt mat á efnahagslegan styrkleika áfrýjanda og keppinauta hans. Samkeppniseftirlitið telur engan vafa leika á að hlutfallsleg stærð og styrkur Skipta og áfrýjanda hafi veitt félaginu svigrúm til aðgerða gegn Nova á árinu 2009. Þrátt fyrir erfiða skuldastöðu áfrýjanda og Skipta sé fjárhagslegur styrkur félagsins gagnvart keppinautum verulegur og styrki það að áfrýjandi hafi verið í markaðsráðandi stöðu á viðmiðunartímanum.

Þá mótmælir Samkeppniseftirlitið því að ekki hafi verið aðgangshindranir að markaði fyrir fjarskiptaþjónustu á Íslandi eins og fram komi í kæru áfrýjanda. Til að meta mögulegar aðgangshindranir í þessu máli þurfi að horfa heildstætt til árangurs keppinauta áfrýjanda/Skipta frá því að samkeppni hafi verið gefin frjáls á fjarskiptamarkaði á Íslandi. Reynsla nýrra aðila af því að komast inn á fjarskiptamarkað á Íslandi sýni að hún hafi verið erfið sem ekki síst hafi verið vegna aðgangshindrana m.a. vegna mikils tilkostnaðar við uppbyggingu fjarskiptakerfa. Séu þá ótaldar hindranir sem falist hafa í háttsemi aðila sem fyrir hafa verið á markaði m.a. í formi markaðsaðgerða sem ekki hafa byggst á forsendum eðlilegrar samkeppni.

Að mati Samkeppniseftirlitisins fer ekki á milli mála að áfrýjandi hafði markaðsráðandi stöðu á skilgreindum markaði þessa máls þegar umrætt tilboð félagsins var sett á markað í júní 2009.

Samkeppniseftirlitið telur ótvírætt að áfrýjandi hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með undirverðlagningu. Samkeppniseftirlitið bendir á að í hinni kærðu ákvörðun hafi eftirlitið einnig beitt 54. gr. EES-samningsins, sbr. m.a. 2. mgr. 26. gr. samkeppnislaga. Voru drög að hinni kærðu ákvörðun kynnt fyrir Eftirlitsstofnun EFTA (ESA) í samræmi við 11. gr. kafla II. í bókun 4 við samning milli EFTA-ríkjanna um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls og gerði ESA ekki athugasemdir við fyrirhugaða beitingu Samkeppniseftirlitsins á 54. gr. EES-samningsins.

Samkeppniseftirlitið telur að við mat á því hvert tímabilið eigi að vera við mat á afkomu af tilboði áfrýjanda sé eðlilegt að miða við tvöfaldan binditíma tilboðsins. Sé málefnalegt að miða við að umrætt tilboð áfrýjanda hefði skilað jákvæðri framlegð umfram breytilegan kostnað frá því að tilboðið var markaðssett og þar til 12 mánuðir voru liðnir frá að viðskiptavinir hófu að greiða fyrir áskrift. Með þessu móti telur Samkeppniseftirlitið að það hafi með sanngjörnum hætti tekið tillit til aðstæðna og eðli viðskipta á viðkomandi markaði.

Samkeppniseftirlitið hafnar þeirri skoðun áfrýjanda að ekki eigi að taka tillit til kostnaðar af gagnaflutningi þegar afkoma af tilboðinu sé metin og bendir á að tilboð áfrýjanda hafi verið um þjónustu sem eingöngu varði gagnaflutning og ekkert annað. Að mati Samkeppniseftirlitsins bar að taka þennan kostnað með við mat á afkomunni og réttmæti tilboðsins. Fellst Samkeppniseftirlitið ekki á að hafa beitt ómálefnalegum forsendum við mat á afkomu af umræddu tilboði áfrýjanda.

Samkeppniseftirlitið vísar til hinnar kærðu ákvörðunar varðandi rökstuðning fyrir því að tilboð áfrýjanda hafi verið til þess fallið að raska samkeppni. Þá bendir Samkeppniseftirlitið einnig á að lagt hafi verið bann við tilboði áfrýjanda með bráðabirgðaákvörðun og áhrif þess þar með lágmörkuð.

Varðandi kröfu áfrýjanda um að sektin verði felld niður eða lækkuð bendir Samkeppniseftirlitið á að áfrýjandi hafi vitað eða mátt vita að tilboð hans væri ólöglegt. Þá er bent á að áfrýjandi hafi ítrekað brotið gegn samkeppnislögum og því geti ekki komið til álita að fella sekt hans niður. Einnig beri að hafa í huga að inngríp Samkeppniseftirlitsins með ákvörðun til bráðabirgða hafði áhrif á tímalengdina og áhrif háttseminnar. Sú ráðstöfun geti ekki talist áfrýjanda til tekna. Vísast að öðru leyti til hinnar kærðu ákvörðunar um réttmæti þess að leggja sekt á áfrýjanda og um sjónarmið til stuðnings álagðri sekt.

Samkeppniseftirlitið bendir á að í hinni kærðu ákvörðun hafi einnig verið horft til atriða sem horfa til mildunar. Skipti þar ekki síst máli að um var að ræða afmarkað brot á markaði með litla heildarveltu. Þetta hafði þau áhrif að lögð var á sekt sem geti með engu móti talist óeðlilega há. Sé sektin langt innan hins formlega hámarks 37. gr. samkeppnislaga. Sektin sé þannig 0,26% af heildarveltu áfrýjanda á árinu 2010 og 0,69% af veltu hans á farsímamarkaði á sama tíma.

V.

Niðurstaða

1. Meginágreiningsefni

Í málinu er í fyrsta lagi deilt um það hvort og að hvaða marki markaðurinn fyrir 3G gagnaflutning sé tengdur öðrum mörkuðum sem áfrýjandi starfar á; í öðru lagi hvort áfrýjandi hafi markaðsráðandi stöðu ef sú tenging er talin vera fyrir hendi og í þriðja lagi hvort þeirri stöðu hafi verið misbeitt með þeim kjörum sem áfrýjandi bauð á 3G tengingum vorið 2009 þannig að um skaðlega undirverðlagningu sé að ræða í skilningi samkeppnisréttar, nánar tiltekið 11. gr. samkeppnislaga og 54. gr. EES-samningsins. Í fjórða lagi er ágreiningur um álagðar sektir. Áfrýjandi krefst þess að álögð sekt verði felld niður eða lækkuð ef komist verði að þeirri niðurstöðu að hann hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga en Samkeppniseftirlitið krefst þess að sektarákvörðunin verði staðfest.

2. Markaðir málsins og tenging þeirra

2.1.

Samkeppniseftirlitið heldur því fram að líta beri á markað með 3G gagnaflutning og aðra markaði, m.a. ADSL gagnaflutninga og farsímaþjónustu, sem aðgreinda markaði en tengda. Notagildi þjónustunnar væri nokkuð ólíkt og staðganga óveruleg, a.m.k. enn sem komið er. Af þessum sökum þarf ekki að fjalla frekar um það hvort þessir markaðir séu aðgreindir eða ekki. Óumdeilt er að áfrýjandi var ekki markaðsráðandi á 3G gagnaflutningsmarkaðnum þegar atvik þessa máls urðu, ef ekki kæmu til skoðunar aðrir undirmarkaðir í fjarskiptum.

Hins vegar byggði ákvörðun Samkeppniseftirlitsins á því að þessir tveir undirmarkaðir, og jafnvel fleiri markaðir á sviði fjarskipta, væru tengdir. Er það orðað svo í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins að vegna „...tengsla þessara undirmarkaða og markaðsgerðar fjarskiptamarkaða að öðru leyti telur Samkeppniseftirlitið nauðsynlegt að meta stöðu fyrirtækja á þeim mörkuðum þegar taka á afstöðu til markaðsstöðu á skilgreindum markaði ...“

Í hinni kærðu ákvörðun er lagt til grundvallar að við þetta mat þurfi að horfa til 4. gr. samkeppnislaga þar sem kveðið er á um að fyrirtæki sé í markaðsráðandi stöðu þegar það hefur þann „efnahagslega styrkleika að geta hindrað virka samkeppni á þeim markaði sem máli skiptir og það getur að verulegu leyti starfað án þess að taka tillit til keppinauta, viðskiptavina og neytenda.“

Áfrýjandi telur fyrst og fremst að um aðgreinda markaði sé að ræða og beri m.a. að miða markaðshlutdeild og markaðsyfirráð við hina skilgreindu markaði. Hann telur einnig markaði máls þessa ótengda í þessum skilningi og vísar m.a. til 2. mgr. 18. gr. fjarskiptalaga því til stuðnings. Sýna verði fram á að „tenging“ hafi áhrif á þann markað sem er til skoðunar með þeim hætti að yfirburðir á einum markaði þurfi beinlínis að skapa stöðu til að beita þeim á hinum meinta tengda markaði. Áfrýjandi byggir á því að varast beri atvinnugreinaskilgreiningar og að engin sérstök rannsókn hafi farið fram á þeim beinu áhrifum sem séu á milli sterkrar stöðu áfrýjanda á fjarskiptamörkuðum almennt og hins nýja 3G markaðar. Sá markaður sé í raun hrein viðbót sem lúti algjörlega eigin lögmálum og lítil markaðshlutdeild áfrýjanda sýni best að staða á öðrum undirmörkuðum fjarskipta hafi engin áhrif á möguleika fyrirtækja til að hasla sér völl og keppa á þeim markaði.

2.2.

Fjarskiptafyrirtækin bjóða upp á fjölbreytta þjónustu við þá sem nota tölvur og síma með internettengingum til gagnaflutninga og var í hinni kærðu ákvörðun greind staðan á heildarfjarskiptamarkaði og helstu undirmörkuðum. Ljóst er að markaðurinn er í örri þróun og farsímar, fartölvur og spjaldtölvur gegna þar æ stærra hlutverki. Lykilatriði virðist vera tilkoma 3G tækninnar.

Lagt var til grundvallar í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins að sú samstæða sem áfrýjandi er hluti af hafi verið með yfir []% markaðshlutdeild á árunum 2007 og 2008 þegar horft er á heildarfjarskiptamarkaðinn og á undirmörkuðum var hlutdeildin á bilinu [] – []² % á árinu 2008. Þegar horft var til smásölufjarskiptamarkaðarins eingöngu – og tekjur vegna tengingar kerfa og

¹ Trúnaðarupplýsingar

² Trúnaðarupplýsingar

reikibjónustu dregnar frá – breyttust þessi hlutföll lítið, en samkeppnisaðilarnir virðast hafa haft hlutfallslega sterkari stöðu á heildsölumarkaðinum.

2.3.

Í hinni kærðu ákvörðun, og málflutningi hér fyrir nefndinni hefur Samkeppniseftirlitið jafnframt talsvert vísað til innanhúsgagna er aflað var við húsleit hjá áfrýjanda. Í þeim gögnum er að finna upptalningu á styrkleikum félagsins og forskoti umfram keppninauta. Samkeppniseftirlitið hefur byggt á því að þessi gögn hafi þýðingu við mat á hvort fyrirtæki sé í markaðsráðandi stöðu og hefur í því sambandi m.a. vísað til dóms Hæstaréttar Íslands í máli nr. 323/2003, Skífan gegn Samkeppniseftirlitinu.

Að mati áfrýjunarnefndarinnar hafa þau gögn sem vísað er til ekki afgerandi þýðingu við úrlausn málsins og geta vart talist vera annað en yfirlýsingar um mat viðkomandi starfsmanns á markaðslegum styrkleikum áfrýjanda, sem fyrst og fremst virðist hafa verið ætluð öðrum starfsmönnum félagsins. Í áðurnefndum Hæstaréttardómi var um að ræða afdráttarlausu tilgreiningu á markaðshlutdeild á heimasíðu viðkomandi fyrirtækis sem var í samræmi við önnur gögn sem fyrir lágu um þá hlutdeild.

2.4

Þegar metið er hvort fyrirtæki búi yfir nauðsynlegum efnahagslegum styrkleika til að geta hindrað samkeppni á þeim markaði sem máli skiptir og geti að verulegu leyti starfað án þess að taka tillit til keppninauta, viðskiptavina eða neytenda í skilningi 4. gr. samkeppnislega er fyrst og fremst litið til markaðshlutdeildar þess og í annan stað þess skipulags sem ríkir á viðkomandi markaði. Með síðargreindu viðmiðuninni, skipulaginu, er skírskotað til ýmissa ólíkra atriða sem talin eru geta gefið vísbendingu í sömu átt, einkum hvort aðgangur að markaðnum sé auðveldur, hvort viðkomandi fyrirtæki sé almennt öflugt með hliðsjón af fjármagni, tækjum, framboði vöru eða þjónustu og fjölda og styrk keppninauta en fleiri atriði koma þó einnig til skoðunar.

Ákvörðun um hvort fyrirtæki sé í markaðsráðandi stöðu hvílir því á heildarmati þar sem fyrrgreind atriði koma til skoðunar. Við þetta mat skiptir þó markaðshlutdeild meginmáli. Þá er ljóst að tiltekin há markaðshlutdeild eða

styrkleiki að öðru leyti getur því aðeins haft áhrif á stöðu fyrirtækis sem markaðsráðandi að hún hafi staðið í svo langan tíma að fyrirtæki sé kleift að starfa án þess að taka tillit til keppinauta, viðskiptavina og neytenda. Taka ber fram að markaðsstyrkleiki einstakra samkeppnisaðila skiptir einnig máli. Við mat á því hvort markaðsráðandi staða sé til staðar þarf því í þessu máli sem endranær að líta til styrkleika helstu keppinauta, markaðshlutdeildar þeirra og fjárhagslegs bolmagns.

Af fyrirliggjandi greiningu á fjarskiptamarkaðinum og helstu undirmörkuðum á honum má ráða að áfrýjandi og tengdir aðilar eru með mun sterkari markaðsstöðu en keppninautarnir. Á þetta sérstaklega við um fjarskiptamarkaðinn í heild sinni og undirmarkaðina ADSL tengingar og farsímabjónustu. Jafnframt má fallast á þann málflutning Samkeppniseftirlitsins að sá styrkur sem af þessu leiðir og felst m.a. í umfangsmeira sölu- og markaðskerfi, auk viðameira dreifikerfis, styðji enn frekar þá niðurstöðu að áfrýjandi teljist vera í markaðsráðandi stöðu á þeim mörkuðum. Um þetta má nánar og að öðru leyti vísa til þeirrar umfjöllunar sem er að finna á bls. 37-48 í hinni kærðu ákvörðun.

2.5

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála lítur svo á að markaðsráðandi staða fyrirtækis á fjarskiptamarkaði í heild sinni og/eða á undirmörkuðum hans geti leitt til þess að hún nái einnig til annarra undirmarkaða þó að fyrirtækið teldist ekki hafa þar markaðsráðandi stöðu ef þeir væru skoðaðir einir og sér. Skilyrði er þó að áhrifa frá markaðsráðandi stöðu fyrirtækisins teljist gæta þar í talsverðum mæli. Slík niðurstaða samrýmist ákvæði 4. gr. samkeppnislaga og hún styðst auk þess við 2. mgr. 18. gr. fjarskiptalaga nr. 81/2003. Hún hefur einnig stoð í dómaframkvæmd sem hefur þýðingu á hinu Evrópska efnahagssvæði, sbr. einnig úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 5/1999 (Landsími Íslands og Skíma ehf. gegn Samkeppnisráði).

Eins og áður greinir var áfrýjandi hins vegar ekki markaðsráðandi á hinum nýja markaði fyrir 3G gagnaflutning vorið 2009 sé hann skoðaður einn sér. Þess vegna þarf að meta það sjálfstætt hvort markaðsráðandi staða á fjarskiptamarkaðinum almennt og öðrum undirmörkuðum hans leiði til þess að líta beri á áfrýjanda sem

markaðsráðandi aðila á hinum nýja markaði sökum tengsla og áhrifa í skilningi samkeppnisréttar á milli markaða.

Við matið á styrkleika tengslanna skiptir grundvallarmáli að sýnt sé fram á möguleikann til þess að beita þeim markaðsstyrkleika sem fyrir er í talsverðum mæli á annan markað. Áfrýjunarnefndin fellst á það með Samkeppniseftirlitinu að ekki þurfi að sýna fram á að tengslin hafi verið nýtt í hvert og eitt sinn heldur að möguleikinn til þess hafi verið hendi, enda má ráða þá niðurstöðu bæði af orðalagi 4. gr. samkeppnislaga og 2. mgr. 18. gr. fjarskiptalaga.

2.6

Eins og að framan greinir var í hinni kærðu ákvörðun vísað með nokkuð almennum hætti til tengsla á milli markaða og sterkrar stöðu áfrýjanda á sumum þeirra en jafnframt bent á að fjarskiptamarkaðir hefðu sérstöðu sem viðurkennd hefði verið í evrópskum samkeppnisrétti, sbr. 3. mgr. 14. gr. tilskipunar nr. 21/2002 sem lögfest var með 2. mgr. 18. gr. fjarskiptalaga. Væru tengingar á fjarskiptamarkaði oft lóðréttar og láréttar í skilningi samkeppnisréttar og yrði að beita heildstæðu mati. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála er sammála þessu. Hún telur að horfa beri til þeirra beinu og óbeinu áhrifa af þeim mörkuðum þar sem áfrýjandi telst markaðsráðandi, einkum á sviði fastlínukerfis, farsímaþjónustu og fjarskiptamarkaðar í heild sinni, á hinn skilgreinda þjónustumarkað fyrir G3 gagnaflutninga. Einnig ber að hafa í huga hinn almenna efnahagslega styrkleika sem áfrýjandi býr yfir.

Að mati áfrýjunarnefndarinnar skipta eftirfarandi atriði máli þegar fyrrgreind atriði eru metin:

a) Áfrýjandi hefur yfir mun öflugra fjarskiptaneti að ráða en samkeppnisaðilarnir á grundvelli samninga sinna við Mílu og þar skipta jafnframt máli tengsl áfrýjanda og Mílu. Rétt er þó að ákveðnar kvaðir hvíla á Mílu varðandi aðgang samkeppnisaðila að fjarskiptanetinu (grunnkerfinu) sem dregur úr áhrifum þessa þáttar.

b) Öflugt sölu- og markaðskerfi sem leiðir af ráðandi stöðu áfrýjanda á öðrum mörkuðum skiptir máli. Ákveðið forskot felst í því að geta boðið sömu viðskiptamönnum fjölbreyttari þjónustu og nýtt sér sterkara kerfi til að hasla sér

völl á nýjum undirmarkaði í fjarskiptum. Öflugri markaðshlutdeild áfrýjanda á landsbyggðinni skiptir hér einnig máli. Breiðara vöruframboð er almennt séð styrkur á nýjum viðbótarmarkaði. Jafnframt má gera ráð fyrir því að öflun tækniþekkingar og markaðssetning verði öflugri hjá þeim samkeppnisaðilum sem sterkari eru á tengdum mörkuðum.

c) Samanburður á fjárhagslegum styrkleika samkeppnisaðila á fjarskiptamarkaði virðist sýna að enginn þeirra hefur yfirburðastöðu. Öll félögin eru mikið skuldsett og rekstrarafkoma þeirra ófullnægjandi ef tekið er mið af viðurkenndum hlutföllum á milli skulda og framlegðar af rekstri. Yfirburðastærð áfrýjanda miðað við veltu og efnahag gerir hann þó mun hæfari til að mæta áföllum en samkeppnisaðilarnir.

d) Yfirburðir áfrýjanda á undirmörkuðum fjarskiptamarkaðar, einkum á sviði fastlínukerfis og farsímaþjónustu, gera það sérstaklega brýnt að koma í veg fyrir að áfrýjandi beiti sterkri stöðu sinni þar til að skapa samsvarandi stöðu á nýjum og tengdum mörkuðum fjarskipta sem eru í þróun. Að öðrum kosti er hætt við að samkeppni á slíkum mörkuðum fái ekki að þróast eðlilega. Meta verður hvert tilvik fyrir sig og jafnframt hvort háttsemin sjálf sem til skoðunar er veiti líkindi fyrir því að markaðsráðandi staða hafi gert hana mögulega.

2.7.

Þegar horft er á þau atriði í heild sinni sem nánar er gerð grein fyrir hér að framan verður að fallast á það með Samkeppniseftirlitinu að fjarskiptamarkaðirnir teljist í þessu máli vera tengdir markaðir í skilningi samkeppnisréttar en ekki aðskildir.

3. Markaðsráðandi staða.

3.1.

Viðurkennt er í samkeppnisrétti að teljist markaðir á annað borð tengdir með þeim hætti sem fjallað er um í kafla 2. hér að framan geti markaðsráðandi staða á einum markaði (eða yfirmarkaði) leitt til samsvarandi kvaða og skyldna á öðrum

tengdum markaði eins og viðkomandi fyrirtæki hefði þar markaðsráðandi stöðu. Sem áður segir samrýmist þessi niðurstaða orðum 4. gr. samkeppnislaga og 2. mgr. 18. gr. fjarskiptalaga sem samkvæmt lögskýringargögnum byggir á leiðbeiningum framkvæmdastjórnar ESB frá 11. júlí 2002.

3.2.

Áfrýjandi er í markaðsráðandi stöðu á fjarskiptamarkaði sem heild og á þýðingarmiklum undirmörkuðum miðað við þau gögn sem lögð hafa verið fram og fyrr er lýst. Áfrýjunarnefndin hefur í máli nr. 5/1999 byggt á því að þegar um nýjan undirmarkað sé að ræða skuli litið til sterkrar stöðu á öðrum tengdum mörkuðum. Í því máli var fallist á að gera þyrfti kröfur til áfrýjanda sem markaðsráðandi aðila á hinum nýja markaði þótt hlutdeild á honum væri einungis um 37%.

3.3.

Eins og áður greinir hefur áfrýjunarnefndin fallist á að markaður fyrir gagnaflutningsþjónustu með 3G netlykli sé tengdur farsímamarkaði, ADSL-markaði og í raun öðrum fjarskiptamörkuðum. Aðstæður og skipulag á fjarskiptamarkaði styrkja jafnframt þá niðurstöðu að líta verði á áfrýjanda sem markaðsráðandi aðila á þeim nýja markaði sem hér er til skoðunar. Telur því áfrýjunarnefndin að líta verði á áfrýjanda sem markaðsráðandi aðila á 3G gagnaflutningamarkaðnum. Það þýðir að gera verður þær kröfur til hans sem af þeirri stöðu leiðir. Það er hins vegar ekki útilokað að ný þjónusta eða vöruframboð á sviði fjarskiptamarkaðar geti komið til síðar sem teldist ótengd þeim fjarskiptamörkuðum sem fyrir eru.

4. *Um misbeitingu markaðsráðandi stöðu.*

4.1.

Samkeppniseftirlitið byggir á því að markaðsráðandi staða hafi verið misnotuð með skaðlegri undirverðlagningu og þar með hafi verið brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga. Íslenskir dómstólar og samkeppnisyfirvöld hafa byggt á því að sé

vara eða þjónusta seld undir breytilegum kostnaði sé um undirverðlagningu að ræða í þessum skilningi, sbr. t.d. dóm Hæstaréttar í máli nr. 188/2010. Undirverðlagning getur haft þær afleiðingar að veikari samkeppnisaðilar sjá ekki ástæðu til að taka þátt í samkeppni. Þar fyrir utan er ljóst að hvati að því að leggja til atlögu við markaðsráðandi aðila verður til muna minni ef þeim er frjálst að bregðast við samkeppni með því að verðleggja vöru sína undir kostnaðarverði. Loks getur afleiðing undirverðlagningar orðið sú að samkeppnisaðilar hverfi af markaði sem getur orðið til tjóns fyrir neytendur sé litið til lengri tíma.

4.2.

Málsaðilar deila bæði um það a) hvaða kostnaður teljist vera breytilegur (en ekki fastur) svo og b) hversu langt tímabil eigi að leggja til grundvallar við mat á því hvort tekjur hafi dugað fyrir breytilegum kostnaði.

Í ákvörðun sinni lagði Samkeppniseftirlitið til grundvallar að taka þyrfti tillit til kostnaðar af gagnaflutningi þegar afkoma af tilboði áfrýjanda var metin. Var m.a. bent á að stöðugleiki og gæði þjónustunnar réðust af fjölda virkra notenda. Því væri samhengi á milli fjölda notenda annars vegar og hins vegar stöðugleika og gæða þjónustu flutningskerfisins sjálfs. Áfrýjandi byggði aftur á móti á því að kostnaður við gagnaflutning væri óháður fjölda notenda og því „fastur“ í skilningi samkeppnisréttar. Rétt væri að taka einungis mið af kostnaði við 3G lyklana en óumdeilt er að kostnaður við þá – miðað við viðskiptaáætlun áfrýjanda hefði numið röskum 19 milljónum króna.

Að mati áfrýjunarnefndarinnar er það fyllilega málefnalegt að taka tillit til kostnaðar við gagnaflutning þegar afkoma tilboðsins er reiknuð út. Slíkur kostnaður tengist notkun og dreifingu 3G lyklanna og verður að telja rétt að deila kostnaði af gagnaflutningi niður á fjölda þeirra notenda sem til staðar eru líkt og Samkeppniseftirlitið hefur gert.

Að því er varðar hæfilegt tímabil til útreiknings á afkomu tilboðsins ber að líta til þess að lágmarksbinditími viðskiptavina var sex mánuðir; þrír mánuðir frír og þrír sem greitt var fyrir. Eftir þann tíma voru engar kvaðir á viðskiptavinunum. Óumdeilt er að í upphaflegri viðskiptaáætlun áfrýjanda var gert ráð fyrir því að hver viðskiptamaður yrði að meðaltali 10 mánuði í viðskiptum. Var það byggt á

reynslutölum er sýndu 9,7 mánaða meðal „tryggð“ viðskiptavinar á þessum markaði. Samkeppniseftirlitið gekk þó skör lengra og notaðist við 12 mánaða tímabil við útreikning á tilboðinu og afkomu þess. Það byggði m.ö.o. á áætlunum áfrýjanda sjálfs á þeim tíma er tilboðið var hannað og metið fjárhagslega á vegum áfrýjanda. Á 12 mánaða tímabili hefði rekstrarafkoman orðið neikvæð samkvæmt þessum ályktunum Samkeppniseftirlitsins.

Að mati áfrýjunarnefndarinnar verður ekki fallist á að taka hefði átt lengra tímabil til skoðunar. Um rökstuðning fyrir þeirri niðurstöðu þykir mega vísa til kafla 5.3. í hinni áfrýjuðu ákvörðun. Raunar virðist Samkeppniseftirlitið hafa látið áfrýjanda njóta vafans ef eitthvað er og miðað þannig við 1 ár í stað 10 mánaða. Skaðleg undirverðlagning hefur að jafnaði að markmiði að hún borgi sig að lokum. Þess vegna þarf að horfa einangrað á markaðsaðgerðina sjálfa og þann tíma sem ætla má að hennar gæti. Mótsögn felst í því að ætla framtíðartekjum að bæta þann kostnað sem hlýst af undirboðum, eftir atvikum eftir að samkeppnisaðilar hafa dregið sig í hlé.

Áfrýjunarnefndin telur samkvæmt framansögðu ekkert tilefni til að hnekkja þeirri niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins að áfrýjandi hafi misbeitt markaðsráðandi stöðu sinni með umræddu tilboði vorið 2009. Hefur því verið brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga. Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins er jafnframt sérstaklega byggt á því að brotið hafi verið gegn 54. gr. EES-samningsins sem jafnframt fjallar um misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Af hálfu áfrýjanda hefur þeirri tilvísun ekki verið sérstaklega mótmælt og með vísan til rökstuðnings Samkeppniseftirlitsins í hinni kærðu ákvörðun, og þess að um fjarskiptamarkað er að ræða, má fallast á að háttsemin feli jafnframt í sér brot gegn 54. gr. EES-samningsins, sbr. 2. mgr. 26. gr. samkeppnislaga.

5. *Ákvörðun viðurlaga.*

5.1.

Í 37. gr. samkeppnislaga segir að Samkeppniseftirlitið leggi stjórnvaldssektir á fyrirtæki sem brjóti m.a. gegn 11. gr. samkeppnislaga og 54. gr. EES-samningsins

nema brotið teljist óverulegt eða af öðrum ástæðum sé ekki talin þörf á slíkum sektum til að stuðla að og efla virka samkeppni.

Tilgangur 1. mgr. 37. gr. er sá að varnaðaráhrif sekta stuðli að framkvæmd samkeppnislaga og þar með að aukinni samkeppni. Í 37. gr. samkeppnislaga kemur m.a. fram að sektir geti numið allt að 10% af veltu síðasta almanaksárs hjá því fyrirtæki eða samtökum fyrirtækja sem aðild eiga að samkeppnishömlunum. Við ákvörðun sekta ber að hafa hliðsjón af eðli og umfangi samkeppnishamla og hvað þær hafa staðið lengi. Einnig skal horfa til þess hvort um ítrekað brot sé að ræða.

Ekki er hér um að ræða tæmandi talningu á þeim atriðum sem horfa má til við álagningu sekta heldur er einnig heimilt að líta til fleiri atriða svo sem til stærðar fyrirtækja sem teljast brotleg, huglægrar afstöðu stjórnenda og hagnaðarsjónarmiða. Eins og lögskýringargögn bera með sér er einnig eðlilegt að túlka ákvæðið með hliðsjón af EES/ESB-samkeppnisrétti.

5.2.

Áfrýjandi telur að jafnvel þótt komist verði að þeirri niðurstöðu að hann hafi misnotað markaðsráðandi stöðu og brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga eigi að fella niður ákvörðun um sekt eða lækka sektarfjárhæðina verulega. Rökstyður áfrýjandi þetta með því að engar skaðlegar afleiðingar hafi orðið af aðgerðum hans; hér sé um sérstakar aðstæður að ræða og auk þess samrýmist sektarákvörðun vart ákvæðum Mannréttindasáttmála Evrópu um skýrleika refsheimilda. Þessu mótmælir Samkeppniseftirlitið.

5.3.

Í hinni kærðu ákvörðun er ítarlega rakið á hvaða sjónarmiðum var byggt við ákvörðun viðurlaga og þau studd við réttarheimildir, dóma og fyrri úrlausnir samkeppnisyfirvalda.

Í úrskurðinum hefur verið komist að þeirri niðurstöðu að áfrýjandi hafi misnotað markaðsráðandi aðstöðu sína og brotið gegn skyldum sínum sem áfrýjandi á að þekkja.

Áfrýjunarnefndin telur að ekki skipti öllu máli hvort skaðleg áhrif hafi sannanlega orðið í hvert og eitt sinn þegar markaðsráðandi staða er misnotuð. Þótt tilboðið hafi staðið í skamman tíma ber að gæta þess að því var ætlað að standa lengur og hefði gert það ef ekki hefði komið til kvartana samkeppnisaðila og aðgerða Samkeppniseftirlitsins.

Brotið getur ekki talist léttvægt þegar litið er til stöðunnar á fjarskiptamarkaði almennt. Um var að ræða nýjan markað í þróun þar sem möguleiki var fyrir samkeppnisaðila að hasla sér völl og efla þannig almennt samkeppni á fjarskiptamarkaði. Áfrýjandi greip til þess að bjóða þjónustu sína ókeypis og vandséð er að keppninautarnir hefðu getað staðist slíkar aðgerðir, hefðu þær fengið að standa óátaldar og eftir atvikum verið endurteknar. Þá verður að hafa í huga að áfrýjandi hefur áður brotið gegn ákvæðum samkeppnislaga. Ekki er fallist á að lagagrundvöllur sé óskýr, sbr. m.a. áðurnefndan úrskurð áfrýjunarnefndarinnar í máli nr. 5/1999, þannig að af þeim sökum væri ástæða til lækkunar sektarfjárhæðar. Með hliðsjón af þessu og öðru því sem fram kemur í forsendum ákvörðunar Samkeppniseftirlitisins um ákvörðun sektarfjárhæðar verður því ákvörðun hennar talin hófleg og ekki við henni hróflað í þessum úrskurði.

6. *Um formsatriði*

Áfrýjandi hefur krafist þess að hin áfrýjaða ákvörðun verði ógilt vegna brota á formreglum og ágalla á málsmeðferð. Telur hann í fyrsta lagi að í bráðabirgðaákvörðun Samkeppniseftirlitsins í fyrirliggjandi máli nr. 2/2009 felist fyrirfram ákveðin afstaða þess til niðurstöðu málsins. Því hafi starfsmenn eftirlitsins verið vanhæfir til að taka lokaákvörðun í málinu og að í þessu felist jafnframt brot á andmælarétti og rannsóknarreglu stjórnsýslulaga.

Þegar umrædd bráðabirgðarákvörðun var tekin var það metið hvort skilyrði 3. mgr. 16. gr. samkeppnislaga væru fyrir hendi, þ.e. hvort sennilegt væri að sú háttsemi sem til athugunar var eða ákvarðanir á grundvelli þeirra fælu í sér brot á samkeppnislögum og hvort málið þyldi ekki bið. Tilgangur ákvæðisins er fyrst og fremst sá að afstýra röskun á samkeppni eins fljótt og verða má og styðst það við reglur Evrópuréttar. Umrædd ákvörðun fól hins vegar ekki í sér neina endanlega efnislega afstöðu til þess ágreiningsefnis sem hér er til meðferðar. Því telur

áfrýjunarnefndin að umrædd ákvörðun leiði ekki til vanhæfis til að taka endanlega ákvörðun í máli þessu.

Áfrýjandi heldur því í öðru lagi fram að gögn, sem aflað var við húsleit hjá áfrýjanda þann 21. apríl 2010 með úrskurði Héraðsdóms í máli nr. R- 187/2010, verði ekki notuð í þessu máli þar sem málin séu óskyld.

Hér á landi gildir reglan um frjálst mat sönnunargagna. Verður sönnunargögnum því almennt ekki hafnað fyrirfram en við endanlega ákvörðun kemur hins vegar til álita hvort og að hvaða marki sönnunargögn verði notuð. Það á einnig við um svonefnd ólögmat sönnunargögn.

Af framangreindu leiðir að mál þetta verður ekki ómerkt af formástæðum.

Úrskurðarorð.

Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins í máli nr. 30/2011 frá 16. september 2011 er staðfest.

Reykjavík, 12. janúar 2012

Jóhannes Karl Sveinsson, formaður

Anna Kristín Traustadóttir

Stefán Már Stefánsson

Rétt endurrit staðfestir: