

D Ó M U R

Héraðsdóms Reykjavíkur 27. janúar 2012 í máli nr. E-6395/2010:

Síminn hf.

(Halldór Brynjar Halldórsson hdl.)

gegn

Samkeppniseftirlitinu

(Gizur Bergsteinsson hdl.)

I.

Mál þetta, sem var dómtekið 8. desember 2011, er höfðað 20. október 2010 af Símanum hf., Ármúla 25 í Reykjavík, gegn Samkeppniseftirlitinu, Borgartúni 26 í Reykjavík.

Dómkröfur stefnanda eru aðallega þær að felldur verði úr gildi úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála frá 28. apríl 2010 í máli nr. 2/2010, Síminn hf. gegn Samkeppniseftirlitinu, svo og ákvörðun stefnda nr. 41/2009, dags. 18. desember 2009. Til vara krefst stefnandi þess að ákvæði áður nefnds úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 2/2010, um að stefnandi skuli greiða stjórnvaldssekt að fjárhæð 50.000.000 króna, verði fellt úr gildi að öllu leyti eða sektarfjárhæðin lækkuð verulega, svo og ákvæði ákvörðunar stefnda í ákvörðun nr. 41/2009 um sektir. Í báðum tilvikum er þess krafist að stefndi greiði stefnanda málskostnað að skaðlausu að mati dómsins eða samkvæmt málskostnaðarreikningi.

Stefndi krefst þess að hann verði sýknaður af kröfum stefnanda og að stefnanda verði gert að greiða honum málskostnað.

II.

Málavextir

Árið 2004 keypti stefnandi, sem þá hét Landsími Íslands hf., Íslenska sjónvarpsfélagið hf., sem rak og rekur enn sjónvarpsstöðina Skjá Einn. Samruninn var tilkynntur Samkeppnisstofnun í samræmi við 3. mgr. 18. gr. þágildandi samkeppnislaga nr. 8/1993. Stofnunin tilkynnti aðilum með bréfi 14. desember 2004 að hún teldi ástæðu til frekari athugunar á áhrifum samrunans. Hinn 11. mars 2005 var undirrituð sátt milli samkeppnisráðs annars vegar og stefnanda og Íslenska sjónvarpsfélagsins hf. hins vegar þess efnis að félögin myndu hlíta nánar

tilgreindum skilyrðum í 16 töluliðum fyrir samruna þeirra. Í sáttinni var enn fremur vísað til ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 10/2005 sem er dagsett sama dag. Þessi skilyrði miðuðu að því að félögin yrðu rekin sem aðskildir aðilar og var ætlað að eyða þeim neikvæðu áhrifum sem samruninn gæti haft á samkeppni á íslenskum fjarskipta- og sjónvarpsmarkaði. Í 5. tölulið sáttarinnar, sem er samhljóða sama tölulið í ákvörðunarorðum ákvörðunar samkeppnisráðs, segir orðrétt eftirfarandi:

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

Í 7. tölulið sáttarinnar og ákvörðunarorðum samkeppnisráðs sagði enn fremur.

„Landsími Íslands hf. skal veita öðrum en Íslenska sjónvarpsfélaginu hf. aðgang að dreifikerfum sínum fyrir sjónvarp og útvarp. Í þeim tilgangi skal Landsími 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 Landsíma Íslands hf. við Íslenska sjónvarpsfélagið hf. og í viðskiptum Landssíma Íslands hf. við aðra aðila.“

Af fyrirliggjandi gögnum verður ráðið að fyrirtækið TSC ehf., sem er fjarskiptafyrirtæki sem hefur byggt upp sitt eigið xDSL-dreifikerfi á Snæfellsnesi og býður þar viðskiptavinum sínum upp á bandbreiðar nettengingar, bæði VDSL- og ADSL-tengingar, óskaði eftir því með tölvuskeyti 7. október 2005 að fá að dreifa „Enska boltanum“, sem Skjár Einn hafði þá rétt til sýningar á, „með sambærilegum hætti og Síminn“, eins og segir í skeytinu. Þessu erindi var svarað sama dag þar sem fram kemur að Íslenska sjónvarpsfélagið hf. sé reiðubúið að „afhenda TSC ehf. sjónvarpsmerki Enska boltans í Múlastöð til tæknilegra prófana“. Sett voru ákveðin skilyrði fyrir tímasetningu slíkra prófana og þess óskað að tilraunin yrði eingöngu gerð með myndlyklum félagsins og að ekki yrði farið út í tilraunir með aðra lykla. Þá var áréttað í svari félagsins að það gæti ekki heimilað „neinar tilraunir með dreifingu á stjórnvarpsefni enska boltans í PC-tölvur“. Kemur þar fram að fyrri krafa um að „tafarlaust verði hætt slíkri dreifingu á Skjá einum“ sé ítrekuð. Að lokum sagði í svarinu að gengið yrði til samninga við TSC ehf. á viðskiptalegum forsendum að loknum tæknilegum prófunum „ef kerfisuppsetning TSC stenst kröfur erlendra birgja“. Hinn 1. nóvember 2005 sendi TSC ehf. stefnanda tölvuskeyti þar sem óskað var eftir „hýsingu“ á skáp af tiltekinni stærð í Múlastöð. Beiðninni var svarað efnislega með tölvuskeyti 4. sama mánaðar þar sem fram kom að ekkert væri „laust í hýsingu á Múlastöð núna“.

Gögn málsins bera með sér að TSC ehf. hafi haustið 2006 leitað að nýju eftir því að fá sjónvarpsmerki Skjás eins afhent frá Íslenska sjónvarpsfélaginu hf. Hinn 22. september 2006 sendi félagið stefnanda tölvuskeyti þar sem tekið var fram að það hefði óskað eftir því við Íslenska sjónvarpsfélagið hf. að fá afhent merkið til

endurvarps í símsstöðvum í Grundarfirði, Stykkishólmi, Ólafsvík og á Hellissandi, en fengið þau svör að allir fengju það afhent í Múlastöð í Reykjavík. Því beindi TSC ehf. þeirri fyrirspurn að stefnda hvort félagið gæti fengið aðgang að merkinu í fyrrgreindum símsstöðvum þar sem stefndi væri þegar búinn að dreifa þessu efni til þeirra. Því var svarað með tölvuskeyti 3. október 2006 að það væri ekki hægt því samkvæmt úrskurði frá Póst- og fjarskiptastofnun þá væri merki stöðvarinnar eingöngu afhent frá Múlastöð. Af hálfu TSC ehf. var þá bent á það í tölvuskeyti sama dag að þegar væri búið að senda merki Skjás eins vestur á Snæfellsnes og óþarfi væri að senda sömu gögnin tvisvar um kerfið. Því var spurt hvað það kostaði að fá merkin afhent frá stefnanda í símsstöðvunum í Grundarfirði, Ólafsvík, Stykkishólmi og á Hellissandi. Í tölvuskeyti 4. sama mánaðar, sem virðist vera svar stefnanda við fyrirspurninni, voru tilgreindar verðupplýsingar samkvæmt verðskrá fyrir, að því er virðist, flutning merkisins frá Múlastöð til Ólafsvíkur, þaðan til Grundarfjarðar og síðan til Stykkishólms.

Með tölvuskeyti 6. október 2006 óskaði TSC ehf. eftir svonefndri samhýsingu á Múlastöð. Af hálfu stefnda var erindinu svarað sama dag, þar sem því var beint til félagsins að fylla út umsókn á vef fyrirtækisins. TSC ehf. sendi stefnanda ítrekun 17. október sama ár og leitaði upplýsinga um viðbrögð við umsókninni. Með tölvuskeyti 24. október sama ár tjáði stefnandi að umsóknin hefði ekki borist og var óskað eftir því að hún yrði send að nýju. Af hálfu TSC ehf. var brugðist við með því að beina því til stefnanda að handskrá beiðnina. Með tölvuskeyti 27. október sama ár var af hálfu stefnanda tilkynnt að „pöntunarformið“ væri komið í lag og var óskað eftir því að TSC ehf. sendi beiðnina að nýju. Virðist TSC ehf. hafa gert það en hafði ekki fengið viðbrögð við erindinu 22. nóvember sama ár. Þann dag leitaði TSC ehf. til Póst- og fjarskiptastofnunar þar sem óskað var eftir íhlutun stofnunarinnar. Hún svaraði erindi TSC ehf. með bréfi 8. febrúar 2008 og upplýsti að í ljósi þeirra upplýsinga sem borist höfðu stofnuninni frá stefnda hygðist hún ekki aðhafast frekar í málinu að svo stöddu. Meðfylgjandi var bréf stefnanda, dags. 5. febrúar 2007, þar sem frem kemur að vegna byrjunarörðugleika við gangsetningu nýs vefviðmóts hefði orðið dráttur á afgreiðslu umsóknar TSC ehf. um hýsingu í Múlastöð. Þeir örðugleikar væru nú að baki og hefði umsókn félagsins verið samþykkt 8. nóvember 2006 og félaginu úthlutað ákveðnu plássi á Múlastöð. Þá lögju „fyrir drög að hýsingarsamningi fyrir TSC ehf. í Múlastöð“. Vegna „flutnings verkefna milli starfsmanna innan Heildsölu“ hefði hins vegar „misfarist að tilkynna TSC ehf. um þessa stöðu málsins.“ Enn fremur var upplýst af hálfu stefnanda að Skjár Einn væri réttthafi umrædds sjónvarpsefnis og gerði ákveðnar kröfur til tæknibúnaðar þeirra fjarskiptafyrirtækja sem dreifa efni þess. Kom þar fram að ef pöntun bærisk væri af hálfu Símans hf. „ekkert því til fyrirstöðu að flytja sjónvarpsmerkið frá afhendingarstað Skjásins í Múlastöð til TSC ehf. á Snæfellsnesi, að því gefnu að samþykki rétthafa efnisins“ lægi fyrir.

TSC ehf. mun í kjölfarið hafa leitað upplýsinga um kostnað við flutning á sjónvarpsmerki Skjás eins frá Múlastöð til símsstöðva á Snæfellsnesi. Félaginu barst svar frá Mílu hf., sem stofnað hafði verið í mars 2007 af móðurfélagi stefnanda um rekstur á flutningsneti þess. Með svarinu fylgdi verðtilboð og kom þar fram að það væri reist á gjaldskrá Mílu hf. Af gögnum málsins, og því sem fram kom við skýrslutökur í málinu, má ráða að fyrirsvarsmaður TSC ehf. hafi talið verðtilboðið ósanngjarnt og of hátt til að félagið gæti hrint áformum sínum um að dreifa sjónvarpsmerki Skjás eins með nettengingum sínum í framkvæmd.

Hinn 9. maí 2007 sendi TSC ehf. kvörtun til stefnda í tilefni af háttsemi stefnanda við sölu bandbreiðra nettenginga til íbúa á Snæfellsnesi og fyrrgreindum samskiptum félagsins við stefnanda. Taldi félagið að eftir samruna stefnanda og Íslenska sjónvarpsfélagsins hf. hefði það orðið fyrir miklu fjárhagslegu tjóni, þar sem stefnandi hefði tvinnað saman þjónustu Skjás eins og viðskipti sín með nettengingar. Nánar tiltekið fengju þeir íbúar Snæfellsness, sem hefðu nettengingu hjá stefnanda, aðgang að sjónvarpi Skjás eins án kostnaðar meðan TSC ehf. gæti ekki boðið upp á þá þjónustu. Fram kom í erindinu að á Snæfellsnesi væri Skjár Einn aðeins sýndur á þessu kerfi stefnanda. Þar hefðu neytendur því ekki aðra möguleika til að nálgast útsendingar Skjás eins. Þá hefði stefnandi beitt félagið viðskiptahindrunum með fyrrgreindum samskiptum.

Stefndi gaf stefnanda færi á að gera athugasemdir við kvörtun TSC ehf. með bréfi 15. maí 2007. Stefnandi skilaði athugasemdum sínum með bréfi 6. júní sama ár. Með bréfi 23. desember 2008 var stefnanda sent svonefnt andmælaskjal vegna athugunar stefnda á magnafsláttum stefnanda á internetmarkaði. Eins og greint er frá í bréfinu var í andmælaskjalinu einnig fjallað um afstöðu stefnda til kvörtunar TSC ehf. Áréttað var að skjalið væri tekið saman til að auðvelda stefnanda að nýta sér andmælarétt sinn. Það fæli því ekki í sér bindandi stjórnvaldsákvörðun, sbr. 2. mgr. 17. gr. reglna nr. 880/2005 um málsmeðferð hjá stefnda.

Í skjali þessu kemur fram að óumdeilt sé að stefnandi hafi tvinnað saman ADSL-tengingar og sjónvarpsefni Íslenska sjónvarpsfélagsins. Væri það skoðun stefnda að með því að bjóða Skjá Einn frítt með, og bjóða hvort tveggja saman undir einu heildarverði með netþjónustu stefnda væri stefnandi mögulega að ganga gegn 5. tölulið í ákvörðunarorðum ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 10/2005. Það væri frummat stefnda að stefnandi hefði með þessu farið gegn ákvörðuninni. Þá var því haldið fram í andmælaskjalinu að TSC ehf. hefði staðið frammi fyrir verulegum aðgangshindrunum í viðleitni sinni til að nálgast sjónvarpsmerki Skjás eins fyrir sína viðskiptavinum. Að mati stefnda lægju engin málefnaleg rök fyrir þeim drætti sem orðið hefði á því að svara TSC ehf. og bregðast við umsókn félagsins og hefði stefnandi ekki gefið neinar haldbærar skýringar á þessum drætti. Því taldi stefndi að stefnandi hefði að öllum líkindum einnig brotið gegn 7. tölulið ákvörðunar samkeppnisráðs. Þá virtist stefnda sem stefnandi hefði brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með aðgangshindrunum gegn TSC ehf. við afgreiðslu á beiðni félagsins um hýsingu í Múlastöð til að taka á móti efni Íslenska sjónvarpsfélagsins hf. Í andmælaskjalinu var síðan gerð grein fyrir fyrrgreindu tilboði Mílu ehf. og tekið fram að ekki væri unnt að sjá hvernig stefnandi hefði tekið tillit til flutningskostnaðar þegar það hefði boðið eigin viðskiptavinum Skjá Einn og Skjá Einn plús án endurgjalds með ADSL-tengingum þess. Virtist sem stefnandi ívilnaði viðskiptavinum sínum í samkeppni við TSC ehf. á internetþjónustumarkaði á Snæfellsnesi með því að bjóða þeim flutning á sjónvarpsefni Íslenska sjónvarpsfélagsins hf. án endurgjalds með ADSL-tengingum fyrirtækisins sem samtvinnaðar væru internetþjónustu stefnanda undir einu heildarverði. Því næst var vísað til þess í andmælaskjalinu að TSC ehf. hefði „ítrekað reynt að fá verð fyrir flutning á sjónvarpsefni Skjásins hjá Símanum“. Að mati stefnda benti það til þess að gjaldskrá hefði ekki verið sett um aðgang að dreifikerfum stefnanda fyrir sjónvarp og útvarp eins og kveðið væri á um í 7. tölulið ákvörðunarorðanna. Tilboð hefði loks borist frá Mílu hf. eftir að TSC ehf. hafði gengið eftir því með ítrekuðum hætti. Í andmælaskjalinu kom fram að í þessu ljósi væri það frummat stefnda að

stefnandi hefði brotið gegn 7. tölulið í ákvörðunarorði ákvörðunar samkeppnisráðs.

Stefnandi svaraði fyrrgreindu andmælaskjali með ítarlegu bréfi 20. febrúar 2009. Þar er farið nokkrum orðum um hlutverk stefnanda við dreifingu á sjónvarpi í gegnum ADSL-tengingar fyrirtækisins. Taldi hann einsýnt að hann hefði ekki gerst brotlegur við 5. tölulið umræddrar ákvörðunar samkeppnisráðs eða að farið hefði verið gegn 11. gr. samkeppnislaga. Í Sjónvarpi Símans væru allar þær rásir sem sjónvarpsrekstraraðilar hefðu óskað eftir að setja í dreifingu hjá stefnanda. Þar væri bæði um opnar og læstar rásir að ræða eftir óskum rekstraraðila, s.s. rásir Alþingis, Omega, ÍNN, Skjásins og 365, en hjá Sjónvarpi Símans væri ekki gerður neinn greinarmunur á þessum aðilum. Taldi stefnandi ekki málefnalegt að krefjast þess að fyrirtækið útilokaði efni Skjás eins frá Sjónvarpi Símans enda hlyti Skjár Einn að eiga kröfu um að koma efni sínu á framfæri til jafns við aðra á viðkomandi markaði. Þá væri ekki gert að skilyrði að internetþjónusta væri keypt af stefnanda samhliða sjónvarpsþjónustunni. Varðandi ætlað brot á 7. tölulið ákvörðunar samkeppnisráðs taldi stefnandi að rétt væri að leggja þá merkingu í töluliðinn að þeir aðilar, sem hefðu yfir að ráða sjónvarpsefni sem þeir vildu dreifa, hefðu sama aðgang og Íslenska sjónvarpsfélagið hf. að dreifikerfum stefnanda. Um það hefði verið sett gjaldskrá sem væri birt á heimasíðu stefnanda. TSC ehf. hefði ekki haft neinar sjónvarpsrásir til að dreifa. Þá hafi verið óvíst að félagið hefði heimild frá réttshafa til þess að dreifa sjónvarpsmerki. Þess vegna var talið að umfjöllun um ætlað brot stefnanda á 7. tölulið ákvörðunar samkeppnisráðs væri reist á misskilningi. Einnig var því haldið fram í athugasemdum stefnanda að þar sem allt dreifikerfi hans væri skilgreint sem aðgangsnét væri ekki hægt að afhenda sjónvarpsrásir í símsstöðvum til annarra nota en til afkóðunar í myndlyklum notenda. Þá var talið að lýsing á samskiptum TSC ehf. við stefnanda hefði verið einfölduð í andmælaskjalinu og að þar hafi verið horft fram hjá aðalatriðum málsins. Þá var það talið rangt að stefnandi hefði dregið málið á langinn í 15 mánuði.

Stefndi lauk umfjöllun sinni um kvörtun TSC hf. með ákvörðun nr. 41/2009 18. desember 2009. Varðandi ætlað brot stefnanda á 5. tölulið ákvörðunar samkeppnisráðs er í ákvörðun stefnda vísað til verðskrár stefnanda þar sem boðið var upp á fjórar áskriftarleiðir fyrir internetþjónustu með mismunandi hröðum ADSL-tengingum. Þá var í ákvörðuninni vísað til þess að stefnandi hefði látið í veðri vaka að ávinningur netáskriftar hans væri að svonefnt Sjónvarp Símans fylgdi með „gegn 6 mánaða samningi (áður 12 mánaða samningi)“. Þeir viðskiptavinir sem væru með ADSL-tengingu hjá stefnanda fengju „myndlykil að Sjónvarpi Símans á 0 kr.“ og að sjónvarpsrásir Skjás eins fylgdu „m.a. ókeypis með í opinni dagskrá“. Tekið var fram að með ADSL-tengingunum hafi internetþjónusta Símans og „Skjárinn, þ.e. aðgangur að sjónvarpi Íslenska sjónvarpsfélagsins“ verið „innifalinn í verði ef gerður var sex mánaða skuldbindandi samningur (þar áður 12 mánaða skuldbindandi samningur)“. Í ákvörðuninni er nánari grein gerð fyrir áskriftarpökkum „Skjásins sem ADSL notendur“ stefnanda höfðu aðgang að bæði gegn gjaldi og án endurgjalds. Síðan segir orðrétt í ákvörðuninni:

„Síminn tekur fram að fyrirtækið hafi ekki gert það að skilyrði að Internetþjónusta sé keypt samhliða sjónvarpsþjónustunni. Ekki er á því byggt að slíkt formlegt skilyrði hafi verið sett fram heldur telur Samkeppniseftirlitið það óumdeilt í málinu að Síminn tvinnar saman ADSL tengingar m.a. vegna Internetþjónustu og sjónvarpsefni Íslenska sjónvarpsfélagsins. Það var gert með því að láta

sjónvarpsefni Íslenska sjónvarpsfélagsins, flutning þess og dreifingu vera innifalið í einu heildarverði Símans fyrir ADSL tengingar og Internetþjónustu þannig að jafna megi við að gert sé að skilyrði að sjónvarpsþjónusta Símans, þ.m.t. S1, fylgi með í kaupunum. Með því að tvinna saman ADSL tengingar vegna Internetþjónustu og sjónvarpsefni Íslenska sjónvarpsfélagsins, þar sem S1 er boðinn frítt með, og bjóða hvort tveggja saman undir einu heildarverði með Internetþjónustu fyrirtækisins er Síminn að ganga gegn 5. tl. í ákvörðunarorði ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 10/2005.“

Í ákvörðuninni er enn fremur vísað til markmiðs ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 10/2005. Um það atriði sagði eftirfarandi ákvörðun stefnda:

„Markmið með ákvörðun samkeppnisráðs nr. 10/2005 var að gæta að samkeppnislegum áhrifum af samruna Símans og Íslenska sjónvarpsfélagsins vegna þess að í yfirlýsingum Símans vegna samrunans kom fram að fyrirtækið hygðist dreifa sjónvarpsefni Íslenska sjónvarpsfélagsins um ADSL kerfi sitt. Með því taldi samkeppnisráð nauðsynlegt að setja samrunanum skilyrði vegna þess að ljóst var að Síminn myndi, yrði ekkert að gert, auka markaðsstyrk sinn á markaði fyrir bandbreiðar Internettengingar og Internetþjónustu. Síminn getur því ekki túlkað umfjöllun samkeppnisráðs vegna samrunans þannig að fyrirtækinu sé heimilt að ganga gegn þeim skilyrðum sem þar voru sett fyrir samrunanum og fram komu í ákvörðunarorði ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 10/2005. Í ákvörðuninni var m.a. kveðið skýrt á um það í 5. tl. að Símanum væri óheimilt að tvinna saman í sölu þjónustu fyrirtækisins og þjónustu Íslenska sjónvarpsfélagsins. Með hliðsjón af framansögðu var það mat Samkeppniseftirlitsins að Síminn hafi farið gegn ákvörðun samkeppnisráðs nr. 10/2005 með því að tvinna saman ADSL tengingar Símans vegna Internetþjónustu og sjónvarpsefni Íslenska sjónvarpsfélagsins, þ.m.t. S1.“

Í ákvörðun stefnda er því enn fremur haldið fram að þessi samtvinnun hafi skekkst mögulega verðsamkeppni um internetþjónustu, stefnanda í vil, og með því skaðað samkeppni á viðkomandi markaði. Síðan segir orðrétt í ákvörðuninni:

„Að mati Samkeppniseftirlitsins er ljóst að innifalið í verðlagningu Símans fyrir ADSL tengingar er flutningur á þjónustu Íslenska sjónvarpsfélagsins frá Múlastöð til aðskiljanlegra staða á landinu og dreifing hennar til viðskiptavina sem hafa ADSL tengingu hjá Símanum. Það hefur sér í lagi haft skaðleg áhrif á rekstrargrundvöll smærri Internetþjónustuaðila sem eru að byggja upp eigið fjarskiptanet líkt og TSC og hafa ekki sama aðgang að sjónvarpsefni til dreifingar um net sín eins og Síminn býr við.“

Það varð því niðurstaða stefnda að stefnandi hefði brotið gegn 5. tölulið ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 10/2005 með samtvinnun ADSL-tenginga vegna internetþjónustu og sjónvarpsþjónustu sem jafna mætti til þess að láta sjónvarpsefni Íslenska sjónvarpsfélagsins hf., flutning þess og dreifingu fylgja frítt með í verði

ADSL-tenginga stefnanda.

Um ætlað brot stefnanda á 7. tölulið ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 10/2005 tók stefndi fram í ákvörðun sinni að stefnandi hefði í andsvörum sínum látið hjá líða að nefna stofnhluta netsins í umfjöllun sinni um skiptingu flutningsnets fyrir sjónvarpsrásir. Það væri sá hluti flutningsnetsins sem ætlað væri til flutnings á útvarpsmerki frá mötunarneti og að aðgangsneti sem tengdist endanotendum. Þá kemur fram í ákvörðuninni að dreifikerfi útvarpsmerkis, þ.m.t. sjónvarpsrása, skiptist því í framleiðslunet, mötunarnet, stofnhluta netsins og aðgangsnét. Í þessu máli væri fjallað um tvo hluta þessa dreifikerfis, þ.e. stofnhluta netsins og aðgangsnét. Því næst segir orðrétt í ákvörðun stefnda:

„Samkeppniseftirlitið telur að þar sem Síminn liti á allt dreifikerfi fyrirtækisins fyrir sjónvarpsrásir sem aðgangsnét frá Múlastöð í Reykjavík til endanotanda hvar sem er á landinu hafi það í för með sér aðgangshindrun og skýri þá sölusynjun sem TSC hefur orðið fyrir í viðskiptum sínum við Símann um dreifingu sjónvarpsefnis Íslenska sjónvarpsfélagsins vestur á Snæfellsnes.“

Því næst er í ákvörðun stefnda vísað til markmiðs ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 10/2005, þar sem athygli var meðal annars vakin á því að þegar markaðsráðandi fjarskiptafyrirtæki tryggði sér aðgang að efni til dreifingar gæti staða nýrra og minni aðila á fjarskiptamarkaði versnað, enda væri aðgengi þeirra að efni til dreifingar um net sín ekki það sama og hins markaðsráðandi fyrirtækis. Keppinautar á fjarskiptamarkaði ættu þannig á hættu að geta ekki boðið viðskiptavinum sínum sömu eða svipaða þjónustu og hið markaðsráðandi fyrirtæki og myndu því hrökklast af markaði. Þá ættu nýir aðilar enn erfiðara með að komast inn á markaðinn þar sem aðgangur þeirra að sjónvarpsefni gæti verið takmarkaður. Stefndi lagði út af þessu í ákvörðun sinni og taldi þessi ummæli til marks um að hagsmunir annarra mögulegra dreifingaraðila sjónvarps- og útvarpsefnis hefðu verið hafðir í huga við töku ákvörðunar samkeppnisráðs. Stefndi áréttaði síðan að þrátt fyrir þetta hefði stefnandi tvinnnað saman efni Íslenska sjónvarpsfélagsins við ADSL-tengingar þess og með því farið gegn 5. tölulið ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 10/2005. Það hafi gert t.d. TSC ehf. „mjög erfitt fyrir og takmarkað verulega möguleika félagsins að keppa við Símann um Internetþjónustu“. Síðan segir í ákvörðun stefnda að í þessu ljósi þurfi „einnig að meta hvort að Síminn hafi beitt TSC aðgangshindrunum og komið í veg fyrir aðgang TSC að dreifikerfi félagsins og brotið með því gegn“ 7. tölulið ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 10/2005. Samskipti stefnanda og TSC ehf. „vegna beiðni síðarnefnda félagsins um aðgang að dreifikerfi Símans“ eru síðan rakin frá því þau hófust með erindi félagsins til Íslenska sjónvarpsfélagsins hf. um leyfi til að dreifa „Enska boltanum“ um fjarskiptakerfi sitt í október 2005, þar til upplýst var í febrúar 2007 að félagið hefði fengið úthlutað plássi „í hýsingu í Múlastöð“. Síðan segir orðrétt í ákvörðun stefnda:

„Eins og fram hefur komið þá rekur TSC eigið fjarskiptanet í samkeppni við Símann og veitir viðskiptavinum sínum Internetþjónustu. Áður en samruni Símans og Íslenska sjónvarpsfélagsins kom til var TSC að dreifa efni stöðvarinnar S1 og var það viðbót við aðalstarfsemi félagsins sem felst í því að selja bandbreiðar tengingar og Internetþjónustu á Snæfellsnesi. Eftir samrunann hefur TSC

þrúfaldlega óskað eftir að halda áfram að dreifa efni SI til að geta verið í samkeppni við Símann um sölu á ADSL tengingum og Internetþjónustu en ekki fengið aðstöðu til þess. Það var ekki fyrr en með ihlutun PFS að TSC fékk úthlutað hýsingu í Múlastöð 15 mánuðum eftir að fyrst var óskað eftir aðstöðu þar og ber Síminn því við að jafnræðis sé gætt við afhendingu merkisins þar sem aðrar dreifiveitur sem fengið hafa merkið fái það afhent í Múlastöð. Hvernig sem á það er litið, hvort Íslenska sjónvarpsfélagið afhendi merkið eða Síminn og hvar sú afhending skuli eiga sér stað, þá verður ekki litið framhjá því að TSC hefur staðið frammi fyrir verulegum aðgangshindrunum í viðleitni sinni til að nálgast sjónvarpsmerki SI fyrir sína viðskiptavinum. Það er að mati TSC forsenda þess að fyrirtækið geti starfað í samkeppni við Símann á markaði fyrir háhraðatengingar eins og ADSL tengingar og á markaði fyrir Internetþjónustu.“

Því næst er í því haldið fram í ákvörðun stefnda að TSC hf. hafi „ítrekað óskað eftir kostnaðarmati frá stefnanda“ fyrir flutningi á sjónvarpsefni Íslenska sjónvarpsfélagsins hf. frá Múlastöð vestur á Snæfellsnes. Hafi tilboð borist frá Mílu hf. 28. mars 2007 og er efni þess rakið í ákvörðuninni. Þá kemur þar fram að ekki verði séð hvernig stefnandi hafi tekið tillit til flutningskostnaðar þegar hann hafi boðið eigin viðskiptavinum sjónvarpsefni Íslenska sjónvarpsfélagsins hf. án sérstaks endurgjalds með ADSL-tengingum fyrirtækisins á Grundarfirði. Yrði ekki annað séð en að stefnandi ívilnaði þannig viðskiptavinum sínum í samkeppni við TSC hf. Þá skírskotaði stefndi til 7. tölulíðar í ákvörðun samkeppnisráðs og dró þá ályktun að stefnandi hefði ekki uppfyllt skilyrði þess um að útbúa gjaldskrá fyrir aðgang að dreifikerfum sínum fyrir sjónvarp og útvarp og birta hana á aðgengilegan hátt, þar sem TSC ehf. hefði „ítrekað reynt að fá verð fyrir flutning á sjónvarpsefni Skjásins“ hjá stefnanda. Þá segir í ákvörðun stefnda:

„Þrátt fyrir þennan flutningskostnað er smásöluverð Símans fyrir ADSL tengingar vegna Internetþjónustu það sama hvar sem er á landinu þó svo að sjónvarpsþjónusta bætist þar við að auki. TSC var hins vegar gert að greiða háa upphæð til þess að geta boðið sínum viðskiptavinum sjónvarpsdagskrá og geta þannig keppt við Símann um háhraðatengingar og Internetþjónustu. Ekki verður séð að sú deild innan Símans sem selur ADSL tengingar fyrir Internetþjónustu og sjónvarpsflutning til viðskiptavina beri sambærilegan kostnað, þrátt fyrir þá kröfu um jafnræði sem fram kemur í 7. tölulíð ákvörðunarorðs umræddrar ákvörðunar samkeppnisráðs. Af þessari ástæðu gat/getur TSC ekki boðið þjónustu sína á samkeppnisferu verði vestur á Snæfellsnesi.“

Í ákvörðun stefnda kemur fram að stefnandi beri það fyrir sig að hann hafi lagt sig fram um að verða við beiðnum TSC ehf. en fyrirtækið ekki verið reiðubúið að greiða fyrir þá fjárfestingu og þjónustu sem óskað hafði verið eftir. Enn fremur að kostnaður af Sjónvarpi Símans sé innifalinn í verði ADSL-tenginga en bætist ekki ofan á þegar internetþjónustan er seld. Í tilefni af þessu segir í ákvörðun stefnda að nauðsynlegur gagnaflutningshraði fyrir sjónvarpsrás um ADSL-tengingar stefnda sé 4,3 til 4,5 Mb/s sem sé meiri hraði en veittur sé með tveimur áskriftarleiðum netáskriftar stefnda („Góður“ og „Betri“). Í þeim áskriftarleiðum þurfi því að auka flutningshraðann til að viðskiptavinurinn fái óskerta ADSL-tengingu fyrir

internetþjónustu með sjónvarpi. Sá aukni flutningshraði sé ekki verðlagður sérstaklega frekar en í öðrum netáskriftum stefnanda. Því varð það niðurstaða stefnda að stefnandi hefði ekki tekið mið af kostnaði við flutning og dreifingu sjónvarpsefnis í verði ADSL-tenginga vegna internetþjónustu, eins og stefnandi hafi gefið í skyn. Þá heldur stefndi því fram í ákvörðun sinni að það sé ekki eðlilegt að internetþjónustur, sem kaupi ADSL-tengingar hjá stefnanda „til þess að veita Internetþjónustu á markaði séu einnig að borga fyrir dreifingu á Sjónvarpi Símans“ eins og stefnandi hafi haldið fram.

Varðandi athugasemd stefnanda um að TSC ehf. hafi ekki haft yfir að ráða sjónvarpsmerki tekur stefndi fram í ákvörðun sinni að Íslenska sjónvarpsfélaginu hafi borið í samræmi við 11. tölulið ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 10/2005 að verða við öllum málefnalegum beiðnum um dreifingu á sjónvarpsmerki félagsins. Þessi skylda hafi verið áréttuð í ákvörðun til bráðabirgða nr. 1/2005. Því telur stefndi í ákvörðun sinni að stefnandi geti ekki borið fyrir sig að TSC ehf. hafi ekki haft rétt til dreifingar á sjónvarpsmerki Íslenska sjónvarpsfélagsins. Þá hafi Íslenska sjónvarpsfélagið hf. verið tilbúið að afhenda sjónvarpsmerki Enska boltans til tæknilegra prófana í október 2005. Í ákvörðuninni segir enn fremur að ekki verði séð að það hafi varðað stefnanda nokkru hvort TSC ehf. hafi haft sjónvarpsrásir til að dreifa eða hvort fyrirtækið hafi haft leyfi Íslenska sjónvarpsfélagsins hf. til að fá aðgang að dreifikerfi stefnanda. Þessi rök stefnanda eru í ákvörðuninni ekki talin réttlæta „þá hindrun sem TSC hefur orðið fyrir við að fá aðgang að dreifikerfi Símans fyrir sjónvarpsrásir til jafns við ADSL og Internetþjónustudeildir Símans sem skapar þeim mikið samkeppnislegt forskot á þeim mörkuðum“. Þá segir í ákvörðun stefnda:

„Samkeppniseftirlitið telur að sú aðgangshindrun sem TSC hefur orðið fyrir við að nálgast efni Skjás eins eigi sér m.a. rætur í samvinnun Símans á ADSL tengingum og sjónvarpsþjónustu eins og að framan er lýst. Augljós tilgangur með samvinnun Símans í þessa veru var að viðhalda samkeppnislegu forskoti fyrirtækisins á mörkuðum fyrir háhraðatengingar og Internetþjónustu sem hefur valdið aðgangshindrun og raskað samkeppni á viðkomandi mörkuðum. Þrautaganga TSC eins og henni hefur verið lýst hér að framan við að nálgast dreifikerfi Símans til þess að geta veitt sambærilega sjónvarpsþjónustu og Síminn með Internetþjónustu fyrirtækisins hefur verið löng og erfið. Síminn getur ekki vísað á systurfélög fyrirtækisins Skjá Einn eða Milu sem stofnað var eftir að TSC leitaði til Símans um flutning á merkjum Skjás Eins enda vísar Síminn á birtingu verðskrár um flutning sjónvarpsefnis á heimasíðu Símans en ekki Milu. Síminn hefur augljóslega hindrað aðgang TSC að dreifikerfi fyrirtækisins fyrir sjónvarp og þannig brotið gegn 7. tl. ákvörðunarorða í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 10/2005. Brot Símans er alvarlegt og hefur varað í langan tíma.“

Að fenginni þeirri niðurstöðu að stefnandi hefði brotið gegn 5. og 7. tölulið ákvörðunarorða í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 10/2005 fjallaði stefndi í ákvörðun sinni um viðurlög í tilefni af þeim. Þar var vísað til þess að með brotum stefnanda hefði þrengt að rekstrargrundvelli smærri netþjónustuaðila. Enn fremur var höfð hliðsjón af eldri samkeppnislagabrotum stefnanda. Í ljósi upplýsinga um veltu stefnanda og Milu hf. var komist að þeirri niðurstöðu að brotin hefðu varðað „mjög umfangsmikil viðskipti á þjóðhagslega mikilvægum markaði“. Yrði að hafa þá

stöðu í huga við ákvörðun sekta til að tryggja nægjanleg varnaðaráhrif. Einnig kom fram í umfjöllun stefnda að nauðsynlegt væri að líta til þess að velta á mörkuðum málsins sýndi að umfang brotanna hefði verið verulegt og til þess fallið að valda umtalsverðu samkeppnislegu tjóni auk þess sem markaðshlutdeild stefnanda á fjarskiptamarkaði hér á landi væri mikil. Með vísan til þessara atriða var komist að þeirri niðurstöðu að leggja bæri 150 milljóna króna sekt á stefnanda vegna brotanna. Þá var talið rétt að setja tiltekin fyrirmæli til að tryggja enn frekar að markmið ákvörðunar samkeppnisráðs næðust.

Stefnandi kærði framangreinda ákvörðun stefnda 14. janúar 2010 til áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Í kærinni var því mótmælt að stefnandi hefði gerst brotlegur við 5. og 7. tölulið ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 10/2005. Þar er því meðal annars haldið fram að ekki hafi verið um að ræða samvinnun á þjónustu Íslenska sjónvarpsfélagsins hf. og stefnanda í skilningi 5. töluliðar, þar sem það hafi verið stefnandi sem veitti í báðum tilvikum þjónustuna. Þannig sé dreifing sjónvarpsefnis þjónusta sem stefnandi veiti eigendum sjónvarpsefnis en ekki þjónusta sem þeir veiti neytendum. Þjónusta stefnanda sé annars vegar við neytendur og netþjónustuaðila og hins vegar við eigendur sjónvarpsefnis, en ekki sé hægt að tvíanna saman þjónustu við ólíka aðila. Þá hafi hin ætlaða samvinnun ekki leitt af áhrifum samruna stefnanda og Íslenska sjónvarpsfélagsins, enda bjóði stefnandi öllum eigendum sjónvarpsefnis hér á landi að dreifa efni þeirra um dreifikerfi sitt. Enn fremur hafi stefnanda verið skylt að bjóða öllum efnisveitum aðgang að dreifikerfum sínum og geri ákvörðun samkeppnisráðs ráð fyrir aðgangi Íslenska sjónvarpsfélagsins hf. að þeim. Þá séu ADSL-tengingar, með hinu umdeilda sjónvarpsefni, seldar til internetþjónustu stefnanda á sama verði og á sömu kjörum og til annarra netþjónustuveitenda. Þannig hafi TSC ehf. og öðrum netþjónustuaðilum staðið til boða slík tenging á nákvæmlega sömu kjörum og internetþjónustu stefnanda.

Varðandi ætlað brot á 7. tölulið ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 10/2005 tók stefnandi fram í kærni sinni að gjaldskrá hefði verið sett í samræmi við töluliðinn. Hún hafi gilt um alla þá sem þurftu að láta dreifa sjónvarps- og útvarpsrásum um dreifikerfi stefnanda, þ.e. efnisveitur. TSC ehf. hafi ekki verið efnisveita og því hafi töluliðurinn ekki tekið til beiðni félagsins. Önnur gjaldskrá hafi gilt um flutning frá efnisveitu til sjónvarpsdreifikerfis, nú gjaldskrá Mílu hf. sem sé undir eftirliti Póst- og fjarskiptastofnunar. TSC ehf. hafi verið boðinn slíkur flutningur að dreifikerfi sínu í samræmi við þá gjaldskrá. Fyrirtækið hafi hins vegar ekki óskað eftir aðgangi að dreifikerfi stefnanda fyrir sjónvarp og útvarp, en það dreifikerfi séu ADSL-tengingar stefnanda. Hins vegar hafi það beiðið um að fá að tengja fjarskiptakerfi stefnanda við sitt fjarskiptakerfi, en það hafi ekki verið hægt, eins og nánar er rakið í kærinni. Sú beiðni TSC ehf. hafi verið einstök og stefnandi hafi afgreitt hana á málefnalegan hátt. Engin skylda hafi hvílt á stefnanda að tengja dreifikerfi sitt við dreifikerfi TSC ehf. Þá sé dreifikerfið þannig hannað að ekki sé unnt að „tappa efni af“ því. Þá lagði stefnandi áherslu á það í kærinni að stefnandi hefði samþykkt skilyrði samrunans við Íslenska sjónvarpsfélagið út frá ákveðnu viðskiptalegu endurmati á hagkvæmni hans. Með túlkun stefnda á 7. tölulið ákvörðunar samkeppnisráðs væri forsendum rekstrar hans hins vegar umturnað.

Í kærinni voru einnig færð rök fyrir því að ekki væri unnt að setja viðbótarskilyrði fyrir samrunanum. Þá hefði við meðferð málsins verið brotið með nánar tilgreindum hætti gegn rannsóknarreglu 10. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993,

sem og jafnræðisreglu 11. gr. sömu laga. Einnig var talið að umrædd skilyrði í ákvörðun samkeppnisráðs hafi ekki verið nægilega skýr til að unnt hefði verið að beita stefnanda viðurlögum vegna ætlaðra brota á þeim. Að öðrum kosti var krafist verulegrar lækkunar á stjórnsýslusektum stefnda og rök færð fyrir slíkri lækkun.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála lauk umfjöllun sinni um kæru stefnanda með úrskurði 28. apríl 2010 í máli nr. 2/2010, sem tilkynnt var aðilum málsins með bréfi 30. apríl sama ár. Þar var komist að þeirri niðurstöðu að þau atriði sem stefnandi hafði talið að væru til marks um að málsmeðferð stefnda hefði ekki samrýmt rannsóknarreglu stjórnsýsluréttar skiptu að hluta til ekki máli við úrlausn málsins. Að öðru leyti hefðu þessi atriði varðað gögn til frekari upplýsinga og sönnunar í málinu. Taldi áfrýjunarnefndin að málið væri nægjanlega upplýst til að komast mætti að niðurstöðu í því að öðru leyti en því sem rakið var síðar. Því yrði þessum málsástæðum ekki sinnt frekar. Um ætlað brot stefnanda á jafnræðisreglu stjórnsýsluréttar tók áfrýjunarnefndin fram að hugsanlegt aðgerðarleysi á einu sviði skapaði ekki rétt til þess að aðgerðarleysi ríkti einnig á öðru sviði. Að auki væri um að ræða tilvik sem væru ólík þeim sem hér væru til umræðu og úrlausnar. Því væru þau ekki samanburðarhæf og gætu þar af leiðandi ekki skapað neinar væntingar að réttu lagi. Áfrýjunarnefndin leit hins vegar svo á að ekki hefði verið lagaheimild fyrir því að bæta við þau skilyrði sem sett höfðu verið á sínum tíma fyrir samruna stefnanda og Íslenska sjónvarpsfélagsins hf., eins og talið var að stefndi hefði gert í ákvörðunarorði sínu. Þessi skilyrði voru því felld úr gildi.

Um þann þátt málsins er laut að broti gegn 5. tölulið umræddrar ákvörðunar samkeppnisráðs sagði orðrétt í úrskurði áfrýjunarnefndar:

„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 fyrimælin 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 taldi því að háttsemi stefnanda hefði stangast á við 5. tölulið ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 10/2005, eins og rétt væri að skýra hana í tengslum við markmið hennar.

Í úrskurðinum var síðan vikið að þeim þætti ákvörðunar stefnda er laut að broti í 7. tölulið umræddrar ákvörðunar samkeppnisráðs. Þar var vísað til þess að

stefnandi teldi að óskyld hafi verið og tæknilega erfitt að verða við beiðni TSC ehf. um að „tappa af“ dreifikerfi sínu inn á kerfi TSC ehf. á Snæfellsnesi. Af hálfu stefnda hafi þessu verið mótmælt auk þess sem ekki yrði séð að þetta skipti máli þar sem stefnandi hefði átt að byggja starfsemi sína þannig upp að hægt væri að standa við fyrirmæli 7. töluliðar sáttarinnar. Um þetta segir í úrskurði áfrýjunarnefndar:

„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 málflytninginn. 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 réttshafa 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 tæknibekking 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 skyld 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 tvinnadir 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.“

Því næst er í úrskurðinum fjallað um viðurlög við þessum brotum stefnanda. Þar var litið til veltu stefnanda á markaði fyrir háhraðatengingar og internetþjónustu á árinu 2008. Enn fremur var tekið mið af heildarveltu stefnanda og samstæðunnar sem hann tilheyrði á þeim árum sem máli skiptu. Einnig kemur fram í úrskurðinum að haft hafi verið í huga að stefnandi hefði áður komið við sögu við brot á samkeppnislögum og sektir lagðar á hann. Hins vegar var það talið stefnanda til

málsbóta að hugsanlega hafi tæknilegir annmarkar verið samverkandi þáttur í því að TSC ehf. fékk ekki aðgang að kerfum stefnanda með þeim hætti sem kveðið væri á um í 7. tölulið ákvörðunar samkeppnisráðs. Þá var samkvæmt úrskurðinum litið til þess að fyrir lægju upplýsingar um versnandi fjárhagsafkomu stefnanda. Samkvæmt þessum sjónarmiðum og að öðru leyti með hliðsjón af þeim rökum sem komu fram í ákvörðun stefnda kvað áfrýjunarnefndin á um að stefnandi skyldi greiða 50.000.000 króna í stjórnvaldssekt í tilefni af brotunum.

III.

I. Málsástæður og lagarök stefnanda

Stefnandi reisir kröfu sína um ógildingu ákvarðana stefnda og áfrýjunarnefndar samkeppnismála í fyrsta lagi á því að gróflega hafi verið brotið gegn rannsóknarreglu 10. gr. stjórnssýslulaga nr. 37/1993 við meðferð málsins. Telur hann að staðreyndir málsins og málsatvik hafi verið svo illa upplýst að niðurstaðan hafi hlotið að verða efnislega röng. Í dæmaskyni bendir stefnandi á að engra upplýsinga hafi verið aflað frá efnisveitum (sjónvarpsstöðvum) á markaði. Það hafi meðal annars leitt til þeirrar staðreyndarvillu að flutningur á efni þeirra væri þjónusta þeirra við neytendur, en ekki þjónusta stefnanda við efnisveitur líkt og raunin sé. Einnig virðist gjaldskrá stefnanda, sem hafi verið sett á grundvelli 7. tölulið ákvörðunar nr. 10/2005, ekki hafa verið skoðuð af stefnda. Hafi það meðal annars leitt til þess að stefnanda sé gefið að sök að hafa ekki birt hana. Þá hafi fullyrðing TSC ehf. um að sjónvarpsmerki RÚV og 365 hafi fengist „án verulegrar fyrirhafnar“ verið lögð til grundvallar ákvörðun í málinu án rannsóknar. Þetta telur stefnandi að sé í ósamræmi við upplýsingar á heimasíðu félagsins. Einnig hafi fullyrðingar TSC ehf. um samskipti við Íslenska sjónvarpsfélagið hf. verið lagðar til grundvallar sem stangist beinlínis á við tölvupóstsamskipti, er lögð hafi verið fram með kvörtun TSC ehf. Jafnframt hafi ekki verið leitað upplýsinga um þau hjá Íslenska sjónvarpsfélaginu hf. Heldur stefnandi því fram að sú lýsing sem lögð hafi verið til grundvallar af hálfu samkeppnisyfirvalda stangist á við framlagða yfirlýsingu þáverandi sjónvarpsstjóra Íslenska sjónvarpsfélagsins hf. Jafnframt vísar stefnandi til þess að lagt hafi verið til grundvallar, að hægt hefði verið að verða við beiðni TSC ehf. um afhendingu sjónvarpsmerkja á Snæfellsnesi, án þess að rannsaka hvernig og hvort það hefði verið tæknilega mögulegt, til hvaða aðgerða hefði þurft að grípa og í hvaða kostnað hefði þurft að leggja til að verða við beiðninni. Viðurkennt hafi verið í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála að rannsókn á þessu atriði hafi verið áfátt en það hafi ekki verið talið hafa áhrif á niðurstöðu málsins. Þessu mótmælir stefnandi og heldur því fram að úrlausn þessa atriðis sé forsenda þess að unnt sé að komast að niðurstöðu í málinu.

Stefnandi byggir á því að einhliða lýsingar samkeppnisaðila á atvikum málsins, sem eigi ekki alltaf við rök að styðjast, hafi að miklu leyti legið til grundvallar ákvörðuninni. Þá telur stefnandi að ekki verði betur séð en að vanræksla stefnda á því að rannsaka málið með tilhlýðilegum hætti hafi leitt til þess að rangar ályktanir hafi verið dregnar um eðli þeirrar starfsemi sem stefnandi bjóði upp á. Umtalsverður munur, bæði tæknilega og kostnaðarlega, sé á því að veita efnisveitum aðgang að dreifikerfi stefnanda annars vegar og að tengja dreifikerfi stefnanda við dreifikerfi annars aðila hins vegar. Með fullnægjandi rannsókn telur

stefnandi að stefndi hefði getað aflað sér réttra upplýsinga um tæknilegt eðli þjónustunnar, en það hefði leitt í ljós að ekki væri um sambærileg atriði og ræða.

Þá telur stefnandi að þegar stefndi hafi tekið hina umdeildu ákvörðun hafi hann ekki haft forsendur til þess að taka hana vegna skorts á þekkingu á tæknilegum þáttum málsins, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Þá hafi áfrýjunarnefndin þurft að afla frekari gagna vegna mikilvægra atriða til að varpa ljósi á atvik sem stefnandi telur að hafi haft verulega þýðingu og hefðu átt að liggja fyrir við meðferð málsins hjá stefnda.

Stefnandi reisir kröfur sínar í öðru lagi á því að niðurstaða áfrýjunarnefndar samkeppnismála sé efnislega röng þar sem hún grundvallist á túlkun á skilyrðum ákvörðunar nr. 10/2005 sem hvorki sé í samræmi við orðalag hinna tilgreindu töluliða né tilgang þeirra eða markmið. Í því sambandi leggur stefnandi áherslu á að túlka beri lög og reglur þröngt feli þær í sér íþyngjandi skyldur, einkum þegar brot gegn þeim kann að hafa íþyngjandi afleiðingar. Markmiðstúlkun sem útvíkki skyldur án þess að unnt sé að finna slíku stoð í orðalagi ákvörðunarorða í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 10/2005 eigi því ekki rétt á sér. Þaðan af síður komi til greina að beita sektum í slíku tilviki.

Varðandi ætlað brot gegn 5. tölulið ákvörðunar samkeppnisráðs bendir stefnandi á að óumdeilt sé að hann gerði það ekki að skilyrði að sjónvarpsdreifing sín fylgdi með í kaupunum við sölu á ADSL-þjónustu sinni. Áfrýjunarnefndin hafi hins vegar talið að kjörnum mætti jafna til slíks skilyrðis þar sem viðskiptavinir hafi ekki verið krafðir um sérstakt endurgjald fyrir sjónvarpsdreifingu. Þetta telur stefnandi ekki standast.

Í því sambandi leggur stefnandi áherslu á að samkvæmt orðalagi sínu mæli umræddur töluliður fyrir um að óheimilt sé að tvinna saman annars vegar *þjónustu stefnanda* og hins vegar *þjónustu Íslenska sjónvarpsfélagsins*. Stefnandi byggir á því að dreifing á sjónvarpsefni sé þjónusta hans, en ekki þjónusta einstakra efnisveitna eins og Íslenska sjónvarpsfélagsins. Hann telur það raunar gefa augaleið þar sem efnisveitur borgi stefnanda fyrir þá þjónustu, þar á meðal Íslenska sjónvarpsfélagið hf. Þess vegna sé um þjónustu stefnanda við efnisveitur að ræða en ekki þjónustu efnisveitna við áhorfendur sjónvarpsefnis líkt og virðist lagt til grundvallar í niðurstöðu samkeppnisyfirvalda. Hvort efnisveitur vilji síðan selja móttakendum merkjanna efni sitt eða veita þeim frían aðgang að því sé þeim í sjálfsvald sett. Á þeim tíma sem atvik þessa máls hafi átt sér stað hafi sjónvarpsstöðin Skjár Einn verið frístöð og hafi stefnandi eðli máls samkvæmt ekki haft nein áhrif á þá staðreynd. Fyrirkomulag verðlagningar stefnanda hafi því ekki getað brotið gegn 5. tölulið ákvörðunar nr. 10/2005 þar sem í báðum tilvikum hafi verið um þjónustu hans sjálfs að ræða. Með sama hætti hafi aðgangur að öðrum stöðvum, sem hafi verið sendar út í opinni dagskrá, verið án endurgjalds af hálfu stefnanda, s.s. RÚV, Ómega, ÍNN, útsendingar frá Alþingi o.s.frv. Stefnandi kveðst ekki geta séð hvernig það geti talist samvinnun að hann hafi ekki innheimt sérstakt gjald fyrir aðgang að útsendingum Skjás Eins. Dreifing á efni viðkomandi efnisveitna í gegnum dreifikerfi stefnanda, þ.e. um ADSL-kerfi stefnanda, hafi byggt á opinberri gjaldskrá skv. 7. tölulið ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 10/2005.

Stefnandi byggir enn fremur á því að ekki geti verið um brot á 5. tölulið að ræða þar sem sú aðstaða sem um ræði sé alfarið óháð samruna félagsins við

Íslenska sjónvarpsfélagið hf. Stefnandi bjóði öllum eigendum sjónvarpsefnis upp á þá þjónustu að dreifa efni þeirra í gegnum dreifikerfi sitt. Þetta nýti allir eigendur íslensks sjónvarpsefnis sér og greiði fyrir það á jafnræðisgrundvelli. Íslenska sjónvarpsfélagið njóti þar engra sérkjara fram yfir aðra efniseigendur. Ef samruninn hefði verið leyfður án skilyrða hefðu yfiráð stefnanda yfir efni Íslenska sjónvarpsfélagsins hf. því ekki haft nein áhrif á þessa þjónustu hans. Gildi þeirra skilyrða sem samrunum hafi verið sett takmarkist við að eyða þeim skaðlegu áhrifum á samkeppni sem ella hefði leitt af viðkomandi samruna. Lagaheimild standi ekki til þess að slík skilyrði hafi annan og víðtækari tilgang. Ákvæði 5. töluliðar ákvörðunar nr. 10/2005 verði að mati stefnanda ekki túlkað þannig að hann banni stefnanda háttsemi sem honum hefði verið möguleg án samrunans.

Stefnandi byggir einnig á því að stefnanda sé skylt að dreifa efni frá efnisveitum á grundvelli 7. töluliðar umræddrar ákvörðunar. Þar sem gjaldskráin, sem sett hafi verið um þá dreifingu, taki mið af meðalkostnaði hans við þá dreifingu, greiði efnisveitur í raun fyrir þjónustuna. Stefnandi telur að samkeppnisyfyrvöld séu á miklum villigötum séu þau farin að krefjast þess að stefnandi krefji neytendur um endurgjald fyrir þjónustu sem veitt sé efnisveitum og efnisveitur hafa þegar greitt fyrir. Heldur hann því fram að niðurstaða stefnda og áfrýjunarnefndar um að stefnandi hafi brotið gegn 5. tölulið ákvörðunar nr. 10/2005 verði því ekki skýrð á annan hátt en að rannsóknarskyldu hafi alls ekki verið sinnt. Í öllu falli sé ákvörðunin efnislega röng og því beri að taka aðalkröfu stefnanda til greina.

Varðandi þá niðurstöðu samkeppnisyfyrvalda að stefnandi hafi einnig brotið gegn 7. tölulið ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 10/2005 vísar stefnandi til rökstuðnings í umræddri ákvörðun þar sem skilyrðið var sett. Þar hafi verið tekið fram að það væri í fyrsta lagi mat samkeppnisráðs að staða nýrra og minni aðila á fjarskiptamarkaði yrði „torvelduð að miklu leyti þar sem aðgengi þeirra að efni til dreifingar um net sín“ yrði ekki sú sama og hins markaðsráðandi fyrirtækis. Í öðru lagi hefði það verið mat ráðsins að samruninn hefði þá hættu í för með sér að „aðgangur annarra efnisveitna, t.d. á sjónvarps- eða útvarpsmarkaði, að nýjum dreifileiðum“ gæti takmarkast þar sem þær hefðu ekki aðgang að dreifikerfi hins markaðsráðandi fyrirtækis. Stefnandi telur að með tilvísun til annarra efnisveitna hafi augljóslega verið átt við aðrar efnisveitur en Íslenska sjónvarpsfélagið hf. Markmiðið með 7. tölulið hafi því verið að tryggja öðrum efnisveitum sama aðgang að dreifikerfi stefnanda, ekki fyrirtækjum af öðrum toga og þaðan af síður keppinautum á fjarskiptamarkaði. Í fyrri liðnum hafi verið vísað til þess að tryggja þyrfti nýjum og minni aðilum aðgengi að efni til dreifingar, þ.e. að efnisveiturnar gæfu þeim heimild til að fá sjónvarpsmerkið til þess að dreifa um sín fjarskiptakerfi, ekki fjarskiptakerfi stefnanda. Til þess að eyða þessum áhyggjum hafi 9. til 11. töluliðir verið settir. Af hálfu stefnanda sé áréttað að TSC ehf. hafi ekki viljað fá þann aðgang sem stefnanda hafi verið skylt að bjóða upp á samkvæmt 8. til 9. tölulið ákvörðunar samkeppnisráðs. Byggir stefnandi á því að hvorki hann né Íslenska sjónvarpsfélaginu hf. hafi verið skylt að setja upp dreifikerfi fyrir aðila til þess að geta dreift sjónvarpsútsendingum. Netþjónustuveitendum hafi hins vegar verið gert kleift að fá aðgang að ADSL-þjónustu stefnanda en eftir slíkri þjónustu hafi TSC ehf. ekki óskað eftir. Stefnandi telur því að niðurstaða áfrýjunarnefndar samkeppnismála sem og ákvörðun stefnda hafi byggst á misskilningi. Eina mögulega túlkunin á ákvæði 7. töluliðar ákvörðunar samkeppnisráðs sé að skylda stefnanda nái aðeins til að bjóða öðrum efnisveitum en Íslenska sjónvarpsfélaginu

upp á dreifingu á útsendingu þeirra um dreifikerfi stefnanda til endanotenda.

Stefnandi vísar til þess að hann hafi gengist undir þau skilyrði sem hafi komið fram í ákvörðun samkeppnisráðs. Hann mótmælir því hins vegar að hann hafi með umræddum tölulið gengist undir skyldu til að samtengja dreifikerfi sitt við dreifikerfi annarra fyrirtækja á fjarskiptamarkaði. Slíka skyldu sé ekki að finna í 7. tölulið ákvörðunar samkeppnisráðs. Stefnandi vísar í þessu sambandi til þess að 8. og 9. töluliður umræddrar ákvörðunar hafi verið settir til að tryggja keppinautum á internetþjónustumarkaði sanngjörn samkeppnisskilyrði. Til þess að tryggja sömu aðilum möguleika á því að dreifa sjónvarpsmerki Íslenska sjónvarpsfélagsins hf. hafi verið sett skilyrði í 10. til 12. tölulið ákvörðunarinnar. Ákvæði 7. töluliðar hafi ekki verið ætlað að veita keppinautum stefnanda aðgang að fjarskiptakerfi félagsins, enda hafi aðgangur þeirra að sjónvarpsefni Íslenska sjónvarpsfélagsins verið tryggður með öðrum hætti. Til áréttingar á þessu vísar stefnandi til ummæla í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 10/2005 þar sem segi að varðandi „aðgang keppinauta að fjarskiptakerfi Landsímans, sérstaklega þeim hluta þess er varði gagnaflytningaþjónustu til heimila“, væri Póst- og fjarskiptastofnun að vinna að greiningu á fjarskiptamarkaði í samræmi við nánar tiltekna gerðir framkvæmdastjórnar ESB, þ. á m. á markaði fyrir heimtaugar og bandbreiðar tengingar. Þótti ljóst að kvaðir yrðu lagðar á markaðsráðandi fyrirtæki á þessum mörkuðum um aðgang að slíkum tengingum til heimila. Í því ljósi hafi samkeppnisráð ekki talið nauðsynlegt að meta stöðu Landsímans á þessum mörkuðum. Stefnandi telur varla unnt að draga aðra ályktun af þessu en að samkeppnisráð hafi ekki talið tilefni til að setja skilyrði um aðgang keppinauta stefnanda að fjarskiptakerfum þess. Markmið ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 10/2005 hafi því ekki verið að veita keppinautum aðgang að fjarskiptakerfi stefnanda, heldur hafi átt að tryggja sanngjörn samkeppnisleg skilyrði með öðrum hætti.

Í dæmaskyni bendir stefnandi á að þannig geti aðili eins og Vodafone ekki krafist þess á grundvelli 7. töluliðar að stefnandi dreifi Stöð 2 til viðskiptavina Vodafone í gegnum sín dreifikerfi. Hins vegar getur Stöð 2 með vísan til 7. töluliðar krafist þess að sjónvarpsefni félagsins sé dreift um dreifikerfi stefnanda til viðskiptavina Stöðvar 2. Netþjónustuveitur geti síðan á grundvelli 8. töluliðar áframselt ADSL-tengingar til sinna viðskiptavina og þannig dreift sjónvarpsmerkjum til þeirra. Í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 10/2005 hafi ekki verið minnst á skyldu stefnanda til að samtengja dreifikerfi sitt við dreifikerfi annarra aðila, líkt og stefnandi telur að krafa TSC hafi gengið út á, heldur þvert á móti hafi þar beinlínis komið fram að ekki væri tilefni til þess að fjalla um aðgang keppinauta að fjarskiptakerfi stefnanda. Skýringar í forsendum ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 10/2005 styðji þannig málstað stefnanda í þessu máli.

Stefnandi kveður TSC ehf. ekki hafa verið efnisveitu og að félagið hafi aldrei gefið sig út fyrir að vera það. Þá leiki enginn vafi á því að fyrirtækið hafi ekki óskað eftir því að fá dreifingu á eigin sjónvarpsefni. Stefnandi telur því að áfrýjunarnefndin og stefndi hafi ranglega heimfært samskipti stefnanda og undir 7. tölulið ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 10/2005. Í 10. og 11. tölulið ákvörðunarinnar séu einmitt sérstök ákvæði sem lúti að skyldum Íslenska sjónvarpsfélagsins hf. við að verða við málefnalegum beiðnum fyrirtækja í internetþjónustu um dreifingu á sjónvarps- og útvarpsmerki félagsins. Í 10. tölulið sé meira að segja áréttað að heimild til dreifingar á sjónvarpsmerki Íslenska

sjónvarpsfélagsins hf. sé háð því skilyrði að slík dreifing sé tæknilega möguleg. Stefnandi telur að það liggi fyrir í málinu að TSC ehf. hafði ekki aflað sér samþykkis Íslenska sjónvarpsfélagsins og því hafi félagið ekki haft heimild til þess að dreifa sjónvarpsmerkinu.

Stefnandi telur að orðalag 7. töluliðar umræddrar ákvörðunar hefði verið með allt öðrum hætti ef tilgangurinn hefði verið að skylda stefnanda til að veita keppinautum aðgang að fjarskiptakerfum félagsins. Tilvísun til Íslenska sjónvarpsfélagsins hf. hafi einmitt verið til þess að áréttu að stefnandi ætti að veita aðilum sem teljast vera sambærilegir Íslenska sjónvarpsfélaginu sambærilega þjónustu og á sambærilegum kjörum. Það hafi verið gert en óumdeilt sé að TSC ehf. og Íslenska sjónvarpsfélagið hf. eru ekki sambærileg fyrirtæki. Tilgangurinn og markmiðið með þessu ákvæði hafi verið að tryggja að aðrar sjónvarpsstöðvar, s.s. Stöð 2 o.fl., hefðu aðgang að dreifikerfi stefnanda en ekki að stefnanda væri skylt að dreifa sjónvarpsendingum efnisveitna fyrir aðila eins og TSC ehf. Telur stefnandi að þetta komi skýrt fram í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 10/2005. Þá blasi við að stefnandi hefði þurft að meta kostnaðinn við samrunann með allt öðrum hætti ef þetta hefði verið tilgangurinn og því ekki víst að stefnandi hefði samþykkt þau skilyrði sem fram komu í ákvörðuninni.

Með vísan til þess sem að framan er rakið telur stefnandi að ljóst sé að hann hafi ekki brotið gegn 7. tölulið ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 10/2005. Þá hafi stefnandi birt gjaldskrá í samræmi við 7. tölulið og mótmæli hann fullyrðingum stefnda um annað.

Stefnandi telur að jafnvel þótt sú skylda fælist í 7. tölulið að hann hefði átt að tengja saman dreifikerfi TSC ehf. og sitt kerfi þá liggi fyrir að TSC hafi ekki haft heimild til þess að dreifa sjónvarpsmerki Íslenska sjónvarpsfélagsins hf. og því sé ekki um brot á 7. tölulið að ræða. Þá bendir stefnandi á að TSC ehf. hafi ekkert gert til þess að nýta sér þann aðgang sem félagið hafi fengið að Múlastöð árið 2007. Því verði vart séð að um raunverulega aðgangshindrun hafi verið að ræða.

Stefnandi byggir enn fremur á því að þær verðhugmyndir sem hann hafi gefið TSC ehf. til að verða við beiðni félagsins hafi ekki verið óeðlilegar enda hafi þær alfarið byggst á kostnaðarlegum forsendum. Sá sem biðji um þjónustu hljóti að þurfa að minnsta kosti að borga fyrir þann kostnað sem hljótist af þjónustunni. Varla sé gerð sú krafa að stefnandi fjármagni starfsemi keppinauta með því að hækka verðlagningu til eigin viðskiptavina. Stefnandi telur sig því ekki hafa sett upp aðgangshindranir við gerð kostnaðartilboða. Þá hafi afgreiðsla stefnanda á fyrirspurnum TSC ehf. verið með viðunandi hætti. Hann kveður það ávallt taka tíma að skoða breytingar og uppsetningu á tæknilegum atriðum. Þá hafi verið tæknilega ómögulegt að verða við hluta af kröfum TSC ehf. um afhendingu á sjónvarpsmerki á Snæfellsnesi. Ekki hafi verið bent á að sá tími sem hafi tekið að svara beiðnum TSC ehf. hafi verið óeðlilegur með hliðsjón af þeim tæknilegu álitaefnum sem hafi þurft að skoða og viðurkennt sé í úrskurði áfrýjunarnefndar að hafi verið til staðar.

Stefnandi telur enn fremur að það hafi komið fram af hálfu TSC ehf. að fyrirtækið hafi alls ekki viljað aðgang að dreifikerfi stefnanda. Vitnar stefnandi þar til eftirfarandi ummæla í gögnum málsins: „Annars er meginmálið að okkur vantar aðgang að íslensku efnisveitunum en ekki IPTV kerfi Símans.“ Stefnandi fái ekki

betur séð en að TSC hafi ekki viljað aðgang að dreifikerfi stefnanda, en IPTV er dreifikerfi stefnanda fyrir sjónvarp og útvarp. Þar sem félagið vildi ekki aðgang að dreifikerfi stefnanda hafi stefnandi eðli máls samkvæmt ekki brotið gegn 7. tölulið með því að synja fyrirtækinu um aðgang að einhverju sem TSC ehf. vildi ekki fá aðgang að. Þetta telur stefnandi að sýni að ákvörðun stefnda sé byggð á sandi. Ef TSC ehf. reki sitt eigið sjónvarpsdreifikerfi verði heldur ekki séð hvaða þörf félagið hafi á því að fá aðgang að dreifikerfi stefnanda. Þar sem 7. töluliður fjalli aðeins um aðgang að dreifikerfi en ekki öðrum liðum fái stefnandi ekki séð með hvaða hætti háttsemi hans eigi að hafa farið gegn ákvæðinu.

Stefnandi leggur áherslu á að Íslenska sjónvarpsfélagið hf. og stefnandi séu aðskildir lögaðilar, en sérstök áhersla hafi verið lögð á að félögin yrðu rekin með aðskildum hætti, sbr. 1. tölulið ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 10/2005. Ástæða þess að TSC ehf. hafi ekki getað nálgast sjónvarpsmerki Enska boltans til útsendingar hafi verið sú að Íslenska sjónvarpsfélagið hf. hafi aðeins viljað afhenda sjónvarpsmerkið í Múlastöð. Á þeim tíma hafi sannanlega verið skortur á rými í Múlastöð. Stefnandi hafi aukið rýmið innan viðeigandi tímaramma og að því loknu hafi TSC ehf. ekki gert neinn reka að því að nálgast sjónvarpsmerkið. Stefnandi beri ekki ábyrgð á því hvernig samskiptum Íslenska sjónvarpsfélagsins hf. við aðra aðila sé háttáð enda um systurfélög að ræða.

Stefnandi telur að samskipti TSC ehf. við Mílu hf. hafi heldur ekki lotið að 7. tölulið ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 10/2005. Beiðni um hýsingu í Múlastöðu hafi ekki falið í sér beiðni um dreifingu í gegnum dreifikerfi stefnanda. Míla hf. sjái um aðstöðuleigu í símsstöðvum, möstrum og tækjahúsum en hýsing í Múlastöð feli í sér aðstöðu í símsstöð og sé á ábyrgð Mílu hf. á grundvelli ákvörðunar Póst- og fjarskiptastofnunar. Þá falli sending á sjónvarpsmerki milli Múlastöðvar og Grundarfjarðar undir gjaldskrá Mílu hf., sem háð sé eftirliti Póst- og fjarskiptastofnunar. Tilboð Mílu hf. til TSC um flutning á merki Skjás Eins frá Múlastöð til Grundarfjarðar hafi byggst á þessari gjaldskrá, en aðilar eins og RÚV, 365 og fleiri kaupri leigulínur til að flytja sjónvarpsmerki um allt land samkvæmt þessari sömu gjaldskrá.

Á því er byggt af hálfu stefnanda að Mílu hf. hafi ekki verið og sé ekki heimilt að bjóða TSC ehf. neitt annað en það sem fyrirtækinu hafi verið boðið. Mikilvægt sé að gera greinarmun á þeim skyldum sem hvíli á stefnanda á grundvelli 7. töluliðar ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 10/2005 og þeim skyldum sem hvíli á Mílu hf. á grundvelli ákvarðana Póst- og fjarskiptastofnunar. Beiðni TSC ehf. um þjónustu Mílu hf. hafi ekki verið beiðni um aðgang að dreifikerfi stefnanda, þ.e. um ADSL-kerfi stefnanda, heldur beiðni um flutning á sjónvarpsmerki og því telur stefnandi að umrædd samskipti hafi ekki falið í sér brot á ákvörðun samkeppnisráðs nr. 10/2005. Þá hafi TSC ehf. aldrei verið með sjónvarpsefni sem félagið hafi ætlaði að dreifa um dreifikerfi stefnanda. Telur stefnandi að ákvörðun stefnda og úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála byggi á grundvallarmisskilningi á rekstri þessara tveggja félaga og því sé ákvörðunin og úrskurðurinn efnislega rangur.

Stefnandi leggur áherslu á að til að háttsemi geti talist brot á lögum, eða, eins og í þessu tilviki, brot á tilteknu ákvæði í ákvörðun samkeppnisráðs, þá verði að vera hægt að heimfæra háttsemina undir viðkomandi ákvæði. Þar sem sú háttsemi sem hér sé fjallað um falli ekki undir 7. tölulið umræddrar ákvörðunar geti

stefnandi ekki hafa brotið ákvæðið. Því verði að ógilda úrskurð áfrýjunarnefndar og ákvörðun stefnda.

Í stefnu kemur fram að stefnandi byggi einnig á öllum þeim málsástæðum sem hann hafi gert fyrir Samkeppniseftirlitinu og hjá áfrýjunarnefnd samkeppnismála, hvort sem þær lúta að aðal- eða varakröfu.

Verði brot stefnanda að einhverju leyti staðfest gerir stefnandi eftir sem áður athugasemdir við sektarákvörðun áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Stefnandi vísar í því sambandi til meðalhófsreglu 12. gr. stjórnslulaga, en hann telur að hún hafi þýðingu við álagningu stjórnvaldssekta. Hann telur að í reglunni felist að haga beri efni ákvörðunar þannig að hún sé eins lítið íþyngjandi fyrir málsaðila og kostur er til þess að ná fram því markmiði sem að er stefnt.

Af hálfu stefnanda er á það bent að skilyrði ákvörðunar nr. 10/2005 höfðu aldrei verið túlkuð í framkvæmd samkeppnisyfirlitvalda fyrr en með töku þeirrar ákvörðunar sem hér sé krafist ógildingar á. Verði fallist á þá túlkun telur stefnandi að um sé að ræða túlkun sem hvorki sé í samræmi við orðalag viðkomandi töluliða né tilgang þeirra og markmið. Stefnandi hafi því hvorki vitað né mátt vita að háttsemi hans bryti gegn ákvörðuninni. Samkvæmt skilningi stefnanda á skilyrðum ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 10/2005 hafi stefnandi fylgt þeim í hvívetna og verið í góðri trú um lögmæti háttsemi hans.

Stefnandi byggir á því að stjórnvaldssektir á grundvelli 37. gr. samkeppnislaga séu refsikennd viðurlög. Með hliðsjón af eðli þeirra sekta verði að telja þær til refsinga í skilningi 1. mgr. 6. gr. mannréttindasáttmála Evrópu, sbr. lög nr. 62/1994. Það sé grundvallarregla íslensks réttar að refsheimildir skuli vera skýrar. Þannig sé ekki unnt að gera manni refsingu á grundvelli óskýrrar refsheimildar. Þaðan af síður verði manni gerð refsing á grundvelli markmiða eða tilgangs refsheimildar. Stefnandi byggir á því að líta verði til þessa við mat á því hvort rétt sé að gera honum sekt vegna þeirrar háttsemi sem hér um ræði.

Þá telur stefnandi rétt að líta til ýmissa þátta sem að hans mati eigi að leiða til þess að sektir verði felldar niður eða þær lækkaðar stórlega. Þannig sé sá markaður sem háttsemin varðaði afar smár og eðli og umfang brota takmarkað eftir því. Hafi velta stefnanda á árinu 2009 fyrir sölu ADSL-tenginga á norðanverðu Snæfellsnesi verið innan við 50 milljónir króna. Af því leiði jafnframt að hagnaðarsjónarmið stefnanda hafa ekki getað ráðið för og fráleitt að ætla að huglæg afstaða hans hafi staðið til brota.

Í ljósi þessa ber að fella sektarfjárhæðina úr gildi að öllu leyti eða lækka hana verulega.

Stefnandi kveður málatilbúnað sinn einkum reistan á ákvæðum samkeppnislaga nr. 44/2005, meginreglum stjórnsluréttar og stjórnslulögum nr. 37/1993.

Í stefnu kemur fram að kröfur stefnanda miði að því að hnekkja úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 2/2010. Stefnandi hafi tekið þá ákvörðun sem úrskurður áfrýjunarnefndar hafi verið felldur um. Þá komi það í hlut stefnda að framfylgja úrskurði áfrýjunarnefndar í ljósi þeirra forsendna sem úrskurðurinn hafi

verið reistur á. Stefndi eigi því aðild að máli þessu. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála, sem gegni hlutverki úrskurðarnefndar á málskotsstigi innan stjórnisýslunnar, hafi enga þá lögvörðu hagsmuni af úrlausn málsins sem leitt geti til aðildar nefndarinnar að málinu. Því sé áfrýjunarnefndinni ekki stefnt í samræmi við fyrri dómaframkvæmd.

2. Málsástæður og lagarök stefnda

Af hálfu stefnda er stöðu stefnanda á umræddum markaði lýst þannig að hann keppi við fjölmörg fyrirtæki um sölu á nettengingum og internetþjónustu. Á meðal þeirra sé fyrirtækið TSC ehf. Markaðssvæði stefnanda nái til landsins alls meðan markaðssvæði TSC ehf. sé bundið við norðanvert Snæfellsnes, þ.e. Stykkishólm, Grundarfjörð og Ólafsvík. Hafi fyrirtækið boðið fjarskiptaþjónustu á þessu svæði allt frá árinu 2002 til dagsins í dag.

Á þeim tíma sem atvik málsins hafi átt sér stað kveður stefndi að fjarskiptakerfi stefnanda, nú Mílu ehf., hafi samanstæðið af mötunarneti, stofnneti og aðgangsneti. *Mötunarnet* sé sá hluti netsins sem liggja frá efnisveitu að stofnneti. *Stofnnet* sé sá hluti netsins sem liggja frá enda mötunarnets til aðgangsnets, t.d. ljósleiðari frá Múlastöð í Reykjavík í sírstöðina á Grundarfirði. *Aðgangsnnet* sé sá hluti netsins sem liggja frá enda stofnnetts til símnotanda, t.d. ADSL- eða VDSL-internettenging úr sírstöðinni á Grundarfirði til símnotanda.

Stefndi kveður stefnanda og TSC ehf. hafa bæði fjarskiptaleyfi frá Póst- og fjarskiptastofnun og starfræki eigið fjarskiptakerfi. Fjarskiptakerfi TSC ehf. sé hýst í sírstöðvum á Snæfellsnesi en auk þess leigi fyrirtækið aðgang að heimtaugum og ljósleiðara upphaflega af stefnanda en nú Mílu ehf.

Stefndi byggir sýknukröfu sína á því að stefnandi hafi með þeim hætti sem lýst sé í ákvörðun hans 18. desember 2009 og úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála 28. apríl 2010 brotið gegn 5. og 7. tölulið ákvörðunar samkeppnisráðs 11. mars 2005 nr. 10/2005. Sú ákvörðun hafi verið tekin á grundvelli sáttar milli samkeppnisráðs annars vegar og stefnanda og Íslenska sjónvarpsfélagsins hf. hins vegar. Þar sé kveðið á um að brot á skilyrðum ákvörðunarinnar varði viðurlögum samkvæmt samkeppnislögum.

Stefndi kveður atvik málsins hafa verið leidd í ljós með fullnægjandi hætti áður en hann hafi tekið ákvörðun í málinu. Ef undan er skilið það atriði sem áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafi gert athugasemd við í úrskurði sínum byggir stefndi á því að þau atriði sem stefnandi tiltekur hafi verið upplýst með fullnægjandi hætti eða skipti ekki máli fyrir úrslit málsins. Stefndi byggir á því að hann hafi aflað ítarlegra upplýsinga áður en hann tók ákvörðun í málinu, þar á meðal með því að semja andmælaskjal og afla þannig sjónarmiða stefnanda. Stefnandi geti ekki haldið því fram að tiltekinn upplýsinga hafi ekki verið aflað þegar þær hafi ekki þýðingu fyrir úrslit málsins. Að því er snerti þær upplýsingar sem TSC ehf. hafi lagt fram um starfsemi fyrirtækisins verði að hafa í huga að þær séu veittar að viðlagðri refsingu að lögum. Engin ástæða hafi verið fyrir stefnda að vefengja lýsingu TSC ehf. á atvikum sem jafnframt hafi fengið stoð í samtímagögnum.

Stefndi mótmælir því að það atriði sem áfrýjunarnefnd samkeppnismála nefni sérstaklega í úrskurði sínum hafi getað haft áhrif á niðurstöðu um brot stefnanda enda hafi nefndin hafnað því. Í þessu sambandi verður að mati stefnda að hafa í huga að ekki sé fullt samræmi í yfirlýsingum stefnanda um það hvort hann hafi getað afhent TSC ehf. sjónvarpsmerki Íslenska sjónvarpsfélagsins hf. á símsstöðinni í Grundarfirði. Í athugasemdum sínum við andmælaskjal stefnda hafi stefnandi lýst því yfir að það væri útilokað fyrir hann að afhenda sjónvarpsmerkið í símsstöðinni í Grundarfirði. Í kæru til áfrýjunarnefndar samkeppnismála hafi stefnandi hins vegar dregið í land og haldið því fram að áður en til þess kæmi yrði hann að gera tæknilegar breytingar sem óvíst væri hvort skiluðu árangri.

Eins og fyrr greinir er á því byggt af hálfu stefnda að stefnandi hafi brotið gegn 5. tölulið fyrrgreindrar ákvörðunar samkeppnisráðs. Hann mótmælir þeirri málsástæðu stefnanda sem rangri og þýðingarlausri að dreifing á sjónvarpsmerkjum Íslenska sjónvarpsfélagsins hf. sé þjónusta stefnanda við félagið en ekki þjónusta þess við neytendur og að ekki sé unnt að tvinnna saman þjónustu til ólíkra aðila.

Stefndi telur að samtvinnun þjónustu stefnanda annars vegar og þjónustu Íslenska sjónvarpsfélagsins hf. hins vegar hafi falist í því að nettengingum stefnanda hafi fylgt aðgangur að sjónvarpsstöðinni Skjá einum. Aðgangur að sjónvarpsstöðinni hafi verið í gegnum Skjáinn, síðar nefnt Sjónvarp Símans, sem viðskiptavinir stefnanda hafi fengið án endurgjalds. Að mati stefnda skipti engu máli þótt sjónvarpsstöðin hafi ekki verið í læstri dagskrá. Stefndi byggir á því að samtvinnunin hafi haft skaðleg áhrif á samkeppni með því að sjónvarpsmerki Íslenska sjónvarpsfélagsins hf. hafi orðið aðgengilegt viðskiptavinum stefnanda án nokkurs endurgjalds en ekki þeim notendum sem keyptu nettengingar samkeppnisaðila stefnanda, t.d. TSC ehf. Stefndi kveður stefnanda, síðar Mílu ehf., hafa ætlað að krefja TSC ehf. um greiðslu fyrir flutning sjónvarpsmerkis Íslenska sjónvarpsfélagsins hf. þrátt fyrir yfirlýsingar stefnanda um að Íslenska sjónvarpsfélagið hf. hefði greitt fyrir flutning sjónvarpsmerkisins til heimila á Snæfellsnesi. Hvað sem því líði hafi stefnandi hvorki látið internetþjónustu sína greiða fyrir flutning á sjónvarpsmerkinu um stofnnet, þ.e. frá Múlastöð að símsstöð, né aðgangsnet, þ.e. frá símsstöð til viðskiptavinar, meðan það hafi átt að krefja TSC ehf. um greiðslu fyrir slíkan flutning. Með þessu hafi stefnandi gert TSC ehf. í raun ómögulegt að eiga í samkeppni við sig á markaði fyrir nettengingar.

Stefndi mótmælir þeirri málsástæðu stefnanda að 5. töluliður ákvörðunar samkeppnisráðs verði ekki túlkaður þannig að hann banni háttsemi sem stefnanda hefði verið möguleg án samrunans. Engu skipti um hvað stefnandi og Íslenska sjónvarpsfélagið hf. hefðu mátt semja ef samruninn hefði ekki komið til. Eftir samrunann kveður stefndi heildarhagsmunum samrunaaðila hafa ráðið för en ekki hagsmunum þeirra hvors í sínu lagi. Skilyrðinu í 5. tölulið ákvörðunar samkeppnisráðs hafi einmitt verið ætlað að mæta þeirri hættu sem þessu hafi fylgt. Verði að ætla að hagsmunir Íslenska sjónvarpsfélagsins hf. hafi falist í því að sjónvarpsstöðin Skjár Einn næði til sem flestra heimila. Í kjölfar samrunans hafi samrunaaðilar hins vegar ákveðið að fórna því sem þeir töldu vera minni hagsmuni (dreifingu sjónvarpsmerkisins) fyrir það sem þeir hafi talið vera meiri hagsmuni (aukna markaðshlutdeild stefnanda á markaði fyrir nettengingar).

Stefndi mótmælir enn fremur þeirri röksemd stefnanda að á grundvelli 7. töluliðar ákvörðunar samkeppnisráðs hafi honum verið skylt að dreifa sjónvarpsmerki Íslenska sjónvarpsfélagsins hf., enda segi í umræddum tölulið að stefnandi skuli veita „öðrum en Íslenska sjónvarpsfélaginu hf.“ aðgang að dreifikerfum sínum fyrir sjónvarp og útvarp.

Stefndi kveður stefnanda einnig hafa brotið gegn 7. tölulið ákvörðunar samkeppnisráðs. Mótmælir hann málsástæðum stefnanda, sem teflt hafi verið fram til stuðnings því að háttsemi hans hafi ekki farið í bága við töluliðinn, sem röngum og þýðingarlausum. Stefndi byggir á því að stefnanda hafi á grundvelli 7. töluliðar í ákvörðun samkeppnisráðs verið skylt að veita TSC ehf. aðgang að dreifikerfum sínum. Hann telur að ákvæðið sé ekki bundið við efnisveitur enda hafi samkeppnisráð talið hættu á að staða nýrra og minni aðila á fjarskiptamarkaði yrði torvelduð þar sem aðgengi þeirra að efni til dreifingar um eigin net yrði ekki hið sama og hins markaðsráðandi fyrirtækis. Stefndi byggir á því að samkeppni á markaði fyrir nettengingar væri raskað ef samkeppnisaðilar stefnanda á markaði fyrir slíkar tengingar nytu ekki réttar til að dreifa sjónvarpsmerkjum efnisveitna um dreifikerfi stefnanda. Stefndi mótmælir því að aðrar ályktanir megi draga af 8.-9. og 10.-12. töluliðar eða umfjöllun á bls. 17 í ákvörðun samkeppnisráðs. Þá mótmælir stefndi því að dreifikerfi stefnanda fyrir sjónvarp og útvarp takmarkist við netsjónvarpskerfi hans (svonefnt IPTV-kerfi) enda dreifði stefnandi, nú Míla ehf., sjónvarpsmerkjum með öðrum hætti bæði fyrir og eftir upptöku umrædds kerfis. Í tilviki TSC ehf. hafi átt að flytja sjónvarpsmerki Íslenska sjónvarpsfélagsins hf. um stofnnet en það gjald sem fyrirtækið hafi átt að greiða fyrir hafi hins vegar verið svo hátt að aldrei hafi komið til þess.

Stefndi mótmælir málsástæðu stefnanda er lýtur að því að ekki verði séð hvaða þörf TSC ehf. hafi haft fyrir aðgang að dreifikerfi stefnanda, þar sem það reki sitt eigið sjónvarpsdreifikerfi. Í því sambandi bendir stefndi á að sjónvarpsdreifikerfi TSC ehf. hafi verið bundið við Snæfellsnes en því tjáð að aðeins væri hægt að afhenda sjónvarpsmerki Íslenska sjónvarpsfélagsins hf. í Múlastöð. Því hafi fyrirtækið þurft að fá aðgang að dreifikerfi stefnanda fyrir flutning sjónvarpsmerkis frá Múlastöð til Snæfellsness.

Stefndi mótmælir enn fremur þeirri málsástæðu, að 7. töluliður ákvörðunar samkeppnisráðs lúti ekki að samskiptum TSC ehf. og Mílu ehf., sem villandi og þýðingarlausri. Þegar ákvörðun samkeppnisráðs hafi verið tekin árið 2005 hafi starfsemi Mílu ehf. verið hluti af starfsemi stefnanda. Þær skyldur sem hvílt hafi á stefnanda samkvæmt 7. tölulið ákvörðunar samkeppnisráðs eigi því að gilda um starfsemi Mílu ehf. Hvað sem því líði sé ljóst að háttsemin sem um ræði hafi einkum átt sér stað áður en starfsemi stefnanda var skipt upp og Míla ehf. var stofnuð á árinu 2007.

Stefndi mótmælir enn fremur almennri tilvísun stefnanda til allra þeirra málsástæðna sem hann hafi byggt á við meðferð málsins fyrir samkeppnisyfirvöldum. Svo almenn tilvísun sé andstæð ákvæðum 1. mgr. 80. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála. Hins vegar tekur stefndi fram að til stuðnings málsástæðum sínum vísi hann til þeirra sjónarmiða sem hafi komið fram í ákvörðun hans sem og í greinargerð og athugasemdum hans til áfrýjunarnefndar samkeppnismála.

Stefndi mótmælir enn fremur varakröfu stefnanda um lækkun sektarfjárhæðarinnar. Í því sambandi mótmælir stefndi sérstaklega því sem ósönnuðu að stefnandi hafi verið í góðri trú um að háttsemi hans bryti ekki í bága við ákvörðun samkeppnisráðs. Stefndi byggir á því að stefnanda hafi ekki getað dulist að samtvinnun hans og aðgangshindrun gagnvart keppinautum hafi verið til þess fallin að raska samkeppni með alvarlegum hætti. Þetta sé sérstaklega skýrt þegar lítið sé til þeirra forsendna sem vikið sé að í ákvörðun samkeppnisráðs. Stefndi vekur í þessu sambandi athygli á því að stefnandi hafi hvorki fyrr né síðar gert athugasemdir við forsendur eða efni ákvörðunar samkeppnisráðs. Um sé að ræða brot á skýrum fyrirmælum í ákvörðun samkeppnisráðs sem byggir á sátt við stefnanda og Íslenska sjónvarpsfélagið hf. Ekkert bendi til þess að stefnandi hafi ekki gert sér grein fyrir því hvaða skyldur hafi hvílt á honum. Með gerð sáttarinnar hafi hann heitið því að beita ekki aðgerðum eins og þeim sem hann hafi beitt TSC ehf. Fyrirtæki sem fallist á skilyrði til að vinna gegn samkeppnishamlandi samruna verði að leitast við að markmið skilyrðanna nái fram að ganga, sbr. t.d. *úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 6/2007 Icelandair Group hf. og Bláfugl ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Stefndi telur að af gögnum málsins verði hins vegar ekki annað ráðið en að stefnandi hafi ætlað að gera TSC ehf. erfitt fyrir í samkeppni á markaði fyrir nettengingar. Þá eigi huglæg afstaða stefnanda ekki að skipta máli við ákvörðun sektarfjárhæðarinnar. Jafnframt mótmælir stefndi því að skilyrði 5. og 7. töluliðar ákvörðunar samkeppnisráðs séu óskýr. Háttsemi stefnanda hafi falið í sér ótvírætt brot gegn báðum töluliðunum.

Stefndi telur að við ákvörðun viðurlaga verði að hafa í huga að brot stefnanda hafi verið til þess fallin að veikja samkeppnisstöðu TSC ehf. til muna en fyrirtækið sé lítið og ljóst að miklu hafi varðað fyrir það að geta boðið viðskiptavinum sínum verð og þjónustu í samkeppni við stefnanda. Með brotum stefnanda hafi skapast hætta á að TSC ehf. og aðrir internetþjónustuaðilar og minni fjarskiptafyrirtæki hyrfu af markaði. Engin rök séu því til að fella niður sekt stefnanda.

Þá byggir stefndi á því að líta verði til eldri brota stefnanda við mat á sektarfjárhæð. Þessum brotum sé lýst í ákvörðun stefnda. Fjárhæð sektarinnar hafi verið langt innan við þau mörk sem tilgreind séu í samkeppnislögum. Í því sambandi telur stefndi að velta stefnanda af sölu nettenginga á Snæfellsnesi skipti ekki máli enda starfi stefnandi á slíkum markaði fyrir allt landið.

Stefndi telur að með aðgerðum sínum hafi stefnandi sent þau skilaboð til þeirra, sem hyggist keppa við hann, að samkeppni borgi sig ekki og að öllum tilraunum til þess verði mætt með afli. Stefndi byggir á því að þetta auki alvarleika brota stefnanda og horfi til hækkunar á fjárhæð sektarinnar. Þá byggir stefndi á því að almenn og sérstök varnaðaráhrif fylgi því að fyrirtækjum sé gert að greiða stjórnvaldssekt ef þau brjóti gegn skilyrðum í samrunaákvörðun. Mikilvægt sé að ekki verði farið á svig við slík skilyrði án þess að það leiði til viðurlaga. Byggir stefndi á því að sérstakar ástæður þurfi að vera fyrir hendi til að fyrirtæki greiði ekki stjórnvaldssekt fyrir slík brot. Telur stefndi að engar slíkar ástæður séu fyrir hendi í tilviki stefnanda.

Stefndi kveður kröfu sína um málskostnað styðjast við 129. og 130. gr. laga um meðferð einkamála.

IV.

Forsendur og niðurstaða

Með úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála, sem krafa stefnanda lýtur að, var staðfest ákvörðun stefnda um að stefnandi hefði með nánar tilgreindri háttsemi brotið gegn 5. og 7. tölulið ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 10/2005. Stefnanda var með úrskurðinum gert að greiða 50.000.000 króna sekt af þessum sökum og skyldi greiðsla fara fram innan eins mánaðar frá uppkvaðningu úrskurðar. Stefnandi telur sig ekki hafa brotið gegn umræddum töluliðum í ákvörðun samkeppnisráðs og reisir kröfu sína um ógildingu úrskurðarins og ákvörðunar stefnda á því atriði. Auk þess byggir hann á því að málsmeðferð stefnda hafi ekki fullnægt kröfum rannsóknarreglu 10. gr. stjórnisýslulaga nr. 37/1993.

Efni umræddra töluliða ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 10/2005 er rakið í kafla II hér að framan. Þar voru samruna stefnanda og Íslenska sjónvarpsfélagsins hf. sett ákveðin skilyrði með fyrirmælum sem beint var að stefnanda. Ákvörðun þessi byggðist á sátt milli samkeppnisráðs annars vegar og stefnanda og Íslenska sjónvarpsfélagsins hf. hins vegar. Með sáttinni gekkst stefnandi undir að fylgja þessum fyrirmælum í rekstri sínum, en þar kom fram að brot á þeim varðaði viðurlögum samkvæmt XIII. kafla þágildandi samkeppnislaga nr. 8/1993. Ákvörðun samkeppnisráðs nr. 10/2005 var reist á heimild í 1. mgr. 18. gr. þeirra laga þágildandi, en samkvæmt 1. mgr. 52. gr. laganna bar samkeppnisráði að leggja stjórnvaldssektir á fyrirtæki eða samtök fyrirtækja sem brutu meðal annars gegn slíkum ákvörðunum. Heimild til beitingar stjórnvaldssektar í slíkum tilvikum er núna í f-lið 1. mgr. 37. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005, auk þess sem í h-lið sömu málsgreinar er kveðið á um að beita megi slíkum sektum vegna brota á sátt í tilefni af samruna fyrirtækja.

Með þeim fyrirmælum sem stefnanda voru sett með umræddri ákvörðun samkeppnisráðs voru rekstri fyrirtækisins settar ákveðnar skorður. Leggja verður til grundvallar að stefnandi og Íslenska sjónvarpsfélagið hf. hafi þurft að endurmeta hagkvæmni samrunans í ljósi þeirra skilyrða sem félögin gengust undir með sáttinni. Eins og þegar hefur verið rakið varðaði brot á þessum fyrirmælum viðurlögum í formi stjórnvaldssekta. Með hliðsjón af þessu urðu fyrirmælin að vera bæði ákveðin og skýr. Sú krafa er einnig í samræmi við almenna reglu stjórnisýsluréttar sem gildir þegar stjórnvöld taka íþyngjandi stjórnvaldsákvarðanir af því tagi sem hér um ræðir. Því ber að líta svo á að stefnandi eigi ekki að bera hallann af óljósu efni þessara íþyngjandi fyrirmæla og að almennt beri að skýra vafa í því efni stefnanda í hag. Við skýringu þeirra verður eftir sem áður að taka mið af forsendum samkeppnisráðs fyrir ákvörðun sinni, en þær voru ítarlega reifaðar í ákvörðuninni.

Með 5. tölulið ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 10/2005 var stefnanda bannað að tvinna saman í sölu, þjónustu stefnanda og þjónustu Íslenska sjónvarpsfélagsins hf., gegn gjaldi eða viðskiptakjörum, sem jafna mátti til þess að sett væri það skilyrði fyrir kaupum á þjónustu frá stefnanda að einhver þjónusta Íslenska sjónvarpsfélagsins hf. fylgdi með í kaupunum. Af forsendum þessarar ákvörðunar

samkeppnisráðs má ráða að þetta skilyrði hafi verið sett í ljósi þess að ef ekkert yrði að gert gæti stefnandi með samrunanum styrkt stöðu sína á markaði fyrir bandbreiðar nettengingar og netþjónustu þar sem hann tryggði stefnanda aðgang að vinsælu sjónvarpsefni til dreifingar um ADSL-kerfi sitt. Yrði ekki brugðist við væri því hætt á því að keppinautar stefnanda á þessum markaði, líkt og TSC ehf., myndu hrökklast burt sökum þess að þeir hefðu ekki sama aðgang og stefnandi að sjónvarpsefni Íslenska sjónvarpsfélagsins hf. til að dreifa til viðskiptavina sinna. Af sömu ástæðu ættu ný fyrirtæki, sem vildu hasla sér völl á þeim markaði, erfiðara með að hrinda áformum sínum í framkvæmd.

Hvað þennan þátt málsins varðar eru atvik í raun óumdeild. Fyrir liggur að stefnandi bauð viðskiptavinum sínum fjórar áskriftarleiðir fyrir nettengingar með mismunandi hröðum tengingum. Með öllum þessum tengingum fylgdi aðgangur að gagnvirku sjónvarpi, sem kallað var Sjónvarp Símans, áður Skjárinn, ásamt ókeypis myndlykli. Með Sjónvarpi Símans höfðu viðskiptavinir stefnanda aðgang að sjónvarpsefni ýmissa sjónvarpsstöðva, þar á meðal Skjás Eins, sem var og er rekinn af Íslenska sjónvarpsfélaginu hf. Ef sjónvarpsefnið var í opinni dagskrá, líkt og Skjár Einn var á þessum tíma, höfðu viðskiptavinir stefnanda aðgang að því í gegnum ADSL-tengingu sína án nokkurs endurgjalds. Þá liggur fyrir að það hafði engin áhrif á verð áskriftarleiða fyrir ADSL-tengingar hjá stefnanda hvort viðskiptavinurinn vildi þennan aðgang að sjónvarpsefni eða ekki. Út frá þessum staðreyndum dró áfrýjunarnefnd samkeppnismála þá ályktun að stefnandi hefði boðið þjónustu beggja samrunaaðila í einum pakka og þannig nýtt aðstöðu sína til að stuðla að því að viðskiptamenn hans á einu sviði keyptu eða fengju þjónustu samrunaaðilans á öðru sviði. Með því taldi áfrýjunarnefndin að stefnandi hefði brotið gegn því banni sem kveðið var á um í fyrrgreindum 5. tölulið ákvörðunar samkeppnisráðs.

Stefnandi byggir meðal annars á því að hann geti ekki hafa gerst brotlegur við þennan tölulið þar sem dreifing sjónvarpsefnis á vegum stefnanda sé þjónusta hans en ekki þjónusta Íslenska sjónvarpsfélagsins hf. Um sé að ræða þjónustu sem stefnandi veiti annars vegar viðskiptavinum sínum og hins vegar eigendum sjónvarpsefnis sem greiði stefnanda fyrir dreifingu efnisins. Ekki geti því hafa verið um samtvinnun þjónustu stefnanda og Íslenska sjónvarpsfélagsins hf. að ræða. Dómurinn fær ekki séð að þessi greining á stöðu og hlutverki stefnanda gagnvart svonefndum efnisveitum annars vegar og notendum þjónustunnar hins vegar hafi sérstaka þýðingu í málinu. Byggist sú ályktun á því að með kaupum viðskiptavina stefnanda á ADSL-tengingu af honum opnaðist aðgangur að sjónvarpsefni Íslenska sjónvarpsfélagsins hf. og þar með þjónustu þess. Frá sjónarhóli viðskiptavina stefnanda var því um samtvinnun á þjónustu félaganna að ræða. Ekki verður séð að það breyti einhverju í þessu sambandi þó að Skjár Einn hafi verið sendur út í opinni dagskrá á þessum tíma.

Stefnandi telur enn fremur að sú háttsemi, sem honum sé gefin að sök í þessum lið, hefði verið honum möguleg án þess að til samrunans hefði komið. Í því sambandi bendir hann á að hann bjóði öllum eigendum sjónvarpsefnis hér á landi að dreifa efni þeirra í gegnum dreifikerfi sitt. Þetta nýti þeir og greiði fyrir þá þjónustu á jafnræðisgrundvelli. Því geti ekki verið um að ræða brot á 5. tölulið fyrrgreindrar ákvörðunar samkeppnisráðs. Í tilefni af þessari málsástæðu stefnanda áréttar dómurinn að með því að kaupa ADSL-tengingu af stefnanda fengu viðskiptavinir hans gegn einu heildargjaldi í senn bandbreiða nettengingu og

aðgang að Sjónvarpi Símans, þar á meðal sjónvarpsefni Íslenska Sjónvarpsfélagsins hf. Þetta fól í sér samtvinnun á þjónustu stefnanda og þjónustu þeirra sem sýndu sjónvarpsefni eins og rakið hefur verið. Ef um sjónvarpsefni var að ræða, sem var aðgengilegt notandanum með öðrum hætti en í gegnum bandbreiða nettengingu, hafði þessi samtvinnun ef til vill litla þýðingu við val hans á því hvert leita skyldi eftir slíkri tengingu. Annað gildi ef um vinsælt sjónvarpsefni var að ræða sem var ekki aðgengilegt notandanum með öðrum hætti en í gegnum þess háttar tengingu. Í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 10/2005 kom fram að þegar ákvörðunin var tekin hafi aðgangur sjónvarpsáhorfenda að Skjá Einum verið minni utan höfuðborgarsvæðisins en innan þess. Sama kom fram í skýrslu fyrrum sjónvarpsstjóra Skjás Eins fyrir dómi í máli þessu. Í gögnum málsins er því haldið fram að Skjár Einn hafi ekki verið aðgengilegur fyrir marga íbúa á norðanverðu Snæfellsnesi fyrr en stefnandi fór að nýta ADSL-tengingar sínar til dreifingar á sjónvarpi. Ekki hafa verið bornar brigður á það af hálfu stefnanda. Hér skiptir þó meira máli að stefnandi hafði með sáttinni gengist undir það skilyrði að tvíanna ekki saman þjónustu sína og þjónustu Íslenska sjónvarpsfélagsins hf. á þann hátt sem nánar greinir í 5. tölulíð sáttarinnar. Með því að veita aðgang að sjónvarpsefni í gegnum ADSL-tengingar sínar, meðal annars sjónvarpsefni Íslenska sjónvarpsfélagsins hf., gegn einu heildargjaldi verður ekki betur séð en að stefnandi farið gegn því skilyrði, eins og rakið hefur verið. Skiptir þá ekki máli þó að stefnandi hefði ef til vill einnig getað samið við Íslenska sjónvarpsfélagið hf. um dreifingu á efni þess ef ekki hefði komið til samrunans. Því verður ekki fallist á framangreinda málsástæðu stefnanda.

Ekki verður séð, að þær skyldur sem stefnandi gekkst undir með 7. tölulíð umræddrar ákvörðunar samkeppnisráðs og þeirri sátt sem henni lá til grundvallar, setji gildissviði eða þýðingu 5. tölulíðar sömu ákvörðunar sérstakar skorður. Stefnandi hefur heldur ekki bent á gögn eða upplýsingar sem ekki var aflað, en nauðsynlegt var að lægju fyrir, áður en stefndi tók afstöðu til þess hvort háttsemi stefnanda, sem hér hefur verið rakin, stangaðist á við umræddan tölulíð. Með vísan til þess sem að framan greinir telur dómurinn ekki liggja fyrir að niðurstaða stefnda og áfrýjunarnefndar samkeppnismála hvað þetta atriði varðar hafi byggst á rangri túlkun á ákvörðun samkeppnisráðs nr. 10/2005 eða ófullnægjandi upplýsingum. Ekki verður því fallist á að einhverjir þeir annmarkar hafi verið á þessari niðurstöðu samkeppnisyfirvalda að það eigi að leiða til ógildingar á sektarákvörðun áfrýjunarnefndar samkeppnismála.

Þá kemur til skoðunar hvort niðurstaða samkeppnisyfirvalda um brot stefnanda á 7. tölulíð ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 10/2005 eigi við rök að styðjast. Í þessum tölulíð var sú skylda lögð á stefnanda að veita „öðrum en Íslenska sjónvarpsfélaginu hf. aðgang að dreifikerfum sínum fyrir sjónvarp og útvarp“. Sú skylda var jafnframt lögð á stefnanda að útbúa sérstaka gjaldskrá í þessu skyni. Ekki er útskýrt sérstaklega í tölulíðnum hvaða merkingu eigi að leggja í orðalagið „aðgang að dreifikerfi fyrir sjónvarp og útvarp“ eða við hverja er átt þegar vísað er til annarra en Íslenska sjónvarpsfélagsins hf. Af málatilbúnaði stefnanda virðist hann álíta að hér sé átt við aðgang aðila er ráða yfir sjónvarpsrásum að dreifikerfi sínu er byggist á svonefndu IPTV-kerfi, en það geri stefnanda kleift að senda sjónvarp í gegnum ADSL-tengingar til viðskiptavina sinna. Stefndi telur þessa afmörkun of þrönga. Aðgangurinn sé ekki bundinn við efnisveitur af þessu tagi auk þess sem með aðgangi að dreifikerfi stefnanda sé átt við dreifikerfið í heild sinni, þar með talið stofnnet dreifikerfisins sem liggja frá enda mötunarnets að aðgangsneti

stefnanda. Þannig virðist stefndi telja að tölulíðurinn nái meðal annars til aðgangs að ljósleiðara frá Múlastöð í Reykjavík til símstöðvarinnar á Grundarfirði og aðstöðu sem nauðsynleg var til að nýta sér þá dreifileið.

Eins og að framan greinir verður að líta til forsendna ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 10/2005 við túlkun einstakra tölulíða í ákvörðunarorðum samkeppnisráðs. Þar er vikið að þeim mörkuðum sem samruni stefnanda og Íslenska sjónvarpsfélagsins hf. hafði áhrif á. Talið var að sjónvarps- og útvarpsdreifing teldist til undirmarkaða fjarskiptamarkaðarins, en um það var vísað til meðmæla framkvæmdastjórna Evrópusambandsins nr. 2003/311. Þá sagði orðrétt í ákvörðun samkeppnisráðs:

„Dreifing felur ávallt í sér flutning á merki frá upprunastað til notanda. Dreifing getur farið fram með mismunandi tækni. Sjónvarpsdreifing hér á landi hefur til þessa einkum farið fram með hefðbundnum hætti með dreifingu á UHF og/eða VHF tíðnum í lofti en Landssíminn kemur að rekstri dreifikerfis fyrir sjónvarp og útvarp í samstarfi við Ríkisútvarpið. Íslenska útvarpsfélagið hf. (nú 365 ljósvakamiðlar ehf.) hefur auk þessa dreift merkjum sínum í lofti með sk. MMDS tækni. Á árunum 2004 var búnaður fyrirtækisins uppfærður þannig að unnt er að nota hann til stafrænna útsendinga. Landssíminn hefur dreift sjónvarpsmerkjum um kapalkerfi sitt, sk. Breiðband, í nokkur ár og fer sú dreifing nú fram stafrænt. Tæknileg þróun Internettenginga, einkum tenginga sem nýta sk. ADSL tækni, hefur jafnframt verið mikil og hefur hraði tenginga nú náð því marki að unnt er að flytja sjónvarpsmerki um þær.“

Síðar í ákvörðuninni leiðir samkeppnisráð líkur að því að á næstu árum muni dreifing á sjónvarpsefni fara í auknum mæli fram í gegnum nettengingar. Þá kemur fram að með tilkomu stafrænna útsendinga hafi fjarskiptafyrirtæki séð möguleika á að „nýta koparkerfi sín (með uppfærðri ADSL tækni) til dreifingar á sjónvarpsefni“. Í umfjöllun ákvörðunarinnar um samkeppnisleg áhrif samrunans segir síðan orðrétt:

„Í yfirlýsingum fulltrúa Landssímans í fjölmiðlum eftir kaup fyrirtækisins á Skjá Einum hefur komið fram að tilgangur yfirtökunnar hafi verið að tryggja fyrirtækinu efni til dreifingar á dreifikerfi Landssímans. Dreifikerfið sem um ræðir er annars vegar sk. Breiðband Landssímans og hins vegar dreifikerfi sem fyrirtækið hyggst endurbæta. Hið endurbætta kerfi byggir á dreifingu um bandbreiðar Internettengingar með ADSL tækni.“

Síðan er talið að gagnvirk móttaka og dreifing á sjónvarpsefni um nettengingar muni verða vinsæll valkostur fyrir neytendur og fjölmiðlafyrirtæki í náinni framtíð. Vísað er til þess að stefnandi hefði í nýlegum málum hjá samkeppnisyfirköldum verið talinn ráðandi á mörkuðum fyrir bandbreiðar nettengingar og internetþjónustu. Þá er í ákvörðuninni talið að Skjár Einn hefði yfir að ráða eftirsóknarverðu efni fyrir sjónvarpsáhorfendur, einkum ensku deildarkeppnina í knattspyrnu og nokkurn fjölda vinsælla sjónvarpsþátta. Með vísan til þessara atriða var komist að þeirri niðurstöðu að með yfirtöku á „Skjá Einum, og þar með efni til dreifingar um ADSL kerfi sitt“ myndi stefnandi „auka eða styrkja markaðsstyrk

fyrirtækisins á mörkuðum fyrir bandbreiðar Internettengingar og Internetþjónustu“. Sökum þess var talið að ástæða væri til að grípa til íhlutunar vegna samrunans. Síðan var nánar rakið með hvaða hætti var talið að þetta gæti haft skaðleg áhrif á samkeppni. Í fyrsta lagi var talið að staða nýrra og minni aðila á fjarskiptamarkaði yrði torvelduð þar sem aðgengi þeirra að efni til dreifingar um net sín yrði ekki sú sama og hins markaðsráðandi fyrirtækis, eins og áður er rakið. Var talið að keppinautar á fjarskiptamarkaði ættu þannig á hættu að geta ekki boðið viðskiptavinum sínum sömu eða svipaða þjónustu og hið markaðsráðandi fyrirtæki og myndu því hrökklast af markaði. Í öðru lagi var talið að samruninn hefði þá hættu í för með sér að aðgangur annarra efnisveitna, t.d. á sjónvarps- og útvarpsmarkaði, að nýjum dreifileiðum gæti takmarkast þar sem þær hefðu ekki aðgang að dreifikerfi hins markaðsráðandi fyrirtækis.

Í umfjöllun samkeppnisráðs, sem hér hefur verið rakin, er ekki fjallað um dreifikerfi stefnanda fyrir sjónvarp og útvarp með hliðsjón af aðgreiningu þess í mötunarnet, stofnnet og aðgangsnét líkt og lagt er til grundvallar í málatilbúnaði stefnda. Þá er þar ekki skírskotað til dreifingar á sjónvarpsmerkjum með UHF- og/eða VHF-tíðnum í lofti eða öðrum dreifileiðum sem stefnandi virðist hafa rekið í samvinnu við Ríkisútvarpið. Einungis er þar vísað til dreifingar af hálfu stefnanda á sjónvarpsmerkjum í gegnum svokallað breiðband annars vegar og hins vegar um bandbreiðar nettengingar með ADSL-tækni. Verður að ætla að með því sé átt við dreifikerfi það sem þá var í burðarliðnum og byggðist á IPTV-kerfi sem gerði stefnanda kleift að senda sjónvarp í gegnum ADSL-tengingar eins og rakið hefur verið. Leggur samkeppnisráð áherslu á að með þessari tækni gætu opnast ný tækifæri til að koma sjónvarpsmerkjum til notenda og því væri ástæða til að setja samrunanum skilyrði. Byggðist það á mati samkeppnisráðs um að samruninn gæti veitt stefnanda forskot að vinsælu sjónvarpsefni Íslenska sjónvarpsfélagsins hf. til að dreifa um ADSL-kerfi sitt.

Dómurinn telur að ýmsir töluliðir, sem miðuðu að aðskilnaði í rekstri og þjónustu samrunaaðila, hafi miðað að því að koma í veg fyrir að samruninn hefði skaðleg áhrif að þessu leyti. Það á meðal annars við um 5. tölulið sem áður hefur verið vikið að. Einnig verður að ætla að skyldur, sem lagðar voru á Íslenska sjónvarpsfélagið hf. um að verða við málefnalegum beiðnum fyrirtækja í internetþjónustu og í stafrænni sjónvarpsdreifingu um dreifingu á sjónvarps- og útvarpsmerki félagsins, sbr. einkum 10. og 11. tölulið ákvörðunar samkeppnisráðs, hafi átt að mæta þessum áhrifum samrunans.

Eins og hér hefur verið rakið eygði samkeppnisráð einnig þá hættu að hann torveldaði öðrum efnisveitum en Íslenska sjónvarpsfélaginu hf. að nýta sér þessar nýju dreifileiðir stefnanda, eins og rakið er í forsendum ákvörðunarinnar nr. 10/2005. Þar virðist samkeppnisráð hafa horft til hugsanlegra áhrifa samrunans á sjónvarps- og útvarpsmarkaðinn og möguleika nýrra aðila til að komast inn á þennan markað. Fallast ber á það með stefnanda að 7. töluliður ákvörðunar samkeppnisráðs hafi átt að draga úr þessari hættu og að túlka verði töluliðinn í samræmi við það. Ekki verður hins vegar ráðið af ákvörðun samkeppnisráðs að hugað hafi verið að aðgengi annarra fjarskiptafyrirtækja, sem ráku sín eigin dreifikerfi, að fjarskiptakerfi stefnanda, í tengslum við samruna stefnanda og Íslenska sjónvarpsfélagsins hf. Þvert á móti kemur fram í ákvörðuninni varðandi „aðgang keppinauta að fjarskiptakerfi Landssímans, sérstaklega þeim hluta þess er varðar gagnaflutningsþjónustu til heimila hér á landi“ að Póst- og fjarskiptastofnun

væri að vinna að greiningu á fjarskiptamarkaði í samræmi við tilteknar gerðir framkvæmdastjórnar Evrópusambandsins. Í því ljósi þótti ekki nauðsynlegt „að meta stöðu Landsímans á þeim mörkuðum“.

Í ljósi þess sem hér hefur verið rakið verður að líta svo á að skilyrði 7. töluliðar umræddrar ákvörðunar samkeppnisráðs hafa verið sett til að tryggja aðilum, sem höfðu yfir sjónvarpsefni að ráða, öðrum en Íslenska sjónvarpsfélaginu hf., aðgang að ADSL-dreifikerfi stefnanda fyrir sjónvarp og útvarp svo að þeir gætu komið efni sínu til þeirra sem höfðu slíkar tengingar hjá stefnanda. Þegar jafnframt er litið til þess að skýra verður réttmætan vafa um túlkun skilyrðisins stefnanda í hag verður ekki fallist á að sú túlkun á töluliðnum, sem stefndi leggur til grundvallar, eigi rétt á sér. Fyrirmæli töluliðarins taka því að mati dómsins ekki til beiðna fjarskiptafyrirtækja á borð við TSC ehf. um samhýsingu í Múlastöð, eins og áfrýjunarnefnd samkeppnismála lagði til grundvallar, þó að fyrirtækið hafi haft í hyggju að nýta sér þá aðstöðu til að flytja sjónvarpsmerki Íslenska sjónvarpsfélagsins hf. um ljósleiðara vestur á Snæfellsnes. Þá telur dómurinn því síður að þau taki til beiðna slíkra fjarskiptafyrirtækja um að fá þessi sjónvarpsmerki afhent á símsstöðvum utan Reykjavíkur til dreifingar um eigin dreifikerfi.

Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála er enn fremur staðfest niðurstaða stefnda um að ekki hefði verið „gætt jafnræðis um gjald fyrir flutning sjónvarpsefnisins til þeirra viðskiptamanna“ stefnanda sem tvinnaðir voru saman við ADSL-þjónustu hans. Þar var vísað til umfjöllunar í kafla 4.2 í hinni kærðu ákvörðun stefnda. Í þeirri umfjöllun er meðal annars vísað til verðtilboðs frá Mílu hf., systurfélagi stefnanda, fyrir flutning á efni Skjás Eins og Sirkuss frá Múlastöð til Snæfellsness. Komist er að þeirri niðurstöðu að stefnandi ívilni viðskiptavinum sínum í samkeppni við TSC ehf. á internetþjónustumarkaði á Snæfellsnesi, með því að bjóða þeim flutning á sjónvarpsefni Íslenska sjónvarpsfélagsins hf. án sérstaks endurgjalds með ADSL-tengingum stefnanda, meðan TSC ehf. hafi verið ætlað að bera flutningskostnað á þessu efni til símsstöðva á Snæfellsnesi í samræmi við tilboð Mílu hf. Dómurinn telur ekki liggja fyrir að með þessu hafi stefnandi staðið í vegi fyrir því að TSC ehf. fengi aðgang að dreifikerfi stefnanda fyrir sjónvarp og útvarp, sbr. 7. tölulið ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 10/2005, eins og rétt er að túlka hann.

Samkvæmt framansögðu getur dómurinn ekki fallist á að sú háttsemi, sem stefnanda var gefin að sök í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála 28. apríl 2010 og í ákvörðun stefnda 18. desember 2009 hafi farið í bága við fyrirmæli 7. töluliðar ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 10/2005. Að því leyti eru þessar úrlausnir samkeppnisyfirvalda ekki reistar á réttum forsendum. Á hinn bóginn er fallist á að niðurstaða samkeppnisyfirvalda um brot stefnanda á 5. tölulið sömu ákvörðunar samkeppnisráðs eigi við rök að styðjast eins og rakið hefur verið. Í því ljósi telur dómurinn ekki efni til að fallast á aðalkröfu stefnanda um að fella að öllu leyti úr gildi fyrrgreindan úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála sem og umrædda ákvörðun stefnda.

Kemur þá til athugunar hvort fallast eigi á varakröfu stefnanda. Ber að líta svo á að með henni krefjist stefnandi þess að ákvæði áðurnefnds úrskurðar áfrýjunarnefndar, þar sem stefnanda var gert að greiða 50.000.000 króna í stjórnvaldssekt, verði fellt úr gildi að öllu leyti, sem og sektarákvæði ákvörðunar stefnda nr. 41/2009 frá 18. desember 2009. Verði ekki á það fallist krefst stefnandi að sektarfjárhæðin verði lækkuð verulega.

Eins og fram hefur komið gekkst stefnandi undir bann við samtvinnun á þjónustu hans og Íslenska sjónvarpsfélagsins hf. eins og nánar var kveðið á um í 5. tölulið ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 10/2005 og þeirri sátt sem lá henni til grundvallar. Með því að veita samhliða aðgangi að internetinu í gegnu ADSL-tengingar stefnanda aðgang að sjónvarpsefni frá Íslenska sjónvarpsfélaginu hf. gegn einu heildargjaldi fór stefnandi gegn fyrirmælum töluliðarins. Mátti stefnandi gera sér grein fyrir að þessi háttsemi hans stangaðist á við umrætt skilyrði sem sett hafði verið samruna félaganna. Ákvæði f- og h-liða 1. mgr. 37. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005, sbr. áður 1. mgr. 52. gr. samkeppnislaga nr. 8/1993, veitti samkeppnisyfirvöldum heimild til að beita stefnanda stjórnvaldssektum af þessu tilefni. Ekki er fallist á að álagning stjórnvaldssektarinnar hafi farið í bága við grundvallarreglu um að óheimilt sé að beita aðila refsingu nema fyrir liggi skýr refsheimild. Á það er fallist að umrædd hegðun stefnanda á markaði hafi verið til þess fallin að veikja samkeppnisstöðu smárra fjarskiptafyrirtækja, sem byggðu afkomu sína á rekstri staðbundinna dreifikerfa, eins og TSC ehf. Skapaðast við það hætta á því að þau hyrfu af markaði, sér í lagi á svæðum þar sem aðgangur að sjónvarpsefni Íslenska sjónvarpsfélagsins hf. var takmarkaður nema í gegnum ADSL-tengingar stefnanda. Engin ástæða er því til að fella stjórnvaldssektina að öllu leyti niður.

Stjórnvaldssektin, sem áfrýjunarnefnd samkeppnismála lagði á stefnanda, tók mið af því að hann hefði gerst brotlegur bæði við 5. og 7. tölulið ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 10/2005. Miðað við þær upplýsingar sem lágu fyrir samkeppnisyfirvöldum, meðal annars um veltu stefnanda á markaði fyrir háhraðatengingar og internetþjónustu árið 2008, liggur fyrir að sú sekt sem áfrýjunarnefndin ákvað var vel innan marka 2. mgr. 37. gr. samkeppnislaga. Eins og hér hefur verið rakið fellst dómurinn einungis á að stefnandi hafi gerst brotlegur við 5. tölulið umræddrar ákvörðunar, en ekki 7. tölulið hennar. Af þeim sökum þykir rétt að lækka sektina. Í ljósi þeirra skaðlegu áhrifa sem háttsemi stefnanda hafði á staðbundnum mörkuðum með nettengingar og internetþjónustu og þeirra sjónarmiða sem fram komu í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála þykir sektin hæfilega ákveðin 30.000.000 króna.

Með vísan til 3. mgr. 130. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála er rétt að hvor aðila beri sinn kostnað af rekstri máls þessa.

Dómsuppkvaðning hefur dregist fram yfir frest samkvæmt 1. mgr. 115. gr. laga nr. 91/1991. Aðilar og dómarar töldu hins vegar ekki þörf á því að málið yrði flutt að nýju.

Dóminn kveða upp Ásmundur Helgason og Kristjana Jónsdóttir héraðsdómarar og Hrefna Marín Gunnarsdóttir, lektor við verkfræðideild Háskóla Íslands.

D Ó M S O R Ð :

Stefndi, Samkeppniseftirlitið, er sýknaður af aðalkröfu stefnanda, Símans hf., og af varakröfu um að sektarákvæði úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála

frá 28. apríl 2010 í máli nr. 2/2010 verði að öllu leyti fellt úr gildi.

Stefnandi greiði sekt að fjárhæð 30.000.000 króna, sem renni í ríkissjóð, vegna brots á ákvæði 5. töluliðar ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 10/2005.

Málskostnaður milli aðila fellur niður.

Ásmundur Helgason (sign)

Hrefna Marín Gunnarsdóttir (sign)

Kristjana Jónsdóttir (sign)