

Héraðsdómur Reykjavíkur

Dómur 19. febrúar 2024

Mál nr. E-2362/2020:

Sýn hf.

(Reimar Snæfells Pétursson lögmaður)

gegn

Símanum hf.

(Hallmundur Albertsson lögmaður)

Dómur

Mál þetta, sem dómtekið var að lokinni aðalmeðferð þess, þann 7. febrúar sl., var höfðað með stefnu, birtri þann 3. apríl 2020, af stefnanda, Sýn hf., Suðurlandsbraut 8, Reykjavík, á hendur stefnda, Símanum hf., Ármúla 25, Reykjavík.

Stefnandi Sýn gerir í málinu eftirtalдар dómkröfur á hendur stefnda Símanum:

Aðalkrafa: að stefnda verði gert að greiða stefnanda 125.084.713 krónur auk vaxta samkvæmt 1. mgr. 8. gr. laga nr. 38/2001 um vexti og verðtryggingu af 185.037 krónum frá 5. des. 2015 til 5. jan. 2016, af 740.147 krónum frá þeim degi til 5. feb. 2016, af 1.665.330 krónum frá þeim degi til 5. mars 2016, af 2.960.586 krónum frá þeim degi til 5. apríl 2016, af 4.625.915 krónum frá þeim degi til 5. maí 2016, af 6.661.317 krónum frá þeim degi til 5. júní 2016, af 9.066.792 krónum frá þeim degi til 5. júlí 2016, af 11.842.340 krónum frá þeim degi til 5. ágúst 2016, af 14.987.961 krónu frá þeim degi til 5. sept. 2016, af 18.503.656 krónum frá þeim degi til 5. okt. 2016, af 22.389.424 krónum frá þeim degi til 5. nóv. 2016, af 26.645.265 krónum frá þeim degi til 5. des. 2016, af 31.271.179 krónum frá þeim degi til 5. jan. 2017, af 36.267.166 krónum frá þeim degi til 5. feb. 2017, af 41.633.226 krónum frá þeim degi til 5. mars 2017, af 47.369.359 krónum frá þeim degi til 5. apríl 2017, af 53.475.565 krónum frá þeim degi til 5. maí 2017, af 59.951.845 krónum frá þeim degi til 5. júní 2017, af 66.798.198 krónum frá þeim degi til 5. júlí 2017, af 74.014.624 krónum frá þeim degi til 5. ágúst 2017, af 81.601.123 krónum frá þeim degi til 5. sept. 2017, af 89.557.695 krónum frá þeim degi til 5. okt. 2017, af 97.884.340 krónum frá þeim degi til 5. nóv. 2017, af 106.581.058 krónum frá þeim degi til 5. des. 2017, af 115.647.849 krónum frá þeim degi til 5. jan. 2018 og af 125.084.713 krónum frá þeim degi til 7. apríl 2020 auk dráttarvaxta skv. 1. mgr. 6. gr. sömu laga frá þeim degi til greiðsludags.

Fyrsta varakrafa: að stefnda verði gert að greiða stefnanda 100.067.773 krónur auk vaxta samkvæmt 1. mgr. 8. gr. laga nr. 38/2001 um vexti og verðtryggingu af 148.029 krónum frá 5. des. 2015 til 5. jan. 2016, af 592.117 krónum frá þeim degi til 5. feb. 2016, af 1.332.263 krónum frá þeim degi til 5. mars 2016, af 2.368.468 krónum

frá þeim degi til 5. apríl 2016, af 3.700.731 krónu frá þeim degi til 5. maí 2016, af 5.329.053 krónum frá þeim degi til 5. júní 2016, af 7.253.433 krónum frá þeim degi til 5. júlí 2016, af 9.473.872 krónum frá þeim degi til 5. ágúst 2016, af 11.990.369 krónum frá þeim degi til 5. sept. 2016, af 14.802.925 krónum frá þeim degi til 5. okt. 2016, af 17.911.539 krónum frá þeim degi til 5. nóv. 2016, af 21.316.212 krónum frá þeim degi til 5. des. 2016, af 25.016.943 krónum frá þeim degi til 5. jan. 2017, af 29.013.733 krónum frá þeim degi til 5. feb. 2017, af 33.306.581 krónu frá þeim degi til 5. mars 2017, af 37.895.488 krónum frá þeim degi til 5. apríl 2017, af 42.780.453 krónum frá þeim degi til 5. maí 2017, af 47.961.477 krónum frá þeim degi til 5. júní 2017, af 53.438.559 krónum frá þeim degi til 5. júlí 2017, af 59.211.700 krónum frá þeim degi til 5. ágúst 2017, af 65.280.899 krónum frá þeim degi til 5. sept. 2017, af 71.646.157 krónum frá þeim degi til 5. okt. 2017, af 78.307.473 krónum frá þeim degi til 5. nóv. 2017, af 85.264.848 krónum frá þeim degi til 5. des. 2017, af 92.518.281 frá þeim degi til 5. jan. 2018 og af 100.067.773 krónum frá þeim degi til 7. apríl 2020 auk dráttarvaxta samkvæmt 1. mgr. 6. gr. sömu laga frá þeim degi til greiðsludags.

Önnur varakrafa: að stefnda verði gert að greiða stefnanda 75.050.829 krónur auk vaxta samkvæmt 1. mgr. 8. gr. laga nr. 38/2001 um vexti og verðtryggingu af 111.022 krónum frá 5. des. 2015 til 5. jan. 2016, af 444.088 krónum frá þeim degi til 5. feb. 2016, af 999.198 krónum frá þeim degi til 5. mars 2016, af 1.776.352 krónum frá þeim degi til 5. apríl 2016, af 2.775.549 krónum frá þeim degi til 5. maí 2016, af 3.996.790 krónum frá þeim degi til 5. júní 2016, af 5.440.075 krónum frá þeim degi til 5. júlí 2016, af 7.105.404 krónum frá þeim degi til 5. ágúst 2016, af 8.992.777 krónum frá þeim degi til 5. sept. 2016, af 11.102.194 krónum frá þeim degi til 5. okt. 2016, af 13.433.655 krónum frá þeim degi til 5. nóv. 2016, af 15.987.160 krónum frá þeim degi til 5. des. 2016, af 18.762.708 krónum frá þeim degi til 5. jan. 2017, af 21.760.300 krónum frá þeim degi til 5. feb. 2017, af 24.979.936 krónum frá þeim degi til 5. mars 2017, af 28.421.616 krónum frá þeim degi til 5. apríl 2017, af 32.085.340 krónum frá þeim degi til 5. maí 2017, af 35.971.108 krónum frá þeim degi til 5. júní 2017, af 40.078.920 krónum frá þeim degi til 5. júlí 2017, af 44.408.775 krónum frá þeim degi til 5. ágúst 2017, af 48.960.674 krónum frá þeim degi til 5. sept. 2017, af 53.734.617 krónum frá þeim degi til 5. okt. 2017, af 58.730.604 krónum frá þeim degi til 5. nóv. 2017, af 63.948.635 krónum frá þeim degi til 5. des. 2017, af 69.388.710 frá þeim degi til 5. jan. 2018 og af 75.050.829 krónum frá þeim degi til 7. apríl 2020 auk dráttarvaxta samkvæmt 1. mgr. 6. gr. sömu laga frá þeim degi til greiðsludags.

Þriðja varakrafa: að stefnda verði gert að greiða stefnanda aðra fjárhæð að álitum að mati dómsins auk dráttarvaxta samkvæmt 1. mgr. 6. gr. sömu laga frá 7. apríl 2020 til greiðsludags.

Þá krefst stefnandi í öllum tilvikum málskostnaðar úr hendi stefnda.

Stefndi krefst þess að hann verði sýknaður af öllum kröfum stefnanda.
Þá krefst stefndi þess að stefnandi verði dæmdur til að greiða honum málskostnað.

Ágreiningsefni og málsatvik

Stefnandi, Sýn hf., gerir í máli þessu kröfu á hendur stefnda, Símanum hf., vegna ætlaðs fjártjóns, sem stefnandi telur sig sannanlega hafa orðið fyrir vegna afleiðinga ætlaðra brota stefnda gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga nr. 38/2011, sbr. ákvörðun nú Fjarskiptastofu nr. 10/2018 frá 3. júlí 2018, sem m.a. lýsir ætluðum brotum stefnda í svokölluðum Vodafone-þætti þess máls og varðar þá stefnanda sérstaklega. En hið ætlaða brot stefnda var talið felast í því að stefndi hafi frá 1. október 2015 og fram til a.m.k. 3. júlí 2018, sem fjölmiðlaveita, beint viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki, það er þá í þessu tilviki að sjálfu sér, sem og að þáverandi dótturfyrirtæki stefnda, nú Mílu hf., í trássi við framangreint bannákvæði laganna. En umrætt ætlað brot stefnda beindist m.a. að því að stefndi hafi þá einungis boðið upp á sjónvarpsefni sitt í ólínulegri dagskrá í gegnum sitt eigið IPTV-kerfi, og ekki reynt að semja í góðri trú um aðgengi stefnanda til að geta boðið viðskiptamönnum hans upp á þá vöru, er aftur hafi m.a. leitt til þess að stefnandi hafi þannig orðið af viðskiptum. Gerir stefnandi nú bótakröfur á hendur stefnda í ljósi tapaðra viðskipta sem stefnandi telur sig hafa orðið fyrir vegna framangreindra ætlaðra brota stefnda, en það tímabil sem stefnandi miðar hér bótakröfu sína við tekur til ætlaðs tjóns er stefnandi telur sig hafa orðið fyrir af völdum aðgerða stefnda á tímabilinu 1. október 2015 til 1. desember 2017. Stefndi, sem krefst hér sýknu, byggir á því að ekki hafi verið um brot hans gegn téðu lagaákvæði að ræða, en jafnframt byggir stefndi á því að ekki hafi verið sýnt fram á að stefnandi hafi orðið fyrir nokkru sannanlegu fjártjóni vegna athafna stefnda.

Málavextir eru annars þeir að með ákvörðun 3. júlí 2018 í máli nr. 10/2018 sló Fjarskiptastofa, er þá var Póst- og fjarskiptastofnun, því föstu að stefndi Síminn hefði 1. október 2015 brotið gegn ákvæði 5. mgr. 45. gr. laga nr. 38/2011 um fjölmiðla, og að brotið hefði a.m.k. staðið yfir óslitið þaðan í frá og þar til ákvörðunin var tekin. Þetta hafi stefndi gert með því að stunda þar tilgreindar aðgerðir, tengdar ólínulegri dagskrá stefnda, sem fólust m.a. í því að beina til stefnda sjálfs fjarskiptaviðskiptum áhorfenda hjá fjölmiðlaveitu hans, Sjónvarpi Símans og Sjónvarpi Símans Premium. Skipti Fjarskiptastofa umfjölluninni í meginráttum í tvennt, í svokallaðan „Vodafone þátt“ og „GR þátt“. Í Vodafone-þættinum var fjallað um samningaviðræður stefnanda og stefnda, en í GR-þætti um samningaviðræður stefnda og Ljósleiðarans ehf., sem þá hét Gagnaveita Reykjavíkur ehf., og sem einnig var aðili að stjórnsýslumálinu. Komst Fjarskiptastofa m.a. að þeirri niðurstöðu að til þess að afstýra eða binda endi á umrædd brot þá hefði stefndi Síminn m.a. ekki sýnt nægan samningsvilja í samningaviðræðum við stefnanda Sýn og þannig brotið áfram gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga.

Líkt og rakið er ítarlega í téðri ákvörðun Fjarskiptastofu nr. 10/2018 eru tildrög máls þessa annars þau að stefndi kynnti viðamiklar breytingar á sjónvarpsþjónustu sinni 1. október 2015. Breytingarnar fólust m.a. í því að sjónvarpsstöð stefnda, þá nefnd SkjárEinn, var gerð að opinni frístöð, án þess þó að ólínuleg myndmiðlun fylgdi með hinni línulegu dagskrá. Samhliða setti stefndi á laggir efnisveituna Sjónvarp Símans Premium sem varð áskrifarstöð og var þannig síðan aðeins aðgengileg hjá stefnda og þá á undirliggjandi fjarskiptanetum Mílu, þáverandi dótturfélags stefnda, og nokkrum staðbundnum fjarskiptanetum sem stefndi hafði samið við. Ekki samdist við stefnanda um að gera efnið aðgengilegt í gegnum IPTV-kerfi stefnanda, né heldur var það gert aðgengilegt með OTT-lausn á hér umræddum tíma. Þá var efnið yfirhöfuð ekki aðgengilegt á fjarskiptaneti Ljósleiðarans ehf. er starfrækir stærsta ljósleiðaranet landsins. Á efnisveitu stefnda var á þessum tíma hægt að nálgast efni með ólínulegum hætti sem hafði áður verið sýnt á hinni línulegu opnu frístöð. Þá bauð stefndi einnig áskrifendum að horfa á sérstakar forsýningar tiltekinna þáttaraða á efnisveitunni.

Á sama tíma og framangreindar breytingar hafi verið gerðar á sjónvarpsþjónustu stefnda kynnti stefndi breytingar á fjarskiptaþjónustu félagsins með því að boðið hafi verið upp á svokallaðan „Heimilispakka“ þar sem áskrifendur hafi fengið aðgang að heimasíma, interneti og sjónvarpsþjónustu. Í sjónvarpsþjónustu hafi falist sjónvarpsþjónusta stefnda (myndlykill og aðgangur að frístöðvum), Sjónvarp Símans Premium og Sjónvarps-app stefnda. Hér framangreint fyrirkomulag stefnda hafi verið til staðar á því tímabili er stefnukröfur máls þessa taki til og lengur. Það hafi leitt af sér að viðskiptavinir sem keypt hafi fjarskiptaþjónustu af stefnanda hafi ekki getað notið efnisveitu stefnda. Hafi þetta að mati stefnanda augljóslega haft að markmiði að beina til stefnda og frá öðrum fjarskiptaviðskiptum áhorfenda og notenda efnisveitu stefnda.

Með dómi Héraðsdóms Reykjavíkur frá 1. febrúar sl. í máli nr. E-3251/2018 var kröfum Símans um ógildingu á framangreindri ákvörðun Fjarskiptastofu nr. 10/2018 hafnað, nema þá hvað varðar lagaskilyrði til ákvörðunar sektar sem felld var niður, og stendur því umrædd ákvörðun að öðru leyti óhöggð og þ.á m. um það brot stefnda Símans sem lýst er þar gagnvart bannákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga nr. 28/2011 og tekur þá m.a. til framangreinds Vodafone-þáttar málsins, eins og þar er frekar lýst.

Í því skaðabótamáli sem hér um ræðir byggir stefnandi á því að umrædd háttsemi stefnda m.a. í téðum Vodafone-þætti, sbr. ákvörðun nr. 10/2018, á hinu tilgreinda tímabili, 1. október 2015 til 1. desember 2017, er hér um ræðir, hafi verið saknæm og ólögmat af hálfu stefnda Símans og varði bótaskyldu stefnda gagnvart stefnanda þar sem háttseminni hafi verið ætlað að draga úr og hafa af stefnanda fjarskiptaviðskipti. Telur stefnandi að umrædd háttsemi stefnda hafi verið skipulögð og skilað stefnda verulegum ávinningi í formi aukinna fjarskiptaviðskipta, en þá valdið stefnanda tjóni í formi tapaðra viðskipta. Það tjón stefnanda sé þá sennileg afleiðing háttseminnar og

sjái stefnandi sig því knúinn til þess að höfða mál þetta til heimtu bóta fyrir tjónið. Í málinu krefst stefnandi skaðabóta vegna þess tjóns sem hann telji sig hafa orðið fyrir af völdum téðra markaðsaðgerða stefnda á tímabilinu 1. október 2015 til 1. desember 2017, en þótt það spanni aðeins upphafstímabil téðra aðgerða stefnda þá hafi stefnandi í hagræðingarskyni að svo stöddu kosið að gera nú aðeins kröfur vegna þessa tímabils.

Fyrir liggur að á grundvelli títtnefndrar ákvörðunar Fjarskiptastofu nr. 10/2018 sendi stefnandi 13. júlí 2018 skaðabótakröfu til stefnda. Þeirri kröfu hafnaði stefndi í bréfi 26. júlí 2018. Stefndi höfðaði síðan dómsmál með stefnu birtri 1. október 2018 til ógildingar ákvörðunar nr. 10/2018, en stefnandi er á meðal stefndu í því máli, en málið er nr. E-3251/2018 hjá Héraðsdómi Reykjavíkur. Liggur nú sem fyrr segir fyrir dómur héraðsdóms í því máli frá 1. febrúar sl., en áður hafði Hæstiréttur Íslands í dómi í máli nr. 50/2022 frá 31. maí 2023 ómerkt bæði dóma héraðsdóms og Landsréttar í málinu. Enn fremur liggur fyrir að stefnandi höfðaði mál með stefnu, birtri 6. nóvember 2018, til heimtu skaðabóta vegna hér umræddra aðgerða stefnda. Þetta gerði stefnandi í formi gagnsakar í máli nr. E-3251/2018, en þeirri gagnsök var vísað frá héraðsdómi með úrskurði 15. maí 2019. Stefnandi kaus að una þeim úrskurði og fór þess þá á leit með beiðni, 19. júní 2019, að dómkvaddir yrðu matsmenn til að meta tjón hans af ætluðum brotum stefnda á tímabilinu 1. október 2015 til 1. desember 2017. Héraðsdómur Reykjavíkur varð við beiðninni 5. september 2019 og dómkvaddi þá hagfræðinginn Gunnar Haraldsson og fjármálastærðfræðinginn Hersi Sigurgeirsson til þess að meta ætlað tjón stefnanda. Stefnandi höfðaði síðan mál með stefnu birtri 2. október 2019 á hendur stefnda í því skyni að rjúfa fyrningu á meðan matsmennirnir voru að störfum, ef svo bæri við að fyrning málsins teldist byrjuð að líða. Málið var þingfest en síðan fellt niður 17. október 2019. Matsgerð hinna dómkvöddu matsmanna var afhent til stefnanda 17. mars 2020 og var þá höfðað mál þetta sem nauðsyn hafi borið til þar sem stefndi hafi hafnað bótaskyldu.

Afstaða stefnda Símans til þess hvaða atvik hafi þýðingu við úrlausn þessa máls eru á nokkuð annan veg en stefnanda og leggur stefndi áherslu á vissa forsögu málsins. Málsaðilar séu keppinautar á mörkuðum fyrir fjarskiptaþjónustu, upplýsingatækniþjónustu og fjölmiðlaþjónustu þar sem stefnandi hafi lengstum haft ráðandi stöðu á mörkuðum fyrir dreifingu sjónvarpsefnis sem og á markaði fyrir áskriftarsjónvarp. Aðdraganda þessa máls megi að miklu leyti rekja til þeirra breytinga sem hafi orðið á framboði og þar með aðgengi almennings að afþreyingarefni í sjónvarpi um nokkurra ára skeið. Sé þar m.a. vísað til framboðs á sjónvarpsefni frá alþjóðlegum efnisveitum á borð við Netflix, Amazon Prime, Google TV og Apple TV. Að baki þessum efnisveitum standi alþjóðleg stórfyrirtæki og í þeim samanburði sé velta stefnda aðeins brotabrot af veltu þeirra stórfyrirtækja sem standi að baki slíkum efnisveitum.

Þann 14. apríl 2015 hafi stefnandi sett á markað sjónvarpsþjónustuna „Vodafone Play“ sem eingöngu hafi verið aðgengileg viðskiptavinum stefnanda um gagnvirka sjónvarpsþjónustu hans eftir þeim dreifileiðum sem ákveðnar hafi verið af stefnanda. Daginn eftir, 15. apríl 2015, hafi stefndi og Samkeppniseftirlitið svo skrifað undir sátt, sem síðar hafi verið birt sem ákvörðun nr. 20/2015, „Breyting á skilyrðum eignarhalds Símans á Skjánum – Niðurfelling ákvörðunar nr. 10/2005“. Vísar stefndi til þess að með umræddri sátt hafi samkeppnisyfirvöld fallið frá íþyngjandi skilyrðum sem áður hafi verið lögð á stefnda vegna ólínulegrar myndmiðlunar en að skilyrði sem eftir hafi staðið hafi einungis náð til sjónvarpsútsendinga (þ.e. línulegrar myndmiðlunar).

Á þessum tíma hafi stefndi rekið sjónvarpsstöðina SkjáEinn sem áskriftarstöð og hafi rekstur stöðvarinnar þá átt undir högg að sækja, þá einkum í samkeppni við sjónvarpsstöðvar 365 miðla hf., sem séu nú reknar af stefnanda. Stefndi hafi þá dreift SkjáEinum um IPTV, UHF og örbylgjukerfi stefnanda á grundvelli samnings sem undirritaður var 25. maí 2011 og gildi til 1. maí 2016. Samkvæmt samningum átti hann að framlengjast um eitt ár í senn nema honum yrði sagt upp með sex mánaða fyrirvara. Stefndi sagði upp samningnum 30. júní 2015 og hafi nýr samningur verið undirritaður 1. júní 2016, þar sem stefndi hafi ákveðið að nýta aðeins sína eigin IPTV-þjónustu og örbylgjudreifingu til dreifingar á opnu sjónvarpsrásinni SkjáEinum, er þá hét Sjónvarp Símans. Hafði stefndi þá breytt stöðinni úr áskriftarstöð í opna sjónvarpsstöð. Stefndi hafi þannig ákveðið að nota ekki UHF-kerfi stefnanda vegna mikils kostnaðar við þá þjónustu. Við þessa breytingu, ásamt því að stöðin hafi verið í opinni dagskrá, hafi mánaðarverð fyrir dreifinguna lækkað og það verið umtalsvert hagræði fyrir stefnda.

Hafi stefndi ákveðið að gera breytingar á þjónustuframboði sínu með því að senda efni sjónvarpsstöðvarinnar út í opinni dagskrá og setja á fót efnisveitu er ber nú heitið Sjónvarp Símans Premium og sem hafi upphaflega eingöngu boðið upp á aðgang að sjónvarpsefni með ólínulegri myndmiðlun (myndmiðlun eftir pöntun). Þar sem stefndi og stefnandi náðu ekki saman um dreifingu stefnanda á sjónvarpsefni til ólínulegrar myndmiðlunar hafi aðgangur að því sjónvarpsefni stefnda ekki verið aðgengilegur viðskiptavinum stefnanda yfir sjónvarpsdreifikerfi hans, með löglegum hætti, frá 1. október 2015, er breytingar á þjónustuframboði stefnda hafi tekið gildi. Stefnandi hafi þá tekið einhliða ákvörðun um að gera öllum viðskiptavinum sínum kleift að nálgast ólínulegt myndefni stefnda um tíma, án heimildar og án þess að greiða stefnda fyrir. Stefndi hafi fengið sett lögbannt við þeirri háttsemi stefnanda vegna brota á höfundarétti og hafi lögbannt verið staðfest með dómi Hæstaréttar í máli nr. 329/2017.

Það sé því að mati stefnda rangt sem haldið sé fram í stefnu að um hafi verið að ræða þaulskipulagðar aðgerðir sem beint hafi verið að stefnanda. En aðgerðir stefnda hafi verið liður í því að gera félagið betur í stakk búið til að taka þátt í samkeppni við sér sterkari keppinauta hérlendis sem erlendis og aðlaga sig að breyttum veruleika.

Viðskiptavinum sem hafi verið áskrifendur að Sjónvarpi Símans Premium hafi fjölgað nokkuð á fyrstu árum þjónustunnar. Hafi sú fjölgun að mati stefnanda fyrst og fremst og nær eingöngu verið vegna viðskiptavina sem þegar hafi verið í viðskiptum hjá stefnda. Viðskiptavinum stefnda með fjarskiptaþjónustu á svæði Ljósleiðarans ehf., svo sem talsímaþjónustu eða internetþjónustu, hafi ekki fjölgað að mati stefnda. Þá árétti stefndi að honum beri engin skylda á grunni fjölmiðlalaga til að bjóða eða semja um dreifingu á ólínulegu myndefni, sbr. dóm Hæstaréttar í máli nr. 329/2017.

Ágreiningur stefnanda og stefnda hafi einnig verið tekinn til athugunar í máli Fjarskiptastofu nr. 27/2019. Hafi niðurstaðan þar orðið sú að stefndi hafi áfram talist vera brotlegur þar til stefndi hafi óskað eftir því að klára samninga við stefnanda um dreifingu Sjónvarps Símans Premium yfir IPTV-kerfi stefnanda 2. október 2019. Stefndi telji að með þessu hafi stefnandi viðurkennt að í raun hafi aldrei staðið til að semja við stefnanda um Sjónvarp Símans Premium vegna hagsmuna stefnanda af sölu á eigin efnisveitu sem sé í samkeppni við efnisveitu stefnda. Hafi stefndi skotið ákvörðun Fjarskiptastofu nr. 27/2019 til úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála.

Stefnandi hafi aflað matsgerðar til þess að sanna meint tjón sitt á tímabilinu frá 1. október 2015 til 1. desember 2017. Á þeim tíma hafi rekstur stefnanda gengið vel en samtímis verið mikil samkeppni á fjarskiptamörkuðum. Ljósleiðarinn ehf. hafi þá unnið að uppbyggingu ljósleiðaranets á höfuðborgarsvæðinu. Fjarskiptafyrirtækið Nova ehf. er hafi náð afar góðum árangri á farsímamarkaði og hafði flesta áskrifendur í farsímaþjónustu á matstímabilinu hafi hafið mikla markaðssókn á öðrum mörkuðum fjarskipta, auk þess að bjóða eigin sjónvarpsþjónustu, NovaTV. Þá hafi fjarskiptafyrirtækið Hringdu einnig náð talsverðum árangri á mörkuðum fyrir internetþjónustu.

Með tilkomu hins öfluga ljósleiðaranets Ljósleiðarans hafi fjarskiptafyrirtæki lagt mikla áherslu á kosti þess að tengjast ljósleiðaraneti félagsins og nýta þann hraða sem ljósleiðaranet bjóði. Stefndi hafi ekki farið varhluta af þessu og misst markaðshlutdeild á flestum undirmörkuðum fjarskipta, sbr. tölfraeðiskýrslur Fjarskiptastofu fyrir árið 2017 er sýni stöðu í lok árána 2015–2017 og skýrslur fyrir árið 2019 sem sýni stöðuna í lok árána 2017–2019. Þrátt fyrir að það hafi þá verið aðrir en stefndi sem hafi vaxið mest á fjarskiptamörkuðum telji stefnandi það þó sök stefnda að vöxtur stefnanda hafi þá verið minni en annarra á sumum af undirmörkuðum fjarskipta.

Á þeim tíma sem stefnandi telji stefnda hafa valdið sér tjóni hafi rekstur hans þó gengið afar vel ef marka megi upplýsingar sem stafi frá stefnanda. En samkvæmt upplýsingunum af fjárfestakynningum stefnanda hafi tekjur hans aukist verulega á tímabilinu á þeim mörkuðum sem hið meinta brot gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga nr. 38/2011 eigi að hafa valdið stefnanda tjóni en samt orðið metfjölgun viðskiptavina.

Stefndi hafni því að hafa valdið stefnanda tjóni. Það að efnisveitan Sjónvarp Símans Premium hafi á umræddum tíma ekki verið í boði í IPTV-þjónustu stefnanda

hafi ekki verið ráðandi um það hvar viðskiptavinir hafi ákveðið að stofna til viðskipta. Ef svo væri hefði t.d. Nova ekki náð þeim árangri sem raun beri vitni og það þrátt fyrir að hafa ekki boðið upp á Sjónvarp Símans Premium. Meginástæðu breytinga á viðskiptavinafjölda stefnanda á tímabilinu megi að mati stefnda mun fremur rekja til sterkar innkomu Nova og markaðsátaks 365 miðla ehf., er stefnandi hafi síðar keypt.

Loks ber að geta þess að undir rekstri málsins hefur stefndi aflað matsgerðar, dags. 10. október 2022, er unnin var af hagfræðingunum Ágústi Arnórssyni og Sigurði Jóhannessyni sem staðfestir að mati stefnda að stefnandi hafi í raun ekki beðið neitt sannanlegt tjón af hér umræddum ráðstöfunum af hálfu stefnda á umræddu tímabili.

Málsástæður og lagarök stefnanda

Með ákvörðun nr. 10/2018 hafi Fjarskiptastofa slegið því föstu að stefndi hafi 1. október 2015 brotið gegn ákvæði 5. mgr. 45. gr. laga nr. 38/2011 um fjölmiðla og að brotið hafi staðið yfir óslitið síðan þá og þar til að ákvörðunin hafi verið tekin. Brotið hafi stefndi framið með því að stunda um langt skeið aðgerðir sem hafi sýnilega verið ætlað að beina til stefnda sjálfs fjarskiptaviðskiptum áhorfenda fjölmiðlaveitu stefnda, Sjónvarps Símans og Sjónvarps Símans Premium. Sú háttsemi stefnda hafi verið og sé saknæm og ólögmæt og varði bótaskyldu. Henni hafi verið ætlað það að draga úr og hafa af stefnanda fjarskiptaviðskipti. Háttsemin hafi verið þaulskipulögð og skilað stefnda miklum ávinningi, í formi aukinni fjarskiptaviðskipta, en valdið hafi stefnanda samsvarandi tjóni í formi tapaðra viðskipta. Þetta tjón stefnanda sé sennileg afleiðing háttsemin stefnda og stefnandi sjái sig því knúinn til að höfða mál þetta til heimtu bóta.

Í málinu krefjist stefnandi skaðabóta vegna þess tjóns sem hann hafi orðið fyrir af völdum markaðsaðgerða stefnda á tímabilinu 1. október 2015 til 1. desember 2017. En sem áður greinir, þá hafi stefndi beint viðskiptum fjölmiðlaveitu sinnar að fjarskiptahluta sínum frá 1. október 2015. Með þeirri háttsemi hafi stefndi brotið gegn 5. mgr. 45. gr. laga nr. 38/2011 og þau brot staðið yfir á því tímabili sem stefnukröfur þessa máls taki til og reyndar lengur. Stefnandi hafi frá upphafi mótmælt háttsemi stefnda og talið hana ólögmæta, án þess að stefndi hafi skeytt um þau mótmæli.

Hin saknæma og ólögmæta háttsemi stefnda hafi valdið stefnanda verulegu fjárhagslegu tjóni og á því tjóni verði stefndi að bera ábyrgð. Brot stefnda hafi beinst gegn hagsmunum stefnanda sérstaklega. Brotið hafi orðið til þess að stefnandi hafi tapað viðskiptum og sú niðurstaða hafi verið sennileg afleiðing háttseminnar.

Eftirtektarvert sé hversu styrkur ásetningur stefnda hafi verið til brota á umræddu lagaákvæði. Aðgerðir hans hafi verið þaulskipulagðar og til þeirra gengið í því skyni að valda sem mestum skaða á hagsmunum keppinauta stefnda, þá einkum stefnanda. Óhjákvæmilegt sé að hafa þetta í huga við mat á skaðabótum til handa stefnanda vegna háttsemin stefnda. Leiki þannig einhver vafi á orsakatengslum, tjóninu eða á umfangi

Þess eigi að meta þann vafa stefnanda í hag en stefnda í óhag. Við mat á tjóninu verði að bera saman tvenns konar atburðarás, annars vegar þá sem hafi orðið í raun og veru og hins vegar þá atburðarás sem ætla megi að hefði orðið ef engin brot hefðu verið framan. Dómkvaddir matsmenn hafi fallist á þetta og vísað til þess að sú aðferðafræði ætti vel við þá brot fælust í því að fyrirtæki beitti vöruframboði sínu til að beina til sín viðskiptum líkt og hér og sé í samræmi við viðteknar aðferðir skaðabótaréttar.

Markaðsaðgerðir stefnda hafi verið til þess fallnar að hafa áhrif á markaðsstöðu stefnanda til hins verra. Viðskiptavinir sem hafi verið með internetþjónustu hjá stefnanda og viljað gerast áskrifendur að Sjónvarpi Símans Premium hafi ekki átt annan kost en að skipta um þjónustuaðila fyrir internettengingu. Að sama skapi hafi nýir viðskiptavinir, sem hafi viljað kaupa internetþjónustu af stefnanda en jafnframt áskrift að Sjónvarpi Símans Premium, ekki getað átt viðskipti við stefnanda. Aðgerðir stefnda hafi því útilokað stefnanda frá hluta markaðarins fyrir internetþjónustu, þ.e. internetþjónustu til þeirra er hafi viljað gerast áskrifendur Sjónvarps Símans Premium. Dómkvaddir matsmenn hafi gert nánari grein fyrir áhrifum þessa í matsskýrslu sinni.

Markaðsaðgerðir stefnda hafi þá einnig haft margvísleg neikvæð óbein áhrif á markaðsstöðu stefnanda, en viðskiptavinir hafi tilhneigingu til að vera með alla fjar-skiptaþjónustu sína, heimasíma, farsíma og internet, hjá eina og sama fyrirtækinu. Útilokun stefnanda frá hluta markaðar fyrir internetþjónustu hafi þannig falið í sér útilokun frá samsvarandi hluta markaða fyrir heimasíma og farsíma. Dómkvaddir matsmenn hafi fallist á þetta og gert nánari grein fyrir þessum áhrifum í matsgerð.

Dómkvaddir matsmenn hafi talið rétt að byggja mat á tjóni stefnanda einkum á tölfræðiskýrslum Fjarskiptastofu. Stefnandi taki undir það og byggi á því, enda um að tefla opinberar upplýsingar lögbærs aðila er varði með beinum hætti þá markaði sem séu til umfjöllunar í málinu. Samanburður framangreindrar atburðarásar leiði í ljós að markaðsaðgerðir stefnda hafi leitt til þess að stefnandi hafi tapað viðskiptavinum sem hann hefði ella haft í viðskiptum. Matsmenn hafi þá á grundvelli þeirra ófullkomnu upplýsinga, sem stefndi hafi birt opinberlega um árangur markaðsaðgerða sinna, metið það svo að áskrifendum Sjónvarps Símans Premium hafi fjölgað um 20.500 á matstímabilinu. Þeir viðskiptavinir sem stefnandi hafi tapað hafi því komið úr þessum tiltölulega stóra hópi. Markaðshlutdeild stefnanda hafi þannig verið 29,3% í upphafi matstímabilsins. Hefði hún haldist óbreytt til loka matstímabilsins hefðu 6.007 þessara áskrifenda keypt internetþjónustu af stefnanda og horfa beri til þessa. Matsmenn hafi þó talið að setja yrði fyrirvara við þessa nálgun. Þeir telji að horfa verði einnig til þess hvernig markaðshlutdeildin hafi þróast fyrir upphaf matstímabilsins. Af samanburði matstímabilsins við fyrri þróun hafi matsmenn talið ólíklegt að allur þessi fjöldi áskrifenda Sjónvarps Símans Premium hefðu keypt internetþjónustu af stefnanda. Til að framkvæma það sem matsmenn hafi talið vera raunhæfari samanburð hafi þeir sett

upp sviðsmynd sem miðað hafi við að helmingur þessara áskrifenda, eða 3.004, hefði keypt internetþjónustu af stefnanda. Hafi þeir talið þessa sviðsmynd vera trúverðugri en hina þar sem allir 6.007 áskrifendurnir hefðu keypt internetþjónustu af stefnanda. Á þessum grundvelli hafi niðurstaða matsmanna orðið sú að áætlaður fjöldi tapaðra viðskiptavina stefnanda hafi að hámarki verið 3.004 á hér umræddu matstímabili.

Byggi stefnandi til samræmis við þetta á því að fjöldi tapaðra viðskiptavina vegna markaðsaðgerða stefnda hafi verið 3.004. Hann telji þó ástæðu til þess að undirstrika að miðað við óbreytta markaðshlutdeild á matstímabilinu hefði sá fjöldi verið 6.007 viðskiptavinir og sýni það hversu varlega fjöldinn 3.004 sé þannig áætlaður.

Stefnandi hafi þá tapað margvíslegum tekjum af hverjum töpuðum viðskiptavini í internetþjónustu. Venjulegast sé að slíkir viðskiptavinir kaupir einnig alla fjarskiptaþjónustu af einum og sama aðila. Megi því færa rök fyrir því að þessir töpuðu viðskiptavinir hefðu keypt af stefnda ekki aðeins internetþjónustu heldur einnig netbeini, sjónvarpsþjónustu, erlendar stöðvar, heimasíma og farsíma. Matsmenn hafi talið rétt að miða við að ekki allir, heldur aðeins 90% hinna töpuðu viðskiptavina, hefðu keypt netbeini, sjónvarpsþjónustu, erlendar stöðvar og heimasíma, með internetþjónustu. Hins vegar hafi þeir talið rétt að miða við að annar hver hefði keypt tvær farsíma-áskriftir, enda venjulegast að á hverju heimili séu fleiri en ein slík áskrift.

Algeng áskriftarleið samkvæmt gjaldskrá stefnanda, er stefnandi hafi sjálfur horft til við mati á tjóni sínu og sem verið hafi í gildi við lok matstímabilsins, hafi falið í sér að verð fyrir internetþjónustu hafi verið 5.490 krónur, verð fyrir netbeini 850 krónur, fyrir sjónvarpsþjónustu 1.690 krónur, fyrir erlendar stöðvar 1.990 krónur, fyrir heimasíma 3.190 krónur og farsíma 3.190 krónur. Stefnandi telji að horfa megi á þessi verð við mælingu á töpuðum tekjum er hlotist hafi af hinum töpuðu viðskiptavinum.

Matsmenn hafi aflað sér frekari upplýsinga um gjaldskrár stefnanda, einkum um hámarks- og lágmarksverð fyrir einstaka þjónustuþætti á mánuði. Á þeim grunni hafi þeir sjálfir framkvæmt mat á tekjum er hafi tapast af hinum töpuðu viðskiptavinum. Niðurstaða hafi orðið sú sama og stefnandi hafi miðað við fyrir internetþjónustu, netbeini, sjónvarpsþjónustu og farsíma. Þeir hafi hins vegar talið réttara að miða við lægri fjárhæð fyrir erlendar stöðvar, 1.670 krónur, og fyrir heimasíma, 1.830 krónur.

Matsmenn hafi á þeim grundvelli talið að reikna mætti tapaðar tekjur af hverjum viðskiptavini sem samtölu: (i) 100% af 5.490 krónum í tekjur fyrir internetþjónustu, (ii) 90% af 850 krónum í tekjur fyrir netbeini, (iii) 90% af 1.690 krónum í tekjur fyrir sjónvarpsþjónustu, (iv) 90% af 1.670 krónum fyrir erlendar stöðvar, (v) 90% af 1.830 krónum fyrir heimasíma og (vi) 150% af 3.150 krónum fyrir farsíma. Þessar tekjutölur séu með virðisaukaskatti er sé 24% nema 11% af erlendum stöðvum. Tapaðar tekjur af hverjum töpuðum viðskiptavini án skatts megi því áætla 12.812 krónur á mánuði.

Stefnandi byggir kröfugerð sína á niðurstöðu hinna dómkvöddu matsmanna um 12.812 krónur án virðisaukaskatts í tapaðar mánaðarlegar tekjur af hverjum töpuðum viðskiptavini. Horfa megi þó til þess að í þessu felist öllu lægri tekjur en þær sem leiði af algengustu gjaldskrá stefnanda og sýni hversu varlega þessar tekjur séu áætlaðar. Þar sem viðskiptavinirnir hafi tapast jafnt og þétt á matstímabilinu þurfi að reikna tjónið fyrir hvern mánuð. Fyrir liggi sundurliðun matsmanna á áætluðu tjóni hvers mánaðar fyrir hvern mánuð er sýni þá forsendur þeirra um taktinn í tapi viðskiptavina.

Sé miðað við þann takt, þá sundurliðist hinar töpuðu tekjur samkvæmt niðurstöðu matsmanna sem hér segi: okt. 2015, 740.148 krónur, nóv. 2015, 2.220.440 krónur, des. 2015, 3.700.732 krónur, jan. 2016, 5.181.024 krónur, feb. 2016, 6.661.316 krónur, mars 2016, 8.141.608 krónur, apríl 2016, 9.621.900 krónur, maí 2016, 11.102.192 krónur, júní 2016, 12.582.484 krónur, júlí 2016, 14.062.780 krónur, ágúst 2016, 15.543.072 krónur, sept. 2016, 17.023.364 krónur, okt. 2016, 18.503.656 krónur, nóv. 2016, 19.983.948 krónur, des. 2016, 21.464.240 krónur, jan. 2017, 22.944.532 krónur, feb. 2017, 24.424.824 krónur, mars 2017, 25.905.120 krónur, apríl 2017, 27.385.412 krónur, maí 2017, 28.865.704 krónur, júní 2017, 30.345.996 krónur, júlí 2017, 31.826.288 krónur, ágúst 2017, 33.306.580 krónur, sept. 2017, 34.786.872 krónur, okt. 2017, 36.267.164 krónur og nóv. 2017, 37.747.456 krónur.

Stefnandi byggir á því að breytilegur kostnaður hans sé fremur lítill af því ef hann hefði veitt þá þjónustu sem hinar töpuðu tekjur varði. Fjarskiptaþjónusta sé þess eðlis að umtalsverður hluti rekstrarkostnaðar teljist vera fastur og lítill kostnaður að tiltölu fylgi því að bæta við sig stökum viðskiptavinum til viðbótar. Af því leiðir að umtalsverður hlutur hinna töpuðu tekna hefði skilað sér sem hagnaður til stefnanda. Á þetta hafi matsmenn fallist í aðalatriðum. Stefnandi byggir á því að það sé þessi tapaði hagnaður sem mæli hið eiginlega tjón hans í bótaréttarlegu tilliti.

Stefnandi geri dómkröfur í fjórum liðum. Þrjár þær fyrstu byggir á mismunandi forsendum um það hvert sé hið eiginlega hlutfall hagnaðar af hinum töpuðu tekjum, en sú síðasta taki mið af mögulegu mati dómsins á tjóni stefnanda að álitum.

Stefnandi byggir aðalkröfu sína á því að hagnaður hans af hinum töpuðu tekjum hefði verið 25% af tekjunum. Krafan byggir á þeirri forsendu að viðhorf matsmanna til hlutfalls hagnaðar af hinum töpuðu tekjum verði lagt til grundvallar. Matsmenn hafi reyndar skilað matsgerð sem leggi til grundvallar að þrjú viðmið geti verið talin lýsandi, 15%, 20% eða 25%. Komi því í hlut dómsins að meta hvert þeirra eigi við. Stefnandi telji réttast að miða við 25% og horfi hann þá m.a. til þess hversu óverulegur breytilegur kostnaður hljótist af rekstri hans. Stefnandi telji þá einnig vert að minna á að brot stefnanda hafi verið alvarleg, þaulskipulögð og ásetningur hans afdráttarlaus. Verði í því ljósi að meta allan vafa um tjónið og umfang þess stefnanda í vil.

Samkvæmt þessu sundurliðast aðalkrafan þannig á mánuði: okt. 2015, 185.037 krónur, nóv. 2015, 555.110 krónur, des. 2015, 925.183 krónur, jan. 2016, 1.295.256 krónur, feb. 2016, 1.665.329 krónur, mars 2016, 2.035.402 krónur, apríl 2016, 2.405.475 krónur, maí 2016, 2.775.548 krónur, júní 2016, 3.145.621 króna, júlí 2016, 3.515.695 krónur, ágúst 2016, 3.885.768 krónur, sept. 2016, 4.255.841 króna, okt. 2016, 4.625.914 krónur, nóv. 2016, 4.995.987 krónur, des. 2016, 5.366.060 krónur, jan. 2017, 5.736.133 krónur, feb. 2017, 6.106.206 krónur, mars 2017, 6.476.280 krónur, apríl 2017, 6.846.353 krónur, maí 2017, 7.216.426 krónur, júní 2017, 7.586.499 krónur, júlí 2017, 7.956.572 krónur, ágúst 2017, 8.326.645 krónur, sept. 2017, 8.696.718 krónur, okt. 2017, 9.066.791 króna, og nóv. 2017, 9.436.864 krónur.

Fyrsta varakrafa byggi á þeirri forsendu að horft verði til þess að hlutfall hagnaðar af hinum töpuðu tekjum hafi verið 20%. Þetta hlutfall sé miðgildi þeirra þriggja hlutfalla er matsmenn hafi talið lýsa tjóninu. Sé vafi um umfang tjónsins ekki metinn stefnanda í vil virðist rétt að horfa til þessa miðgildis enda sé þar farið bil beggja.

Sundurliðast 1. varakrafa stefnanda þá þannig á mánuði: okt. 2015, 148.029 krónur, nóv. 2015, 444.088 krónur, des. 2015, 740.146 krónur, jan. 2016, 1.036.205 krónur, feb. 2016, 1.332.263 krónur, mars 2016, 1.628.322 krónur, apríl 2016, 1.924.380 krónur, maí 2016, 2.220.439 krónur, júní 2016, 2.516.497 krónur, júlí 2016, 2.812.556 krónur, ágúst 2016, 3.108.614 krónur, sept. 2016, 3.404.673 krónur, okt. 2016, 3.700.731 króna, nóv. 2016, 3.996.790 krónur, des. 2016, 4.292.848 krónur, jan. 2017, 4.588.907 krónur, feb. 2017, 4.884.965 krónur, mars 2017, 5.181.024 krónur, apríl 2017, 5.477.082 krónur, maí 2017, 5.773.141 króna, júní 2017, 6.069.199 krónur, júlí 2017, 6.365.258 krónur, ágúst 2017, 6.661.316 krónur, sept. 2017, 6.957.375 krónur, okt. 2017, 7.253.433 krónur, og nóv. 2017, 7.549.492 krónur.

Önnur varakrafa byggi á þeirri forsendu að horft verði til þess að hlutfall hagnaðar af hinum töpuðu tekjum hafi verið 15% er sé lægst þriggja hlutfalla sem matsmenn hafi talið lýsa tjóninu. Jafnvel þótt allur vafi sé metinn stefnanda í óhag um umfang tjóns virðist þannig ekki hjá því komist að dæma honum bætur eftir þessari forsendu.

Samkvæmt þessu sundurliðist 2. varakrafa stefnanda svo á mánuði: okt. 2015, 111.022 krónur, nóv. 2015, 333.066 krónur, des. 2015, 555.110 krónur, jan. 2016, 777.154 krónur, feb. 2016, 999.197 krónur, mars 2016, 1.221.241 króna, apríl 2016, 1.443.285 krónur, maí 2016, 1.665.329 krónur, júní 2016, 1.887.373 krónur, júlí 2016, 2.109.417 krónur, ágúst 2016, 2.331.461 króna, sept. 2016, 2.553.505 krónur, okt. 2016, 2.775.548 krónur, nóv. 2016, 2.997.592 krónur, des. 2016, 3.219.636 krónur, jan. 2017, 3.441.680 krónur, feb. 2017, 3.663.724 krónur, mars 2017, 3.885.768 krónur, apríl 2017, 4.107.812 krónur, maí 2017, 4.329.855 krónur, júní 2017, 4.551.899 krónur, júlí 2017, 4.773.943 krónur, ágúst 2017, 4.995.987 krónur, sept. 2017, 5.218.031 króna, okt. 2017, 5.440.075 krónur, og nóv. 2017, 5.662.119 krónur.

Stefnandi setji þá fram 3. varakröfu á þeirri forsendu að æskilegt sé, að fyrstu þremur kröfunum frágengnum, að dómurinn hafi nokkurt svigrúm til að meta bætur í málinu. Skuli reyndar tiltekið að innifalið í aðalkröfu og 1.–2. varakröfu séu kröfur þar sem t.d. fjöldi tapaðra viðskiptavina yrði álitinn minni á tímabilinu en er nemi 3.004. Gæti dómurinn þá, innan ramma þeirra krafna, ákveðið aðrar og lægri fjárhæðir að tiltölu verði tapaðir viðskiptavinir álitnir hafa verið færri. Í því samhengi megi benda á að í matsgerð hinna dómkvöddu matsmanna sé að finna sviðsmyndir þar sem fjöldi tapaðra viðskiptavina sé álitinn 751, 1.502, 2.253 og 3.004 á því tímabili er um ræðir. Eins og matsgerð sé framsett og með hliðsjón af málsatvikum og sönnunarstöðu hafi stefnandi valið að miða kröfugerð sína við að 3.004 viðskiptavinir hafi tapast. Fari svo að dómurinn líti málið öðrum augum um fjölda áætlaðra viðskiptavina felist þó í aðalkröfunni og í 1.–3. varakröfu stefnanda krafa um skaðabætur að lægri fjárhæð að tiltölu við þann fjölda viðskiptavina sem dómurinn telji þá að hafi tapast.

Með hliðsjón af þessu sé 3. varakrafan sett fram með það í huga að dómurinn telji þá mögulega að meta verði tjón stefnanda að álitum og þá e.t.v. á öðrum grundvelli en á grundvelli þeirra reikniforsendna sem aðalkrafan og 1.–2. varakrafa byggist á.

Stefnandi byggir kröfu um vexti og dráttarvexti á ákvæðum laga nr. 38/2001 um vexti og verðtryggingu. Krafið sé vaxta samkvæmt 1. mgr. 8. gr. laganna frá þeim dögum sem hinar töpuðu tekjur hefðu samkvæmt framangreindu skilað sér. En við ákvörðun þess dags þurfi að horfa til þess að stefnandi gefi iðulega út reikninga þegar 4–6 dagar séu til mánaðamóta næsta mánaðar eftir að þjónusta hafi verið veitt. Gjaldþagi reikninga teljist útgáfudagur þeirra, en eindagi sé alltaf annar virkur dagur næsta mánaðar frá útgáfudegi. Af því leiðir að eindagi sé iðulega 2.–4. dagur þarna næsta mánaðar frá því að þjónusta hafi verið veitt og til tekna verið unnið. En til að allrar varfærni sé gætt og til einföldunar hafi stefnandi því valið að krefjast vaxta samkvæmt 1. mgr. 8. gr. frá fimmta degi þarna næsta mánaðar frá því að til tekna hafi verið unnið. Sé þannig krafið vaxta vegna tekna í okt. 2015 frá 5. des. 2015, vegna tekna í nóv. 2015 frá 5. jan. 2016 o.s.frv. Upphafsdagur dráttarvaxta samkvæmt 1. mgr. 6. gr. miðist við þingfestingardag málsins, sbr. 3. gr. 5. gr. laganna.

Stefnandi vísi einkum til almennu skaðabótareglunnar, laga nr. 38/2011 og laga nr. 38/2001, en krafa um málskostnað styðjist við 1. mgr. 130. gr. laga nr. 91/1991.

Málsástæður og lagarök stefnda

Stefndi mótmælir kröfum og málsástæðum stefnanda og krefst sýknu. Stefndi hafni því að hafa brotið gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga nr. 38/2011. Háttsemi stefnda hafi ekki brotið gegn skaðabótareglum og ekki valdið stefnanda neinu tjóni.

Stefnandi byggir á niðurstöðu ákvörðunar Fjarskiptastofu nr. 10/2018 í „Vodafone þætti“ þess máls. Hafi sú niðurstaða byggt á því að stefndi hefði ekki sýnt nægilegan

samningsvilja gagnvart stefnanda í samningaviðræðum um aðgang stefnanda að sjónvarpsefni stefnda til ólínulegrar myndmiðlunar en á það geti stefnandi ekki fallist.

Stefnandi hafi ekki sýnt fram á að skilyrði fyrir því að dæma honum skaðabætur séu uppfyllt. Ósannað sé að stefndi hafi sýnt af sér saknæma og ólögmeta háttsemi, auk þess sem skilyrði um orsakatengsl og sennilega afleiðingu séu ekki uppfyllt.

Stefnandi hafnar því sem haldið sé fram í stefnu að háttsemi hans hafi sérstaklega beinst gegn stefnanda og að um hafi verið að ræða „þaulskipulagðar aðgerðir“. Sú málsástæða stefnanda styðjist ekki við nein gögn og sé því haldlaus staðhæfing hans.

Af hálfu stefnda sé auk þess öllum málatilbúnaði stefnanda er styðjist við matsgerð hans í málinu alfarið hafnað sem efnislega röngum. Sé matsgerð stefnanda enda haldin verulegum göllum, m.a. hvað varði beitingu aðferða við útreikning meints tjóns, auk þess sem hún virðist byggja á röngum skilningi matsmanna á samsetningu og hreyfingu viðskiptavina á fjarskiptamarkaði, hreinum getgátum um hvatir þeirra, auk þess sem litið sé fram hjá mörgum þýðingarmiklum atvikum á sjónvarps- og fjarskiptamarkaði sem átt hafi sér stað á því tímabili sem litið hafi verið til við matið.

Málsgrundvöllur stefnanda sé byggður upp líkt og um sé að ræða brot gegn samkeppnislögum. Samkvæmt matsgerð byggja mat þar á tjóni á leiðbeiningum framkvæmdastjórnar ESB frá 2013. Þær séu ekki meðal málgagna og því liggi ekki fyrir á hvaða forsendum matsgerðin sé uppbyggð. Hvað sem því líði sé ljóst að leiðbeiningarnar hafi ekki öðlast gildi að íslenskum rétti og geti því ekki haft þýðingu.

Á vettvangi Evrópusambandsins (ESB) hafi verið unnið að því að innleiða reglur í ríkjum sambandsins vegna brota á samkeppnisreglum. Tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins nr. 2014/104/ESB frá 26. nóvember 2014 um tilteknar reglur sem gildi um skaðabótamál samkvæmt landslögum vegna brota á ákvæðum samkeppnislaga aðildarríkjanna og Evrópusambandsins hafi ekki verið tekin upp í EES-samninginn. Kjarni tilskipunarinnar birtist í 9. gr. og fjalli um þýðingu endanlegra niðurstaðna samkeppnisyfirvalda um brot gegn 101. og 102. gr. í sáttmálanum um starfshætti ESB. Í dómi EFTA-dómstólsins í máli nr. E-6/17 hafi dómurinn fjallað um tilskipun ESB. Segi þar að tilskipunin hafi ekki verið tekin upp í EES-samninginn og verði því ekki beitt innan EES. Tilskipunin hafi því ekki verið talin hafa þýðingu í málinu.

Málatilbúnaður stefnanda byggja því á matsgerð er sé unnin eftir forskrift framangreindra reglna sem hafi ekki verið innleiddar í EES-samninginn eða landslög og hafi því ekkert lagagildi á Íslandi. Þess utan byggja þær reglur á því hvernig beri að reikna skaðabætur þá endanleg úrlausn um niðurstöðu um brot á 101. og 102. gr. sáttmálans um starfshætti ESB liggi fyrir. Þær reglur samsvari 10. og 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 um bann við ólögmetu samráði og misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Mál stefnanda byggja á því að stefndi hafi brotið gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga nr. 38/2011 og að stefnandi hafi sem fjarskiptafyrirtæki rétt til aðgangs að sjónvarpsefni

til ólínulegrar myndmiðlunar. Málgrundvöllur stefnanda byggir því á reglum ESB á öðru réttarsviði og sé því ekki hægt að leggja til grundvallar í þessu máli. Það væri andstætt íslenskri lagaframkvæmd að leggja tilskipun ESB er ekki hafi verið innleidd í landsrétt eða leiðbeiningar sem á henni byggja til grundvallar niðurstöðu í dómsmáli á Íslandi og verði því að sýkna stefnda af kröfum á þeim grunni þegar af þeirri ástæðu.

Stefnandi hafi verið markaðsráðandi í dreifingu sjónvarpsefnis á matstímabilinu. Verði að telja fráleitt og fái ekki staðist að fyrirtæki er sé í markaðsráðandi stöðu krefjist skaðabóta ef það missi hluta af viðskiptum sínum. Raunar sé svo að stefnandi hafi aukið viðskiptin á umræddu tímabili. Sé málatilbúnaður stefnanda einkennilegur í ljósi þess að hann byggir síðan hér á reglum sem ætlað sé að leiðbeina um aðferðir við útreikning bóta vegna brota á reglum um misnotkun á markaðsráðandi stöðu.

Þá byggir stefndi á því að ósannað sé að hann hafi aflað viðskipta er annars hefðu farið til stefnanda eða náð viðskiptavinum frá stefnanda af þeirri ástæðu að stefnandi hafi ekki boðið upp á efnisveituna Sjónvarp Símans Premium í IPTV-þjónustu sinni.

Ósannað sé þannig að það hafi verið ákvörðunarástæða viðskiptavina fyrir vali á fjarskiptafyrirtæki á undirmörkuðum fjarskipta hvar viðskiptavinir gátu fengið aðgang að efnisveitunni Sjónvarpi Símans Premium. Verði að líta til þess að á árunum 2015–2017 hafi fjölmargar efnisveitur sambærilegar efnisveitu stefnda verið í boði fyrir neytendur. Séu t.a.m. mun fleiri viðskiptavinir sem séu áskrifendur að Netflix á Íslandi en Sjónvarpi Símans Premium, en Netflix hafi á árinu 2016 opnað aðgang að efni sínu fyrir íslenskan markað. Árangur fyrirtækja sem ekki hafi boðið aðgang að efnisveitunni staðfesti það og nægir þar að nefna fjarskiptafélögin Nova og Hringdu.

Stefndi byggir á því að það sé ósannað að hann hafi valdið stefnanda tjóni af þeirri ástæðu að hann hafi ekki boðið efnisveituna Sjónvarp Símans Premium yfir sín kerfi. Stefnandi hafi getað samið við stefnda um að fá efnisveituna yfir sitt IPTV-kerfi en ekki sýnt nægilegan samningsvilja til að fá efnisveituna. Sú einfalda krafa sem stefndi hafi gert fyrir samningagerð hafi lotið að því að samið yrði um ákveðið lágmarksmagn viðskipta, er hefðbundið sé í sambærilegum viðskiptum, en stefnandi hafi hafnað að ræða það og því hafi viðræður aldrei komist á skrið. Hafi enda komið á daginn að þá stefndi hafi loks talið sig hafa náð samningum við stefnanda hafi stefnandi hafnað samningsgerð. Sé atvikum hvað þetta varði lýst í ákvörðunum Fjarskiptastofu nr. 27/2019 og nr. 10/2018. Stefndi telji augljóst að stefnandi hafi þar ákveðið að verja sambærilega efnisveitu sína í samkeppni við efnisveitu stefnda. Þannig hafi stefnandi ekki viljað bjóða upp á efnisveitu stefnda á IPTV-kerfi sínu við hlið eigin efnisveitu. Stefndi hafi allt hið meinta tjonstímabil haft vilja til þess að Sjónvarp Símans Premium yrði í boði á IPTV-kerfi stefnanda enda til þess fallið að skila stefnda auknum tekjum. Það sé því við stefnanda að sakast að efnisveitan hafi ekki verið í boði á kerfum hans.

Í öllu falli sé ósannað að það hafi frekar verið við stefnda en stefnanda að sakast að samningar hafi ekki tekist um að stefnandi veitti þjónustunni um sín kerfi.

Stefnandi byggi á því með vísan til matsgerðar að til að meta tjón verði að bera saman tvenns konar atburðarás, þá sem hafi orðið en hins vegar ímyndaða atburðarás sem hann telji að hefði orðið ef til hinna meintu ólögsmætu aðgerða hefði ekki komið. Stefnandi hafni þessari aðferðafræði enda feli slíkt ekki í sér annað en ímyndað ástand eða spá. Verulegir ágallar séu á samanburði matsmanna. Telji stefndi í þessu efni að í stað þess að horfa einangrað á þróun viðskipta stefnanda sé nærtækara að horfa til þess hver þróunin hafi verið á markaði hjá öllum keppinautum. Við skoðun á því verði dregin sú ályktun að það hafi einkum verið önnur fyrirtæki en stefndi sem bætt hafi við sig viðskiptum á umræddu tímabili. Þau fyrirtæki eigi það sameiginlegt að hafa ekki boðið upp á efnisveitu stefnda til viðskiptavina. Hafi stefnandi tapað viðskiptum sé ekki um tjón að ræða heldur að hann hafi orðið undir í samkeppni, sér í lagi við Nova, Hringdu og 365 miðla hf. áður en stefnandi hafi síðan tekið það yfir. Matsgerð stefnanda og málatilbúnaður hans að öðru leyti virðist ekki taka þetta inn í myndina að neinu leyti. Þá liggi ekkert fyrir um tilraunir stefnanda til að selja þjónustu sína en legið hafi fyrir að á umræddum tíma hafi stefnandi verið í samningaviðræðum við 365 miðla um yfirtöku þess félags. Augljóst sé að markaðstilburðir stefnanda sem og samkeppnisaðila hans á matstímabilinu hljóti að hafa verulega þýðingu ef skýra eigi þá út hreyfingu á viðskiptavinum frá einu fjarskiptafélagi og yfir til annars.

Stefndi telji ósannað að viðskiptavinir hafi almennt þá tilhneigingu að vera með alla fjarskiptaþjónustu sína á einum stað, líkt og byggt sé þó eindregið á í matsgerð stefnanda, án sérstakra röksemda. Nova hafi verið með um 40% markaðshlutdeild í farsímaþjónustu áður en félagið hafi farið að bjóða upp á internetþjónustu um fastlínu. Staðfesti þetta að fyrrnefnd getgáta í matsgerð stefnanda sé efnislega röng. Enn fremur sé augljóst að sú forsenda matsgerðarinnar að 1,5 farsímaviðskiptavinir fylgi í hvert skipti sem viðskiptavinur ákveði að færa einn þjónustubátt frá einu fyrirtæki til annars standist enga skoðun. Þótt vera kunnir að sumir viðskiptavinir vilji hafa viðskiptin á einum stað séu einnig margir sem eigi viðskipti við fleiri en eitt fjarskiptafyrirtæki.

Stefndi telji matsgerð stefnanda haldna verulegum ágöllum og að hún geti ekki verið lögð til grundvallar í málinu. Víða sé þar að finna rangar staðhæfingar sem geri það að verkum að forsendur standist ekki. Þannig segi t.d. að stefnandi hafi takmarkað „aðgang Sýnar eða útilokaði Sýn frá hluta markaðarins“. Þetta sé alrangt. Stefnandi hafi ekki verið útilokaður frá markaðnum. Um sé að ræða markað fyrir áskriftarsjónvarp eins og hann sé skilgreindur í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 42/2017. Varðandi samruna Fjarskipta hf. og 365 miðla hf., nú stefnanda, komi fram að sameiginleg markaðshlutdeild hafi verið 65–70% af markaðnum og stefnandi því verið í

markaðsráðandi stöðu þó að matstímabil málsins sé miðað við tímabilið fram að samrunanum. Stefnandi hafi því ekki verið útilokaður frá markaðnum heldur hafi allar götur keppt á markaðnum og boðið viðskiptavinum samsvarandi sjónvarpsþjónustu, með aðgangi að línulegu og ólínulegu sjónvarpsefni gegn greiðslu áskriftargjalds, bæði fyrir og eftir samrunann við 365 hf. Það að stefnandi hafi ekki boðið hluta af sjónvarpsefni stefnanda feli ekki í sér útilokun frá markaðnum í heild eða að hluta, sér í lagi þar sem stefnandi hafi boðið staðgönguþjónustu við þjónustu stefnda.

Af umfjöllun í matsgerð virðist þá mega ráða að matsmenn hafi talið að stefndi hafi beitt yfirburðastöðu sinni á fjarskiptamarkaði og með því komið í veg fyrir virka samkeppni. Engin rök séu þó færð fyrir því hvernig komist sé að þeirri niðurstöðu að sú yfirburðastaða stefnda hafi verið fyrir hendi. Stefndi hafni því að hafa verið í markaðsráðandi stöðu á mörkuðum er málið varði. Að slá því fram án rannsóknar að tiltekið fyrirtæki sé í markaðsráðandi stöðu án tilgreiningar á því nákvæmlega á hvaða markaði sú staða sé standist með engu þær meginreglur sem gildi að samkeppnisrétti við skilgreiningu markaða og kröfu um rannsókn er þurfi að framkvæma til að komist verði að niðurstöðu um markaðsráðandi stöðu. Þarna séu því rangar forsendur lagðar til grundvallar. Þá virðist í matsgerð vera byggt á þeim misskilningi að umræddur markaður sé fyrir fjarskiptaþjónustu, ekki sjónvarpsþjónustu/áskriftarsjónvarp eins og raunin sé. Stefnandi hafi því árin 2015–2017 haft öll tök á því að taka þátt í samkeppni á þeim markaði sem og hann hafi gert. Misskilningur dómkvaddra matsmanna hvað þetta varði varpi líka ljósi á það að aðgangur að efni sem boðinn sé á efnisveitum og miðlað með ólínulegri myndmiðlun sé tiltölulega auðveldur og efni sem boðið sé á mismunandi efnisveitum með þeim hætti að mörgu leyti sambærilegt.

Í matsgerð komi þá fram að beitt sé samanburðaraðferð við matið. Matsmenn játi að samanburðaraðferðir séu ekki hafnar yfir gagnrýni þótt þær hafi fjölmarga kosti. Byggi stefndi á því að sá samanburður er gerður sé í matsgerð stefnanda standist ekki. Virðist þetta þar einkum gert í því skyni að einfalda flókið mál og komast hjá því að taka með í reikninginn fjölmarga aðra þætti sem hafi áhrif á hegðun viðskiptavina.

Í matsgerðinni komi fram að Fjarskiptastofa hafi komist að þeirri niðurstöðu að fjölmiðlaveita stefnda hefði beint viðskiptum viðskiptamanna sinna að tengdu fjarskiptafyrirtæki, „Símanum sjálfum á farsímamarkaði og markaði fyrir internetþjónustu og dótturfélaginu Mílu á markaði fyrir internettengingar ...“. Vísi matsmenn um þetta til ákvörðunar Fjarskiptastofu nr. 10/2018. Í þeirri ákvörðun sé hins vegar ekki komist að þeirri niðurstöðu að stefndi hafi beint viðskiptavinum sínum í viðskipti á farsímamarkaði. Hér virðist því matsmenn vera í villu um hver niðurstaðan hafi verið. Dragi það verulega úr gildi matsgerðarinnar sem sönnunargagns í málinu. Þvert á móti liggja það fyrir að viðskiptavinum á kerfi Ljósleiðarans hafi fjölgað talsvert á umræddu tímabili, sem staðfesti að þessi forsenda matsmanna sé efnislega röng.

Segi síðar í matsgerð að þessar „aðgerðir“ stefnda hafi haft áhrif á stöðu stefnanda á fjarskiptamarkaði þar sem viðskiptavinir sem hafi verið með internetþjónustu hjá stefnanda og viljað gerast áskrifendur að þjónustu stefnda hafi ekki átt annan kost en þann að skipta þá um þjónustuaðila fyrir internettengingu. Rangt sé að viðskiptavinir stefnanda hafi ekki getað keypt internetþjónustu af stefnanda og verið með áskrift að sjónvarpsþjónustu stefnda á sama tíma. Mögulegt hafi verið á því tímabili sem um ræðir að kaupa hvora þjónustuna fyrir sig með aðskildum hætti. Þá liggi fyrir að viðskiptavinir stefnanda hafi haft aðgang að fjölmörgum efnisveitum er veitt hafi sambærilega þjónustu og stefndi, þ.m.t. efnisveitu stefnanda sjálfs. Ekkert liggi því sannanlega fyrir um hve ríkur þáttur Sjónvarp Símans Premium hafi verið í ákvörðun viðskiptavina um það hvar þeir keyptu internetþjónustu eða aðra fjarskiptaþjónustu.

Fleiri rangfærslur séu í matsgerð stefnanda. Þannig segi í rökstuðningi fyrir þeirri aðferð matsmanna um að byggja mat sitt á tölfræðiskýrslum Fjarskiptastofu að sú aðferð sé einföld. Álykta verði út frá þessu þannig að matsmenn hafi látið hjá líða að rannsaka raunverulegar orsakir fyrir hegðun viðskiptavina og hafi þess í stað valið stystu leiðina eða hafi ákveðið að fylgja í einu og öllu leiðsögn stefnanda. Í dæmaskyni sé það nefnt að ítarlegri rannsókn og flækjustig fælist m.a. í því að viðskiptavinum stefnanda hefði getað fjölgað, t.d. þeim sem keypt hefðu IPTV-þjónustu, á sama tíma og aðgerðirnar leiði til fækkunar í hópi þeirra sem kaupir aðra þjónustu af fyrirtækinu, svo sem internetþjónustu. Fyrir liggi hins vegar að það sé nauðsynlegt að vera með internettengingu hjá stefnanda til þess að fá aðgang að IPTV-þjónustu hans.

Tjón stefnanda sé síðan metið út frá áhrifum á fjölda viðskiptavina stefnanda á markaði fyrir internetþjónustu og afleidd áhrif á öðrum mörkuðum og sé tjónið metið sem tapaður hagnaður stefnanda vegna tapaðra viðskiptavina.

Kjarninn í forsendum matsmanna sé sá að þeir leggi til grundvallar að í upphafi matstímabilsins hafi áskrifendur Sjónvarps Símans Premium verið um 12 þúsund. Vísi matsmenn síðan í fréttatilkynningu stefnda vegna uppgjörs fyrir árið 2017 og áætla að viðskiptavinir í árslok 2017 hafi verið á bilinu 30–35 þúsund og taki miðgildið af þeirri tölu sem séu 32.500 áskrifendur. Áskrifendum hafi því fjölgað um 22.500 á tímabilinu. Hér skuli fyrst bent á þá ónákvæmni að matstímabilið nái ekki til loka árs 2017 heldur til 1. desember það ár. Geri stefndi allan fyrirvara um að hinar tölulegu upplýsingar, er séu ágiskun matsmanna eftir bestu vitund, geti myndað grundvöll að þeim ályktunum sem gerðar séu. Enn fari matsmenn rangt með og staðhæfi að þetta hafi dregið úr möguleikum stefnanda „til að sækja viðskipti inn á þennan hluta markaðarins“. Þar gæti villu matsmanna en stefnandi hafi alveg haft sömu möguleika og stefndi á því að bjóða viðskiptavinum sínum aðgang að eftirsóknarverðu sjónvarpsefni enda hafi hann á sama tíma rekið eigin efnisveitu í samkeppni við stefnda. Það sýni árangur annarra fyrirtækja sem keppt hafi við stefnanda og stefnda, t.d. Nova og

Hringdu, sem ekki hafi boðið Sjónvarp Símans Premium til viðskiptavina. Matsmenn virðist þannig aðeins hafa gefið sér forsendur en ekki rannsakað. Byggi stefndi á að þær forsendur hafi verið rangar og matsgerð stefnanda geti því ekki haft gildi í málinu.

Stefndi ætli þá að nær allir viðskiptavinir sem gerst hafi áskrifendur að Sjónvarpi Símans Premium hafi verið viðskiptavinir er hafi verið fyrir í viðskiptum hjá stefnda. Ekki hafi því verið um að ræða nýja viðskiptavini er stefndi hafi náð í frá keppinautum sínum enda sýni tölfræðigögn annað. Því hafi umræddir viðskiptavinir ekki verið viðskiptavinir er höfðu fært sig frá stefnanda eða öðrum keppinautum yfir til stefnda. Allt að einu sé slíkt ósannað og verði því að hafna málsástæðum er á slíku byggi.

Telur stefndi enn fremur augljóst að mjög ólíkar hvatir ráði för hjá einstaklingi þegar hann ákveði hvaða sjónvarpsdagskrá hann kaupir aðgang að og hjá einstaklingi þá ákvörðun sé tekin um að kaupa fjarskiptaþjónustu. Almennt fylgir því mun meiri fyrirhöfn fyrir einstaklinga að færa fjarskiptaþjónustu sína milli fjarskiptafélaga en að kaupa aðgang að sjónvarpsdagskrá. Við slíka ákvörðun komi til skoðunar mun fleiri tæknileg álitamál, t.d. hvað varði endabúnað, eðli og hraða tenginga auk annars. Þær ályktanir matsmanna, að stór hluti viðskiptavina stefnda sem á einhverjum tímamarki hafi ákveðið að kaupa aðgang að Sjónvarpi Símans Premium hefði á sama tíma verið jafnfús til að taka ákvörðun kaup á fjarskiptaþjónustu, séu því hæpnar.

Þrátt fyrir að Sjónvarp Símans Premium tilheyri markaði fyrir áskriftarsjónvarp hafi matsmenn talið rétt að leggja út af stöðu aðila á markaði fyrir internetþjónustu hvar stefnandi hafi verið með 29,3% hlutdeild. Hafi matsmenn útbúið sviðsmyndir þar sem tjón stefnanda hafi verið talið liggja á bilinu 18.762.707 krónur til 125.084.714 krónur, misjafnt eftir því hversu margir viðskiptavinir gætu hafa farið á milli félaganna vegna „aðgerða“ stefnda og eftir því hvaða hagnaðarhlutfall væri miðað við. Það eitt hversu langt sé á milli hæstu og lægstu tölu í matsgerðinni sýni hversu hæpin og ónákvæm matsgerðin sé og geti því vart verið lögð til grundvallar.

Forsendur matsgerðar séu haldnar ágöllum og beri þess merki að matsmenn hafi viljað finna einföldustu og fljótlegustu leið til að klára matið í stað þess að byggja á staðreyndum um raunveruleg atvik máls. Ekkert liggi fyrir um það hvort einn einasti viðskiptavinur stefnanda hafi t.d. fært sig yfir til stefnda vegna hinna meintu aðgerða.

Útlegging matsmanna á tölfræðiupplýsingum Fjarskiptastofu sé röng eða þá að í besta falli sé ósannað að hægt sé að draga þær ályktanir af þeim sem gert sé í matsgerð. Eftirfarandi upplýsingar megji lesa úr tölfræðiskýrslum Fjarskiptastofu fyrir árin 2015–2017. Hvað varði fjölda áskrifenda með IPTV 2015–2017 telji stefndi upplýsingar um fjölda áskrifenda með IPTV-þjónustu gefa gleggri mynd af aðstæðum á markaði vegna Sjónvarps Símans Premium en markaður fyrir internet tengingar. Eftirfarandi sé þróun fjölda viðskiptavina stefnanda frá miðju ári 2015 til ársloka 2017:

Júní 2015:	34.713
Desember 2015:	34.707
Júní 2016:	37.035
Desember 2016:	38.135
Júní 2017:	41.423

Á sama tíma og stefnandi segist hafa misst viðskipti yfir til stefnda hafi viðskiptavinum stefnanda með IPTV fjölgað um 6.710. Á sama tíma hafi viðskiptavinum með IPTV hjá stefnda fjölgað um 1.723, en verkefnið Ísland ljóstengt sem íslenska ríkið hafi staðið fyrir undanfarin misseri hafi leitt til þess að heimili í dreifbýli sem ekki hafi haft aðgang að háhraðatengingu er þurfi til þess að nota IPTV-þjónustu hafi þá fengið slíkan aðgang. Séu engar vísbendingar um að notendum með IPTV-þjónustu stefnda á svæði þar sem Ljósleiðarinn bjóði þjónustu hafi fjölgað á umræddu tímabili.

Matsmenn leggi til grundvallar að mikill fjöldi viðskiptavina í farsímaþjónustu hafi fært sig frá stefnanda til stefnda á matstímabilinu. Þegar tölfræðiupplýsingar um þróun áskrifenda í farsímaþjónustu séu skoðaðar komi í ljós að það geti ekki staðist, sbr. tölur um þróun í fjölda fastra áskrifta í farsímaþjónustu.

Mynd 1 – Þróun í fjölda fastra áskrifta í farsímaþjónustu

		Síminn	Vodafone	Tal/365	Aðrir	Nova
Fjöldi áskrifta	2014.1	91.784	65.351	11.037	2.611	30.354
	2014.2	92.784	68.182	9.958	2.705	33.708
	2015.1	93.986	69.032	12.787	2.833	38.178
	2015.2	94.199	69.902	12.540	2.937	42.200
	2016.1	92.751	69.828	14.900	2.877	43.421
	2016.2	92.611	73.935	13.681	4.717	46.580
	2017.1	93.638	75.857	14.900	7.195	46.759
Breyting 6/15-6/17:		- 348	6.825	2.113	4.362	8.581

Af framangreindu sjáist að áskrifendum Nova hafi fjölgað mest allra á matstímabilinu og stefnanda næstmest. Þau tvö félög taki til sín nálægt ¾ af fjölgun viðskiptavina á tímabilinu, en Nova hafi ekki haft aðgang að Sjónvarpi Símans Premium á umræddu tímabili. Útilokað sé því að gera, líkt og matsmenn geri, að líta svo á að aðgangur að Sjónvarpi Símans Premium hafi stuðlað að því að farsímaáskriftir færðust frá stefnanda til stefnda á tímabilinu. Byggi niðurstaða matsmanna aðeins á fræðikenningum um að viðskiptavinir eigi til að vera með fleiri en eina tegund þjónustu hjá sama fyrirtæki. Matsmenn hafi hins vegar ekki tekið til athugunar og borið saman tölur um það hvort ályktanir þeirra styddust við fyrirbyggjandi tölfræðiupplýsingar. Ofangreind tölfræði sé staðfesting á því að viðskiptavinir í

farsímaþjónustu hafi ekki fært sig til stefnda frá stefnanda á matstímabilinu. Ályktun matsmanna þess efnis að 1,5 farsímaáskriftir eigi að hafa fylgt hverri áskrift að Sjónvarpi Símans Premium standist því með engu móti.

Staðreyndir um þróun viðskiptavinafjölda í farsímaþjónustu hreki einnig þá kenningu sem matsgerð byggir á í þá veru að fylgni sé á milli fjölgunar viðskiptavina Sjónvarps Símans Premium og hvar viðskiptavinir hafi svo keypt fjarskiptaþjónustu, sbr. þróun í fjölda í internetþjónustu samkvæmt tölfraeðiupplýsingum Fjarskiptastofu.

Mynd 2 – Þróun í fjölda internetþjónustu

		Síminn	Vodafone	Tal/365	Hringdu	Aðrir	Nova
Internetþjónusta	2014.1	60.918	35.026	13.486	4.186	3.719	
	2014.2	59.888	35.082	14.833	4.433	4.255	
	2015.1	59.634	34.571	15.909	6.028	4.676	
	2015.2	60.690	36.026	15.035	6.741	4.923	
	2016.1	61.136	35.416	14.171	7.582	4.981	788
	2016.2	61.304	35.623	14.470	8.748	5.106	1.947
	2017.1	61.273	34.614	14.467	9.572	4.936	4.261
Breyting 6/15-6/17:		1.639	43	- 1.442	3.544	260	4.261

Eins og sjáist í ofangreindri töflu hefur viðskiptavinafjöldi stefnanda nær staðið í stað á tímabilinu. Viðskiptavinum stefnda fjölgi en hann hafi misst markaðshlutdeild eins og stefnandi. Hins vegar taki önnur félög til sín nær allan vöxt á markaðnum og bæti markaðshlutdeild sína á tímabilinu. Það séu fyrirtækin Nova og Hringdu. Hvorugt þeirra hafi boðið Sjónvarp Símans Premium á tímabilinu. Draga verði því þá ályktun að aðgangur fjarskiptafyrirtækja að efnisveitu stefnda, Sjónvarpi Símans Premium, hafi engu ráðið um það hvernig fjarskiptafyrirtækjum hafi vegnað á öðrum fjarskiptamörkuðum. Með hliðsjón af því verði að álíta ósannað að stefndi hafi valdið stefnanda því tjóni er haldið sé fram. Allt að einu sýni tölurnar að stefnandi og stefndi hafi báðir tapað markaðshlutdeild á matstímabilinu. Hin tapaða hlutdeild hafi að mestu farið til Nova og Hringdu auk annarra. Meginástæðu fyrir mögulega tapaðri hlutdeild stefnanda sé að rekja til aukinnar samkeppni á markaði, sér í lagi frá þessum aðilum. Hafi sýnt sig að innkoma nýrra og öflugra keppinauta á mörkuðum lækki alla jafna markaðshlutdeild þeirra sem fyrir séu á markaðnum. Tölurnar sýni að stefnandi og stefndi hafi báðir tapað markaðshlutdeild til annarra keppinauta sem ekki hafi boðið viðskiptavinum upp á Sjónvarp Símans Premium. Aðgangur að Sjónvarpi Símans Premium hafi því ekki verið ráðandi þáttur um hvar viðskiptavinir kaupi internetþjónustu eða aðra fjarskiptaþjónustu. Ósannað sé því að það hafi verið vegna

Sjónvarps Símans Premium sem stefnda hafi gengið betur en stefnanda að halda hlutdeild á markaði fyrir internetþjónustu. Margir þættir séu ráðandi um það hvar viðskiptavinir ákveði að kaupa þjónustu. Í stefnu eða matsgerð sé engu ljósi varpað á aðrar aðstæður á markaði sem hafi getað haft áhrif á það hvar viðskiptavinir keyptu þjónustu. Verði stefnandi að bera hallann af þeim sönnunarskorti af sinni hálfu.

Í matsgerð sé þá lagt til grundvallar að áætlaðar mánaðarlegar tekjur af hverjum ætluðum töpuðum viðskiptavini frá stefnanda til stefnda hafi verið 12.812 krónur á mánuði. Stefndi mótmæli forsendum og útreikningum matsmanna og stefnanda og telji ósannað að þetta fái staðist. Þær forsendur sem lagðar séu til grundvallar séu þær að hverjum ætluðum töpuðum viðskiptavini hafi fylgt 1,5 farsímaáskriftir og að 90% viðskiptavina hefðu keypt alla aðra fjarskiptaþjónustu hjá stefnanda. Engin gögn liggi því þó til grundvallar að meðalviðskiptavinur kaupir alla þá þjónustu sem um ræðir. Ef forsendur útreikninga stefnanda og matsmanna fái staðist myndu fyrirtæki sem hafi þrengra vöruframboð vart eiga möguleika á markaði. Fjarskiptafyrirtækið Nova hafi t.a.m. um langt skeið einungis boðið upp á farsímaþjónustu og á þeim tíma náð að verða það fjarskiptafyrirtæki er hafi haft flesta farsímaviðskiptavini án þess að bjóða aðra fjarskiptaþjónustu. Þá hafi viðskiptavinahópur Hringdu að mestu byggst upp á tímabili sem félagið hafi einungis boðið upp á internetþjónustu. Forsendur matsmanna að þessu leyti sýni að matsgerðin byggir frekar á getgátum og forsendum sem standist ekki fremur en staðreyndum sem fundnar eru eftir rannsókn á staðreyndum málsins.

Stefnandi beri því við að hann hafi orðið fyrir verulegu tjóni af völdum stefnda, sem fái vart staðist, en sama tíma sé raunin sú að verulegur tekjuvöxtur hafi orðið hjá stefnanda og metfjölgun viðskiptavina, eins og kynnt hafi verið fyrir fjárfestum. Slíkt gangi í reynd varla upp og styðji við kröfu stefnda um sýknu af kröfum stefnanda.

Margir aðrir þættir en hvort viðskiptavinur hafi aðgang að Sjónvarpi Símans Premium séu meira ráðandi um hvar viðskiptum sé ráðstafað. Geti t.d. haft mikla þýðingu hjá hvaða fyrirtæki viðskiptavinir starfa ef þau greiði fyrir fjarskiptaþjónustu.

Stefndi leggi áherslu á að félagið hafi ítrekað og lengi reynt að ná samningum við Ljósleiðarann ehf. sem hafi loks tekist sumarið 2020 þótt stefndi hafi þar ekki fengið þann sveigjanleika sem félagið hafi viljað. Taldi stefndi þó nauðsynlegt að semja við Ljósleiðarann enda það félag er sé í dag með ljósleiðarakerfi er nái til yfir 100 þúsund heimila og með meira en 50% nýtingu á kerfinu, sem leiði til þess að félagið sé með yfir 50% markaðshlutdeild í tengingum til heimila á starfssvæði sínu og fari vaxandi. Sé þannig augljóst miðað við þróun þess félags að framboð stefnda á sjónvarpsþjónustu hafi ekki með nokkrum hætti haft skaðleg áhrif á aðra markaðsaðila.

Stefndi telji staðhæfingar stefnanda um meint tjón sitt vera ósannaðar enda hafi ekki verið lögð fram nein gögn af hálfu stefnanda er byggir nægilega undir atvik máls

eða sönnun fyrir tjóni. Með vísan til alls framangreinds sé þess því krafist af hálfu stefnda að hann verði sýknaður af kröfum stefnanda í málinu.

Mótmælt sé viðmiðunardögum um ákvörðun vaxta, en verði að einhverju leyti fallist á kröfu stefnanda þá skuli við ákvörðun vaxta fara að lögum nr. 38/2001.

Vísað sé til reglna skaðabótaréttar til stuðnings kröfu um sýknu, m.a. sakarreglu og sjónarmiða skaðabótaréttar um orsakatengsl og sennilega afleiðingu. Þá til laga nr. 38/2011 og nr. 38/2001, en málskostnaðarkrafa byggi á XXI. kafla laga nr. 91/1991.

Niðurstaða

Í máli þessu gerir stefnandi, Sýn hf., skaðabótakröfu á hendur stefnda, Símanum hf., vegna framangreindra markaðsaðgerða stefnda, sem falið hafi í sér brot stefnda á bannákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga nr. 38/2011, er hafi verið stefnanda til tjóns.

Umræddu broti stefnda er ítarlega lýst í ákvörðun Fjarskiptastofu nr. 10/2018 frá 3. júlí 2018, þar sem segir m.a. í ákvörðunarorðum að Síminn hafi þann 1. október 2015 brotið gegn ákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga og stæði það brot þá enn yfir.

Sem rakið er í ákvörðun Fjarskiptastofu nr. 10/2018, þá fólst umrætt brot stefnda í því að hafa frá og með 1. október 2015 gripið til ráðstafana sem falið hafi í sér að ólínuleg myndmiðlun fjölmiðlaveitu Símans hafi upp frá því einungis verið í boði á IPTV-kerfi Símans sjálfs, en þá ekki á kerfum nú Sýnar, eins og verið hafði fyrir þann tíma, né það verið tiltækt eftir öðrum flutningsleiðum, og sama hafi gilt um hina nýju efnisveitu stefnda, Sjónvarp Símans Premium. Þetta hafi einnig leitt til þess að mikill fjöldi viðskiptavina annarra félaga sem notað hafi undirlag Ljósleiðarans ehf. hafi ekki átt kost á að nálgast umrætt myndefni nema færa sig yfir á undirliggjandi fjarskiptanet þáverandi dótturfélags stefnda, Mílu, eða versla heimtaugar bæði af Mílu og Ljósleiðaranum. Hafi umrætt brot valdið aðstöðumun á umræddum mörkuðum, en auk þess er því lýst að stefndi hafi ekki í góðri trú neytt tækra úrræða til að aflétta eða milda þetta ástand í samningum við stefnanda þessa máls og Ljósleiðarann. Er því þá lýst að brotið hafi einkum verið til þess fallið að hafa skaðleg áhrif á fjarskiptamarkaði sem og á markaði fyrir myndmiðlun, stefnda til ávinnings og öðrum aðilum til tjóns.

Í dómi Héraðsdóms Reykjavíkur í máli nr. E-3251/2018 frá 1. febrúar sl. var hafnað kröfum stefnda þessa máls um ógildingu á téðri ákvörðun Fjarskiptastofu nr. 10/2018, nema hvað varðaði sekt er stefnda var þar gerð. Felur efni dómsins jafnframt í sér að fallist er þar í öllum atriðum á forsendur og niðurstöður Fjarskiptastofu um brot stefnda í þessu máli á framangreindu bannákvæði 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga nr. 38/2011, og um áframhaldandi framvindu þess, þá bæði hvað varðar svonefndan Vodafone-þátt og GR-þátt málsins. Með vísan til dóms í máli nr. E-3251/2018, er telst hafa hér þýðingu að efni til varðandi mat á broti stefnda, sbr. 1. og 4. mgr. 116. gr. laga nr. 91/1991, þá verður því hér slegið föstu að fyrir liggi að staðreynt hafi verið

hér framangreint brot stefnda, og þá eins og því er lýst í ákvörðun Fjarskiptastofu nr. 10/2018, sem og að það hafi a.m.k. staðið yfir allt það tímabil sem stefnandi í þessu máli miðar við í kröfugerð sinni, þ.e. frá 1. október 2015 og til 1. desember 2017.

Með vísan til þessa verður því ekki fallist á þær varnir stefnda hér sem lúta að því að hann hafi ekki viðhaft umrædda háttsemi eða þá að hún hafi verið honum heimil.

Telur dómurinn því hér vera nægilega sýnt fram á að stefndi hafi með umræddum aðgerðum sínum, líkt og rakið er í ákvörðun Fjarskiptastofu nr. 10/2018, gerst brotlegur við 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga nr. 38/2011, á hér umræddu tímabili, frá 1. október 2015 til 1. desember 2017, sem og að það brot hafi a.m.k. verið til þess fallið að valda stefnanda þessa máls nokkru fjártjóni, eins og lýst er í ákvörðun nr. 10/2018.

Hvað varðar skilyrði til skaðabóta, þá eru að mati dómsins hér ótvírætt uppfyllt almenn skilyrði ólögmetis, sbr. brot stefnda gegn 5. mgr. 45. gr. fjölmiðlalaga, en einnig saknæmis, þar sem umræddar aðgerðir stefnda virðast hafa verið meðvitaðar og markvissar, og langvarandi og umfangsmiklar, eins og segir í ákvörðun, en að mati dómsins hefur hér ekki sérstaka þýðingu að staðreyna stig ásetnings eða gáleysis. Eftir sem áður stendur hins vegar upp á stefnanda að sýna fram á að eiginlegt tjón hans hafi sannanlega leitt af umræddum aðgerðum stefnda, og sem stefndi beri þá ábyrgð á gagnvart stefnanda, sem og hvert umfang þess tjóns hafi þá í reynd verið.

Stefnandi byggir hér kröfur sínar um skaðabætur vegna ætlaðs tjóns félagsins sem leitt hafi af umræddum ráðstöfunum stefnda einkum á fyrirliggjandi matsgerð dómkvaddra matsmanna, þeirra Gunnars Haraldssonar og Hersis Sigurgeirssonar, frá 17. mars 2020, er stefnandi telur sýna fram á tiltekið tjón stefnanda af völdum aðgerða stefnda á umræddu tímabili, en kröfugerð stefnanda er varðar aðalkröfu og varakröfur tekur mið af þeirri matsgerð. Stefndi, sem krefst sýknu, telur stefnanda í þessu tilliti hins vegar ekki hafa sýnt fram á að nokkurt tjón hafi leitt af umræddum ráðstöfunum stefnda á umræddu tímabili, þar sem eftirspurn eftir ólínulegri sjónvarpsdagskrá stefnda hafi sannanlega ekki verið ráðandi þáttur í kauphegðun viðskiptamanna á hér umræddum fjarskipta- og fjölmiðlamörkuðum. Hefur stefndi undir rekstri málsins einnig látið afla matsgerðar dómkvaddra matsmanna, Ágústs Arnórssonar og Sigurðar Jóhannessonar, dags. 10. október 2022, sem stefndi telur sýna fram á að ósannað sé að nokkurt sannanlegt tjón stefnanda hafi leitt af hér umræddum ráðstöfunum stefnda.

Allir framangreindir dómkvaddir matsmenn komu fyrir dóminn við aðalmeðferð og staðfestu þar matsgerðir sínar og svöruðu spurningum varðandi þær. Enn fremur gáfu þá skýrslu fyrir dómi tvö vitni, Kjartan Briem og Sigurður Amlín Magnússon.

Við úrlausn þess álitaefnis hvort umræddar ráðstafanir stefnda hafi sannanlega valdið stefnanda tjóni, og þá hversu miklu, telur dómurinn að einkum verði þá að virða í heild framangreindar matsgerðir í málinu sem og önnur fyrirliggjandi gögn. Af þeim gögnum telur dómurinn ljóst að ráðstafanir stefnda hafi a.m.k. sannanlega valdið

stefnanda nokkru tjóni. Má þar auk matsgerðar frá 17. mars 2020 vísa til yfirlits um athugasemdir frá viðskiptamönnum stefnanda sem styður við það að a.m.k. nokkur fjöldi þeirra hafi boðað það að hætta viðskiptum við stefnanda þar sem ekki væri þar lengur fyrir hendi mögulegt aðgengi að ólínulegri myndmiðlunardagskrá frá stefnda.

Við mat á sannanlegu umfangi tjónsins telur dómurinn rétt að líta að nokkru til beggja fyrirbyggjandi matsgerða. Matsgerðin frá 17. mars 2020 byggir í grunninn á svonefndri samamburðaraðferð er dómurinn er skipaður er sérfróðum meðdómendum telur almennt tæka aðferðafræði til að reyna að áætla slíkt tjón með nokkurri vissu. Einn helsti óvissuþáttur í því mati er þó að mati dómsins sú nálgun að viðskiptavinir hafi ríka tilhneigingu til að kaupa net, farsímaþjónustu og sjónvarpsþjónustu hjá sama aðila. En eins og matsgerðin frá 10. október 2022 leiðir í ljós má efast nokkuð um að sú leitni hafi fullum fetum átt þannig við á umræddum mörkuðum hérlendis. Enn fremur sýnir sú matsgerð að mati dómsins fram á að mögulega séu nokkuð vanmetin áhrif annarra fjarskiptafyrirtækja á umræddum tíma í matsgerðinni frá 17. mars 2020.

Þar sem mat á sannanlegu tjóni í máli af þessu tagi hlýtur alltaf að byggja nokkuð á líkum, þá telur dómurinn þó í öllu falli hægt að fullyrða það að tjón stefnanda vegna ráðstafana stefnda uppfylli að öllum líkindum lágmark er sett eru fram í fyrirbyggjandi matsgerð frá 17. mars 2020 þar sem að reiknað er með 15% hagnaðarhlutfalli og 751 töpuðum viðskiptavinum og þar útreiknuðum tekjum á viðskiptavin. Er niðurstaða matsmanna að sannanlegt tjón í þessum lægstu mörkum sé þá alls 18.762.707 krónur. Með vísan til athugasemda stefnda um að ráðstafanir hans hafi komið til framkvæmda um tveimur og hálfum mánuði síðar gagnvart stefnanda telur dómurinn þó rétt að færa niður framangreinda tölu um áætlað heildartjón stefnanda þannig að miðað sé við að fækkun viðskiptavina hafi þá fallið til línulega yfir 23 mánaða tímabil, 1. janúar 2016 til 1. desember 2017, og er heildartjón stefnanda því áætlað 16.597.626 krónur. Er hér um að ræða það áætlaða tjón stefnanda vegna umræddra aðgerða stefnda er dómurinn telur að ótvírætt megi telja að sýnt sé hér fram á þótt það kunni að hafa verið meira.

Með hliðsjón af öllu hér framangreindu verður að mati dómsins ekki talið að aðrar fram komnar röksemdir eða málsástæður hafi við svo búið sérstaka þýðingu í málinu eða að þær geti leitt til annarrar niðurstöðu, sbr. e-lið 1. mgr. 114. gr. laga nr. 91/1991.

Með hliðsjón af framangreindu fellst dómurinn því á þriðju varakröfu stefnanda um það að stefnda verði gert að greiða stefnanda 16.597.626 krónur, auk dráttarvaxta samkvæmt 1. mgr. 6. gr. sömu laga frá 7. apríl 2020 til greiðsludags. En fallist er þá á framangreindar röksemdir stefnanda fyrir dráttarvaxtakröfu hans af dæmdri fjárhæð.

Í ljósi framangreindrar niðurstöðu í málinu og kröfu stefnanda um málskostnað er stefnda hér enn fremur gert að greiða stefnanda alls 3.500.000 krónur í málskostnað.

Málið flutti fyrir stefnanda Reimar Snæfells Pétursson lögmaður en fyrir hönd stefnda flutti málið Hallmundur Albertsson lögmaður.

Pétur Dam Leifsson héraðsdómari kvað upp dóm þennan, sem dómsformaður í fjölskipuðum dómi ásamt með tveimur sérfróðum meðdómendum, þeim Friðriki Má Baldurssyni, prófessor á sviði hagfræði, og Guðjóni Kárasyni rafmagnsverkfræðingi.

Dómsorð:

Stefndi, Síminn hf., greiði stefnanda, Sýn hf., 16.597.626 krónur, auk dráttarvaxta samkvæmt 1. mgr. 6. gr. laga nr. 38/2001, frá 7. apríl 2020 og til greiðsludags.

Stefndi greiði stefnanda 3.500.000 krónur í málskostnað.

Pétur Dam Leifsson
Friðrik Már Baldursson
Guðjón Kárasyn