



SAMKEPPNISEFTIRLITIÐ

Föstudagur, 18. desember 2009
Ákvörðun nr. 41/2009

Brot Símans hf. á ákvörðun samkeppnisráðs nr. 10/2005 Samruni Landssíma Íslands hf. og Íslenska sjónvarpsfélagsins hf.

I.

UPPHAF MÁLS OG MÁLSMEÐFERÐ

Samkeppniseftirlitinu barst erindi frá fyrirtækinu TSC ehf. (hér eftir TSC), dags. 9. maí 2007. TSC er fjarskiptafyrirtæki sem hefur það að meginstarfsemi að selja bandbreiðar tengingar og Internetþjónustu í þéttbýlisstöðunum á norðanverðu Snæfellsnesi.

Málið varðar hegðun Símans hf. (hér eftir Síminn) á markaði fyrir ADSL tengingar og Internetþjónustu sem felst í meintri samtvinnun fyrirtækisins á ADSL tengingum og sjónvarpsefni Íslenska sjónvarpsfélagsins hf. (hér eftir íslenska sjónvarpsfélagið), aðgangshindrunum og meintum brotum á fyrri ákvörðunum samkeppnisyfirvalda á viðkomandi markaði. Forsaga þessa þáttar málsins er sú að Síminn tilkynnti Samkeppnisstofnun með bréfi, dags. 11. nóvember 2004, um kaup fyrirtækisins á Íslenska sjónvarpsfélaginu hf. Rannsókninni á þeim samruna lauk með ákvörðun samkeppnisráðs nr. 10/2005, *Samruni Landssíma Íslands hf. og Íslenska sjónvarpsfélagsins hf.*, þar sem samruninn var leyfður með ákveðnum skilyrðum. Heldur TSC því fram að Síminn hafi farið gegn þessari ákvörðun.

Í erindi TSC er nánar tiltekið kvartað undan því að Síminn byði sjónvarpsrásirnar S1 og Sirkus til ADSL notenda sinna án endurgjalds. Fram kemur í erindinu að á Snæfellsnesi væri opin dagskrá S1 og Sirkus og hefði áskriftarmiðillinn Enski boltinn eingöngu verið sendur út um ADSL Sjónvarp Símans. Tekið er fram að ef viðskiptavinur keypti ADSL tengingu hjá Símanum þá fylgdi aðgangur að Sjónvarpi Símans þar sem Skjár Einn (hér eftir S1) og Sirkus væru boðnar í opinni dagskrá án endurgjalds. TSC telur að með því að Síminn byði sjónvarpsrásina S1 frítt með ADSL tengingum fyrirtækisins þá væri Síminn að brjóta gegn 5. tl. í ákvörðunarorði samkeppnisráðs í áður nefndri ákvörðun nr. 10/2005. Þar segði að Símanum væri óheimilt að tvinna saman í sölu þjónustu fyrirtækisins og þjónustu Íslenska sjónvarpsfélagsins.

Í erindi TSC er einnig kvartað undan því að Síminn beitti TSC viðskiptahindrunum við að nálgast efni S1 til dreifingar frá símsstöð Símans í Reykjavík, sk. Múlastöð, annars vegar og frá símsstöðvum Símans á Snæfellsnesi hins vegar með hárrí verðlagningu og óeðlilegum söluskilmálum. Það væri brot á 11. gr.



samkeppnislaga að mati fyrirtækisins. Slík viðskiptahindrun gæti einnig falið í sér brot á 7. tl. í ákvörðunarorði ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 10/2005 þar sem kveðið væri á um að Síminn skyldi veita öðrum en Íslenska sjónvarpsfélaginu aðgang að dreifikerfum sínum fyrir sjónvarp og útvarp og skyldi gjaldskrá vegna þessa gilda jafnt í viðskiptum Símans við Íslenska sjónvarpsfélagið og í viðskiptum Símans við aðra aðila.

Í bréfi TSC segir:

„TSC var fyrsta fyrirtækið á Íslandi sem tók upp xDSL búnað með möguleika á sjónvarpssendingum í gegnum gömlu koparlínur Landssíma Íslands hf. (hér eftir Síminn) árið 2002. Auk þess notar félagið örbylgju eftir þörfum. Með þessum búnaði var félagið að dreifa efni stöðvarinnar Skjár einn (hér eftir S1) og var þetta viðbót við aðalstarfsemi félagsins. TSC er viðskiptavinur Símans hvað varðar leigu á aðgangi að heimtaugum og kaupir aðgang að ljósleiðara Símans til höfuðborgarinnar. TSC er í samkeppni við Símann í sölu bandbreiðra internettenginga í þéttbýlisstöðum á norðanverðu Snæfellsnesi.“

Fram kemur í erindinu að í upphafi hafi viðskiptavinum TSC fjölgað jafnt og þétt á þeim stöðum þar sem TSC bauð upp á háhraðatengingar en á þeim tíma hafi Síminn ekki boðið upp á þá þjónustu á viðkomandi stöðum. Eftir að Síminn hafi keypt sig inn í Íslenska sjónvarpsfélagið og hafið að veita háhraðatengingar í samkeppni við TSC með aðgangi að sjónvarpsefni S1 inniföldum í verði háhraðatenginga hafi TSC misst talsvert af viðskiptum yfir til Símans.

TSC bendir á að í árslok 2004 hafi Síminn keypt ráðandi hlut í Íslenska sjónvarpsfélaginu en um hafi verið að ræða samruna í skilningi 4. gr. samkeppnislaga. Um samruna Símans og Íslenska sjónvarpsfélagsins hafi verið fjallað í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 10/2005 og hann heimilaður að settum ákveðnum skilyrðum. Það hafi verið gert vegna þess að með kaupunum myndi Síminn auka markaðsstyrk sinn á mörkuðum fyrir bandbreiðar Internettengingar og Internetþjónustu.

TSC telur að samruninn hafi leitt til þess að fyrirtækið hafi orðið fyrir miklu fjárhagslegu tjóni og að Síminn hafi tvinnað saman viðskipti á ólögmetan hátt og farið þannig gegn 11. gr. samkeppnislaga og 5. tl. í áður nefndum skilyrðum í ákvörðun samkeppnisráðs.

Af þessu leiddi að TSC stæði höllum fæti gagnvart Símanum í samkeppni um ADSL tengingar og Internetþjónustu til viðskiptavina á Snæfellsnesi. Það fælist í því að vildi viðskiptavinur með Internetþjónustu hjá TSC fá sjónvarpsrásirnar þá þyrfti hann að greiða Símanum 2.500 kr. á mánuði gegn 12 mánað bindingu auk hefðbundins gjalds fyrir Internetþjónustu til TSC. Væri aðili með Internetþjónustu hjá Símanum yrði hann ekki fyrir viðbótarkostnaði vegna sjónvarpsins eins og áður segir.



Þá tekur TSC fram að einungis væri hægt að fá aðgang að Sjónvarpi Símans ef viðkomandi væri með símalínu og símanúmer. Síminn hefði neitað TSC um að fá sjónvarpsrásir Símans í gegnum leigu/gagnalínu sem væri vel framkvæmanlegt.

TSC kvartar einnig yfir því að Síminn hefði beitt fyrirtækið viðskiptahindrunum við að fá efni S1 afhent til dreifingar frá Múlastöð annars vegar og frá símstöðvum á Snæfellsnesi hins vegar. Haustið 2006 hefði TSC átt samskipti við Íslenska sjónvarpsfélagið um móttöku á merkjum þess til áframhaldandi sendinga og hefði Íslenska sjónvarpsfélagið sett fram ýmis skilyrði um tæknilega getu sem TSC taldi sig geta uppfyllt. Íslenska sjónvarpsfélagið kvaðst eingöngu afhenda merki sín í Múlastöð og benti á dreifiveitur vegna flutnings á sjónvarpsefninu. Á sama tíma hefði TSC einnig óskað eftir leyfi til að dreifa efni Ríkissjónvarpsins og Stöðvar 2 og hefðu þau leyfi fengist án verulegrar fyrirhafnar.

TSC kveðst ítrekað hafa óskað eftir aðgangi að Múlastöð Símans, fyrst haustið 2005 þegar fyrir hefði legið samþykki frá Íslenska sjónvarpsfélaginu um að afhenda merki Enska boltans í Múlastöð og síðan aftur í byrjun október 2006. Þá hefði brugðið svo við að Síminn hefði ítrekað týnt umsókn TSC. Eftir að leitað hefði verið eftir aðstoð PFS hefði komið í ljós að Síminn hefði afgreitt umsókn TSC jákvætt en „gleymt“ að láta TSC vita um niðurstöðuna.

Þegar sú niðurstaða hefði loksins legið fyrir hefði TSC kannað út frá gjaldskrá Símans hvað flutningur á sjónvarpsefninu gæti kostað. Lauslegur útreikningur hefði sýnt að kostnaður við flutning á efni (ein sjónvarpsrás, ein mono hljóðrás) væri 545.000 kr. á mánuði frá Múlastöð vestur á Snæfellsnes en þá hafi átt eftir að taka tillit til stofnkostnaðar við aðstöðu í Múlastöð og ýmiss annars stofnkostnaðar. Eftir ítrekaðar tilraunir hefði TSC fengið verðtilboð sem hefði verið talsvert hærra en útreikningar samkvæmt verðskrá Símans hefðu gefið til kynna. Telur TSC að með þessu misnoti Síminn markaðsráðandi stöðu sína með hárrí verðlagningu sem fari gegn á 11. gr. samkeppnislaga.

2.

Samkeppniseftirlitið sendi erindi TSC til umsagnar til Símans með bréfi, dags. 15. maí 2007, og bárust athugasemdir fyrirtækisins með bréfi, dags. 6. júní 2007.

Síminn krefst þess í umsögn sinni að Samkeppniseftirlitið láti af frekari málsmeðferð vegna kvörtunar TSC og telur að sú háttsemi sem kvartað er yfir feli ekki í sér brot gegn samkeppnislögum. Ef Samkeppniseftirlitið ákveði að aðhafast frekar í málinu þá krefst Síminn þess að kröfum TSC verði hafnað vegna eftirfarandi ástæðna.

Síminn telur að fullyrðing TSC þess efnis að S1 sé boðinn frítt með ADSL þjónustu Símans standist ekki. Bent er á í því sambandi að ADSL kerfi fyrirtækisins hafi verði endurbætt með innleiðingu á sjónvarpi yfir ADSL (IPTV) og að framþróun hafi átt sér stað með ADSL 2+. Áhrifum þeirrar þróunar er lýst með eftirfarandi hætti í umsögn Símans:



„Með því að auka getu kerfisins og bæta við þjónustu sem mögulegt er að veita yfir kerfið er Síminn að taka þátt í þeirri þróun sem á sér stað í Evrópu og almennt á alþjóðavísu. Þar vinna flest fjarskiptafyrirtæki að því að haga fjarskiptakerfum sínum þannig að þau geti dreift sjónvarpsefni. Hefur áræðni Símans skilað því að Ísland er í forystu í gagnvirku sjónvarpi í heiminum þar sem 25% heimila hafa aðgang að þjónustunni.“

Síminn tekur fram að fyrirtækið hafi gætt jafnræðis milli Internetþjónustu Símans og annarra Internetþjónustuveitna allt frá því að fyrirtækið hóf sölu á ADSL þjónustu á smásölustigi í árslok 1999. Síminn segir að framboð á ADSL tengingum til handa Interþjónustuaðilum hafi verið umfram lagaskyldu fjarskiptalaga nr. 107/1999. Með 8. tl. ákvörðunar nr. 10/2005 hafi verið lögð sú skylda á Símann að áframselja ADSL þjónustu í samræmi við þá framkvæmd sem þá hafði verið tíðkuð í meira en fimm ár. Þá hafi Síminn boðið öllum Internetveitum aðgang að ADSL þjónustu Símans á jafnræðisgrunni, þ.m.t. Internetþjónustu Símans. Internetþjónustuveitur, sem það kjósi, eigi því kost á að bjóða Sjónvarp Símans til viðskiptavina sinna um ADSL net Símans og veita sjálfar Internetþjónunustu og aðrar virðisaukandi lausnir yfir ADSL net Símans.

Síminn vísar til ákvörðunar samkeppnisráðs í máli nr. 13/2004, *Erindi eMax ehf. vegna ADSL-tilboða Og Fjarskipta hf. og Landssíma Íslands*, og sér í lagi ákvörðunar ráðsins nr. 10/2005, *Samruni Landssíma Íslands hf. og Íslenska sjónvarpsfélagsins*, um að í þeim málum hafi verið fallist á það að sjónvarpsþjónusta Símans, sem veitt sé um ADSL kerfi fyrirtækisins, sé óaðskiljanlegur hluti hennar. Sjónvarp Símans sé hluti af ADSL þjónustu fyrirtækisins. Síminn tekur fram að með Sjónvarpi Símans fylgi allar ólæstar rásir, þ.e. Skjár einn, Ríkissjónvarpið, PoppTívi o.fl. og áður Sirkus. Því sé ekki um ólögmeta samtönnun að ræða með því að einni af mörgum frístöðum sé dreift um kerfið. Síminn hafnar því að um ólögmeta samtönnun sé að ræða með því að S1 fylgi með Sjónvarpi Símans um ADSL eins og aðrar sjónvarpsrásir í opinni dagskrá.

Að auki hafnar Síminn því að fyrirtækið beiti viðskiptahindrunum við afhendingu á merki S1. Síminn bendir á að fyrirtækið taki ekki ákvörðun um afhendingu á sjónvarpsmerki stöðvarinnar heldur geri Skjárinn miðlar það. Þá sé ekki í fylgiskjölum með erindi TSC að finna samþykki Skjásins (Íslenska sjónvarpsfélagsins) fyrir afhendingu á sjónvarpsmerkinu. Síminn áréttar að um leið og Skjárinn miðlar hafi veitt heimild til að afhenda merki S1 til TSC muni Síminn veita TSC nauðsynlega aðstöðu og afhenda merkið í Múlastöð þar sem aðrar dreifiveitur hafi fengið merkið afhent.

Síminn ber því við í umsögn sinni að Míla ehf. (hér eftir Míla) systurfélag Símans annist verðlagningu á flutningi sjónvarpsmerkisins og sé hún því Símanum óviðkomandi. Umrædd verðskrá sé á forræði Mílu sem lúti eftirliti PFS. Frávik frá gjaldskránni myndu því fara gegn kvöðum sem PFS hafi beint að Mílu í þessu sambandi og færi stofnunin með lögsögu í máli um slíkt brot, sbr. reglur Póst- og fjarskiptastofnunar og Samkeppnisstofnunar um meðferð og úrlausn fjarskipta-



og póstmála nr. 265/2001. Síminn telur því að kvörtun TSC, að þessu leyti, sé beint að röngum lögaðila og sé til meðferðar hjá röngu stjórnvaldi.

3.

Samkeppniseftirlitið gaf TSC kost á að koma á framfæri athugasemdum við svör Símans og búrast þær með bréfi, dags. 30. júní 2007. TSC áréttar í athugasemdum sínum að fyrirtækið sé í mjög ójafnri samkeppnisstöðu gagnvart Símanum sem veiti viðskiptavinum sínum S1 frítt með ADSL tengingum fyrirtækisins. Þá sé frístöðin S1 eingöngu veitt um ADSL kerfi Símans á Snæfellsnesi en TSC hafi byggt upp eigið fjarskiptakerfi og leigi aðgang að heimtaug af Símanum. TSC telur að athugasemdir Símans hreki ekki þá lýsingu sem gefin hafi verið af samkeppnisstöðu TSC gagnvart Símanum. Á Snæfellsnesi standi valið um að fá bandbreiða Internettengingu hjá TSC eða bandbreiða Internettengingu hjá Símanum og opna dagskrá S1 að auki. Viðbótarkostnaður fyrir TSC við að veita sömu sjónvarpsþjónustu frítt með Internettengingum fyrirtækisins geri það að verkum að fyrirtækið sé ósamkeppnisfært í verði gagnvart Símanum. Það sé vegna þess að TSC hafi hingað til reynst ókleyft að bjóða það sama og Síminn, annars vegar vegna þess að ekki hafi fengist aðgangur að Múlastöð Símans og hins vegar vegna verðlagningar á flutningi á sjónvarpsefninu frá Múlastöð til Snæfellsness.

Hvað varðar þá röksemd Símans að fyrirtækið hafi ráðist í töluverðar endurbætur á ADSL kerfi sínu með uppfærslu í ADSL 2+ segir TSC að Síminn bjóði ekki upp á þá tækni á Snæfellsnesi en það geri TSC aftur á móti. Þá eigi umboðslaunasamningar fyrir ADSL tengingar Símans ekki heldur við á Snæfellsnesi þar sem TSC reki eigið fjarskiptakerfi á svæðinu sem hafi verið byggt upp áður en Síminn hóf að veita þar ADSL þjónustu.

TSC bendir á að það sé rétt hjá Símanum að nafngiftir Símans á Sjónvarpi Símans hafa tekið breytingum. Það sé engu að síður staðreynd að mati TSC að Síminn bjóði fríar sjónvarpsrásir með ADSL tengingum sínum og þar með talinn S1. Þá bendir TSC á að Síminn hafi séð ástæðu til að breyta nöfnum og stytta bindingu á áskriftum úr tólf í sex mánuði. TSC telur að það hefði Síminn ekki gert, ef fyrirtækið hafi talið að tólf mánaða binding væri í lagi.

TSC tekur fram að samhliða beiðni um afhendingu á merki Íslenska sjónvarpsfélagsins hafi TSC óskað eftir hýsingu í Múlastöð með tölvupósti, dags. 1. nóvember 2005, en fengið þau svör að ekkert laust pláss væri þar fyrir hendi. Eftir að óskað hafi verið eftir íhlutun PFS með tölvupósti, dags. 22. nóvember 2006, hafi komið í ljós að dráttur hafi orðið af hálfu Símans við að afgreiða umsókn TSC vegna örðugleika við gangsetningu nýs viðmóts í heildsölu. Í bréfi Símans til PFS, dags. 5. febrúar 2007, hafi komið fram að umsóknin hafi verið samþykkt 8. nóvember 2006 og að TSC hafi verið úthlutað pláss í Múlastöð 15 mánuðum eftir að umsókn var lögð inn. Skýring Símans á drættinum hafi verið sú að vegna flutnings verkefna milli starfsmanna innan heildsölu fyrirtækisins virðist hafa misfarist að tilkynna TSC um þessa stöðu málsins.



Síðan er í athugasemdum TSC vísað í eftirfarandi í umsögn Símans frá 6. júní 2007:

„Það áréttast því hér með að um leið og Skjárinn miðlar hefur veitt heimild til að afhenda merki Skjás eins til TSC mun Síminn veita TSC nauðsynlega aðstöðu og afhenda merkið í Múlastöð.“

TSC segir það koma verulega á óvart að Síminn muni afhenda merkið en ekki Íslenska sjónvarpsfélagið og að það sé nú orðið skilyrði að fá aðgang að Múlastöð að hafa í höndum leyfi frá Íslenska sjónvarpsfélaginu. Ekki hafi verið óskað eftir ástæðu fyrir hýsingu í pantanaeyðublöðum Símans og telur TSC að hér séu um nýjar upplýsingar hjá Símanum að ræða.

TSC hafi óskað eftir því að fá aðgang að merkjum S1 í sírstöðvunum í Grundarfirði, Stykkishólmi, Ólafsvík og Hellissandi þar sem Síminn væri þegar búinn að flytja sjónvarpsmerkin á þá staði. Síminn taki fram að Skjárinn miðlar taki ákvörðun um það hvort sjónvarpsmerki stöðvarinnar skuli afhent en ekki Síminn. Auk þess segir að afhending merkis fari fram í Múlastöð þegar Skjárinn miðlar hafi samþykkt afhendingu merkis. Þá hafi TSC óskað eftir því að Síminn fyndi ódýrari leið til að flytja þessi merki en með 45 Mb/s fléttu en hafi engin svör fengið við þeirri málaleitan. Þann 12. febrúar 2007 hafi TSC óskað eftir að fá gefið upp verð hjá Símanum fyrir flutning á merkjum S1 og Sirkus frá Múlastöð til Snæfellsness. Svar hafi borist frá Mílu, sem þá hafi verið nýlega tekin til starfa og tekið við af heildsölu Símans. Sá tilflutningur á heildsölu Símans hafi m.a. orðið til þess að sögn Símans að dráttur hafi orðið á afgreiðslu umsóknar TSC. TSC telur að Míla, sem er systurfyrirtæki Símans, sé Símanum ekki óviðkomandi hvað varðar verðlagningu á flutningi sjónvarpsmerkisins eins og Síminn haldi nú fram.

4.

Samkeppniseftirlitið sendi Símanum andmælaskjal með bréfi, dags. 23. desember 2008 sem hafði að geyma frummat eftirlitsins í tengslum við erindi TSC og ábendingu til Samkeppniseftirlitsins um verðlagningu Símans á ADSL tengingum og Internetþjónustu. Þar sem framangreind mál varða sömu markaði ákvað Samkeppniseftirlitið að sameina þau í einu andmælaskjali.

Fram kom í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins m.a. það frummat að Síminn hafi brotið gegn 5. og 7. tl. í ákvörðunarorði ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 10/2005 *Samruni Landssíma Íslands hf. og Íslenska sjónvarpsfélagsins hf.*

Athugasemdir Símans við andmælaskjalið bárust með bréfi, dags. 20. febrúar 2009. Mótmaelir Síminn því að hafa farið gegn umræddri ákvörðun. Í athugasemdunum eru gerðar ýmsar athugasemdir við bæði form og efni málsins. Verður vikið að þessum sjónarmiðum hér á eftir.



II.

NIÐURSTAÐA

Mál þetta á rót sína að rekja til kvörtunar TSC vegna ætlaðra brota Símans á fyrirmælum sem fram koma í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 10/2005 *Samruni Landssíma Íslands hf. og Íslenska sjónvarpsfélagsins hf.* TSC er fjarskiptafyrirtæki sem hefur það að meginstarfsemi að selja bandbreiðar tengingar og Internetþjónustu. Fyrirtækið hefur byggt upp aðstöðu á norðanverðu Snæfellsnesi, nánar tiltekið í Ólafsvík, Grundarfirði og Stykkishólmi og er með eigið fjarskiptakerfi en leigir aðgang að heimitaug til viðskiptavina af Símanum. Auk þess leigir TSC aðgang að ljósleiðara Símans til höfuðborgarinnar. TSC er í samkeppni við Símann í sölu bandbreiðra tenginga og Internetþjónustu í þéttbýlisstöðunum á norðanverðu Snæfellsnesi. TSC hóf m.a. tilraunaútsendingar á sjónvarpsefni Skjás Eins Íslenska sjónvarpsfélagsins með DSL¹ tækni í Grundarfirði á árinu 2003.

Síminn, sem er alhliða fjarskiptafyrirtæki og fyrrum einkaleyfishafi á fjarskiptamarkaði hér á landi, hefur m.a. selt Internetaðgang í smásölu með xDSL tækni um koparheimtaugar frá árinu 2000. Frá því í lok árs 2003 hefur Síminn boðið upp á ADSL tengingar til flestra byggðarlaga á Íslandi. Síminn hefur selt ADSL tengingar og Internetþjónustu til viðskiptavina sinna, upphaflega í sitthvoru lagi, en í árslok 2003 hóf Síminn að bjóða ADSL tengingar og Internetþjónustu saman undir einu heildarverði á smásölumarkaði. Eftir sameiningu Símans og Íslenska sjónvarpsfélagsins hóf Síminn einnig að flytja sjónvarpsefni Íslenska sjónvarpsfélagsins um ADSL tengingar fyrirtækisins undir heitinu Sjónvarp Símans þar sem boðnar hafa verið ýmsar sjónvarpsrásir með Internetþjónustu fyrirtækisins.

Síminn tilkynnti Samkeppnisstofnun á árinu 2004 um kaup fyrirtækisins á Íslenska sjónvarpsfélaginu. Rannsókninni á þeim samruna lauk með umræddri ákvörðun samkeppnisráðs nr. 10/2005 Í henni var komist að þeirri niðurstöðu að samruninn raskaði samkeppni og að þörf væri á íhlutun vegna hans. Var bent á að óbreyttu styrki samruninn markaðsráðandi stöðu Símans á þeim fjarskiptamörkuðum er málið varðar og að hætta væri á því að samruninn takmarkaði verulega möguleika keppinauta Símans til þess að veita samkeppni. Síminn óskaði eftir því að gerð yrði sátt í málinu og varð það niðurstaðan. Samrunaðilar féllust á að fara eftir tilteknum skilyrðum til þess að eyða þeim samkeppnishömlum sem ella hefðu stafað af samrunanum. Koma þau skilyrði fram í ákvörðunarorði ákvörðunar nr. 10/2005. Er þar einnig tekið fram að brot á skilyrðunum varði viðurlögum skv. samkeppnislögum.

Áður en vikið er að efni málsins verður fjallað um sjónarmið Símans sem tengjast formhlið málsins.

1. Um valdsvið Samkeppniseftirlitsins

Fram kemur í umsögn Símans við andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins að verðlagning á ADSL tengingum heyrir undir PFS sbr. lög nr. 69/2003 um PFS og

¹ e. *Digital Subscriber line.*



fjarskiptalög. Fram koma þau sjónarmið Símans að tiltekin mál sem varða samkeppni á fjarskiptamarkaði heyri undir valdsvið PFS en ekki Samkeppniseftirlitið. Vísað sé til þess að með bréfi Samkeppniseftirlitsins til PFS, dags. 15. nóvember 2005, hafi eftirlitið áframsent erindi IP fjarskipta til PFS. Í því bréfi komi, að mati Símans, fram skýr afstaða Samkeppniseftirlitsins um að mál er varði kjör ADSL tenginga heyri, á grundvelli 2. mgr. 7. gr. stjórnslulaga nr. 37/1993, undir PFS. Síminn telur að af andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins megi ráða að eftirlitið virðist ætla að taka sambærilegt mál til skoðunar nú þótt það liggi fyrir að málið varði kjör ADSL tenginga.

Í kvörtun IP fjarskipta, sem Síminn vitnar til, var vísað í 8. tl. í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 10/2005 *Samruni Landssíma Íslands hf. og Íslenska sjónvarpsfélagsins hf.* og þess krafist að Samkeppniseftirlitið beitti íhlutun í þeim tilgangi að Síminn færi að ákvæðinu. Jafnframt var óskað eftir að Samkeppniseftirlitið úrskurðaði um þau heildsölukjör sem Símanum bæri að veita Internetþjónustuveitum og hvernig kostnaði vegna samtengingar fjarskiptaneta skyldi deilt milli Símans og IP fjarskipta vegna slíkra viðskipta. Með fyrrgreindu bréfi til PFS áframsendi Samkeppniseftirlitið erindi IP fjarskipta á grundvelli leiðbeinandi reglna PFS og Samkeppnisstofnunar nr. 265/2001 um meðferð og úrlausn fjarskipta- og póstmála. Síminn telur að með því hafi Samkeppniseftirlitið úttalað sig um það að eftirlitið sé ekki bært til að fjalla um þau mál sem varða ADSL tengingar, þ.m.t. þau kjör sem bjóðast.

Síminn tekur fram að ekki sé þörf á skipulagsbreytingum hjá fyrirtækinu í kjölfar þessa máls þar sem heildsölu- og smásöluþjónusta Símans séu þegar aðskildar með fullnægjandi hætti. Hvað atferlisbreytingar varðar telur Síminn rétt að áréttta að þegar hvíli víðtækar kvaðir á félaginu samkvæmt ákvörðunum PFS, einkum ákvörðun nr. 8/2008. Að mati Símans sé það hlutverk PFS að grípa til aðgerða til þess að efla virka samkeppni á fjarskiptamarkaði.

Þessu til svars vísar Samkeppniseftirlitið til þess að nefndar reglur nr. 265/2001 eru til leiðbeiningar „um meðferð og úrlausn mála sem fallið geta bæði innan marka laga um póst- og fjarskiptamál og samkeppnislaga“ og settar til þess „að vinna gegn hugsanlegri óvissu um valdmörk og lögsögu stofnananna.“ eins og segir í 1. gr. reglnanna. Þá má og benda á að í 4. gr. reglnanna kemur fram að þau mál skuli að „jafnaði“ meðhöndluð af PSF sem nefnd eru í greininni, en eru þar m.a. nefnd mál varðandi gjaldskrár sem Póst- og fjarskiptastofnun er falið að samþykkja, sbr. d-lið.

Var það á grundvelli d liðar 4. gr. sem krafa IP fjarskipta um heildsölukjör á Internettengingum hjá Símanum og kostnaðarskiptingu á samtengingu fjarskiptaneta var framsend til PFS af Samkeppniseftirlitinu enda var það mat eftirlitsins að krafa IP fjarskipta eins og hún var lögð fram ætti frekar undir PFS. Þá má að auki benda á að í síðustu málsgrein í umræddu bréfi Samkeppniseftirlitsins til PFS kemur fram eftirfarandi:

„Samkeppniseftirlitið mun hins vegar taka til athugunar kvörtun IP fjarskipta að því leyti sem hún snýr að eftirlitshlutverki Samkeppniseftirlitsins og



leggja mat á hvort Landsíminn hafi brotið gegn skilyrði í 8. gr. ákvörðunarorða ákvörðunar Samkeppnisráðs nr. 10/2005."

Varðandi valdmörk Samkeppniseftirlitsins og PFS ber og að hafa í huga úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 13/1998 *Landssími Íslands hf. gegn samkeppnisráði*. Í því máli hélt Síminn því fram að samkeppnisyfirvöld hefðu heimild til að fylgjast m.a. með misnotkun á markaðsráðandi stöðu á fjarskiptamarkaði. Hins vegar heyrðu tækniatriði undir PFS. Með vísan til þágildandi laga taldi áfrýjunarnefnd almennt „að valdsvið samkeppnisyfirvalda á sviði samkeppnismála á fjarskiptasviðinu standi óhaggað enda er það í eðli sínu mun víðtækara en það eftirlitsvald sem Póst- og fjarskiptastofnunin fer með varðandi samkeppni á sviði fjarskipta."

Þann 25. júlí 2003 tóku gildi ný lög um fjarskipti. Lögin, sem eru nr. 81/2003, innleiða fjórar tilskipanir Evrópusambandsins um fjarskipti og eina tilskipun um persónuvernd í fjarskiptum. Hinni nýju fjarskiptalöggjöf er ætlað að skapa einsleit starfsskilyrði fyrir fjarskiptafyrirtæki í Evrópu, takmarka hindranir og skapa skilyrði fyrir sjálfbæra samkeppni til hagsbóta fyrir neytendur. Mögulegar aðgerðir PFS á fjarskiptamarkaði miðast við að skapa skilyrði fyrir aukinni samkeppni á fjarskiptamarkaði til framtíðar litið (*ex ante*). Samkeppniseftirlitið starfar hins vegar á grundvelli samkeppnislaga nr. 44/2005 með síðari breytingum og hefur eftirlit með því að farið sé eftir samkeppnislögum á markaði (*ex post*) og hefur í því skyni m.a. rýmri ákvæði til sektarheimilda en PFS. Ljóst er að umræddum tilskipunum EB og framkvæmd innlendra fjarskiptayfirvalda er ekki ætlað að koma í veg fyrir beitingu almennra samkeppnisreglna gagnvart fyrirtækjum sem starfa á fjarskiptamarkaði.²

Ekki verður séð að hlutverk PFS og Samkeppniseftirlitsins skarist í þessu máli þar sem það lýtur að því hvort farið hafi verið gegn umræddri ákvörðun samkeppnisráðs með tiltekinni hegðun á fjarskiptamarkaði. Þá er ljóst að PFS gerir ráð fyrir því að Síminn fari að ákvörðun nr. 10/2005. Í 220. mgr. í viðauka A við ákvörðun PFS nr. 8/2008 segir m.a.:

„Ákvörðun PFS um bitastraumsaðgang hefur ekki áhrif á þau skilyrði sem sett voru af samkeppnisráði í ákvörðun þess nr. 10/2005, dags. 11. mars 2005."

Í ljósi framangreinds hafnar Samkeppniseftirlitið því að eftirlitið sé ekki bært að fjalla um þetta mál.

² Sjá t.d. Commission guidelines on market analysis and the assessment of significant market power under the Community regulatory framework for electronic communications networks and services [2002] OJ C165/6: „In practice, it cannot be excluded that parallel procedures under ex-ante regulation and competition law may arise with respect to different kinds of problems in relevant markets. Competition authorities may therefore carry out their own market analysis and impose appropriate competition law remedies alongside any sector specific measures applied by NRAs." Sjá einnig Faull & Nikpay, *The EC Law of Competition*, önnur útgáfa 2007 bls. 1484: „... the mere existence of sector specific legislation does not prevent the application of the competition rules to the same area."



2. Um sameiningu mála

Síminn gerir athugasemd við að meðferð á erindi TSC hafi verið sameinað rannsókn á öðrum ætluðum samkeppnishindrunum, sem Síminn telji að séu ótengdar. Að mati Símans beinist mál TSC að því hvort háttsemi Símans hafi farið gegn ákvörðun samkeppnisráðs nr. 10/2005 og snúi að miklu leyti að öðru rannsóknarefni. Gerð er athugasemd við aðild TSC að málinu eins og það hafi verið sett upp í andmælaskjalinu þar sem erindi félagsins lúti, að mati Símans, að atriðum sem séu aðeins að takmörkuðu leyti til umfjöllunar í andmælaskjalinu. Síminn telur að synja beri TSC um aðild að málinu eða aðgangi þess einskorðað við það sem varðar félagið sérstaklega.

Samkeppniseftirlitið sendi Símanum bréf, dags. 13. nóvember 2009, þar sem fram kom að Samkeppniseftirlitið hefði ákveðið að skipta meðferð á framangreindu máli þannig að tvö mál verða rekin, annars vegar vegna erindis TSC og hins vegar vegna annarra ætlaðra samkeppnishindrana. Sú ákvörðun sem er tekin í þessu máli fjallar því aðeins um þá kvörtun TSC að Síminn hafi brotið gegn ákvörðun samkeppnisráðs nr. 10/2005. Hefur Samkeppniseftirlitið því orðið við ósk Símans um aðgreiningu mála, án þess að tekin hafi verið afstaða til röksemda Símans fyrir óskinni.

3. Brot á 5. tl. ákvörðunar nr. 10/2005

TSC heldur því fram að Síminn hafi farið gegn ákvörðun samkeppnisráðs nr. 10/2005. Í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins kom fram það frummat eftirlitsins að Síminn hafi brotið gegn fyrirmælum 5. tl. ákvörðunarorðs í ákvörðun nr. 10/2005 með því að tvíanna saman sölu á ADSL tengingum fyrirtækisins og sjónvarpsefni Íslenska sjónvarpsfélagsins. Það fólst í því að láta sjónvarpsefni Íslenska sjónvarpsfélagsins, þ.m.t. S1, og flutning þess fylgja ókeypis með ADSL tengingum vegna Internetþjónustu hvar sem var á landinu. Síminn hefur mótmælt þessu.

3.1 Sjónarmið Símans

Síminn tekur fram að fyrirtækið bjóði sjónvarp í gegnum ADSL tengingu og að ekki sé um samtvinnun að ræða þar sem notuð sé tiltekin tækni til þess að bjóða viðskiptavinum sjónvarp. Fram kemur að viðkomandi viðskiptavinur geti einnig fengið sjónvarp í gegnum aðrar leiðir en tækni setji því takmörk hvað sé hægt að bjóða upp á að sögn Símans. Auk þess bendir fyrirtækið á að það sé einnig hægt að fá ADSL án þess að fá sjónvarp. Síminn tekur þó fram að ekki sé hægt að bjóða upp á sjónvarpsþjónustuna nema viðkomandi sé með ADSL tengingu þar sem þjónustan sé veitt í gegnum ADSL kerfi fyrirtækisins. Fær Síminn ekki séð hvernig fyrirtækinu sé unnt að bjóða upp á sjónvarpsþjónustuna sem um ræðir án ADSL tengingar.

Fram kemur hjá Símanum að Skjár einn sé sjónvarpsstöð sem sé send út í opinni dagskrá og því eðlilega boðin án endurgjalds.³ Að mati Símans væri það óeðlilegt að stöðin fylgdi með gegn greiðslu. Síminn telur mikilvægt að benda á að Internetveitur geti boðið ADSL þjónustu frá Símanum þar sem

³ Skjár einn hefur nú tekið upp áskriftargjald.



sjónvarpsþjónustan fylgi með. Til þess að fá aðgang að þeim sjónvarpsstöðvum sem í boði séu, þ.e. að undanskyldum gjaldfrjálsum innlendum stöðvum, þurfi hver viðskiptavinur að greiða sömu upphæð óháð því hver sé Internetþjónustuveitandi. Síminn tekur fram að engin skilyrði séu fyrir því að sú þjónusta sé keypt frá Símanum. Þá greiði allar Internetveitur sama gjald fyrir ADSL tenginguna og í öllum tilvikum fylgi sama þjónusta að sögn Símans. Að mati Símans sé TSC þannig í sömu stöðu til þess að bjóða viðkomandi þjónustu og Internetþjónusta Símans. Síminn tekur fram að viðskiptavinir fyrirtækisins greiði alltaf 2.500 kr. fyrir ADSL 1000 tengingu og innifalið í henni sé flutningur á sjónvarpsmerkjum þeirra sem kaupi þá þjónustu af Símanum.

Síminn fái ekki séð hvernig það geti verið samkeppnishamlandi að Síminn bjóði upp á sjónvarp í gegnum ADSL kerfi fyrirtækisins. Tekið sé fram að viðkomandi viðskiptavinur þurfi ávallt að kaupa Internetþjónustu til viðbótar vilji hann fá aðgang að Internetinu. Viðskiptavinur sem kaupi sjónvarp í gegnum ADSL kerfið fái ekki aðgang að Internetinu nema að kaupa til viðbótar Internetþjónustu. Því sé sú þjónusta ekki innifalin að mati Símans.

Síminn tekur fram að fyrirtækið hafi ekki auglýst vörur Skjásins með Sjónvarpi Símans. Þess hafi verið gætt að Síminn auglýsi aðeins Sjónvarp Símans með sínum ADSL tengingum. Skjárinn auglýsi sínar vörur sjálfstætt eins og aðrir aðilar sem séu með efni á Sjónvarpi Símans.

Síminn telji að það sé ekki málefnalegt að krefjast þess að fyrirtækið útiloki efni Skjásins frá Sjónvarpi Símans enda hljóti Skjárinn að eiga kröfu á að koma sínu efni á framfæri til jafns við aðra á viðkomandi markaði. Fái Síminn ekki séð hvernig það geti verið brot að efni Skjásins hafi verið dreift með ADSL kerfi fyrirtækisins. Síminn áréttar að það hafi aldrei verið skilyrði að Internetþjónusta sé keypt samhliða sjónvarpsþjónustunni.

3.2 Niðurstaða

Samkeppniseftirlitinu þykir rétt að fjalla fyrst um ýmis atriði sem varða verðlagningu og sölu á ADSL tengingum og Internetþjónustu Símans sem skapar grunninn að því máli sem hér er til umfjöllunar.

Mál TSC lýtur að athugun á því hvort Síminn hafi farið gegn ákvörðun samkeppnisráðs nr. 10/2005 með samtvinnun á ADSL tengingum fyrirtækisins og sjónvarpsþjónustu Íslenska sjónvarpsfélagsins. Þá er einnig til athugunar hvort Síminn hafi beitt TSC aðgangshindrunum að dreifikerfi fyrirtækisins fyrir sjónvarp og útvarp sem fæli í sér brot á sömu ákvörðun samkeppnisráðs.

Í umfjöllun um skilgreiningu markaða í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 10/2005 segir m.a.:

„Samkvæmt áðurnefndum meðmælum framkvæmdastjórnar EB telst sjónvarps- og útvarpsdreifing til undirmarkaða fjarskiptamarkaðarins.“⁴

⁴ Í tilmælum framkvæmdastjórnar EB nr. 2003/311 er markaður fyrir sjónvarpsdreifingu skilgreindur sem: „Broadcasting transmission services, to deliver broadcast content to end users.“



Dreifing felur ávallt í sér flutning á merki frá upprunastað til notanda. Dreifing getur farið fram með mismunandi tækni."

Þá segir einnig þetta:

„Þegar litið er til þróunar og samþættingar fjölmiðlunar- og fjarskiptamarkaða, sérstaklega að því er varðar flutning sjónvarpsefnis um Internettengingar og þá möguleika sem taldir eru opnast við það, telur samkeppisráð einnig að áhrifa muni gæta á markaði fyrir Internettengingu og Internetþjónustu."

Í ákvörðuninni kemur fram að um sé að ræða samruna fyrirtækja á ólíkum mörkuðum sem hefði í för með sér lóðrétt tengsl markaðanna, þ.e. sjónvarpsmarkaður væri í lóðréttum tengslum við fjarskiptamarkaðinn. Í ákvörðuninni segir m.a.:

„Eins og áður segir felur samruni Landssímans og Skjás Eins⁵ í sér lóðrétt tengsl fyrirtækja á ólíkum, en tengdum mörkuðum. 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. Þar sem bandvídd ADSL tenginga hefur aukist töluvert á síðastliðnum árum er tæknilega unnt að flytja sjónvarpsmerki, en þau eru vegna hins mikla gagnamagns nokkuð frek á bandvídd. Áður hefur verið lýst þeirri gagnvirkni sem Internettengingar bjóða upp á varðandi dreifingu á sjónvarpsefni um þær. Gagnvirknin er talin leiða til þess að móttaka og dreifing á sjónvarpsefni um Internettengingar verði vinsæll valkostur fyrir neytendur og fjölmiðlafyrirtæki í nágrenni framtíð. Landssíminn hefur í nýlegum málum hjá samkeppniyfirvöldum verið talinn ráðandi á mörkuðum fyrir bandbreiðar Internettengingar og -þjónustu.⁶ Skjár Einn hefur að mati samkeppnisráðs yfir að ráða eftirsóknarverðu efni fyrir sjónvarpsáhorfendur. Einkum er um að ræða ensku deildarkeppnina í fótbolta og nokkurn fjölda vinsælla sjónvarpsþátta. Með vísan til þeirra atriða sem rakin eru hér að framan er það því mat samkeppnisráðs að Landssíminn muni með yfirtöku á Skjá Einum, og þar með efni til dreifingar um ADSL kerfi sitt, auka eða styrkja markaðsstyrk fyrirtækisins á mörkuðum fyrir bandbreiðar Internettengingar og Internetþjónustu. Sökum þessa er ástæða til að grípa til íhlutunar vegna samrunans."

Kvörtun TSC lýtur m.a. að 5. tl. ákvörðunarorðs í ákvörðun nr. 10/2005 en þar segir:

⁵ Í ákvörðuninni er Skjár Einn tilvísun í Íslenska sjónvarpsfélagið.

⁶ Sbr. einkum áðurnefnda ákvörðun samkeppnisráðs nr. 13/2004.



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

Við skoðun á verðskrá Símans má sjá að Síminn bauð viðskiptavinum sínum mismunandi áskriftir fyrir Internetþjónustu um ADSL tengingar fyrirtækisins. Boðið var upp á fjórar áskriftarleiðir fyrir Internetþjónustu þar sem ólíkur hraði ADSL tenginga var lagður til grundvallar en þær voru „Góður“, „Betri“, „Bestur“ og „Langbestur“. Í töflu 1 má sjá verðskrá Símans fyrir þessar áskriftarleiðir fyrir ADSL tengingar, Internetþjónustu og Sjónvarp Símans eins og fram kom á heimasíðu fyrirtækisins þann 6. nóvember 2007 og gilti hún á þeim tíma sem erindi TSC barst og fyrr.⁷

Tafla 1. Verðskrá Internetþjónustu Símans

Áskriftir	Góður	Betri	Bestur	Langbestur
Hraði ADSL tenginga	1 Mb/sek	2 Mb/sek	Allt að 8 Mb/sek*	Allt að 12 Mb/sek*
Innifalið erlent niðurhal	4 GB**	6 GB**	Ótakmarkað	Ótakmarkað
Innifalin netföng	3	3	5	5
Mánaðarverð	3.990 kr.	4.990 kr.	5.990 kr.	6.490 kr.

Almennir skilmálar Internetáskriftar Símans voru:

- „Góður“ og „Betri“ eru með 7.500 kr. verðþaki.
- Hvert MB umfram innifalið gagnamagn kostar 2,50 kr.
- Öll gagnaumferð innanlands og innankerfis er innifalin.
- Ekki er innheimt gjald fyrir að sækja póst.
- Verð er með virðisaukaskatti og í íslenskum krónum.
- Ótakmarkað erlent niðurhal er háð skilmálum.⁸
- * Ef tæknilega mögulegt.
- ** Umframnotkun gjaldfærist samkvæmt verðskrá upp að verðþaki. Verð fyrir umfram MB er 2,50 kr.

Ávinningur Internetáskriftar Símans er sagður vera:

- Internetþjónusta Símans.
- Sjónvarp Símans fylgir með ADSL tengingum hjá Símanum gegn 6 mánaða samningi (áður 12 mánaða samningi). Viðskiptavinir sem eru með ADSL hjá Símanum fá myndlykil að Sjónvarpi Símans á 0 kr. Sjónvarpsrásin S1 og S1+ fylgir m.a. ókeypis með í opinni dagskrá.

⁷Sjá: <http://wayback.vefsafn.is/wayback/20061115070526/http://www.siminn.is/forsida/einstaklingar/netid/thjonustuleidir/adsl/>

⁸ Síminn áskilur sér rétt til að takmarka þjónustu til rétthafa tengingar, verði hann uppvís að síendurteknu óhóflegu erlendu niðurhali sem hefur áhrif á tengingar annarra viðskiptavina. Í þessum efnum skal miðað við að niður- eða upphal viðskiptavinar fari ekki umfram 20 gígabæti á 7 daga tímabili, óháð áskriftar- og þjónustuleið hans.



- Öryggispakki Símans - Ein öflugasta vírusvörnin á markaðnum.
- Tölvuvari Símans - Staðsetur tölvuna ef henni er stolið.
- Safnið 500MB - Örugg geymsla fyrir ljósmyndir og önnur stafræn gögn.
- Vírusvarnir og ruslsíur á póst
- 50 MB heimasíðupláss
- Auk þess fá notendur í „Bestur“ og „Langbestur“ Tölvusímamann á 0 kr.

Með ADSL tengingunum var Internetþjónusta Símans og Skjárinn, þ.e. aðgangur að sjónvarpi Íslenska sjónvarpsfélagsins, innifalinn í verði ef gerður var sex mánaða skuldbindandi samningur (þar áður 12 mánaða skuldbindandi samningur). Með Skjánum var hægt að leigja bíómynd með sjónvarpsfjarstýringunni eða velja mismunandi áskriftarpakka sjónvarps gegn gjaldi. Internetáskrifendur höfðu einnig aðgang að sjónvarpsstöðvum án endurgjalds og má þar m.a. nefna sjónvarpsstöðina S1 og S1+ með klukkustundar seinkun. Upplýsingar um áskriftarpakka Skjásins og verð þann 6. nóvember 2007 má sjá í töflu 2.

Tafla 2 Áskriftarpakkar Skjásins sem ADSL notendur Símans hafa aðgang að

Áskriftarpakkar	Mánaðarverð
Allt – 60 stöðvar	4.125 kr.
Fjölskylda – 14 stöðvar	2.436 kr.
Blanda – 20 stöðvar	2.623 kr.
Toppur – 8 stöðvar	1.873 kr.
Evrópa – 21 stöð	2.436 kr.
Sport – 7 stöðvar	1.591 kr.
SkjárEinn og SkjarEinn+	0 kr.

Þessir viðskiptaskilmálar Símans giltu óbreyttir a.m.k. fram á mitt ár 2008. Breytingar sem gerðar hafa verið síðan á skilmálum Símans hafa ekki breytt því að S1 fylgdi ókeypis með Internetáskrift hjá Símanum.⁹

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

⁹ Á heimasíðu Símans segir að frá og með miðjum nóvember 2009 varð sjónvarpsstöðin SkjárEinn að áskriftarstöð og að SkjárEinn hafi þá verið send út í læstri dagskrá. Áskrift er sögð mun kosta 2.200 kr. á mánuði en tekið fram að ekki hafi verið byrjað að innheimta áskriftargjöld fyrr en 1. desember 2009. Allir sem skráðu sig fyrir áskrift fengu áfram aðgang að stöðinni án endurgjalds frá miðjum nóvember til 1. desember 2009. Auk þess kemur fram að áskrifendur SkjásEins sem hafa aðgang að SkjáBíói geta horft á innlent og erlent dagskráefni SkjásEins þegar þeim hentar á 0 kr., t.d. CSI Miami, Innlit/útlit og 90210.



boðinn frítt með, og bjóða hvorttveggja saman undir einu heildarverði með Internetþjónustu fyrirtækisins er Síminn að ganga gegn 5. tl. í ákvörðunarorði ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 10/2005.

Síminn telur að samkeppnisyfirvöld hafi fallist á það með Símanum að sjónvarpsþjónusta sem veitt sé um ADSL kerfi fyrirtækisins teljist óaðskiljanlegur hluti hennar og því geti ekki verið um ólögmeta samtvinnun að ræða með því að einni af mörgum frístöðvum sé dreift um kerfið. Þessu til stuðnings bendir Síminn m.a. á ákvörðun nr. 10/2005. Á þetta getur Samkeppniseftirlitið ekki fallist enda segir í framangreindri ákvörðun samkeppnisráðs:

„Landssíminn hefur dreift sjónvarpsmerkjum um kapalakerfi 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 tenginganna nú náð því marki að unnt er að flytja sjónvarpsmerki um þær. Þar sem dreifing sjónvarpsmerkis um Internettengingar er enn á frumstigi hér á landi, telur samkeppnisráð þó ekki þörf á því að skilgreina sérstaklega hvort markaður fyrir Internettengingar, eins og hann hefur verið skilgreindur af ráðinu, geti einnig talist hluti af sjónvarpsdreifingarmarkaði. Miðað við framangreint er það mat samkeppnisráðs að til sé sérstakur markaður fyrir sjónvarps- og útvarpsdreifingu.“

Benda má á að samkvæmt tilmælum framkvæmdastjórnar EB um skilgreiningar á fjarskiptamörkuðum nr. 2003/311 telst sjónvarps- og útvarpsdreifing til undirmarkaða fjarskiptamarkaðarins¹⁰ þar sem dreifing geti farið fram með mismunandi tækni. 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.

Síminn segir að félagið hafi ekki samtvinnuð þjónustu sína með þeim hætti að aðilar séu skyldaðir til þess að kaupa eina þjónustu til þess að fá aðgang að annarri óskyldri þjónustu. Samtvinnun Símans felst í því að sjónvarpsefni Skjásins

¹⁰ Í meðmælum framkvæmdastjórnar EB nr. 2003/311 er markaður fyrir sjónvarpsdreifingu skilgreindur sem: „Broadcasting transmission services, to deliver broadcast content to end users.“



og flutningur þess um fjarskiptakerfi Símans og dreifing um ADSL tengingar Símans fylgir með í verði ADSL tenginga vegna Internetþjónustu fyrirtækisins hvort sem viðskiptavinir nýta sér þá sjónvarpsþjónustu eða ekki. Samkeppniseftirlitið bendir á að það hefur ekki áhrif á heildarverð á samtvinnuðum þjónustupáttum í töflu 1 þó að viðskiptavinur nýti einungis Internetþjónustuna í viðkomandi þjónustupökkum hjá Símanum. Það segir m.ö.o að þjónusta Íslenska sjónvarpsfélagsins er tvinnuð saman í verði ADSL tenginga Símans vegna Internetþjónustu sem fer gegn 5. tl. í ákvörðunarorði ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 10/2005. Sú samtvinnun hefur skekkt mögulega verðsamkeppni um Internetþjónustu Símanum í vil og með því skaðað samkeppni á viðkomandi markaði. 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 skaðlega 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.

Eins og fram kemur í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 10/2005 fól samruni Símans og Skjás Eins í sér lóðrétt tengsl fyrirtækja á ólíkum, en tengdum mörkuðum. Það var mat samkeppnisráðs að í þeim tilvikum sem markaðsráðandi fjarskiptafyrirtæki tryggir sér aðgang að efni til dreifingar með þeim hætti sem þar um ræðir geti skapast sú staða að innkoma nýrra aðila inn á markaði torveldist á tvennan hátt. Í fyrsta lagi var það mat ráðsins að staða nýrra og minni aðila á fjarskiptamarkaði verði torvelduð að miklu leyti þar sem aðgengi þeirra að efni til dreifingar um net sín verði ekki sú sama og hins markaðsráðandi fyrirtækis. Í því tilviki sem hér um ræðir gæti Síminn þannig selt fjarskiptaþjónustu, t.d. Internetþjónustu, og tengt hana því efni sem fyrirtækið öðlast. Keppinautar á fjarskiptamarkaði eiga þannig á hættu að geta ekki boðið viðskiptavinum sínum sömu eða svipaða þjónustu og hið markaðsráðandi fyrirtæki og munu því hrökklast af markaði. Nýir aðilar munu eiga enn erfiðara að komast inn á markaðinn þar sem aðgangur þeirra að sjónvarpsefni getur verið takmarkaður. Í öðru lagi var það 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. Með vísan til þess sem að framan er ritað var það mat samkeppnisráðs að samruni Símans og Skjás Eins myndi ef ekkert yrði að gert í fyrsta lagi styrkja ráðandi stöðu Símans á þeim fjarskiptamörkuðum er málið varðaði. Í öðru lagi var talin hættu á að samruninn mundi takmarka möguleika nýrra aðila til þess að koma inn á fjarskipta-, sjónvarps- og útvarpsmarkaði ef dreifing sjónvarps- og útvarpsefnis um bandbreiðar Internettengingar yrði algeng. Í þriðja og síðasta lagi var að mati ráðsins hættu á að valkostum neytenda myndi fækka. Það var því mat samkeppnisráðs að þau skilyrði sem sett voru fyrir samrunanum sem málsaðilar höfðu samþykkt myndu eyða þeim neikvæðu áhrifum sem samruninn gæti haft á samkeppni á íslenskum fjarskipta- og sjónvarpsmörkuðum. Af skilyrðunum sem sett voru fyrir samrunanum átti að leiða að aðgangur keppinauta að mörkuðunum



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

Samkeppniseftirlitið telur að framangreind varnaðarorð samkeppnisráðs eigi allt eins við í dag og þegar umræddur samruni var metinn og heimilaður með skilyrðum. Með samtvinnun á ADSL tengingum til Internetþjónustu og sjónvarpsþjónustu Símans í einu heildarverði, og án tillits til þess hvort sjónvarpsþjónustan er notuð eða ekki, eins og frammar er lýst hefur Síminn hins vegar farið gegn 5. tl. í ákvörðunarorði ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 10/2005 og með því raskað samkeppni á Internetþjónustumarkaði. Samkeppniseftirlitið telur að Síminn geti ekki borið fyrir sig tiltekinni tækni, eins og fyrirtækið orðar það, við að bjóða viðskiptavinum sjónvarp og fullyrða þannig í skjóli þess að ekki sé um samtvinnun að ræða. Síminn hefur áratuga tæknilega reynslu á fjarskiptamarkaði og ber að haga tæknilegri útfærslu með þeim hætti að hún fari ekki gegn fyrirmælum samkeppnisyfirvalda og raski með því samkeppni.

Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins er sú að Síminn hafi brotið gegn 5. tl. í ákvörðunarorði ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 10/2005 með samtvinnun ADSL tenginga vegna Internetþjónustu og sjónvarpsþjónustu sem jafna má til þess að láta sjónvarpsefni Íslenska sjónvarpsfélagsins, þ.m.t. S1, flutning þess og dreifingu fylgja frítt með í verði ADSL tenginga Símans.

4. Brot á 7. tl. ákvörðunar nr. 10/2005

Í 7. tl. í ákvörðunarorði ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 10/2005 er kveðið á um það að Síminn skuli veita öðrum en Íslenska sjónvarpsfélaginu (Skjárin) aðgang að dreifikerfum sínum fyrir sjónvarp og útvarp. Tekið er auk þess fram að í þeim tilgangi skuli Síminn útbúa gjaldskrá þar sem fram komi verð fyrir aðganginn og skuli Síminn birta gjaldskrána opinberlega og á aðgengilegan hátt eigi síðar en 1. september 2005. Gjaldskráin skal vera málefnaleg og hlutlaus og gilda jafnt í viðskiptum Símans við Íslenska sjónvarpsfélagið (Skjáinn) og í viðskiptum Símans við aðra aðila.

TSC heldur því fram að Síminn hafi beitt félagið óeðlilegum viðskiptahindrunum vegna óskar um dreifingu á sjónvarpsefni. Í andmælskjali Samkeppniseftirlitsins kemur fram að TSC hafi ítrekað reynt að fá verð fyrir flutning á sjónvarpsefni Skjásins hjá Símanum sem bendir til þess að Síminn hafi ekki uppfyllt skilyrði um að útbúa gjaldskrá fyrir aðgang að dreifikerfum sínum fyrir sjónvarp og útvarp og birta hana á aðgengilegan hátt eins og segir í 7. tl. í ákvörðunarorði samkeppnisráðs. Eftir töluverða fyrirhöfn af hálfu TSC við að fá uppgengið verð fyrir flutning sjónvarpsefnisins barst loks tilboð frá Mílu eftir að TSC hafði gengið eftir því með ítrekuðum hætti. Var það frummat eftirlitsins að Síminn hafi brotið gegn 7. tl. í ákvörðunarorði ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 10/2005. Síminn hefur mótmælt þessu.

4.1 Sjónarmið Símans

Í athugasemdum sínum bendir Síminn á að allar sjónvarpsrásir fyrirtækisins séu meðhöndlaðar fyrir fjöldadreifingu í Múlastöð. Eftir það fari engin endurvinnsla fram, hvergi á landinu, fyrr en þær séu afkóðaðar í myndlyklum viðkomandi notenda.



Því sé allt dreifikerfi fyrirtækisins skilgreint sem aðgangsnét og þar af leiðandi ekki hægt að afhenda sjónvarpsrásir í símtöðvum til annarra nota. Síminn heldur því fram að umræddur 7. tl. í ákvörðun samkeppnisráðs taki til aðgangs að dreifikerfi fyrir sjónvarpsrásir. TSC hafi engar sjónvarpsrásir til þess að dreifa og hafi ekki neina sjónvarpsþjónustu sem það hafi óskað eftir dreifingu fyrir. Að mati Símans sé í framangreindum 7. tl. ekki átt við dreifingu á sjónvarpsmerki annars aðila en tekur fram að í slíkum tilfellum verði viðkomandi fyrirtæki fyrst að hafa heimild frá rétthafa til þess að geta dreift merkinu. Óvíst sé hvort slíkt hafi legið fyrir að mati Símans. Síminn tekur fram að ekki verði betur séð en að þau gögn sem TSC hafi lagt fram sýni að heimild til dreifingar hafi ekki legið fyrir.

Um verðlagningu á dreifingu sjónvarpsefnis segir Síminn:

„Samkvæmt 7. tl. skuli (svo) aðilar sem hafa sjónvarpsefni sem þeir vilja setja í dreifingu hafi (svo) sama aðgang og Íslenska sjónvarpsfélagið (ÍS) að dreifikerfum umbjóðanda okkar. Þetta skilyrði hefur alltaf verið uppfyllt og sama verðskrá og samningur við ÍS var byggður á, var sett á heimasíðu umbjóðanda okkar í ársbyrjun 2006 undir slóðinni "Fyrirtæki – Verðskrár – Verðskrá fyrir Sjónvarpsdreifingu". (Í dag er hún undir slóðinni „Fyrirtæki – IP Net – Verð – Annað – Sjónvarpsþjónusta“). Í þessa verðskrá hefur ævinlega verið vísað þegar fyrirspurnir koma um dreifingarkostnað sjónvarpsrása og hafa margir samningar við sjónvarpsrekendur verið gerðir á þessu tímabili. Er því alfarið hafnað að umbjóðandi okkar hafi brotið gegn 7. tl. ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 10/2005.“

Síminn tekur síðan fram að verðlagning á flutningi sjónvarpsmerkis sé í höndum Mílu en ekki Símans og vísar í því sambandi á bréf fyrirtækisins til Samkeppniseftirlitsins, dags. 6. júní 2007. Því telji Síminn að Samkeppniseftirlitið eigi að beina erindinu að Mílu en ekki Símanum.

Síminn telur nauðsynlegt að skýra stuttlega mismun á því sem kallist mötunarnet og aðgangsnét. Í því sambandi vísar Síminn í markaðsgreiningu PFS á markaði 18, *Heildsölumarkaður útsendingarþjónustu fyrir útvarpsendingar til notenda*, en þar megi að sögn Símans finna góða útskýringu á mismunandi flutningsnetum fyrir sjónvarpsrásir. Þar sé m.a. útskýrður munurinn á mötunarneti og aðgangsneti með eftirfarandi hætti:

„Mötunarnet (feeder network) er sá hluti nets sem liggur frá útvarpsstöð að fyrsta tengipunkti í sendikerfi eða stofnneti. Þessi hluti kerfisins getur notast við ýmis konar tækni en er oftast ljósleiðari eða þráðlaust samband.“

Aðgangsnetið (access network) er síðasti hluti netsins á leiðinni til endanotanda. Þessi hluti er einnig kallaður dreifikerfi. Ýmis konar tækni er notuð í þessum nethluta, svo sem jarðbundin þráðlaus net, gervihnattasambönd, kapalkerfi, xDSL net o.fl...”



Tekið sé fram að á sjónvarpsdreifikerfi Símans séu allar sjónvarpsrásir meðhöndlaðar fyrir fjölddreifingu (multicast) í Múlastöð. Eftir það fari engin endurvinnsla fram að sögn Símans, hvergi á landinu, fyrr en þær séu afkóðaðar í myndlyklum hjá viðkomandi notanda. Því sé allt dreifikerfið skilgreint sem aðgangsnét og því ekki hægt að afhenda sjónvarpsrásir í símstöðvum til annarra nota. Auk þess kemur fram hjá Símanum eftirfarandi:

„Það er því augljóst að ef umbjóðandi okkar hefði gengist inn á að tappa merkinu út af aðgangsnétinu og afhent það til TSC hefði kvörtunum frá áskrifendum TSC vegna lélegs merkis verið vísað til umbjóðanda okkar sem flutningsaðila og líklega hefði honum verið gert skylt að uppfylla lágmarks gæðastaðla. En til þess hefði þurft að tengja mötunarnet til Grundarfjarðar og sá kostnaður, sem TSC var búið að hafna, hefði þá lent á umbjóðanda okkar.“

Síminn segir að þegar stafrænni rás sé þjappað saman til hins ýtrasta til að spara pláss missi hún eiginleikann til frekari vinnslu. Því geti Síminn ekki afhent þannig merki úti á símstöðvunum og segir:

„Sá misskilningur kemur fram í umfjöllun um kvörtun TSC að verðskráin sem 7. tl. ákvörðunar nr. 10/2005 tekur til eigi að gilda um flutning yfir mötunarnet á rás sem ætluð er til útsendingar. Um slíkan flutning gilda allt aðrar reglur, sbr. það sem greinir að framan. Það er engan veginn hægt að bera saman flutning sjónvarpsrása yfir mötunarnet og fjölddreifingu (multicast) yfir aðgangsnét. Verðið fyrir flutning rásanna til Grundarfjarðar og koma fram í andmælaskjali eru fyrir mötunarnet og giltu á þessum tíma fyrir alla sem þurftu á slíkri þjónustu að halda, líka ÍS.“

Síminn segir að ekki hafi verið hægt að afhenda rásirnar í Grundarfirði fyrir TSC án flutningskostnaðar. Þá telji Síminn eðlilegar skýringar á því að ekki hafi verið til pláss í hýsingarsal hjá Símanum fyrir TSC um haustið 2005 og hafi í raun ekki skipt máli heldur kostnaðurinn við að flytja sjónvarpsrásirnar vestur í Grundarfjörð. Síminn segir að hýsingin hafi verið hluti af þessum sjónvarpsflutningi og öllum málsaðilum hafi verið það ljóst að hýsingin hafi verið óþörf á meðan ekki náðist samkomulag um sjónvarpsflutninginn. Þá segir Síminn það einnig rangt hjá TSC að leyfi Skjásins hafi legið fyrir. Fram kemur hjá Símanum að Skjárinn hafi ekki getað klárað samning við TSC vegna þess að TSC hafi ekki getað framvísað neinum gögnum um áskriftarkerfi fyrir sjónvarp og þau réttindi sem Skjárinn hafi haft, hafi ekki heimilað opnun á PC tölvum.

Síminn fái ekki séð hvernig sjónvarpsáskriftir Internetþjónustunnar sem fram komi í töflu 2 hafi áhrif á kostnað Internetþjónustu Símans. Fram kemur hjá Símanum að ekkert samhengi sé á milli kostnaðar við Internetþjónustuna og áskriftar sjónvarpsins enda sé þessu tvennu haldið aðskildu og segir:

„Til að mynda verður ekki séð hvaða kostnað og gjöld Samkeppniseftirlitið er að bera saman. Þannig er því haldið fram að



ekki hafi verið tekið tillit til kostnaðar af Sjónvarpi Símans en umbjóðandi okkar er sakaður um að tvinna saman sjónvarpi og ADSL tengingum í sama andmælaskjali. Hefði því mátt ætla að eftirlitið gerði sér grein fyrir því að kostnaður við sjónvarpið er innifalinn í kostnaði við ADSL tenginguna en bætist ekki ofan á þegar internetþjónustan er seld."

Síminn segir að félagið hafi gefið út gjaldskrá fyrir dreifingu á sjónvarpsefni og hafi þeir aðilar sem réttindi hafi til dreifingar á slíku efni greitt fyrir þjónustu í samræmi við þá gjaldskrá. Síminn telji sig hafa lagt sig fram um að verða við beiðnum TSC en það sem máli skipti hafi verið að TSC hafi ekki verið reiðubúið að greiða fyrir þá fjárfestingu og þjónustu sem óskað var eftir.

4.2 Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins

Eins og áður segir kveður Síminn að í sjónvarpsdreifikerfi fyrirtækisins séu allar sjónvarpsrásir meðhöndlaðar fyrir fjöldadreifingu (multicast) í Múlastöð. Eftir það fari engin endurvinnsla fram fyrr en rásirnar séu afkóðaðar í myndlyklum hjá viðkomandi notanda. Því sé allt dreifikerfið skilgreint sem aðgangsnét og ekki sé hægt að afhenda sjónvarpsrásir í símstöðvum til annarra nota. Síminn vísar til skilgreiningu á mismunandi flutningsnetum fyrir sjónvarpsrásir í greiningu PFS á markaði 18, *Heildsölumarkaður útsendingarþjónustu fyrir útvarpsendingar til notanda*. Síminn nefnir í því sambandi mötunarnet og aðgangsnét en lætur hjá líða að nefna stofnhluta netsins sem skilgreindur er með eftirfarandi hætti í greiningu PFS:

„Stofnhluti netsins (trunk network) er sá hluti sem flytur útvarpsmerki frá mötunarneti og að aðgangsneti sem tengist endanotendum. Stofnhluti netsins hefur vanalega mikla burðargetu og er yfirleitt ljósleiðarasamband eða þráðlaust samband.“

Aðgangsnét fyrir sjónvarpsdreifingu er venjulega skilgreint sem sú leið sem liggur frá síðustu símstöð til endanotanda enda er hér um að ræða síðasta hluta netsins á leiðinni til endanotanda eins og segir í skilgreiningu PFS. Aðgangsnetið í þessu máli væri því t.d. netið frá símstöðinni í Grundarfirði til endanotanda. Með vísan til ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 10/2005 felur dreifing ávallt í sér flutning á merki frá upprunastað til notanda og getur hún farið fram með mismunandi tækni. Dreifikerfi útvarpsmerkis, þ.m.t. sjónvarpsrása, samanstandur þannig af framleiðsluneti, mötunarneti, stofnhluta netsins og aðgangsneti sbr. fyrrnefnda skilgreiningu PFS en í þessu máli er um að ræða tvo þætti dreifikerfisins, þ.e. stofnhluta netsins og aðgangsnét. Samkeppniseftirlitið telur að þar sem Síminn líti 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 Snæfellsnesi.

Til þess að Síminn fari eftir 5. tl. í ákvörðunarorðum ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 10/2005 getur sjónvarpsefni Íslenska sjónvarpsfélagsins, flutningur þess og



dreifing um ADSL tengingar ekki fylgt með ADSL tengingu fyrir Internetþjónustu þannig að líkja megi því við að það sé ókeypis. Það var ein af megin ástæðum þess að umrædd skilyrði voru sett fyrir umræddum samruna í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 10/2005 en þar segir:

„Það er mat samkeppnisráðs að í þeim tilvikum sem markaðsráðandi fjarskiptafyrirtæki tryggir sér aðgang að efni til dreifingar með þeim hætti sem hér um ræðir geti skapast sú staða að innkoma nýrra aðila inn á markaði torveldist á tvennan hátt. Í fyrsta lagi er það mat ráðsins að staða nýrra og minni aðila á fjarskiptamarkaði verði torvelduð að miklu leyti þar sem aðgengi þeirra að efni til dreifingar um net sín verði ekki sú sama og hins markaðsráðandi fyrirtækis. Í því tilviki sem hér um ræðir gæti Landssíminn þannig selt fjarskiptaþjónustu, t.d. Internetþjónustu, og tengt hana því efni sem fyrirtækið öðlast. Keppinautar á fjarskiptamarkaði eiga þannig á hættu að geta ekki boðið viðskiptavinum sína sömu eða svipaða þjónustu og hið markaðsráðandi fyrirtæki og muni því hrökklast af markaði. Nýir aðilar munu eiga enn erfiðara að komast inn á markaðinn þar sem aðgangur þeirra að sjónvarpsefni getur verið takmarkaður. Í öðru lagi er það mat ráðsins að samruninn hafi þá hættu í för með sér að aðgangur annarra efnisveitna, t.d. sjónvarps- eða útvarpsmarkaði, að nýjum dreifileiðum geti takmarkast þar sem þær hafi ekki aðgang að dreifikerfi hins markaðsráðandi fyrirtækis.“

Framangreind ástæða fyrir skilyrðum samkeppnisráðs vegna samruna Símans og Íslenska sjónvarpsfélagsins hefur verið ljós alveg frá því að ákvörðun ráðsins var birt enda gerðu málsaðilar sátt við samkeppnisyfirvöld um skilyrðin. Hér kemur fram að í ákvörðuninni voru hagsmunir annarra mögulegra dreifingaraðila sjónvarps- og útvarpsefnis hafðir í huga. Þrátt fyrir það hefur Síminn tvinnnað saman efni Íslenska sjónvarpsfélagsins með ADSL tengingum fyrirtækisins sem seldar hafa verið til Internetþjónustu og með því farið gegn 5. tl. ákvörðunarorða í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 10/2005. Hefur þessi háttsemi Símans gert t.d. TSC mjög erfitt fyrir og takmarkað verulega möguleika félagsins að keppa við Símann um Internetþjónustu.

Af framansögðu virtu þarf 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 títtnefndri ákvörðun samkeppnisráðs en í 7. tl. ákvörðunarorðs segir:

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



sjónvarpsfélagið hf. og í viðskiptum Landssíma Íslands hf. við aðra aðila."

Samskipti Símans og TSC vegna beiðni TSC um aðgang að dreifikerfi Símans, eins og því er lýst hér að framan, eru nánar tiltekið eftirfarandi:

- Þann 7. október 2005 óskaði TSC eftir leyfi frá Íslenska sjónvarpsfélaginu til að dreifa Enska boltanum um fjarskiptakerfi sitt.
- Íslenska sjónvarpsfélagið svaraði sama dag og kvaðst reiðubúið að afhenda TSC sjónvarpsmerki Enska boltans í Múlastöð til tæknilegra prófana.
- Þann 1. nóvember 2005 sendi TSC erindi til Símans og óskaði eftir hýsingu á skáp í Múlastöð sem var nauðsynleg forsenda tæknilegra prófanna.
- Þann 2. nóvember sama ár óskaði Síminn eftir því að TSC fyllti út pantanablað. Það gerði fyrirtækið samdægurs.
- Þann 4. nóvember 2005 barst frá Símanum skeyti um að ekkert væri laust í hýsingu í Múlastöð. TSC gat því ekki hafið tilraunasendingar með merki Enska boltans.
- TSC sendi Símanum erindi um hýsingu í öllum símstöðvunum í Reykjavík í nóvember 2005 og fékk þá líka höfnun um hýsingu í Múlastöð.
- Haustið 2006 hófust á ný samskipti við Íslenska sjónvarpsfélagið um að fá merki S1 afhent. Samhliða hófust einnig samskipti við Símann um að fá aðgang að Múlastöð.
- Þann 6. október 2006 sendi TSC Símanum beiðni um samhýsingu í Múlastöð. Síminn svaraði samdægurs og bað um að umsóknin yrði fyllt út á vefnum www.siminn.is/heildsala.
- Þann 17. október 2006 sendi TSC ítrekun til Símans og spurðist um viðbrögð við umsókninni.
- Þann 24. október 2006 kom svar frá Símanum um að beiðnin hefði ekki borist og var TSC beðið um að endurskrá umsóknina.
- Sama dag, þann 24. október 2006, bað TSC Símann um að handskrá umsóknina þar sem að skráningarkerfið virkaði ekki.
- Þann 27. október skrifaði Síminn til TSC og sagði að pöntunarformið væri orðið virkt og bað TSC um að fylla út formið.
- TSC fyllti út umsókn á veffangi Símans þann 31. október 2006.
- Þann 7. nóvember 2006 sendi TSC fyrirspurn til Símans og bað um viðbrögð við umsókninni.
- Þann 22. nóvember 2006 leitaði TSC til PFS vegna þessa máls.
- Þann 8. febrúar 2007 barst TSC bréf frá PFS þar sem upplýst var að Síminn hefði úthlutað TSC plássi í hýsingu í Múlastöð. Fram kom í bréfi Símans til PFS, dags. 5. febrúar 2007, að vegna flutnings verkefna milli starfsmanna innan heildsölu Símans hefði misfarist hjá Símanum að tilkynna TSC um þessa stöðu málsins.

Af þessu má ráða að rúmum 15 mánuðum eftir að fyrst var óskað eftir aðstöðu í Múlastöð kom í ljós fyrir tilhlutan PFS að TSC hefði verið úthlutað plássi í Múlastöð. Samkvæmt bréfi TSC til Samkeppniseftirlitsins þann 30. júní 2007 hafði Síminn þá ekki enn sent TSC drög að hýsingarsamningi.



Eins og fram hefur komið þá rekur TSC eigið fjarskiptanet í samkeppni við Símann og veitir viðskiptavinum sínum Internetþjónustu. Áður en samruni Símanns 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 S1 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 íhlutun PFS að TSC fékk úthlutað hýsingu í Múlastöð 15 mánuðum eftir að fyrst var óskað eftir aðstöðu þar og ber Símann því við að jafnræðis sé gætt við afhendingu merkisins þar sem aðrar dreifiveitur sem fengið hafi merkið fái það afhent í Múlastöð. Hvernig sem á það er litið, hvort Íslenska sjónvarpsfélagið afhendi merkið eða Símann 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 S1 fyrir sína viðskiptavini. 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.

TSC hefur ítrekað óskað eftir kostnaðarmati frá Símanum fyrir flutning á annars vegar efni S1 og Sirkus og hins vegar flutning á efni S1, Skjásports og Sirkus frá Múlastöð Símanns vestur á Snæfellsnes. Tilboð barst frá Mílu sem þá var nýstofnað systurfélag Símanns með tölvupósti, dags. 28. mars 2007. Fram kemur í tilboðinu að kostnaður vegna flutnings á efni S1 og Sirkus væri samtals 2.446.297 kr. án vsk. (stofngjöld 1.658.761 kr. og mánaðargjöld 787.536 kr.). Kostnaður vegna flutnings á efni S1, Skjásports og Sirkus væri samtals 3.629.830 kr. án vsk. (stofngjöld 2.773.922 kr. og mánaðargjöld 855.908 kr.). Ekki verður séð hvernig Símann hefur tekið tillit til flutningskostnaðar þegar fyrirtækið hefur boðið eigin viðskiptavinum S1 og S1+ án sérstaks endurgjalds með ADSL tengingum fyrirtækisins á Grundarfirði. Ekki verður annað séð en að Símann ívilni viðskiptavinum sínum í samkeppni við TSC á t.d. Internetþjónustumarkaði á Snæfellsnesi með því að bjóða þeim flutning á sjónvarpsefni Íslenska sjónvarpsfélagsins (Skjárinn) án sérstaks endurgjalds með ADSL tengingum fyrirtækisins sem samtvinnaðar eru einnig Internetþjónustu Símanns undir einu heildarverði, sbr. umfjöllun hér að framan. Í 7. tl. í ákvörðunarorði ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 10/2005 er kveðið á um það að Símann skuli veita öðrum en Íslenska sjónvarpsfélaginu (Skjárinn) aðgang að dreifikerfum sínum fyrir sjónvarp og útvarp. Tekið er auk þess fram að í þeim tilgangi skuli Símann útbúa gjaldskrá þar sem fram komi verð fyrir aðganginn og skuli Símann birta gjaldskrána opinberlega og á aðgengilegan hátt eigi síðar en 1. september 2005. Gjaldskráin skal vera málefnaleg og hlutlaus og gilda jafnt í viðskiptum Símanns við Íslenska sjónvarpsfélagið (Skjáinn) og í viðskiptum Símanns við aðra aðila. TSC hefur ítrekað reynt að fá verð fyrir flutning á sjónvarpsefni Skjásins hjá Símanum sem sýnir að Símann hafi ekki uppfyllt skilyrði um að útbúa gjaldskrá fyrir aðgang að dreifikerfum sínum fyrir sjónvarp og útvarp og birta hana á aðgengilegan hátt eins og segir í 7. tl. í ákvörðunarorði samkeppnisráðs. Eftir töluverða fyrirhöfn af hálfu TSC við að fá uppgengið verð fyrir flutning sjónvarpsefnisins barst loks framangreint tilboð frá Mílu eftir að TSC hafði gengið eftir því með ítrekuðum



hætti. 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. tl. ákvörðunarorðs umræddrar ákvörðunar samkeppnisráðs. Af þessari ástæðu gat/getur TSC ekki boðið þjónustu sína á samkeppnisfæru verði vestur á Snæfellsnesi.

Í athugasemdum Símans við andmælaskjalið kemur fram að Síminn hafi gefið út gjaldskrá fyrir dreifingu á sjónvarpsefni og hafi þeir aðilar sem réttindi hafi til dreifingar á slíku efni greitt fyrir þjónustu í samræmi við þá gjaldskrá. Síminn telji sig hafa lagt sig fram um að verða við beiðnum TSC en það sem máli skipti hafi verið að TSC hafi ekki verið reiðubúið að greiða fyrir þá fjárfestingu og þjónustu sem óskað var eftir. Auk þess segir Síminn að kostnaður af Sjónvarpi Símans sé innifalinn í verði ADSL tenginga en bætist ekki ofan á þegar Internetþjónustan er seld. Um þetta vill Samkeppniseftirlitið taka fram að Sjónvarp Símans notar gagnvirkan flutningshraða til og frá notanda vegna VOD (e. *Video On Demand*) en flutningshraðinn er alltaf umtalsvert meiri til notanda bæði fyrir Internet- og sjónvarpsþjónustu. Nauðsynlegur gagnaflutningshraði fyrir sjónvarpsrás um ADSL tengingar Símans er 4,3 til 4,5 Mb/s (fer eftir hljóðgæðum o.s.frv.) sem er meiri flutningshraði en veittur er með Internetáskriftinni „Góður“ og „Betri“. Í áskriftarleiðunum „Góður“ og „Betri“ þarf því að auka flutningshraðann til að viðskiptavinurinn fái óskerta ADSL tengingu fyrir Internetþjónustu með sjónvarpi.¹¹ Sá aukni flutningshraði er ekki verðlagður sérstaklega frekar en í öðrum Internetáskriftum Símans og hefur því ekki verið mótmælt af hálfu Símans í þessu máli. Það er því niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að Síminn hafi ekki tekið mið af kostnaði við flutning og dreifingu sjónvarpsefnis í verði ADSL tenginga vegna Internetþjónustu, sbr. verð áskrifta í töflu 1, eins og fyrirtækið gefur í skyn hér að framan. Þá er auk þess ekki eðlilegt að Internetþjónustur sem kaupa ADSL tengingar hjá Símanum til þess að veita Internetþjónustu á markaði séu einnig að borga fyrir dreifingu á Sjónvarpi Símans eins og Síminn heldur fram.

Síminn segir í bréfi til Samkeppniseftirlitsins, dags. 20. febrúar 2009, að 7. tl. í ákvörðunarorði ákvörðunar samkeppnisráðs varði aðgang að dreifikerfi fyrir sjónvarpsrásir. Síminn tekur einnig fram að TSC hafi engar sjónvarpsrásir til þess að dreifa og hafi ekki neina sjónvarpsþjónustu sem það hafi óskað eftir dreifingu fyrir. Að mati Símans sé í framangreindum 7. tl. ekki átt við dreifingu á sjónvarpsmerki annars aðila en tekur fram að í slíkum tilfellum þá verði viðkomandi fyrirtæki fyrst að hafa heimild frá rétthafa til þess að geta dreift merkinu. Óvíst sé hvort slíkt hafi legið fyrir að mati Símans. Síminn tekur fram að ekki verði betur séð en að þau gögn sem TSC hafi lagt fram sýni að heimild til dreifingar hafi ekki legið fyrir.

¹¹ Sjá: <http://www.siminn.is/einstaklingar/adstod/sjonvarp/nanar/store1/item21274/>



Samkeppniseftirlitið bendir hér fyrst á að skv. 11. tl. ákvörðunarorðs ákvörðunar nr. 10/2005 ber Íslenska sjónvarpsfélaginu að verða við öllum málefnalegum beiðnum um dreifingu á sjónvarpsmerki félagsins. Þá ber einnig að líta til þess að samkvæmt ákvörðun Samkeppniseftirlitsins til bráðabirgða nr. 1/2005 *Ætluð brot Íslenska sjónvarpsfélagsins á ákvörðun samkeppnisráðs nr. 10/2005* var sú skylda áréttuð og sérstaklega lagt fyrir Íslenska sjónvarpsfélagið að afhenda sjónvarpsmerki Enska boltans til þeirra fyrirtækja sem uppfylltu tilteknar kröfur. Ósk um þetta merki til tæknilegra prófana átti Íslenska sjónvarpsfélagið að sinna þegar í stað, sbr. 2. tl. ákvörðunarorðs. Síminn getur því ekki borið því við að TSC hafi ekki rétt á dreifingu á sjónvarpsmerki Íslenska sjónvarpsfélagið. Ber og að hafa í huga að Síminn var aðili að því máli sem leiddi til umræddrar ákvörðunar til bráðabirgða. Þar fyrir utan liggur fyrir að Íslenska útvarpsfélagið var tilbúið til þess að afhenda sjónvarpsmerki í október 2005. Þá fæst það heldur ekki séð að það varði Símann nokkru hvort TSC hafi sjónvarpsrásir til að dreifa eða hvort fyrirtækið hafi leyfi Íslenska sjónvarpsfélagsins til að fá aðgang að dreifikerfi Símans. Þessi rök Símans réttlæta ekki 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.

Í málflutningi Símans kemur fram að verðlagning á flutningi sjónvarpsmerkisins lúti kvöðum sem PFS hafi beint að Mílu og að sú stofnun hafi lögsögu í máli um slíkt brot, sbr. reglur Póst- og fjarskiptastofnunar og Samkeppnisstofnunar um meðferð og úrlausn fjarskipta- og póstmála nr. 265/2001. Síminn telur því að kvörtun TSC, að þessu leyti, sé því beint að röngum lögaðila og sé til meðferðar hjá röngu stjórnvaldi.

Samkeppniseftirlitið telur að sú aðgangshindrun sem TSC hefur orðið fyrir við að nálgast efni Skjás Eins eigi sér m.a. rætur í samtvinnun Símans á ADSL tengingum og sjónvarpsþjónustu eins og að framan er lýst. Augljós tilgangur með samtvinnun 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 Mílu 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 Mílu. 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.

Samkvæmt þessu er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að Síminn hefur brotið gegn 7. tl. í ákvörðunarorði ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 10/2005 eins og framar er lýst og hefur með því beitt TSC aðgangshindrun að flutningskerfi fyrirtækisins vegna dreifingu á sjónvarpsefni Íslenska sjónvarpsfélagsins og unnið þar með gegn markmiði umræddrar ákvörðunar.



III. VIÐURLÖG

Samkvæmt 52. gr. samkeppnislaga nr. 8/1993, sem giltu til 1. júlí 2005, var samkeppnisráði veitt heimild til þess að leggja á stjórnvaldssektir vegna m.a. brota á ákvörðunum sem teknar hafa verið samkvæmt lögum. Í 37. gr. núgildandi samkeppnislaga var Samkeppniseftirlitinu veitt sama heimild til álagningar stjórnvaldssekta. Með lögum nr. 52/2007, sem tóku gildi 3. apríl 2007, var 37. grein samkeppnislaga breytt. Í 1. mgr. 37. gr. segir að Samkeppniseftirlitið geti lagt á stjórnvaldssektir á fyrirtæki sem brjóta gegn sátt milli Samkeppniseftirlitsins og aðila og gegn fyrirmælum eða skilyrðum sem sett eru í samrunamálum, sbr. f. og h. liði. Í bráðabirgðaákvæði í lögum nr. 52/2007 segir að Samkeppniseftirlitið leggi stjórnvaldssektir á fyrirtæki sem brjóta gegn fyrirmælum sem gefin hafi verið á grundvelli laga nr. 8/1993, sbr. einnig dóm Hæstaréttar í máli nr. 550/2007. Samkvæmt þessu getur Samkeppniseftirlitið lagt á stjórnvaldssektir vegna þeirra brota sem mál þetta tekur til.

Í 37. gr. samkeppnislaga segir að Samkeppniseftirlitið leggi stjórnvaldssektir á fyrirtæki nema brotið teljist óverulegt eða af öðrum ástæðum sé ekki talin þörf á slíkum sektum til að stuðla að og efla virka samkeppni. Eins og leiðir af orðalagi 37. gr. er tilgangur ákvæðisins sá að varnaðaráhrif sekta stuðli að framkvæmd samkeppnislaga og þar með að aukinni samkeppni. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 2/2002 *Landssími Íslands hf. gegn samkeppnisráði* kemur þannig fram að sektarákvæði samkeppnislaga sé ætlað að skapa almenn og sérstök varnaðaráhrif. Með lögum nr. 107/2000 var m.a. gerð sú breyting á 52. gr. samkeppnislaga nr. 8/1993 að í stað orðanna „*getur lagt*“ var tekið upp orðið „*leggur*“. Er 37. gr. samkeppnislaga að þessu leyti samhljóða 52. gr. samkeppnislaga nr. 8/1993 eftir breytinguna með lögum nr. 107/2000. Í athugasemdum með frumvarpi sem varð að lögum nr. 107/2000 kemur fram að tilgangur þessa sé að tryggja að meginreglan verði sú að stjórnvaldssektir verði lagðar á ef brot á bannreglum laganna eiga sér stað, sbr. einnig t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 8/2008 *Fiskmarkaður Íslands hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Er tekið fram að þetta muni stuðla að því að markmið laganna nái fram að ganga. Eins og 37. gr. samkeppnislaga ber með sér felur ákvæðið hins vegar ekki í sér skyldu til álagningar sekta við öllum brotum.

Í 37. gr. samkeppnislaga er tiltekið að sektir geti numið allt að 10% af veltu síðasta almanaksárs hjá því fyrirtæki sem aðild á að samkeppnishömlunum. Við ákvörðun sekta ber m.a. að hafa hliðsjón af eðli og umfangi samkeppnishamlna og hvað þær hafa staðið lengi. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 2/2002 segir að hér sé ekki um að ræða tæmandi talningu á þeim atriðum sem horfa má til við álagningu sekta. Hefur áfrýjunarnefndin talið að það megi einnig líta t.d. til stærðar fyrirtækja sem teljast brotleg, huglægrar afstöðu stjórnenda, hagnaðarsjónarmiða og eldri brota á samkeppnislögum, sbr. einnig t.d. úrskurði áfrýjunarnefndar í máli nr. 4/2007 *Icelandair ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu* og máli nr. 3/2008 *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu*. Eins og lögskýringagögn bera með sér er eðlilegt að túlka 37. gr. samkeppnislaga með hliðsjón af EES/EB-samkeppnisrétti.



Samkeppniseftirlitið hefur komist að þeirri niðurstöðu að Síminn hafi brotið gegn 5. tl. í ákvörðunarorði ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 10/2005 með ólögmati samtvinnum. Það var gert með því að láta sjónvarpsefni Íslenska sjónvarpsfélagsins, flutning þess og dreifingu vera innifalið í einu heildarverði Símans fyrir ADSL tengingu og Internetþjónustu þannig að jafna megji við að gert sé að skilyrði að sjónvarpsþjónusta Símans, þ.m.t. S1, fylgi með í kaupunum. Síminn hefur auk þess brotið gegn 7. tl. ákvörðunarorðs í sömu ákvörðun samkeppnisráðs og með því hindrað aðgang að flutningskerfi fyrirtækisins vegna dreifingu á sjónvarpsefni Íslenska sjónvarpsfélagsins. Framangreind brot hafa raskað mögulegri samkeppni á markaði fyrir ADSL tengingar (háhraðatengingar) og Internetþjónustu og hefur sú hegðun varað í langan tíma. Vegna alls framangreinds er ástæða til að ætla að samkeppnis- og rekstrarstaða TSC hafi veikst mjög alvarlega og að skapast hafi hætta á því að fyrirtækið sem og aðrir Internetþjónustuaðilar og önnur minni fjarskiptafyrirtæki hverfi af markaði sökum þessa. Því er að mati Samkeppniseftirlitsins nauðsynlegt að sekta fyrir umrædd brot í samræmi við ákvæði 37. gr. samkeppnislaga. Er því ekki unnt að fallast á það með Símanum að viðurlög eigi ekki við í þessu máli.

Varðandi tímalengd brotanna ber að líta til þess að brot Símans hófust frá og með þeim tíma er TSC óskaði eftir aðstöðu vegna móttöku sjónvarpsmerkis Skjásins miðla hjá Símanum árið 2005 og stóðu a.m.k. til ársins 2008. Samkvæmt framansögðu er ljóst að brotin hafa varað í umtalsverðan tíma og horfir það til þyngingu viðurlaga.

Eins og áfrýjunarnefnd samkeppnismála hefur bent á getur huglæg afstaða þeirra sem hlut eiga að broti skipt máli við mat á fjárhæð sekta, sbr. t.d. úrskurð nefndarinnar nr. 3/2004 *Ker hf. o.fl gegn samkeppnisráði*. Samkeppniseftirlitið vísar hér til þess að í samkeppnisétti er talið að brot sé framið af ásetningi þegar viðkomandi aðila mátti vera ljóst að aðgerðum hans hafi verið ætlað að raska samkeppni. Ekki er skilyrði að viðkomandi hafi verið það ljóst að aðgerðir hans fælu í sér brot á samkeppnisreglum.¹² Skýr ásetningur getur falið í sér rök fyrir hækkun sekta en ekki er hins vegar sjálfgefið að brot framin af gáleysi eigi að leiða til lægri sekta en ella.¹³ Að mati Samkeppniseftirlitsins gat Símanum ekki dulist að samtvinnum fyrirtækisins og aðgangshindrun gagnvart keppinautum sem fyrirtækið hefur viðhaft og lýst hefur verið hér að framan væru til þess fallin að raska samkeppni með alvarlegum hætti. Telur eftirlitið því ljóst að Síminn hafi haft ásetning til þess að raska samkeppni með aðgerðum sínum. Skiptir og máli í þessu samhengi að um er að ræða brot á skýrum fyrirmælum í ákvörðun sem byggir á sátt við Símann. Símanum gat því á engan hátt dulist hverjar voru skyldur fyrirtækisins og hafði í raun með gerð umræddrar sáttar heitið því að beita ekki aðgerðum eins og þeim sem mál þetta tekur til. Fyrirtæki sem fallast á skilyrði til að vinna gegn samkeppnishamlandi samruna verða að leitast við að

¹² Sjá t.d. dóm undirréttar EB í sameinuðum málum nr. T-202, 204 og 207/98 *Tate & Lyle, British Sugar plc and Napier Brown plc v Commission* [2001] 5 CLMR 22: „It is settled case-law that, for an infringement of the competition rules of the Treaty to be regarded as having been committed intentionally, it is not necessary for an undertaking to have been aware that it was infringing those rules. It is sufficient that it could not have been unaware that its conduct was aimed at restricting competition.”

¹³ Sjá t.d. dóm dómstóls EB í máli nr. C-137/95P *SPO v Commission* [1996] ECR I-1611.



markmið skilyrðanna nái fram að ganga, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 6/2007 *Icelandair Group hf. og Bláfugl ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

Síminn heldur því fram að aðgerðir félagsins hafi ekki skaðað keppinauta á markaðnum og ekki raskað þeirri samkeppni sem fyrir hafi verið. Síminn bendir á það í athugasemdum við andmælskjal Samkeppniseftirlitsins í því sambandi að félagið hafi tapað markaðshlutdeild og að keppinautar hafi styrkt stöðu sína. Samkeppniseftirlitið bendir á að það á ekki við um TSC eða smærri sjálfstæða Internetþjónustuaðila sem hafa átt erfitt með að ná fótfestu á viðkomandi markaði þar sem þrengt hefur verið að rekstrargrundvelli þeirra með framangreindum brotum Símans.

Samkeppniseftirlitið vísar einnig til þess að ákvæði 37. gr. samkeppnislaga gera ekki samkvæmt orðalagi sínu þá kröfu að sektir séu metnar með hliðsjón af þeim áhrifum sem viðkomandi ráðstöfun hafði í reynd á markaðnum. Af þessu leiðir að bæði er heimilt og eðlilegt, í því skyni að skapa varnaðaráhrif, að leggja á stjórnvaldssektir vegna brots á bannreglum samkeppnislaga þrátt fyrir að ekki sé sýnt fram á samkeppnislegan skaða, t.d. að verð hafi hækkað eða keppinautar hafi hrökklast út af markaðnum. Er þetta sama regla og gildir í EES/EB-samkeppnisrétti.¹⁴ Hefur í þeim rétti skýrt komið fram að ekki sé við mat á sektum þörf á að horfa til þess að brot hafi ekki skilað viðkomandi fyrirtæki hagnaði eða öðrum ávinningi. Eftir sem áður sé rétt að leggja á sektir til að tryggja varnaðaráhrif.¹⁵ Ef hins vegar „sýnt er fram [á] að ólöglegt aðgerð hafi komist til framkvæmda getur það haft áhrif til hækkunar sekta.“, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2007 *Icelandair ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Skipta ber mati á áhrifum af samkeppnislagabroti í tvennt. Annars vegar hvort tiltekið brot hafi verið framkvæmt. Dæmi um þetta er ef ólöglegur samningur markaðsráðandi fyrirtækis kemst til framkvæmda, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 1/2002 *Skífan hf. gegn samkeppnisráði*. Hins vegar hvort framkvæmdin hafi leitt af sér bein áhrif á markaðnum, t.d. á verð eða á keppinaut.¹⁶ Báðar þessar tegundir af áhrifum af broti geta falið í sér rök til hækkunar á sektum.

¹⁴ Sjá hér t.d. dóm undirréttar EB frá 30. september 2003 í máli nr. T-203/01 *Michelin v Commission*: „... the applicant states that, in the contested decision ... the Commission based its assessment of the seriousness of the infringement on its alleged effects, without carrying out a detailed analysis. It maintains that the Commission made a serious error of assessment in evaluating the alleged effects of the infringement for the purpose of determining its seriousness. The applicant, submits that the practices complained of never had the anti-competitive effects which the Commission alleges. The Court notes that, in the contested decision, the Commission did not examine the specific effects of the abusive practices. Nor was it required to do so ... It is true that, in recitals 355 to 357 of the contested decision, the Commission speculated on the effects of the abusive conduct. However, the seriousness of the infringement was established by reference to the nature and the object of the abusive conduct. ... it is clear from settled case-law ... that factors relating to the object of a course of conduct may be more significant for the purposes of setting the amount of the fine than those relating to its effects.“

¹⁵ Sjá t.d. dóm undirréttar EB í máli nr. T-213/00 *CMA CGM and others v Commission* [2003] ECR II913: „...the fact that an undertaking did not benefit from an infringement cannot, according to the case-law, preclude the imposition of a fine, since otherwise it would cease to have a deterrent effect ... It follows that, contrary to Senator Lines' argument, the Commission is not required, in order to fix fines, to establish that the infringement brought about an unlawful advantage for the undertakings concerned, or to take into consideration any lack of benefit from the infringement“

¹⁶ Af úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 14/2001 má ráða að gerður er greinarmunur annars vegar á því hvort tiltekið samráð hafi komist til framkvæmda og hins vegar hvort



Brotum Símans á ákvörðun samkeppnisráðs nr 10/2005 var hrint í framkvæmd og höfðu þau með þeim hætti áhrif á markaðnum. Eins og áður hefur verið rakið fólust aðgerðirnar í því að hafa áhrif á samkeppnisstöðu keppinautar Símans á markaði fyrir Internetþjónustu. Í ljósi þessa verður að ætla að aðgerðirnar hafi verið til þess fallnar að valda samkeppnislegu tjóni. Þær hindruðu keppinaut í því að afla sér frekari viðskipta og viðhéldu því og styrktu samkeppnisstöðu Símans. Fólu þessar aðgerðir því í sér aðgangshindranir að fjarskiptamarkaðnum og hindranir til stækkunar á honum neytendum til tjóns. Horfa má á framangreind atriði til þyngingar viðurlaga.

Eins og fram kemur í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 2/2002 *Landssími Íslands hf. gegn samkeppnisáði* er við ákvörðun stjórnsluviðurlaga unnt að taka tillit til þess hvort fyrirtæki hafi áður gerst sekt um brot á samkeppnislögum. Í 37. gr. samkeppnislaga segir að við fjárhæð sekta beri að líta til þess hvort um ítrekað brot sé ræða. Fyrir liggur að Síminn hefur áður gerst brotlegur:

- Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 17/2007 *Erindi Og fjarskipta hf. vegna meintrar misnotkunar Landssíma Íslands hf. á markaðsráðandi stöðu á farsíma markaði* var komist að þeirri niðurstöðu að Síminn hefði brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með aðgerðum sem vörðuðu farsímaþjónustu og sölu á farsímu.
- Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 6/2007 *Ólögmaett samráð Landsvirkjunar, Fjarska ehf. og Símans hf. vegna viðskipta tengdum Fjarska ehf.* var komist að þeirri niðurstöðu að m.a. Síminn hefði brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga með aðgerðum sem tengdust m.a. almennum fjarskiptamarkaði.
- Í ákvörðun Samkeppnisáðs nr. 21/2005 *Erindi Og fjarskipta hf. vegna misnotkunar Landssíma Íslands hf. á markaðsráðandi stöðu við kynningu og markaðssetningu á tilboði fyrirtækisins undir heitinu „Allt saman hjá Símanum“* var komist að þeirri niðurstöðu að Síminn hefði brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með aðgerðum sem tengdust farsíma, talsíma og Internetþjónustu.
- Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 2/2002 *Landssími Íslands hf. gegn samkeppnisáði* var staðfest að Síminn hefði brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með aðgerðum sem vörðuðu m.a. ADSL- og farsímaþjónustu, talsímanoktun og leigulínur.
- Í ákvörðun samkeppnisráðs nr. nr. 4/1999 *Erindi Íslandia ehf. um endurgjaldslausa Internetsþjónustu Landssíma Íslands hf. og Skímu ehf.* var komist að þeirri niðurstöðu að Síminn hefði brotið gegn fyrirmælum í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 41/1997 með aðgerðum sem tengdum Internetþjónustu.

samráðið hafi haft bein áhrif á verð (verðáhrif). Sjá hér einnig t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar EB í *Zinc Phosphate Cartel* málinu [2003] 5 CMLR 14: „... the actual impact of a complex of agreements in the market depends on, first whether these arrangements were implemented and, secondly, whether the implementation of these arrangements produced an effect in the market.“



Við ákvörðun viðurlaga í máli þessu ber að hafa hliðsjón af þessum eldri brotum Símans.

Eins og fyrr sagði geta sektir numið allt að 10% af heildarveltu síðasta rekstrarárs hjá hinu brotlega fyrirtæki og er hér um að ræða hið formlega hámark sekta. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2006 *Dagur Group hf. gegn Samkeppniseftirlitinu* segir:

„Til þess að stjórnslusektir sem þessar geti haft tilætluð áhrif verður loks að taka mið af styrkleika áfrýjanda en þar kemur velta hans á síðasta almanaksári og þeirrar samstæðu, sem hann tilheyrir, einkum til skoðunar.“

Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 14/2009 *Hagar hf. gegn Samkeppniseftirlitinu* er einnig tekið fram að hafa verði hliðsjón af styrkleika hins brotlega fyrirtækis og að fjárhæð sekta verði að skipta einhverju máli fyrir þann sem sætir þeim og verði að vera það háar að enginn telji sér hag í því að brjóta gegn samkeppnislögum. Í samkeppnisrétti hefur einnig verið bent á það að velta af þeirri starfsemi sem brotið tók til geti gefið sanngjarna vísbendingu um umfang brotsins. Jafnframt gefi slík velta til kynna hlutlægan mælikvarða á því tjóni sem brot getur valdið samkeppni á markaðnum.¹⁷

Þó að brot Símans varði beint markaðinn fyrir háhraðatengingar (t.d. ADSL tengingar) og Internetþjónustu þá hefur það óbein áhrif á heildarfjarskiptamarkaðinn enda er Síminn bæði lóðrétt og lárétt starfandi fyrirtæki á fjarskiptamarkaði. Samanlögð velta Símans og Mílu á heildarfjarskiptamarkaði á landinu öllu á árunum 2006 og 2007 var um []¹⁸ milljarðar kr. Á Internetþjónustumarkaði var velta Símans um []¹⁹ milljarður kr. og á markaði fyrir ADSL tengingar um []²⁰ milljarður kr. á sama tíma. Heildarvelta Símans og systurfélagsins Mílu á heildarfjarskiptamarkaði á landinu öllu á árinu 2007 var um []²¹ milljarðar kr. Á Internetþjónustumarkaði án tenginga (t.d. ADSL) var velta Símans á árinu 2007 um []²² milljarður kr. og á markaði fyrir ADSL tengingar um []²³ milljarðar kr. á sama tíma. Á árinu 2008 var heildarvelta Símans og Mílu á heildarfjarskiptamarkaði á landinu öllu um []²⁴ milljarðar kr. Á Internetþjónustumarkaði án tenginga (t.d. ADSL) var velta Símans á árinu 2008 um []²⁵ milljarðar kr. og á markaði fyrir ADSL tengingar um []²⁶ milljarðar kr. á sama tíma. Ljóst er því að brotin varða mjög

¹⁷ Sjá t.d. dóm undirréttar EB í máli nr. T-224/00 *Amnio Acids* [2003] 5 CMLR 12: „... as is clear from settled case-law ... the proportion of turnover derived from the goods in respect of which the infringement was committed is likely to give a fair indication of the scale of the infringement on the relevant market. In particular, as the Court of First Instance has emphasised, the turnover in products which have been the subject of a restrictive practice constitutes an objective criterion which gives a proper measure of the harm which that practice causes to normal competition ... “.

¹⁸ Trúnaðarmál.

¹⁹ Trúnaðarmál.

²⁰ Trúnaðarmál.

²¹ Trúnaðarmál.

²² Trúnaðarmál.

²³ Trúnaðarmál.

²⁴ Trúnaðarmál.

²⁵ Trúnaðarmál.

²⁶ Trúnaðarmál.



umfangsmikil viðskipti á þjóðhagslega mikilvægum markaði. Verður að hafa þessa stöðu í huga við ákvörðun sekta til að tryggja nægjanleg varnaðaráhrif. Einnig verður að líta til þess að velta á mörkuðum málsins sýnir að umfang brotanna var verulegt og til þess fallið að valda umtalsverðu samkeppnislegu tjóni. Í því sambandi ber að horfa til þess að markaðshlutdeild Símans á fjarskiptamarkaði hér á landi er umtalsverð.

Með vísan til alls framangreinds telur Samkeppniseftirlitið hæfilegt að leggja 150 milljóna kr. sekt á Símann vegna brota fyrirtækisins gegn 5. og 7. tl. í ákvörðunarorði ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 10/2005, *Samruni Landssíma Íslands hf. og Íslenska sjónvarpsfélagsins hf.*

Samkeppniseftirlitið getur í samrunamálum ávallt tekið nýja ákvörðun ef það telur að bæta þurfi úr eða auka við þá ákvörðun sem liggur fyrir, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 11/1996 *Olúfélagið hf. og Kristinn Hallgrímsson gegn samkeppnisráði*. Þetta er t.a.m. unnt ef forsendur sáttar í samrunamáli um virka samkeppni eru ekki lengur fyrir hendi, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 6/2007 *Icelandair Group hf. og Bláfugl ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Í máli þessu liggur fyrir að Síminn hefur farið gegn þeim fyrirmælum sem felast í umræddri ákvörðun samkeppnisráðs og þannig unnið gegn markmiðum hennar og þeirrar sáttar sem lá henni til grundvallar. Sökum þessara athafna Símans telur Samkeppniseftirlitið nauðsynlegt að setja fram tiltekin fyrirmæli til að tryggja enn frekar að markmið ákvörðunar samkeppnisráðs náist. Er í þessu sambandi nauðsynlegt að auka gagnsæi í verðlagningu Símans á ADSL tengingum, Internetþjónustu, sjónvarpsþjónustu og endabúnaði. Í öðru lagi verður að tryggja enn frekar aðgang fyrirtækja að flutningskerfi/dreifikerfi Símans fyrir sjónvarp og þar með að nálgast sjónvarpsmerki Skjásins miðla í þeim tilgangi að geta boðið fram sambærilega þjónustu og Síminn á smásölumarkaði. Í þriðja lagi verður að tryggja að sjónvarpsnotendur annarra fjarskiptafyrirtækja en Símans hafi þann endabúnað sem til þarf vegna Sjónvarps Símans með sömu kjörum og þjónustu og viðskiptavinum ADSL þjónustu Símans býðst og stuðla þannig að markmiði ákvörðunar nr. 10/2005.



IV.

ÁKVÖRÐUNARORÐ:

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

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

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

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

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

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

Síminn skal afhenda þeim fjarskiptafyrirtækjum sem þess óska eða viðskiptavinum þeirra beini og myndlykil vegna Sjónvarps Símans með sama hætti, á sömu kjörum og með sömu þjónustu og ADSL þjónustu Símans býðst eða viðskiptavinum hennar hvar sem er á landinu. Ef fjarskiptafyrirtæki velur að nota sinn eigin beini þá skal Síminn veita nauðsynlega tæknilega aðstoð til að tengja beini þess fjarskiptafyrirtækis við Sjónvarp Símans. Eins skal Síminn birta og hafa aðgengilegan á sýnilegum stað á heimasíðu sinni lista yfir þau fjarskiptafyrirtæki sem bjóða upp á Sjónvarp Símans hvort sem er um ADSL kerfi Símans eða kerfi annarra fjarskiptafyrirtækja.“

Samkeppniseftirlitið

Páll Gunnar Pálsson