

Úrskurður

áfrýjunarnefndar samkeppnismála

í máli nr. 14/2002

Tal hf.

gegn

samkeppnisráði

I.

Með bréfi, dags. 1. júlí 2002, hefur Tal hf. kært [ákvörðun samkeppnisráðs nr. 20/2002](#), dags. 31. maí 2002.

Í hinni kærðu ákvörðun taldi samkeppnisráð ekki ástæðu til aðgerða vegna kvörtunar áfrýjanda og Íslandssíma hf. vegna hópaáskriftar Landssíma Íslands hf.

Áfrýjandi krefst þess að ákvörðun samkeppnisráðs verði hrundið og breytt á þann veg að samkeppnisyfirvöld grípi til aðgerða skv. 17. gr. samkeppnislaga gegn misnotkun Landssíma Íslands h.f. (hér eftir Landssíminn) á ráðandi stöðu og banni Landsímanum að bjóða fyrirtækjum þjónustu þá, sem nefnd er “Hópáskrift” eða sambærilega áskriftarleið undir sama nafni eða öðru nafni þar sem áskrifendum Landsímans sem hafa tiltekinn lágmarksfjölda farsímataækja í áskrift gefist kostur á að hringja á milli tækjanna gegn herra áskriftargjaldi, en án þess að greiða sérstaklega fyrir þann tíma sem símtöl milli tækjanna vara. Jafnframt krefst áfrýjandi þess að áfrýjunarnefnd samkeppnismála leggi hæstu leyfilegar stjórnvaldssektir á Landsímann samkvæmt heimild í 52. gr. samkeppnislaga vegna brots á bannákvæðum laganna. Þess er enn fremur krafist að áfrýjunarnefnd samkeppnismála leggi fyrir áfrýjanda tilteknar upplýsingar við útreikinga á framlegð, en sé sú leið ekki fær er krafist ómerkingar ákvörðunar samkeppnisráðs.

Af hálfu samkeppnisráðs er þess krafist að ákvörðun ráðsins verði staðfest með vísan til forsendna hennar.

II.

Málavextir eru þeir að Samkeppnisstofnun barst með bréfi dags. 21. mars 2002 erindi frá áfrýjanda þar sem fram kom að um mánaðamótin október/nóvember 2001 hafi hann byrjað aðgerðir til að koma inn á fyrirtækjamarkað hér á landi með farsímaþjónustu sína. Hafi það verið gert með því að kynna svokallað „Hóptal“, sem felst í því að bjóða fyrirtækjum, sem hafi fimm farsíma eða fleiri, ókeypis símtöl milli farsímanna. Á móti kæmi að fastagjald fyrir hvern síma væri hærra en í venjulegri áskrift. Áfrýjandi taldi þessar aðgerðir nauðsynlegar til þess að komast inn á fyrirtækjamarkaðinn vegna þeirra aðstæðna sem ríkja á fjarskiptamarkaði almennt og farsímamarkaði sérstaklega. Áfrýjandi taldi sig hafi tekið mikla áhættu með aðgerðunum þar sem engin reynsla hafi verið fyrir hendi af slíkri áskriftarleið, hvorki hér á landi né erlendis. Aðgerðirnar hafi þó borið nokkurn árangur og nokkrir stórir samningar náðst. Í febrúar 2002 hafi áfrýjandi hins vegar orðið var við takmarkaðan áhuga fyrirtækja þar sem sölumenn Landssímans hefðu tilkynnt viðskiptavinum sínum að hann myndi innan skamms bjóða upp á svipaða áskrift. Áfrýjandi hafi svo fengið þær upplýsingar frá Póst- og fjarskiptastofnun að Landssíminn hafi tilkynnt stofnuninni um þetta form áskriftar undir nafninu „Hópáskrift“. Jafnframt hafi Landssíminn haft samband við Samkeppnisstofnun vegna áskriftarinnar. Í bréfi Samkeppnisstofnunarinnar til Landssímans hafi m.a. komið fram að stofnunin hafi ekki tekið afstöðu til áskriftarleiðarinnar en yrði hún sett í framkvæmd mætti búast við því að stofnunin tæki lögmæti hennar til athugunar, bærust athugasemdir vegna hennar frá hagsmunaaðilum á farsímamarkaði. Eftir að hópáskrift Landssímans hafi orðið fyrirtækjunum kunn hafi sala áfrýjanda á "Hóptali" nánast stöðvast. Taldi áfrýjandi í erindi sínu að Landssíminn hefði brotið samkeppnislög með því að bjóða "Hópáskrift" sem að nær öllu leyti væri eftirmynd "Hóptals" áfrýjanda.

Málsmeðferð Samkeppnisstofnunar er að öðru leyti lýst í hinni kærðu ákvörðun og vísast til þess er þar segir.

Á fundi samkeppnisráðs 31. maí 2002 var tekin ákvörðun í máli þessu. Ákvörðunarorðin hljóða svo:

„Ekki er ástæða til aðgerða af hálfu samkeppnisráðs í máli þessu.“

Mál þetta var flutt skriflega fyrir áfrýjunarnefndinni. Greinargerð samkeppnisráðs ásamt tveimur fylgiskjölum barst 17. júlí 2002 og athugasemdir áfrýjanda ásamt einu fylgiskjali 2. ágúst 2002.

III.

Af hálfu áfrýjanda eru gerðar athugasemdir við málsmeðferð Samkeppnisstofnunar. Bendir áfrýjandi á að stofnunin hafi aflaði gagna hjá Landsímanum um framlegð "Hópáskriftar" hjá fyrirtækinu og talið sýnt fram á, að hún skilaði fyrirtækinu aukinni framlegð. Á grundvelli þessara gagna hafi samkeppnisráð komist annars vegar að þeirri niðurstöðu að ekki væri um skaðlega undirverðlagningu að ræða, en hins vegar að Landssíminn væri ekki að bæta tilboð keppinauta sinna í verðum eða þjónustu. Áfrýjanda sé ekki kunnugt um hvaða gagna hafi verið aflað hjá Landssímanum vegna viðskiptaleyndar né á hvern hátt fyrirspurn um framlegð hafi verið lögð fyrir Landsímamann. Enn síður sé áfrýjanda kunnugt um á hvern hátt Landsíminn hafi unnið útreikning sinn á framlegð af "Hópáskriftinni". Gögn þau sem Landsíminn hafi látið Samkeppnisstofnun í té um framlegðina hafi ráðið niðurstöðu samkeppnisráðs í málinu. Af þessum ástæðum hafi verið brýn ástæða til að gefa áfrýjanda kost á að tjá sig um þá aðferð sem Samkeppnisstofnun hafi lagt fyrir Landsímamann að beita, sem og að tjá sig um þá aðferð sem Landsíminn notaði hvort sem það var gert að fyrirmælum Samkeppnisstofnunar eða að eigin frjálsum vali. Telur áfrýjandi ljóst að Samkeppnisstofnun hafi með þessu sniðgengið upplýsingarétt og andmælarétt hans og það hafi leitt til annarrar niðurstöðu en ella hefði orðið.

Áfrýjandi bendir ennfremur á að í erindi hans til Samkeppnistofnunar hafi m.a. verið á því byggt að jafnskjótt og hann hóf markaðssetningu á áskriftaleiðinni "Hóptal" meðal fyrirtækja þá hafi Landsíminn lýst því yfir við viðskiptamenn sína, sem hugðust flytja farsímaviðskipti sín frá Landsímanum til áfrýjanda, að Landsíminn myndi brátt jafna boð áfrýjanda að þessu leyti og bjóða uppá sömu þjónustu jafnvel á betri kjörum. Hafi samkeppnisráð enga afstöðu tekið til þessara röksemda.

Hvað varðar efni máls telur áfrýjandi að rök þau sem fram komi í niðurstöðum samkeppnisráðs hnígi að því að rétt hefði verið að fallast á kröfur áfrýjanda í stað þess að hafna þeim. Þrátt fyrir það fari samkeppnisráð þá leið að fallast á og nota takmarkaðar "reynslutölur" frá Landsímanum sem grundvöll að svo mikilvægrni niðurstöðu. Telur áfrýjandi með öllu ósannað að framlegð Landsímans sé slík af "Hópáskriftinni" að réttlæti niðurstöðu samkeppnisráðs og að það sé eðli tilboða af þessu tagi að þau leiði ekki til bættrar framlegðar.

Af hálfu samkeppnisráðs er því mótmælt að andmæla- eða upplýsingarétti hafi ekki verið fullnægt. Áfrýjandi hafi haft vitneskju um öll gögn og öll megingsjónarmið varðandi það hvernig samkeppnisyfirvöld myndu rannsaka og meta framlegð af "Hópáskrift" Landssímans. Vísar samkeppnisráð einkum til þess að áfrýjandi hafi fengið sent afrit af fyrirspurn Samkeppnisstofnunar til Landssímans, dags. 18. apríl 2002, honum hafi verið kynnt á fundi 13. maí 2002 hvernig Samkeppnisstofnun myndi rannsaka þetta atriði og enn fremur hafi áfrýjandi fengið sent afrit af fyrirspurn Samkeppnisstofnunar til Landssímans, dags. 16. maí 2002. Af framangreindu leiði einnig að áfrýjanda hafi verið kunnugt um að Samkeppnisstofnun myndi berast tiltekna upplýsingar frá Landssímanum varðandi framlegð af "Hópáskriftinni". Áfrýjandi hafi þó aldrei gert kröfu fyrir samkeppnisráði um að fá þessar upplýsingar í hendur. Þá hafi með bréfi Samkeppnisstofnunar, dags. 14. maí 2002, til málsaðila verið sendur listi yfir gögnin í málinu. Þann 30. maí 2002 hafi Samkeppnisstofnun sent aftur bréf til málsaðila með lista yfir gögnin í málinu. Í hvorugt skipti hafi borist athugasemdir við gagnalistann eða ósk um afhendingu gagna.

Samkeppnisráð telur enn fremur að fjallað hafi verið um helstu málsástæður áfrýjanda í hinni kærðu ákvörðun.

Hvað varðar efni málsins þá bendir samkeppnisráð á að eins og fram komi í ákvörðun ráðsins byggist reynslutölur Landssímans á stuttu tímabili, enda hafi sala Landssímans á "Hópáskrift" aðeins staðið yfir í rétt rúman mánuð þegar ákvörðun samkeppnisráðs var tekin. Þannig hafi niðurstaða samkeppnisráðs byggst á þeirri staðreynd að í "Hópáskrift" Landssímans hafi ekki falist almennur afsláttur til viðskiptavina, heldur hafi framlegð fyrirtækisins þvert á móti aukist samkvæmt gögnum málsins.

IV.

Niðurstöður.

1

Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 14/2001, Ágæti hf., Mata hf. og Sölufélag garðyrkjumanna svf. gegn samkeppnisráði, kemur fram í 5. lið IV. kafla að það horfi til skýrleika í málsmeðferð hjá samkeppnisyfirvöldum að bóka

hvaða gögn liggi til grundvallar ákvörðun. Aðalatriðið sé að ljóst megi vera hvaða gögn hafi raunverulega legið fyrir og komið þar til skoðunar áður en ákvörðun var tekin. Á sama hátt sé nauðsynlegt að aðilar viti hvaða gögn verði lögð til grundvallar niðurstöðu og hafi aðgang að þeim. Á því er byggt að kostur sé til andmæla. Þessi sjónarmið eiga fyrst og fremst við þann aðila sem rannsókn beinist að en þau taka einnig eftir atvikum til annarra aðila málsins svo sem kæranda.

Þegar um er að ræða gögn sem telja má eðlilegt að leynt eigi að fara, sbr. 14. gr. reglna um málsmeðferð samkeppnisyfirvalda nr. 922/2001, ber að gæta sömu meginsjónarmiða þannig að viðkomandi hafi aðgang að gögnum eða upplýsingum, án þess að leyndin sé rofin, í þeim mæli að hann geti notið andmælaréttar.

2

Samkvæmt því sem upplýst er í málinu aflaði Samkeppnisstofnun gagna frá Landssímanum varðandi framlegð hans af "Hópáskrift" þeirri sem í málinu greinir. Landssíminn svaraði erindinu annars vegar með bréfi 6. maí 2002 og hins vegar með tölvupósti sama dag. Þessi gögn voru merkt sem trúnaðargögn og fólu í sér útreikninga um framlegð miðað við tiltekna reikniforsendur en studdust þó ekki við rauntölur. Ljóst er af gögnum málsins að Samkeppnisstofnun efndi til fundar með fulltrúum áfrýjanda þar sem þau svör voru rædd sem borist höfðu. Í framhaldi af því sendi framkvæmdastjóri tæknisviðs áfrýjanda athugasemdir sínar þann 15. maí 2002 þar sem kom fram gagnrýni á þær reikningsaðferðir sem Landsíminn hafði notað við útreikninga sína. Þessar athugasemdir urðu síðan grundvöllur sérstakra viðbragða af hálfu Samkeppnisstofnunar eins og síðar verður rætt. Þá hefur því ekki verið mótmælt að Samkeppnisstofnun hafi þann 14. maí 2002 sent lista yfir gögn málsins til málsaðila, þar á meðal til áfrýjanda máls þessa, en þar er m.a. getið um fyrrgreint bréf Landssímans til Samkeppnisstofnunar vegna kvörtunar áfrýjanda. Áfrýjandi gerði ekki kröfu til þess að fá frekari aðgang að þeim upplýsingum en orðið var. Samkvæmt þessu verður að telja að málsmeðferðarreglna að því er áfrýjanda varðar hafi hér verið nægjanlega gætt.

Í tilefni af fyrrgreindum athugasemdum áfrýjanda frá 15. maí 2002 kallaði Samkeppnisstofnun eftir frekari gögnum frá Landssímanum með bréfi dagsettu 16. maí 2002. Var nú m.a. óskað upplýsinga um notkun 20 fyrirtækja sem raunverulega höfðu fært viðskipti sín úr almennri áskrift í "Hópáskrift" og höfðu nýtt sér "Hópáskrift" í a.m.k. einn mánuð eða yfir eitt reikningstímabil. Beiðni þessi var síðan útfærð nánar með þeim hætti sem getið er um í bréfinu. Afrit af bréfinu var m.a. sent til áfrýjanda. Svar Landssímans barst Samkeppnisstofnun með ódagsettu bréfi þann 27. maí 2002 að því er ætla verður og að nokkru leyti með rafrænum hætti þann 26. maí 2002. Trúnaðar var óskað um gögnin og upplýsingarnar sem send voru. Upplýst er í málinu að skjalalisti var sendur áfrýjanda með bréfi þann 30. maí 2002. Hin áfrýjanda ákvörðun var síðan tekin daginn eftir þann 31. maí 2002.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála lítur svo á að eitt meginatriði máls þessa snúist um það hvort Landssíminn hafi, sem markaðsráðandi fyrirtæki á umræddum markaði, beitt óeðlilegri undirverðlagningu umrætt sinn er hann tók upp svonefnda "Hópáskrift" við framkvæmd viðskiptastefnu sinnar. Þau gögn og upplýsingar sem bárust frá Landssímanum í tilefni af fyrirspurn Samkeppnisstofnunar þann 26. og 27. maí 2002 voru nauðsynleg til rannsóknar á því hvort skilyrði væru fyrir hendi til að grípa til aðgerða gegn fyrirtækinu. Sá frestur sem áfrýjandi fékk til að bregðast við þeim upplýsingum sem bárust var hins vegar óhæfilegur, en aðeins leið um einn sólarhringur frá því að bréfið var sent og þar til ákvörðun samkeppnisráðs var tekin. Auk þess virðist Samkeppnisstofnun ekki hafa gert ráð fyrir því í bréfi sínu til áfrýjanda frá 30. maí 2002 að athugasemdir við þeim ættu að koma fram þar sem þess er sérstaklega getið í bréfinu að Samkeppnisstofnun líti svo á að aðilar hafi komið á framfæri öllum athugasemdum og gögnum vegna málsins. Hér var þó um að ræða gögn og upplýsingar sem snerust um atriði sem málsúrslit gátu oltið á. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur því að nauðsynlegt hafi verið að gefa áfrýjanda kost á taka afstöðu til hinna nýju upplýsinga, að því marki sem leyfilegt var, innan hæfilegs frests. Þetta var ekki gert og er því óhjákvæmilegt að ómerkja

málsmeðferðina og vísa málinu öllu til samkeppnisráðs til nýrrar meðferðar og ákvörðunar.

5

Áfrýjandi hefur haldið því fram að ein málsástæða hans hafi ekki verið tekin til meðferðar í hinni áfrýjuðu ákvörðun samkeppnisráðs, þ.e. hvort sú háttsemi Landssímans að láta viðskiptamenn sína vita að fyrirtækið myndi svara tilboði Tals hf. fæli í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Þessi málsástæða kemur ekki skýrt fram í kæru áfrýjanda til Samkeppnisstofnunar þann 21. mars 2002 og hann gerði heldur ekki skýra grein fyrir henni við síðari málsmeðferð. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála gerir því ekki athugasemd við hina áfrýjuðu ákvörðun að þessu leyti en bendir á að unnt sé að kanna þetta atriði og taka til meðferðar undir framhaldsrekstri málsins.

6

Í máli þessu hefur áfrýjandi sett fram þá ósk að málið yrði flutt munnlega en áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafði áður ákveðið skriflegan flutning og hefur hann farið fram í máli þessu. Hvorki samkeppnislög né stjórnslulög veita áfrýjanda rétt til munnlegs málflytninga til viðbótar við skriflegan flutning sem ákveðinn hefur verið. Sérstök rök hafa heldur ekki verið færð fram fyrir slíkri ósk. Með því að áfrýjunarnefnd samkeppnismála telur að málið sé að fullu upplýst að því leyti sem það kemur hér til úrlausnar þykir því ekki ástæða til að verða við ósk áfrýjanda um munnlegan flutning máls þessa.

7

Niðurstaða máls þessa er því sú að ákvörðun samkeppnisráðs er úr gildi felld og lagt fyrir ráðið að taka málið fyrir á ný í samræmi við það sem greint hefur verið frá hér að framan.

Dráttur hefur orðið á málsmeðferð hjá áfrýjunarnefndinni fram yfir lögboðinn frest. Hann stafar af sumarleyfum.

V

Úrskurðarorð

Ákvörðun samkeppnisráðs nr. 20/2002 frá 31. maí 2002 er úr gildi felld og lagt fyrir samkeppnisráð að taka málið fyrir á ný.

Reykjavík, 20. ágúst 2002

Stefán Már Stefánsson, formaður

Anna Kristín Traustadóttir

Lárus L. Blöndal