

ÁFRÝJUNARNEFND SAMKEPPNISMÁLA

úrskurður í máli nr. 1/2012

Síminn hf.

gegn

Samkeppniseftirlitinu

I

KRÖFUR MÁLSADILA

Með kæru, dagsettri 30. apríl 2012, hefur Síminn hf. (hér eftir nefndur áfrýjandi), kært ákvörðun Samkeppniseftirlitsins í máli nr. 7/2012 (Ólögmatgur verðþrýstingur Símans hf. á farsímamarkaði), dagsetta 3. apríl 2012, til áfrýjunarnefndar samkeppnismála.

Í hinni kærðu ákvörðun taldi Samkeppniseftirlitið að áfrýjandi hafi brotið gegn 11. og 19. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 og 54. gr. EES-samningsins. Var áfrýjanda gert að greiða 390 milljónir króna í stjórnvaldssekt vegna brots á 11. gr. samkeppnislaga og 54. gr. EES-samningsins og 50 milljónir króna í stjórnvaldssekt vegna brots á 19. gr. samkeppnislaga.

Áfrýjandi krefst þess aðallega að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi en til vara er þess krafist að sektir verði felldar niður eða lækkaðar verulega.

Samkeppniseftirlitið krefst þess að hin kærða ákvörðun verði staðfest.

II

MÁLSMEDFERÐ HJÁ SAMKEPPNISEFTIRLITINU

Mál þetta snýst um hegðun áfrýjanda á markaði fyrir farsímaþjónustu.

Um er að ræða viðskipti sem eiga sér stað á heildsölustigi og tengjast verðlagningu milli símafyrirtækja, eða svokölluðu lúkningargjaldi, en það er það gjald sem fjarskiptafyrirtæki tekur fyrir að móttaka símtal í eigin símkerfi, sem á upphaf sitt í öðru, en á fjarskiptafyrirtækjum hvílir lagaskylda um að semja um slíkan aðgang.

Undir rekstri málsins hjá Samkeppniseftirlitinu tók athugun á háttsemi áfrýjanda nokkrum breytingum, eftir því sem nýjar upplýsingar og skýringar komu fram. Rétt þykir að rekja helstu atriði:

- Málið hófst þann 18. janúar 2008 þegar Samkeppniseftirlitinu barst kæra frá Nova þar sem því var haldið fram að áfrýjandi hefði misnotað markaðsráðandi stöðu sína með verðlagningu á farsímamarkaði. Nánar tiltekið beindist kvörtun Nova að mismunun í smásöluverðlagningu áfrýjanda fyrir símtöl sem hefjast í fjarskiptaneti hans og ljúka í farsímaneti Nova annars vegar samanborið við símtöl sem enda í farsímaneti Vodafone hins vegar.
- Samkeppniseftirlitið tilkynnti áfrýjanda með bréfi í febrúar 2008 að við nánari skoðun á mótteknum gögnum teldi eftirlitið að rétt væri að útvíkka rannsóknarefnið. Athugun Samkeppniseftirlitsins myndi þannig einnig taka til þess hvort áfrýjandi hefði hugsanlega farið gegn 11. gr. samkeppnislaga með undirverðlagningu símtala sem ættu sér bæði upphaf og lúkningu í farsímakerfi hans.
- Þann 28. mars 2008 sendi Samkeppniseftirlitið áfrýjanda andmælaskjal sem greindi það frummat eftirlitsins að verðlagning áfrýjanda á innankerfissímtölum í farsímaneti hefði ekki staðið undir kostnaði samanborið við kostnað fyrirtækisins vegna upphafs og lúkningar símtala milli farsímaneta. Hefði þessi verðlagning áfrýjanda falið í sér ólögmæta undirverðlagningu. Þá hefði hún einnig falið í sér ólögmæta mismunun. Við mat Samkeppniseftirlitsins á framangreindu hafði verulega þýðingu upplýsingar frá áfrýjanda sem sýndu kostnað við upphaf og lúkningu símtala í farsímakerfi hans.
- Áfrýjandi tjáði sig um framangreint andmælaskjal. Í framhaldi í ágúst og október 2008 áttu sér stað bréfaskriftir milli aðila þar sem rætt var um hugsanlega lausn málsins. Með bréfi, dagsettu 3. nóvember 2008, gerði Samkeppniseftirlitið áfrýjanda grein fyrir því með rökstuddum hætti að ekki væri unnt að ljúka málinu með þeim hætti sem tillaga hafði verið um.
- Áfrýjandi sendi Samkeppniseftirlitinu þann 22. desember 2008 bréf ásamt nýjum kostnaðartölum í farsímaneti félagsins. Samkeppniseftirlitið kallaði eftir frekari upplýsingum frá áfrýjanda og kom þá fram að kostnaðarverð fyrir lúkningu var mun lægra en áður hafði verið talið.

- Samkeppniseftirlitið taldi hinar nýju kostnaðarupplýsingar breyta grundvelli málsins og tók saman nýtt andmælaskjal. Í því var komist að þeirri frumniðurstöðu að áfrýjandi hefði misnotað markaðsráðandi stöðu sína með verðþrýstingi. Var í andmælaskjalinu gerð grein fyrir þessari breytingu á rannsókn málsins og tekið fram að þetta andmælaskjal kæmi í stað hins eldra. Var það sent áfrýjanda 5. febrúar 2010. Athugasemdir áfrýjanda bárust þann 19. mars 2010.
- Samkvæmt gögnum málsins lauk rannsókn og gagnaöflun með móttöku á síðastgreindum athugasemdum áfrýjanda.

Þann 3. apríl 2012 var áfrýjanda birt niðurstaða Samkeppniseftirlitisins í ákvörðun nr. 7/2012, Ólögmatúr verðþrýstingur Símans hf. á farsímamarkaði, um að áfrýjandi hafi með aðgerðum sínum brotið gegn 11. og 19. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 og 54. gr. EES-samningsins. Með vísan til þess var honun gert að greiða 390 milljónir króna í stjórnvaldssekt vegna brots á 11. gr. samkeppnislaga og 54. gr. EES-samningsins og 50 milljónir króna í stjórnvaldssekt vegna brots á 19. gr. samkeppnislaga.

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

III

MÁLSMEDFERÐ HJÁ ÁFRÝJUNARNEFNDINNI

Greinargerð Samkeppniseftirlitsins sem svar við kæru áfrýjanda barst 15. maí 2012. Athugasemdir áfrýjanda við greinargerðinni bárust 23. maí 2012 og svar Samkeppniseftirlitsins við þeim bárust þann 29. maí 2012.

Hagsmunaaðilum, Fjarskiptum ehf. (Vodafone) og Nova, var gefinn kostur á að koma á framfæri athugasemdum í málinu og bárust þær 29. maí og 5. júní 2012.

Krafa áfrýjanda um frestun réttaráhrifa hinnar kærðu ákvörðunar var tekin fyrir á fundi áfrýjunarnefndar þann 29. maí 2012. Var ekki fallist á kröfuna um frestun réttaráhrifa á meðan kæran væri til meðferðar hjá nefndinni.

Áfrýjandi setti fram mótmæli við aðkomu hagsmunaaðila að málinu í tölvupósti dags. 30. maí 2012 og setti svo fram kröfu um úrskurð vegna þessa dags. 22. júní s.á. Krafa áfrýjanda var tekin fyrir þann 26. júní 2012 og var kveðinn upp úrskurður sama dag þar sem kröfu hans um að Vodafone og Nova verði bannað að flytja sjónarmið sín munnlega í málinu var hafnað.

Málið var flutt munnlega fyrir nefndinni þann 27. júní 2012. Í byrjun málflytninga komu fyrir nefndina lögmenn hagsmunaaðila, Vodafone og Nova, og gafst þeim tækifæri á að koma að athugasemdum sínum í málinu sem og þeir gerðu. Að því loknu var málið flutt munnlega af lögmönnum aðila.

Uppkvaðning úrskurðarins hefur dregist vegna anna nefndarmanna, sumarleyfa og umfangs málsins.

IV

RÖKSEMDIR MÁLSAÐILA

1. *Málsástæður áfrýjanda*

Áfrýjandi hafnar því alfarið að hafa brotið gegn ákvæðum samkeppnislaga með þeim hætti sem Samkeppniseftirlitið byggir á. Hann telur jafnframt að málsmeðferðarreglur hafi verið brotnar og að Samkeppniseftirlitið hafi verið vanhæft til að taka ákvörðun í málinu.

1.1. Málsmeðferð og formreglur

Áfrýjandi telur að í málinu hafi verið brotið gegn málshraðareglu stjórnarsýslulaga eða réttinum til að sæta ekki endurtekinni málsmeðferð. Þetta rökstyður hann með því að sama verðlagning áfrýjanda hafi verið til rannsóknar hjá samkeppnisyfirlöngum á árunum 2001 og 2002.

Annað hvort hafi orðið hlé á rannsókninni í yfir fimm ár án tilefnis, en það sé skýrt og alvarlegt brot á málshraðareglu stjórnarsýslulaga. Eða að um nýja rannsókn sé að ræða sem hafi hafist undir lok árs 2007 en ljóst sé að eldri rannsókn hafi lokið í apríl 2002. Þá hafi málsmeðferð samkeppnisyfirlöngvalda vegna fyrirliggjandi háttsemi verið lokið og brjóti hin kærða ákvörðun þá gegn rétti áfrýjanda til að sæta ekki endurtekinni málsmeðferð.

Áfrýjandi byggir á því að samkeppnisyfirlöngvald hafi þegar tekið ákvörðun um þá háttsemi sem í hinni kærðu ákvörðun sé nú talin brjóta gegn 11. gr. samkeppnislaga. Hafi fyrri úrlausnir samkeppnisyfirlöngvalda varðað efnislega sömu háttsemi og fyrirliggjandi mál og niðurstaðan þá verið sú að hún bryti ekki í bága við 11. gr. samkeppnislaga. Hin kærða ákvörðun brjóti því gegn rétti áfrýjanda til að sæta ekki endurtekinni málsmeðferð, sem félaginu sé tryggður með samningsviðauka nr. 7 við Mannréttindasáttmála Evrópu, sem sé lögfestur hér á landi.

Áfrýjandi byggir á því að brotið hafi verið gegn réttmætum væntingum hans en hann hafi haft til þess réttmætar væntingar að verðlagningin væri lögmæt. Hann bendir á að verðlagningin hafi annars vegar verið tilkynnt og hins vegar ákveðin af þar til bæru stjórnvaldi. Hún hafi verið til rannsóknar hjá samkeppnisyfirvöldum strax í kjölfar ákvörðunar hennar án niðurstöðu og opinber allan gildistíma sinn í fjölda ára. Þá liggi fyrir að í tvígang hafi verðlagningin ekki verið talin brjóta gegn 11. gr. samkeppnislaga á ætluðu brotatímabili, sbr. ákvarðanir samkeppnisráðs nr. 20/2002 og 40/2003. Áfrýjandi telur að við þessar aðstæður geti verðlagningin ekki nú, 11 árum síðar, verið talin andstæð lögum.

Þá byggir áfrýjandi á því að allt önnur sjónarmið séu lögð til grundvallar við túlkun á inntaki 11. gr. samkeppnislaga við mat á lögmæti verðlagningar hans nú en gert hafi verið við meðferð kvörtunar Tals hf. yfir sömu verðlagningu sem og í ákvörðunum nr. 20/2002 og 40/2003, en öll stjórnsýslumálin hafi komið til úrlausnar á ætluðu brotatímabili fyrirbyggjandi máls.

1.2. Rannsókn á viðkomandi markaði og mat á markaðsráðandi stöðu

Áfrýjandi byggir á því að hann hafi ekki verið í markaðsráðandi stöðu á hinu ætlaða brotatímabili og geti því ekki hafa brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga. Þannig hafi aðeins tveir aðilar verið á smásölumarkaðnum á tímabilinu, annar með um 65% hlutdeild og hinn með um 35% hlutdeild. Samkvæmt hinni kærðu ákvörðun skipti staða á þeim markaði þó engu við mat á verðþrýstingi. Áfrýjandi telur að engan efnislega sjálfstæðan rökstuðning sé að finna í hinni kærðu ákvörðun fyrir ætlaðri markaðsráðandi stöðu hans á heildsölumarkaðnum. Hvert og eitt farsímafyrtæki hafi þar eðli máls samkvæmt 100% hlutdeild á markaði fyrir lúkningu símtala í eigin símkerfum. Þá hafi áfrýjandi enga möguleika á að hækka lúkningarverð sín yfir verð samkeppnisaðilanna, enda hvíldu á honum kvaðir um þau verð. Áfrýjandi bendir á að við þær aðstæður geti hann ekki haft þann efnahagslega styrk að geta hegðað sér óháð samkeppnisaðilum. Ljóst sé að áfrýjandi sé alfarið háður samkeppnisaðilum sínum um lúkningu í hans símkerfi, enda hafi samkeppnisaðilar hans komist upp með að verðleggja þá þjónustu hærra en áfrýjandi yfir allt tímabilið.

Í hinni kærðu ákvörðun sé komist að þeirri niðurstöðu að áfrýjandi hafi verið í markaðsráðandi stöðu á ætluðu brotatímabili. Eigi það jafnt við um smásölumarkað fyrir farsíma- og talsímaþjónustu sem og heildsölumarkað fyrir bæði aðgang og upphaf símtala í almennum GSM farsímanetum og lúkningu símtala í eigin GSM farsímaneti. Áfrýjandi hafnar því að hafa verið í markaðsráðandi stöðu á ætluðu brotatímabili á framangreindum mörkuðum. Hann áréttar athugasemdir sínar við

skilgreiningu markaðarins sem hann setti fram við andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins.

Þá byggir áfrýjandi á því að Samkeppniseftirlitið hafi ekki sýnt fram á að hann hafi verið í markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir lúkningu símtala í GSM farsímakerfi sínu á ætluðu brotatímabili, enda var slík staða ekki fyrir hendi og þá hvíli sönnunarbyrðin fyrir því að svo hafi verið á Samkeppniseftirlitinu. Bendir áfrýjandi á að gera verði ríkar kröfur til Samkeppniseftirlitsins um greiningu á því hvort markaðsráðandi staða sé fyrir hendi, enda geti það haft verulega íþyngjandi afleiðingar í för með sér, líkt og ráða megi af hinni kærðu ákvörðun. Háttsemi sem annars sé lögmæt verði þannig ólögmæt við það að félag sé talið í markaðsráðandi stöðu.

Áfrýjandi bendir á að bæði hann og hans helsti samkeppnisaðili séu taldir hafa umtalsverðan markaðsstyrk af Póst og fjarskiptastofnun (PFS) á heildsölumarkaði. Á sviði samkeppnisréttar sé slík staða óvenjuleg, enda almennt aðeins einn aðili í markaðsráðandi stöðu. Telur áfrýjandi því að meta hafi þurft hvaða áhrif þessi staða Vodafone og forvera þess hafi haft á stöðu hans innan kerfis en það hafi ekki verið gert af hálfu Samkeppniseftirlitsins undir rekstri málsins, þrátt fyrir ábendingu áfrýjanda þess efnis í athugasemdum við andmælaskjal.

Áfrýjandi telur að sú staðreynd að á ætluðu brotatímabili hafi hvílt á honum kvaðir PFS um tiltekið hámarksverð á þeim markaði sem hér um ræði leiði til þess að félagið geti ekki hafa verið í markaðsráðandi stöðu. Þannig sé markaðshlutdeild aðeins viðmið sem notað sé til að meta hvort fyrirtæki geti beitt markaðsstyrk sínum. Sé fyrirtæki með háa markaðshlutdeild háð kvöðum eða reglum, sérstaklega um verðlagningu, sé ólíklegt að það geti beitt þessum markaðsstyrk og geti þar af leiðandi ekki verið markaðsráðandi. Byggir áfrýjandi á því að einmitt slíkar aðstæður hafi verið fyrir hendi á ætluðu brotatímabili. Hafi Samkeppniseftirlitið alfarið litið framhjá þessu við rannsókn málsins og í hinni kærðu ákvörðun.

1.3. Um meintan ólögmætan verðþrýsting

Áfrýjandi byggir á því að hann hafi ekki beitt ólögmætum verðþrýstingi í andstöðu við 11. gr. samkeppnislaga. Áfrýjandi telur að Samkeppniseftirlitið hafi beitt efnislega röngu mati er það hafi komist að niðurstöðu sinni.

Áfrýjandi telur að aðeins geti verið um verðþrýsting að ræða í tilviki sambærilegra vara. Skilgreining fjarskiptaréttar á hugtakinu „lúkning“ miði við samtengingu símkerfa. Eðli máls samkvæmt falli slík gjöld því ekki til við innankerfissímtöl.

Einnig telur áfrýjandi að Samkeppniseftirlitið hafi ranglega horft einangrað á einn þjónustulið (innankerfissímtöl) sem ekki myndi sérstakan vörumarkað heldur sé einungis afmarkaður hluti hans (markaður fyrir farsímaþjónustu). Hefði verið horft heildstætt á þjónustumarkaðinn hefði blasað við að ekki var um verðþrýsting að ræða.

Þá telur áfrýjandi að Samkeppniseftirlitið hafi ranglega komist að þeirri niðurstöðu að jafn skilvirkur samkeppnisaðili hafi ekki getað keppt við verðlagningu áfrýjanda. Tilvist annars sambærilegs kerfis í eigu slíks aðila gerði það að verkum að svo var. Krafði enda samkeppnisaðilinn áfrýjanda um hærri gjöld fyrir lúkningu en öfugt fyrir hið ætlaða brotatímabil, hvort sem litið sé til hvers símtals fyrir sig eða heildargreiðslna. Þegar af þeirri ástæðu sé augljóst að jafn skilvirkur samkeppnisaðili hafi getað keppt við verðlagningu áfrýjanda.

Áfrýjandi telur að Samkeppniseftirlitið hafi ekki sýnt fram á möguleg skaðleg áhrif háttseminnar enda hafði hún ekki skaðleg áhrif á samkeppni. Þannig líti Samkeppniseftirlitið meðal annars alfarið framhjá þeirri staðreynd að á brotatímabilinu hafi samkeppnisaðili áfrýjanda búið yfir eigin símkerfi sem áfrýjandi þurfti aðgang að og verðlagði þjónustu sína með sambærilegum hætti og áfrýjandi. Sé það grundvallarmunur frá öðrum málum sem lúti að verðþrýstingi þar sem aðeins sé um eitt kerfi að ræða sem hið markaðsráðandi fyrirtæki ráði yfir. Einnig að Samkeppniseftirlitið hafni því ranglega að háttsemi áfrýjanda hafi fallið innan heimilda félagsins til að mæta samkeppni. Áfrýjandi telur að um hafi verið að ræða hófleg og lögmæt viðbrögð þar sem hvorki hafi verið farið undir verðlagningu samkeppnisaðilans né hún jöfnuð.

Þá telur áfrýjandi að Samkeppniseftirlitið hafi beitt röngum mælikvarða við mat á verðlagningu áfrýjanda þar sem hann hafi beitt ólíkum aðferðum við gjalddöku á smásöllumarkaði en heildsöllumarkaði, sem leiði til þess að framlegðin sé önnur en endurspeglast í því einfalda mínútuverði sem hin kærða ákvörðun byggir á.

Telji áfrýjunarnefndin allt að einu að hann hafi á ætluðu brotatímabili verið í markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir lúkningu símtala í GSM farsímakerfi hans byggir áfrýjandi á því að hann hafi ekki misnotað þá stöðu.

Áfrýjandi byggir á því að að innankerfissímtöl og millikerfasímtöl teljist ekki sambærilegar vörur. Engin „lúkning“ í skilningi fjarskiptaréttar, eða eins og Samkeppniseftirlitið sjálft túlki hugtakið, fari fram í tilviki innankerfissímtala. Þegar af þeirri ástæðu geti áfrýjandi ekki hafa átt að leggja þann kostnað til grundvallar innankerfissímtölum og geti því ekki hafa gerst sekur um verðþrýsting.

Verði talið að unnt sé að bera saman verð innankerfissímtala annars vegar og millikerfasímtala hins vegar byggir áfrýjandi á því að ekki beri að líta einangrað á símtöl í viðskiptavini áfrýjanda við mat á verðþrýstingi, enda teljist símtöl í GSM farsímanet áfrýjanda ekki sérstakur þjónustumarkaður. Áfrýjandi byggir á því að aðferðafræði Samkeppniseftirlitsins sem byggt sé á í hinni kærðu ákvörðun, að taka út einn afmarkaðan þátt þjónustunnar sem óumdeilt sé að myndi ekki sérstakan markað, sé hvorki í samræmi við framkvæmd framkvæmdastjórnar EB né dómstóla EB. Þá gangi slík aðferðafræði ekki upp út frá hagfræðilegu sjónarmiði og geti ekki undirbyggt brot gegn 11. gr. samkeppnislaga.

Áfrýjandi byggir á því að það sé viðurkennt innan EB réttar að líta beri heildstætt á alla þjónustuliði sem myndi viðkomandi smásölumarkað þegar skoðað sé hvort verðþrýstingi hafi verið beitt.

Þá byggir áfrýjandi á því að jafnvel þó talið yrði að aðferðafræði Samkeppniseftirlitsins við matið fengist staðist hafi ekki verið um brot gegn 11. gr. samkeppnislaga að ræða þar sem gögn málsins beri með sér að jafn skilvirkur keppinautur hafi getað keppt við verðlagninguna. Þar sem það sé skilyrði verðþrýstings að jafn skilvirkur keppinautur geti ekki keppt við verðlagninguna geti þar af leiðandi ekki hafa verið um verðþrýsting að ræða. Í fyrirbyggjandi máli sé ljóst að jafn skilvirkur samkeppnisaðili hafi getað keppt, enda starfaði samkeppnisaðili á markaðnum allt brotatímabilið og það með mjög hagkvæmum hætti. Samkeppnisaðilarnir ráku sín eigin farsímakerfi sem áfrýjandi hafi verið jafn háður aðgangi að og samkeppnisaðilinn hafi verið um aðgang að kerfi hans, enda hvíldi sama lagaskylda á báðum til samingsgerðar um lúkningu.

Áfrýjandi bendir á að verði röksemdafærsla og aðferðafræði Samkeppniseftirlitsins lögð til grundvallar sé fullkomlega ljóst að Vodafone hafi misnotað markaðsráðandi stöðu sína fyrir lúkningu í GSM farsímakerfi þess félags á öllu hinu ætlaða brotatímabili í garð áfrýjanda. Vart þurfi að fjölyrða um hversu óeðlileg slík niðurstaða sé þar sem tveir aðilar á markaði séu taldir á gagnkvæman hátt misnota markaðsráðandi stöðu sína í garð hvors annars með sambærilegri háttsemi. Slíkt gangi ekki upp og sýni berlega að aðferðafræði Samkeppniseftirlitsins standist ekki.

Verði ekki fallist á nein framangreindra raka og áfrýjandi verði talinn hafa beitt verðþrýstingi, byggir hann á því að honum hafi verið það heimilt þar sem um hafi verið að ræða eðlileg og hófleg viðbrögð við samkeppni. Áfrýjandi bendir á að það sé óumdeilt í málinu að háttsemi markaðsráðandi fyrirtækis sem undir venjulegum kringumstæðum teljist ólögmæt geti talist lögmæt ef hún sé liður í að bregðast við samkeppni. Áfrýjandi byggir á því að verðlagning hans í fyrirliggjandi máli hafi verið í fullu samræmi við þau sjónarmið sem sett séu fram í hinni kærðu ákvörðun um með hvaða hætti markaðsráðandi fyrirtæki mega mæta samkeppni.

Þá bendir áfrýjandi á að útreikningar Samkeppniseftirlitsins á ætluðum verðþrýstingi séu rangir. Þannig sé í hinni kærðu ákvörðun borin saman annars vegar smásöluverð fyrir innankerfissímtöl kæranda og hins vegar lúkningargjöld sem samkeppnisaðilar greiddu félaginu.

1.4. Um meint brot gegn 19. gr. samkeppnislaga - upplýsingagjöf

Áfrýjandi hafnar því alfarið að hafa brotið gegn 19. gr. samkeppnislaga við meðferð málsins með því að veita rangar eða misvísandi upplýsingar. Samkeppniseftirlitið telji málf lutning áfrýjanda í athugasemdum við andmælaskjal falla undir það að hann hafi brotið gegn skyldu til að veita upplýsingar skv. 19. gr. Áfrýjandi telur að það standist ekki þar sem engin slík skylda hvíldi á honum við það tækifæri sem málf lutningurinn var settur fram. Verksnaðarlýsing ætlaðs brots verði því ekki heimfærð undir ákvæðið. Áfrýjandi bendir á að svör hans hafi tekið mið af rannsóknarefninu hverju sinni. Aldrei hafi verið upplýst rangt um staðreyndir máls og einkennist umfjöllun hinnar kærðu ákvörðunar um þennan lið af rangfærslum og útúrsnúningi. Þá blandi Samkeppniseftirlitið saman upplýsingagjöf annars vegar og málf lutningi eða röksemdafærslu hins vegar. Tekur 19. gr. samkeppnislaga eðli máls samkvæmt aðeins til hins fyrrnefnda. Telur áfrýjandi að umfjöllun Samkeppniseftirlitsins um þessi atriði séu með ólíkindum og ekki sæmandi stjórnvaldi. Þannig sé hlutlægnisskylda stjórnvaldsins lätin lönd og leið og snúið út úr málf lutningi áfrýjanda með ámælisverðum hætti.

Áfrýjandi telur sig hafa í upplýsingagjöf sinni til eftirlitsins gert sitt ítrasta til að koma sjónarmiðum sínum á framfæri undir rekstri þessa máls sem sífellt hafi tekið á sig nýjar myndir og undirbyggt nýjar ásakanir, ýmist á smásölu- eða heildsölumörkuðum.

1.5. Valdmörk Samkeppniseftirlitsins

Þá telur áfrýjandi að Samkeppniseftirlitið hafi farið út fyrir valdmörk sín með töku hinnar kærðu ákvörðunar. Að ljóst sé að mál sem lúta að verðlagningu á fjarskiptamarkaði heyri undir valdsvið PFS, sbr. lög nr. 69/2003 um Póst- og fjarskiptastofnun og fjarskiptalög nr. 81/2003. Með fjarskiptalögnum hafa þannig ákveðin verkefni á sviði samkeppnis- og fjarskiptaréttar verið sett í hendur PFS. Áfrýjandi byggir á því að mismunur á verði félagsins í heildsölu annars vegar og smásölu hins vegar falli bersýnilega innan valdmarka PFS og þar með utan valdsviðs Samkeppniseftirlitsins og að Samkeppniseftirlitið hafi farið út fyrir valdmörk sín með töku hinnar kærðu ákvörðunar.

1.6. Vanhæfi

Áfrýjandi byggir á því hin kærða ákvörðun sé ógild og fella beri hana úr gildi vegna vanhæfis starfsmanna Samkeppniseftirlitsins, sbr. 6. tl. 1. mgr. 3. gr. stjórnarsýslulaga nr. 37/1993. Annars vegar hafi forstjóri Samkeppniseftirlitsins verið vanhæfur vegna ummæla og framsetningar í fjölmiðlum og opinberum erindum þar sem fjárhæðir álagðra sekta séu settar í samhengi við kröfu um aukin fjárframlög úr ríkissjóði. Leiði þetta jafnframt til vanhæfis allra undirmanna hans. Hins vegar hafi sviðsstjóri hjá Samkeppniseftirlitinu verið vanhæfur vegna ummæla hans um eigendur áfrýjanda á þeim tíma sem atvik máls áttu sér stað. Leiði þetta vanhæfi hans til ógildingar hinnar kærðu ákvörðunar bæði þar sem hann hafi sjálfur komið að meðferð málsins og þar sem undirmaður hans kom að meðferðinni og undirriti hina kærðu ákvörðun.

1.7. Brot gegn jafnræðisreglu

Þá byggir áfrýjandi á því að með hinni kærðu ákvörðun sé brotið með skýrum og alvarlegum hætti gegn jafnræðisreglu 11. gr. stjórnarsýslulaga með að minnsta kosti tvennum hætti. Annars vegar sé litið framhjá alfarið sambærilegri háttsemi aðal samkeppnisaðila áfrýjanda á ætluðu brotatímabili. Hins vegar hafi Samkeppniseftirlitið lagt til grundvallar hinni kærðu ákvörðun annað efnislegt mat á inntaki 11. gr. samkeppnislaga en gert sé í eldri ákvörðunum, án þess að lagabreyting hafi komið til.

1.8. Önnur atriði sem snerta málsmeðferð, form og efni úrskurðar

Einnig byggir áfrýjandi á því að við meðferð málsins hafi Samkeppniseftirlitið hvorki virt þá rannsóknarskyldu sem á stofnuninni hvíli samkvæmt 10. gr. stjórnarsýslulaga né rökstutt niðurstöðu sína í hinni kærðu ákvörðun með þeim hætti sem áskilið sé í 22. gr. laganna.

Áfrýjandi byggir á því að sú framkvæmd sem viðhöfð hafi verið við rannsókn fyrirbyggjandi máls hafi brotið gegn rétti félagsins til réttlátrar málsmeðferðar. Þannig hafi rannsókn málsins hafist með því að sakarefnið hafi verið afmarkað þannig að áfrýjandi hefði brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með ólögumætri mismunun. Hafi áfrýjandi verið krafinn um svör og upplýsingar á þeim grundvelli sem honum hafi verið skylt að veita, sbr. 19. gr. samkeppnislaga. Í kjölfar þeirra svara sem og athugasemda áfrýjanda við andmælaskjalið hafi Samkeppniseftirlitið breytt um kúrs og sakað áfrýjanda um skaðlega undirverðlagningu. Enn hafi áfrýjandi svaraði og enn hafi Samkeppniseftirlitið breytt um kúrs á grundvelli þeirra svara og sakað áfrýjanda um verðþrýsting. Þau svör áfrýjanda sem urðu þannig grundvöllur nýrra ásakana Samkeppniseftirlitsins hafi ýmist verið veitt samkvæmt skyldu 19. gr. samkeppnislaga eða réttar félagsins til að koma á framfæri athugasemdum við andmælaskjal, enda sé andmælaskjali ætlað að vera til hagsbóta fyrir aðila máls sem gefið sé að sök að hafa brotið gegn samkeppnislögum.

Gögn sem áfrýjandi lagði fram til að verjast ásökunum um ætlað brot samkvæmt tilteknu sakarefni hafi þannig verið nýtt til að undirbyggja ásökun um nýtt sakarefni. Ekki einu sinni, heldur tvisvar. Þetta telji áfrýjandi að brjóti gegn rétti félagsins til að fella ekki á sig sök, en það sé liður í rétti félagsins til réttlátrar málsmeðferðar sem því sé tryggt með 70. gr. stjórnarskrárinnar og 1. mgr. 6. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu. Byggir áfrýjandi á því að óheimilt sé að nýta gögn sem félagið leggi fram til að verjast tilteknum ásökunum, til að undirbyggja aðrar ásakanir.

1.9. Fyrning brota

Fari svo ólíklega að áfrýjandi verði talinn hafa brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga og hin kærða ákvörðun staðfest hvað það varðar, byggir áfrýjandi á því að honum verði ekki gerð viðurlög þar sem brotið sé allt að einu fyrnt. Fyrir liggir að sú háttsemi sem talin sé brotleg í hinni kærðu ákvörðun átti sér stað á árinu 2001. Ekki verði refsað fyrir athafnaleyfi án sérstakrar heimildar í lögum. Sé því ætlað brot fyrnt þann 1. maí 2006.

1.10. Ákvörðun viðurlaga

Þá byggir áfrýjandi á því að viðurlagaákvörðun hinnar kærðu ákvörðunar sé úr öllu hófi. Verði talið að um brot á 11. eða 19. gr. samkeppnislaga hafi verið að ræða, beri ekki að gera áfrýjanda sekt, eða í öllu falli beri að lækka álagðar sektir verulega. Áfrýjandi telur dómafordæmi sýna að sektarákvörðun fyrirbyggjandi máls sé ekki í

neinu samræmi við fyrri framkvæmd samkeppnisyrvalda, hvort sem er hér á landi eða erlendis.

Áfrýjandi bendir á að félaginu hafi með hinni kærðu ákvörðun verið gert að sæta gríðarlega íþyngjandi viðurlögum. Sé raunar um að ræða hæstu sekt sem lögð hafi verið á hér á landi vegna brota á 11. gr. samkeppnislaga. Ákvörðun um svo verulega íþyngjandi viðurlög verði að standast ströngustu kröfur, bæði hvað varðar efni og form. Að mati áfrýjanda fari því hins vegar fjarri hvað hina kærðu ákvörðun áhrærir.

2. Málsástæður Samkeppniseftirlitsins

Samkeppniseftirlitið hafnar öllum röksemdum áfrýjanda fyrir ógildingu ákvörðunar eða breytingar á henni.

Samkeppniseftirlitið bendir á að mál þetta taki til atvika á árunum 2001 til 2007. Bæði í upphafi þess tímabils og lok þess hafi áfrýjandi verið í markaðsráðandi stöðu á bæði heildsölu- og smásölustigi á farsímamarkaði og öðrum sviðum fjarskipta. Vísar Samkeppniseftirlitið í þessu sambandi til skýrslu framkvæmdarnefndar um einkavæðingu frá janúar 2001 og fjölmargra úrskurða Samkeppniseftirlitsins, áfrýjunarnefndar samkeppnismála og til dómardæma á undanförunum árum.

2.1. Um endurtekna málsmeðferð og réttmætar væntingar.

Samkeppniseftirlitið byggir á því að málefnalegar ástæður hafi leitt til þess að rannsókn eftirlitsins hafi tekið breytingum. Þær snerust m.a um villandi upplýsingagjöf áfrýjanda undir rekstri málsins. Þá bendir Samkeppniseftirlitið á að áfrýjandi hafi getað tjáð sig um alla þætti málsins enda hafi verið gefin út ítarleg andmælaskjöl. Áfrýjandi hafi nýtt sér það og naut til þess aðstoðar innlendra og erlendra ráðgjafa.

Þá telur Samkeppniseftirlitið að áfrýjandi geti ekki borið fyrir sig reglunni um réttmætar væntingar. Í fyrsta lagi hafi samkeppnisyrvöld ekki áður tekið afstöðu til þess hvort áfrýjandi hafi beitt keppinauta sína verðþrýstingi. Í öðru lagi geti fyrirtæki aldrei haft réttmætar væntingar um að verðlagning, sem feli í sér verðþrýsting fyrirtækisins gagnvart keppinautum, teljist ekki vera misnotkun á markaðsráðandi stöðu samkvæmt 11. gr. samkeppnislaga. Samkeppniseftirlitið bendir á að í þessu máli sé sýnt fram á það að áfrýjandi hafi beitt keppinauta sína verðþrýstingi sem hafi haft áhrif á allan smásölumarkaðinn, þ.e. bæði farsímaþjónustu til einstaklinga og fyrirtækja. Þá verði að líta til þess að á brotatímabilinu hafi ítrekað verið komist að þeirri niðurstöðu að áfrýjandi væri markaðsráðandi. Á öllu tímabilinu mátti áfrýjanda

Því vera það ljóst að skyldur 11. gr. samkeppnislaga og 54. gr. EES samningsins giltu gagnvart honum.

Áfrýjandi byggir á því að með hinni kærðu ákvörðun hafi verið brotið gegn rétti fyrirtækisins til að sæta ekki endurtekinni málsmeðferð samkvæmt 1. mgr. 4. gr. 7. viðauka Mannréttindasáttmála Evrópu. Þessu er með öllu hafnað af hálfu Samkeppniseftirlitsins. Í fyrsta lagi hafi samkeppnisyfirvöld hvorki rannsakað né tekið afstöðu til þess fyrr en í þessu máli hvort áfrýjandi hafi misnotað markaðsráðandi stöðu sína með því að beita keppinauta sína á farsímamarkaði verðþrýstingi á tímabilinu frá 1. maí 2001 – 31. desember 2007. Í öðru lagi sé um að ræða samfelld og áframhaldandi brotaferli eðlislíkra athafna sem átti sér stað á tímabilinu frá 1. maí 2001 til 31. desember 2007. Enda þótt samkeppnisyfirvöld hafi tekið til skoðunar tiltekna þætti í starfsemi áfrýjanda á árunum 2001-2003 hafi þau fyrst með hinni kærðu ákvörðun tekið afstöðu til þess hvort verðlagning áfrýjanda á árunum 2004-2007 hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga. Þegar af þeirri ástæðu geti úrlausn um brot áfrýjanda á umræddu tímabili ekki falið í sér endurtekna málsmeðferð, sbr. 1. mgr. 4. gr. 7. viðauka Mannréttindasáttmála Evrópu.

Samkeppniseftirlitið bendir á að rannsókn þess á máli þessu hafi hafist í kjölfar kvörtunar sem eftirlitinu barst frá Nova á árinu 2008. Þess vegna séu það rangfærslur að rannsókn samkeppnisyfirvalda hafi byrjað á árinu 2001. Það mál sem samkeppnisyfirvöld tóku til rannsóknar á árinu 2001 fjallaði ekki um hvort áfrýjandi hafi misnotað markaðsráðandi stöðu sína með því að beita keppinauta sína verðþrýstingi. Rannsókn áfrýjanda lá því ekki niðri um sex ára skeið líkt og áfrýjandi haldi fram. Rannsókn málsins tafðist hins vegar vegna villandi og misvísandi upplýsinga sem áfrýjandi veitti samkeppnisyfirvöldum og vísast til hinnar kærðu ákvörðunar um það. Telur Samkeppniseftirlitið að leggja verði til grundvallar að Samkeppniseftirlitið hafi tekið ákvörðun í málinu svo fljótt sem unnt var, sbr. 1. mgr. 9. gr. samkeppnislaga.

2.2. Brot gegn jafnræðisreglu

Samkeppniseftirlitið hafnar því með öllu að um brot á jafnræðisreglu stjórnarsýslulaga sé ræða í málinu. Samkeppniseftirlitið bendir á að í jafnræðisreglu stjórnarsýslulaga felist að mál sem séu sambærileg í lagalegu tilliti skuli hljóta samskonar úrlausn. Ekki sé hins vegar um að ræða mismunun í lagalegu tilliti, jafnvel þótt mismunur sé á úrlausn mála, ef sá mismunur byggist á málefnalegum og lögmætum sjónarmiðum, sbr. ummæli í athugasemdum með frumvarpi sem varð að stjórnarsýslulögum. Mál það

sem áfrýjandi vísar til fjallaði ekki um verðþrýsting áfrýjanda og er því ekki um brot að ræða gegn jafnræðisreglunni.

Þá er því hafnað að Samkeppniseftirlitið hafi brotið gegn rannsóknarreglunni við meðferð málsins og vísast hér til umfjöllunar um það í hinni kærðu ákvörðun. Samkeppniseftirlitið mótmælir því einnig að hin kærða ákvörðun hafi ekki verið nægjanlega rökstudd og vísar til hennar í heild sinni.

2.3. Um meint vanhæfi

Áfrýjandi byggir á því að forstjóri Samkeppniseftirlitsins og sviðsstjóri hjá Samkeppniseftirlitinu hafi verið vanhæfir til meðferðar málsins og því beri að ógilda ákvörðunina. Samkeppniseftirlitið mótmælir þessu og vísar til hinnar kærðu ákvörðunar um það.

2.4. Um valdmörk

Samkeppniseftirlitið hafnar því að mál þetta heyri ekki undir eftirlitið heldur PFS og áréttar að samspil almennra samkeppnisreglna og samkeppnisreglna á fjarskiptasviði sem heyra undir stofnanir eins og PFS sé alls staðar hið sama á EES-svæðinu. Þá geri PFS í umsögn sinni sem sé meðal gagna málsins enga athugasemd við beitingu samkeppnislaga í þessu máli. PFS taki auk þess fram í umsögn sinni að stofnunin sé sammála Samkeppniseftirlitinu um skilgreiningar á viðkomandi mörkuðum málsins og að útnefning PFS á umtalsverðum markaðsstyrk taki mið af sömu aðferðafræði og gilda samkvæmt samkeppnislögum.

2.5. Um skilgreiningu markaða og mat á markaðsráðandi stöðu

Samkeppniseftirlitið bendir á að í andmælaskjali eftirlitsins frá 5. febrúar 2010 sé lögð til grundvallar sama markaðsskilgreining og gert sé í hinni kærðu ákvörðun og sé hún studd sömu rökum. Markaðsskilgreiningin hafi þannig verið ítarlega rökstudd í andmælaskjalinu og hafi áfrýjanda verið gefið færi á að tjá sig um hana.

Samkeppniseftirlitið telur ekki ástæðu til að breyta fyrri skilgreiningu í ákvörðunum eftirlitsins um að farsímamarkaður á smásölustigi sé einn heildarmarkaður án tillits til þess hvort kaupandi þjónustunnar sé einstaklingur eða fyrirtæki. Að öðru leyti er vísað til röksemda þar að lútandi í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins. Hvað varði landfræðilega skilgreiningu viðkomandi markaðar þá sé það í samræmi við fyrri ákvarðanir samkeppnisyfirvalda að hinn landfræðilegi markaður sé skilgreindur sem landið allt.

Áfrýjandi telur að heildsölumarkaður fyrir aðgang og upphaf símtala í almennum GSM farsímanetum eigi ekki að tilheyra þessu máli. Samkeppniseftirlitið fellst ekki á þetta. Samkeppniseftirlitið bendir á að áfrýjandi beitti keppinauta sína verðþrýstingi með verðlagningu sinni á lúkningu símtala í farsímanet félagsins með hliðsjón af verðlagningu á innankerfissímtölum til eigin viðskiptavina. Mat Samkeppniseftirlitsins á framangreindum verðþrýstingi áfrýjanda sé í samræmi við viðurkennda aðferðafræði þar sem m.a. heildsöluverð áfrýjanda fyrir lúkningu símtala hafi verið heimfært sem kostnaðarverð þess þáttar fyrir innankerfissímtöl hjá fyrirtækinu.

Samkeppniseftirlitið bendir á að áfrýjandi færi engin rök fyrir því að hann hafi ekki verið markaðsráðandi í smásölu á brotatímabilinu. Samkeppniseftirlitið áréttar mikilvægi þess að haft sé í huga það mikla forskot sem fyrrum einokunarstaða veiti áfrýjanda. Það forskot geti varað um langan tíma og kalli á að unnið sé gegn tilraunum slíkra fyrirtækja til að hindra vöxt og viðgang nýrra keppinauta.

Að mati Samkeppniseftirlitsins sé augljóst að áfrýjandi sé markaðsráðandi í heildsölu í máli þessu. Allir netrekendur hafi 100% markaðshlutdeild í lúkningu símtala í eigin farsímaneti þar sem takmörkuð eftirspurnar- eða framboðsstaðgangur sé fyrir hendi þegar hringja þarf í tiltekinn aðila í öðru farsímaneti eða eigin farsímaneti. Hugtakið „umtalsverður markaðsstyrkur“ í fjarskiptarétti sækir fyrirmynd sína til markaðsráðandi stöðu í samkeppnisrétti. Fjölmörg fordæmi séu fyrir því að farsímafyrirtæki teljist markaðsráðandi á heildsölumarkaði fyrir lúkningu símtala í eigin neti. Samkeppniseftirlitið mótmælir staðhæfingum áfrýjanda að félagið hafi ekki verið í markaðsráðandi stöðu á heildsölumarkaði fyrir lúkningu símtala í hans eigin farsímaneti á því brotatímabili sem mál þetta nái til eða frá 1. maí 2001 til ársloka 2007.

2.6. Um verðþrýsting og misnotkun markaðsráðandi stöðu.

Samkeppniseftirlitið bendir á að í hinni kærðu ákvörðun sé rökstutt að áfrýjandi hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með verðþrýstingi. Í henni beitti Samkeppniseftirlitið einnig 54. gr. EES-samningsins, sbr. m.a. 2. mgr. 26. gr. samkeppnislaga. Hafi drög að hinni kærðu ákvörðun verið kynnt fyrir Eftirlitsstofnun EFTA (ESA) í samræmi við 11. gr. kafla II. í bókun 4 við samning milli EFTA-ríkjanna um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls. ESA lagðist ekki gegn fyrirhugaðri beitingu eftirlitsins á 54. gr. EES-samningsins. Samkeppniseftirlitið telur ótvírætt að túlkun þess á 11. gr. samkeppnislaga og 54. gr. EES-samningsins sé rétt í þessu máli.

Samkeppniseftirlitið byggir á því að við mat á verðþrýstingi verði að leggja til grundvallar verðið sem markaðsráðandi fyrirtæki selji heildsöluaðfang á til keppinauta. Síðan sé skoðað hvaða þýðingu það hefði haft fyrir smásöludeild markaðsráðandi aðilans ef hún hefði þurft að greiða sama verð og keppinautarnir fyrir heildsöluaðfangið. Hafi þessi aðferð verið viðhöfð hjá framkvæmdastjórn ESB og ýmsum öðrum samkeppnisfyrirvöldum í Evrópu.

Kjarni málsins hér sé að áfrýjandi selji keppinautum sínum lúkningu í eigin farsímanet. Áfrýjandi sé á því sviði markaðsráðandi og í viðskiptum hjá honum séu langflestir farsímanotendur hér á landi. Án þessarar lúkningu geti keppinautar áfrýjanda ekki boðið viðskiptavinum sínum upp á það að hringja í viðskiptavini áfrýjanda. Heildsöluaðfangið sé því ómissandi fyrir keppinautana. Verðþrýstingurinn sé hér augljóslega metinn með hliðsjón af því hvaða áhrif það hefði haft ef smásöludeild áfrýjanda hefði þurft að greiða þetta heildsölugjald til að geta boðið viðskiptavinum sínum upp á farsímasímtöl.

Samkeppniseftirlitið telur að verðþrýstingur áfrýjanda í máli þessu hafi verið til þess fallinn að hindra keppinauta áfrýjanda og vinna gegn eðlilegri samkeppni. Var háttsemin því til þess fallin að viðhalda með óeðlilegum hætti markaðsráðandi stöðu áfrýjanda.

2.7. Um brot á 19. gr. samkeppnislaga.

Samkeppniseftirlitið fellst ekki á túlkun áfrýjanda á 19. gr. samkeppnislaga.

Eftirlitið bendir á að áfrýjandi virðist í raun byggja á því að svo fremi sem hann veiti tiltekna upplýsingar eða afhendi gögn þá hafi hann efnt skyldu sína samkvæmt ákvæðinu. Með öðrum orðum skipti engu varðandi skyldu 19. gr. laganna hvort upplýsingar séu ósannar eða villandi. Slík hegðun falli aðeins undir refsíákvæði 41. gr. b laganna. Samkeppniseftirlitið bendir á að upplýsingaskylda skv. 19. gr. samkeppnislaga skipti verulegu máli varðandi framkvæmd samkeppnislaga. Sé hún nauðsynleg til þess að Samkeppniseftirlitið geti sinnt skyldum sínum, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2011 Seðlabanki Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu.

Samkeppniseftirlitið telur að áfrýjandi hafi veitt misvísandi og rangar upplýsingar til eftirlitsins í þessu máli og vísar um einstök atriði í hina kærðu ákvörðun. Þá sé einnig ljóst að misvísandi og röng upplýsingagjöf áfrýjanda hafi tafið rannsókn

Samkeppniseftirlitsins í málinu sem hafi skaðað bæði hag neytenda og viðhaldið samkeppnishindrunum á viðkomandi markaði áfrýjanda í vil.

2.8. Um fyrningu brota

Samkeppniseftirlitið hafnar því að sök áfrýjanda sé fyrnd vegna þess að brotið hafi byggst á athafnaleysi hans á árinu 2001. Eftirlitið vísar um þetta til þess rökstuðnings sem sé að finna í hinni kærðu ákvörðun.

2.9. Um ákvörðun viðurlaga

Samkeppniseftirlitið bendir á að samkvæmt b. lið 1. mgr. 37. gr. samkeppnislaga skuli leggja sekt á fyrirtæki sem brjóti 11. gr. samkeppnislaga nema brot sé óverulegt eða af öðrum ástæðum sé ekki þörf á slíkum sektum til að stuðla að og efla virka samkeppni. Hið sama gildir um brot á 54. gr. EES-samningsins, sbr. j. lið 1. mgr. 37. gr. laganna.

Meginreglan sé því sú að leggja beri sekt á fyrirtæki sem misnoti markaðsráðandi stöðu sína, sbr. einnig dóm Hæstaréttar Íslands 9. febrúar 2012 í máli nr. 205/2011, Samkeppniseftirlitið gegn Icelandair ehf. Að í 2. mgr. 37. gr. samkeppnislaga sé ekki áskilið að sektarfjárhæð skuli miðast við 10% af heildarveltu fyrirtækis á síðasta rekstrarári heldur að sekt fyrir brot geti að hámarki numið 10% af slíkri veltu. Sé álögð sekt því langt innan hins formlega sektarhámarks í 37. gr. samkeppnislaga.

Þá bendir Samkeppniseftirlitið á að sektir í samkeppnismálum séu ekki byggðar á útreikningum með hliðsjón af veltu viðkomandi fyrirtækja heldur á heildarmati á málefnalegum atriðum sem varði alvarleika brotanna. Hafi þetta ítrekað komið fram í úrskurðum áfrýjunarnefndar samkeppnismála.

V

NIÐURSTAÐA

1.

Um ágreiningsefnið

Í hinni kærðu ákvörðun var áfrýjandi m.a. talinn hafa brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga, sem bannar misnotkun markaðsráðandi stöðu. Samkeppniseftirlitið hefur lýst háttsemi áfrýjanda sem verðþrýstingi (*e. margin squeeze*) og hafa aðilar í

málinu vísað til fordæma á sviði Evrópuréttar og landsréttar erlendra ríkja þar sem samskonar bannregla er í gildi.

Misnotkun markaðsráðandi stöðu getur átt sér stað með margskonar aðferðum og sú sem hér er fengist við felst í að fyrirtæki nýtir stöðu sína til að skapa samkeppnisaðila erfið eða vonlaus skilyrði til að keppa við sig á markaði; samkeppnisaðilinn á aldrei möguleika á því að keppa í verði vegna þess að nauðsynlegur þáttur í verðmyndun hans, t.d. á heildsölustigi, kostar hann meira en sem nemur smásöluverði hins markaðsráðandi aðila.

Nova, sem kvartaði yfir háttsemi áfrýjanda, þurfti að greiða sérstaka þóknun, svokallað lúkningargjald, vegna símtala sem voru á milli viðskiptavina fyrirtækjanna. Áfrýjandi þurfti líka að greiða Nova og öðrum fjarskiptafyrirtækjum lúkningargjald fyrir sambærileg viðskipti. Á því tímabili sem tiltekið er sem brotatímabil var fjárhæð lúkningargjaldsins samkvæmt gjaldskrá áfrýjanda á bilinu [x]¹ kr. til [x,xx]² kr. fyrir mínútuna. Smásöluverð áfrýjanda til sinna eigin viðskiptavina var á sama tímabili [x,xx]³ kr. fyrir hverja mínútu. Lúkningargjald áfrýjanda á milli annarra fjarskiptafyrirtækja á heildsölumarkaðinum þar sem áfrýjandi var með yfirburðastöðu, var hærra en smásöluverð hans á tímabilinu frá 1. maí 2001 til 1. september 2006.

Grundvallaratriðið í málinu er sú skoðun Samkeppniseftirlitsins að með þessari verðlagningu hafi áfrýjandi í raun komið í veg fyrir að keppinautarnir gætu keppt í verði í smásölu. Ekkert fjarskiptafyrirtæki hafi í raun getað haldið úti starfsemi án þess að bjóða viðskiptavinum sínum að hringja í viðskiptavini áfrýjanda. Kostnaður við það eitt að tengjast viðskiptakerfi áfrýjanda hafi hins vegar verið meiri en áfrýjandi bauð eigin viðskiptavinum í smásölu. Þar með hafi skapast aðstæður sem hafi þrýst verði samkeppnisaðilanna upp á við enda ómögulegt fyrir þá til lengdar að niðurgreiða símtöl við viðskiptavini áfrýjanda.

Fjarskiptafyrirtækjum er skylt að lögum að veita öðrum aðgang að kerfum sínum, sbr. 24. gr. laga um fjarskipti nr. 81/2003 og áður lög nr. 107/1999. Póst- og fjarskiptastofnun (PFS) ákvarðar hámarksfjárhæð svokallaðs lúkningargjalds m.a. í tilviki áfrýjanda samkvæmt sérstökum kvöðum sem á hann hafa verið lagðar.

¹ Trúnaðarmál

² Trúnaðarmál

³ Trúnaðarmál

2.

Málsmeðferðarreglur og aðrar formreglur

Áfrýjandi heldur því fram að ógilda beri ákvörðun samkeppniseftirlitsins vegna ýmissa annmarka á meðferð málsins. Hér verður leyst úr þeim atriðum:

2.1 Málshraðaregla

Sú ákvörðun sem hér er fjallað um á rót sína að rekja til fyrirspurnar Nova til PFS frá 19. desember 2007. Þar er fjallað um breytingar áfrýjanda á gjaldskrá sinni og þeim áhrifum sem hækkun verðs gagnvart Nova hefði á samkeppnisaðstöðuna. PFS framsendi erindið til Samkeppniseftirlitsins í janúar 2008 og „með þeirri ábendingu að stofnunin taki það til skoðunar hvort umrædd aðgerð Símans hf. standist ákvæði samkeppnislaga nr. 44/2005“ eins og segir í bréfi stofnunarinnar, dags. hinn 16. janúar 2008. Nova sendi svo kvörtun beint til Samkeppniseftirlitsins þann 18. janúar 2008. Ákvað Samkeppniseftirlitið sem áður segir að útvíkka rannsóknarefnið og tilkynnti áfrýjanda það með bréfi dags. 11. febrúar 2008

Fram kemur í gögnum málsins að Samkeppniseftirlitið hóf rannsókn í beinu framhaldi af móttöku kvörtunar og andmælaskjal var gefið út hinn 25. mars 2008 vegna umræddrar háttsemi áfrýjanda og reyndar annarra mála sem Samkeppniseftirlitið hafði þá til skoðunar. Áfrýjandi lagði síðan til ákveðna lausn málsins með bréfi til Samkeppniseftirlitsins, dags. þann 29. ágúst 2008. Rannsókn málsins hélt áfram og sjá má að með bréfi, dags. hinn 20. apríl 2009 óskaði Samkeppniseftirlitið m.a. eftir útreikningum sem upplýst hafði verið að fyrirtækið Analysis Mason hafði unnið fyrir áfrýjanda um kostnað við lúkningu símtala í farsímaneti Símans, en upprunnin voru í öðrum netum. Barst sú skýrsla Samkeppniseftirlitinu skömmu síðar og virðist svo hafa verið fyrirhugað að taka ákvörðun í málinu, sbr. bréf Samkeppniseftirlitsins til áfrýjanda, dags. 7. maí 2009. Af því varð þó ekki heldur var málið rannsakað frekar á árinu 2009 og nýtt andmælaskjal vegna ætlaðs brots áfrýjanda á 11. gr. samkeppnislaga síðan gefið út þann 5. febrúar 2010. Eru m.a. gefnar skýringar í andmælaskjalinu á þessari málsmeðferð og lúta þær að því að frá áfrýjanda hafi komið nýjar upplýsingar um mun lægri kostnað vegna samtengingar símkerfa en áður hafði verið kynnt af hálfu fyrirtækisins. Er þar vísað til skýrslu Analysis Mason sem fyrr er nefnd og þá jafnframt byggt á því að þær upplýsingar hafi leitt í ljós að áfrýjandi hafi beitt óheimilum verðþrýstingi og þar með misnotað markaðsráðandi stöðu sína.

Rannsókn málsins var að mati áfrýjunarnefndarinnar í eðlilegu horfi frá því að Samkeppniseftirlitinu bárust erindi vegna háttsemi áfrýjanda í ársbyrjun 2008 og þangað til andmælaskjal var gefið út hinn 5. febrúar 2010. Sýnilegt er að þær upplýsingar sem bárust frá áfrýjanda í apríl 2009 breyttu áherslum í rannsókninni og hvernig háttsemin yrði skilgreind. Auk þess voru sumar upplýsingar og skýringar frá áfrýjanda sjálfum til þess fallnar að flækja málið og tefja meðferð þess eins og vikið er að nánar í kafla nr. 5 hér á eftir. Það var því fyrst ljóst í apríl 2009 að þær tölur sem áfrýjandi hafði byggt á varðandi raunkostnað um lúkningargjöld í málflutningi fyrir PFS og í bréfum til Samkeppniseftirlitsins átti ekki við rök að styðjast heldur reyndist hann allt að helmingi lægri. Málið fór þá úr þeim farvegi að vera rannsakað sem mál er snerist m.a. um ólögmeta undirverðlagningu í það horf sem nú liggur fyrir.

Samkvæmt 9. gr. stjórnarsýslulaga ber að taka ákvarðanir eins fljótt og unnt er. Ef tafir verða á málum ber að skýra þeim sem í hlut á frá ástæðum þess. Frá því að kvartanir bárust vegna hinnar umþrættu háttsemi áfrýjanda var málið framan af í eðlilegu horfi. Nýjar upplýsingar komu fram sem veittu tilefni til útvíkkunar rannsóknar og frekari gagnaöflunar og greiningar. Á hinn bóginn liggur fyrir að andmælaskjal var útbúið sem lokaskref í rannsókn málsins snemma ársins 2010. Ítarleg umsögn barst frá áfrýjanda með bréfi þann 19. mars 2010. Af gögnum málsins verður ekki séð að frekari gagnaöflun hafi farið fram. Hin kærða ákvörðun var svo tekin þann 3. apríl 2012 eða röskum tveimur árum eftir að gagnaöflun lauk. Í kæru sinni gagnrýnir áfrýjandi þennan drátt á ákvörðunum og telur hann eiga að leiða til ógildingar á ákvörðun eða í öllu falli vægari viðurlaga.

Ekki komu fram í málflutningi hjá Samkeppniseftirlitinu aðrar skýringar á þeim drætti sem varð í lok málsmeðferðarinnar en að upplýsingar frá áfrýjanda hefðu verið misvísandi, málið umfangsmikið og mikið annríki hjá stofnuninni á árunum 2010-2012. Ekki kom fram að nein viðbótarrannsókn á staðreyndum hafi verið gerð eftir að athugasemdir við andmælaskjalið bárust í mars 2010 og þar til ákvörðun var tekin tveimur árum síðar.

Áfrýjunarnefndin fellst á að það mál sem hér um ræðir sé flókið og eðlilegt að rannsókn þess og endanleg ákvörðun hafi tekið sinn tíma. Hins vegar átti áfrýjandi rétt á því að eftir að eiginlegri rannsókn lauk að ákvörðun yrði tekin eins fljótt og verða mátti. Ekki hefur verið skýrt að fullu hvers vegna full tvö ár þurfti til að ljúka ákvörðuninni og geta almenn atriði eins og annríki – þótt rétt séu - ekki verið réttlætningarástæður gagnvart þeim sem ákvörðun beinist að þegar svo lengi dregst að taka ákvörðun.

Í íslenskum rétti hefur það ekki verið talið leiða eitt sér til ógildingar á stjórnarsýsluákvörðun þótt lögbundnir frestir hafi ekki verið virtir og óhæfilegur dráttur hafi orðið á ákvörðunum samkvæmt reglum 9. gr. stjórnarsýslulaga. Ljóst er í þessu máli að á tímabilinu frá apríl 2010 til 2012 gat áfrýjandi ekki vænst þess að mál hans væri fallið niður. Ekki verður heldur séð af hinn kærðu ákvörðun að sá langi tími sem leið frá lokum gagnaöflunar hafi leitt til þess að ákvörðunin sé að efni til haldin annmörkum. Verður því ekki fallist á að umræddar tafir á ákvörðun í málinu leiði til ógildingar, en hér síðar verður vikið að því hvort tafirnar hafi áhrif við ákvörðun viðurlaga.

2.2. Endurtekin málsmeðferð

Áfrýjandi telur að háttsemi hans hafi verið til rannsóknar hjá samkeppniyfirvöldum á árunum 2001 og 2002. Hann byggir á því að athafnaleysi samkeppnisyfirvalda í kjölfar rannsóknar á árunum 2001-2002 beri að leggja að jöfnu við að mál hans hafi verið fellt niður og að hann sæti nú endurtekinni málsmeðferð í skilningi samningsviðauka nr. 7 við mannréttindasáttmála Evrópu, sem hefur lagagildi á Íslandi, sbr. 5. tl. 1. mgr. 1. gr. laga nr. 62/1994.

Samkvæmt 1. gr. laga nr. 62/1994 um mannréttindasáttmála Evrópu hefur samningsviðauki nr. 7 frá 22. nóvember 1984 við samninginn um verndun mannréttinda og mannfrelsis, með áorðnum breytingum samkvæmt samningsviðauka nr. 11 lagagildi hér á landi. Í 4. gr. viðaukans er fjallað um réttinn til að vera ekki saksóttur eða refsað tvívegis. Þar segir:

Enginn skal sæta lögsókn né refsingu að nýju í sakamáli innan lögsögu sama ríkis fyrir brot sem hann hefur þegar verið sýknaður af eða sakfelldur um með lokadómi samkvæmt lögum og sakamálaréttarhari viðkomandi ríkis.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála er þeirrar skoðunar að ákvæði þetta geti eftir atvikum tekið til stjórnarsýslumáls, þegar refsikennd viðurlög eru ákveðin. Tilgangur þessa ákvæðis er að banna að sama refsimál komi aftur til meðferðar sem lokadómur hefur fengist fyrir. Fyrrgreind ákvæði banna aðeins nýja lögsókn eða refsingu eftir að viðkomandi hefur verið sýknaður eða sakfelldur með lokadómi eða annarri ákvörðun sem til þess má jafna.

Af framlögðum gögnum má ráða að Tal hafi kvartað til samkeppnisyfirvalda á fyrrgreindum árum, m.a. vegna verðlagningar áfrýjanda fyrir lúkningu, sem á þeim

tíma virðast hafa verið kölluð uppgjörsgjöld. Ekki liggur fyrir í málinu hver afdrif þeirrar kvörtunar urðu og virðist í öllu falli rangt að rannsókn á sömu háttsemi og hér er til meðferðar hafi verið hafin á þeim tíma – og þá legið niðri þar til hún var tekin upp aftur á árinu 2008 eins og áfrýjandi heldur fram. Ljóst er að sérstakt tilefni var að rannsókninni á árinu 2008 og við hana upplýstist í grundvallaratriðum ný staða sem lá í því að kostnaður áfrýjanda af lúkningu símtala var mun lægri en eftirlitsaðilar töldu, einkum vegna upplýsinga frá áfrýjanda sjálfum, en þær breyttust umtalsvert.

Eins og að framan greinir verður ekki talið að sú háttsemi sem hin kærða ákvörðun lýtur að hafi verið til rannsóknar og ákvörðunar fyrr en á árinu 2008. Áfrýjandi sætir hvorki endurtekinni málsmeðferð né nýrri ákvörðun í sama máli. Verður því þessari málsástæðu hans vísað á bug.

2.3 Væntingar kæranda í ljósi athafnaleysis og fyrri framkvæmdar

Áfrýjandi byggir enn á því að vegna kvörtunar Tals á árinu 2001 og athafnaleysis samkeppnisyfirvalda í framhaldinu hafi hann mátt ætla að háttsemi hans yrði látin átölulaus. Til þess hafi hann átt réttmætar væntingar. Ekki sé heimilt að breyta stjórnisýsluframkvæmd án fyrirvara og refsa þeim sem í hlut á fyrir að hafa hagað sér samkvæmt fyrri framkvæmd.

Sem fyrr greinir hófst rannsókn á starfsemi áfrýjanda á árinu 2001 vegna kvörtunar Tals og var kvörtunarefnið einkum verðlagning áfrýjanda fyrir lúkningu á símtölum úr öðrum fjarskiptafyrirtækjum og er óljóst um afdrif þeirrar rannsóknar. Í þeirri rannsókn, sem hófst árið 2008, kom fyrst til skoðunar hvort hækkun verðs gagnvart Nova fæli í sér brot á samkeppnislögum, en síðan var rannsóknarefnið víkkað út sem áður segir.

Við rannsókn málsins á árinu 2008 og 2009 komu fram nýjar upplýsingar sem leiddu til ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins og skilgreiningar á því broti sem þar er lagt til grundvallar á 11. gr. samkeppnislaga í formi verðþrýstings. Byggt var á því um árábil að gjaldtaka áfrýjanda við lúkningu símtala úr öðrum kerfum væri grundvallaður á kostnaði hans. Það kom ekki í ljós fyrr en í apríl árið 2008 að svo var alls ekki heldur var hann allt að helmingi lægri. Eins og fyrr segir stöfuðu allar þessar upplýsingar frá áfrýjanda sjálfum. Þetta olli því að sýn Samkeppniseftirlitsins á háttsemi áfrýjanda breyttist í grundvallaratriðum. Því eru haldlausar röksemdir áfrýjanda að fyrri framkvæmd eða átölulaus háttsemi hafi skapað honum rétt til þess að við henni yrði

ekki raskað. Því er í raun ekki um neina breytingu á stjórnsluframkvæmd að ræða heldur nýjar upplýsingar um eðli hegðunar áfrýjanda á markaði.

2.4. Brot gegn jafnræðisreglu

Áfrýjandi byggir á því að brotið hafi verið gegn jafnræði þar sem samkeppnisaðilar hans hafi stundað sambærilega háttsemi á meintu brotatímabili. Auk þess hafi verið beitt öðru mati á 11. gr. en áður hafi tíðkast. Áfrýjandi byggir þannig á því að helsti samkeppnisaðili, Vodafone, hafi á öllu brotatímabilinu misnotað markaðráðandi stöðu sína í eigin kerfi gagnvart kæranda.

Jafnræðisregla stjórnslulaga á ekki við nema þeir aðilar sem um er að tefla séu í sambærilegri stöðu. Hún á því m.a. ekki við ef sá mismunur sem fram kemur styðst við málefnaleg rök og lögmæt sjónarmið.

Að mati áfrýjunarnefndarinnar hefur ekki verið sýnt fram á aðra framkvæmd í sambærilegum tilvikum, þ.e. þegar markaðsráðandi aðili misbeitir þeirri stöðu til að þvinga annan aðila á markaði til að bjóða hærra verð en sá fyrrnefndi getur gert. Þau mál sem áfrýjandi tilgreinir í kæru sinni eru með öllu ósambærileg. Brotið snýst ekki um lúkningargjaldið sjálft, heldur hvaða áhrif beiting þess hefur vegna stöðu áfrýjanda á markaði og hvernig vægi þess er gagnvart smásöluverði áfrýjanda sjálfs. Því er staða áfrýjanda og Vodafone ósambærileg í grundvallaratriðum eins og síðar verður lýst í úrskurði þessum þegar fjallað verður um stöðu áfrýjanda á skilgreindum mörkuðum.

Málsástæðum áfrýjanda sem byggja á broti gegn jafnræðisreglu er því hafnað.

2.5. Brot gegn rétti til að njóta réttlátrar málsmeðferðar

Áfrýjandi telur að varnir félagsins hafi í tvígang verið notaðar af Samkeppniseftirlitinu til að undirbyggja ásakanir um önnur ætluð brot. Í þessu felist að á honum hafi verið brotinn sá réttur að þurfa ekki að taka á sig sök m.a. samkvæmt 70 gr. stjórnarskrárinnar.

Áður hefur verið gerð grein fyrir hvernig rannsókn máls þessa hófst og hvernig og hvers vegna málsmeðferð breyttist. Ástæðan var sú að áfrýjandi leiðrétti eigin upplýsingar en réttar upplýsingar af þessu tagi ber honum að gefa samkvæmt ákvæðum

samkeppnislaga. Því er að áliti áfrýjunarnefndarinnar fjarri lagi að umrædd regla hafi verið brotin af þessum ástæðum.

2.6. Valdmörk Samkeppniseftirlitsins gagnvart Póst- og fjarskiptastofnun

Að mati áfrýjunarnefndarinnar er enginn vafi á því að samkeppnisyfirvöldum ber að fylgjast með háttsemi markaðsráðandi aðila á fjarskiptamarkaði og beita þá viðurlögum ef ástæða er til. Um þetta atriði hefur m.a. verið fjallað í fyrri úrskurðum nefndarinnar, sbr. mál nr. 13/1998, Landssími Íslands hf. gegn samkeppnisráði. Í meginatriðum felst verkaskipting stjórnvalda á þessu sviði í því að PFS fjallar um skilyrði á markaði til framtíðar á grunni laga um fjarskipti, sbr. 17. gr. fjarskiptalaga, en samkeppnisyfirvöld hafa eftirlit með framkvæmd samkeppnislaga, sbr. 5. gr. þeirra laga. Viss tengsl eru þó þarna á milli, m.a. vegna skilgreiningar markaða og kvaðasetninga af hálfu PFS.

Samkvæmt þessu er ekki fallist á sjónarmið áfrýjanda um að Samkeppniseftirlitið hafi með einhverjum hætti gengið inn á valdsvið fjarskiptayfirvalda, eða að ákvarðanir hinna síðarnefndu hafi snert álitafni þessa máls á þann hátt að það hafi þýðingu hér.

2.7. Hæfi forstjóra og starfsmanns Samkeppniseftirlitsins

Áfrýjandi heldur því annars vegar fram að forstjóri Samkeppniseftirlitsins hafi verið vanhæfur til meðferðar málsins þar sem hann hafi í opinberri umræðu bent á að framlög til stofnunarinnar hafi verið lægri en álagðar sektir. Því hafi forstjórinn í raun látið að því liggja að viðgangur stofnunar hans ætti að vera háður þeim sektarfjárhæðum sem stofnunin aflaði í ríkissjóð. Umrædd ummæli forstjórans eru sett fram í almennri umfjöllun um starfsskilyrði stofnunarinnar, málafjölda og fjárframlög. Þau valda með engum hætti því að þeir sem ákvarðanir beinist að geti með réttu óttast um að annarleg sjónarmið hafi áhrif á starfsemi stofnunarinnar.

Það sama gildir um samskipti starfsmanns Samkeppniseftirlitsins við forsvarsmenn Exista (nú Klakka hf.) þar sem hann virðist sem almennur hluthafi í áfrýjanda hafa verið að skeyta skapi sínu á forstjóranum vegna bágs gengis félagsins. Fjarlægt virðist að þau skoðanaskipti eða viðhorf geti hafa haft áhrif á rannsókn þessa máls og niðurstöður Samkeppniseftirlitsins. Verður málsástæðum sem að þessu lúta því ekki sinnt.

2.8 Skortur á rannsókn og rökstuðningi fyrir niðurstöðu.

Áfrýjandi hefur haldið því fram að skort hafi á rannsókn málsins og fullnægjandi rökstuðning fyrir niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins. Er þar einkum vísað til skilgreiningu þeirra markaða sem um ræðir. Áfrýjunarnefndin hefur hugað að rannsókn máls þessa m.a. með tilliti til þeirra atriða sem áfrýjandi nefnir sérstaklega í kæru sinni. Þær athugasemdir varða að mestu skilgreiningu þeirra markaða sem um ræðir og hvernig meta beri aðgerðir áfrýjanda með hliðsjón af viðskiptaumhverfinu. Það er niðurstaða nefndarinnar að rannsókn málsins sé nægjanleg til að leggja megi úrskurð á málið. Því kemur ekki til álita að ógilda hina kærðu ákvörðun af þessum sökum.

Ekki þykir ástæða til að fjalla sjálfstætt um þau atriði sem áfrýjandi teflir fram máli sínu til stuðnings, en vikið verður að andmælum sem að þessu lúta í umfjöllun um efnisatriði málsins hér síðar.

3.

Skilgreining markaða og markaðsráðandi staða

Eins og fram kemur í hinni kærðu ákvörðun þarf að liggja fyrir skilgreining annars vegar á viðeigandi markaði og hins vegar á stöðu aðila á honum þegar tekin er afstaða til meintra brota á 11. gr. samkeppnislaga um bann við misnotkun markaðsráðandi stöðu.

3.1. Hinir skilgreindu markaðir

Samkeppniseftirlitið byggði á því að málið snerti a.m.k. tvo heilðsölumarkaði, þ.e. annars vegar markað fyrir aðgang og upphaf símtala í almennum farsímanetum (markað nr. 15 samkvæmt markaðsgreiningu PFS) og hins vegar markað fyrir lúkningu símtala í almennum farsímanetum (markaður 16 samkvæmt flokkun PFS). Að auki taldi eftirlitið að málið varðaði tvo aðgreinda þjónustumarkaði á smásölumarkaði, annars vegar markað fyrir GSM farsímaþjónustu og hins vegar markað fyrir talsímaþjónustu í fastaneti. Síðastgreindi markaðurinn er málinu hins vegar óviðkomandi að mati áfrýjanda. Jafnframt telur áfrýjandi að greina þurfi á milli markaðar fyrir fyrirtæki og einstaklinga. Samkeppniseftirlitið telur að hinn landfræðilegi markaður sé Ísland allt, en áfrýjandi heldur því fram í kæru að rannsaka þurfi frekar hvort skipta ætti markaðnum niður í smærri landfræðilega markaði.

Í kæru er því haldið fram að Samkeppniseftirlitið hafi vanrækt að skilgreina markaði fyrir farsímaþjónustu eftir notendum eða landsvæðum. Engin greining sé til staðar á eftirspurn, framboði, staðgöngu eða öðrum þáttum sem jafnan skipti máli við hina hagfræðilegu greiningu á markaði.

Í fyrri úrskurðum áfrýjunarnefndarinnar hefur verið byggt á því að rétt sé að skilgreina tiltekinn markað út frá landsvæði og vörum eða þjónustu og staðgönguvörum eða staðgöngupjónustu eins og þessi atriði horfa við út frá sjónarmiði neytenda. Sá markaður sem verður fyrst og fremst fyrir áhrifum, eða er líklegur að verða fyrir áhrifum af tiltekinni aðgerð eða aðgerðum markaðsráðandi fyrirtækis út frá þessum sjónarmiðum, verður samkvæmt þessu talinn falla undir efnislýsingu 11. gr. samkeppnislaga. Þó er augljóst að skilgreiningar af þessu tagi geta ekki orðið nákvæmar. Því verða þær aðeins notaðar til viðmiðunar og verður svo gert hér.

Að mati áfrýjunarnefndarinnar liggur því beint við í markaðsskilgreiningu málsins að beina sjónum að því hvar talið er að hinnar meintu ólögmetu háttsemi gæti og hvar hún hafi síðan áhrif.

Í þessu tilviki tengist saman hegðun á heildsölumarkaði og smásölumarkaði fyrir farsíma. Meint brot á uppruna sinn í gjaldtöku á heildsölumarkaði og hefur síðan áhrif á smásölumarkaði. Þótt segja megi að hvert farsímafyrirtæki hafi 100% markaðshlutdeild á heildsölu í eigin neti er ljóst að fyrirtækin eiga öll aðgang að neti hvers annars og beinlínis er kveðið á um skyldu þar um að lögum. Það leiðir enn frekar til þess að tengja verði með málefnalegum hætti saman heildsölu- og smásölumarkað, enda ríkt samspil á milli fjarskiptaneta allra fyrirtækjanna og ekki síður eru þau tengd saman fyrir tilstilli smásölumarkaðarins þar sem neytendur tengja netin saman með símtölum hverjir í aðra.

Áfrýjunarnefndin telur að afmörkun Samkeppniseftirlitsins fari eftir framangreindum sjónarmiðum, sbr. umfjöllun í kafla 1.2.1 í hinni kærðu ákvörðun. Í því sambandi þykir ekki ástæða til annars á smásölustiginu en að telja talsímaþjónustu í fastaneti með í mörkuðum málsins. Þá er og staðfest ákvörðun Samkeppniseftirlitsins um landfræðilega markaði máls þessa, sbr. kafla 1.2.2. í hinni kærðu ákvörðun.

Samkvæmt þessu verður ekki hróflað við grunni markaðsskilgreiningar hinnar kærðu ákvörðunar. Markaðir máls þessa eru því á smásölustigi GSM farsímaþjónusta og talsímaþjónusta í fastaneti en á heildsölustigi markaður fyrir aðgang og upphaf símtala

í almennum GSM farsímanetum (markaður 15) og markaður fyrir lúkningu símtala í almennum GSM farsímanetum (markaður 16).

3.2 Um stöðu áfrýjanda á skilgreindum mörkuðum.

Eins og rakið er í hinn kærðu ákvörðun er markaðsráðandi staða í meginatriðum skilgreind í 4. tl. 1. mgr. 4. gr. samkeppnislaga, þ.e.:

...þegar fyrirtæki hefur þann efnahagslega styrkleika að geta hindrað virka samkeppni á þeim markaði sem máli skiptir og það getur að verulegu leyti starfað án þess að taka tillit til keppinauta, viðskiptavina og neytenda.

Samkvæmt fyrri ákvörðunum samkeppnisyfirvalda og fordæmum dómstóla þarf bæði að huga að markaðshlutdeild og skipulagi á markaði þegar metið er hvort aðili sé í markaðsráðandi stöðu. Markaðsráðandi staða getur verið fyrir hendi þótt lífleg samkeppni sé á viðkomandi markaði. Við mat á lágmarksmarkaðshlutdeild skiptir máli hversu öflugir keppinautarnir eru og hvernig þeir dreifast. Aðgangshindranir skipta og máli, sbr. nánari umfjöllun áfrýjunarnefndarinnar í máli nr. 10/2011 Síminn hf. gegn Samkeppniseftirlitinu.

Í síðastgreindum úrskurði var jafnframt komist að þeirri niðurstöðu varðandi áfrýjanda að fyrirleggjandi greining á fjarskiptamarkaðinum og helstu undirmörkuðum á honum mætti ráða að áfrýjandi og tengdir aðilar væru með mun sterkari markaðsstöðu en keppinautarnir. Á þetta sérstaklega við um fjarskiptamarkaðinn í heild sinni og undirmarkaðina ADSL tengingar og farsímaþjónustu, en hinn síðastnefndi undirmarkaður er hér til umfjöllunar. Í því máli var jafnframt fallist á að sá almenni styrkur áfrýjanda sem m.a. felst í umfangsmeira sölu- og markaðskerfi, auk viðameira dreifikerfis, styðji enn frekar þá niðurstöðu að áfrýjandi teldist vera í markaðsráðandi stöðu á þeim mörkuðum.

Í þessu máli er fengist við tímabilið frá 1. maí 2001 til ársloka 2007. Á því tímabili virðist markaðshlutdeild áfrýjanda í farsímaþjónustu nema á bilinu 58-65% Á heildarfjarskiptamarkaði á sama tímabili nemur hlutdeild áfrýjanda lægst 65,1% Fyrirtækið er til muna sterkara en samkeppnisaðilarnir og eru ekki forsendur til að fást frekar um það hvort um sameiginlega markaðsráðandi stöðu sé að ræða eins og áfrýjandi m.a. heldur fram í málflutningi sínum.

Af framangreindu leiðir að áfrýjunarnefndin er sammála því mati Samkeppniseftirlitsins að áfrýjandi sé í markaðsráðandi stöðu á hinum skilgreindu mörkuðum málsins bæði á heildsölu- og smásölustigi og yfirburðaaðstöðu varðandi fjölda áskrifenda í eigin neti.

4.

Háttsemi kæranda í ljósi 11. gr. samkeppnislaga

4.1. Almennt um kjarna ágreinings vegna 11. gr.

Í meginatriðum snýst hin áætlaða misnotkun á markaðsráðandi stöðu í því að áfrýjandi hafi nýtt sér „nauðsynlegt aðfang“ samkeppnisaðilanna í því skyni að takmarka möguleika þeirra til samkeppni. Hér er sem fyrr átt við þörf þeirra til að geta tengt viðskiptamenn sína við viðskiptamenn áfrýjanda og það gjald sem áfrýjandi tók fyrir þá þjónustu. Það gjald sem tekið var á heildsölustiginu hlaut að hafa mikil áhrif á gjaldtöku annarra samkeppnisaðila bæði á heildsölu- og smásölustigi.

Ekki er ágreiningur um atvik málsins að þessu leyti, en áfrýjandi heldur því fram að Samkeppniseftirlitið beiti ranglega viðurkenndum viðmiðum um verðþrýsting. Er því í fyrsta lagi haldið fram að Samkeppniseftirlitið hafi ekki átt að bera saman innankerfissímtöl og millikerfasímtöl á þann hátt sem gert var. Engin „lúkning“ falli til í þeim fyrrnefndu. Í öðru lagi er byggt á því að ekki beri að líta einangrað á símtöl í viðskiptavini áfrýjanda, enda sé þar ekki um sjálfstæðan markað að ræða. Í þriðja lagi telur áfrýjandi ljóst að jafn skilvirkur keppinautur og hann hefði getað keppt á umræddum markaði og að verðlagning á lúkningargjöldum hafi í raun ekki haft skaðleg áhrif á samkeppni.

Í málflutningi sínum um þessi þrjú meginatriði hefur áfrýjandi vísað til fordæma dómstóls Evrópusambandsins og auk þess álitserða bresku lögmannanna Alison Jones og Brenda Sufirin. Auk þess hefur áfrýjandi byggt á álitserðum ráðgjafarfyrirtækisins Copenhagen Economics. Verður nú nánar vikið að þessum meginmálsástæðum áfrýjanda.

4.2. Um einstök atriði

Báðir aðilar leggja til grundvallar að kostnaður við farsímasamtal felist annars vegar í upphafi og hins vegar í endi samtalsins (lúkningu). Þetta atriði málsins snýst annars

vegar um samanburð á kostnaði áfrýjanda af því að „ljúka“ símtölum milli notenda í eigin kerfi og hins vegar þegar hringt er í þá úr kerfi annars farsímafyrirtækis. Í hinni kærðu ákvörðun er lagt til grundvallar að upphaf samtala sé ávallt sambærileg þjónusta, óháð því hvar þau enda. Jafnframt byggir Samkeppniseftirlitið á því að lúkning símtals sé sambærileg þjónusta óháð því hvaðan símtalið berst og baki sambærilegan kostnað fyrir það fyrirtæki sem í hlut á.

Í þeirri kostnaðargreiningu sem áfrýjandi lagði sjálfur fyrir Samkeppniseftirlitið á fyrri stigum þessa máls (Analysis Mason) koma fram upplýsingar sem styðja þessa skoðun Samkeppniseftirlitsins. Áfrýjandi sjálfur leggur til grundvallar að kostnaður sinn vegna upphafs símtala sem enda í öðrum fjarskiptanetum sé [x,xx]⁴ kr. á mínútu. Þá kemur fram að kostnaður vegna lúkningar símtala í farsímaneti áfrýjanda, sem eiga sér upphaf í öðrum fjarskiptanetum sé [x,xx]⁵ kr. á mínútu. Þessar fjárhæðir nema þá samtals [x,xx]⁶ kr. á mínútu en samkvæmt kostnaðargreiningu áfrýjanda á innankerfissímtölum (bæði upphaf og endir) nemur sá kostnaður kr. [x,xx]⁷ kr. á mínútu. Ekki er gefin upp sérstök tala vegna lúkningar á „eigin“ símtölum. Af þessum tölum er augljóst réttmæti þess að áætla og bera saman kostnað við lúkningu símtala í eigin kerfi og lúkningarkostnað vegna símtala er berast frá öðrum fjarskiptafyrirtækjum. Tölurnar gefa til kynna að sá kostnaður sem fellur til eftir upphaf símtalsins sé sambærilegur.

Þetta atriði hefur þýðingu þegar metið er hvort innankerfissímtöl áfrýjanda skili eðlilegum hagnaði. Það skiptir ekki máli hvort hinn tilgreindi kostnaður sé kallaður lúkningargjöld eða eitthvað annað, eða sá hluti símtalsins sem felst í tengingu við annan notanda er kallaður lúkning. Sjá má m.a. á málatilbúnaði áfrýjanda sjálfs að sú hugtakanotkun hefur skolast til. Allt að einu er um að ræða kostnað sem fellur til óháð upphafi símtals. Af kostnaðarmati Analysis Mason má ráða að upphaf símtala kosti [x,xx]⁸ kr. á mínútu. Innankerfissímtal kostar í heild sinni kr. [x,xx]⁹ kr. samkvæmt þessum útreikningum. Áfrýjunarnefndin er sammála niðurstöðum Samkeppniseftirlitsins um að kostnaður hljótist af upphafi símtala og telur eftir atvikum heimilt að ætla að sá kostnaður sem lýst er nemi a.m.k. rúmlega [...] krónum á mínútu.

⁴ Trúnaðarmál

⁵ Trúnaðarmál

⁶ Trúnaðarmál

⁷ Trúnaðarmál

⁸ Trúnaðarmál

⁹ Trúnaðarmál

Það sem meginmáli skiptir hér er þó að það liggur skýrt fyrir í málinu að kostnaður samkeppnisaðila áfrýjanda við að hringja inn á farsímanet hans var umtalsvert hærra en smásöluverð áfrýjanda í innankerfissímtölum. Á tímabilinu frá 1. maí 2001 til 1. september 2006 var bilið á milli [x,xx – x,xx]¹⁰ kr. á mínútu en eftir það myndaðist munur í hina áttina, sem hæst nam tæpri einni krónu á mínútu, eins og rakið er í kafla 3.4.1. í hinni kærðu ákvörðun. Þrátt fyrir jákvæðan mun á tímabilinu 1. september 2006 til ársloka 2007 er áfrýjunarnefndin sammála þeirri röksemdafærslu í hinni kærðu ákvörðun (kafla 3.4.2) að verðlagningin hafi verið óeðlileg ef tekið er tillit til annars kostnaðar við smásöluna, svo sem upphafsgjalds símtala og eðlilegrar álagningar.

Jafnframt er ljóst að á sama tíma var lúkningargjaldið umtalsvert hærra en kostnaður áfrýjanda.

Samkvæmt greiningu Analysis Mason nam kostnaður áfrýjanda [x,xx]¹¹ kr. á mínútu en það gjald sem hann áskildi sér nam [xx]¹² kr. í upphafi tímabilsins en lækkaði í kr.[x,xx]¹³ í lok þess. Þegar horft er til uppbyggingar á smásöluverðinu innankerfis hjá áfrýjanda má sjá að kostnaðurinn þar var metinn á [x,xx]¹⁴ kr. í sömu skýrslu en smásöluverðið nam á mínútu kr. [x,xx]¹⁵ allt tímabilið. Augljóst er að áfrýjandi hefði stórtapað á símarekstri sínum ef hann hefði þurft að greiða heildsölu sinni það sama og hin fjarskiptafyrirtækin greiddu henni vegna lúkningarinnar. Auk þess bera þessar tölur með sér, jafnvel þótt eingöngu væri tekið mið af eigin kostnaðarútreikningum áfrýjanda, að álagning í heildsöluáðganginum var margföld samanborið við það sem hann ákvað fyrir eigin smásölu.

Með þessu móti var óhjákvæmilegt að verði samkeppnisaðilanna til eigin viðskiptavina væri þrýst upp, og sá ávinningur í raun nýttur til að viðhalda lágu verði til viðskiptamanna áfrýjanda.

Það er eðlilegt að bregðast við samkeppni með því að lækka álagningu, auka þjónustu og margs konar markaðsaðgerðum. Markaðsráðandi aðila er hins vegar óheimilt að nota algjöra lykilstöðu í heildsölu til að þvinga fram grunnverð hjá keppninautum, sem hann á mjög auðvelt með sjálfur að undirbjóða í smásölurekstri sínum. Telur áfrýjunarnefndin að hér sé um að ræða eitt form af misnotkun markaðsráðandi stöðu.

¹⁰ Trúnaðarmál

¹¹ Trúnaðarmál

¹² Trúnaðarmál

¹³ Trúnaðarmál

¹⁴ Trúnaðarmál

¹⁵ Trúnaðarmál

Þessi sjónarmið hefur dómstóll ESB staðfest í svokölluðu Deutsche Telekom máli frá 28. október 2010 (mál C-280/08), sem málsaðilar hafa raunar báðir vísað til.

Í málflutningi áfrýjanda hefur einkum verið vísað til þess að sá munur sé á að ekki hafi verið nægjanlega skilgreindur markaður fyrir alls kyns aðra þjónustu og tekjulindir sem samkeppnisaðilar áfrýjanda hafi af aðgangi að farsímanetinu. Greining Samkeppniseftirlitsins sé of þröng. Bemt er á að í álitsgerð Copenhagen Economics sé t.d. nefnt að ekki sé tekið tillit til tekna af símtölum í önnur farsímakerfi á Íslandi, símtölum til annarra landa, sms-skeytum og mms gagnaflutningi.

Áfrýjunarnefndin fellst á með Samkeppniseftirlitinu að það liggi nægjanlega fyrir að hin skaðvænlegu áhrif af verðþrýstingi í formi lúkningargjalda lutu að mikilvægum og ráðandi þætti, þ.e. hinum eiginlegum símtölum. Eins og rakið er hér að framan hafði fjárhæð þeirra - og gerð markaðarins á þeim tíma er brotið átti sér stað - í för með sér að samkeppnisaðilar voru settir í vonlitla stöðu að geta keppt á þeim hluta markaðarins. Áfrýjandi nýtti sér þessa stöðu með því að leiða væntanlegum viðskiptavinum sínum hana fyrir sjónir í formi útreikninga á meðalkostnaði miðað við ætlaða markaðshlutdeild. Kemur sú markaðssetning fram í samningum sem Samkeppniseftirlitið lagði fram við meðferð málsins fyrir áfrýjunarnefndinni.

Það er því niðurstaða áfrýjunarnefndarinnar að áfrýjandi hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga á því tímabili sem honum er gefið að sök í hinni kærðu ákvörðun Samkeppniseftirlitsins.

Brotið telst alvarlegt í ljósi yfirburðastöðu áfrýjanda og hvernig hann beitti henni til að láta samkeppnisaðila og viðskiptavini þeirra í raun greiða fyrir að hann gæti haft hærri framlegð úr sínum rekstri og/eða viðhélldi markaðsstöðu með lægra verði til eigin viðskiptamanna.

Háttsemin getur hvorki talist eðlileg samkeppni né mátti ætlast til að samkeppnisaðilar áfrýjanda gætu eða þyrftu að bregðast við háttseminni með einhverjum öðrum aðgerðum. Huglæga afstöðu áfrýjanda verður meðal annars að meta í ljósi þess hvernig hann hagaði upplýsingagjöf sinni á fyrri stigum, bæði gagnvart samkeppnisyfirvöldum og PFS. Hann hélt því öðrum þræði fram að eiginlegur kostnaður við lúkningu símtalanna væri mun hærri en síðar kom fram, að því er virðist til að réttlæta í upphafi hærri gjaldtöku. Síðar kveðst áfrýjandi hafa komist að því að kostnaður hans var mun

læгри, en fullnægjandi skýringar á þessu hafa ekki komið fram. Orkar þetta mjög tvímælis einkum í ljósi þeirrar lagaskyldu sem hvíldi á áfrýjanda að þekkja og greina rétta kostnaðarsamsetningu í rekstri og upplýsa um hana.

Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins er jafnframt sérstaklega byggt á því að brotið hafi verið gegn 54. gr. EES-samningsins sem jafnframt fjallar um misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Með vísan til rökstuðnings Samkeppniseftirlitsins í hinni kærðu ákvörðun, og þess að um fjarskiptamarkað er að ræða, má fallast á að háttsemin feli jafnframt í sér brot gegn 54. gr. EES-samningsins, sbr. 2. mgr. 26. gr. samkeppnislaga.

5.

Háttsemi kæranda í ljósi 19. gr. samkeppnislaga

5.1. Um grundvöll viðurlaga vegna rangra upplýsinga

Í hinni kærðu ákvörðun var áfrýjanda gerð 50.000.000 kr. sekt vegna brota á 19. gr. samkeppnislaga. Í því ákvæði er fjallað um að Samkeppniseftirlitið geti krafist allra upplýsinga sem nauðsynlegar þykja vegna athugunar einstakra mála. Í i. lið 1. mgr. 37. gr. samkeppnislaga er kveðið á um að heimilt sé að sekta fyrir brot gegn „skyldu til að veita upplýsingar og afhenda gögn“. Jafnframt er unnt að beita dagsektum samkvæmt 38. gr. laganna ef upplýsingar eru ekki afhentar.

Eins og fram kemur í úrskurði áfrýjunarnefndarinnar í máli nr. 4/2011 (Seðlabankinn gegn Samkeppniseftirlitinu) er skyldan til að veita upplýsingar mikilvægur þáttur í því að samkeppnisyfirvöld geti gegnt hlutverki sínu og að markmið laganna náist neytendum til heilla. Í skyldunni felst jafnframt að veittar séu réttar upplýsingar, því ella kæmust menn hjá öllum óæskilegum afleiðingum með að veita rangar upplýsingar. Þegar rætt er um staðreyndir er því óheimilt að afvegaleiða samkeppnisyfirvöld með tvíræðum eða beinlínis röngum staðhæfingum. Eins og fram kemur í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2004 kunna þó að vera takmarkanir á upplýsingaskyldu þessari, sbr. til hliðsjónar ákvæði 2. mgr. 64. gr. laga nr. 88/2008 um meðferð sakamála.

Markmið samkeppnislaga kemur fram í 1. gr. laganna. Er ljóst að löggjafinn hefur ákveðið að fela samkeppnisyfirvöldum það meginhlutverk að halda uppi virku samkeppniseftirliti og réttarvörslu gagnvart fyrirtækjum. Þar á meðal hefur þeim verið

veitt heimild til að leggja á stjórnvaldssektir þegar brotið hefur verið gegn tilteknum ákvæðum þeirra.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála er því þeirrar skoðunar að skylt hafi verið að gefa réttar upplýsingar um það efni sem hér er til skoðunar. Í máli þessu var áfrýjandi t.a.m. beðinn um tilteknar upplýsingar sem hann veitti. Það er hins vegar deilt um það hvort hann hafi gefið rangar upplýsingar jafnvel gegn betri vitund.

Þetta fyrirkomulag á ekki að þurfa að skerða óeðlilega svigrúm þeirra sem rannsókn beinist að til að verja hendur sínar þegar rætt er um lagaatriði eða sönnun á meintum brotum. Þeir sem rannsókn beinist hafa enga hlutlægniskyldu gagnvart samkeppnisyfirvöldum þegar kemur að því að túlka efni gagna eða í málflutningi um lagaákvæði og túlkun þeirra.

5.2. Meginsjónarmið aðila.

Í hinni kærðu ákvörðun er vísað til þess að áfrýjandi hafi gefið misvísandi upplýsingar um kostnaðarverð í kerfum fyrirtækisins. Í 4. kafla hér að framan hefur verið fallist á að þetta sé rétt; upplýsingar sem áfrýjandi veitti tóku grundvallarbreytingum, sem ekki hafa fengist sannfærandi skýringar á. Áfrýjandi hefur hins vegar bent á að skýr fyrirvari hafi verið við fyrri upplýsingar um kostnað af lúkningu símtala og hafi þar verið um áætlun að ræða, en ekki eigin greiningu á grundvelli bókhaldsgagna. Þá telur áfrýjandi að hugsanlega hafi orðið misskilningur um orðalag í bréfi frá honum sem dagsett er þann 15. febrúar 2008.

Fallist er á með Samkeppniseftirlitinu að það hvíli rík skylda á áfrýjanda sem markaðsráðandi aðila að halda saman fullnægjandi upplýsingum um kostnað sinn þannig að hægt sé að rekja hvort verðákvarðanir séu málefnalegar m.t.t. þeirra reglna sem gilda um aðila í slíkri stöðu.

5.3 Einstök ávirðingarefni.

Um einstök ávirðingarefni vísar Samkeppniseftirlitið til ýmissa gagna og eru tiltekin fimm megin tilvik:

Í fyrsta lagi til svarbréfs áfrýjanda til eftirlitsins frá 11. febrúar 2002 vegna erindis Tals frá árinu 2001 vegna verðlagningar á farsímamarkaði. Í því bréfi kemur fram að engin

ákvörðun hafi verið tekin um afsláttarkjör eða áskriftarleiðir án þess að kostnaðargreining lægi fyrir. Áfrýjandi hafi síðan lagt kostnaðargreiningu fyrir PFS vegna lúkningargjalda, sbr. ákvörðun þeirrar stofnunar frá 23. apríl 2003. Þetta samrýmist því ekki sem fram komi í málflutningi áfrýjanda þann 28. apríl 2008 og aftur 19. mars 2010 til Samkeppniseftirlitsins að engin kostnaðargreining hafi farið fram.

Samkeppniseftirlitið telur að áfrýjandi sé því tvísaga um það hvort kostnaðargreining hafi farið fram m.t.t. lúkningarverðs.

Í ákvörðun PFS frá 23. apríl 2003 er lýst aðdraganda þess að áfrýjandi lagði fram gögn um kostnað vegna lúkningar símtala. Þó virðist sem málflutningur áfrýjanda í málinu hafi snúist um aðra þætti og jafnframt var tekið fram að ekki væri um að ræða fullbúin gögn. Segir nánar um áætlunina í ákvörðun stofnunarinnar:

„Með því [svari áfrýjanda] fylgdi frumgreining Landssímans á kostnaði við GSM kerfið. Í bréfinu var lögð áhersla á að kostnaðargreiningin væri á frumstigi og væri ekki lokið og því væri skjalið merkt sem vinnuskjal“

Tilvitnað bréf, dags. 10. apríl 2003, var lagt fram við meðferð málsins hjá áfrýjunarnefndinni og ber það með sér að áfrýjandi gerði fyrirvara um kostnaðaráætlanir sínar og tók fram að þær væru enn í vinnslu.

Í öðru lagi er fjallað um kostnað vegna lúkningarverða í tengslum við málflutning áfrýjanda fyrir úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála í máli nr. 12/2006 og bréf áfrýjanda til Samkeppniseftirlitsins, dags. 28. apríl 2008. Síðan eru þær upplýsingar bornar saman við síðari upplýsingar frá áfrýjanda í framhaldi af kostnaðargreiningu Analysis Mason og taldar misvísandi.

Áfrýjunarnefndin tekur fram um þessi tvö fyrstgreindu atriði: Viðurlög í formi fjársekta verða ekki lögð á nema brot séu skýr og háttsemi hafin yfir vafa. Í ljósi þeirra fyrirvara sem áfrýjandi hafði við fyrri upplýsingagjöf, og eðli þeirra atvika sem þá voru til rannsóknar, verður ekki fullyrt að áfrýjandi hafi með umræddum bréfum og málflutningi gerst sekur um ranga upplýsingagjöf þótt hún sé ónákvæm eins og að framan var rakið. Verður áfrýjanda því ekki gerð sekt vegna þessara tilvika.

Í þriðja lagi gagnrýnir Samkeppniseftirlitið að mismunandi viðhorf hafi komið fram hjá áfrýjanda um hvort innheimta beri lúkningu í innankerfissímtölum eða ekki. Er um það vísað til bréfs sem áður er rakið frá lögmanni félagsins, dags. 15. febrúar 2008 til Samkeppniseftirlitsins. Í því bréfi sagði að lúkning væri „einungis innheimt þegar hringt er í farsímanet Símans úr neti annarra fyrirtækja“. Málflutningur áfrýjanda sveigðist síðan í þá átt að rökstyðja að í raun greiddi áfrýjandi bæði fyrir upphaf og lúkningu innannetsstímtala eins og utannetssímtala, sbr. bréf áfrýjanda, dags. 28. apríl 2008. Enn virðist áfrýjandi hafa breytt málflutningi sínum því að í umsögn um andmælaskjal, dags. hinn 19. mars 2010, segir áfrýjandi að engin lúkning eigi sér stað í innankerfissímtölum.

Þessi málflutningur áfrýjanda er ónákvæmur. Að mati áfrýjunarnefndarinnar eru umræddar upplýsingar þó settar fram í því samhengi að vafi kann að vera á því hvort um eiginlegan málflutning eða upplýsingagjöf er að ræða, enda er m.a. um að ræða umsögn um andmælaskjal en ekki svar við upplýsingabeiðni. Verður að horfa á háttsemina í því ljósi og telur áfrýjunarnefndin að ekki sé unnt að fullyrða að með henni hafi verið brotið gegn ákvæðum 19. gr. samkeppnislaga þannig að varði sektum samkvæmt 37. gr. samkeppnislaga.

Í fjórða lagi fjallar Samkeppniseftirlitið um kostnaðarútreikninga í tengslum við lúkningarverð og þá meintu rangfærslu áfrýjanda að engin kostnaðargreining hafi farið fram. Áfrýjunarnefndin telur það sama gilda um þetta atriði og það rakið um fyrsta og annað atriði hér að framan. Verður því ekki gerð sekt vegna þeirrar háttsemi.

Í fimmta lagi byggir Samkeppniseftirlitið á því að fullyrðingar áfrýjanda um svokallað upphafsverð símtala séu misvísandi og villandi. Er þar vísað til bréfa áfrýjanda til Samkeppniseftirlitsins, dags. 15. febrúar 2008 og hins vegar bréfs, dags. hinn 28. apríl 2008. Misræmið liggur m.a. í því að í fyrra bréfinu er sagt að heildsala áfrýjanda innheimti 5,50 kr. af smásölu áfrýjanda í upphafsgjald, en í hinu síðara bréfi er miðað við annað og lægra verð.

Upplýsingar áfrýjanda eru misvísandi að nokkru leyti og getur skýring þess ekki að öllu leyti legið í því að um misskilning eða óskýrleika væri að ræða, eins og ýjað er að í bréfi áfrýjanda til Samkeppniseftirlitsins frá 28. apríl 2008. Upplýsingarnar bera þó sterkan keim af málflutningi áfrýjanda og þykir ekki alveg nægjanlegt tilefni til að ákvarða sektir vegna þessa atriðis.

5.4. Heildarniðurstaða nefndarinnar vegna brota gegn 19. gr.

Að mati áfrýjunarnefndarinnar hefur áfrýjandi gefið ónákvæmar upplýsingar og ekki eru í öllum tilvikum skýringar á ástæðum þess. Á hinn bóginn verður að líta til þess að Samkeppniseftirlitið tekur að sumu leyti málflutning áfrýjanda fyrir Póst- og fjarskiptastofnun og ber saman við meðferð málsins hjá samkeppnisyfirvöldum. Ekki verða, nema eitthvað frekara komi til, ákveðin viðurlög á hendur áfrýjanda þótt hann hafi hagað málflutningi sínum með mismunandi hætti fyrir þessum tveimur stofnunum. Þá ber að líta til þess að sumt af því sem frá áfrýjanda hefur komið er tekið úr umsögnum hans um andmælaskjöl en ekki svörum við gagnabeiðnum Samkeppniseftirlitsins.

Sem fyrr segir verður að leggja áherslu á að fengist er við refsikennd viðurlög og verður að vera hafið yfir vafa að brot hafi átt sér stað. Þegar þessi atriði eru metin í heild er það sem áður segir niðurstaða áfrýjunarnefndarinnar að áfrýjanda verði ekki gerð sekt vegna brota á 19. gr. samkeppnislaga. Hins vegar er vikið að misvísandi málflutningi og upplýsingum frá áfrýjanda þegar fjallað er um málshraða annars vegar og ákvörðun viðurlaga vegna brota á 11. gr. samkeppnislaga hins vegar.

6.

Fyrning brota

Áfrýjandi heldur því fram að brot hans séu fyrnd. Fyrningarfrestur hafi runnið út í síðasta lagi þann 1. maí 2006 án þess að nokkuð hafi verið gert til að rjúfa hann. Í fyrri framkvæmd hefur áfrýjunarnefnd samkeppnismála beitt ákvæðum 80. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940 með lögjöfnun þegar til skoðunar hafa verið refsikennd viðurlög, sbr. m.a. mál nr. 3/2008, Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu. Litið er á áframhaldandi brotaferli sem eitt og óslitið brot og byrjar þá frestur almennt ekki að líða fyrir en brotinu lýkur.

Um fyrningu gilda nú ákvæði gr. 37. a í samkeppislögum, sem tók gildi eftir að meintu brotatímabili lauk, segir:

Heimild Samkeppniseftirlitsins til að leggja á stjórnvaldssektir samkvæmt lögum þessum fellur niður þegar sjö ár eru liðin frá því að háttsemi lauk.

Frestur skv. 1. mgr. rofnar þegar Samkeppniseftirlitið tilkynnir aðila um upphaf rannsóknar á meintu broti eða þegar framkvæmd er leit á starfsstað fyrirtækis eða samtaka fyrirtækja á grundvelli 20. gr. Rof frests hefur réttaráhrif gagnvart öllum sem staðið hafa að broti.

Hér er til umfjöllunar háttsemi sem hófst á árinu 2001 og lauk í árslok 2007, eftir því sem ráða má af málflutningi aðila og málskjöllum. Samkvæmt 82. gr. almennra hegningarlaga telst fyrningarfrestur frá þeim degi, er refsiverðum verknaði eða refsiverðu athafnaleysi lauk. Í samkeppnisrétti er rétt að líta svo á að svipuð sjónarmið gildi og fram koma í tilvitnaðri grein. Einn og sami fyrningarfrestur verður því talinn gilda fyrir allt brotið.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála lítur svo á að fyrning rofni þegar stjórnvald á samkeppnisviði sakar viðkomandi aðila með skýrum og sannanlegum hætti um tiltekið brot. Eru ákvæði almennra hegningarlaga um það efni þar höfð til hliðsjónar. Rannsókn hófst á árinu 2008 en eðli brots áfrýjanda varð ekki ljóst fyrr en nokkru síðar. Fyrningu var slitið innan fyrningarfrests, a.m.k. eigi síðar en hið síðara andmælaskjal var sett fram þann 5. febrúar 2010. Er því brot áfrýjanda ófyrnt.

7.

Viðurlög

Hér að framan er komist að þeirri niðurstöðu að áfrýjanda verði ekki gerð sekt vegna brots gegn 19. gr. samkeppnislaga. Verður því ákvörðun Samkeppniseftirlitsins um 50 milljóna króna sekt vegna brots gegn þeirri grein samkeppnislaga felld úr gildi.

Við mat á viðurlögum við misnotkun á markaðsráðandi stöðu samkvæmt 11. gr. samkeppnislaga er litið til ýmissa þátta, s.s. alvarleika brots, almennrar hegðunar á markaði, samvinnu við rannsókn mála, málsmeðferðartíma, fjárhagslegra þátta s.s. veltu á viðkomandi markaði og styrks hins markaðsráðandi aðila. Tímalengd brots og umfang hefur þýðingu. Þá skiptir máli eins og hér stendur á hvort ætla megi að brot hafi getað haft umtalsverð áhrif á kjör neytenda á viðkomandi samkeppnismarkaði.

Komist hefur verið að þeirri niðurstöðu að áfrýjandi hafi sem markaðsráðandi aðili misnotað aðstöðu sína og með því þrengt að samkeppnisaðilum sínum með ólögætum hætti, þar sem þeir þurftu að eiga viðskipti við áfrýjanda til að geta haslað sér völl á markaðinum. Málið telst varða mikilvæga hagsmuni og jafnframt verður að hafa í huga

að áfrýjandi var áður í einokunarstöðu á markaði og hefur ítrekað verið sektaður fyrir misnotkun á markaðsráðandi stöðu á grundvelli samkeppnislaga. Brotið stóð yfir í langan tíma.

Málsbætur áfrýjanda geta helstar talist að hér er í fyrsta skipti beitt sektarviðurlögum fyrir þá tegund misnotkunar á markaðsráðandi stöðu sem um ræðir í málinu. Þá hefur ekki fyllilega verið skýrt hvers vegna það tók svo langan tíma að taka ákvörðun í málinu eftir að rannsókn þess lauk, eins og að framan er rakið.

Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins og málflutningi fyrir nefndinni hafa verið ítarlega rakin þau sjónarmið sem leiddu til ákvörðunar sektarfjárhæðar í tengslum við brot gegn 11. gr. samkeppnislaga. Samkeppnisyfirvöld meta í hvert sinn með hliðsjón af öllum framangreindum sjónarmiðum hæfilega sektarfjárhæð, sem verður að hafa þau áhrif að sporna við frekari eða sambærilegum brotum, og að teljast hæfileg refsing við því broti sem átt hefur sér stað. Þá skiptir máli að framkvæmd sé samræmd að því marki sem unnt er. Áfrýjandi hefur nú þegar innt sektina af hendi. Eftir að hafa tekið tillit til alls framangreinds er það mat áfrýjunarnefndarinnar að Samkeppniseftirlitið hafi ákveðið hæfilega sekt vegna brota á 11. gr. samkeppnislaganna og að ekki séu nein efni til að hrófla við fjárhæð hennar. Er þá m.a. haft í huga að áfrýjandi mátti vita að aðgerðir hans fólu í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Er hin kærða ákvörðun því staðfest að því leyti og felst í því sú efnislega niðurstaða að áfrýjandi greiði 390 milljónir króna í ríkissjóð. Sú fjárhæð hefur þegar verið innt af hendi og þykir því eftir atvikum öllum mega miða við að gjalddagi sektarfjárhæðarinnar sé við uppkvaðningu úrskurðar þessa.

Úrskurðarorð:

Staðfest er ákvörðun Samkeppniseftirlitsins um að áfrýjandi hafa brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 og 54. gr. EES-samningsins. Felld er úr gildi ákvörðun um að áfrýjandi hafi brotið ákvæði 19. gr. samkeppnislaga.

Áfrýjandi greiði 390 milljónir króna í stjórnvaldssekt vegna brots á 11. gr. samkeppnislaga og 54. gr. EES-samningsins. Gjaldtagi sektarinnar miðast við úrskurðardag.

Reykjavík, 22. ágúst 2012.

Anna Kristín Traustadóttir
Jóhannes Karl Sveinsson
Stefán Már Stefánsson