

ÁFRÝJUNARNEFND SAMKEPPNISMÁLA

úrskurður í máli nr. 2/2013

365 miðlar ehf.

(Anna Þórdís Rafnsdóttir, hdl.)

gegn

Samkeppniseftirlitinu

(Ásgeir Einarsson hdl., og aðstoðarforstjóri)

I

KRÖFUR MÁLSADILA

Með kærui, dagsettri 19. apríl 2013, hefur 365 miðlar ehf. (hér eftir nefndur áfrýjandi), kært ákvörðun Samkeppniseftirlitsins, frá 25. mars 2013, til áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Í hinni kærðu ákvörðun ákvað Samkeppniseftirlitið að aðhafast ekkert frekar vegna kvörtunar áfrýjanda yfir brotum Skipta hf. og Skjásins ehf. á 10. og 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005.

Áfrýjandi krefst þess að hin kærða ákvörðun Samkeppniseftirlitsins um að aðhafast ekki frekar í málinu verði hrundið og lagt verði fyrir Samkeppniseftirlitið að taka málið til rannsóknar og efnismeðferðar.

Samkeppniseftirlitið krefst þess að hin kærða ákvörðun verði staðfest með vísan til forsendna hennar.

II

MÁLMEÐFERÐ HJÁ SAMKEPPNISEFTIRLITINU

Mál þetta varðar kvörtun áfrýjanda til Samkeppniseftirlitsins yfir ætluðum brotum Skipta hf. og Skjásins ehf. á 10. og 11. gr. samkeppnislaga og ákvörðun eftirlitsins um að aðhafast ekki frekar í málinu.

Áfrýjandi kvartaði í bréfi, dagsettu 20. febrúar 2013, yfir háttsemi Skipta hf. og Skjásins ehf. á markaði fyrir sjónvarpsrekstur á Íslandi en áfrýjandi starfar á markaði fyrir fjölmiðlun, einkum markaði fyrir fríblaðaútgáfu, sjónvarpsrekstur, útvarpsrekstur og útgáfu netmiðils. Áður en Samkeppniseftirlitið tók ákvörðun um

hvort til formlegrar rannsóknar málsins kæmi var Skiptum hf., sem er móðurfélag Skjásins ehf., gefinn kostur á að gera athugasemdir við erindið. Þann 25. mars 2013 tók Samkeppniseftirlitið hina kærðu ákvörðun um að aðhafast ekki frekar í málinu með vísan til heimildar í 8. sbr. einnig 9. gr. reglna nr. 880/2005.

Um málsatvik að öðru leyti vísast til gagna málsins.

III

MÁLSMEDFERÐ HJÁ ÁFRÝJUNARNEFNDINNI

Greinargerð Samkeppniseftirlitsins sem svar við kæru áfrýjanda barst 29. apríl 2013. Athugasemdir áfrýjanda við greinargerðinni bárust 6. maí 2013. Samkeppniseftirlitinu var gefið færi á að svara þeim en taldi ekki þörf á að senda inn frekari athugasemdir.

IV

RÖKSEMDIR MÁLSADILA

1. Málsástæður áfrýjanda

Áfrýjandi byggir á því að hann hafi gert nægjanlega líklegt að brot gegn ákvæðum samkeppnislaga séu framin í starfsemi Skipta hf. og Skjásins ehf. á fjölmiðlamarkaði hér á landi til að Samkeppniseftirlitið ætti að hefja rannsókn á málinu og komast að efnislegri niðurstöðu.

Áfrýjandi byggir á því að fjármögnun Skipta hf. á langvarandi tapi Skjásins ehf. feli í sér röskun á samkeppni og misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Bent er á að Skipti hf., móðurfélag Skjásins ehf., fari með markaðsyfírráð á fjarskiptamarkaði og hafi ítrekað þurft að þola viðurlög vegna háttsemi sinnar á markaði. Þær niðurgreiðslur sem um ræði séu forsenda fyrir rekstri Skjásins ehf. í þeirri ábyrgðarlausu mynd sem fyrirtækið sé rekið. Áfrýjandi telur að í því felist skaðleg undirverðlagning, en áfrýjandi telur að líta skuli á Skipti hf. og Skjáinn ehf. sem eina samkeppnislega heild. Framangreint sé byggt á því að 11. gr. samkeppnislaga leggi bann við allri misnotkun á markaðsráðandi stöðu – það bann sé ekki einskorðað við þá markaði þar sem fyrirtæki sé markaðsráðandi. Að mati áfrýjanda á fyrirtækið ekki að þurfa að búa við að það sé í samkeppni við fyrirtæki, sem sé rekið með gríðarlegu tapi ár eftir ár og eina ástæða þess að rekstur þess haldi áfram sé að móðurfélagið, sem fari með markaðsyfírráð haldi áfram að styrkja tapreksturinn.

Þá bendir áfrýjandi á að fjöldamörg samkeppnismál liðinna ára gegn Skiptum hf. sýni svo ekki verði um villst að félagið umgangist ekki þá stöðu sem félagið hafi á markaði í samræmi við lög og reglur. Hann vísar sérstaklega til sáttar Samkeppniseftirlitsins við Skipti hf., Símann hf. og Mílu hf. vegna fjölmargra mála sem voru til rannsóknar hjá Samkeppniseftirlitinu vegna háttsemi fyrirtækjanna á fjarskiptamarkaði á undanförunum árum, sbr. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 6/2013. Sáttin staðfesti ítrekuð brot Skipta hf. á samkeppnislögum hér á landi.

Áfrýjandi hafnar þeim samanburði sem gerður sé í greinargerð Samkeppniseftirlitsins og leiddi til þeirrar niðurstöðu eftirlitsins að yfirburðir áfrýjanda séu umtalsverðir og fjárhagslegur styrkur þess verulega meiri en Skjásins ehf. Eigi að beita slíkum samanburði verði að líta til veltu, efnahags og eiginfjár samstæðu Skipta hf. en ekki Skjásins ehf. eins. Sé það rétt nálgun einkum þar sem fyrir liggir að ástæða tilveru Skjásins ehf. sé niðurgreiðsla Skipta hf. á rekstri félagsins, eins og bersýnilega komi fram í ársreikningum Skjásins ehf. Samanburður Samkeppniseftirlitsins gefi engan veginn eðlilega mynd af stöðu félaganna og sé því sem slíkur ekki málefnalegur grundvöllur ákvörðunar eftirlitsins.

Þá telur áfrýjandi að við mat á háttsemi Skipta hf. og stöðu þess félags verði einnig að horfa til þess að félagið sé nú að fara í gegnum fjárhagslega endurskipulagningu, enda félagið ógjaldfært til lengri tíma, þrátt fyrir góða eiginfjárstöðu og miklar eignir.

Áfrýjandi telur að það sé röng beiting á samkeppnisreglum að sýna þurfi fram á markaðsráðandi stöðu dótturfélags á tilteknum markaði – nægjanlegt sé að sýna fram á markaðsyfirráð móðurfélags, sem fari með öll atkvæði í dótturfélaginu og skaðlega hegðun. Það hafi áfrýjandi gert eða a.m.k. leitt nægjanlegar líkur að því svo málið yrði tekið til rannsóknar. Markaðsyfirráð Skipta hf. á fjarskiptamarkaði liggir fyrir og stanslaus niðurgreiðsla móðurfélags á starfsemi dótturfélags á öðrum samkeppnismarkaði sé að mati áfrýjanda skýrt brot á ákvæðum samkeppnislaga.

2. Málástæður Samkeppniseftirlitsins

Samkeppniseftirlitið byggir á því að í hinni kærðu ákvörðun hafi eftirlitið beitt heimildum sínum skv. 3. mgr. 8. gr. samkeppnislaga, sbr. 9. gr. reglna nr. 880/2005.

Samkeppniseftirlitið bendir á að stofnunin sé eftirlitsstjórnvald sem sé ætlað að efla samkeppni og beita þeim úrræðum sem samkeppnislög heimili í því skyni. Starfsemi Samkeppniseftirlitsins felist þannig ekki í því að veita borgurunum tiltekin réttindi heldur að vinna gegn því að fyrirtæki og opinberir aðilar raski samkeppni.

Samkeppniseftirlitið vísar til þess að áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafi í úrskurðum sínum skýrt nánar inntak þeirrar heimildar sem felist í 3. mgr. 8. gr. samkeppnislaga. Hafi nefndin bent á að Samkeppniseftirlitið beri ábyrgð á því að fjármunum sé varið til brýnustu verkefna hverju sinni. Hafi eftirlitið því ákveðið svigrúm til þess að meta hvort erindi séu tekin til rannsóknar. Hafi áfrýjunarnefnd í því samhengi bent á að ekki sé sjálfgefið að sá sem telur að samkeppnislög hafi verið brotin eigi lögvarinn rétt á því að rannsókn sé hafin á meintu broti. Beiting Samkeppniseftirlitsins á heimildum 3. mgr. 8. gr. laganna verði hins vegar að byggjast á málefnalegum sjónarmiðum og sæta endurskoðun áfrýjunarnefndar.

Samkeppniseftirlitið bendir á að skilyrði þess að háttsemi fyrirtækis geti farið gegn 11. gr. samkeppnislaga sé að hlutaðeigandi fyrirtæki hafi verið í markaðsráðandi stöðu á þeim tíma sem sú háttsemi sem til skoðunar sé átti sér stað.

Samkeppniseftirlitið vísar til fyrri ákvarðana sinna um að áfrýjandi væri með markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir áskriftarsjónvarp og til skýrslna eftirlitsins nr. 2/2009 og nr. 2/2011 þar sem einnig var lagt til grundvallar að staða áfrýjanda á markaði yfir áskriftarsjónvarpi sé afar sterk.

Samkeppniseftirlitið bendir á að Skjárinn ehf. sé ekki markaðsráðandi á markaði fyrir áskriftarsjónvarp heldur sé í samkeppni við fyrirtæki sem sé í afar sterkri stöðu á þeim markaði. Sökum þessa hafi verið eðlilegt að komast að þeirri niðurstöðu í hinni kærðu ákvörðun að engar vísbendingar væru um að Skjárinn/Skipti hefðu misnotað markaðsráðandi stöðu sína á markaði fyrir áskriftarsjónvarp.

Samkeppniseftirlitið bendir á að áfrýjandi hafi hvorki í kvörtun eða í kæru rökstutt hvaða fjarskiptamarkaður það sé sem sé svo nátengdur markaði fyrir áskriftarsjónvarp að ætluð markaðsyfirráð Skiptasamstæðunnar á fyrri markaðnum færist í raun yfir á þann seinni. Þá hafi áfrýjandi heldur ekki rökstutt hvernig Skiptasamstæðan geti búið yfir fullnægjandi efnahagslegum styrkleika á markaði fyrir áskriftarsjónvarp þegar horft sé til styrkrar stöðu hans sjálfs á þeim markaði. Þegar viðkomandi markaðir séu virtir blasi við að reglan sem fram komi í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 10/2011 eigi ekki við í þessu máli.

Samkeppniseftirlitið bendir á að sá undirmarkaður fjarskiptamarkaðarins sem hvað mesta tengingu hafi við sjónvarpsmarkaðinn sé markaður fyrir sjónvarps- og útvarpsdreifingu. Á þeim markaði starfi Síminn hf., dótturfélag Skipta hf., en fyrirliggjandi upplýsingar hjá Samkeppniseftirlitinu um aðstæður á þessum markaði gefi ekki til kynna að Síminn hf. sé í markaðsráðandi stöðu á þeim markaði, sbr. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 06/2013.

Samkeppniseftirlitið telur ljóst að staða Skiptasamstæðunnar á þeim markaði sem hafi mest tengsl við markað fyrir áskriftarsjónvarp sé ekki með þeim hætti að bann 11. gr. samkeppnislaga taki til aðgerða á síðarnefnda markaðnum. Ekki fæst séð að staða á öðrum fjarskiptamörkuðum, sem hafa minni eða engin tengsl við áskriftarsjónvarp, hafi neina þýðingu. Einnig telur Samkeppniseftirlitið að áfrýjandi hafi ekki útskýrt hvernig Skjárinn hf. og Skipti ehf. geti búið yfir efnahagslegum styrkleika á markaði fyrir áskriftarsjónvarp þegar höfð sé hliðsjón af hans eigin styrkleika á þeim markaði.

Samkeppniseftirlitið bendir á að verði fjárhagslegur styrkleiki áfrýjanda borinn saman við fjárhagslegan styrkleika Skipta hf., líkt og áfrýjandi telur að eigi að gera, muni það, eitt og sér, ekki hafa þau áhrif að skilyrði séu til að beita 11. gr. gagnvart Skiptum hf. og Skjánum ehf. á sjónvarpsmarkaði. Eins og fram sé komið séu ekki fyrir hendi vísbendingar um að Skjárinn/Skipti séu í markaðsráðandi stöðu á sjónvarpsmarkaði, enda hafi áfrýjandi sjálfur áréttað að staða hans á markaðnum sé sterkari en Skjásins ehf.

Samkeppniseftirlitið bendir á að áfrýjandi hafi ekki útskýrt hvernig hin „samkeppnislega heild“ sem um ræði hafi getað brotið gegn 10. gr. samkeppnislaga og telur því eftirlitið ekki þörf á að fjalla frekar um þetta atriði.

Samkeppniseftirlitið hafi lagt mat á gögn málsins og komist að þeirri niðurstöðu að ekki væru vísbendingar um að Skipti hf. og Skjárinn ehf. hafi brotið gegn samkeppnislögum með þeim hætti sem áfrýjandi haldi fram. Á þeim grundvelli og í samræmi við heimild 3. mgr. 8. gr. samkeppnislaga hafi það verið niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að aðhafast ekki frekar í málinu. Telur eftirlitið að þessi beiting á 3. mgr. 8. gr. laganna hafi byggst á málefnalegum sjónarmiðum og því beri að staðfesta hina kærðu ákvörðun.

V

NIÐURSTAÐA

1.

Eins og fram hefur komið í úrskurðum áfrýjunarnefndarinnar, m.a. málum nr. 10/2010, 4/2010, 2/2012, 3/2012 og 4/2012, verða ákvarðanir Samkeppniseftirlitsins á grunni 3. mgr. 8. gr. samkeppnislaga, um hvort mál verði tekin til rannsóknar, að byggja á málefnalegum forsendum. Sama á við þegar ákveðið er að forgangsraða málum á grundvelli 9. gr. reglna um málsmeðferð hjá Samkeppniseftirlitinu.

Í þessum úrskurðum hefur jafnframt verið lagt til grundvallar að játa verði Samkeppniseftirlitinu ákveðið svigrúm til að meta aðstæður stofnunarinnar til rannsóknar mála á hverjum tíma og endurskoðun á því mati væri takmörkunum háð. Ennfremur telur nefndin að skoða þurfi í hvert sinn hvort málsmeðferð hafi verið forsvaranleg gagnvart því erindi eða kvörtun sem borist hefur.

2.

Í þessu máli lýtur kvörtun áfrýjanda að háttsemi Skipta hf. og Skjásins ehf. á markaði fyrir „sjónvarpsrekstur á Íslandi“. Markaður er sölusvæði vöru og staðgengdarvöru og/eða sölusvæði þjónustu og staðgengdarþjónustu. Staðgengdarvara og staðgengdarþjónusta er vara eða þjónusta sem að fullu eða verulegu leyti getur komið í stað annarrar, sbr. 5. tl. 1. mgr. 4. gr. samkeppnislaga. Áfrýjunarnefndin telur rétt að líta svo á að áfrýjandi starfi einkum á markaði fyrir áskriftarsjónvarp en hann er undirmarkaður fjölmiðlamarkaðarins. Starfsemi Skipta hf. og Skjásins ehf. tekur til mun fleiri markaða sem sumir hverjir falla undir fjölmiðlamarkaðinn og markað fyrir áskriftarsjónvarp. Samkeppniseftirlitið hefur bent á að á hinum skilgreinda markaði eða mörkuðum sem áfrýjandi starfi á sé áfrýjandi sjálfur markaðsráðandi. Jafnframt hefur verið bent á að tengdir markaðir komi hér ekki við sögu sem máli skipti. Það er óumdeilt að Skjárinn ehf. er ekki markaðsráðandi aðili á markaði fyrir áskriftarsjónvarp, en áfrýjandi telur að sterk staða Skipta hf. á öðrum mörkuðum (fjarskiptamarkaði og undirmörkuðum) leiði til þess að líta verði á þessa markaði alla og hegðun á þeim í samhengi.

3.

Það er markmið samkeppnislaga að stuðla að samkeppni og túlkun þeirra tekur að jafnaði mið af því að hagsmunir neytenda til lengri og skemmri tíma séu verndaðir eftir því sem unnt er. Af þeim sökum er varhugavert að markaðsráðandi aðili geti, í skjóli yfirburðastöðu á skilgreindum markaði, bolað minni og eftir atvikum veikburða keppinautum sínum af mörkuðum með því að stunda skaðlega undirverðlagningu. Þegar metið er hvort aðili sé markaðsráðandi er yfirleitt horft til gerðar viðkomandi markaðar, fjölda keppninauta og hlutdeildar þeirra og jafnframt hefur verið tekið mið af fjárhagslegum styrk. Einnig getur markaðsráðandi staða og hegðun á þeim „smitast“ á milli skilgreindra markaða ef þeir eru tengdir, sbr. m.a. umfjöllun í úrskurði áfrýjunarnefndar í máli nr. 10/2011. Þessar aðstæður eiga ekki við í málinu eins og lýst er í hinni kærðu ákvörðun.

Engin almenn regla er hins vegar í samkeppnisrétti sem bannar að eigendur eða hluthafar fyrirtækja styðji við taprekstur með lánnum eða öðrum framlögum. Ef slík framlög gera það kleift að misnota markaðsráðandi stöðu geta þau verið þáttur í broti gegn 11. gr. samkeppnislaga. Í þessu máli hefur verið komist að þeirri niðurstöðu að Skjárinn ehf. sé ekki í markaðsráðandi stöðu og því geta framlög Skipta hf. til taprekstrar ekki ein og sér verið þáttur í slíku broti.

4.

Í þessu máli er ljóst að hvorki Skjárinn ehf. eða Skipti hf., né fyrirtækin saman, eru með ráðandi stöðu á þeim markaði sem áfrýjandi starfar. Ekki hefur heldur verið bent á að svo hátti til á mörkuðum sem þeim tengjast. Samkeppniseftirlitið hefur byggt mat sitt á gögnum sem aflað hefur verið um þessi grundvallaratriði málsins og því ákveðið að hefja ekki rannsókn. Ekki verður séð að það mat hafi verið ómálefnalegt eða að neinir brestir séu á hinni formlegu meðferð málsins. Þá hefur eftirlitið reifað ítarlega lagasjónarmið þau sem byggt var á hér fyrir nefndinni.

5.

Með vísan til framanritaðs verður að hafna röksemdum og kröfum áfrýjanda um ógildingu á ákvörðun Samkeppniseftirlitsins, enda byggir hún að mati áfrýjunarnefndarinnar á fullnægjandi lagagrundvelli og málefnalegu mati á atvikum málsins.

Úrskurðarorð:

Kröfu áfrýjanda, 365 ehf., um að fella úr gildi ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 25. mars 2013, um að aðhafast ekki frekar vegna erindis áfrýjanda, er hafnað.

Reykjavík, 24. maí 2013.

Jóhannes Karl Sveinsson, formaður

Anna Kristín Traustadóttir

Stefán Már Stefánsson