

ÁFRÝJUNARNEFND SAMKEPPNISMÁLA

Úrskurður í máli nr. 7/2014

Já hf.

gegn

Samkeppniseftirlitinu

I

Kröfur málsaðila

Með kærðu dagsettri 2. desember 2014 hefur Já hf. (hér eftir nefnt áfrýjandi), kært ákvörðun Samkeppniseftirlitsins, nr. 31/2014 frá 7. nóvember 2014, til áfrýjunarnefndar samkeppnismála.

Í hinni kærðu ákvörðun komst Samkeppniseftirlitið að þeirri niðurstöðu að áfrýjandi hefði brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga og 54. gr. EES-samningsins og var lögð á hann stjórnvaldssekt að fjárhæð kr. 50.000.000. Með heimild í 2. mgr. 16. gr. samkeppnislaga var jafnframt fyrirmælum beint til áfrýjanda í 3. liðum sem skulu koma til framkvæmda eins fljótt og auðið er og eigi síðar en átta vikum eftir dagsetningu hinnar kærðu ákvörðunar.

Af hálfu áfrýjanda er þess krafist að málinu verði vísað frá Samkeppniseftirlitinu, til vara að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi, en til þrautavara að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi að hluta þannig að áfrýjandi verði ekki gert að sæta stjórnvaldssekt eða hún lækkuð verulega, og/eða að áfrýjandi þurfi ekki að sæta ráðstöfunum samkvæmt 2. tl. ákvörðunarinnar í heild eða a.m.k. að hluta.

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

II

Málsmeðferð hjá Samkeppniseftirlitinu

Mál þetta varðar fjarskiptamarkað á Íslandi og aðgang keppinauta að gagnagrunni áfrýjanda. Upphaf þessa máls má rekja til þess að í nóvember 2011 áframsendi Póst- og fjarskiptastofnun ágreiningsmál til Samkeppniseftirlitsins sem vörðuðu aðgang að

gagnagrunni áfrýjanda. Þá barst Samkeppniseftirlitinu kvörtun frá Loftmyndum ehf. þar sem því var haldið fram að áfrýjandi hefði misnotað markaðsráðandi stöðu sína með óeðlilegri verðlagningu sem jafngilti synjun um aðgang að gagnagrunni áfrýjanda um símanúmer. Einnig barst kvörtun frá Miðlun ehf. í desember 2011, þar sem í aðalatriðum var byggt á sambærilegum sjónarmiðum og í kvörtun Loftmynda ehf. Í framhaldi hóf Samkeppniseftirlitið rannsókn málsins og tók þann 7. nóvember 2014 hina kærðu ákvörðun. Í henni er komist að þeirri niðurstöðu að áfrýjandi hefði brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga og 54. gr. EES-samningsins og var lögð á hann stjórnvaldssekt.

Í hinni kærðu ákvörðun beitti Samkeppniseftirlitið heimild 16. gr. samkeppnislaga og beindi fyrir mælum til áfrýjanda sem tengjast aðgangi að umræddum gagnagrunni.

Ákvörðunarorð hinnar kærðu ákvörðunar eru svohljóðandi:

Já hf. braut gegn 11. gr. samkeppnislaga og 54. gr. EES með þeirri háttsemi sem nánar er lýst í ákvörðun þessari.

1.

Með heimild í 37. gr. samkeppnislaga mælir Samkeppniseftirlitið fyrir um að Já hf. greiði stjórnvaldssekt að fjárhæð kr. 50.000.000 (fimmtíu milljónir) vegna þessara brota.

Sektin skal greiddast í ríkissjóð eigi síðar en einum mánuði eftir dagsetningu þessarar ákvörðunar. Sé sektin ekki greidd innan þess tíma skal greiða dráttarvexti af fjárhæð sektarinnar, sbr. 2. mgr. 37. gr. samkeppnislaga.

2.

Með heimild í 2. mgr. 16. gr. samkeppnislaga beinir Samkeppniseftirlitið eftirfarandi fyrir mælum til Já hf.:

2.1

Já hf. skal veita aðilum sem veita eða hafa í hyggju að veita upplýsingaþjónustu um símanúmer eða gefa út símaskrá, aðgang að upplýsingum í gagnagrunni Já yfir símanúmer og tilgreindar upplýsingar á kostnaðarverði að viðbætti hæfilegri álagningu.

Tekur skyldan í 1. mgr. til eftirfarandi upplýsinga, eftir því sem við á:

- o Nafn réttthafa**
- o Aukanafn (Aukanotendur)**
- o Aukalínur - undirlínur**
- o Starfsheiti**
- o Símanúmer**
- o Kennitala**
- o Heimilisfang**
- o Póstnúmer og staður**
- o Bannmerking**
- o Veffang**
- o Netfang**
- o Faxnúmer**

2.2

Já hf. er skylt að gæta jafnræðis, hlutlægni og gagnsæis gagnvart þeim aðilum sem óska eftir aðgangi að upplýsingum í gagnagrunni félagsins. Í þessu felst

m.a. að Já hf. skal tryggja að upplýsingaþjónusta félagsins og keppinautar þess fái aðgang og alla nauðsynlega tengda þjónustu með eftirfarandi hætti:

a. Veita skal upplýsingaþjónustu Já hf. og keppinautum félagsins jafnan aðgang að upplýsingum í gagnagrunni Já með sama hætti og sömu skilmálum, gæðum og þjónustustigi.

b. Já hf. og keppinautar félagsins skulu hafa sama aðgang að upplýsingum um tæknileg og önnur nauðsynleg atriði sem tengjast með eðlilegum hætti fyrirspurnum og beiðnum um aðgang að gagnagrunni félagsins.

Já hf. er óheimilt að mismuna viðskiptavinum sínum um aðgang að gagnagrunni sínum nema til þess standi sannanlegar málefnalegar ástæður.

2.3

Já hf. skal endurskoða viðskiptaskilmála og verðskrá fyrir þjónustu sína í samræmi við framangreint. Skulu viðskiptakjör í nýrri gjaldskrá vera almenn, gagnsæ og hlutlæg þannig að aðilar sem eiga í samskonar viðskiptum við Já hf. njóti sömu kjara.

2.4

Fyrirmælin í tl. 2.1-2.3 skulu koma til framkvæmda eins fljótt og auðið er og eigi síðar en átta vikum eftir dagsetningu þessarar ákvörðunar.

Áður en tl. 2.1-2.3 koma til framkvæmda skal Já hf. gera Samkeppniseftirlitinu grein fyrir því með hvaða hætti fyrirtækið hyggst fara að þeim fyrirmælum sem í þeim felast. Skal Já hf. m.a. kynna fyrir Samkeppniseftirlitinu nýja verðskrá og skilmála sem gilda mun um aðgang að gagnagrunninum.

2.5

Samkeppniseftirlitið mun fyrir 1. mars 2016 hefja athugun á hvort þörf sé á því að fella niður eða breyta fyrirmælum þessarar ákvörðunar.

2.6

Brot gegn fyrirmælum þessum varða viðurlögum skv. IX. kafla samkeppnislaga.

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

III

Málsmeðferð hjá áfrýjunarnefndinni

Greinargerð Samkeppniseftirlitsins, sem svar við kæru áfrýjanda, barst 15. desember 2014. Athugasemdir áfrýjanda við greinargerðinni bárust áfrýjunarnefndinni 22. desember 2014 og svar Samkeppniseftirlitsins við þeim 6. janúar 2015.

Loftmyndum ehf. og Miðlun ehf. var gefinn kostur á að koma á framfæri athugasemdum í málinu sem umsagnaraðilum. Bárust athugasemdir Miðlunar ehf. 9. janúar 2015. Þá bauðst þeim að koma fyrir nefndina og gera stuttlega grein fyrir sjónarmiðum sínum og þáði Miðlun ehf. það boð.

Með úrskurði áfrýjunarnefndarinnar 19. desember 2014 var réttaráhrifum hinnar kærðu ákvörðunar er varðar töluliði 2.1 og 2.2 í ákvörðunarorðinu frestað á meðan kæran væri til meðferðar hjá áfrýjunarnefndinni.

Málið var flutt munnlega fyrir áfrýjunarnefndinni 23. janúar 2015.

V

Röksemdir málsaðila

1. *Málsástæður og lagarök áfrýjanda*

Áfrýjandi bendir á að þau atriði sem snúi að formhlið málsins, einkum samspili verksviða Póst- og fjarskiptastofnunar og Samkeppniseftirlitsins, feli í sér að Samkeppniseftirlitið hafi aldrei átt að taka málið til efnismeðferðar, sem leiði þá jafnframt eðli málsins samkvæmt til þess að áfrýjunarnefndinni beri að vísa málinu frá Samkeppniseftirlitinu.

Áfrýjandi vísar til þess að fjarskiptalög nr. 81/2003 fjalli meðal annars um það hvernig fara beri með skrár yfir áskrifendur, sbr. 45. gr. laganna, og hvaða heimildir séu fyrir hendi til þess að skylda fyrirtæki til afhendingar slíkra gagna. Þar sem skýrlega sé mælt fyrir um það í lögnum hvernig tryggja beri aðilum aðgang að skrár yfir notendur símanúmera, og þau fyrirmæli byggi á tilskipun nr. 2002/22/EB um alþjónustu og réttindi notenda að því er varði rafræn fjarskiptanet og –þjónustu, sé Samkeppniseftirlitinu ekki heimilt að beita almennum valdheimildum sínum í málinu. Fjarskiptalög útlisti sérstakar reglur til þess að bregðast við skorti á aðgangi að skrár yfir notendur símanúmera og ákvarði jafnframt að valdbeitingarheimildir um þetta efni séu í höndum Póst- og fjarskiptastofnunar. Telur áfrýjandi að fjarskiptalög séu sérlög gagnvart almennum reglum samkeppnislaga og að Samkeppniseftirlitinu bresti heimild til beitingar 11. gr. samkeppnislaga og því beri að vísa málinu frá Samkeppniseftirlitinu.

Þá telur áfrýjandi að á rannsóknar- og meintu brotatímabili hafi rekstur og gagnagrunnur félagsins ekki talist til ómissandi aðstöðu í skilningi reglna samkeppnisréttar, meðal annars í ljósi þess hvernig ómissandi aðstaða hefur verið skýrð í evrópskum og íslenskum samkeppnisrétti.

Bendir áfrýjandi á að þrjú megin skilyrði séu fyrir því að um ómissandi aðstöðu sé að ræða. Í fyrsta lagi að synjun snúi að vöru/þjónustu sem sé nauðsynleg til að aðili geti keppt á lægra sölustigi. Í öðru lagi að synjun sé líkleg til að eyða samkeppni á lægra sölustigi. Í þriðja lagi að synjun sé til þess fallin að skaða neytendur. Áfrýjandi telur að fyrsta og annað skilyrðið séu nátengd í þeim skilningi að sé aðgangur að vöru eða þjónustu ekki forsenda þess, þ.e. nauðsynleg, til að aðili geti keppt á markaði, þá geti synjun ekki talist líkleg til að eyða samkeppni. Þá bendir áfrýjandi á að dómaframkvæmd Evrópudómstólsins sýni hversu ríkar kröfur séu gerðar til þess að um ómissandi aðstöðu geti verið að ræða.

Áfrýjandi telur að ekki sé litið til framangreindra þátta við mat á því hvort um ómissandi aðstöðu sé að ræða með fullnægjandi hætti í hinni kærðu ákvörðun. Bendir hann á að það sem mestu skipti sé að þeir sem vildu keppa við félagið á smásölumarkaði gátu að réttu lagi safnað og unnið nánar úr sambærilegum upplýsingum frá fjarskiptafyrirtækjum og áfrýjandi sótti þangað.

Áfrýjandi bendir einnig á að í 45. gr. fjarskiptalaga sé að finna ákvæði sem kveði á um skyldu Póst- og fjarskiptastofnunar að tryggja öllum notendum opna símaskrá og upplýsingaþjónustu um öll símanúmer. Samkvæmt ákvæðinu eigi áskrifendur í fjarskiptaþjónustu rétt á að vera skráðir í opinberum númera- og vistfangaskrá.

Áfrýjandi hafnar því sem röngu og ósönnuðu að aðgangur að gagnagrunni félagsins, á rannsóknartímabili, hafi getað talist til ómissandi aðstöðu í skilningi reglna samkeppnisréttar. Sé það Samkeppniseftirlitsins að sanna hið gagnstæða.

Þá telur áfrýjandi ljóst að markaðsskilgreining Samkeppniseftirlitsins og ályktanir um markaðsstöðu hans á grundvelli hennar fá ekki staðist enda engri ómissandi aðstöðu til að dreifa og fjarskiptafyrirtæki hinn raunverulegi heildsöluaðili á umræddum markaði. Sá markaður sem áfrýjandi starfi á sé smásölumarkaður, annars vegar á sviði upplýsingaveitu til neytenda og fyrirtækja og hins vegar við sölu á auglýsingum. Þar keppi áfrýjandi við alls konar upplýsingaveitur eins og fjölmiðla og samskipta- og upplýsingavefi eins og facebook.com og google.com. Á þeim vettvangi sé áfrýjandi agnarsmár keppinautur.

Þá bendir áfrýjandi á að þegar um réttindi sé að ræða sem geti notið hugverkaverndar sé það gert að skilyrði að veiting aðgangs að ómissandi aðstöðu sé í þeim tilgangi að til verði ný tegund vöru eða þjónustu sem ekki hafi verið fyrir á markaðnum, eða „new product requirement“ sem svo sé kallað í samkeppnisrétti.

Þá segi m.a. í 1. mgr. 50. gr. höfundalaga nr. 73/1972 að sá sem framleiði gagnagrunn sem hafi að geyma umtalsvert safn upplýsinga og/eða sé árangur verulegra fjárfestinga hafi einkarétt til eintakagerðar eða birtingar hans í heild eða að verulegum hluta. Gagnagrunnur áfrýjanda, þ.m.t. hönnun hans, uppbygging og virkni, njóti umræddrar réttarverndar, líkt og staðfest hafi verið í framkvæmd fjarskiptayfirvalda, enda hafi hann að geyma yfirgripsmikið safn upplýsinga og sé árangur verulegra fjárfestinga áfrýjanda. Sé því afnot af honum óheimil að lögum nema með samþykki áfrýjanda. Umrædd réttarvernd leiði og til þess að synjun um aðgang að gagnagrunninum sé eingöngu óheimil í samkeppnisréttarlegu tilliti, teljist hann til ómissandi aðstöðu og að synjun sé gagnvart aðila sem ætli að nýta hann til að veita nýja tegund af vöru og/eða þjónustu. Hvorugt sé fyrir hendi í þessu máli.

Áfrýjandi byggir á því að ekki sé hægt að tala um neina sölusynjun eða ígildi hennar og þar með brot gegn 11. gr. samkeppnislaga þar sem sú grunnforsenda að um ómissandi aðstöðu sé að ræða á rannsóknartímabili sé ekki fyrir hendi. Þá bresti jafnframt þá grunnforsendu að meint synjun sé gagnvart aðila sem ætli að nýta gagnagrunninn til að veita nýja tegund af vöru og/eða þjónustu, eða að um hindrun á tæknilegri þróun sé að ræða, en þar sem gagnagrunnur áfrýjanda, þ.m.t. hönnun hans, uppbygging og virkni, njóti höfundaverndar sé slíkt að lögum forsenda þess að um sölusynjun geti verið að ræða.

Áfrýjandi hafnar því að það teljist sölusynjun í samkeppnisréttarlegu tilliti þó að félagið skuli ráðgera að samkeppnisaðilar gjaldi sama verð og áfrýjandi hafi goldið fyrir upplýsingar frá fjarskiptafyrirtækjum, þ.e. hin svokölluðu „hrágögn“, og síðan hæfilega álagningu, sem taki meðal annars til viðbótarupplýsinga sem áfrýjandi hafi unnið og safnað úr.

Áfrýjandi bendir á að verði ekki fallist á kröfur um frávísun eða ógildingu hinnar kærðu ákvörðunar sé til þrautavara krafist að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi að hluta þannig að áfrýjanda verði ekki gert að sæta stjórnvaldssekt eða hún lækkuð verulega, og/eða að hann þurfi ekki að sæta ráðstöfunum samkvæmt 2. tl. ákvörðunarinnar í heild eða a.m.k. að hluta.

Áfrýjandi vísar til þess að hann hafi verið í góðri trú um að gjaldtaka félagsins hefði verið í fullu samræmi við lög, meðal annars þar sem hún átti rætur að rekja til aðferðafræði sem hafi verið kynnt samkeppnisyfirvöldum á sínum tíma.

Þá telur áfrýjandi með hliðsjón af kæruefni málsins að ekki sé hægt að líta svo á að um alvarlegt samkeppnisbrot sé að ræða, verði niðurstaðan á annað borð sú að félagið hafi brotið gegn fyrirmælum samkeppnislaga. Í því sambandi skipti máli hversu sérstakur markaðurinn sé, þ.á m. samspil hans við fjarskiptamarkaðinn, og því fari fjarri, að verði margumræddur gagnagrunnur á annað borð talinn til ómissandi aðstöðu, að slík niðurstaða hafi mátt vera augljós áfrýjanda.

Þá fellst áfrýjandi ekki á að rannsóknartímabil málsins geti talist vera „langur tími“, eins og kæruefni málsins sé háttáð, hvorki í skilningi samkeppnisréttar né samkvæmt hefðbundnum málsskilningi.

Varðandi nauðsyn þess að leggja á háa stjórnvaldssekt til að tryggja nægileg varnaráhrif bendir áfrýjandi á að það sé vandséð að slíkt sé nauðsynlegt enda hafi þegar orðið gagngerar kerfisbreytingar á umræddum markaði.

Áfrýjandi bendir einnig á að stjórnvaldssektin sé afar há í samanburði við fyrri ákvarðanir Samkeppniseftirlitsins. Sektorfjárhæðin nemi 4,5 – 5,0% af heildartekjum áfrýjanda á því tímabili sem litið sé til í hinni kærðu ákvörðun. Telur áfrýjandi, með vísan til jafnræðisreglu

stjórnsýsluréttar, og jafnræðisreglu stjórnarskrár, að lækka beri stjórnvaldssektina verulega, í samræmi við aðrar sambærilegar úrlausnir samkeppnisyfirvalda.

Hvað ráðstafanir samkvæmt 2. tl. hinnar kærðu ákvörðunar áhrærir þá telur áfrýjandi að fella beri þann hluta ákvörðunarinnar úr gildi í heild sinni, og a.m.k. að hluta. Telur áfrýjandi meðal annars að brotið sé gegn meðalhófsreglu stjórnsýslulaga og stjórnsýsluréttar, með jafn íþyngjandi inngripi í starfsemi hans og hér um ræði.

Að lokum vísar áfrýjandi heildstætt til allra fyrri sjónarmiða sem rakin séu í gögnum málsins.

2. Málsástæður og lagarök Samkeppniseftirlitsins

Samkeppniseftirlitið telur að hafna beri kröfu áfrýjanda um að vísa málinu frá á þeim forsendum að Samkeppniseftirlitinu hafi brostið heimild til beitingar 11. gr. samkeppnislaga í málinu. Vísar Samkeppniseftirlitið til umfjöllunar um valdmörk og heimildir eftirlitsins í hinni kærðu ákvörðun því til stuðnings.

Samkeppniseftirlitið bendir á að við mat á ómissandi aðstöðu sé ekki fjallað um rekstur gagnagrunnsins heldur um aðgang að upplýsingum í gagnagrunninum. Sé rækilega rökstutt í hinni kærðu ákvörðun að aðgangur að gagnagrunni áfrýjanda (efra sölustig) sé algerlega nauðsynlegur fyrir þriðja aðila til að geta keppt við hann á smásölumörkuðum málsins. Þvert á það sem áfrýjandi haldi fram telur Samkeppniseftirlitið að gagnagrunnur hans á rannsóknartímabili þessa máls teljist til ómissandi aðstöðu í skilningi samkeppnisréttar.

Samkeppniseftirlitið bendir á að í hinni kærðu ákvörðun hafi vöru- og þjónustumarkaðurinn verið skilgreindur sem markaður fyrir heildsöluaðgang að gagnagrunni um símanúmer hér á landi. Sé áfrýjandi einn starfandi á þeim markaði og sé því með 100% hlutdeild. Helstu forsendur fyrir skilgreiningu markaðarins hafi verið þær að á rannsóknartímabili málsins hafi áfrýjandi búið yfir eina heildstæða gagnagrunni landsins yfir símanúmer og að einungis hafi verið hægt að fá nauðsynlegar upplýsingar hjá áfrýjanda. Einnig að aðrir aðilar gátu ekki á tímabilinu komið sér upp slíkum grunni með því að sækja upplýsingar beint til fjarskiptafyrirtækja þar sem þau bjuggu ekki yfir mikilvægum upplýsingum eins og t.d. bannmerkingum, aukanöfnum eða mögulegum breytingum á skráningum rétthafa/notenda. Þá hafi fjarskiptafélögin ekki getað tryggt réttleika upplýsinganna þar sem breytingar á skráningum hafi farið fram hjá áfrýjanda og án aðkomu fjarskiptafélaganna. Með hliðsjón af þessu taldi Samkeppniseftirlitið ljóst að ekki væri staðganga á milli þeirra grunnupplýsinga sem einstök fjarskiptafyrirtæki gátu veitt um sína viðskiptavinum annars vegar og þeirra heildstæðu upplýsinga sem áfrýjandi bjó yfir um öll skráð símanúmer á landinu hins vegar og tengdum upplýsingum.

Samkeppniseftirlitið telur að áfrýjandi hafi á rannsóknartímabilinu haft markaðsráðandi stöðu og í raun einokun á markaði fyrir rekstur og heilðsöluaðgang að gagnagrunni um símanúmer hér á landi, auk smásölumarkaða fyrir þjónustu sem byggir á aðgangi að gagnagrunni áfrýjanda.

Þá telur Samkeppniseftirlitið að áfrýjandi hafi á rannsóknartímabilinu búið yfir ómissandi stöðu á skilgreindum markaði málsins og bendir meðal annars á að stór hluti mikilvægra upplýsinga um rétthafa/notanda símanúmera liggja ekki fyrir hjá fjarskiptafélögunum heldur séu þær einungis fyrir hendi í gagnagrunni áfrýjanda. Þá sé ekki tryggt að grunnupplýsingar sem í upphafi voru skráðar hjá fjarskiptafyrirtækjunum hafi ekki tekið breytingum og að breytingarnar hafi aðeins verið tilkynntar til áfrýjanda.

Einnig bendir Samkeppniseftirlitið á fyrirliggjandi sjónarmið Póst- og fjarskiptastofnunar um að gagnagrunnur áfrýjanda sé ómissandi fyrir þann sem vilji starfrækja miðlun á upplýsingum um símanúmer. Að mati Póst- og fjarskiptastofnunar sé engin önnur leið til að koma upp heildstæðum gagnagrunni en að fá aðgang að upplýsingum sem skráðar séu hjá áfrýjanda. Sú aðstaða sem áfrýjandi hafi komið sér upp í samstarfi við Símann og í skjóli þeirra kvaða sem gilt hafi um stuttnúmerið 118, sé því ómissandi fyrir þá sem vilji starfrækja miðlun upplýsinga um símanúmer til endanotenda.

Samkeppniseftirlitið telur ljóst að upplýsingar í gagnagrunni áfrýjanda annars vegar og fjarskiptafyrirtækjanna hins vegar séu ólíkar og ekki sé möguleiki fyrir þá sem vilji bjóða upplýsingaþjónustu um símanúmer í samkeppni við áfrýjanda að fá nauðsynlegar upplýsingar beint frá fjarskiptafyrirtækjunum. Sé því gagnagrunnur áfrýjanda ómissandi aðstaða í skilningi samkeppnisréttarins.

Samkeppniseftirlitið bendir á að áfrýjandi hafi misnotað það hlutverk sem honum hafi verið falið sem alþjónustuveitandi og þá stöðu sem skapaðist vegna fyrirkomulags skráninga símanúmeraupplýsinga sem hafi verið við líði hér á landi allt frá því einkaréttur í fjarskiptum hafi verið afnuminn og hafi gert áfrýjanda kleift að koma sér upp ómissandi aðstöðu. Auk þess að búa yfir slíkri aðstöðu sé áfrýjandi í markaðsráðandi stöðu á skilgreindum mörkuðum þessa máls. Í 11. gr. samkeppnislaga sé kveðið á um bann við misnotkun á slíkri stöðu og sé áfrýjandi ekki undanþeginn því banni.

Þá bendir Samkeppniseftirlitið á að gert sé ráð fyrir að áfrýjandi selji gögn úr gagnagrunninum á kostnaðarverði að viðbættri hæfilegri álagningu. Ekki sé gert ráð fyrir því í fyrirmælum í hinni kærðu ákvörðun að nefnd gögn sem áfrýjandi greiðir fyrir fylgi þeim upplýsingum sem honum sé skylt að afhenda.

Samkeppniseftirlitið bendir á að ólögmæt synjun um aðgang að ómissandi aðstöðu geti átt sér stað bæði með beinum og óbeinum hætti. Viðurkennt sé í EES/ESB samkeppnisrétti að óhófleg verðlagning geti útilokað samkeppni og augljósasta dæmið um slíkt sé þegar eigandi í ómissandi aðstöðu krefjist óeðlilega hás verðs fyrir aðgang að aðstöðunni. Feli slík háttsemi í sér ólögmæta sölusynjun.

Samkeppniseftirlitið telur að verðlagning áfrýjanda á brotatímabilinu hafi verið með þeim hætti að þeim aðilum sem óskuðu ítrekað eftir gögnum úr grunninum þóttu kjör og skilmálar með öllu óaðgengileg. Leiddi þetta til þess að Miðlun ehf. og Loftmyndir ehf., gátu ekki hrint í framkvæmd áformum um að hefja samkeppni við áfrýjanda í upplýsingaþjónustu sem byggði á aðgangi að gagnagrunninum. Útilokaði verðlagning áfrýjanda því samkeppni á markaðnum.

Samkeppniseftirlitið vísar til þess að Póst- og fjarskiptastofnun hafi framkvæmt ítarlega kostnaðargreiningu á gagnagrunni áfrýjanda. Niðurstaðan hafi verið sú að það verð sem áfrýjandi bauð kvartendum í málinu hafi verið langt umfram það sem eðlilegt gat talist. Þegar borið sé saman það verð sem áfrýjandi hafi boðið kvartendum fyrir aðgang að gagnagrunni fyrirtækisins fyrir uppflettingar annars vegar og niðurstöðu kostnaðargreiningar Póst- og fjarskiptastofnunar hins vegar, komi í ljós mikill munur á verðlagningu.

Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins í málinu sé sú að kjör áfrýjanda á tímabilinu 2009 til nóvember 2011 hafi í raun falið í sér synjun um aðgang að ómissandi aðstöðu.

Samkeppniseftirlitið hafnar því að sjónarmið um höfunda- og persónuvernd eigi við í þessu máli.

Samkeppniseftirlitið mótmælir kröfu áfrýjanda um að stjórnvaldssektin verði felld niður eða lækkuð. Samkeppniseftirlitið vísar til þess að áfrýjandi hafi misnotað markaðsráðandi stöðu sína og að meginreglan sé sú að sektir liggi við brotum gegn bannreglum samkeppnislaga. Fjárhæð sektarinnar sé hófleg að teknu tilliti til eðlis brotsins, þess tíma sem það stóð yfir, þess skaða sem það olli samkeppni, huglægrar afstöðu áfrýjanda, veltu áfrýjanda og annarra atriða sem máli skipta að lögum við ákvörðun stjórnvaldssektar.

Samkeppniseftirlitið hafnar því að áfrýjandi hafi verið í góðri trú um að gjaldtaka hans hafi verið í samræmi við lög eða að hann hafi á grundvelli samskipta sinna við eftirlitið haft réttmætar væntingar til þess að tilhögun gjaldtöku hans væri ekki ósamþýðanleg samkeppnislögum. Þá hafnar Samkeppniseftirlitið því að háttsemi áfrýjanda hafi hlotið samþykki eða verið heimiluð af samkeppnisfyrvöldum.

Þá hafnar Samkeppniseftirlitið því að fyrirmæli hinnar kærðu ákvörðunar feli í sér skipulagsbreytingar sem kalli á verulegar breytingar í rekstri áfrýjanda og uppbyggingu hans. Einnig sé því hafnað að það sé íþyngjandi fyrir áfrýjanda að þurfa að bera undir

Samkeppniseftirlitið viðskiptaskilmála og verðskrá, að fyrirmælin fari gegn meðalhófsreglunni og að forsendur fyrir fyrirmælunum séu brostnar þar sem þróun eftir brotatímabilið sýni að gagnagrunnurinn sé ekki ómissandi.

Samkeppniseftirlitið vísar að öðru leyti til hinnar kærðu ákvörðunar og gagna málsins.

VI

Niðurstaða

Í málinu teflir áfrýjandi fram ýmsum röksemdum um form- og efnishlið málsins kröfum sínum til stuðnings. Aðalkrafa hans um frávísun snýr einkum að því sem kalla má formhlið málsins en rök fyrir varakröfu um ógildingu ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins snúa bæði að málsmeðferðarreglum og efnislegri beitingu 11. gr. samkeppnislaga um misnotkun á markaðsráðandi stöðu.

Hér verður fyrst vikið að röksemdum um formhlið málsins, því næst málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins og að síðustu þeim efnislegu annmörkum sem áfrýjandi telur vera á ákvörðun eftirlitsins.

1

Formhlið málsins

1.1 Framsending á kvörtunum

Upphafleg kvörtun Loftmynda ehf. frá febrúar 2011, sem var rót málsins, var framsend frá Samkeppniseftirlitinu til Póst- og fjarskiptastofnunar. Ástæðan var sú að verðlagning vegna aðgangs að gagnagrunni áfrýjanda var til umfjöllunar á vettvangi þeirrar stofnunar á grundvelli ákvæða fjarskiptalaga um útnefningu fjarskiptafyrirtækja með skyldu til að veita alþjónustu á starfssvæði sínu. Á þeim tíma giltu kvaðir því tengdar á áfrýjanda.

Árið 2011 kvað Póst- og fjarskiptastofnun upp úrskurð sem skotið var til áfrýjunarnefndar fjarskipta- og póstmála að því er varðaði m.a aðgang að gagnagrunni áfrýjanda. Áfrýjunarnefndin taldi kvöð um aðgang að gagnagrunni ekki hafa nægjanlega lagastoð og felldi úrskurðinn úr gildi.

Eftir að niðurstaða áfrýjunarnefndarinnar lá fyrir endursendi Póst- og fjarskiptastofnun erindi Loftmynda ehf. til Samkeppniseftirlitsins og ritaði bréf þar sem lýst var því viðhorfi stofnunarinnar að sú staða sem uppi væri á markaðinum kynni að brjóta í bága við samkeppnislög. Þá liggur fyrir í málinu að Loftmyndir ehf. sendu í nóvember 2011 annað bréf þar sem ítrekaðar voru kröfur um að Samkeppniseftirlitið tæki málið til meðferðar.

Í málflutningi sínum hefur áfrýjandi haldið því fram að hann hafi mátt gera ráð fyrir því að með framsendingu erindisins hafi Samkeppniseftirlitið tekið afstöðu um að málið varðaði ekki starfssvið eftirlitsins og að áfrýjandi hafi því mátt treysta því að málinu væri lokið, meðal annars með hliðsjón af ákvæðum 2. mgr. 7. gr. stjórnáskilulaga sem kveða á um að stjórnvöld framsendi erindi sem „ekki snerta starfssvið þess“. Þá telur áfrýjandi að stjórnvöld megi ekki „skiptast á upplýsingum“ sem aflað hafi verið í einum tilgangi til að byggja niðurstöðu á í máli hjá öðru stjórnvaldi. Allt þetta telur áfrýjandi stríða gegn mannréttindareglum um réttláta og sanngjarna málsmeðferð eins og vikið er að hér síðar.

Að mati áfrýjunarnefndarinnar er augljóst að skýringar eru á framsendingu erindanna frá Samkeppniseftirlitinu til Póst- og fjarskiptastofnunar og síðan aftur til baka. Ástæðan var málsmeðferð sem áfrýjanda var fullkunnugt um og hann áfrýjaði sjálfur niðurstöðu Póst- og fjarskiptastofnunar sem varð svo til þess að aðgangskvöðin var felld niður. Þá má benda á að í umfjöllun Samkeppniseftirlitsins á sínum tíma var minnst á að markaðurinn sem um ræddi kynni að koma til rannsóknar. Áfrýjandi gat því ekki staðið í þeirri trú að Samkeppniseftirlitið hefði tekið efnislega afstöðu til þess að háttsemi hans gæti aldrei komið til skoðunar á grundvelli samkeppnislaga. Því til viðbótar má nefna að í úrskurði áfrýjunarnefndar fjarskipta- og póstmála er beinlínis tekið fram að það kynni að vera heimilt að kveða á um aðgangskvaðir á grundvelli samkeppnislaga.

Samkvæmt framansögðu verður að hafna þeirri málsástæðu að framsending erindis kvartenda hafi þýðingu fyrir úrlausn málsins. Samkeppniseftirlitið hafði heimild til að taka málið til rannsóknar á grundvelli eigin mats, eins og kveðið er á um í 8. gr. samkeppnislaga.

1.2 Upplýsingar veittar öðru stjórnvaldi í öðru máli

Áfrýjandi byggir einnig á því að brotið hafi verið gegn réttinum til réttlátrar og sanngjarnrar málsmeðferðar, sbr. 6. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu, með því að Samkeppniseftirlitið hafi í rannsókn sinni stuðst við upplýsingar og gögn frá áfrýjanda er hann hafi veitt öðru stjórnvaldi í öðrum tilgangi. Þetta er nánar rökstutt með því að áfrýjandi hafi lagt sig fram um að veita Póst- og fjarskiptastofnun upplýsingar í trausti þess að sú stofnun gæti ekki lagt á refsikennnd viðurlög líkt og hér eru til umfjöllunar. Er á því byggt að áfrýjandi hefði getað átt og nýtt sér svokallaðan þagnarrétt um atriði sem hefðu getað fellt á hann sök.

Þetta mál varðar meinta misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Ágreiningur aðila snýst einkum um skilgreiningu markaðar og stöðu áfrýjanda á honum. Einnig er deilt um það hvort sú verðskrá og þau tilboð sem áfrýjandi gerði þeim sem leituðu til hans um viðskipti teljist vera ígildi sölusynjunar. Samkeppniseftirlitið byggir niðurstöður sínar ekki að neinu leyti á viðurkenningu eða huglægri afstöðu sem áfrýjandi hefur sett fram við meðferð málsins hjá Póst- og fjarskiptastofnun. Óháð málsmeðferð Póst- og fjarskiptastofnunar eru þau gögn sem

stuðst er við í rannsókn málsins og ákvörðun viðurlaga öll þess eðlis að áfrýjanda hefði verið skylt að láta Samkeppniseftirlitinu þau í té á grundvelli ákvæða um upplýsingaskyldu í IV. kafla samkeppnislaga.

1.3 Réttmætar væntingar

Áfrýjandi teflir einnig fram sjónarmiðum um réttmætar væntingar til þess að gjaldskrá sú sem um ræðir væri í samræmi við viðhorf Samkeppniseftirlitsins, en Landssíminn hafði á árinu 1998 kynnt Samkeppnisstofnun áform um forsendur í verðskrá fyrir aðgang að gagnagrunni símaskrár. Að mati áfrýjunarnefndarinnar eru þau gögn þýðingarlaus fyrir úrlausn þessa máls enda fjalla þau um óskyld atriði.

Samkvæmt framansögðu eru því engin efni til að sinna þeim málsástæðum áfrýjanda sem lúta að formhlið málsins.

2

Efnishlið málsins

2.1. Mat á markaði

2.1.1

Mál þetta fjallar um að Samkeppniseftirlitið hefur komist að þeirri niðurstöðu að áfrýjandi hafi misnotað stöðu sína á markaði til að koma í veg fyrir að honum yrði veitt samkeppni. Þau viðskipti sem málið snýst um fólust í því að fyrirtæki hugðu á samkeppni við áfrýjanda og töldu sig þurfa aðgang að gögnum sem áfrýjandi einn bjó yfir og var því ómissandi fyrir aðra samkeppnisaðila.

Gögnin urðu til með þeim hætti að áfrýjandi tók við grunnupplýsingum frá Landssíma Íslands hf. (síðar Símanum hf.) sem áður hafði einkarétt á símaþjónustu á Íslandi og hélt sömuleiðis utan um skrár um símnotendur og veitti þeim þjónustu með því að skrá heimilisföng, atvinnuheiti og annað slíkt. Eftir að löggjöf á sviði fjarskipta var endurskoðuð á árinu 2003 og innleiðing breytinga á EES-reglum tóku gildi var tekin upp sú regla að Póst- og fjarskiptastofnun skyldi tryggja að öllum notendum yrði tryggð opin símaskrá um öll símanúmer og að hægt væri að leggja kvöð um að halda slíka skrá á fyrirtæki með „umtalsverðan markaðsstyrk“, sbr. nú 3. og 4. mgr. 45. gr. fjarskiptalaga. Þar er einnig kveðið á um að unnt væri að skylda öll fjarskiptafyrirtæki til að verða við beiðnum um að láta í té viðkomandi upplýsingar „með skilmálum sem eru sanngjarnir og byggðir á kostnaði ásamt hæfilegri álagningu“.

Árið 2005 var áfrýjandi stofnaður í því skyni að halda utan um þessa starfsemi, en henni hafði áður verið sinnt innan sérstakrar deildar hjá Símanum hf. Eftir því sem fram kemur í

hinni kærðu ákvörðun keypti áfrýjandi starfsemina, og þ. á m. gagnagrunninn af Símanum hf., með kaupsamningi, dags. hinn 2. nóvember 2005. Eftir það sinnti áfrýjandi þessari starfsemi, þ.e. að varðveita gagnagrunninn, gefa út símaskrá og reka upplýsingaþjónustu, m.a. á netinu. Áfrýjandi var í störfum sínum undir þeirri kvöð, sem Síminn hf. hafði áður axlað, að veita alþjónustu. Hafði áfrýjandi einkarétt á því að nota stuttnúmerið 118.

2.1.2

Með ákvörðun í máli nr. 25/2007 skilgreindi Póst- og fjarskiptastofnun nánar þær skyldur sem hvíldu á áfrýjanda, m.a:

„Fyrirtækið skal halda utan um gagnagrunn yfir alla áskrifendur fjarskiptaþjónustu hér á landi hvort sem um er að ræða fastanetsnúmer, farsímanetsnúmer eða önnur þjónustunúmer.

...

Fyrirtækið skal veita öðrum fyrirtækjum sem veita eða koma til með að veita upplýsingaþjónustu um símanúmer eða hyggjast gefa út símaskrá aðgang að gagnagrunni yfir símanúmer á kostnaðarverði ...“

Þessari skyldu var síðan viðhaldið með annarri ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar á árinu 2011 (í máli nr. 22/2011) með breyttu orðalagi, en þeirri ákvörðun skaut áfrýjandi til úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála sem felldi hana úr gildi eins og rakið er hér að framan.

2.1.3

Bæði fyrir og eftir niðurfellingu kvaðarinnar sem að framan greinir hefur áfrýjandi haldið utan um eina heildstæða gagnagrunninn um símanúmer í landinu og ýmsar upplýsingar sem eiga við um rétthafa þeirra eins og hér verður nánar rakið.

Grunnurinn hefur verið uppfærður með því að fjarskiptafyrirtækin sjálf miðla áfram til áfrýjanda upplýsingum um nýja notendur, en jafnframt leita fyrirtæki og einstaklingar beint til áfrýjanda um breytingar og viðbótarupplýsingar sem þeir óska skráningar á, án milligöngu eða vitneskju viðkomandi fjarskiptafyrirtækis. Fjarskiptafyrirtækin hafa hvatt viðskiptavinum sína til þessa eins og fram kemur í gögnum málsins. Þá kemur fram í málinu að áfrýjandi hafi auk þess haft yfir að ráða upplýsingum, sem ekki voru öðrum tiltækar, meðal annars um leyninúmer og bannmerkingar.

Auk þessa hafði félagið eitt aðgang að númerinu 118 en því fylgdi þjónusta sem snerti m.a. deildarfyrirkomulag fyrirtækja, afgreiðslutíma þeirra, tölvupóstföng, heimasíðulén o.fl.

2.1.4

Ekki verður annað séð en að áfrýjandi hafi búið yfir verðmætum sem í eðli sínu voru þess eðlis að hann gæti bæði nýtt þau í eigin starfsemi, sem fólst í meginatriðum í því að miðla þeim áfram til neytenda fyrir þóknun og selja rétt höfum auglýsingar, og einnig virðist hafa verið gengið út frá því að þessum upplýsingum mætti miðla áfram í heild sinni gegn gjaldi. Mögulegir kaupendur að síðastnefndu þjónustunni væru þá þeir sem „veita eða koma til með að veita upplýsingaþjónustu um símanúmer eða hyggjast gefa út símaskrá“ eins og það er orðað í ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar í máli áfrýjanda nr. 25/2007. Í þeirri ákvörðun var, sem áður segir, kveðið á um skyldu áfrýjanda til að veita þessum aðilum aðgang að gagnagrunni sínum „yfir símanúmer“ og sú kvöð gildi til ársins 2011.

Af þessum sökum virðast engin sérstök vandkvæði á því að slá því föstu að til staðar hafi verið mögulegur markaður með fjárhagsleg verðmæti sem varðaði gagnagrunninn og sem lotið gat lögmálum framboðs og eftirspurnar. Eftirspurnin kom og fram, þegar Miðlun ehf. og Loftmyndir ehf., leituðu eftir viðskiptum við áfrýjanda. Þjónustumarkaðurinn er því í raun aðgangur að gagnagrunni eins og honum er lýst í kafla 2.1.3 í þeim tilgangi að nýta hann við endursölu til neytenda. Með því yrði efnt til samkeppni við áfrýjanda á því sviði sem hér ræðir um. Enginn annar aðili bjó yfir slíkum gagnagrunni. Að mati áfrýjunarnefndarinnar eru haldlausar þær málsástæður áfrýjanda að bera starfsemi hans – að því leyti sem þetta mál snýst um – við aðra auglýsendur eða leitarvélar á netinu á borð við Google svo og ýmsa samfélagsmiðla sem skrá símanúmer. Málið snýst um annað sölustig og annan markað sem áður er gerð grein fyrir og hefur verið áfrýjanda ljós.

Við þetta bætist síðan að áfrýjandi og forveri hans bjóða þjónustu á þeim markaði sem Samkeppniseftirlitið leggur til grundvallar í málinu eins og ráða má af ákvörðun Samkeppnisráðs í máli nr. 5/1999 og síðari upplýsingum, m.a. varðandi tilboð áfrýjanda til málshefjenda.

2.1.5

Álitamál er að mati áfrýjunarnefndarinnar hvort sjónarmið varðandi staðgöngu breyti niðurstöðunni um skilgreiningu markaðar. Áfrýjandi hefur byggt á því að hægt sé að afla sömu þjónustu eða verðmæta með því að semja við öll fjarskiptafyrirtækin um að fá upplýsingar um þeirra viðskiptavini. Þetta sé það sem áfrýjandi sjálfur geri og því sé ókleift að einskorða markaðsskilgreininguna við þann gagnagrunn sem áfrýjandi hefur sjálfur byggt upp.

Sérstaða gagnagrunns áfrýjanda á meintu brotatímabili fólst í því að þar var um að ræða eina heildstæða grunninn um símanúmer. Ef eingöngu er litið til símanúmeranna er því haldið

fram að ekki hafi verið neinum sérstökum vandkvæðum bundið fyrir aðra, sem ætluðu sér í samkeppni við áfrýjanda, að búa til sams konar grunn. Það fær hins vegar ekki staðist því fram er komið í málinu að símafyrirtækin ætluðust til þess að breytingar á skráningum væru tilkynntar til áfrýjanda og þau stuðluðu þannig að því að ekki gat orðið raunveruleg staðganga að því leyti. Þá skiptir máli úthlutun á númerinu 118 á þeim tíma sem um ræðir. Þar við bætist að uppbygging að sambærilegum gagnagrunni við þessar aðstæður hefði orðið svo kostnaðarsöm að ekki hafi verið um raunhæfan valkost að ræða.

Markaður málsins er því heildsöluaðgangur að gagnagrunni um símanúmer hér á landi.

2.2. Markaðsráðandi staða

Áfrýjandi mótmælir því að hann hafi verið í markaðsráðandi stöðu. Eins og áður er rakið er ljóst að í því fólust veruleg viðskiptaleg verðmæti að ráða yfir gagnagrunninum. Hann var nýttur í viðskiptalegum tilgangi á meintu brotatímabili. Það gerði áfrýjandi sjálfur og auk þess bauð hann öðrum aðgang gegn gjaldi og var á hluta tímabilsins undir kvöð um að veita slíkar upplýsingar á kostnaðarverði. Þá kemur fram í málinu að gerðir voru samningar við nokkra stórnotendur um beinan aðgang að gagnagrunni símaskrár, s.s. við [.....]¹ o.fl.

Hér að framan er komist að þeirri niðurstöðu að um sérstakan markað hafi verið að ræða. Af gögnum málsins má ráða að bæði áfrýjandi og eigendur félagsins töldu að þar væri um ráðandi stöðu að ræða. Þegar núverandi eigendur félagsins (m.a. þáverandi og núverandi framkvæmdastjóri) keyptu allt hlutafé seinni hluta árs 2010 af Skiptum hf. kom fram í kynningu meðfjárfesta (meirihluta eiganda frá 2010) í umfjöllun um „Helstu áhættuþætti“ undir liðnum „Ný samkeppni“ að reynt hafi verið að keppa við já.is áður en án árangurs og að 1818 sé nú hluti af já.is. Á sama stað er því lýst að gagnagrunnur félagsins sé verðmætasta eign þess.

Ljóst er að við samningaviðræður um kaup var byggt á því að Skipti hf. (sem eigandi Símans hf.) hefðu tök á því að hindra aðra í samkeppni við áfrýjanda. Í tölvupósti starfsmanns Auðar Capital til fjárfestingarráðs sem ber yfirskriftina „lokaákvörðun“, dags. hinn 5. nóvember 2010 segir um væntanlega samninga:

„Kaupsamningur við Skipti felur í sér vilyrði um langtímasamning og skuldbindingu um að afhenda ekki öðrum skráningargögn, stofna ekki sambærilegt félag eða aðstoða aðra við að gera slíkt“

¹ Trúnaðarupplýsingar

Í lögfræðilegri áreiðanleikakönnun sem unnin var að beiðni væntanlegra kaupenda (þ.e. Auðar I, fagfjárfestasjóðs) og dagsett er í nóvember 2010 segir m.a. í kafla þar sem athygli væntanlegra fjárfesta er vakin á sérstökum atriðum:

„[.....]“²

Í sömu áreiðanleikakönnun er fjallað um gagnagrunninn með eftirfarandi hætti:

„[.....]“³

Síðar í sama skjali var vikið sérstaklega að samkeppnisréttarlegum álitaeftum og sagt:

„[.....]“⁴

Fram kemur í hinni lögfræðilegu áreiðanleikakönnun að byggt var á upplýsingum frá áfrýjanda um markaðsstöðu og helstu áhættuþætti. Þótt könnunin bindi ekki áfrýjanda þá er ljóst að stjórnendum og eigendum áfrýjanda átti að vera kunnugt um efni áreiðanleikakönnunarinnar þegar gengið var til samninga um endanleg kaup hinn 5. nóvember 2010.

Kaupin gengu þannig fyrir sig að dótturfélag Skipta hf. seldi þá nýstofnuðu einkahlutafélagi að nafni OUI ehf. alla hluti í áfrýjanda. Kaupsamningur er undirritaður hinn 5. nóvember 2010 og sama dag er undirritaður hluthafasamningur eigenda OUI ehf. (sem í samningnum er nefnt Bidco). Í hluthafasamningnum kemur fram að [.....]⁵.

Í 8. gr. áðurnefnds kaupsamnings frá 5. nóvember 2010 um alla hluti í áfrýjanda á milli dótturfyrirtækis Skipta hf. og OUI ehf. segir m.a.:

„Jafnframt skuldbindur seljandi sig til þess að hefja ekki rekstur á því sviði sem félagið er starfrækt á, og/eða til að taka ekki þátt í rekstri, aðstoða á neinn hátt við rekstur sem telst vera í samkeppni við félagið að gera samning við þriðja aðila um afhendingu á skráningargögnum, á næstu fjórum árum frá undirritun samnings þessa.“

Við munnlegan málflutning málsins fyrir áfrýjunarnefnd voru forsvarsmenn áfrýjanda spurðir um það hvernig þetta ákvæði gæti samrýmst þeirri málsvörn að allir

² Trúnaðarupplýsingar

³ Trúnaðarupplýsingar

⁴ Trúnaðarupplýsingar

⁵ Trúnaðarupplýsingar

samkeppnisaðilar hefðu getað keypt skráningargögn frá símafyrirtækjunum. Töldu forsvarsmennirnir að ákvæðinu hefði aldrei verið beitt og að Síminn hf., sem er innan Skiptasamstæðunnar, hefði þvert á móti boðið aðilum aðgang að skráningarupplýsingum gegn hagstæðum kjörum.

Þegar litið er á þessi gögn í heild sinni er enginn vafi á því að markmið 8. gr. kaupsamningsins var að varðveita verðgildi gagnagrunnsins með því, a.m.k. tímabundið, að torvelda öðrum að byggja sambærilegan grunn upp, enda hlutu samningar keppinauta við Símann hf. að vera algjör forsenda fyrir því að hefja mætti samkeppni. Ekki verður heldur fram hjá því litið að fram til ársloka 2013 voru [.....].⁶ Þeim átti, sem hluthöfum í OUI ehf., að vera kunnug varnaðarorð hinnar lögfræðilegu áreiðanleikakönnunar.

Þótt að í þessu máli sé ekki byggt á því af hálfu Samkeppniseftirlitsins að umrætt ákvæði kaupsamningsins feli í sér sjálfstætt brot gegn samkeppnislögum veitir það vísbendingu um viðhorf hluthafa og stjórnenda áfrýjanda til stöðu áfrýjanda á markaði og hvaða skyldur hvíldu á áfrýjanda sem markaðsráðandi aðila. Þessa stöðu var síðan reynt að tryggja þegar kaupsamningar voru gerðir með hluti í áfrýjanda.

Samkvæmt framansögðu, og með vísan til forsendna ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins er það niðurstaða áfrýjunarnefndarinnar að áfrýjandi hafi verið í markaðsráðandi stöðu. Áfrýjanda var það vel ljóst og var umhugað um að vernda þá stöðu.

2.3. Um misnotkun hinnar markaðsráðandi stöðu

2.3.1. Almenn um túlkun 11. gr.

Kemur þá til skoðunar hvort að aðstaðan hafi verið misnotuð í skilningi 11. gr. samkeppnislaga sem kveður á um bann við aðgerðum sem raskað geta þeirri „*eðlilegu samkeppni sem ríkir á tilteknum markaði*“. Í úrskurðum áfrýjunarnefndar um túlkun 11. gr. hefur verið vísað til 1. gr. laganna sem fjallar um þau markmið laganna að koma meðal annars í veg fyrir skaðlega fákeppni og auðvelda aðgang nýrra keppinauta að markaðnum. Rík skylda hvílir því á markaðsráðandi aðilum að beita ekki stöðu sinni til að bregðast við samkeppni smærri eða nýrra aðila með öðru en eðlilegum rekstrarlegum ráðstöfunum.

2.3.2 Ómissandi aðstaða

Þetta mál snýst um þá hlið misnotkunar á markaðsráðandi stöðu sem getur falist í ólögmati sölusynjun og ómissandi aðstöðu. Hinn markaðsráðandi aðili býr þá yfir aðstöðu sem

⁶ Trúnaðarupplýsingar

keppinautar geta ekki verið án. Sú aðstaða getur verið ómissandi vegna ástæðna af tæknilegum, lagalegum og efnahagslegum toga.

Hér að framan er komist að þeirri niðurstöðu að áfrýjandi hafi verið í markaðsráðandi stöðu, en hún fólst í yfirráðum hans á heildstæðum og einstökum gagnagrunni á þeim tíma sem meint brot stóðu yfir. Þessi staða átti að vera áfrýjanda ljós, enda er meðal annars vísað til hennar í samráðsskjali Póst- og fjarskiptastofnunar frá 16. maí 2007 um útnefningu á alþjónustuaðila, með þeim orðum að ekki sé hægt að koma sér upp slíkum grunni og að sú staða sé „ómissandi fyrir þá sem vilja starfrækja miðlun upplýsinga um símanúmer til endanotenda.“

Að mati áfrýjunarnefndarinnar var áfrýjanda í þessu ljósi skylt að verða við beiðnum nýrra keppinauta um aðgang sem gat rutt brautina fyrir samkeppni. Viðskiptakjörin fyrir slíkt þurftu að vera sanngjörn m.a. með hliðsjón af því ekki hvílir skylda á markaðsráðandi aðila að niðurgreiða starfsemi samkeppnisaðila eða tapa beinlínis fjármunum í slíkum viðskiptum.

2.3.3 Voru söluþilboð áfrýjanda í raun ólögæt synjun?

Eins og rakið er í hinni kærðu ákvörðun þarf að meta hvort þau kjör sem áfrýjandi bauð Miðlun ehf. og Loftmyndum ehf. hafi í raun falið í sér synjun á aðgangi að hinni ómissandi aðstöðu, eins og þau fyrirtæki hafa haldið fram. Áfrýjandi hefur haldið því fram að verðskrá hans og verðtilboð fyrir aðgang að grunninum hafi einungis falið í sér endurgjald fyrir eðlilegt hlutfall raunkostnaðar af rekstri grunnsins. Verðtilboðin tóku þó nokkrum breytingum á tímabilinu og að nokkru er deilt um hvers konar þjónusta var í boði, þ.e. uppflettiþjónusta eða afritun grunnsins í eitt skipti, ellegar hvort tveggja.

Ný verðskrá var tekin upp í nóvember 2011 og virðist hún hafa byggt á þeirri forsendu að þeir sem ætluðu sér að fá aðgang að gagnagrunninum myndu greiða sem svaraði til skráningarverðs fjarskiptafyrirtækjanna ([xx]⁷ kr. pr. skráningu) að viðbætti 25% álagningu ([xx]⁸ kr.).

Í málinu liggja fyrir gögn um kostnaðagreiningu Póst- og fjarskiptastofnunar sem fela það í sér að gjald fyrir hverja flettingu í gagnagrunninum í gegnum síma ætti að vera rúm ein króna. Einnig kemur fram að áfrýjandi hafi ekki vefengt þessa greiningu út af fyrir sig, þ.e. hinn árlega rekstrarkostnað gagnagrunnsins. Í málinu liggja fyrir tvö tilboð um aðgang að gagnagrunninum til fyrirtækisins Ísgraf ehf. Hið fyrra er frá 27. maí 2009 og er þar boðin annars vegar aðgangur að gagnagrunninum í heild sinni fyrir fast gjald 38,9 milljónir króna og hins vegar „beintenging við gagnagrunn með uppflettingum“ og var „fyrst og fremst

⁷ Trúnaðarupplýsingar

⁸ Trúnaðarupplýsingar

hugsaður fyrir upplýsingagjöf í síma á internetinu“ eins og það er orðað í tilboðinu. Ekki er hægt að skilja tilboðið öðruvísi en svo að fyrrnefndi kosturinn feli í sér gjald í eitt skipti fyrir allan gagnagrunninn en að uppfærslur séu þá í verkahring kaupanda, eða þurfi að semja sérstaklega um. Síðarnefndi kosturinn felur hins vegar í sér beinlínuaðgang (uppflettingar) og var þá hægt að velja um fast mánaðargjald að fjárhæð rúmlega ein milljón króna, ellegar greiðslu fyrir hverja uppflettingu að fjárhæð kr. 41 pr. Þó þannig að lágmarks mánaðargjald væri um 145 þúsund krónur. Við bættist síðan stofngjald að fjárhæð 390 þúsund krónur. Í skýringum með tilboðinu sagði að verðlagningin miðaðist við „annars vegar kostnað við að veita umrædda þjónustu sem og þann virðisauka sem notkun umrædds gagnagrunns skapar“.

Í síðara tilboðinu til Ísgrafs ehf., sem er dagsett hinn 10. janúar 2011, var ekki minnst á afritun gagnagrunnsins í heild sinni, heldur var nú einungis miðað við beinlínutengingu við gagnagrunninn og var annars vegar hægt að velja fast gjald sem var ein milljón króna á mánuði fyrir upplýsingagjöf í síma og 3,1 milljón króna á mánuði fyrir upplýsingagjöf á internetinu. Hins vegar var í boði gjald fyrir hverja uppflettingu sem var 42 kr. auk vsk. fyrir síma og 125 kr. auk vsk. fyrir internetið. Stofngjaldið var hér komið í 590 þúsund krónur.

Einnig hafði áfrýjandi gert Miðlun ehf. tilboð hinn 6. desember 2010 sem er með sömu skilmálum og síðarnefnda tilboðið til Ísgrafs ehf.

Í samningsskilmálum og verðskrá sem fylgdu bréfi áfrýjanda til Samkeppniseftirlitsins þann 28. nóvember 2011 var „atvinnuaðgangur – aðgangur í atvinnuskyni“ skilgreindur þannig að hægt væri að kaupa grunnskráningar í kerfið allt fyrir um 27 milljónir króna og síðan yrði greitt fyrir uppfærslur í formi mánaðar eða árgjalds þannig að árið kostaði um 9 milljónir og hver mánuður 750 þúsund krónur.

2.3.4 *Kostnaður*

Þegar metið er hvort áskilið endurgjald fyrir aðgang að gagnagrunninum sé eðlilegt skipta nokkur atriði máli: Í fyrsta lagi er ljóst að áfrýjandi hefur lagt í stofnkostnað, í öðru lagi fellur til rekstrarkostnaður og í þriðja lagi kann að vera sérstakur kostnaður því fylgjandi að veita þriðja aðila aðgang. Að síðustu er óhjákvæmilegt að hafa í huga að uppfæra þarf og endurnýja kerfin vegna tíðra tæknilegra framfara.

Í málinu liggja fyrir samningar við fjarskiptafyrirtækin um aðgang áfrýjanda að upplýsingum um viðskiptavini þeirra, t.d. samningur á milli Nova ehf. og áfrýjanda frá 14. nóvember 2007 þar sem fram kemur að áfrýjandi greiddi [xx]⁹ kr. án vsk. fyrir hverja skráningu viðskiptavinar Nova ehf. í gagnagrunninn sem Nova ehf. veitti upplýsingar um. Sömu kjör

⁹ Trúnaðarupplýsingar

woru í samningum áfrýjanda og Vodafone ehf. frá 26. janúar 2006. Á tímabilinu sem um ræðir hækkuðu þessi gjöld í [xx]¹⁰ kr. fyrir hvern viðskiptavin sem veittar voru upplýsingar um. Þessi gjöld eru hluti rekstrarkostnaðar við grunninn.

Í „fyrirhugaðri“ ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar frá 2011 er gerð ítarleg grein fyrir fjárbindingu í gagnagrunninum og rekstrarkostnaði hvers árs miðað við forsendur sem áttu við í rekstri fyrirtækisins. Þar er komist að þeirri niðurstöðu að árlegur kostnaður nemi um 70,1 milljón króna (þar af er kostnaður vegna fjárbindingar miðað við veginn fjármagnskostnað 12,4 milljónir króna).

Í bréfi áfrýjanda til Póst- og fjarskiptastofnunar frá 27. janúar 2011 er beitt annarri aðferðarfræði við að meta rekstrarkostnað gagnagrunnsins sem skilar niðurstöðunni 69,8 milljónir króna. Er þar ekki tekið tillit til fjármagnskostnaðar við fjárbindingu í grunninum og ennfremur dregnar frá sértækar rekstrartekjur við grunninn (u.þ.b. 20 milljónir að jafnaði).

Hvað sem hinni mismunandi aðferðarfræði líður virðist mega leggja til grundvallar að starfræksla grunnins hafi kostað á bilinu 70-90 milljónir króna á ári á því tímabili sem um ræðir.

2.3.5 Verðskrá og tilboð áfrýjanda - tekjur

Í áður nefndu skjali Póst- og fjarskiptastofnunar er það dæmi tekið að ef aðili sem hefði gengið að þágildandi verðskrá áfrýjanda hefði náð 10% markaðshlutdeild í uppfléttingum hefði hann þurft að greiða áfrýjanda 193 milljónir króna vegna uppfléttinga fyrir upplýsingar veittar í síma en 580 milljónir króna vegna uppfléttinga á internetinu.

Í athugasemdum sínum við andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins gerir áfrýjandi nánari grein fyrir því hvernig ætlað var að verðskrá hans virkaði. Telur hann framangreinda röksemdafærslu Póst- og fjarskiptastofnunar um ætlaðar tekjur byggða á misskilningi:

„Eldri verðskrá félagsins, sem og hin nýja byggði á þeirri grunnhugmynd að endursöluviðskiptavinur myndi afrita gögn úr gagnagrunni Já og nýta við útgáfu og rekstur eigin miðla, líkt og Já gerir sjálft. Með beintengingu við gagnagrunn Já gæti endursöluviðskiptavinurinn síðan uppfært gögnin reglulega.“

Einnig hefur áfrýjandi bent á að útreikningar Póst- og fjarskiptastofnunar tóku ekki mið af því að í boði var fast mánaðargjald óháð fjölda uppfléttinga.

Taka verður undir það með áfrýjanda að ekki væri málefnalegt að beita sömu aðferð og Póst- og fjarskiptastofnun gerði við að áætla þær tekjur sem áfrýjandi hefði haft af viðskiptum á grundvelli gjaldskrár sinnar. Nærtækara er að miða við hið fasta mánaðargjald sem hámark tekna.

¹⁰ Trúnaðarupplýsingar

Málflutningur áfrýjanda hefur gengið út á að í raun hafi heldur aldrei verið í boði beinlínuaðgangur með þeim hætti að þeir sem vildu keppa við áfrýjanda gætu eftir þörfum sótt upplýsingar í rauntíma. Sá málflutningur virðist þó beinlínis í andstöðu við verðskrár áfrýjanda þar sem rætt er um að greitt sé eftir „uppflettifjölda“ og skilgreind er „beintenging“. Einnig er gerður fyrirvari um að það þurfi „með sannanlegum hætti að vera mögulegt að halda utan um fjölda uppflettinga til að þessi leið sé notuð“.

Það verður því að leggja til grundvallar að það hafi verið ætlan áfrýjanda að taka gjald af viðskiptavinum sínum eftir fjölda „uppflettinga“ í beinlínusambandi, enda hefði vart annars verið nokkur þörf á því að halda utan um fjölda uppflettinga eða gera fyrirvara um að það væri unnt.

Verður að ætla að kostnaður viðsemjenda áfrýjanda hefði því verið miðaður við fjölda uppflettinga, ellegar það fastagjald sem sett var upp sem valkostur „óháð uppflettifjölda“ líkt og segir í tilboðum og verðskrár áfrýjanda. Hver sem skoðun áfrýjanda er á efni tilboða sinna nú skiptir mestu máli hvernig lesa mátti þau samkvæmt orðanna hljóðan. Málið snýst um hvernig væntanlegir samkeppnisaðilar máttu skilja gögnin enda getur áfrýjandi ekki losnað frá skyldum sínum með því að setja fram óskýr tilboð.

2.3.6 Sölusynjun í raun?

Hér að framan er komist að þeirri niðurstöðu að leggja megi til grundvallar að kostnaður vegna gagnagrunnsins hafi numið 70-90 milljónum króna á ári í rekstri áfrýjanda. Sú þóknun sem áfrýjandi áskildi sér fyrir aðgang að grunninum er að sumu leyti óljós því verðskrá var háð því magni sem væntanlegur samkeppnisaðili hefði haft þörf fyrir. Um það magn liggur ekkert haldbært fyrir í málinu. Hvað sem því líður er ekki hægt að miða við hærri greiðslur en hið fasta hámarksgjald gerði ráð fyrir. Á því tímabili var hið fasta árgjald (að frátöldu gjaldi vegna símaskrár) á bilinu 22-33,5 milljónir króna á ári.

2.3.7 Niðurstaða um verðlagningu sem misnotkun á markaðsráðandi stöðu

Viðurkennt er í samkeppnisrétti að það geti verið misnotkun á markaðsráðandi stöðu að synja um aðgang að gæðum sem eru nauðsynleg til að efna til samkeppni við þann sem hefur yfir þeim gæðum að ráða. Til viðbótar beinni sölusynjun getur hér fallið undir verðlagning eða fyrirkomulag á sölu sem hefur sömu áhrif. Í þessu máli heldur Samkeppniseftirlitið því fram að verðlagning og fyrirkomulag á verðskrá áfrýjanda hafi leitt til þess að mögulegir samkeppnisaðilar hafi hrokkið undan sökum þess að verðið var of hátt til að raunhæft væri að hætta sér inn á markaðinn sem áfrýjandi var í ráðandi stöðu á.

Aðila í markaðsráðandi stöðu er almennt ekki bannað að bregðast við samkeppni eða verðleggja vörur sínar með hámarksarðsemi að leiðarljósi. Sönnunarbyrðin um að

verðlagning hafi verið óhófleg miðað við aðstæður og til þess fallin að koma í veg fyrir viðskipti hvílir á Samkeppniseftirlitinu. Þótt upplýsingagjöf áfrýjanda og skýringar hans á verðskrá sínum séu um sumt misvísandi, og vísbendingar um huglæga afstöðu forsvarsmanna áfrýjanda til að takmarka samkeppni liggja fyrir, leysir það ekki Samkeppniseftirlitið undan því að færa fram sönnun þess að misnotkun hafi átt sér stað.

Þegar metið er hvort verðlagning hafi verið óhófleg og falið í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu getur ýmislegt veitt vísbendingu þar um. Nærtækt er að styðjast við kostnaðarverð og tíðkanlega álagningu. Á hinn bóginn gerir hinn frjálsi markaður ráð fyrir því að eðlilegt verð geti einnig ráðist af öðrum þáttum, einkum framboði og eftirspurn. Einnig getur samanburður við aðra verðlagningu viðkomandi fyrirtækis og meðalframlegð í rekstri veitt vísbendingu um hvaða kröfur fyrirtæki gerir sjálft almennt til framlegðar af sölu. Það fer síðan eftir eðli rekstrar hvaða framlegð getur talist eðlileg. Sem dæmi má taka að fyrirtæki sem stunda mikla þróunarvinnu og nýsköpun þurfa hærri framlegð af fullbúnum vörum til að standa undir öðrum rekstri sem ekki skapar tekjur. Mat á slíkum þáttum þarf því að fara fram.

Í þessu máli háttar þannig til að áfrýjandi aflar sér „hráefnis“ frá fjarskiptafyrirtækjunum, eykur virði þess í eigin starfsemi og nýtur tekna á næsta sölustigi. Þær tekjur duga fyrir öllum kostnaði enda hefur framlegð úr rekstri áfrýjanda verið góð. Viðbótarkostnaðurinn (þ.e. raunáhrif á rekstur áfrýjanda) af því að afhenda væntanlegum samkeppnisaðilum upplýsingarnar er því væntanlega mun minni en sú þóknun sem hann krefst fyrir aðgang að upplýsingunum. Á móti kemur hins vegar að samkeppnisaðili hins markaðsráðandi aðila getur ekki fortakslaust átt rétt á því að greiða einungis þóknun eða verð sem tæki aðeins mið af slíkum viðbótarkostnaði. Með því móti væri samkeppnisstaða skekkt því samkeppnisaðilinn myndi þá ekki greiða sama verð fyrir hráefni né taka þátt í kostnaði, þ.m.t. við framþróun, eða áhættu við að auka virði hráefnisins, sem eru í þessu tilviki hrágögn í gagnagrunninn.

Ágreiningur Samkeppniseftirlitsins og áfrýjanda um verðlagningu liggur því í mismunandi viðhorfi til þess hvaða forsendur skuli leggja til grundvallar þegar metið er hæfilegt verð. Áfrýjandi hefur lagt fram gögn og fært fram rök fyrir sínum ákvörðunum sem í grunninn byggja á því að væntanlegir samkeppnisaðilar sitji við sama borð og hann sjálfur þegar kemur að því að afla aðfanga til reksturs síns.

Í hinni kærðu ákvörðun er byggt á því að þessi aðferð áfrýjanda sé röng, en einnig er verðlagningin borin saman við sambærilegan grunn í Bretlandi. Auk þess byggir Samkeppniseftirlitið á því að mun lægri verðlagning til annarra, sem ekki ætluðu sér í

samkeppni við áfrýjanda, sýni að verðið til væntanlegra samkeppnisaðila hafi verið ómálefnalega ákvarðað.

Að því er varðar samanburðinn við Bretland er ljóst að aðstæður hjá OSIS gagnagrunninum eru gjörólíkar því sem var til staðar hjá áfrýjanda. Ekkert kemur heldur fram í hinni kærðu ákvörðun um forsendur fyrir kostnaði eða hvort sá aðili nýtti sér grunninn í eigin rekstri á næsta sölustigi. Ekki verður því stuðst við þennan samanburð sem haldbærar röksemdir um verðlagningu áfrýjanda.

Samkeppniseftirlitið hefur ekki lagt í sjálfstæða rannsókn eða lagt mat á kostnaðargrunn áfrýjanda eða útlistað með neinni nákvæmni hvernig réttara væri að ákvarða endurgjald til handa áfrýjanda en gert var í hinum umdeildu verðskrá og tilboðum. Að talsverðu leyti er stuðst við það álit Póst- og fjarskiptastofnunar, sem fram kom í drögum að úrskurði sem aldrei tók gildi vegna annarra atvika. Þetta álit felur þó ekki í sér fullar sönnur þess að verð það sem áfrýjandi bauð hafi verið óréttmætt, en einnig virðist áfrýjunarnefndinni að þar hafi tekjumöguleikar sem fólust í gjaldskrá áfrýjanda verið ofmetnir, eins og vikið er að hér að framan.

Í ljósi þess að ákvörðun um að leggja á háa fjársekt felur í sér refsikennd viðurlög verður að virða þann vafa sem uppi er í málinu áfrýjanda í hag. Sú sönnunarbyrði sem hvílir á Samkeppniseftirlitinu hefur að mati áfrýjunarnefndarinnar ekki verið öxluð með þeim rökstuðningi sem að framan greinir.

3.

Samantekt

Áfrýjunarnefndin hefur komist að þeirri niðurstöðu að áfrýjandi hafi verið markaðsráðandi á tilteknum markaði sem Samkeppniseftirlitið afmarkaði réttilega.

Málsástæður áfrýjanda sem lúta því að gagnagrunnur hans sé háður höfundarrétti og persónuverndarreglum hafa enga þýðingu, enda var aðgangurinn boðinn og veittur öðrum án tillits til þeirra reglna.

Einnig liggur fyrir að mati áfrýjunarnefndarinnar að við kaup á hlutum í áfrýjanda var beinlínis gert ráð fyrir því að Síminn hf. tæki þátt í því með áfrýjanda að hamla tilraunum til að keppa við áfrýjanda. Þau áform, ef af hefði orðið, hefðu falið í sér alvarlegt brot gegn samkeppnisreglum. Gögn málsins bera því með sér að skapaðar hafi verið aðstæður fyrir brot gegn 11. gr. samkeppnislaga.

Þrátt fyrir þetta stendur málið og fellur með því hvort áfrýjandi hafi í reynd synjað um aðgang að gagnagrunni sínum með því að setja upp verð sem teldist óhóflegt og ómálefnalegt. Í hinni kærðu ákvörðun eru lögð á refsikennd viðurlög. Mat á réttarheimildum og sönnunaraðstöðu verður að skýra í því ljósi. Samkeppniseftirlitið lagði ekki sjálfstætt mat á kostnaðargrunn og hæfilegt endurgjald við endursölu eða aflaði fullnægjandi gagna þar um miðað við þau sjónarmið sem vikið er að í köflum 2.3.4 og 2.3.7 hér að framan. Miðað við þessa niðurstöðu og eins og málið liggur fyrir þykir því rétt að fella hina kærðu ákvörðun úr gildi í heild sinni.

Úrskurðarorð.

Hin kærða ákvörðun er felld úr gildi.

Reykjavík, 23. mars 2015

Jóhannes Karl Sveinsson, formaður

Anna Kristín Traustadóttir

Stefán Már Stefánsson