

ÁFRÝJUNARNEFND SAMKEPPNISMÁLA

Úrskurður í máli nr. 1/2020

Síminn hf.

gegn

Samkeppniseftirlitinu

I

Hin kærða ákvörðun og kröfur málsaðila

Með kæru, dags. 24. júní 2020, hefur Síminn, hér eftir nefndur áfrýjandi, kært ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 25/2020 frá 28. maí 2020, þess efnis að áfrýjandi hefði brotið gegn tilteknum skilyrðum í sáttum áfrýjanda við Samkeppniseftirlitið frá 23. janúar 2015 og 15. apríl sama ár og var áfrýjanda gert að greiða stjórnvaldssekt að fjárhæð 500 milljónir króna vegna ætlaðra brota á skilyrðum fyrrgreindra satta. Ákvörðunarorð hinnar kærðu ákvörðunar eru svohljóðandi:

„Síminn hf. hefur við sölu á sjónvarpsrásinni Símanum Sport með Enska boltanum í gegnum Heimilispakka Símans brotið gegn eftirfarandi skilyrðum í sáttum þess við Samkeppniseftirlitið:

3. gr. skilyrða í sátt frá 15. apríl 2015, sbr. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 20/2015,

19. gr. skilyrða í sátt frá 23. janúar 2015, sbr. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 6/2015, og

20. gr. skilyrða í sátt frá 23. janúar 2015, sbr. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 6/2015.

Með heimild í samkeppnislögum skal Síminn greiða stjórnvaldssekt sem nemur 500 milljónum króna. Sektin skal greiðast í ríkissjóð eigi síðar en mánuði frá dagsetningu þessarar ákvörðunar, sbr. 2. mgr. 37. gr. samkeppnislaga.“

Áfrýjandi krefst þess aðallega að hin kærða ákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 28. maí 2020 verði felld úr gildi. Til vara gerir áfrýjandi þá kröfu að sektir verði felldar niður eða lækkaðar verulega.

Samkeppniseftirlitið krefst þess að hin kærða ákvörðun verði staðfest.

II

Málsmeðferð hjá Samkeppniseftirlitinu

Á grundvelli tveggja erinda frá Sýn hf., dags. 6. mars 2019 og 3. maí 2019, tók Samkeppniseftirlitið til athugunar hvort áfrýjandi hefði mögulega brotið gegn tilteknum ákvæðum í sáttum Símans hf. við Samkeppniseftirlitið frá 23. janúar 2015 og 15. apríl 2015, sbr. ákvarðanir Samkeppniseftirlitsins nr. 6/2015 og 20/2015. Í fyrrgreindum erindum Sýnar hf. var því haldið fram að áfrýjandi væri að misnota markaðsráðandi stöðu sína með samtvinnun á netþjónustu og sjónvarpsþjónustu annars vegar og með synjun á heildssöluáðgangi að sjónvarpsefni hins vegar.

Áfrýjandi kom sjónarmiðum sínum á framfæri við Samkeppniseftirlitið m.a. með bréfum, dags. 29. maí 2019, 2. júní 2019 og 5. júlí 2019. Áfrýjandi mótmælti því að hafa með markaðssetningu og fyrirhuguðu fyrirkomulagi við sölu á Enska boltanum brotið gegn skilyrðum í fyrrgreindum sáttum við Samkeppniseftirlitið. Einnig var því mótmælt að áfrýjandi væri markaðsráðandi og að um brot á 11. gr. samkeppnislaga gæti verið að ræða.

Það var mat Samkeppniseftirlitsins við upphaf rannsóknarinnar að það byggi ekki yfir nægum upplýsingum til þess að unnt væri að slá því föstu að skilyrði 3. mgr. 16. gr. samkeppnislaga um töku bráðabirgðaákvörðunar ætti við. Hins vegar væri

tilefni til að senda áfrýjanda frummat varðandi stöðu áfrýjanda á mögulegum samkeppnismörkuðum og meint brot á skilyrðum áður nefndra sáttu og 11. gr. samkeppnislaga.

Frummat Samkeppniseftirlitsins í málinu var sent áfrýjanda og Sýn hf. þann 23. júlí 2019 og Nova hf. þann 19. september 2019. Þar kom meðal annars fram að Samkeppniseftirlitið teldi að áfrýjandi kynni að hafa brotið gegn tilgreindum ákvæðum í sáttum sem áfrýjandi hafði gert við Samkeppniseftirlitið þann 23. janúar 2015 og 15. apríl 2015, sbr. ákvarðanir Samkeppniseftirlitsins nr. 6/2015 og 20/2015. Var talið að fyrirhuguð sala áfrýjanda á Enska boltanum, sem hluta af Heimilispakka Símans og Sjónvarpi Símans Premium, fæli í sér samvinnun eða verðlagningu sem mögulega mætti jafna til slíkrar háttsemi sem færi gegn tilgreindum skilyrðum í áður nefndum sáttum. Þá var talið að synjun áfrýjanda á heildsöluáðgangi að Enska boltanum bæri einkenni ólögmætrar sölusynjunar sem færi gegn 11. gr. samkeppnislaga. Auk þess væru til staðar vísbendingar um að vöndun áfrýjanda með Enska boltann færi mögulega í bága við 11. gr. samkeppnislaga og 54. gr. EES samningsins.

Samkeppniseftirlitið gaf áfrýjanda, Sýn hf. og Nova hf., kost á því að veita umsögn um frummatið. Engin umsögn barst frá Nova hf. Í umsögn Sýnar hf., dags. 16. ágúst 2019, kom m.a. fram að fyrirtækið væri í öllum atriðum sammála greiningu Samkeppniseftirlitsins á meintum brotum áfrýjanda á fyrr nefndum sáttum og 11. gr. samkeppnislaga. Þá kom einnig fram í umsögninni að Sýn hf. hefði náð samkomulagi við áfrýjanda um heildsölu og endursölu á Enska boltanum frá og með 7. ágúst 2019 og með því væri búið, að minnsta kosti til bráðabirgða, að binda enda á hina meintu ólögmætu sölusynjun áfrýjanda hvað varðaði Enska boltann.

Með bréfi, dags. 4. september 2019, sendi áfrýjandi athugasemdir sínar við frummat Samkeppniseftirlitsins. Taldi áfrýjandi að frummatið væri byggt á röngum forsendum, bæði varðandi ætluð áhrif Enska boltans svo og varðandi fyrirkomulag viðskipta á markaðnum, þar sem áfrýjandi hefði m.a. ákveðið umfram skyldu að verða við kröfu um heildsöluviðskipti. Áfrýjandi hafnaði því að hafa beitt ólögmætri samvinnun þar sem hann væri ekki markaðsráðandi á rétt skilgreindum mörkuðum málsins og háttsemin væri auk þess ekki til þess fallin að hafa útilokunaráhrif. Þá var bent á að viðskiptavinir áfrýjanda gætu keypt alla

Þjónustu áfrýjanda staka og þegar af þeirri ástæðu væri ekki um samtvinnun að ræða. Gerði áfrýjandi kröfu um að fallið yrði frá frummatinu og rannsókn Samkeppniseftirlitsins vegna málsins yrði hætt.

Með bréfi Samkeppniseftirlitsins, dags. 20. desember 2019, var áfrýjanda sent andmælaskjal sem gefið var út í samræmi við 4. mgr. 17. gr. reglna nr. 880/2005 um málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins. Var þar m.a. gerð ítarleg grein fyrir frummati Samkeppniseftirlitsins um að áfrýjandi hefði brotið gegn tilgreindum skilyrðum sem fram kæmu í 3. gr. sáttar áfrýjanda og Samkeppniseftirlitsins frá 15. apríl 2015 og 19. gr. sáttar sömu aðila frá 23. janúar 2015, sbr. ákvarðanir Samkeppniseftirlitsins nr. 6/2015 og 20/2015. Þá var í andmælaskjalinu vikið að mögulegri stjórnvaldssekt vegna meintra brota áfrýjanda og þeirra sjónarmiða sem líta bæri til í þeim efnum.

Þann 14. febrúar 2020 sendi áfrýjandi ítarlegar athugasemdir við andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins þar sem sjónarmið áfrýjanda voru skýrð enn frekar og færðar fram röksemdir fyrir því að ekki væri um brot að ræða á skilyrðum fyrrgreindra satta.

Samkeppniseftirlitið sendi áfrýjanda viðbótarandmælaskjal þann 13. mars 2020 þar sem fram kom að Samkeppniseftirlitið hefði orðið þess áskynja við frekari rannsókn málsins að markaðsaðgerðir áfrýjanda kynnu einnig að fara í bága við ákvæði 20. gr. sáttar áfrýjanda við Samkeppniseftirlitið frá 23. janúar 2015, sbr. ákvörðun Samkeppniseftirlitið nr. 6/2015. Var áfrýjanda gefinn kostur á að koma sjónarmiðum sínum á framfæri vegna fyrrgreindrar viðbótar.

Áfrýjandi sendi Samkeppniseftirlitinu athugasemdir við viðbótarandmælaskjalið þann 8. apríl 2020.

Meðferð málsins lauk hjá Samkeppniseftirlitinu með töku hinnar kærðu ákvörðunar þann 28. maí 2020 þar sem komist var að þeirri niðurstöðu að áfrýjandi hefði brotið gegn tilgreindum skilyrðum í sáttum áfrýjanda við Samkeppniseftirlitið frá 23. janúar 2015 og 15. apríl 2015, sbr. ákvarðanir Samkeppniseftirlitsins nr. 6/2015 og 20/2015, eins og nánar er rakið í hinni kærðu ákvörðun.

Um málsatvik að öðru leyti er vísað til hinnar kærðu ákvörðunar og annarra gagna málsins.

III

Málsmeðferð hjá áfrýjunarnefndinni.

Greinargerð Samkeppniseftirlitsins sem svar við kæru áfrýjanda barst áfrýjunarnefnd samkeppnismála þann 20. júlí 2020. Athugasemdir áfrýjanda við greinargerðina bárust 12. ágúst 2020 og svar Samkeppniseftirlitsins við athugasemdum áfrýjanda bárust þann 21. ágúst 2020.

Í samræmi við 4. gr. málsmeðferðarreglna áfrýjunarnefndar samkeppnismála ákvað áfrýjunarnefndin að kalla eftir umsögnum vegna málsins frá Sýn hf. og Nova hf. Umsögn Sýnar hf. barst nefndinni þann 21. ágúst 2020 og umsögn Nova hf. þann 24. ágúst 2020. Fyrirgreindar umsagnir voru sendar áfrýjanda og Samkeppniseftirlitinu til kynningar þann 25. ágúst 2020. Frekari athugasemdir bárust frá áfrýjanda 15. september 2020.

Málið var flutt munnlega fyrir áfrýjunarnefndinni 13. október 2020.

Uppkvaðning úrskurðar hefur dregist vegna umfangs málsins.

IV

Röksemdir málsaðila.

4.1. Málsástæður og lagarök áfrýjanda.

Áfrýjandi bendir á að með ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 6/2013 hafi Samkeppniseftirlitið annars vegar og Skipti hf., Síminn hf. og Míla ehf. (samstæðan), hins vegar, gert með sér sátt er varðaði breytingar á skipulagi fjarskipta hér á landi. Markmið þeirrar sáttar hafi fyrst og fremst verið að tryggja skýran aðskilnað milli grunnkerfa samstæðunnar og þjónustu við fjarskiptafyrirtæki sem tengjast grunnkerfunum annars vegar og smásölustarfsemi Símans hf. hins vegar. Með sáttinni hafi verið leitast við að tryggja að áfrýjandi og keppinautar hans sætu við sama borð þegar kæmi að

aðgangi að grunnfjarskiptakerfum og kaupum á fjarskiptaþjónustu af samstæðunni á heildsölustigi. Ákvörðun nr. 6/2013 hafi síðan verið breytt með ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 6/2015 vegna sameiningar Skipta hf. og Símans hf., en eftir þá sameiningu varð Síminn hf. (áfrýjandi) móðurfélag samstæðunnar í stað Skipta hf. Markmið hinnar nýju ákvörðunar hafi í meginatriðum verið það sama og hinnar fyrri, þ.e. að tryggja að keppinautar áfrýjanda í smásölu stæðu jafnfætis áfrýjanda við kaup og notkun á fjarskiptakerfum samstæðunnar, annars vegar í eigu Mílu ehf. og hins vegar heildsölu áfrýjanda. Með ákvörðuninni hafi sjálfstæði Mílu ehf. gagnvart áfrýjanda einnig verið styrkt.

Áfrýjandi vekur athygli á því að ákvæði 19. gr. sáttar áfrýjanda við Samkeppniseftirlitið frá 23. janúar 2015 sbr. ákvörðun nr. 6/2015, sem áfrýjandi sé í hinni kærðu ákvörðun talinn hafa brotið gegn, fjalli um aðgreiningu þjónustubátta. Þar komi fram að áfrýjandi og Míla hf. skuli tryggja að ólíkir þjónustubættir séu nægjanlega aðgreindir í rekstri félaganna, þ.m.t. í kostnaðarútreikningum, kynningu, sölu, verði og skilmálum. Tekið skuli tillit til þessa í samningum og reikningagerð til viðskiptavina á öllum mörkuðum að þjónustubættir félaganna séu nægilega aðgreindir og óháðir hverjum öðrum í verði og öðrum skilmálum.

Ákvæði 20. gr. fyrrgreindar sáttar frá 23. janúar 2015, sem áfrýjandi sé einnig talinn hafa gerst brotlegur við, fjalli um bann við samkeppnishamlandi samningum. Þannig segi í 3. mgr. 20. gr. sáttarinnar að ákveði viðskiptavinur að færa öll eða hluta viðskipta sinna til annars fjarskiptafyrirtækis skuli áfrýjandi og Míla ehf. tryggja að þjónustuf lutningur af hálfu fyrirtækjanna gangi greiðlega fyrir sig og hafi ekki áhrif á önnur kjör viðskiptavinarins.

Af hálfu áfrýjanda er bent á að með ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 20/2015 hafi verið gerðar breytingar á áður gerðum skilyrðum vegna eignarhalds áfrýjanda á Skjánum ehf. og ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 10/2005 verið felld niður. Markmið ákvörðunar nr. 10/2005 hafi verið að draga úr hættunni á mögulegum samkeppnishamlandi áhrifum af sameiningu áfrýjanda og Skjásins ehf. og hafi ákvörðun nr. 20/2015 lotið að sama markmiði. Ákvæði 3. gr. fyrrgreindrar sáttar frá 15. apríl 2015, sbr. ákvörðun nr. 20/2015, kveði á um bann við samtvinnun

þjónustu. Þannig sé áfrýjanda óheimilt að gera það að skilyrði fyrir kaupum á fjarskiptaþjónustu sem áfrýjandi veiti að einhver þjónusta Skjásins ehf. samkvæmt sáttinni skuli fylgja með í þeim kaupum. Þá sé áfrýjanda jafnframt óheimilt að tvinna saman í sölu fjarskiptaþjónustu sína og þjónustu Skjásins ehf. gegn verði eða viðskiptakjörum sem jafna megi til slíks skilyrðis.

Áfrýjandi bendir á að svonefndur „Heimilispakki“ áfrýjanda, sé pakkatilboð þar sem kaupa megi marga þjónustubætti saman. Heimilispakkann megi rekja allt aftur til haustsins 2015 og hafi hann í meginatriðum staðið nær óbreyttur allt til dagsins í dag. Heimilispakkinn hafi verið vel undirbúinn á sínum tíma og hafi meðal annars verið leitað álits eftirlitsnefndar um jafnan aðgang fjarskiptafyrirtækja, á þjónustuleiðinni áður en tilboðið hafi verið sett í loftið, en nefndin hafi það hlutverk að hafa eftirlit með því að skilyrðum ákvörðunar nr. 6/2015 sé fylgt. Niðurstaða eftirlitsnefndarinnar hafi verið sú að ekkert í þjónustuleiðinni bryti gegn skilyrðum fyrrgreindrar ákvörðunar og hafi sú niðurstaða verið send Samkeppniseftirlitinu á sínum tíma, sem þá hafði til rannsóknar kvörtun Vodafone (nú Sýnar hf.) vegna þjónustuleiðarinnar. Hafi það verið niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að ekki væri tilefni til töku bráðabirgðaákvörðunar og með bréfi, dags 22. desember 2017, hafi áfrýjanda verið tilkynnt um lokun þess máls. Sú niðurstaða hafi ekki komið á óvart enda séu pakkatilboð sem þessi, svonefnd blönduð vöndlun, alkunn framkvæmd á fjarskipta- og sjónvarpsmörkuðum jafnt hér á landi sem erlendis. Í skilyrðum fyrrgreindra ákvarðana Samkeppniseftirlitsins sé hvergi lagt bann við slíkri vöndlun og hefur beinlínis verið tekið fram í ákvörðunum Samkeppniseftirlitsins að ekki sé „forsvaranlegt“ að leggja bann við slíku, vegna þess mikla ábata sem slíkt skili neytendum.

Sala áfrýjanda á Enska boltanum hófst sumarið 2019 og kveður áfrýjandi það hafa verið gert á tvenns konar máta. Annars vegar hafi verið unnt að kaupa áskrift að Enska boltanum í gegnum sérstaka stöð, Símann Sport, á 4.500 kr. á mánuði og hins vegar sé Enski boltinn aðgengilegur í gegnum Sjónvarp Símans Premium líkt og margvíslegt annað sjónvarpsefni. Í kjölfar þess að Enski boltinn hafi bæst við sjónvarpsefni Sjónvarps Símans Premium hafi áskriftin á efnisveitunni hækkað úr 5.000 kr. í 6.000 kr. á mánuði, auk þess sem greiða þurfi sérstaklega 2.200 kr. á mánuði fyrir leigu á myndlykli. Engin breyting hafi hins vegar hafi orðið á eðli

Heimilispakkans með tilkomu Enska boltans. Þannig sé efnisveitan, Sjónvarp Símans Premium, eftir sem áður innifalið í Heimilispakkanum, ásamt interneti, heimasíma o.fl. líkt og áður hafi verið. Samkvæmt framansögðu standi viðskiptavinum áfrýjanda til boða að nálgast útsendingar frá Enska boltanum á ferns konar máta frá áfrýjanda:

- á kr. 15.000.- (+3.490) í gegnum Heimilispakkann;
- á kr. 6.000.- (+2.200) í gegnum Sjónvarp Símans Premium, eða;
- á kr. 4.500.- (+2.200) sem staka þjónustu með stöðinni Síminn Sport.
- á kr. 4.500.- (án aukagjalds) sem staka þjónustu í gegnum NovaTV og Stöð2 app.

Þar sem áfrýjandi selji Símann Sport einnig í heildsölu til samkeppnisaðila geti neytendur jafnframt nálgast útsendingar Enska boltans án nokkurs samningssambands við áfrýjanda. Heildsöluverð Símans Sports til samkeppnisaðila áfrýjanda sé umtalsvert lægra en það verð sem sé þegar Síminn Sport sé seldur sem stök vara af áfrýjanda. Geti samkeppnisaðilar þannig vöndlað vörunni saman í eigin pakkatilboðum í samkeppni við pakkatilboð frá áfrýjanda. Þá þurfa neytendur sem kaupi vöruna staka af samkeppnisaðila ekki að greiða 2.200 kr. gjald fyrir sjónvarpsþjónustu áfrýjanda, enda séu þeir þá ekki að nýta slíka þjónustu hjá áfrýjanda. Samkeppnisaðilum hafi einnig staðið til boða á ætluðu brotatímabili að kaupa Sjónvarp Símans Premium í heildsölu af áfrýjanda en vilji þeirra hafi ekki staðið til þess.

Samkvæmt framansögðu geti enginn neytandi nálgast útsendingar frá Enska boltanum á 1.000 kr. á mánuði hjá áfrýjanda, þvert á það sem lagt sé til grundvallar í hinni kærðu ákvörðun. Það eina sem standi í vegi fyrir því að viðskiptavinir Sýnar hf. geti nálgast Sjónvarp Símans Premium, með Enska boltanum inniföldum, sé skortur á áhuga Sýnar hf. á að kaupa þá vöru í heildsölu og synjun félagsins á að dreifa vörunni um dreifikerfi sitt.

Áfrýjandi bendir á að svo virðist sem í hinni kærðu ákvörðun sé lagt til grundvallar að ákvarðanir Samkeppniseftirlitsins nr. 6/2015 og 20/2015 banni vöndla á borð við Heimilispakka áfrýjanda. Áfrýjandi telur að slíkt bann sé í mótsögn við fyrri framkvæmd Samkeppniseftirlitsins, bæði í fyrri málum er varði Heimilispakkann

og sambærilega vöndlun Sýnar hf. sem sé bundin efnislega samhljóða skilyrði og áfrýjandi. Því til viðbótar gangi slík ályktun þvert á niðurstöðu þeirrar nefndar sem Samkeppniseftirlitið hafði sérstaklega falið það hlutverk að hafa eftirlit með því að skilyrðum sáttanna væri fylgt og þá hafi Samkeppniseftirlitið að fengnu álitum fyrrgreindrar nefndar lokað máli er varðaði kvörtun vegna Heimilispakkans.

Áfrýjandi telur að í hinni kærðu ákvörðun sé alfarið litið framhjá því grundvallaratriði að viðskiptamódel áfrýjanda varðandi lækkað verð á Enska boltanum réttlætist ekki af einhvers konar bindingu við fjarskiptaþjónustu, heldur af því að koma efninu fyrir sjónir sem flestra neytenda með tilheyrandi auknum auglýsingatekjum, líkt og staðreyndir málsins og þróun áskrifendafjölda sýni.

a. Ákvæði 3. gr. sáttar áfrýjanda og Samkeppniseftirlitsins frá 15. apríl 2015, sbr. ákvörðun nr. 20/2015.

Áfrýjandi bendir á að í hinni kærðu ákvörðun sé lagt til grundvallar að áfrýjandi hafi brotið gegn 3. gr. ákvörðunar nr. 20/2015 þar sem jafna hafi mátt verði og viðskiptakjörum áfrýjanda við skyldu til þess að kaupa saman Enska boltann og fjarskiptaþjónustu fyrirtækisins. Að mati Samkeppniseftirlitsins virðist þar skipta mestu máli að verð fyrir Enska boltann sé 1.000 kr. sem hluti af Heimilispakka áfrýjanda en 4.500 kr. sem stök þjónusta í gegnum stöðina Síminn Sport, og á þessu tvennu sé 350% verðmunur. Að mati áfrýjanda byggir niðurstaða Samkeppniseftirlitsins á því að 3. gr. ákvörðunar nr. 20/2015 banni öll pakkatilboð, eða svonefnda vöndla. Virðist sú afstaða Samkeppniseftirlitsins meðal annars grundvallast á því að ekki sé til skilgreining á hugtökunum samtíðun og vöndlun. Það komi áfrýjanda hins vegar afar spánskt fyrir sjónir þar sem Samkeppniseftirlitið hafi ítrekað notast við þessi hugtök.

Áfrýjandi hafnar því að hafa brotið gegn fyrrgreindu ákvæði og telur niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins hvað það varðar efnislega ranga. Í ákvæðinu sé kveðið á um bann við samtíðun þjónustu og feli það í sér tvíþætta skyldu á hendur áfrýjanda. Annars vegar sé áfrýjanda óheimilt að gera það að skilyrði fyrir kaupum á fjarskiptaþjónustu að línuleg myndmiðlun fylgi með í kaupunum og hins vegar sé óheimilt að tvinna saman fjarskiptaþjónustu og sjónvarpsþjónustu gegn verði eða viðskiptakjörum sem jafna megi til þess skilyrðis að línuleg myndmiðlun fylgi

með, þ.e. verðlagning þjónustunnar sé með þeim hætti að hún sé lögð að jöfnu við að það skilyrði sé sett fyrir því að fjarskiptaþjónusta sé keypt að línuleg myndmiðlun sé jafnframt keypt. Að mati áfrýjanda er í hinni kærðu ákvörðun lögð til grundvallar röng túlkun á ákvæði 3. gr. sáttarinnar frá 15. apríl 2015. Ákvæðið mæli eingöngu fyrir um bann við að gert sé að skilyrði við kaup á fjarskiptaþjónustu að sjónvarpsþjónusta fylgi með, eða selt sé á verði sem jafna megi til slíks skilyrðis en hins vegar sé ekki kveðið á um bann við því að sjónvarpsþjónusta sé seld með því skilyrði að fjarskiptaþjónusta fylgi með, eingöngu öfugt.

Áfrýjandi telur að samvinnun sé þekkt hugtak í samkeppnisrétti. Fræðimenn hafi skilgreint samvinnun sem þá háttsemi að fyrirtæki gerir það að skilyrði við kaup á einni vöru að kaupandi kaupi einnig aðra og ótengda vöru. Þessa skilgreiningu sé að finna í leiðbeiningu framkvæmdastjórnar ESB um túlkun á þágildandi 82. gr. Rómarsáttmálans (102. gr. EB-samningsins) varðandi útilokandi háttsemi markaðsráðandi fyrirtækja. Framkvæmdastjórn og dómstólar EB hafi ítrekað lagt þessa skilgreiningu til grundvallar í dómum og ákvörðunum sínum. Þá hafi samkeppnisráð og síðar Samkeppniseftirlitið einnig ítrekað stuðst við þessa skilgreiningu, til að mynda í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 41/1997 og ákvörðunum Samkeppniseftirlitsins nr. 3/2009, 16/2013 og 22/2017.

Bendir áfrýjandi á að tugir þúsunda viðskiptavina kaupi internetþjónustu eða farsímaþjónustu af áfrýjanda án þess að kaupa á sama tíma sjónvarpsefni í línulegri dagskrá. Á ætluðu brotatímabili hafi fjölgað þeim viðskiptavinum áfrýjanda sem eingöngu kaupi fjarskiptaþjónustu af áfrýjanda en ekki sjónvarpsþjónustu samhliða. Þá séu einnig mörg heimili með aðgang að Enska boltanum utan Heimilispakka áfrýjanda, ýmist í gegnum áfrýjanda eða önnur fjarskiptafyrirtæki. Sú staðreynd sé skýr sönnun þess að áfrýjandi geri það ekki að skilyrði við kaup á fjarskiptaþjónustu að sjónvarpsþjónusta sé jafnframt keypt.

Að mati áfrýjanda er framsetning hinnar kærðu ákvörðunar á því hversu margir kaupi Enska boltann stakan mjög villandi og beinlínis röng. Fyrir það fyrsta séu það ekki einungis viðskiptavinir áfrýjanda sem kaupi Enska boltann með þeim hætti heldur einnig þúsundir viðskiptavina annarra fjarskiptafyrirtækja. Í annan stað þá hafi það enga þýðingu hversu margir viðskiptavinir kaupi eitt

sjónvarpsefni stakt sem þegar sé innifalið í Sjónvarpi Símans Premium. Með því sé verið að meta áhrif „samvinnunar“ eins sjónvarpsefnis við annað, sem bæði allar sjónvarpsstöðvar geri og ekki sé lagt bann við í skilyrðum þeirra sátta sem áfrýjandi hafi gert við Samkeppniseftirlitið.

Áfrýjandi telur að verð Heimilispakkans geti ekki verið þess eðlis að jafna megi því til þess að áfrýjandi geri það að skilyrði að viðskiptavinir hans kaupi fjarskiptaþjónustu og sjónvarpsþjónustu saman. Hið rétta sé að Enski boltinn sé hluti af vörunni Sjónvarp Símans Premium innan Heimilispakka áfrýjanda og kosti 6.000.- kr. Séu allir þjónustubættir innan Heimilispakkans keyptir stakir sé heildarverð þeirra samanlagt 17.800 kr. Kaupi viðskiptavinurinn hins vegar Heimilispakkann sé verð hans 15.000 kr. og því sé heildarafsláttur viðskiptavinarins 15,7% við það að kaupa alla þjónustubættina innan Heimilispakkans. Í báðum tilvikum bætist síðan við heimtaugagjald að fjárhæð 3.490 kr. þannig að raunafsláttur sé einungis 13,2%. Þessi verðmunur sé ekki slíkur að jafna megi honum til skilyrðis um að fjarskiptaþjónusta sé keypt með sjónvarpsþjónustu. Þá sé verðlagning Heimilispakkans með þeim hætti að keppinautar geti ávallt mætt henni og því til viðbótar skili verðlagningin jákvæðri framlegð. Því geti ekki verið um ólögmeta háttsemi að ræða, hvorki í skilningi 3. gr. sáttarinnar frá 15. apríl 2015 né 11. gr. samkeppnislaga.

Hvorki í 3. gr. sáttarinnar frá 15. apríl 2015, sbr. ákvörðun nr. 20/2015 né undanfarandi ákvörðun nr. 10/2005, sé minnst einu orði á vöndlun, þ.e. pakkatilboð þar sem neytandi fái afslátt við að kaupa marga þjónustubætti saman. Þar sem þjónustubættirnir séu jafnframt seldir stakir geti ekki verið um samvinnun að ræða í slíkum pakkatilboðum, heldur svonefnda blandaða vöndlun. Vöndlun skiptist annars vegar í hreina vöndlun, þ.e. þegar vörur séu seldar í föstum hlutföllum þannig að viðskiptavinur verði að kaupa vörurnar í einum pakka eða enga vöru. Með blandaðri vöndlun sé hins vegar átt við fjölpættingarafslætti þannig að vörurnar standi til boða með aðskildum hætti en samanlagt verð þeirra sé hærra þegar þær séu seldar hver í sínu lagi miðað við vöndulverðið. Samkeppniseftirlitið hafi áður stuðst við þessa skilgreiningu sbr. meðal annars ákvarðanir nr. 22/2017, 42/2017 og 3/2009.

Að mati áfrýjanda kveður 3. gr. sáttarinnar frá 15. apríl 2015 ekki á um bann við blandaðri vöndlun, þ.e. að veittur sé hæfilegur afsláttur við kaup á mörgum þjónustubáttum saman í svokölluðu pakkatilboði. Það sé grundvallaratriði að fyrrgreint ákvæði banni einungis samtvinnun eða ígildi samtvinnunar sjónvarpsþjónustu við fjarskiptaþjónustu. Annars konar samtvinnun, t.d. samtvinnun eins sjónvarpsefnis við annað, falli utan við ákvæði 3. gr. fyrrgreindrar sáttar. Hafi það hins vegar verið tilgangur 3. gr. sáttarinnar að leggja bann við vöndlun, hafi borið að taka það fram berum orðum í ákvæðinu.

Sú staðreynd að sjónvarpsefnið Enski boltinn sé aðgengilegt í Sjónvarpi Símans Premium hafi þar af leiðandi enga þýðingu og komi ekki til skoðunar við mat á ætluðu broti áfrýjanda gegn 3. gr. sáttarinnar frá 15. apríl 2015. Í raun sé verið að leggja að jöfnu „vöndlun“ Enska boltans og Sjónvarp Símans Premium annars vegar og vöndlun Enska boltans og Heimilispakkans hins vegar. Sjónvarpsþjónusta áfrýjanda sé hins vegar ekki fjarskiptaþjónusta og Sjónvarp Símans Premium falli þar af leiðandi ekki undir hugtakið fjarskiptaþjónusta, sbr. t.d. til hliðsjónar dómur ESB dómstólsins í máli nr. C-193/18 (Gmail).

Sá mismunur sem sé á verði Enska boltans sem stakrar vöru í gegnum stöðina Síminn Sport annars vegar og efnisveituna Sjónvarp Símans Premium hins vegar, geti því enga þýðingu haft fyrir úrlausn þessa máls, enda „samtvinnun“ eins sjónvarpsefnis við annað fullkomlega heimilt. Það felst í eðli sjónvarpsstöðva að blanda saman margvíslegu sjónvarpsefni sem hver og einn áskrifandi hafi eðli máls samkvæmt mismikinn áhuga á. Við úrlausn þessa máls geti því eingöngu haft þýðingu hvort kjör Heimilispakka áfrýjanda séu slík að þau fari út fyrir mörk blandaðrar vöndlunar og teljist innihalda samtvinnun, þ.e. að það sé gert að skilyrði við kaup á þeirri fjarskiptaþjónustu sem Heimilispakinn inniheldur að sjónvarpsþjónusta sé jafnframt keypt, eða að verðlagningu þjónustunnar megi leggja að jöfnu við slíkt skilyrði.

Ljóst sé af hinni kærðu ákvörðun að þar sé lagt til grundvallar að viðskiptavinur geti keypt Enska boltann á 1.000 kr. í Heimilispakka áfrýjanda, en hann kosti 4.500 kr. sem stök þjónusta í gegnum sjónvarpsstöðina Símann Sport. Mismunurinn sé 350% sem feli í sér verð eða viðskiptakjör sem jafna megi til skilyrðis um að sjónvarpsþjónusta sé keypt með fjarskiptaþjónustu. Áfrýjandi

telur þessa nálgun Samkeppniseftirlitsins ranga þar sem viðskiptavinir áfrýjanda geti aldrei, líkt og áður hefur verið rakið, nálgast útsendingar frá Enska boltanum á 1.000 kr. Sjónvarp Símans Premium sé innifalið í Heimilispakkanum líkt og var fyrir tilkomu Enska boltans, en ekki Enski boltinn (sjónvarpsstöðin Síminn Sport) sem stök vara. Efnisveitan Sjónvarp Símans Premium, sem sé með útsendingar frá ensku úrvaldsdeildinni í knattspyrnu ásamt fjölmörgu öðru efni, sé selt á 6.000 kr. á mánuði. Kjósi viðskiptavinur að kaupa alla þá þjónustuliði sem mynda Heimilispakkann af áfrýjanda geti hann hins vegar notið 13,2% afsláttar af öllum þjónustubáttunum miðað við stakt verð þeirra. Um sé að ræða hóflegan afslátt af öllum þjónustubáttunum, þar með talið á Sjónvarpi Símans Premium. Því fari hins vegar fjarri að slíkum afslætti megi jafna til skilyrðis í formi samtvinnunar. Þvert á móti sé um að ræða skýrt dæmi um blandaða vöndlun, enda allir þjónustubættirnir jafnframt seldir stakir.

Sú forsenda Samkeppniseftirlitsins í hinni kærðu ákvörðun að viðskiptavinir áfrýjanda geti nálgast Enska boltann á 1.000 kr. virðist byggð á tvennu. Annars vegar á því að Sjónvarp Símans Premium og Heimilispakki áfrýjanda hafi hækkað um 1.000 kr. á mánuði við tilkomu Enska boltans og hins vegar á því hvernig tekjufærsla Enska boltans sé háttað í bókhaldi áfrýjanda. Þessi atriði hafi hins vegar að mati áfrýjandi enga þýðingu. Verð sjónvarpsáskrifta geti tekið breytingum eftir því hvaða sjónvarpsefni sé þar í boði hverju sinni, enda verði áskriftartekjur að standa undir heildarkostnaði við m.a. innkaup á sjónvarpsefni. Það að Sjónvarp Símans Premium og þar með Heimilispakkinn hafi hækkað um 1.000 kr. á mánuði við að nýtt sjónvarpsefni bættist við efnisveituna, þýði ekki að neytendur fái þar með nýja efnið á því verði. Bæði Sjónvarp Símans Premium og Heimilispakkinn séu vörur sem keyptar séu alla mánuði ársins, þó ekkert sé sýnt frá Enska boltanum í um fjórðung af ári hverju. Almennt breytist verð ekki verulega að áskriftum sjónvarpsstöðva þó nýtt efni bætist við eða eldra efni falli út.

Þá geti tekjufærsla í bókhaldi áfrýjanda bersýnilega enga þýðingu haft í málinu. Það hafi eingöngu þýðingu hvernig verðlagningin birtist neytendum, þ.e. hvort hún feli í sér skilyrðingu eða hóflegan afslátt í formi blandaðs vönduls. Heimilispakki áfrýjanda sé blönduð vöndlun þar sem vörurnar innan hans standi til boða með aðskildum hætti en samanlagt verð þeirra sé hærra þegar þær séu

seldar hver í sínu lagi heldur en vöndulverðið. Heimilispakkinn geti þegar af þeirri ástæðu ekki fallið undir bannákvæði um samtvinnun eða ígildi samtvinnunar.

Áfrýjandi bendir jafnframt á að óumdeilt sé að það sé ekki gert að skilyrði að Enska boltinn sé keyptur með fjarskiptaþjónustu eða að fjarskiptaþjónusta sé keypt með Enska boltanum. Mörg heimili séu með aðgang að Enska boltanum utan Heimilispakka áfrýjanda, sem sé sönnun þess að verðlagningin sé ekki ígildi samtvinnunar. Þannig sé hvorki um „skilyrði“ að ræða né verðlagningu sem megi leggja að jöfnu við skilyrði, sbr. skýrt orðalag 3. gr. sáttarinnar frá 15. apríl 2015. Hægt sé að kaupa alla þjónustubætti Heimilispakkans staka. Mikill fjöldi viðskiptavina áfrýjanda kaupir internetþjónustu, farsímaþjónustu og talsímaþjónustu án tengingar við Heimilispakkann og þá sé fjöldi viðskiptavina með aðgang að línulegri þjónustu áfrýjanda utan Heimilispakkans. Því geti ekki verið um að ræða samtvinnun, hvorki í skilningi 1. ml. 3. gr. ákvörðunar nr. 20/2015 né í skilningi samkeppnisréttar.

Áfrýjandi byggir jafnframt á því að Samkeppniseftirlitið hafi nýverið staðfest, svo ekki verði um villst, að vöndlun feli ekki í sér háttsemi sem teljist samtvinnun eða megi jafna til hennar sbr. 23. gr. ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins í máli nr. 42/2017. Hvergi sé vikið að því í þeirri ákvörðun að lagt sé bann við vöndlun, heldur þvert á móti áréttað að ekki sé forsvaranlegt eða tilefni til þess að leggja slíkt bann.

Áfrýjandi telur samkvæmt framansögðu að draga megi þá ályktun af 23. gr. ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins nr. 42/2017 að ekki sé lagt bann við vöndlun og þar sem fyrrgreint ákvæði sé samhljóða 3. gr. sáttarinnar frá 15. apríl 2015 geti það ákvæði þegar af þeirri ástæðu ekki lagt bann við vöndlun. Vöndlun áfrýjanda sé því fyllilega lögmæt enda tilgangur ákvörðunar nr. 42/2017 að tryggja innkomu þriðja aðila á markað fyrir vöndla í samkeppni við áfrýjanda. Vakin sé athygli á því að á samrunaaðilum samkvæmt ákvörðun nr. 42/2017 hafi hvílt samhljóða skilyrði allt frá árinu 2005 um bann við samtvinnun og verði sem megi jafna við slíkt skilyrði, sbr. ákvörðun Samkeppnisráðs nr. 12/2005. Forsendur hinnar kærðu ákvörðunar séu því með öllu ósamrýmanlegar þeirri umfjöllun sem fram komi í fyrrgreindri ákvörðun nr. 42/2017.

Túlkun Samkeppniseftirlitsins á 2. ml. 3. gr. sáttarinnar frá 15. apríl 2015 sé að mati áfrýjanda með nokkuð þversagnarkenndum hætti sem hafi gert áfrýjanda örðugt fyrir að koma á framfæri athugasemdum sínum undir rekstri málsins. Í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins, dags. 20. desember 2019, sé háttsemi áfrýjanda vegna Heimilispakkans nefnd vöndlun eða blönduð vöndlun á meðan vísað sé til 2. ml. 3. gr. sáttarinnar sem bann við „hreinni samtvinnun“ og „blandaðri samtvinnun“. Bendir áfrýjandi í þessu sambandi á að háttsemi áfrýjanda hafi verið nefnd blönduð vöndlun á sama tíma og bannákvæðið taki til „blandaðrar samtvinnunar“. Þá sé í hinni kærðu ákvörðun kveðið á um að 3. gr. fyrrgreindrar sáttar banni vöndlun viðskipta og sé það rökstutt með vísan til þess að ekki séu til skilgreiningar á hugtökunum samtvinnun og vöndlun.

Þá bendir áfrýjandi á að til þess að gera megi honum viðurlög fyrir brot á skilyrðum sáttar þurfi skilyrðin að vera nægilega ákveðin og skýr, sbr. dóm Hæstaréttar Íslands í máli nr. 218/2012. Áfrýjandi telur engan vafa leika á því að ákvæði 3. gr. sáttarinnar frá 15. apríl 2015 leggi hvorki nægjanlega ákveðið né skýrt bann við vöndlun. Sé það mat Samkeppniseftirlitsins að samhljóða ákvæði í ákvörðun nr. 42/2017, er varði helsta samkeppnisaðila áfrýjanda, leggi ekki bann við blandaðri vöndlun geti það ekki gert það á ákveðinn og skýran hátt í garð áfrýjanda. Hafi það verið ætlun Samkeppniseftirlitsins að leggja bann við blandaðri vöndlun með ákvörðun nr. 20/2015 hefði þurft að taka það fram með skýrum hætti í ákvæðinu sjálfu. Eigi það sérstaklega við þegar haft sé í huga að Samkeppniseftirlitið notast við hugtakið samtvinnun í tugi tilvika í ákvörðuninni á meðan hugtakið vöndlun komi hvergi fyrir. Þá sé enn fremur mikilvægt að hafa í huga að þrátt fyrir að ákvörðun nr. 20/2015 feli í sér sátt sem áfrýjandi hafi að hluta til átt aðkomu að sé um að ræða íþyngjandi stjórnvaldsákvörðun sem Samkeppniseftirlitið beri ábyrgð á, sbr. dóm Hæstaréttar í máli nr. 28/2015. Samkeppniseftirlitið verði að bera hallann af óljósri orðanotkun, enda sé stofnuninni í sjálfsvald sett hvaða hugtök séu notuð í skilyrðum sáttar en Samkeppniseftirlitið hafi ekki frjálst mat við skýringu skilyrðanna.

Áfrýjandi telur að atvik í því máli sem hér um ræðir séu með allt öðrum hætti en í dómi Hæstaréttar í máli nr. 218/2012 þar sem fjallað var um túlkun á 2. ml. 5. tl. ákvörðunar nr. 10/2005, forvera ákvörðunar nr. 20/2015. Í því máli hafi einn þjónustubáttur fylgt frítt með öðrum og var í því tilviki talið vera um verðlagningu

að ræða sem jafna mætti til skilyrðis. Því sé hins vegar ekki fyrir að fara í þessu máli, því verðlagning Heimilispakkans, jafnt fyrir sem eftir tilkomu Enska boltans, feli í sér hóflegan afslátt sem teljist blönduð vöndlun. Ákvæði 3. gr. sáttarinnar frá 15. apríl 2015 leggi ekki ákveðið og skýrt bann við slíku og því beri að fella hina kærðu ákvörðun úr gildi hvað þetta varðar.

b. Ákvæði 19. gr. sáttar áfrýjanda og Samkeppniseftirlitsins frá 23. janúar 2015, sbr. ákvörðun nr. 6/2015.

Áfrýjandi telur að verðlagning Enska boltans og samspil hennar við Heimilispakka áfrýjanda hafi ekki falið í sér brot gegn 19. gr. sáttar áfrýjanda við Samkeppniseftirlitið frá 23. janúar 2015, sbr. ákvörðun nr. 6/2015. Í ákvæðinu komi fram að áfrýjandi og Míla ehf. skuli tryggja að ólíkir þjónustubættir séu nægjanlega aðgreindir í rekstri félaganna, þ.m.t. í kostnaðarútreikningum, kynningu, verði og skilmálum. Þá skuli tekið tillit til þessa í samningum og reikningagerð viðskiptavina á öllum mörkuðum þannig að ólíkir þjónustubættir séu nægilega aðgreindir og óháðir hverjir öðrum í verði og öðrum skilmálum. Í skýringum við fyrrgreint ákvæði sé tekið fram að tilgangur þess sé að tryggja ákveðið gagnsæi í rekstri áfrýjanda og Mílu hf. og koma í veg fyrir að áfrýjandi og Míla ehf. beiti samtvinnun í viðskiptum, sem sé til þess fallin að raska samkeppni, á þeim mörkuðum sem þau séu í markaðsráðandi stöðu hverju sinni.

Fyrir það fyrsta telur áfrýjandi að ekki sé um samtvinnun í viðskiptum að ræða. Þegar af þeirri ástæðu geti ekki verið um brot gegn 19. gr. sáttarinnar að ræða með vísan til afdráttarlausra skýringa ákvæðisins. Skýringar með ákvæðinu hafi verið settar fram einhliða af Samkeppniseftirlitinu, og verði áfrýjandi ekki látinn bera hallann af því að ákvæðinu sé gefið rýmra inntak en leiði af skýringum þess.

Í annan stað verði að skýra ákvæðið svo að það takmarkist við þá skyldu áfrýjanda að tryggja að þjónustubættir áfrýjanda séu nægjanlega aðgreindir frá þjónustubáttum Mílu ehf. Slík skýring sé í samræmi við þá skýringu sem eftirlitsnefnd um jafnan aðgang fjarskiptafyrirtækja að kerfum, tæknilausnum og þjónustu heildsölu Mílu hf. og áfrýjanda, hafi lagt til grundvallar, sbr. bréf Samkeppniseftirlitsins, dags. 8. maí 2018. Eftirlitsnefndinni hafi verið komið á fót á grundvelli ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins, sbr. 23. gr. ákvörðunar nr. 6/2015 og sé hlutverk nefndarinnar að hafa eftirlit með því að skilyrðum

ákvörðunarinnar sé fylgt, sbr. c. liður 24. gr. sömu ákvörðunar. Það hafi verið mat nefndarinnar að ákvæði 19. gr. sáttarinnar frá 23. janúar 2015 banni eingöngu samtvinnun milli áfrýjanda og Mílu ehf., en ekki innan félaganna. Þá verði ekki séð að það komi nægilega skýrt fram að áður nefnt ákvæði sáttarinnar banni blandaða vöndlun innan áfrýjanda eins og byggt sé á í hinni kærðu ákvörðun. Samkeppniseftirlitið hafi einnig túlkað ákvæðið með þessum hætti sbr. bréf eftirlitsins til áfrýjanda, dags. 8. maí 2018. Í hinni kærðu ákvörðun kveði hins vegar við allt annan tón af hálfu Samkeppniseftirlitsins þar sem lagt sé til grundvallar að ákvæðið banni alla vöndlun áfrýjanda á eigin þjónustubáttum, þ.m.t. blandaða vöndlun, þvert á fyrri framkvæmd og afstöðu Samkeppniseftirlitsins.

Vegna fullyrðinga Samkeppniseftirlitsins um að fyrrgreind eftirlitsnefnd starfi á vettvangi áfrýjanda, áfrýjandi standi straum af kostnaði hennar og hafi heimild til að afturkalla umboð nefndarmanna sé mikilvægt að hafa í huga að nefndarmenn skulu vera óháðir áfrýjanda og háðir samþykki Samkeppniseftirlitsins og áfrýjanda. Áfrýjanda sé óheimilt að grípa til ráðstafana sem ætlað sé að vinna gegn því að nefndin geti sinnt hlutverki sínu og þá er áfrýjanda óheimilt að víkja nefndarmanni frá störfum vegna málefnalega ástæðna nema með samþykki Samkeppniseftirlitsins. Hlutverk nefndarinnar sé beinlínis að hafa eftirlit með því að þeim fyrirmælum sem fram koma í skilyrðum ákvörðunar nr. 6/2015 sé fylgt.

Áfrýjandi áréttar að til að um brot gegn skilyrðum sáttar geti verið að ræða verði þau að vera bæði ákveðin og skýr, sbr. dóm Hæstaréttar í máli nr. 218/2012. Það geti hvorki talist nægjanlega ákveðið né skýrt að 19. gr. sáttarinnar frá 23. janúar 2015 banni blandaða vöndlun á þjónustubáttum áfrýjanda eingöngu, þegar bæði Samkeppniseftirlitið sjálft og sú nefnd sem stofnunin fól sérstaklega að hafa eftirlit með skilyrðum ákvörðunarinnar hafi lagt til grundvallar aðra skýringu á ákvæðinu. Í þessu sambandi sé einnig mikilvægt að hafa í huga að þrátt fyrir að ákvörðun nr. 6/2015 feli í sér sátt sem áfrýjandi átti að hluta til aðkomu að er um að ræða íþyngjandi stjórnvaldsákvörðun sem Samkeppniseftirlitið beri ábyrgð á, sbr. dóm Hæstaréttar í máli nr. 28/2015.

Þá vísar áfrýjandi til þess að fyrrgreint ákvæði takmarkist við beitingu samtvinnunar á þeim mörkuðum sem félagin séu í markaðsráðandi stöðu hverju

sinni. Ákvæði 19. gr. sé eina ákvæði sáttarinnar þar sem skýrt sé tekið fram í umfjöllun um tilgang þess ákvæðis að því sé ætlað að banna tiltekna háttsemi þar sem félögin séu markaðsráðandi hverju sinni. Af þessu leiði að framkvæma þurfi mat á því hvort um markaðsráðandi stöðu sé að ræða eigi að komast að þeirri niðurstöðu að um brot gegn 19. gr. sáttarinnar sé að ræða því ella væri þessi skýring ákvæðisins þýðingarlaus. Í málinu liggi ekki fyrir hvort áfrýjandi sé í markaðsráðandi stöðu á einhverjum þeirra markaða sem þýðingu hafi. Ófullnægjandi rannsókn hafi verið framkvæmd á markaðsstöðu áfrýjanda, enda einungis sett fram frummat, sem síðan hafi verið fallið frá, eða rannsókn hætt, í kjölfar athugasemda áfrýjanda. Áfrýjandi hafi sett fram ítarlegar athugasemdir, studdar gögnum, því til stuðnings að hann væri ekki í markaðsráðandi stöðu á neinum þessara markaða. Þvert á móti væri það kvartandi, Sýn hf., sem væri markaðsráðandi. Þar sem fullnægjandi rannsókn hafi ekki verið framkvæmd á því hvort áfrýjandi sé í markaðsráðandi stöðu, og ákvæði 19. gr. sáttarinnar frá 23. janúar 2015 leggi einungis bann við tiltekinni hegðun þegar um markaðsráðandi stöðu sé að ræða hverju sinni, sé ætlað brot áfrýjanda gegn ákvæðinu ósannað. Til að um brot gegn ákvæðinu geti verið að ræða þurfi því að framkvæma fullnægjandi rannsókn á því hverjir séu skilgreindir markaðir málsins og jafnframt hvort áfrýjandi sé markaðsráðandi á einhverjum þeirra.

Áfrýjandi telur jafnframt að ólíkir þjónustubættir hafi verið nægilega aðgreindir og óháðir hverjum öðrum í verði og öðrum skilmálum. Öllum viðskiptavinum áfrýjanda standi sem fyrr til boða að kaupa staka alla þá þjónustu sem falli undir Heimilispakka áfrýjanda. Því til viðbótar séu skýrar upplýsingar aðgengilegar á heimasíðu áfrýjanda um verðlagningu á stökum þjónustubáttum Heimilispakkans. Með því einu að leggja saman verð sérhvers staks þjónustubáttar og bera saman við verð Heimilispakkans, megi sjá að veittur sé 13,2% afsláttur séu allir þjónustubættirnir keyptir saman. Vandséð sé hvernig unnt sé að tryggja meira gagnsæi við verðlagningu en hér hafi verið gert þar sem annars vegar sé tilgreint verð hvers og eins þjónustubáttar sem mynda vöndul og hins vegar verð vöndulsins sérstaklega.

c. Ákvæði 20. gr. sáttar áfrýjanda og Samkeppniseftirlitsins frá 23. janúar 2015, sbr. ákvörðun nr. 6/2015.

Áfrýjandi hafnar því að háttsemi hans feli í sér brot gegn 3. mgr. 20. gr. þeirrar sáttar sem áfrýjandi gerði við Samkeppniseftirlitið 23. janúar 2015. Vísar áfrýjandi fyrir það fyrsta til þess að hvorki sé nægjanlega ákveðið eða skýrt að sú verðlagning sem sé til umfjöllunar í hinni kærðu ákvörðun falli undir fyrrgreint ákvæði sáttarinnar. Þannig hafi það fyrst verið með svonefndu viðbótarandmælaskjali, dags. 13. mars 2020, sem Samkeppniseftirlitið hafi talið að verðlagning áfrýjanda kynni að brjóta gegn fyrrgreindu ákvæði. Fram að þeim tíma hafði Samkeppniseftirlitið ítrekað tekið Heimilispakka áfrýjanda og verðlagningu Enska boltans til skoðunar án þess að minnast á að ákvæði 20. gr. sáttarinnar frá 23. janúar 2015 kynni þar að hafa þýðingu.

Við þessar aðstæður geti það hvorki talist ákveðið né skýrt í huga Samkeppniseftirlitsins að verðlagning áfrýjanda gangi gegn 20. gr. fyrrnefndrar sáttar. Engin ný gögn eða upplýsingar hafi legið til grundvallar hinu svonefnda viðbótarandmælaskjali, dags. 13. mars 2020, þegar því var fyrst hreyft að verðlagningin kynni að brjóta gegn áðurgreindu ákvæði. Þar sem það hafi hvorki verið ákveðið né skýrt í huga Samkeppniseftirlitsins að háttsemi áfrýjanda bryti gegn tilteknu skilyrði sáttarinnar, geti það hvorki talist nægjanlega ákveðið né skýrt til að standa undir sektarákvörðun, sbr. dóm Hæstaréttar í máli nr. 218/2012. Beri þegar af þeirri ástæðu einni að fella úr gildi hina kærðu ákvörðun hvað varðar ætlað brot gegn 20. gr. sáttarinnar frá 23. janúar 2015.

Áfrýjandi telur að skýra verði inntak 20. gr. sáttarinnar til samræmis við 19. gr. hennar. Það leiði til þess að ekki sé unnt að komast að niðurstöðu um brot á 20. gr. nema fyrir liggja að áfrýjandi sé í markaðsráðandi stöðu hverju sinni en fullnægjandi rannsókn á því hvort svo sé hafi ekki átt sér stað. Þá leiði skýring til samræmis við 19. gr. til þess að skýra verði 20. gr. sáttarinnar þannig að þjónustuflutningur frá Mílu ehf. til annars fjarskiptafyrirtækis megi ekki hafa áhrif á viðskiptakjör hjá áfrýjanda og öfugt. Það sé jafnframt í samræmi við markmið sáttarinnar og túlkun Samkeppniseftirlitsins og þeirra eftirlitsnefndar sem hafi það hlutverk að hafa eftirlit með skilyrðunum 19. gr. sáttarinnar. Þegar eingöngu sé um að ræða þjónustuflutning frá áfrýjanda geti ákvæðið ekki tekið til annarra þjónustubátta sem einnig séu innan áfrýjanda. Þar sem allir

Þjónustubættir Heimilispakkans, þ.m.t. Enski boltinn, séu þjónustubættir áfrýjanda og ótengdir Mílu ehf., geti ekki verið um að ræða brot gegn 20. gr. sáttarinnar.

Sá skýringarkostur sem lagður sé til grundvallar í hinni kærðu ákvörðun, að viðskiptavinur megi ekki njóta lakari kjara við það að „brjóta upp“ pakkatilboð, leiði til þess að ákvæðið bannar hvers konar vöndlun og raunar hvers konar afslætti við kaup á fleiri en einum þjónustubætti áfrýjanda. Slík skýring standist ekki enda hvergi vikið að því í ákvörðun nr. 6/2015 að ætlunin hafi verið að banna háttsemi í formi vöndla. Hafi það hins vegar verið ætlunin hefði þurft að taka það fram með skýrum hætti í ákvæðinu en það hafi ekki verið gert.

Áfrýjandi vísar ennfremur til þess að það geti ekki hafa verið ætlunin með 20. gr. sáttarinnar að leggja bann við háttsemi í formi blandaðra vöndla, sbr. umfjöllun Samkeppniseftirlitsins í ákvörðun nr. 42/2017. Þegar sú ákvörðun var tekin lá þegar fyrir ákvörðun nr. 6/2015. Sú forsenda hinnar kærðu ákvörðunar, að 20. gr. sáttarinnar frá 23. janúar 2015 leggi bann við hvers konar blönduðum vöndlum, sé að mati áfrýjanda bersýnilega röng enda í engu samræmi við fyrri afstöðu Samkeppniseftirlitsins.

Áfrýjandi vísar einnig til þess að Heimilispakkinn sé sérstök vara á markaði fyrir vöndla og því geti ekki verið um að ræða brot gegn 20. gr. sáttarinnar frá 23. janúar 2015. Í andmælaskjali, dags. 20. desember 2019, sé lagt til grundvallar að hægt sé að skilgreina sérstakan vörumarkað fyrir vöndla sem innihalda fjarskiptaþjónustu og sjónvarpsþjónustu. Komi þar m.a. fram að fyrir liggi að málið varði einmitt þennan markað. Þannig byggi áfrýjandi á því að Heimilispakkinn sé hin eiginlega vara, enda geti einstakir þjónustuliðir innan Heimilispakkans ekki verið á markaði fyrir vöndla. Ákveði viðskiptavinur að hætta með Heimilispakkann geti það ekki haft áhrif á önnur kjör þar sem Heimilispakkinn sé ein vara. Þegar af þeirri ástæðu fari háttsemin ekki gegn 3. mgr. 20. gr. fyrrgreindrar sáttar frá 23. janúar 2015.

d. Um jafnræðisreglu 11. gr. stjórnarsýslulaga og réttmætar væntingar.

Áfrýjandi telur að með hinni kærðu ákvörðun hafi Samkeppniseftirlitið brotið gegn jafnræðisreglu 1. mgr. 11. gr. stjórnarsýslulaga nr. 37/1993. Í ákvæðinu komi fram að við úrlausn mála skuli stjórnvöld gæta samræmis og jafnræðis í lagalegu

tilliti. Hafi stjórnvald byggt á tilteknu sjónarmiði í einu máli hvíli á því lagaskylda að leysa sambærilegt mál á grundvelli sömu sjónarmiða. Hin kærða ákvörðun byggir á öðrum sjónarmiðum og annarri túlkun heldur en Samkeppniseftirlitið hafi byggt á í sambærilegum fyrri málum.

Jafnvel þó fallist yrði á að einhver sérsjónarmið kynnu að gilda um úrlausn samkeppnismála, sem ekki verði séð að lagaheimild standi til, geti þau ekki leitt til annarrar niðurstöðu en að um brot á jafnræðisreglu sé að ræða. Slík sjónarmið geti ekki leitt til þess að stjórnvaldi sé heimilt að breyta í grundvallaratriðum mati á lögmætri háttsemi sama fyrirtækis eða að beitt sé ólíkum mælikvarða við mat á sams konar háttsemi tveggja keppnauta á sama markaði.

Áfrýjandi bendir á að túlkun Samkeppniseftirlitsins varðandi 3. gr. sáttarinnar frá 15. apríl 2015 gangi þvert gegn túlkun Samkeppniseftirlitsins á sams konar ákvæði í 23. gr. þeirrar sáttar sem Samkeppniseftirlitið gerði við Fjarskipti hf. (nú Sýn hf.), þann 8. desember 2017, sbr. ákvörðun nr. 42/2017. Ljóst sé af túlkun Samkeppniseftirlitsins á fyrrgreindu ákvæði í ákvörðun nr. 42/2017 að ákvæðið banni ekki vöndlun fjarskipta- og sjónvarpsþjónustu. Í hinni kærðu ákvörðun sé hins vegar lagður til grundvallar þveröfugur skýringarkostur þó að um efnislega samhljóða skilyrði sé að ræða í báðum sáttunum. Með því að túlka efnislega samhljóða skilyrði með þveröfugum hætti sé um að ræða skýrt brot á jafnræðisreglu 1. mgr. 11. gr. stjórnsýslulaga. Eigi það sérstaklega við þegar fram kemur með skýrum hætti að í orðalagi ákvörðunar nr. 42/2017, felist ekki bann við vöndlun en í orðalagi ákvörðunar nr. 25/2020, felist hins vegar bann við vöndlun.

Brot gegn jafnræðisreglu 11. gr. stjórnsýslulaga sé alvarlegt í ljósi þess að um sé að ræða samkeppnisaðila og gjörólík túlkun á fyrrgreindum ákvæðum sé beinlínis til þess fallin að raska samkeppnisstöðu þeirra. Brotið sé enn alvarlegara í ljósi þess að vægari skýringarkosturinn hafi verið lagður til grundvallar gegn þeim aðila sem notið hafi markaðsráðandi stöðu á sjónvarpsmarkaði um áratugaskeið, en sá strangari sé lagður til grundvallar gagnvart þeim sem veitir nú hinum markaðsráðandi aðila nýtilkomna öflugra samkeppni á þeim markaði. Þá sé alkunna að öll fyrirtæki, þ.m.t. Sýn hf., hafi beitt blandaðri vöndlun með ýmsum pakkatilboðum, og megi í því sambandi nefna pakkatilboð Sýnar hf. sem nú gangi

undir nafninu „Heima“. Hafi það verið látið átölulaust þrátt fyrir að Sýn hf. sé bundið efnislega samhljóða skilyrði og fram komi í 3. gr. sáttar áfrýjanda og Samkeppniseftirlitsins frá 15. apríl 2015, allt frá árinu 2005, sbr. ákvörðun samkeppnisráðs nr. 12/2005. Hafi það ekki sætt neinum afskiptum Samkeppniseftirlitsins, sem þvert á móti hefur staðhæft í ákvörðun sinni nr. 42/2017, að blönduð vöndlun sé lögmæt og til hagsbóta fyrir neytendur og að „óforsvaranlegt“ sé að leggja bann við henni.

Áfrýjandi bendir á að hér sé um að ræða tvo samkeppnisaðila sem séu undirorpnir sömu skilyrðum. Engin afskipti séu gagnvart blönduðum vöndli hjá öðrum þeirra, Sýn hf., en gagnvart hinum, áfrýjanda, sé blandaður vöndull talinn réttlæta stjórnvaldssekt að fjárhæð 500 milljónir króna. Niðurstaða hinnar kærðu ákvörðunar feli þannig í sér skýrt brot gegn jafnræðisreglu 11. gr. stjórnsýslulaga.

Hvað varðar 19. gr. sáttarinnar frá 23. janúar 2015 bendir áfrýjandi á að inntak ákvæðisins hafi áður verið skýrt af hálfu Samkeppniseftirlitsins, sbr. bréf stofnunarinnar, dags. 8. maí 2018. Þar hafi ákvæðið verið túlkað með hliðsjón af markmiði og tilgangi þess á þann hátt að það legði eingöngu bann við samvinnun milli áfrýjanda og Mílu hf. Í hinni kærðu ákvörðun birtist allt önnur skýring á inntaki ákvæðisins sem sé í grundvallaratriðum frábrugðin þeirri skýringu sem áður hafi verið lögð til grundvallar af hálfu Samkeppniseftirlitsins.

Þá áréttar áfrýjandi að í jafnræðisreglu stjórnsýslulaga felst að gefi stjórnvald ákveðnum málefnalegum sjónarmiðum tiltekið vægi, beri að líta til sömu málefnalegu sjónarmiða og gefa þeim sama vægi við úrlausn sambærilegra mála. Hafi stjórnvald lagt til grundvallar tiltekinn skýringarkost við skýringu tiltekinna ákvæða laga, stjórnvaldsfyrirmæla eða kvaða, beri að leggja sama skýringarkost til grundvallar við úrlausn sambærilegra mála. Þar sem það hafi ekki verið gert í hinni kærðu ákvörðun varðandi inntak 19. gr. sáttarinnar frá 23. janúar 2015 felist í ákvörðuninni brot gegn jafnræðisreglu 11. gr. stjórnsýslulaga. Af þeim sökum sé óhjákvæmilegt að fella hana úr gildi hvað varðar ætlað brot gegn 19. gr. og 20. gr. sáttarinnar.

Þá byggir áfrýjandi jafnframt á því að öll framangreind atriði feli einnig í sér að með hinni kærðu ákvörðun sé brotið gegn réttmætum væntingum hans á þann hátt að varði ógildingu hinnar kærðu ákvörðunar. Þetta eigi sérstaklega við í ljósi

Þeirrar staðreyndar að sérstök eftirlitsnefnd, sem Samkeppniseftirlitið fól að hafa eftirlit með því að skilyrðum ákvörðunar nr. 6/2015 væri fylgt, hafi komist að þeirri niðurstöðu að ekkert í útfærslu Heimilispakka áfrýjanda bryti gegn skilyrðum þeirrar ákvörðunar. Hafi áfrýjandi mátt treysta því að ekki kæmi fram mörgum árum síðar túlkun sem gengi þvert gegn niðurstöðu nefndarinnar og leiði til þess að Heimilispakkinn hafi í reynd verið í andstöðu við skilyrði Samkeppniseftirlitsins í fyrrgreindum sáttum frá öndverðu.

Þá megi sérstaklega leiða réttmætar væntingar áfrýjanda í þessum efnunum af tilvitnuðu bréfi Samkeppniseftirlitsins frá 8. maí 2018, en þar hafi til að mynda sérstaklega verið tilgreint að 19. gr. ákvörðunar nr. 6/2015 bannaði einungis samtönnun milli áfrýjanda og Mílu ehf., en ekki milli eigin þjónustubátta áfrýjanda. Þá hafi þar einnig sérstaklega komið fram að í ljósi þess að unnt væri að kaupa staka alla þá þjónustubætti sem mynduðu Heimilispakka áfrýjanda væri ekki um samtönnun að ræða.

e. Um rannsóknarreglu 10. gr. stjórnsýslulaga og andmælarétt samkvæmt 13. gr. stjórnsýslulaga.

Áfrýjandi telur að með hinni kærðu ákvörðun hafi Samkeppniseftirlitið brotið gegn rannsóknarreglu 10. gr. stjórnsýslulaga, þar sem kveðið sé á um að stjórnvald skuli sjá til þess að mál sé nægjanlega upplýst áður en ákvörðun sé tekin. Vísar áfrýjandi til þess að engin eiginleg rannsókn hafi farið fram, á ætlaðri sterkri stöðu áfrýjanda á mörkuðum málsins né á ætluðum vinsældum sjónvarpsefnisins Enska boltans. Engu að síður sé ljóst að fyrrgreindar forsendur hafi verið lagðar til grundvallar í hinni kærðu ákvörðun og sýnilega haft verulega þýðingu fyrir úrlausn málsins.

Víða í hinni kærðu ákvörðun sé lagt til grundvallar að áfrýjandi sé í sterkri stöðu, þrátt fyrir að þar sé enga umfjöllun að finna um skilgreiningu markaða, markaðshlutdeild eða stöðu á mörkuðum málsins að öðru leyti. Við mat á því hvort um brot sé að ræða gegn tilteknum ákvæðum í sáttum áfrýjanda við Samkeppniseftirlitið verði að meta hvort tilgreind háttsemi skerði samkeppni, sbr. 1. gr. samkeppnislaga. Ekki verði komist að niðurstöðu um slíkt nema að undangenginni rannsókn á markaðsstyrk, markaðshlutdeild áfrýjanda og samkeppnisaðila ásamt rannsókn á mörkuðum málsins. Í hinni kærðu ákvörðun

sé hins vegar í engu vikið að þessum atriðum né hvaða áhrif háttsemin hafi á samkeppni. Slíkt brjótí gegn 10. gr. stjórnslulaga, þar sem hin ætlaða brotlega háttsemi áfrýjanda geti allt eins eftir virka samkeppni, sbr. 1. gr. samkeppnislaga. Staðreyndin sé sú að ekki hafi farið fram fullnægjandi rannsókn á skilgreiningu markaða og stöðu aðila á viðeigandi mörkuðum heldur hafi einungis verið framkvæmt frummat, sem líkt og fram komi í hinni kærðu ákvörðun, þjónaði þeim eina tilgangi að gefa aðilum kost á að nýta andmælarétt sinn. Frummatið hafi síðan verið lagt til grundvallar án þess að nokkur afstaða hafi verið tekin til andmæla áfrýjanda, en slíkt gangi gegn andmælarétti 13. gr. stjórnslulaga.

Áfrýjandi telur jafnframt að Samkeppniseftirlitið hafi brotið gegn rannsóknarreglu 10. gr. stjórnslulaga með því að fjalla um markaðsskilgreiningar og markaðshlutdeild í andmælaskjali málsins, dags. 20. desember 2019, en neiti síðan að taka afstöðu til þeirra athugasemda og sjónarmiða sem áfrýjandi hafi fært fram við þá umfjöllun. Fullyrt sé í hinni kærðu ákvörðun að hvorki þurfi að skilgreina markaði málsins né meta markaðshlutdeild áfrýjanda og samkeppnisaðila við mat á því hvort brotið hafi verið gegn skilyrðum þeirra sátta sem áfrýjandi gerði við Samkeppniseftirlitið. Þá vísi Samkeppniseftirlitið til þess að það hafi skilið frá hvers konar umfjöllun um 11. gr. samkeppnislaga og ætluð brot áfrýjanda á því ákvæði. Áfrýjandi telur að slíkt sé óheimilt, þ.e. að skilja frá mat á lögmæti tiltekinnar háttsemi út frá tilteknu lagákvæði á sama tíma og komist sé að niðurstöðu um ætlað brot hennar gegn öðru ákvæði.

Ráða megi af hinni kærðu ákvörðun að ætluð markaðsskilgreining og markaðsstyrkur áfrýjanda hafi verið metin einhliða af Samkeppniseftirlitinu og hún þannig haft að lágmarki áhrif á afstöðu stjórnvaldsins til þess hvort áfrýjandi hafi brotið gegn tilgreindum ákvæðum sátta. Hins vegar hafi engin afstaða né tillit verið tekin til sjónarmiða áfrýjanda varðandi markaðshlutdeild, markaðsskilgreiningu og markaðsstyrk áfrýjanda og samkeppnisaðila, sem fram komu í athugasemdum við andmælaskjalið. Áfrýjandi telur að hann hafi sýnt fram á að því fari víðs fjarri að hann sé í markaðsráðandi stöðu á þeim mörkuðum málsins sem þýðingu hafa. Í stað þess að taka rökstudda afstöðu til sjónarmiða og framlagðra gagna áfrýjanda, sé algjörlega litið framhjá þeim upplýsingum í hinni kærðu ákvörðun, en þrátt fyrir það staðhæft að áfrýjandi sé í sterkri stöðu, sem

sýnilega hafi áhrif á niðurstöðu málsins en í slíku felst skýrt brot gegn rannsóknarreglu 10. gr. stjórnsýslulaga.

Þá vísar áfrýjandi til þess að skort hafi á rannsókn Samkeppniseftirlitsins á þýðingu og ætluðum vinsældum Enska boltans sem sjónvarpsefni og það eitt feli sjálfstætt í sér brot gegn 10. gr. stjórnsýslulaga. Meðaláhorf á útsendingar frá leikjum í ensku úrvalsdeildinni af myndlyklum áfrýjanda sé langt undir meðaláhorfi á vinsælustu dagskrárliði Sjónvarp Símans Premium. Sú staðhæfing sem lögð sé til grundvallar í hinni kærðu ákvörðun, um að ekki þurfi að fjölýrða um að Enska boltinn eða enska úrvalsdeildin í fótbolta sé eitt vinsælasta sjónvarpsefni sem boðið sé upp á hér á landi, sé ekki í samræmi við staðreyndir málsins. Engin eiginleg rannsókn hafi farið fram á þessu atriði fyrir töku hinnar kærðu ákvörðunar en ráða megi að ætlaðar vinsældir Enska boltans hafi haft verulega þýðingu fyrir úrlausn málsins. Þar sem þessi staðhæfing hafi verið lögð til grundvallar við töku hinnar kærðu ákvörðunar án nokkurrar rannsóknar eða gagna henni til stuðnings, og greinilega haft verulega þýðingu fyrir úrlausn málsins, sé um að ræða sjálfstætt brot á rannsóknarreglu 10. gr. stjórnsýslulaga og því beri að fella hina kærðu ákvörðun úr gildi.

f. Viðurlög

Verði hin kærða ákvörðun um ætluð brot áfrýjanda staðfest telur áfrýjandi, að í ljósi þeirra aðstæðna sem fyrir hendi séu í málinu, að fella eigi álagða sekt niður eða í öllu falli lækka sektarfjárhæðina verulega.

Verði talið að áfrýjandi hafi brotið gegn tilgreindum ákvæðum áður nefndra sáttta sé ljóst að slík niðurstaða byggji á nýrri túlkun Samkeppniseftirlitsins sem gangi þvert á fyrri túlkun þess á sömu skilyrðum. Þessi nýja túlkun kunni að fela það í sér að áfrýjanda sé bönnuð öll háttsemi í formi vöndlunar og hvers konar afslátta við kaup á fleiri en einum þjónustuþætti. Slík túlkun sé þvert á alkunna framkvæmd á markaði um afar langt skeið, sem Samkeppniseftirlitinu hafi verið fullkunnugt um og ítrekað talið að ekkert tilefni væri til að aðhafast vegna og raunar staðfest að „óforsvaranlegt“ sé að leggja bann við slíku.

Verði hin nýja túlkun Samkeppniseftirlitsins staðfest, sé ekki málefnalegt að beita áfrýjanda sektum. Megintilgangur sekta sé að skapa varnaraðaráhrif, en varnaraðaráhrif séu engin ef byggt sé á túlkun sem gangi í berhögg við eldri túlkun

og engin leið hafi verið að sjá fyrir. Þá geti það vart talist forsvaranlegt að vísa til dóms Hæstaréttar í máli nr. 218/2012 þess efnis að álögð sektarfjárhæð þess máls hafi ekki haft næg varnaðaráhrif og telja það réttmæta ástæðu til að tífalda fjárhæð sektarinnar. Slík afstaða gangi gegn meðalhófsreglu 12. gr. stjórnslulaga, sbr. úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í málum nr. 17/2003 og 18/2003. Þá megi einnig í því sambandi vísa til ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins í máli nr. 17/2007, þar sem ekki var gerð sekt þrátt fyrir niðurstöðu um brot, vegna aðdraganda sem megi um margt líkja við aðdraganda þess máls sem hér sé til umfjöllunar.

Ljóst sé af hinni kærðu ákvörðun að ítrekunaráhrif hafi haft verulega þýðingu varðandi þá sektarfjárhæð sem þar var ákvörðuð, en að mati áfrýjanda séu ekki til staðar lagaskilyrði fyrir beitingu ítrekunaráhrifa í máli þessu. Sé í því sambandi vísað til þess að ákvæði 3. mgr. 71. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940 gildi um ætlað brot áfrýjanda, en samkvæmt ákvæðinu falli ítrekunaráhrif niður, séu liðin 5 ár frá því að sökunautur hafi tekið út fyrri refsingu, eða frá því að hún hafi fallið niður eða verið gefin upp, þangað til hann fremur síðara brotið. Hafi fyrri refsingin verið sektir, teljist fresturinn þó frá þeim degi, er fullnaðardómur var upp kveðinn eða gengist var undir sektargreiðslu.

Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins um svo íþyngjandi refsikennd viðurlög teljist refsing í skilningi mannréttindasáttmála Evrópu, sbr. dóm Mannréttinda-dómstólsins í máli nr. 43509/08. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafi einnig staðfest að ákvæði 71. gr. alm. hgl. gildi um sektir samkeppnisyfirvalda með lögjöfnun, sbr. úrskurð nefndarinnar í máli nr. 4/2013. Verði fallist á að áfrýjandi hafi brotið gegn fyrrgreindum skilyrðum sáttanna, sé ljóst að brotatímabilið afmarkist við 1. ágúst 2019 til 31. desember 2019 samkvæmt hinni kærðu ákvörðun. Ekkert af fyrri brotum áfrýjanda sem Samkeppniseftirlitið vísi til í hinni kærðu ákvörðun hafi átt sér stað eftir 1. ágúst 2014. Ekki geti því verið um ítrekunaráhrif að ræða og því beri að lækka sektarfjárhæðina verulega.

Þá sé einnig vísað til þess að lengd ætlaðs brotatímabils sé svo stutt að það leiði til verulegrar lækkunar á sektarfjárhæðinni, en samkvæmt 2. mgr. 37. gr. samkeppnislaga beri að hafa hliðsjón af því við ákvörðun sekta hversu lengi brot hafa staðið. Megi í þessu sambandi benda á dóm Hæstaréttar í máli nr. 419/2015.

Þá telur áfrýjandi að líta verði til þess að háttsemi áfrýjanda hafi ekki leitt til tjóns á markaði fyrir fjarskipta- og sjónvarpsþjónustu enda hafi ekkert mat verið lagt á það í hinni kærðu ákvörðun þó svo að það sé staðhæft án rannsókna. Í hinni kærðu ákvörðun sé hvergi vikið að markaðsskilgreiningum eða rannsókn á markaðshlutdeild áfrýjanda né rannsókn á áhrifum ætlaðra brota á neytendur eða samkeppnisaðila. Fullyrðing um samkeppnislegt tjón taki einungis mið af fjölda áskrifenda að Heimilispakka áfrýjanda, óháð því hvers vegna fjölgunin átti sér stað, áhrifum hennar á markaði málsins eða markaðshlutdeild áfrýjanda og keppinauta hans. Enginn fótur sé fyrir fullyrðingu um samkeppnislegt tjón, enda hvorki vísað í rannsóknir né undirliggjandi gögn því til stuðnings. Hvað sem öllu líður sé ljóst að samkeppnisaðili áfrýjanda hafi haft yfirburða markaðshlutdeild. Það geti ekki leitt til þyngri viðurlaga að áfrýjandi hafi hindrað slíkan markaðsráðandi aðila í að „viðhalda viðskiptum“ sínum. Í öllu falli séu áhrif á samkeppnisaðila með öllu ósönnuð og geti því ekki haft áhrif á sektarfjárhæðina.

Áfrýjandi mótmælir þeirri fullyrðingu sem fram komi í hinni kærðu ákvörðun að það hafi ekki getað dulist áfrýjanda að umrædd háttsemi færi í bága við skilyrði fyrrgreindra sáttu og að það eigi að leiða til þyngingar viðurlaga. Til þess að ásetningur geti haft áhrif til þyngingar viðurlaga verði hann að vera skýr, sbr. ákvarðanir Samkeppniseftirlitsins í málum nr. 4/2010 og 34/2012, en því sé ekki fyrir að fara í því máli sem hér um ræðir. Fyrir það fyrsta liggja ekkert fyrir um huglæga afstöðu stjórnenda áfrýjanda en ekki nægi að vísa til þess eins að stjórnendum hafi ekki getað dulist að tiltekin háttsemi hafi brotið gegn tilteknum skilyrðum heldur þurfi að sýna fram á að viðkomandi hafi mátt vera ljóst hver áhrifin yrðu af háttseminni. Í öðru lagi sé ljóst að verði fallist á brot áfrýjanda þá sé það gert á grundvelli nýrrar túlkunar Samkeppniseftirlitsins á öllum þremur ákvæðum fyrrgreindra sáttu, túlkun sem ekki hafi birst áður og sé þvert á fyrri afstöðu Samkeppniseftirlitsins og þeirrar eftirlitsnefndar sem falið var að hafa eftirlit með skilyrðum títtnefndra sáttu.

Með hliðsjón af öllu framangreindu telur áfrýjandi að fella beri hina kærðu ákvörðun Samkeppniseftirlitsins úr gildi. Ákvörðunin byggir ekki einungis á nýrri túlkun Samkeppniseftirlitsins á skilyrðum umþrættra ákvarðana heldur fari einnig gegn öllum fyrri túlkunum stjórnvaldsins á bæði vöndli áfrýjanda, þ.e. Heimilispakkanum, sáttunum og ákvörðunum Samkeppniseftirlitsins svo og

sambærilegum skilyrðum sem hvíla á samkeppnisaðila áfrýjanda. Ákvörðunin byggir á rannsókn sem í upphafi hverfðist að stórum hluta um ætlaðan markaðsstyrk áfrýjanda. Þegar andmæli og gögn áfrýjanda hafi leitt í ljós að sú staða hafi ekki verið fyrir hendi, hafi Samkeppniseftirlitið hætt við alla þá umfjöllun en eftir sem áður hafi hin kærða ákvörðun verið tekin, án þess að mat hafi verið lagt á skilgreiningu markaða eða markaðsstöðu, og án þess að taka nokkra afstöðu eða tillit til andmæla áfrýjanda.

4.2. Málsástæður og lagarök Samkeppniseftirlitsins

Samkeppniseftirlitið telur að áfrýjandi hafi með þeirri háttsemi sem lýst sé í hinni kærðu ákvörðun brotið gegn þeim skilyrðum sem hann hafi skuldbundið sig til að hlíta í þeim sáttum sem hann gerði við Samkeppniseftirlitið þann 23. janúar 2015 og 15. apríl 2015. Áfrýjandi hafi tryggt sér rétt til að sýna frá beinum útsendingum leikja í ensku úrvalsdeildinni í knattspyrnu, keppnistímabilin 2019-20, 2020-21 og 2021-22 og séu útsendingarnar á sérstakri sjónvarpsrás áfrýjanda, „Símanum Sport“. Á árinu 2019 hafi sjónvarpsrásinni verið bætt við svonefndan Heimilispakka áfrýjanda sem feli í sér tilboð á fjarskipta- og sjónvarpsþjónustu áfrýjanda. Við þessa breytingu hafi verið á „Heimilispakkanum“ hækkað um 1.000 kr., þ.e. farið úr 14.000 kr. í 15.000 kr.

Hafnað er þeim sjónarmiðum áfrýjanda að útilokað hafi verið fyrir hann að gera sér grein fyrir efni þeirra skilyrða sem fram komi í fyrrgreindum sáttum þar sem skilyrðin séu óskýr. Við meðferð málsins hjá Samkeppniseftirlitinu hafi áfrýjandi byggt á sambærilegum málsástæðum, sjónarmiðum og athugasemdum og hann geri nú fyrir áfrýjunarnefndinni. Afstaða áfrýjanda hafi að hluta til komið fram fyrir upphaf brotatímabilsins sem sé frá 1. ágúst til 31. desember 2019. Þannig hafi Samkeppniseftirlitið meðal annars fengið upplýsingar og/eða skrifleg sjónarmið vegna málsins frá áfrýjanda þann 29. maí, 26. júní og 5. júlí 2019. Með bréfi Samkeppniseftirlitsins til áfrýjanda þann 23. júlí 2019 hafi áfrýjandi verið upplýstur um ítarlegt frummat Samkeppniseftirlitsins þar sem fram hafi komið að sú markaðsfærsla á Enska boltanum, sem áfrýjandi hugðist þá ráðast í, bryti gegn ákvæðum 3. gr. sáttarinnar frá 15. apríl 2015 og 19. gr. sáttarinnar frá 23. janúar 2015. Við birtingu frummatsins hafði áfrýjandi að einhverju leyti þegar hafið markaðsfærslu á Enska boltanum en beinar útsendingar hófust ekki á

sjónvarpsrásinni Símanum Sport fyrir en 9. ágúst 2019. Áfrýjandi hafi hins vegar í engu tekið tillit til þess er fram kom í frummatinu né þeirra leiðbeininga sem finna mátti í bréfi Samkeppniseftirlitsins til áfrýjanda þann 23. júlí 2019 varðandi gildissvið og inntak þeirra skilyrða sem málið varða. Hafi áfrýjandi verið ófær um að gera sér grein fyrir þeim skyldum sem á honum hvíldu á ætluðu brotatímabili, svo sem vegna fyrrgreindra sáttá, þá hafi hann allt að einu getað afstýrt því samkeppnisbroti og þeirri stjórnvaldssekt sem mál þetta varðar hefði hann tekið tillit til frummats og leiðbeininga Samkeppniseftirlitsins frá 23. júlí 2019. Frummatið gaf áfrýjanda ríkt tilefni til að endurskoða markaðsfærslu sína og leggja mat á lögmæti hennar. Vegna sögu áfrýjanda í samkeppnismálum hafi verið mikilvægt fyrir hann að gæta sérstaklega að því að aðgerðir hans færu ekki gegn bindandi skuldbindingum í sáttum eða bannreglum samkeppnislaga. Áfrýjandi hafi hins vegar aldrei leitað til Samkeppniseftirlitsins um leiðbeiningar eða skýringar á ákvæðum fyrrgreindra sáttá.

Áfrýjandi sendi tvívegis beiðnir til Samkeppniseftirlitsins á árinu 2019 um að önnur fyrrgreindra sáttá yrði endurupptekin, aðallega með vísan til breytinga á markaði. Í þeim erindum var ekki vikið að því að skilyrði sáttanna væru óskýr eða að erfitt væri að fullnægja þeim skyldum sem þar kæmu fram. Í kjölfar hinnar kærðu ákvörðunar hafi áfrýjandi í fyrsta skipti með bréfi, dags. 15. júlí 2020, leitað til Samkeppniseftirlitsins um leiðbeiningar vegna inntaks þeirra skilyrða sem hér um ræðir. Því sé ótrúverðugur málátilbúnaður áfrýjanda um óskýrleika sáttanna, ætlaða afstöðu Samkeppniseftirlitsins í fyrri málum varðandi lögmæti vöndla og/eða gildissvið sáttanna, og að stjórnendum áfrýjanda hafi ekki mátt vera ljóst að markaðsfærsla áfrýjanda á Enska boltanum bryti gegn ákvæðum sáttanna.

a. Ákvæði 3. gr. sáttar áfrýjanda og Samkeppniseftirlitsins frá 15. apríl 2015, sbr. ákvörðun nr. 20/2015.

Vísað er til þess að í hinni kærðu ákvörðun sé rökstutt að áfrýjandi hafi brotið gegn 3. gr. sáttarinnar frá 15. apríl 2015, sbr. ákvörðun nr. 20/2015, með því að tvíanna saman í sölu fjarskiptaþjónustu annars vegar og Enska boltann (línulega sjónvarpsþjónustu) á sjónvarpsrásinni Símanum Sport hins vegar, gegn verði og viðskiptakjörum sem jafna megi til þess að það hafi verið gert að skilyrði fyrir kaupum á fjarskiptaþjónustu að línuleg sjónvarpsþjónusta fylgdi með í kaupunum. Þetta hafi áfrýjandi gert með því að bæta sjónvarpsrásinni „Símanum

Sport“ við svonefndan Heimilispakka áfrýjanda og samhliða því hækkað verðið á honum um 1.000 kr. sem er sú fjárhæð sem tekjufærð er í bókhaldi áfrýjanda af áskriftarverði Heimilispakkans til „ Símans Sport“.

Í fyrri málslið 3. gr. fyrrgreindar sáttar frá 15. apríl 2015 komi fram með skýrum hætti að áfrýjanda sé óheimilt að gera það að skilyrði fyrir kaupum á fjarskiptaþjónustu að línuleg sjónvarpsþjónusta fylgi með í kaupunum. Í síðari málslið ákvæðisins sé honum jafnframt bannað að tvinnna saman í sölu fjarskiptaþjónustu og línulega sjónvarpsþjónustu gegn verði eða viðskiptakjörum sem jafna megi til slíks skilyrðis.

Samkeppniseftirlitið telur að fyrrgreind hækkun að fjárhæð 1.000 kr. sé svo óveruleg hækkun fyrir aðgang að línulegri sjónvarpsþjónustu, sem almennt sé seld á 4.500 kr., að það jafngildi því að áfrýjandi hafi gert það að skilyrði fyrir kaupum á fjarskiptaþjónustu að línuleg sjónvarpsþjónusta, þ.e. Enski boltinn, fylgdi með í kaupunum. Um sé að ræða 350% verðmun eftir því hvort Enski boltinn/Síminn Sport sé keyptur stakur eða sem hluti af Heimilispakka áfrýjanda. Ekki hafi þýðingu í þessu sambandi þó „Síminn Sport“ hafi verið tvinnnaður við vöndul fjarskipta- og sjónvarpsþjónustu enda sé bannið í síðari málslið 3. gr. sáttarinnar ekki háð því hvort sú fjarskiptaþjónusta sem áfrýjandi tvinnar saman við línulega sjónvarpsþjónustu sé hluti vönduls. Áfrýjandi komist ekki framhjá banninu í síðari málslið 3. gr. sáttarinnar þótt sú fjarskiptaþjónusta sem hann tvinni saman við línulega sjónvarpsþjónustu sé seld í stórum vöndli sem innihaldi eftir atvikum aðra fjarskipta- og/eða sjónvarpsþjónustu. Þaðan af síður hafi það þýðingu að sjónvarpsrásin „Síminn Sport“ hafi verið aðgengileg í gegnum sjónvarpsþjónustuna Sjónvarp Símans Premium enda bannið í síðari málslið 3. gr. sáttarinnar óháð því með hvaða hætti áfrýjandi tvinni saman fjarskiptaþjónustu og línulega sjónvarpsþjónustu. Aðalatriðið sé að Heimilispakki áfrýjanda hafi að geyma margvíslega fjarskiptaþjónustu og að þeir sem keyptu hann fengu aðgang að Enska boltanum á sjónvarpsrásinni „Síminn Sport“.

Þrátt fyrir að viðskiptavinum áfrýjanda sé unnt að kaupa staka þjónustuþætti Heimilispakkans breyti það ekki þeirri staðreynd að áfrýjandi hafi hækkað verð hans um 1.000 kr. í tengslum við þá ákvörðun að bæta sjónvarpsrásinni „Símanum Sport“ við það sjónvarpsefni sem var aðgengilegt þeim sem kaupa

Heimilispakkann. Eftir þessa breytingu hafi áskrifendum Heimilispakkans fjölgað umtalsvert og mun meira en fjölgun áskrifenda að efnisveitunni, Sjónvarp Símans Premium eða sjónvarpsrásinni, Símanum Sport.

Við mat á því hvort áfrýjandi hafi brotið gegn ákvæði 3. gr. sáttarinnar ráði úrslitum hvort brotið hafi verið gegn því skilyrði sem fram komi í síðari málslíð greinarinnar en ekki hvort áfrýjandi hafi jafnframt brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga. Skilgreiningar á hugtökunum samtvinnun og vöndlun hafi takmarkaða þýðingu í þessu sambandi. Bent sé á að ekki séu til almennar skilgreiningar á hugtökunum samtvinnun og vöndlun, en þau séu iðulega notuð án þess að greinarmunur sé gerður á þeim, en fyrst og fremst sé litið til áhrifanna af þeirri háttsemi sem um ræðir. Hugtökin samtvinnun og vöndlun séu ekki skilgreind í d-lið 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga en þar sé misnotkun á markaðsráðandi stöðu talin geta falist í því að „sett sé það skilyrði fyrir samningagerð að hinir viðsemjendurnir taki á sig viðbótarskuldbindingar sem tengjast ekki efni samninganna“. Sama sé að segja um ákvæði e-liðar 1. mgr. 53. gr. samningsins um Evrópska efnahagssvæðið og d-liðar 102. gr. sáttmálans um starfshætti Evrópusambandsins en í hvorugu ákvæðanna sé vísað til samtvinnunar eða vöndlunar.

Vegna fullyrðinga áfrýjanda um að ekki geti verið um að ræða skilyrði fyrir kaupum á fjarskiptaþjónustu að samhliða sé keypt sjónvarpsþjónusta þar sem mikill fjöldi viðskiptavina hans kaupi internet- og farsímaþjónustu án þess að kaupa línulega sjónvarpsþjónustu, bendir Samkeppniseftirlitið á að stór hluti viðskiptavina áfrýjanda kaupi fjarskiptaþjónustu og línulega sjónvarpsþjónustu í Heimilispakka áfrýjanda. Þessir viðskiptavinir geti ekki sagt upp áskriftinni að línulegu sjónvarpsþjónustunni án þess að segja upp Heimilispakka áfrýjanda. Við uppsögn hækki verð á þeim þjónustuþáttum sem eftir standi auk þess sem viðskiptavinurinn þurfi þá að kaupa það viðbótargagnamagn í farsíma sem hann fái annars frítt með því að kaupa Heimilispakkann. Við blasi samkvæmt framansögðu að með Heimilispakkanum hafi áfrýjandi gert það að skilyrði fyrir kaupum á fjarskiptaþjónustu að línuleg sjónvarpsþjónusta, þ.e. Enski boltinn, fylgi með í kaupunum.

Hátt hlutfallið þeirra viðskiptavina áfrýjanda sem kaupa áskrift að Heimilispakkanum og Sjónvarpi Símans Premium endurspeglir þann hvata sem það sé fyrir viðskiptavinum áfrýjanda að kaupa af honum fjarskiptaþjónustu þegar þeir kaupi Enska boltann/Símann Sport í Heimilispakkanum. Helgist það án nokkurs vafa af því að þeir greiði 350% hærra verð fyrir sjónvarpsrásina eina og sér en í Heimilispakka áfrýjanda. Hafi þetta óhjákvæmilega þau áhrif að langstærstur hluti þeirra viðskiptavina sem kaupi Enska boltann/Símann Sport kaupi jafnframt fjarskiptaþjónustu áfrýjanda, en 3. gr. sáttarinnar sé ætlað að koma í veg fyrir slík áhrif. Brot áfrýjanda gegn síðari málslíð 3. gr. sáttarinnar sé því þannig til þess fallið að hafa afar skaðleg samkeppnisleg áhrif á fjarskipta- og sjónvarpsmarkaði.

Ekki sé hægt að fallast á þá nálgun áfrýjanda að bera eigi fjölda stakra áskrifenda að Enska boltanum/Símanum Sport saman við alla þá sem kaupi þjónustuna utan Heimilispakka áfrýjanda. Í fyrsta lagi hafi áfrýjandi ekki skýrt út hvernig sá fjöldi sé fundinn en í öllu falli sé ljóst að Enski boltinn/Síminn Sport sé ekki boðinn stakur til ákveðins fjölda heimila samkvæmt þeim tölulegu upplýsingum sem áfrýjandi hafi veitt Samkeppniseftirlitinu í samræmi við skyldu sína samkvæmt 19. gr. samkeppnislaga. Ætla megi að hér sé áfrýjandi að vísa til allra þeirra sem hafi aðgang að Enska boltanum/Símanum Sport en kaupi ekki Heimilispakka áfrýjanda, óháð söluaðila og dreifikerfi.

Í útreikningum áfrýjanda varðandi fjölda þeirra sem hafa aðgang að Enska boltanum/Símanum Sport utan Heimilispakka áfrýjanda virðist hann taka tillit til fjölda þeirra sem kaupa þjónustuna í gegnum efnisveituna Sjónvarp Símans Premium. Eins og fram komi í hinni kærðu ákvörðun hækkaði áfrýjandi verð á efnisveitunni um 1.000 kr. við það að áskrifendur hennar fengu aðgang að Enska boltanum/Símanum Sport. Ekki sé því um það að ræða að þessir viðskiptavinir kaupi Enska boltann/Símann Sport einan og sér heldur kaupi þeir hann ásamt annarri sjónvarpsþjónustu, þ.e. efnisveitunni Sjónvarpi Símans Premium. Enda þótt þeir kaupi ekki jafnframt fjarskiptaþjónustu áfrýjanda og í hinni kærðu ákvörðun sé ekki fjallað um efnisveituna sem fjarskiptaþjónustu, þá feli þetta atriði ekki í sér sönnun eða vísbendingu um að áfrýjandi hafi ekki brotið gegn síðari málslíð 3. gr. sáttarinnar. Þá sé jafnframt inni í tölum áfrýjanda sala hans á sjónvarpsrásinni Símanum Sport í kerfum annarra fjarskiptafyrirtækja, og sölu í

heildsölu þar sem notendur fá aðgang að Símanum Sport í kjölfar endursölu Nova hf. og Sýnar hf. Bent er á að sú sjónvarpsþjónusta áfrýjanda sem sé hluti af Heimilispakkanum sé ekki í boði á þessum kerfum og ekki seld í heildsölu. Vöruframboð áfrýjanda sé því mjög takmarkað í umræddum kerfum. Allt að einu hafi samanburðurinn ekki þýðingu við mat á því hvort áfrýjandi hafi brotið gegn síðari málslíð 3. gr. sáttarinnar.

Í samanburði áfrýjanda á verði einstakra þjónustubátta Heimilispakkans komi fram að samanlagt verð á þjónustubáttunum sé 17.800 kr. Eins og fram komi í hinni kærðu ákvörðun njóti áfrýjandi við þessa nálgun góðs af því að hann miðar ekki við raunverulegt stakt verð á Enska boltanum/Símanum Sport samkvæmt eigin verðskrá sem sé 4.500 kr. heldur verðið innan Sjónvarps Símans Premium sem sé 1.000 kr. Séu allir þjónustubættirnir og þar með talið Enski boltinn/Síminn Sport látnir bera raunverulegt verð samkvæmt verðskrá hækkar heildarverðið, því þá kosti þjónustubættirnir samtals 18.050 kr. og Enski boltinn/Síminn Sport 4.500 kr. og heildarverðið sé því 22.550 kr. Hér sé því um tæplega 20% mun að ræða. Við þennan samanburð sé hins vegar ekki tekið tillit til þeirra sérstöku viðskiptakjara fyrir farsímaþjónustu sem séu hluti Heimilispakkans, þ.e. andvirði þess og ábata fyrir viðskiptavinum í farsímaþjónustu að fá tífalt meira gagnamagn í farsíma fjölskyldunnar sé þjónustan keypt með Heimilispakkanum.

Samkeppniseftirlitið geti ekki fallist á þá túlkun áfrýjanda að honum sé heimilt að beita samtvinnun og vöndlun þeirra þjónustubátta sem séu innan sjónvarpsþjónustunnar, Sjónvarps Símans Premium. Fyrir það fyrsta beri að nefna að ákvæði 3. gr. sáttarinnar frá 15. apríl 2015 taki aðeins til línulegrar sjónvarpsþjónustu en ekki til sjónvarpsþjónustu í heild. Hvað sem því líður komi skýrt fram í ákvörðunarorðum hinnar kærðu ákvörðunar að áfrýjandi hafi við sölu á sjónvarpsrásinni Símanum Sport með Enska boltanum í gegnum Heimilispakka áfrýjanda brotið meðal annars gegn 3. gr. sáttarinnar frá 15. apríl 2015, sbr. ákvörðun nr. 20/2015. Aldrei hafi verið staðhæft að það feli í sér brot á fyrrgreindu ákvæði að Enski boltinn/Síminn Sport sé hluti af efnisveitunni Sjónvarp Símans Premium.

Ekki sé unnt að fallast á þá röksemd áfrýjanda að efnisveitan Sjónvarp Símans Premium sé hluti Heimilispakkans en ekki Enski boltinn á sjónvarpsrásinni Símanum Sport. Þótt sjónvarpsrásin Síminn Sport sé aðgengileg á efnisveitunni breyti það ekki því að með því hafa áskrifendur Heimilispakkans aðgang að Enska boltanum sem feli í sér línulega sjónvarpsþjónustu. Í Heimilispakkanum sé því tvinnuð saman fjarskiptaþjónusta og línuleg sjónvarpsþjónusta. Þannig komist áfrýjandi ekki framhjá banninu í 3. gr. fyrrnefndrar sáttar með því að markaðssetja línulega sjónvarpsþjónustu sem hluta af sjónvarpsrás sem sé aðgengileg á efnisveitunni Sjónvarpi Símans Premium. Markaðssetning áfrýjanda á sjónvarpsrásinni Símanum Sport heimili honum ekki að tvinna saman fjarskiptaþjónustu og línulega sjónvarpsþjónustu í Heimilispakkanum. Þannig ráði ekki úrslitum á hvaða hátt áfrýjandi tvinni saman fjarskiptaþjónustu og línulega sjónvarpsþjónustu. Áfrýjandi geti því ekki réttlætt háttsemi sína með því að sjónvarpsrásin sé jafnframt hluti af efnisveitunni Sjónvarpi Símans Premium.

Þá sé ekki unnt að fallast á þá málsástæðu áfrýjanda að viðskiptavinir áfrýjanda geti aldrei nálgast Enska boltann/Símann Sport á 1.000 kr. þar sem það sé Sjónvarp Símans Premium sem sé innifalin í Heimilispakkanum en ekki Enski boltinn/Síminn Sport einn og sér. Bent sé á að sjónvarpsrásin Síminn Sport með Enska boltanum sé nákvæmlega sama sjónvarpsrásin þegar hún sé boðin stök á 4.500 kr. og síðan innan Heimilispakkans og þá verðlögð á 1.000 kr. Efnið sé boðið sem hluti af Heimilispakkanum og í því sambandi hafi það enga þýðingu að þjónustan sé einnig hluti af Sjónvarpi Símans Premium sem jafnframt fylgi Heimilispakkanum. Enski boltinn/Síminn Sport sé þannig tvinnuður saman við Heimilispakkann. Í þessu sambandi sé bent á að Enski boltinn á Símanum Sport sé ekki boðinn hjá áfrýjanda eins og annað sjónvarpsefni, þ.e. sem hluti af dagskrá eða streymisveitu, t.d. eins og þáttaröð, bíómynd eða annað efni. Enski boltinn, þ.e. leikir í ensku úrvalsdeildinni og tengt efni, skýringar á leikjum og viðtöl sé boðin sem sérstök sjónvarpsrás. Sjónvarpsrásin sé markaðssett og seld með sérstökum hætti og sé nákvæmlega sama varan/þjónustan þegar hún sé seld stök á 4.500 kr. og þegar hún sé seld innan Heimilispakkans á 1.000 kr. Þá sé notaður sami myndlykill og sömu tæknilegu lausnirnar til að miðla efninu. Það að þjónustan sé boðin eftir þessum tveimur leiðum sem séu nákvæmlega eins hvað varðar efni og tæknilegar lausnir þýði að það sé málefnalegt og eðlilegt að bera

saman það mismunandi verð sem hún sé boðin á eftir því hvor þjónustuleiðin sé valin.

Þá sé einnig bent á að það sé ekki einungis áfrýjandi sem hafi lagt þessa fjárhæð, þ.e. 1.000 kr., til grundvallar við sölu á Enska boltanum/Símanum Sport til neytenda. Þegar útsendingar á ensku úrvalsdeildinni hófust að nýju eftir hlé vegna Covid-19 farsóttarinnar hafi orðið ljóst að þeir tveir keppinautar áfrýjanda sem einnig bjóði upp á Símann Sport í smásölu, þ.e. Sýn hf. og Nova hf., sáu sig knúna til að bjóða sjónvarpsrásina á sama verði jafnvel þó þessir keppinautar verði fyrir miklu tapi af þeim viðskiptum enda þurfi þeir að greiða meira til áfrýjanda fyrir efnið í heildsölu. Að mati Samkeppniseftirlitsins sé ljóst að umræddir keppinautar áfrýjanda myndu ekki bjóða Enska boltann/Símann Sport á svo lágu verði og jafnframt með fjárhagslegu tapi nema af því að þeir séu að mæta því raunverði sem áfrýjandi bjóði nær öllum viðskiptavinum sínum fyrir sama sjónvarpsefni.

Samkeppniseftirlitið telur að ekki sé hægt að líkja sjónvarpsrásinni Símanum Sport með Enska boltanum við ákveðnar sjónvarpsþáttaraðir. Enski boltinn njóti sérstöðu gagnvart öðru sjónvarpsefni hvort heldur hann sé sendur út í hefðbundinni dagskrá og/eða boðinn í streymisveitu. Enski boltinn sé sýndur á sérstakri sjónvarpsrás og sé dagskráin eðli málsins samkvæmt að stórum hluta í línulegri dagskrá þó einnig sé boðið upp á steymi eftir á.

Þá hafi það einnig þýðingu varðandi verðlagningu Enska boltans/Símans Sport hvernig þjónustan sé tekjufærð í bókhaldi áfrýjanda. Vísast í því sambandi meðal annars til viðskiptaáætlunar sem áfrýjandi lagði fram á grundvelli 19. gr. sbr. 41. gr. b. samkeppnislaga en þar kom skýrt fram að 1.000 kr. (m/vsk.) af áskriftarverði Sjónvarps Símans Premium renni til Enska boltans og hafi það síðar verið staðfest af áfrýjanda. Ekkert hefur komið fram á síðari stigum málsins um að þessar áætlanir hafi breyst eða að fyrrgreind tekjufærsla sé nú önnur en hún var og eigi að gilda fram til maí 2022. Í viðskiptaáætlun áfrýjanda fólust útreikningar á áætlaðri framlegð og afkomu Enska boltans fyrir tímabilið ágúst 2019 til og með maí 2022. Í þessum útreikningum skipti miklu máli hver tekjufærslan hjá Enska boltanum/Símanum Sport sé fyrir hvern viðskiptavin í Heimilispakka áfrýjanda. Verulegur hluti þeirra tekna sem áætlaðar séu vegna

Enska boltans/Símans Sport á tímabilinu séu vegna áskrifenda að Heimilispakkanum. Staðhæfing áfrýjanda um að þetta hafi ekki þýðingu sé með öllu órökstudd. Mat á áætlaðri afkomu t.d. af nýrri þjónustu hjá áfrýjanda, eins og þessari, á samkeppnismarkaði geti haft mikla þýðingu fyrir samkeppnisyfirvöld ef viðkomandi mál komi til skoðunar. Á það bæði við um mat á því hvort áfrýjandi hafi mögulega brotið tiltekin skilyrði í sáttum við Samkeppniseftirlitið eða almennt um mat á háttsemi hans á markaði með tilliti til stöðu hans á þeim markaði. Meðal annars af þessari ástæðu verði Samkeppniseftirlitið að geta treyst þeim forsendum sem áfrýjandi segist byggja á við gerð viðskiptaáætlunar.

Samkeppniseftirlitið telur að viðskiptalegar forsendur liggi að baki þeirri ákvörðun áfrýjanda að bæta sjónvarpsrásinni Símanum Sport við það sjónvarpsefni sem standi áskrifendum Heimilispakkans til boða og hafi áfrýjandi getað áætlað tekjur sínar af því að selja öllum áskrifendum Heimilispakkans jafnframt áskrift að Símanum Sport. Hækkunin hafi ekki verið líkleg til að leiða til þess að áskrifendur segðu upp áskriftinni enda hefði það valdið þeim óhagræði þar sem þeir hefðu þá þurft að kaupa alla þjónustubætti Heimilispakkans eina og sér á fullu verði. Þeir geti þannig ekki sagt upp línulegu sjónvarpsþjónustunni án þess að verð á þeim þjónustubáttum sem eftir standa hækki umtalsvert.

Samkeppniseftirlitið áréttar að það mál sem hér sé til úrlausnar varði brot á skilyrði í sátt en ekki brot á 11. gr. samkeppnislaga. Í málum vegna ætlaðra brota á slíkum skilyrðum þurfi ekki að sýna fram á að viðkomandi fyrirtæki hafi verið í markaðsráðandi stöðu þegar brotin eigi sér stað. Fyrirtækjum sé skylt að hlíta skilyrðum sáttanna þar til þau hafi verið felld niður eða þeim hefur verið breytt, sbr. meðal annars dómar Hæstaréttar Íslands í málum nr. 218/2012 og nr. 28/2015 og fyrri úrlausnir samkeppnisyfirvalda. Það hefði þurft að taka það fram berum orðum í sáttunum að brot á þeim séu háð því að sýnt sé fram á markaðsráðandi stöðu áfrýjanda eða önnur atriði sem varði beitingu 11. gr. samkeppnislaga. Ef staða áfrýjanda breytist þannig að hann telji að ekki séu lengur forsendur fyrir skilyrðum sáttanna geti hann óskað eftir endurupptöku þeirra, svo sem hann hefur tvívegis gert varðandi aðra sátt málsins en fallið frá því í bæði skiptin. Hvorki ákvæði 11. gr. samkeppnislaga né leiðbeiningar framkvæmdastjórnar ESB um beitingu 82. gr. Rómarsáttmálans hafi því þýðingu þegar leyst sé úr því hvort brotið hafi verið gegn 3. gr. sáttarinnar frá 15. apríl 2015

Vegna tilvísunar áfrýjanda til 23. gr. þeirrar sáttar sem gildi um starfsemi Sýnar hf., sbr. ákvörðun nr. 42/2017, sé bent á að hvorki það ákvæði né ákvæði 3. gr. sáttarinnar frá 15. apríl 2015 banni skilyrðislaust vöndlun á fjarskipta- og sjónvarpsþjónustu enda geti slík háttsemi verið samkeppnishvetjandi og jákvæð fyrir neytendur. Hins vegar verði ákveðin skilyrði að vera uppfyllt svo línuleg sjónvarpsþjónusta geti verið hluti slíks vönduls. Fyrrgreind ákvæði séu því ekki túlkuð með ólíkum hætti. Tilgangur beggja ákvæðanna sé skýr en þau takmarki að nánar tiltekið sjónvarpsefni sé tvinnuð saman í sölu með fjarskiptaþjónustu.

Vegna staðhæfingar áfrýjanda um að það tilvik sem hér sé til úrlausnar sé ólíkt því sem hafi verið fjallað um í dómi Hæstaréttar Íslands 6. desember 2012 í máli nr. 218/2012 verður að líta til þess að 3. gr. sáttarinnar leggi bann við því annars vegar að línulegri sjónvarpsþjónustu sé tvinnuð saman við fjarskiptaþjónustu og hins vegar að slík þjónusta sé tvinnuð saman gegn verði eða viðskipta-kjörum, sem jafna megi til slíks skilyrðis. Í þessu sambandi beri að líta til þess að í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 2/2010 hafi áfrýjandi verið talinn hafa brotið gegn 5. tölulið sáttar áfrýjanda við Samkeppniseftirlitið frá 11. mars 2005 þótt áfrýjandi hafi ekki sett fram beint skilyrði um kaup á viðkomandi þjónustu. Héraðsdómur Reykjavíkur og Hæstiréttur Íslands hafi staðfest þá niðurstöðu. Vegna þessa mátti áfrýjanda vera það ljóst að verðlagning sem fól í sér mikinn hvata fyrir viðskiptavinum til að kaupa Enska boltann með fjarskiptaþjónustu hafi verið líkleg til að brjóta gegn 3. gr. sáttarinnar frá 15. apríl 2015. Sú hækkun sem varð á verði Heimilispakka áfrýjanda þegar áskrifendur að honum fengu aðgang að sjónvarpsrásinni Símanum Sport var óveruleg í samanburði við verð fyrrgreindrar sjónvarpsrásar þegar hún var keypt ein og sér.

b. Ákvæði 19. gr. sáttar áfrýjanda og Samkeppniseftirlitsins frá 23. janúar 2015, sbr. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 6/2015.

Samkeppniseftirlitið telur að áfrýjandi hafi brotið gegn ákvæði 19. gr. sáttar áfrýjanda við Samkeppniseftirlitið frá 23. janúar 2015, sbr. ákvörðun nr. 6/2015, með því að aðgreina ekki nægjanlega ólíka þjónustubætti í Heimilispakka áfrýjanda í kynningu, sölu, verði og öðrum skilmálum. Í fyrrgreindu ákvæði sé lögð sú skylda á áfrýjanda og Mílu ehf. að aðgreina ólíka þjónustubætti í rekstri sínum, þar með talið í kostnaðarútreikningum, kynningu, sölu, verði og skilmálum. Taka skuli tillit til þessa í samningum og reikningagerð til

viðskiptavina á öllum mörkuðum þannig að ólíkir þjónustubættir séu nægilega aðgreindir og óháðir hverjir öðrum í verði og öðrum skilmálum.

Tilgangur ákvæðisins sé meðal annars að tryggja ákveðið gagnsæi í rekstri áfrýjanda og Mílu ehf. og koma í veg fyrir að félögin beiti samtvinnun. Sú röksemd áfrýjanda að ákvæðið feli ekki í sér kröfu um að þjónustubættir hans séu aðgreindir hver frá öðrum eigi ekki við rök að styðjast. Ákvæði 19. og 20. gr. fyrrgreindrar sáttar frá 23. janúar 2015 feli í sér skyldur sem áfrýjandi undirgekkst í því skyni „að efla samkeppni“, sbr. V. kafla sáttarinnar. Sá skilningur á ákvæðinu sem áfrýjandi leggi nú til grundvallar verði ekki ráðinn af orðalagi ákvæðisins né athugasemdum í ákvörðun nr. 6/2015. Þá geti afstaða þeirrar eftirlitsnefndar sem ætlað var að fylgjast með því að ákvæði sáttarinnar væru virt ekki vikið til hliðar skýru og afdráttarlausu orðalagi ákvæðisins.

Samkeppniseftirlitið áréttar að mál þetta varði brot á skilyrðum í sátt en ekki brot á 11. gr. samkeppnislaga. Eins og fram komi í ákvörðun nr. 6/2015 raski þau fyrirmæli er fram koma í 19. gr. sáttarinnar frá 23. janúar 2015 í engu þeim skyldum sem þegar hvíli á áfrýjanda og Mílu ehf. á grundvelli 11. gr. samkeppnislaga. Fyrirmælin í 19. gr. sáttarinnar kveði á um sérstaka skyldu sem ekki sé mælt fyrir um í 11. gr. samkeppnislaga. Sú krafa sem fram komi í ákvæðinu um aðgreiningu ólíkra þjónustubátta gangi að þessu leyti lengra enda sé henni ætlað að tryggja gagnsæi. Ekki sé því unnt að fallast á að 19. gr. sáttarinnar feli eingöngu í sér almennt bann við samtvinnun sem beri að skýra með hliðsjón af 11. gr. samkeppnislaga og að skilyrði þess ákvæðis fyrir ólögumætri samtvinnun þurfi að vera uppfyllt.

Þó svo að áfrýjandi hafi boðið einstaka þjónustubætti Heimilispakkans til sölu eina og sér þá voru þeir ekki aðgreindir í kynningu, sölu, verði og öðrum skilmálum Heimilispakkans. Krafa sáttarinnar um aðgreiningu ólíkra þjónustubátta sé að þessu leyti ólík almennu banni við samtvinnun hvort heldur mælt sé fyrir um það í sátt eða samkvæmt 11. gr. samkeppnislaga. Ólíkt því sem áfrýjandi byggir á felist ekki í þessu almennt bann við því að hann bjóði vöndul ólíkra þjónustubátta heldur krafa um gagnsæi, þ.e. að greina megi verð og skilmála hvers þjónustubáttar. Þannig komi ákvæðið ekki í veg fyrir það að áfrýjandi veiti viðskiptavinum sínum ákveðin viðskiptakjör, hlunnindi eða jafnvel

afslátt af hverjum og einum þjónustubætti í vöndlinum ef kröfum ákvæðisins sé fullnægt. Áfrýjandi hafi í engu reynt að sýna fram á með efnislegum hætti að þjónustubættir Heimilispakkans séu í reynd aðgreindir í verði, sölu, kynningu og öðrum skilmálum, líkt og sáttin áskilur.

Ekki sé fallist á þá skýringu áfrýjanda að ákvæði 19. gr. sáttarinnar leggi aðeins þá skyldu á áfrýjanda að tryggja að þjónustubættir hans séu nægjanlega aðgreindir frá þjónustubáttum Mílu ehf., enda fái slík skýring hvorki stoð í orðalagi 19. gr. né athugasemdum ákvörðunar nr. 6/2015. Bent sé á að ákvæði sáttarinnar frá 23. janúar 2015 hafi að geyma sérstök hegðunarskilyrði sem áfrýjandi samþykkti að gangast undir en slíkt hafi verið nauðsynlegt, meðal annars til að ljúka þeim málum og kvörtunum sem beindust að áfrýjanda á umræddum tíma og leiddu til þess að hann féllst á að greiða 300 milljón króna stjórnvaldssekt. Í sáttinni sé kveðið á um skyldu til aðgreiningar þjónustubátta, bann við samkeppnishamlandi samningum í starfsemi áfrýjanda, svo sem í formi einkakaupaákvæða eða tryggðarkjara, skyldu um verklagsreglur þjónustuvers áfrýjanda og kröfu um samkeppnisréttaráætlun. Í ákvæðum sáttarinnar sé beinlínis vísað til áfrýjanda sjálfstætt og/eða kveðið á um skyldur sem augljóslega gildi eða geti gilt um áfrýjanda með sjálfstæðum hætti án tillits til Mílu ehf.

Samkeppniseftirlitið telur að túlkun áfrýjanda á umsögn þeirrar nefndar sem ætlað sé að hafa eftirlit með því að áfrýjandi framfylgi ákvæðum sáttarinnar, sem gefin var í tilefni af kvörtun sem beindist að þeirri háttsemi áfrýjanda að bjóða áskrifendum Heimilispakkans tífalt gagnamagn í farsímaþjónustu, eigi ekki við rök að styðjast. Því til viðbótar sé fyrrgreind túlkun í ósamræmi við það sem fram komi í skýringu við V. kafla sáttarinnar og 19. gr. um að ákvæði sáttarinnar raski með engum hætti þeim skyldum sem hvíli á áfrýjanda og Mílu ehf. á grundvelli 11. gr. samkeppnislaga. Þá verði jafnframt að hafa í huga að eftirlitsnefnd um jafnan aðgang fjarskiptafyrirtækja sé nefnd á vettvangi áfrýjanda. Áfrýjandi standi straum af kostnaði nefndarinnar og hafi heimild til að afturkalla umboð nefndarmanna séu fyrir því málefnalegar ástæður. Afstaða nefndarinnar bindi ekki hendur Samkeppniseftirlitsins og hafi engin áhrif á möguleika þess til að taka ákvarðanir vegna brota áfrýjanda á áður nefndri sátt frá 23. janúar 2015. Þá varði fyrrgreind umsögn nefndarinnar allt önnur atvik en þau sem séu til úrlausnar í því máli sem hér um ræði.

Ekki er fallist á þá afstöðu áfrýjanda að afstaða til þess hvernig beri að skýra 19. gr. sáttarinnar hafi komið fram í bréfi Samkeppniseftirlitsins, dags. 8. maí 2018, þar sem hafnað hafi verið að rannsaka Heimilispakkann og tífalt gagnamagn í ljósi 19. gr. sáttarinnar. Bent sé á að í fyrrgreindu bréfi sé ekki að finna þá túlkun eða afstöðu Samkeppniseftirlitsins að 19. gr. sáttarinnar gildi aðeins um samvinnu milli áfrýjanda og Mílu hf. í krafti eignarhalds móðurfélagsins, en ekki sjálfstætt um áfrýjanda. Það sem áfrýjandi fullyrði að sé túlkun Samkeppniseftirlitsins í áður nefndu bréfi sé tilvitnun í fyrrnefnda umsögn eftirlitsnefndarinnar. Í bréfinu sé fjallað um frummat Samkeppniseftirlitsins og hafi kvartendum í því máli verið boðið að gera athugasemdir við frummatið. Að fengnum þeim athugasemdum hafi verið talin ástæða til að rannsaka málið nánar og sé því máli enn ólokið.

Skilyrði sáttarinnar séu skýr að mati Samkeppniseftirlitsins, þ.m.t. 19. gr. hennar um aðgreiningu þjónustupátta. Hvorki við gerð sáttarinnar 2013 né við endurnýjun hennar árið 2015 hafi áfrýjandi vakið máls á því að orðalag eða skýringar ákvæðisins væri óljósar um þær skyldur sem hvíla á áfrýjanda. Þá hafi áfrýjandi aldrei frá gildistíma sáttarinnar vakið máls á óskýrleika né leitað eftir leiðbeiningum frá Samkeppniseftirlitinu um inntak ákvæðisins að þessu leyti.

Sú afstaða áfrýjanda að brot á 19. gr. sáttarinnar sé háð því að áfrýjandi sé í markaðsráðandi stöðu á þeim mörkuðum sem um ræði hverju sinni eigi sér enga stoð í orðalagi ákvæðisins. Í sáttinni sé kveðið á um þau skilyrði sem viðkomandi fyrirtæki hafi fallist á að hlíta vegna stöðu sinnar á viðkomandi markaði eða mörkuðum. Í máli vegna ætlaðra brota viðkomandi fyrirtækis á slíkum skilyrðum þurfi hins vegar ekki að sýna fram á að það hafi verið í slíkri stöðu þegar brotin eiga sér stað, sbr. dóm Hæstaréttar Íslands frá 6. desember 2012 í máli nr. 218/2012. Fyrirtækinu sé með öðrum orðum skylt að hlíta skilyrðum sáttarinnar þar til þau hafi verið felld niður eða þeim verið breytt, sbr. dóm Hæstaréttar Íslands frá 10. september 2015 í máli nr. 28/2015. Það hefði því þurft að taka það fram berum orðum í 19. gr. sáttarinnar að brot á ákvæðinu væri háð því að sýnt væri fram á markaðsráðandi stöðu áfrýjanda.

Líkt og fjallað hafi verið um í hinni kærðu ákvörðun, þá geti ólögmæt samtvinnun markaðsráðandi fyrirtækis sem fari í bága við 11. gr. samkeppnislaga einnig falið í sér brot á 19. gr. sáttarinnar frá 23. janúar 2015. Krafa sáttarinnar um

aðgreiningu þjónustubátta nái lengra en bannregla samkeppnislaga og þess vegna sé sérstaklega vísað til þess í 19. gr. sáttarinnar að skyldan taki til áfrýjanda á öllum mörkuðum. Í skýringum sé fjallað nánar um inntak og gildissvið ákvæðisins og þar komi m.a. fram að ákvæðið eigi að auka gagnsæi í rekstri áfrýjanda og girða fyrir samtvinnun. Ekkert í skýringunum þrengi skilyrðið með þeim hætti sem áfrýjandi heldur fram.

Samkvæmt 17. gr. f. samkeppnislaga og 22. gr. reglna um málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins sé eftirlitinu heimilt á öllum stigum máls að ljúka því með sátt. Samkvæmt fyrrgreindum ákvæðum geti sátt meðal annars falist í því að málsaðili viðurkenni brot á samkeppnislögum og fallist á að greiða stjórnvaldssekt vegna þess. Sátt geti einnig falist í því að málsaðili breyti tiltekinni hegðun sinni á markaðnum eða hlíti fyrirmælum eða skilyrðum sem ætlað sé að vernda eða efla samkeppni. Með því að undirrita sáttina frá 23. janúar 2015 hafi áfrýjandi skuldbundið sig til að hlíta öllum skilyrðum hennar, þ.m.t. 19. og 20. gr. hennar.

Samkeppniseftirlitið bendir á að þrátt fyrir að áfrýjandi hafi boðið ólíka þjónustubætti Heimilispakkans til sölu eina og sér þá hafi þeir ekki verið aðgreindir í kynningu, sölu, verði og öðrum skilmálum hans. Fyrir liggir að áfrýjandi hafi selt Enska boltanum/Símanum Sport með ólíkum þjónustubáttum í Heimilispakkanum á einu óaðgreindu og ósundurliðuðu heildarverði sem sé töluvert lægra en samanlagt verð stakra þjónustubátta. Verulegur verðmunur sé á Enska boltann/Símamann Sport, eftir verðlagningu hans innan Heimilispakkans eða þegar hann er seldur sem stakur þjónustubáttur. Markaðsaðgerð áfrýjanda í þessu máli varði umræddan þjónustubátt í Heimilispakkanum sem sé óháður öðrum og ólíkum þjónustubáttum í Heimilispakkanum í verðlagningu og viðskiptakjörum samkvæmt ákvörðun áfrýjanda. Neytendur og viðskiptavinir áfrýjanda hafi ekki fengið upplýsingar um aðgreint verð á einstökum þjónustubáttum í Heimilispakkanum í samningum eða við reikningagerð. Áfrýjandi innheimti eitt ósundurliða heildarverð vegna Heimilispakkans við reikningagerð. Í þessu sambandi skipti ekki máli þótt neytendur hafi átt þess kost að kaupa einstaka þjónustubætti áfrýjanda staka og á öðru verði. Áfrýjandi hafi ekki gætt að því að láta neytendum og viðskiptavinum sínum í té upplýsingar um aðgreint verð á einstökum þjónustubáttum.

Þá sé vakin athygli á því að sú verðskrá sem áfrýjandi lét fylgja með kæru sinni til áfrýjunarnefndar samkeppnismála, með einingaverði þjónustubátta Heimilispakkans bæði innan vöndulsins og utan hans, hafi aldrei verið birt neytendum eða viðskiptavinum áfrýjanda. Það sundurliðaða einingaverð sem þar sé að finna, sé þannig ekki aðgengilegt neytendum og svo virðist sem hér sé um nýjar upplýsingar að ræða sem áfrýjandi hafi ekki birt áður.

Bent sé á að ákvæði 19. gr. sáttarinnar sé matskennt, enda eðli málsins samkvæmt matskennt hvenær aðgreining ólíkra þjónustubátta teljist nægileg. Þá komi fram í skýringum með ákvæði sáttarinnar að meta þurfi hvert tilvik fyrir sig með hliðsjón af aðstæðum hverju sinni. Ekki sé unnt að gera þær óraunhæfu kröfur til Samkeppniseftirlitsins að sjá fyrir öll möguleg framtíðartilvik í starfsemi fyrirtækja sem geti fallið undir skilyrði sátta sem gerðar séu á grundvelli samkeppnislaga.

c. Ákvæði 20. gr. sáttar áfrýjanda og Samkeppniseftirlitsins frá 23. janúar 2015, sbr. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 6/2015.

Samkeppniseftirlitið telur að áfrýjandi hafi brotið gegn 20. gr. sáttarinnar frá 23. janúar 2015, með því að láta það hafa áhrif á viðskiptakjör þeirra sem kaupa fjarskipta- og sjónvarpsþjónustu í Heimilispakka áfrýjanda ef þeir ákveða að flytja hluta viðskipta sinna til annars fjarskiptafyrirtækis. Í ákvæðinu sé lögð sú skylda á áfrýjanda að tryggja að það hafi ekki áhrif á kjör viðskiptavina hans ef þeir ákveði að flytja hluta viðskipta sinna til annars fjarskiptafyrirtækis. Ákvæðið feli þannig í sér skyldur áfrýjanda í því skyni að efla samkeppni. Möguleikar keppinauta áfrýjanda til þess að afla sér nýrra viðskiptavina séu augljóslega minni ef viðskiptavinir áfrýjanda geta ekki flutt hluta viðskipta sinna til annarra án þess að önnur kjör þeirra hjá áfrýjanda skerðist við slíkan flutning. Fyrir liggir að þeir viðskiptavinir áfrýjanda sem kaupi Heimilispakka áfrýjanda geti ekki flutt hluta viðskipta sinna til annars fjarskiptafyrirtækis án þess að það hafi áhrif á önnur viðskiptakjör þeirra hjá áfrýjanda. Sú afstaða áfrýjanda að 3. mgr. 20. gr. sáttarinnar gildi ekki um Heimilispakkann þar sem hann sé sérstök vara sé örökstudd. Heimilispakinn hafi að geyma margvíslega fjarskiptaþjónustu auk ólínulegrar og línulegrar sjónvarpsþjónustu og sé þessi þjónusta í takmörkuðum tengslum hver við aðra. Eigi það sérstaklega við um Símann Sport, þ.e. línulega

sjónvarpsþjónustu annars vegar og þá fjarskiptaþjónustu sem sé innan Heimilis-pakkans, eins og internetþjónustu og sérkjör farsímaþjónustu, hins vegar.

Vegna umfjöllunar um vöndla í ákvörðun nr. 42/2017 sé bent á að þegar sú ákvörðun var tekin höfðu fjarskiptafyrirtæki í nokkurn tíma boðið vöndla með fjarskiptaþjónustu. Vöndlar með fjarskipta- og sjónvarpsþjónustu eigi sér skemmri sögu. Hvorki í fyrrgreindri ákvörðun né í bréfum Samkeppniseftirlitsins frá 13. nóvember 2015 og 8. maí 2018 sem áfrýjandi vísi til, hafi verið tekin afstaða til þess hvort áfrýjanda sé heimilt að bjóða vöndla á borð við Heimilispakkann.

Ákvæði hliðstætt 20. gr. sáttarinnar frá 23. janúar 2015, sbr. ákvörðun nr. 6/2015, sé ekki í þeirri sátt sem gildi um starfsemi keppinautar áfrýjanda, Sýn hf., sbr. ákvörðun nr. 42/2007. Telji áfrýjandi að 20. gr. sáttarinnar takmarki möguleika hans til að keppa við önnur fjarskiptafyrirtæki eigi hann kost á því að óska eftir því að sáttin verði endurupptekin að þessu leyti en á meðan ákvæðið hafi ekki verið fellt úr gildi eða því breytt sé honum skylt að fylgja því, sbr. dóm Hæstaréttar Íslands 10. september 2015 í máli nr. 28/2015.

Í ákvörðun nr. 42/2017 sé ekki fjallað efnislega um Heimilispakkann eða aðra vöndla áfrýjanda. Í ákvörðuninni skilgreindi Samkeppniseftirlitið með sama hætti og í öðrum málum vörumarkaði við mat á mögulegum áhrifum samruna fyrirtækja á samkeppni. Við markaðsskilgreiningar taki Samkeppniseftirlitið eðli málsins samkvæmt tillit til fyrirbyggjandi vöruframboðs samrunaaðila og annarra markaðsaðila, og greini meðal annars framboðsstaðgöngu meðal fyrirtækja og eftirspurnarstaðgöngu meðal neytenda. Í framangreindri ákvörðun hafi verið eðlilegt að mati Samkeppniseftirlitsins að taka tillit til þeirrar staðreyndar að neytendur hér á landi keyptu í vaxandi mæli vöndla og pakkatilboð.

Sú afstaða áfrýjanda að 20. gr. sáttarinnar sé aðeins ætlað að vernda kjör viðskiptavinar áfrýjanda ef hann flytur þjónustu sína frá Mílu ehf. og öfugt er með öllu órökstudd að mati Samkeppniseftirlitsins og fær hvorki stoð í orðalagi ákvæðisins né athugasemdum við það. Þá geti afstaða þeirrar nefndar sem var ætlað að fylgjast með því að ákvæði sáttarinnar væru virt ekki vikið til hliðar skýru og afdráttarlausu orðalagi ákvæðisins.

Vegna þeirrar málsástæðu áfrýjanda að ákvæði 20. gr. sáttarinnar sé óskýrt og að Samkeppniseftirlitið hafi fyrst gert grein fyrir því frummati sínu að háttsemi áfrýjanda bryti gegn 20. gr. sáttarinnar í síðara andmælaskjali sínu sé bent á að það hafi ekki nokkrar afleiðingar að lögum hvenær stjórnvald, í þessu tilviki Samkeppniseftirlitið, geri aðila máls grein fyrir frummati sínu á atvikum málsins. Ábyrgðin á því að fara að skilyrðum sáttarinnar hvíli ávallt á áfrýjanda.

Í upphafi hafi rannsóknin aðallega beinst að skilyrðum 3. gr. sáttarinnar frá 15. apríl 2015 og 19. gr. sáttarinnar frá 23. janúar 2015. Síðar hafi rannsóknin leitt í ljós að háttsemi áfrýjanda kynni jafnframt að fara gegn 20. gr. sáttarinnar frá 23. janúar 2015 og því hafi verið ákveðið að birta viðbótarandmælaskjal fyrir áfrýjanda. Hvorki útgáfa né tímasetning viðbótarandmælaskjalsins, ætlaðar rannsóknir eða þau bréf Samkeppniseftirlitsins sem áfrýjandi vísar sérstaklega til, feli í sér vísbendingu um að ákvæðið sé óskýrt. Samkeppnislög banni ekki Samkeppniseftirlitinu að birta viðbótarandmælaskjöl undir rekstri samkeppnismála. Kjarni andmælaréttar samkvæmt 13. gr. stjórnsýslulaga felst í því að aðili máls geti kynnt sér gögn málsins og tjáð sig um efni þeirra áður en stjórnvald tekur ákvörðun í því. Stjórnsýslulög leggi hins vegar ekki þá skyldu á stjórnvöld að gefa út andmælaskjöl. Samkeppniseftirlitið hafi hins vegar ákveðið að gefa út slíkt skjöl í því skyni að stuðla að vönduðum rannsóknum og tryggja enn betur andmælarétt aðila máls, sbr. 17. gr. reglna nr. 880/2005 um málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins. Útgáfa og birting andmælaskjals sé þannig ívilnandi fyrir málsaðila og andmælaréttur samkvæmt stjórnsýslulögum virtur, sbr. dóm Hæstaréttar Íslands frá 27. nóvember 2014 í máli nr. 112/2014. Ákvæði 17. gr. reglna nr. 880/2005 standi heldur ekki í vegi fyrir því að gefin séu út fleiri en eitt andmælaskjal í einu og sama málinu. Undir vissum kringumstæðum geti verið málefnalegt og gagnlegt að gefa út fleiri en eitt andmælaskjal svo fremi sem tryggt sé að aðili máls geti tjáð sig um málið í heild áður en ákvörðun er tekin í því. Þá hafi það verið viðurkennt sjónarmið í EES/ESB samkeppnisrétti að unnt sé að gefa út fleiri en eitt andmælaskjal í sama málinu og hafa dómstólar ESB ekki gert athugasemdir við slíkt.

Bent er á að áfrýjandi hafi í tvígang á árinu 2019 sent ítarlegar beiðnir til Samkeppniseftirlitsins þar sem óskað hafi verið eftir því að sáttin frá 23. janúar 2015 yrði endurupptekin og var aðallega vísað í því sambandi til breytinga á

markaði. Í fyrrgreindum beiðnum hafi verið sérstaklega vikið að 19. og 20. gr. sáttarinnar og gildi þeirra í starfsemi áfrýjanda. Áfrýjandi hafi aftur á móti ekki vikið að því að skilyrðin væru óskýr eða að erfitt væri að fullnægja þeim skyldum sem hvíldu á áfrýjanda samkvæmt fyrrgreindum ákvæðum. Því sé einkennilegt að áfrýjandi telji nú að orðlag fyrrgreindra ákvæða sé óskýrt.

Ljóst sé af málatilbúnaði áfrýjanda að hann telur að við túlkun á 20. gr. sáttarinnar frá 23. janúar 2015 verði að leggja til grundvallar sömu skýringarsjónarmið og þau sem áfrýjandi heldur fram varðandi skýringar á 19. gr. sáttarinnar. Þannig telji áfrýjandi að hann þurfi að vera í markaðsráðandi stöðu til að um brot á 20. gr. sáttarinnar geti verið að ræða og að samræmisskýring leiði til þess að ákvæðið virki aðeins með þeim hætti að þjónustuf lutningur frá Mílu ehf. til annars fjarskiptafyrirtækis megi ekki hafa áhrif á viðskiptakjör hjá áfrýjanda og öfugt. Samkeppniseftirlitið geti ekki fallist á slík sjónarmið og vísi til þess að ákvæði 19. og 20. gr. sáttarinnar gildi einnig sjálfstætt í starfsemi áfrýjanda en ekki aðeins um sameiginlega háttsemi hans og Mílu ehf. og þá sé markaðsráðandi staða og rannsókn markaða ekki skilyrði fyrir skuldbindingargildi og beitingu 19. og 20. gr. sáttarinnar.

d. Um jafnræðisreglu 11. gr. stjórnslulaga og réttmætar væntingar.

Samkeppniseftirlitið bendir á að ákvæði 3. gr. sáttarinnar frá 15. apríl 2015 eigi rætur sínar að rekja til þeirrar sáttar sem Landssími Íslands hf. og Íslenska sjónvarpsfélagið hf. gerðu við Samkeppniseftirlitið í tengslum við samruna félaganna, en efni sáttarinnar sé lýst í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 10/2005. Í 5. tölulið ákvörðunarinnar hafi verið kveðið á um hliðstætt ákvæði og nú sé í 3. gr. sáttarinnar frá 15. apríl 2015. Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 41/2009 hafi meðal annars verið fjallað um brot áfrýjanda gegn 5. tölulið ákvörðunar nr. 10/2005. Í fyrrgreindri ákvörðun nr. 41/2009 taldi Samkeppniseftirlitið að áfrýjandi hefði tvinnað saman fjarskiptaþjónustu og þjónustu Skjásins (sjónvarpsþjónustu áfrýjanda), þ.e. að um væri að ræða vöndul fjarskipta- og sjónvarpsþjónustu. Þrátt fyrir að sjónvarpsþjónustan hafi verið talin hluti vönduls hafi áfrýjandi tvinnað saman fjarskipta- og sjónvarpsþjónustu á þann hátt að jafna mætti til þess að hann hafi gert það að skilyrði að þjónusta Íslenska sjónvarpsfélagsins hf. fylgdi með í kaupum á fjarskiptaþjónustu hans. Með því

hafi áfrýjandi brotið gegn 5. tölul. ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 10/2005. Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins hafi síðan að þessu leyti verið staðfest af áfrýjunarnefnd samkeppnismála, Héraðsdómi Reykjavíkur og Hæstarétti Íslands. Áfrýjanda hafi því að minnsta kosti frá árinu 2009 verið kunnugt um að 3. gr. sáttarinnar frá 15. apríl 2015 tæki til tilvika þar sem fjarskiptaþjónusta og línuleg sjónvarpsþjónusta sé tvinnuð saman í vöndli.

Það bann sem fram komi í 3. gr. sáttarinnar frá 15. apríl 2015 sé óháð því með hvaða hætti áfrýjandi tvinnar saman fjarskiptaþjónustu og línulega sjónvarpsþjónustu. Þannig komist áfrýjandi ekki fram hjá banninu þótt sú fjarskiptaþjónusta sem hann tvinni saman við línulega sjónvarpsþjónustu sé seld í stórum vöndli sem innihaldi eftir atvikum aðra fjarskipta- og/eða sjónvarpsþjónustu.

Því sé hafnað að ekki hafi verið gætt samræmis og jafnræðis í lagalegu tilliti gagnvart áfrýjanda. Ekki hafi verið byggt á öðrum sjónarmiðum eða annarri túlkun varðandi fyrri ákvarðanir Samkeppniseftirlitsins en í því sambandi hafi áfrýjandi fyrst og fremst vísað til 23. gr. sáttar Fjarskipta hf. (nú Sýnar hf.) við Samkeppniseftirlitið frá árinu 2017, sbr. ákvörðun nr. 42/2017.

Samkeppniseftirlitið telur að ráða megi af dómafordæmum og fræðilegri umfjöllun um samkeppnisrétt að ákvarðanir í eldri samkeppnismálum hafi eingöngu þýðingu við beitingu jafnræðisreglunnar þegar sýnt sé fram á að atvik í þeim séu hliðstæð atvikum í því máli sem sé til úrlausnar.

Beiting jafnræðisreglu í samkeppnismálum gangi ekki framar lögætisreglu í stjórnslu samkeppnisyfirvalda og skyldu fyrirtækja til þess að fara að samkeppnislögum. Áfrýjandi geti ekki með réttu borið fyrir sig að Samkeppniseftirlitið hafi ekki aðhafst undanfarin ár vegna vöndla keppinauta áfrýjanda. Mögulegt brot keppinauta á samkeppnislögum eða sáttum sem þeir hafi gert við samkeppnisyfirvöld eða skortur á rannsókn og/eða sektum af hálfu Samkeppniseftirlitsins í garð keppinauta, geti þannig ekki réttlætt sáttarbrot áfrýjanda, sbr. dóma dómstóls Evrópusambandsins í málum C-588/15 og C-622/15.

Þótt tilvik og möguleg samkeppnisbrot geti talist sambærileg getur sú staðreynd að háttsemi eins fyrirtækis hafi ekki verið tekin til rannsóknar ekki komið í veg fyrir að samkeppnisyfirvöld ákveði síðar að taka háttsemi annars fyrirtækis til rannsóknar og sekta það. Með öðrum orðum þá verði samkeppnisbrot ekki réttlætt með vísan til þess að keppinautur hafi komist upp með sambærilega háttsemi án afleiðinga, sbr. dóm undirréttar dómstóls ESB 26. október 2017 í máli T-704/14. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála hafi lagt sambærileg sjónarmið til grundvallar, meðal annars í fyrri málum áfrýjanda sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 2/2010. Dómstólar hafi jafnframt leyst úr málsástæðum fyrirtækja um ætluð brot gegn jafnræðisreglu með sama hætti, sbr. meðal annars dómur Hæstaréttar Íslands frá 14. mars 2013 í máli nr. 355/2012.

Bent sé á að atvik í því máli sem hér um ræðir séu ekki sambærileg við þau atvik sem voru tilefni ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins nr. 42/2017. Sú ákvörðun varðaði flókinn samruna tveggja fyrirtækja sem var heimilaður gegn setningu ítarlegra skilyrða í kjölfar viðræðna við viðkomandi fyrirtæki. Í hinni kærðu ákvörðun sé aftur á móti fjallað um hegðunarskilyrði í tveimur sáttum áfrýjanda við Samkeppniseftirlitið.

Samkeppniseftirlitið telur ljóst að vöruframboð Sýnar hf. sé ekki hið sama og vöruframboð áfrýjanda. Í því sambandi skiptir ekki máli þótt unnt sé að bera saman afslátt á verði vönduls annars vegar og heildarverði stakra þjónustubátta samkvæmt verðskrá hins vegar. Ekki verði séð að verðlagning vöndla og stakra þjónustubátta Sýnar hf. sé sambærileg við verðlagningu áfrýjanda. Þá sé framboðið myndefni á sjónvarpsrásum Stöðvar 2 annað og ólíkt sjónvarpsrás áfrýjanda, til að mynda hafi Sýn hf. ekki boðið upp á Enska boltann á sérstakri sjónvarpsrás heldur ávallt með öðru íþróttæfni. Ekkert liggi fyrir um hvort fjarskiptaþjónusta í vöndlum Sýnar hf. hafi verið sambærileg fjarskiptaþjónustu áfrýjanda eða hversu lengi háttsemi Sýnar hf. hafi varað og þá hvort hún hafi varað jafn lengi og háttsemi áfrýjanda. Með öðrum orðum liggi ekki fyrir hvort brotatímabil séu sambærileg, en til þessa atriðis er litið við mat á því hvort mál séu sambærileg þannig að þau verðskuldi sambærilega meðferð sem leitt geti til sömu efnisniðurstöðu. Ekki verði því séð að atvik í því máli sem hér um ræðir séu sambærileg atvikum í tilviki Sýnar hf. Þegar af þeirri ástæðu getur ekki verið um brot á jafnræðisreglu að ræða. Óháð framansögðu getur ætlað athafnaleysi

Samkeppniseftirlitsins í að taka háttsemi keppinautar áfrýjanda til rannsóknar ekki leitt til þess að háttsemi áfrýjanda sé lögmæt. Vegna tilvísunar áfrýjanda til svokallaðs „Heima“ vönduls Sýnar hf. sem áfrýjandi telur að sé sambærilegur við Heimilispakka áfrýjanda sé áréttað að möguleg brot keppinautar geti ekki réttlætt brot áfrýjanda á þeim sáttum sem hann hafi gert við Samkeppniseftirlitið.

e. Um rannsóknarreglu 10. gr. stjórnisýslulaga og andmælarétt samkvæmt 13. gr. stjórnisýslulaga.

Að mati Samkeppniseftirlitsins var ekki skylt að rannsaka við meðferð málsins atriði sem tengist stöðu áfrýjanda á markaði og hvort háttsemi hans hafi raskað samkeppni. Í 1. mgr. 37. gr. samkeppnislaga eru taldar upp þær tegundir brota sem geti varðað stjórnvaldssekt og sé ljóst að rannsókn á samkeppnislegum atriðum sé grundvallaratriði varðandi tiltekin brot sem þar séu tilgreind. Þannig verði ekki réttilega tekin ákvörðun um brot á 10. gr. samkeppnislaga nema sýnt þyki að samráð viðkomandi fyrirtækja hafi annað hvort leitt til röskunar á samkeppni eða haft slíka röskun að markmiði. Gildisskilyrði fyrir broti á 11. gr. samkeppnislaga sé að viðkomandi markaður sé skilgreindur og sýnt sé fram á að það fyrirtæki sem sé til rannsóknar búi við það takmarkað samkeppnislegt aðhald að það teljist vera markaðsráðandi. Öðru máli gegni hins vegar um önnur brot sem tilgreind séu í 1. mgr. 37. gr. samkeppnislaga því ekkert mat á samkeppnislegum atriðum þurfi að fara fram við ákvörðun á því hvort fyrirtæki hafi t.d. brotið gegn banni að samruni komi til framkvæmda, sbr. g. liður 1. mgr. 37. gr. laganna. Brotið sé einfaldlega fullframið ef fyrir liggir að samruni komi til framkvæmda á meðan Samkeppniseftirlitið fjallaði um hann. Ekki þurfi að rannsaka hvort sú framkvæmd hafði eða gat haft skaðleg áhrif á samkeppni. Það sé hins vegar heimilt en ekki skylt að horfa til áhrifa á samkeppni við mat á hæfilegum sektum. Sama gildi um fyrirmæli eða skilyrði sem sett séu á grundvelli samkeppnislaga, sbr. c. - h. liðir 1. mgr. 37. samkeppnislaga.

Með gerð sáttar samkvæmt 17. gr. f. samkeppnislaga séu Samkeppniseftirlitið og viðkomandi fyrirtæki sammála um að tiltekin skilyrði/fyrirmæli séu til þess fallin að leysa það samkeppnislega vandamál sem sé til úrlausnar. Staðan geti til dæmis verið sú að samruni myndi að óbreyttu styrkja markaðsráðandi stöðu þar sem hann gæfi viðkomandi aðila tækifæri til að grípa til útilokandi aðgerða gagnvart

smærri keppinautum. Með því að gera sátt og setja fyrirmæli sé unnt að koma í veg fyrir þá háttsemi og heimila samrunann í stað þess að ógilda hann. Frá sjónarhóli almannahagsmuna hafi slík fyrirmæli meðal annars þann kost að mun einfaldara sé að framfylgja þeim heldur en banni 11. gr. samkeppnislaga. Ef það þyrfti við rannsókn ætlaðra brota á slíkum fyrirmælum að horfa til sömu atriða og við beitingu 11. gr. samkeppnislaga væri í raun enginn tilgangur með því að setja þau. Breytingar á markaði geti heldur ekki leyft viðkomandi fyrirtæki að ákveða upp á sitt einsdæmi að fylgja ekki sátt. Atriði af þessum toga geta hins vegar verið málefnalegur grundvöllur fyrir beiðni um breytingu eða niðurfellingu á sátt, en meðan sátt sé í gildi ber að fara eftir ákvæðum hennar, sbr. dóm Hæstaréttar Íslands í máli nr. 28/2015.

Í hinni kærðu ákvörðun er fjallað almennt um sterka stöðu áfrýjanda á markaði. Það hafi ekki verið gert til að lýsa áfrýjanda markaðsráðandi skv. 11. gr. samkeppnislaga heldur sé um að ræða almenna umfjöllun um stöðu áfrýjanda sem málefnalegt sé að horfa til við mat á viðurlögum og til þess að setja málið almennt í markaðs- og efnahagslegt samhengi. Þegar horft sé til þeirra atriða sem tilgreind séu í hinni kærðu ákvörðun geti enginn vafi leikið á því að áfrýjandi sé fyrirtæki í sterkri stöðu. Mikilvægum staðreyndum sem þar sé lýst hafi eðlilega ekki verið hnekk af áfrýjanda, m.a. um mikla veltu áfrýjanda, að áfrýjandi sé meðal stærstu fyrirtækja á flestum sviðum fjarskipta og að áfrýjandi sé lóðrétt samþætt fyrirtæki sem búi yfir meiri breidd í fjarskipta- og sjónvarpsþjónustu en keppinautar fyrirtækisins. Sterk staða áfrýjanda verði enn skýrari þegar horft sé til ummæla áfrýjanda sjálfs og til eldri úrlausna í samkeppnisrétti. Áfrýjandi hafi um áratugaskeið verið í einokunaraðstöðu til að veita fjarskiptaþjónustu hér á landi.

Samkvæmt 2. mgr. 17. gr. reglna nr. 880/2005 um málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins sé andmælaskjal ritað í því skyni að stuðla að því að mál sé að fullu upplýst áður en ákvörðun sé tekin í því og til að auðvelda aðila að nýta sér andmælarétt sinn. Útgáfa andmælaskjals sé þannig liður í meðferð máls og um sé að ræða undirbúningsgagn sem ekki feli í sér bindandi stjórnvaldsákvörðun. Af þessu leiði að umfjöllun og ályktanir í andmælaskjali séu ekki endanlegar og geti breyst. Efni máls eða meðferð þess geti þannig tekið breytingum eftir útgáfu andmælaskjals.

Í frummati Samkeppniseftirlitsins frá 24. júlí 2019 og andmælaskjali frá 20. desember 2019 hafi verið lögð til grundvallar sú kunna staðreynd að Enski boltinn væri vinsælt og mikilvægt sjónvarpsefni hér á landi og hafi áfrýjandi ekki hreyft mótmælum við því. Staðhæfingar áfrýjanda í kæru um annað, koma því á óvart og séu í ósamræmi við þau sjónarmið sem áfrýjandi hefur áður sett fram, sbr. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 42/2017 og úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 6/2017. Í þeim málum hafi bæði áfrýjandi og Sýn hf. komið á framfæri sjónarmiðum um mikilvægi Enska boltans sem sjónvarpsefnis og þar hafi m.a. komið fram að Enski boltinn væri lykilsjónvarpsefni. Þá sé einnig vísað til umfjöllunar um þýðingu Enska boltans í framangreindu frummati Samkeppniseftirlitsins sem birt var áfrýjanda 24. júlí 2019 en þar var m.a. gerð grein fyrir því að framkvæmdastjórn ESB og bresk samkeppnisyfirvöld telji Enska boltann það mikilvægt sjónvarpsefni að tryggja verði að enginn einn aðili geti haft óskiptan einkarétt á útsendingum á viðkomandi svæði. Þá sé í frummatinu lýst markaðskönnunum sem bæði áfrýjandi og Sýn hf. höfðu gert um áhorf og vinsældir Enska boltans sem sjónvarpsefnis hér á landi, sem staðfestu vinsældir Enska boltans hjá íslenskum áhorfendum og áskrifendum íþróttarása hérlendis. Þá gefi ummæli áfrýjanda og umfjöllun í fjölmiðlum eftir að áfrýjandi hafði tryggt sér sýningarréttinn að Enska boltanum einnig ótvírætt til kynna að um sé að ræða bæði vinsælt og mikilvægt sjónvarpsefni.

f. Viðurlög

Samkeppniseftirlitið telur að brot áfrýjanda á skilyrðum fyrrgreindra sáttta hafi haft víðtæk áhrif á fjarskipta- og sjónvarpsmarkaði og jafnframt verið til þess fallin að hafa mun meiri áhrif en þau brot sem fjallað var um í dómi Hæstaréttar Íslands í máli nr. 218/2012, sem áfrýjandi hefur vísað til. Þá hafi brotin verið til þess fallin að styrkja stöðu áfrýjanda á umræddum mörkuðum.

Hvað varðar ítrekunaráhrif vegna fyrri brota áfrýjanda sé bent á að líta beri til þess að sektarákvæði samkeppnislaga sæki fyrirmynd sína til EES/ESB-samkeppnisréttar og eðlilegt sé að túlka ákvæði samkeppnislaga með hliðsjón af þeim rétti, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2013. Samkvæmt gildandi Evrópurétti beri Eftirlitsstofnun EFTA og framkvæmdastjórn ESB meðal annars að horfa til alvarleika brots og hversu lengi

Það hafi viðgengist við álagningu sekta, sbr. 3. mgr. reglugerðar ráðsins nr. 1/2003 um framkvæmd samkeppnisreglna. Þrátt fyrir að ekki sé kveðið á um það að ítrekun leiði til hærri sekta hafi í langri réttarframkvæmd dómstóla ESB verið lagt til grundvallar að framkvæmdastjórninni sé heimilt að láta ítrekun leiða til hærri sekta en ella án þess þó að í þeirri réttarframkvæmd gildi fastur frestur um tímalengd ítrekunaráhrifa. Í 2. mgr. 37. gr. samkeppnislaga, eins og henni var breytt með 2. gr. laga nr. 52/2007, sé kveðið skýrt á um að við ákvörðun á fjárhæð sektar skuli meðal annars hafa hliðsjón af því hvort um ítrekað brot sé að ræða en hins vegar sé enginn frestur lögfestur um tímalengd ítrekunaráhrifa. Reglur um meðalhóf komi þó í veg fyrir að horft sé til óeðlilega langs tíma í þeim efnum. Fyrir þá breytingu sem gerð var með 2. gr. laga nr. 52/2007 hafi ekki verið vísað til þess í lögnum að líta bæri til ítrekunar við sektarákvörðun en eftir sem áður hafi verið talið heimilt að hækka sektir með vísan til ítrekunar, sbr. t.d. dóm Hæstaréttar Íslands í máli nr. 550/2007. Í EES-/ESB-samkeppnisrétti séu hins vegar engar reglur sambærilegar þeirri reglu sem fram komi í 3. mgr. 71. gr. almennra hegningarlaga.

Þá sé bent á að í málinu sé upplýst að áfrýjandi hafi margítrekað brotið gegn ákvæðum samkeppnislaga. Í samræmi við 2. mgr. 37. gr. samkeppnislaga beri Samkeppniseftirlitinu að horfa til ítrekunar við ákvörðun um fjárhæð sektar. Engin heimild sé til að lækka þá fjárhæð með vísan til þess að fimm ár séu liðin frá því að Hæstiréttur Íslands fjallaði um síðasta brot áfrýjanda en slík niðurstaða væri á skjön við réttarframkvæmd í EES-/ESB-samkeppnisrétti.

Í samkeppnisrétti hafi fyrri sektarákvarðanir og sektarákvarðanir í öðrum málum almennt takmarkaða þýðingu. Þannig séu fjárhæðir sekta í öðrum málum aðeins taldar geta haft þýðingu ef sýnt sé fram á að atvik séu sambærileg en það eigi að jafnaði ekki við nema þegar fleiri en eitt fyrirtæki sé sektað í sama málinu.

Þá sé jafnframt bent á að áfrýjandi hafi gripið til markaðsfærslu sem fól í sér skýrt brot á fyrrgreindum sáttum áfrýjanda við Samkeppniseftirlitið og þá liggi það einnig fyrir að þessi framkvæmd áfrýjanda hafi haft í för með sér skaðleg samkeppnisleg áhrif eins og nánar sé lýst í hinni kærðu ákvörðun. Vakin sé athygli á því að engin krafa sé gerð um sönnun ásetnings fyrirvarsmanna áfrýjanda. Það sé í eðli sínu mjög alvarlegt að brjóta gegn sáttum sem áfrýjandi hafi skuldbundið

sig til að fara eftir, sbr. m.a. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 5/2011. Áfrýjandi sé öflugt fyrirtæki sem njóti aðstoðar lögmanna sem sérhæfi sig í samkeppnisrétti. Með vísan til gildandi sáttá og brotasögu áfrýjanda hafi honum borið að sýna mikla aðgát, en það hafi ekki verið gert. Staðhæfingar áfrýjanda um skort á ásetningi séu því haldlausar með öllu. Þá sé það áréttað að Samkeppniseftirlitið hafi, áður en brotatímabilið hófst gert áfrýjanda grein fyrir afstöðu sinni til þeirra aðgerða sem áfrýjandi hafi síðan ákveðið að framkvæma sem geri brot áfrýjanda enn alvarlegri en ella.

V.

Niðurstaða

1.

Mál þetta varðar brot áfrýjanda á ákvæðum tveggja sáttá, dags. 23. janúar og 15. apríl 2015, sbr. ákvarðanir Samkeppniseftirlitsins nr. 6/2015 og 20/2015. Með hinni kærðu ákvörðun komst Samkeppniseftirlitið að þeirri niðurstöðu að áfrýjandi hefði með sölu og markaðssetningu á sjónvarpsrásinni Símanum Sport í gegnum svonefndan Heimilispakka áfrýjanda brotið annars vegar gegn 3. gr. skilyrða í þeirri sátt sem áfrýjandi og Skjárinn ehf. gerðu við Samkeppniseftirlitið þann 15. apríl 2015, og hins vegar gegn 19. og 20. gr. skilyrða í þeirri sátt sem áfrýjandi og Míla ehf. gerðu við Samkeppniseftirlitið þann 23. janúar 2015. Var áfrýjanda gert að greiða stjórnvaldssekt að fjárhæð 500 milljónir króna vegna fyrrgreindra brota.

2.

Forsaga málsins er sú að samkvæmt ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 6/2013 gerðu Samkeppniseftirlitið annars vegar og Skipti hf., Síminn hf. og Míla ehf. (svonefnd Skiptasamstæða) hins vegar, með sér sátt þann 8. mars 2013 um lok þeirra mála sem Samkeppniseftirlitið hafði þá til rannsóknar og beindist að fyrrgreindum félögum. Með sáttinni voru gerðar umfangsmiklar breytingar á fyrirkomulagi og starfsemi innan fyrrgreindra fyrirtækja og þar með á íslenska fjarskiptamarkaðnum í því skyni að efla samkeppni á þeim markaði. Í sáttinni var m.a. kveðið á um skýran aðskilnað milli grunnkerfa samstæðunnar og þjónustu

við fjarskiptafyrirtæki sem tengdust þessum grunnkerfum annars vegar, og smásölustarfsemi Símans hf. hins vegar.

Þannig var markmið sáttarinnar m.a. að tryggja að keppinautar Símans hf. sætu við sama borð og Síminn hf. varðandi aðgang að grunnfjarskiptakerfum og þjónustu samstæðunnar. Sáttinni var ætlað að verja og efla samkeppni í fjarskiptum hér á landi með því að vinna gegn þeim samkeppnishömlum sem að mati Samkeppniseftirlitsins höfðu stafað af aðgerðum og stöðu félaganna þriggja á fjarskiptamörkuðum og tengdum mörkuðum.

Í febrúar 2014 kynntu Skipti hf. og Síminn hf. áform sín um að sameina félögin, undir nafni Símans hf. (áfrýjandi). Í kjölfar þess óskuðu félögin eftir viðræðum við Samkeppniseftirlitið um leiðir til að tryggja að markmið sáttarinnar frá 8. mars 2013 næðu fram að ganga í breyttu skipulagi félaganna. Þær viðræður leiddu til þess að Síminn hf., Míla ehf. og Samkeppniseftirlitið gerðu með sér nýja sátt 23. janúar 2015. Sáttin var tekin upp í ákvörðunarorð nýrrar ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins nr. 6/2015. Sáttin var um flest efnislega samhljóða fyrri sátt frá 8. mars 2013 með þeim breytingum sem leiddu af breytingu á skipulagi félaganna auk þess sem felld voru út ákvæði sem þegar höfðu komið til framkvæmda og höfðu því ekki lengur þýðingu. Markmið nýju sáttarinnar voru eftir sem áður þau sömu og fram komu í fyrri sáttinni.

Hinn 17. desember 2013 fóru Síminn hf. og Skjárinn ehf. þess á leit við Samkeppniseftirlitið að felld yrði úr gildi ákvörðun samkeppnisráðs nr. 10/2005 sem varðaði samruna Landssíma Íslands hf. og Íslenska sjónvarpsfélagsins hf., en með þeirri ákvörðun voru sett ákveðin skilyrði fyrir samruna félaganna. Í erindi félaganna var m.a. vísað til þess að breyttar aðstæður gæfu ekki lengur tilefni til að viðhalda þeim skilyrðum sem fram kæmu í fyrrgreindri ákvörðun samkeppnisráðs. Þá var jafnframt vísað til þess að nauðsynlegt væri að fella ákvörðunina úr gildi til þess að tryggja samkeppni milli Símans hf. og Skjásins ehf. annars vegar og annarra keppinauta á íslenska markaðnum hins vegar og skapa félögunum jafnframt tækifæri til að keppa við erlenda aðila á sviði afþreyingar-, upplýsingartækni- og fjarskiptamála.

Í kjölfar fyrrgreinds erindis Símans hf. og Skjásins ehf. óskuðu félögin eftir viðræðum um sátt við Samkeppniseftirlitið vegna málsins. Niðurstaða þeirra

viðræðna leiddi til sáttar sem undirrituð var 15. apríl 2015 og var sáttin tekin upp í ákvörðunarorð ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins nr. 20/2015. Með sáttinni féllust félögin á að hlíta tilteknum bindandi skilyrðum í starfsemi sinni en skilyrðin voru sett til að draga úr hættunni á mögulegum samkeppnishamlandi áhrifum, kæmi til sameiningar félaganna. Með sáttinni var jafnframt felld úr gildi ákvörðun samkeppnisráðs nr. 10/2005.

3.

Heimild Samkeppniseftirlitsins til að ljúka málum með sátt grundvallast á 17. gr. f. samkeppnislaga, en í 1. mgr. þeirrar greinar kemur fram að hafi fyrirtæki eða samtök fyrirtækja gerst brotleg við ákvæði samkeppnislaga eða ákvarðanir Samkeppniseftirlitsins á grundvelli þeirra laga sé Samkeppniseftirlitinu heimilt, með samþykki málsaðila, að ljúka málinu með sátt. Sama gildir sé um að ræða samruna sem hindrar virka samkeppni. Sátt er bindandi fyrir málsaðila þegar hann hefur samþykkt og staðfest efni hennar með undirskrift sinni.

Þá kemur fram í 2. mgr. sömu lagagreinar að hafi Samkeppniseftirlitið til rannsóknar háttsemi sem kunni að fara gegn ákvæðum 10. - 12. gr. samkeppnislaga og hlutaðeigandi fyrirtæki eða samtök fyrirtækja bjóðast til að taka á sig skuldbindingar sem Samkeppniseftirlitið metur svo að bindi enda á samkeppnistakmarkanir þá sé Samkeppniseftirlitinu heimilt að taka ákvörðun um að ljúka máli með sátt um þær skuldbindingar. Samkeppniseftirlitinu er jafnframt heimilt, að fenginni beiðni aðila eða að eigin frumkvæði, að hefja málsmeðferð að nýju ef verulegar breytingar hafa orðið á þeim málsatvikum sem lágu til grundvallar ákvörðun, ef hlutaðeigandi fyrirtæki efnir ekki skuldbindingar sínar eða ef ákvörðun Samkeppniseftirlitsins var byggð á ófullnægjandi, röngum eða villandi upplýsingum sem aðilar hafi látið stofnuninni í té.

Samkvæmt 22. gr. reglna nr. 880/2005 um málsmeðferð fyrir Samkeppniseftirlitinu er stofnuninni heimilt á öllum stigum máls að ljúka því með sátt og getur sátt m.a. falist í því að málsaðili viðurkenni brot á samkeppnislögum og fallist á, eftir atvikum, að greiða stjórnvaldssekt vegna þess. Sátt geti einnig falist í því að málsaðili samþykki að breyta tiltekinni hegðun sinni á markaðnum eða hlíta fyrirmælum eða skilyrðum sem ætlað er að vernda eða efla

samkeppni. Fyrirgreindar málsmeðferðarreglur Samkeppniseftirlitsins eru settar með heimild í 2. mgr. 8. gr. samkeppnislaga.

Í samræmi við fyrirgreind ákvæði hefur áfrýjandi gert sáttir við Samkeppniseftirlitið, meðal annars þær sáttir sem vikið hefur verið að hér að framan, og þannig skuldbundið sig til þess að hlíta þeim fyrirmælum og/eða skilyrðum sem þar koma fram, allt þar til þau hafa verið felld brott eða þeim breytt.

4.

Í 3. gr. þeirrar sáttar sem Síminn hf. og Skjárinn ehf. gerðu við Samkeppniseftirlitið 15. apríl 2015 er sérstaklega fjallað um samtvinnun á þjónustu. Þar segir orðrétt:

„Símanum er óheimilt að gera það að skilyrði fyrir kaupum á fjarskiptaþjónustu sem fyrirtækið veitir að einhver þjónusta Skjásins skv. sátt þessari skuli fylgja með í kaupunum. Jafnframt er Símanum óheimilt að tvinna saman í sölu fjarskiptaþjónustu fyrirtækisins og þjónustu Skjásins gegn verði eða viðskiptakjörum sem jafna má til slíks skilyrðis. Á þetta ákvæði við hvort heldur Skjárinn er sérstakt rekstrarfélag eða sérstök eining innan Símans, sbr. 1. gr. í sátt þessari.”

Í kjölfar sáttarinnar sameinuðust Síminn hf. og Skjárinn ehf. undir nafni áfrýjanda en í 1. gr. fyrirgreindrar sáttar kemur fram að komi til sameiningar félaganna skuli rekstur Skjásins ehf. vera bókhalds- og fjárhagslega aðskilinn frá öðrum rekstri áfrýjanda. Í skýringum með sáttinni kemur m.a. fram að í þessu felist aðskilnaður um rekstur Skjásins ehf. á línulegri innlendri sjónvarpsdagskrá, en með því sé átt við sjónvarpsútsendingar sem sendar séu út til allra áhorfenda samtímis samkvæmt fyrirfram ákveðinni dagskrá, sem á tíma sáttarinnar voru sjónvarpsstöðvarnar Skjáreinn og Skjásport. Tekið var fram að kæmi til þess að sambærilegum stöðvum fjölgaði féllu þær einnig undir þetta ákvæði, s.s. endurvakning sjónvarpsstöðvarinnar Enski boltinn eða sambærilegrar stöðvar.

Af fyrirgreindu ákvæði má ráða að áfrýjanda er óheimilt að gera það að skilyrði fyrir kaupum á fjarskiptaþjónustu að línuleg sjónvarpsþjónusta fylgdi með í þeim kaupum eða tvinna saman í sölu til viðskiptavina sinna fjarskipta- og

sjónvarpsþjónustu gegn verði eða viðskiptakjörum sem jafna megi til skilyrðis um að slík sjónvarpsþjónusta fylgi með í þeim kaupum, þ.e. að verðlagning eða kjör þeirrar þjónustu séu með þeim hætti af hálfu áfrýjanda að jafna megi til skilyrðis um að þessi þjónusta sé keypt saman.

Fyrirgreint ákvæði sáttarinnar frá 15. apríl 2015 verður að mati áfrýjunarnefndar ekki skilið á þann veg að það leggi algert bann við að tvinnuð sé saman í sölu til viðskiptavina fjarskipta- og sjónvarpsþjónusta á vegum áfrýjanda. Ákvæðið leggur hins vegar bann við því að það sé gert með þeim hætti sem kveðið er á um í ákvæðinu, þ.e. að sett sé skilyrði um að þessi þjónusta sé keypt saman eða gegn verði eða viðskiptakjörum sem jafna megi til slíks skilyrðis.

Það ágreiningsefni sem hér er til úrlausnar snýr m.a. að því hvort áfrýjandi hafi með sölu á fjarskiptaþjónustu annars vegar, og sölu á sjónvarpsrásinni Síminn Sport, þar sem m.a. eru sýndar beinar útsendingar frá ensku úrvalsdeildinni í knattspyrnu, í gegnum svonefndan Heimilispakka áfrýjanda hins vegar, brotið gegn fyrirgreindu skilyrði í 3. gr. sáttarinnar frá 15. apríl 2015. Hefur Samkeppniseftirlitið vísað til þess að verðlagning sjónvarpsrásarinnar innan Heimilispakkans hafi verið með þeim hætti að jafna megi því til skilyrðis fyrir kaupum á fjarskiptaþjónustu að línuleg sjónvarpsþjónusta, þ.e. sjónvarpsrásin Síminn Sport, fylgdi með í þeim kaupum. Þetta hafi áfrýjandi gert með því að gera sjónvarpsrásina hluta af efnisveitunni Sjónvarp Símans Premium sem sé hluti af Heimilispakka áfrýjanda og samhliða þeirri breytingu hækkað mánaðarlegt áskriftarverð Heimilispakkans um 1.000 kr. í tveimur áföngum, þ.e. 500 kr. í hvort skipti. Sú fjárhæð sé jafnframt tekjufærð í bókhaldi áfrýjanda sem hluti sjónvarpsrásarinnar Símans Sport af áskriftarverði Heimilispakkans sem gefi skýra vísbendingu um verðlagningu sjónvarpsrásarinnar innan pakkans.

Áfrýjandi hefur aftur á móti alfarið hafnað því að um ólögmeta samtvinnun á fjarskipta- og sjónvarpsþjónustu sé að ræða og telur m.a. að verðlagning sjónvarpsrásarinnar sem hluta af efnisveitunni Sjónvarp Símans Premium í gegnum Heimilispakka áfrýjanda hafi ekki verið með þeim hætti að jafna mætti slíku til skilyrðis um að viðskiptavinir áfrýjanda kaupir sjónvarpsþjónustu samhliða fjarskiptaþjónustu. Vísar áfrýjandi í þessu sambandi m.a. til þess að mögulegt sé að kaupa alla þjónustuþætti Heimilispakkans staka, þ.m.t.

sjónvarpsrásina Símann Sport. Sá mikli fjöldi sem kaupi sjónvarpsrásina staka, óháð öðrum þjónustubáttum Heimilispakkans, sýni að verðlagning sjónvarpsrásarinnar sé ekki með þeim hætti að jafna megi henni til skilyrðis af hálfu áfrýjanda um að sjónvarpsþjónusta sé keypt samhliða þeirri fjarskiptaþjónustu sem sé innifalin í Heimilispakkanum. Þá sé verðlagning Heimilispakkans samanborið við stakt verð þeirra þjónustubátta sem í honum eru, í alla staði eðlileg með tilliti til þess að hóflegur afsláttur sé gefinn af verði þjónustubáttanna séu þeir allir keyptir saman í Heimilispakkanum.

Fyrir liggur að Heimilispakki áfrýjanda hefur að geyma margvíslega fjarskiptaþjónustu, m.a. farsímaáskrift og aðgang að heimasíma og interneti. Þeir viðskiptavinir áfrýjanda sem kaupa fyrrgreinda fjarskiptaþjónustu í gegnum Heimilispakkann fá jafnframt aðgang að sjónvarpsþjónustu áfrýjanda, s.s. efnisveitunni Sjónvarp Símans Premium, sem hefur meðal annars að geyma aðgang að sjónvarpsrásinni Síminn Sport. Þannig er það í raun óumdeilt að með ákveðnum hætti er tvinnuð saman fjarskipta- og sjónvarpsþjónusta áfrýjanda í Heimilispakkanum. Þá virðist það einnig vera óumdeilt í málinu að hægt sé að kaupa alla þjónustubætti Heimilispakkans staka, hvort heldur um er að ræða fjarskipta- eða sjónvarpsþjónustu.

Sjónvarpsrásin Síminn Sport, sem telst í meginatriðum línuleg myndmiðlun, sýnir m.a. beinar útsendingar frá ensku úrvalsdeildinni í knattspyrnu, auk annars efnis því tengdu, s.s. viðtöl, samantektir, umræðubætti og eldra efni tengt ensku úrvalsdeildinni í knattspyrnu. Ráða má af þeim markaðskönnunum sem framkvæmdar hafa verið af hálfu áfrýjanda og Sýnar hf., sem áður hafði sýningarrétt hér á landi að beinum útsendingum frá ensku úrvaldsdeildinni í knattspyrnu, að þetta efni nýtur umtalsverða vinsælda hér á landi. Til marks um þær vinsældir ákvað áfrýjandi að hafa efnið á sérstakri sjónvarpsrás og markaðssetti það meðal annars sérstaklega með þeim hætti og er þannig hægt að kaupa áskrift að sjónvarpsrásinni sérstaklega á 4.500 kr. á mánuði. Þannig nýtur þetta sjónvarpsefni ákveðinnar sérstöðu innan efnisveitunnar Sjónvarp Símans Premium.

Með þeirri ákvörðun áfrýjanda að gera sjónvarpsrásina Símann Sport hluta af efnisveitunni Sjónvarpi Símans Premium, varð hún einnig hluti af Heimilispakka

áfrýjanda. Þannig geta viðskiptavinir áfrýjanda keypt aðgang að sjónvarpsrásinni á þrennan hátt frá áfrýjanda, þ.e. með því að kaupa sjónvarpsrásina staka, kaupa sérstakan aðgang að efnisveitunni Sjónvarp Símans Premium og loks með kaupum á Heimilispakka áfrýjanda. Því til viðbótar er einnig hægt að kaupa aðgang að sjónvarpsrásinni fyrir milligöngu Sýnar hf. og Nova hf., en áfrýjandi selur fyrrgreindum fyrirtækjum aðgang að sjónvarpsrásinni í heildsölu sem síðan eiga þess kost að endurselja hana til viðskiptavina sinna. Heildsöluaðgangur fyrrgreindra fyrirtækja að sjónvarpsrásinni kom hins vegar ekki til fyrr en eftir að Samkeppniseftirlitið hafði birt frummat sitt í málinu þann 23. júlí 2019 þar sem fram kom m.a. að synjun áfrýjanda á heildsöluaðgangi að sjónvarpsrásinni bæri einkenni ólögmetrar sölusynjunar sem kynni að fara gegn 11. gr. samkeppnislaga.

Gögn málsins gefa til kynna að áskrifendur að Heimilispakka áfrýjanda hafi fengið aðgang að sjónvarpsrásinni Símanum Sport um leið og útsendingar sjónvarpsrásarinnar hófust á haustmánuðum 2019 þegar hún bættist við það efni sem fyrir var í efnisveitunni Sjónvarp Símans Premium. Mánaðarlegt áskriftarverð Símans Sport var þá 4.500 kr. en stök áskrift að Sjónvarpi Símans Premium kostaði hins vegar 6.000 kr. á mánuði. Eins og áður hefur komið fram hækkaði áskriftarverð Heimilispakkans við tilkomu Símans Sport samtals um 1.000 kr. á mánuði og var sú hækkun gerð í tveimur áföngum.

Efnisveitan Sjónvarp Símans Premium var fyrir tilkomu sjónvarpsrásarinnar Símans Sport, fyrst og fremst gagnvirk efnisveita sem bauð upp á sjónvarpsefni í ólínulegri dagskrá, s.s. þáttarraðir og kvikmyndir. Efnisveitan var stofnuð á haustmánuðum 2015 samhliða því að áfrýjandi fór að bjóða viðskiptavinum sínum upp á svonefndan Heimilispakka. Þá var sjónvarpstöð áfrýjanda, Sjónvarp Símans, sem er í línulegri myndmiðlun, gerð að opinni frístöð. Þegar sjónvarpsrásinni Símanum Sport var bætt við efnisveituna á haustmánuðum 2019 varð því sú eðlisbreyting á efnisveitunni að hún náði bæði til ólínulegrar og línulegrar myndmiðlunar.

Þar sem hægt er að kaupa sjónvarpsrásina Símann Sport sérstaklega óháð kaupum á fjarskiptaþjónustu af áfrýjanda verður ekki talið að með sölu og markaðssetningu Símans Sport í gegnum Heimilispakka áfrýjanda hafi áfrýjandi gert það að skilyrði fyrir kaupum á fjarskiptaþjónustu að sjónvarpsþjónusta fylgi

með í þeim kaupum. Kemur því eingöngu til skoðunar hvort sala, viðskiptakjör og markaðssetning sjónvarpsrásarinnar í gegnum Heimilispakka áfrýjanda hafi verið með þeim hætti að jafna megi því til þess að það hafi verið gert að skilyrði fyrir kaupum á fjarskiptaþjónustu áfrýjanda að samhliða væri keypt línuleg sjónvarpsþjónusta. Að mati áfrýjunarnefndar skiptir ekki máli í því sambandi hvort sjónvarpsrásin Síminn Sport sé hluti efnisveitunnar Sjónvarps Símans Premium eða ekki í ljósi þeirrar sérstöðu sem sjónvarpsrásin nýtur innan efnisveitunnar sem línuleg sjónvarpsþjónusta, eins og gerð hefur verið grein fyrir hér að framan.

Með þeirri markaðssetningu áfrýjanda að gera sjónvarpsrásina Símann Sport að hluta Heimilispakkans í gegnum efnisveituna Sjónvarp Símans Premium, og samhliða því hækka verð Heimilispakkans óverulega, verður að telja að áfrýjandi hafi sérstaklega leitað eftir því að fá þann hluti viðskiptavina sinna sem þegar hafði keypt af honum fjarskipta- og sjónvarpsþjónustu í gegnum fyrrgreinda þjónustuleið til að kaupa jafnframt aðgang að sjónvarpsrásinni með þeim sama hætti. Að mati áfrýjunarnefndar verður að telja að sú breyting sem varð á verði Heimilispakkans með tilkomu Símans Sport hafi ekki haft þau áhrif að þeir viðskiptavinir áfrýjanda sem þegar voru áskrifendur að Heimilispakkanum, en höfðu ekki áhuga á að fá aðgang að hinni nýju sjónvarpsrás, segðu upp áskriftinni að Heimilispakkanum af þeim sökum. Er þá einnig til þess að líta að þessir áskrifendur áttu ekki kost á að hafna aðgangi að sjónvarpsrásinni sérstaklega og halda öðrum þjónustubáttum Heimilispakkans nema segja upp áskriftinni og kaupa einstaka þjónustubætti hans staka sem óhjákvæmilega hafði umtalsverða hækkun á verði í för með sér. Þá staðfesta gögn málsins að fjölgun varð á viðskiptavinum Heimilispakka áfrýjanda við þessa breytingu sem gefur til kynna að þeir sem höfðu sérstakan áhuga á þessu nýja efni sáu sér hag í því að kaupa áskrift að Heimilispakkanum og þ.m.t. þá fjarskiptaþjónustu sem þar var, fremur en að að kaupa aðgang að sjónvarpsrásinni sérstaklega eða að efnisveitunni Sjónvarpi Símans Premium.

Með vísan til þess sem að framan er rakið er það niðurstaða áfrýjunarnefndar að áfrýjandi hafi með fyrrgreindum hætti nýtt sé aðstöðu sína til að stuðla að því að viðskiptavinir hans á einu sviði keyptu eða fengju þjónustu hans á öðru sviði, gegn verði eða viðskiptakjörum sem jafna mætti til skilyrðis um að kaupa

þjónustubættina saman. Þeim skilyrðum sem fram komu í ákvæði 3. gr. sáttarinnar frá 15. apríl 2015 var ætlað að koma í veg fyrir að áfrýjandi gerði það að skilyrði fyrir kaupum á fjarskiptaþjónustu að tilgreind sjónvarpsþjónusta fylgdi með í slíkum kaupum eða verð eða viðskiptakjör þjónustunnar væri með þeim hætti að jafna mætti til slíks skilyrðis eins og vikið hefur verið að hér að framan.

Ekki verður annað séð af gögnum málsins en að rannsókn Samkeppniseftirlitsins varðandi þann þátt hinnar kærðu ákvörðunar sem snýr að 3. gr. sáttinnar frá 15. apríl 2015 hafi verið fullnægjandi og að gætt hafi verið að andmælarétti áfrýjanda áður en kom að töku hinnar kærðu ákvörðunar. Þá verður heldur ekki ráðið að brotið hafi verið gegn jafnræðisreglu 11. gr. stjórnarsýslulaga eða réttmætum væntingum áfrýjanda hvað varðar þennan þátt málsins.

Samkvæmt framansögðu verður staðfest sú niðurstaða hinnar kærðu ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins frá 28. maí 2020 að áfrýjandi hafi með sölu og markaðssetningu sjónvarpsrásarinnar Síminn Sport í gegnum Heimilispakka áfrýjanda brotið gegn skilyrðum 3. gr. sáttar frá 15. apríl 2015, sbr. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 20/2015.

5.

Í 19. gr. þeirrar sáttar sem Síminn hf. og Míla ehf. gerðu við Samkeppniseftirlitið þann 23. janúar 2015, sbr. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 6/2015, segir orðrétt:

„Síminn og Míla skulu tryggja að ólíkir þjónustubættir séu nægjanlega aðgreindir í rekstri félaganna, þ.m.t. í kostnaðarútreikningum, kynningu, sölu, verði og skilmálum. Tekið skal tillit til þessa í samningum og reikningagerð til viðskiptavina á öllum mörkuðum þannig að ólíkir þjónustubættir séu nægilega aðgreindir og óháðir hverjir öðrum í verði og öðrum skilmálum.“

Skýringar með ákvæðinu koma fram í fyrrgreindri ákvörðun Samkeppniseftirlitsins. Þar kemur fram að tilgangur þessa ákvæðis sé m.a. að tryggja ákveðið gagnsæi í rekstri félaganna, sem og að koma í veg fyrir að félögin beiti samtvinnun í viðskiptum, sem séu til þess fallin að raska samkeppni, á þeim

mörkuðum sem þau eru í markaðsráðandi stöðu á hverju sinni. Tekið er fram að samvinnun viðskipta geti haft skaðleg áhrif á hagsmuni neytenda því slíkt kunni að leiða til þess að valkostum þeirra fækki þar sem þeir geti ekki keypt tiltekna þjónustu eða vöru nema þeir kaupi jafnframt aðra þjónustu eða vöru. Samvinnun viðskipta geti einnig átt sér stað með verðlagningu þannig að stuðlað sé að því að neytendur kaupi tvær eða fleiri vörur saman sökum þess hvernig verðlagningu þeirra sé háttáð. Með fyrrgreindu ákvæði 19. gr. sáttarinnar sé þannig áréttáð að áfrýjanda og Mílu ehf. sé óheimilt að beita háttsemi sem þessari á þeim mörkuðum sem þau eru í markaðsráðandi stöðu á. Jafnframt er vakin athygli á því að meta þurfi hvert tilvik fyrir sig með hliðsjón af aðstæðum hverju sinni þar sem í einhverjum tilvikum kunni að vera fyrir hendi málefnalegar og hugsanlega tæknilegar ástæður fyrir því að ekki sé hægt að veita tiltekna þjónustu nema önnur þjónusta sé jafnframt keypt. Eigi þá samt sem áður að vera tryggt, líkt og kveðið sé á um í ákvæðinu, að umræddir þjónustubættir séu nægilega aðgreindir og óháðir hver öðrum í verði og öðrum skilmálum.

Með fyrrgreindu ákvæði samþykktu áfrýjandi og Míla ehf. að tryggja að ólíkir þjónustubættir þeirra væri nægilega aðgreindir í rekstri félaganna, þar með talið í kostnaðarútreikningum, kynningum, sölu og skilmálum. Hvorki orðalag ákvæðisins né þær skýringar sem fram koma í áður nefndri ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 6/2015 gefa til kynna að það kveði einungis á um skyldu félaganna til að tryggja að þjónustubættir hvors félags um sig séu nægilega aðgreindir frá þjónustubáttum hins. Því verður að telja að ákvæðið kveði jafnframt á um skyldur sem gilda um þjónustubætti áfrýjanda og Mílu ehf. með sjálfstæðum hætti.

Í hinni kærðu ákvörðun hefur Samkeppniseftirlitið vísað til þess að þeir þjónustubættir sem séu innifaldir í Heimilispakka áfrýjanda hafi ekki verið nægilega aðgreindir í kynningu, sölu, verði og öðrum skilmálum, þannig að í bága hafi farið við fyrrgreint ákvæði 19. gr. sáttarinnar frá 23. janúar 2015. Þannig hafi ekki verið hægt að greina verð og skilmála hvers þjónustubáttar innan Heimilispakkans eins og áskilið sé í fyrrgreindu ákvæði sáttarinnar. Áfrýjandi hefur á hinn bóginn haldið því fram að ólíkir þjónustubættir Heimilispakkans hafi verið nægilega aðgreindir og óháðir hverjum öðrum í verði og öðrum skilmálum.

Að mati áfrýjunarnefndar verður ekki horft framhjá þeirri staðreynd að áfrýjandi hefur allt frá árinu 2015 boðið fyrrnefndan Heimilispakka til sölu, en í þeim þjónustupakka er eins og áður hefur verið vikið að, tvinnuð saman með ákveðnum hætti fjarskipta- og sjónvarpsþjónusta áfrýjanda. Þar er m.a. að finna internetaðgang, farsíma- og heimasímaáskrift, aðgang að efnisveitunni Sjónvarp Símans Premium svo og aðgang að erlendum sjónvarpsstöðvum.

Ekki er um það deilt í málinu, eins og áður hefur komið fram, að hægt sé að kaupa alla þjónustubætti Heimilispakkans staka. Þá verður heldur ekki séð af gögnum málsins né af máflutningi Samkeppniseftirlitsins að eiginleg breyting hafi orðið á aðgreiningu ólíkra þjónustubátta Heimilispakkans með tilliti til 19. gr. sáttarinnar við þá ákvörðun áfrýjanda á haustmánuðum 2019 að gera nýja sjónvarpsrás, Símann Sport, hluta af efnisveitunni Sjónvarpi Símans Premium, sem er hluti af áðurnefndum Heimilispakka. Verður ekki annað séð en að viðskiptavinum áfrýjanda sem og öðrum hafi við þá breytingu mátt vera ljóst, hvert væri verð hinnar nýju sjónvarpsrásar, annars vegar þegar hún væri keypt stök án annarra þjónustubátta og hins vegar sem hluti af Heimilispakkanum. Þá verður heldur ekki séð að aðgreining sjónvarpsrásarinnar varðandi verðlagningu eða skilmálum innan Heimilispakkans hafi verið hagað með öðrum hætti en verðlagningu annarra þjónustubátta hans. Fyrir liggur að áfrýjandi innheimti eitt ósundurliðað heildarverð fyrir Heimilispakkann og var við þá innheimtuna ekki sérstaklega tilgreint verð hvers og eins þjónustubátta innan pakkans. Sami háttur virðist hafa verið hafður á af hálfu áfrýjanda í þessum efnisveitunum áður en sjónvarpsrásinni Símanum Sport var bætt við efnisveituna Sjónvarp Símans Premium.

Óljóst er af gögnum málsins hvort og þá með hvaða hætti verð einstakra þjónustubátta Heimilispakka áfrýjanda hafi verið aðgengilegt neytendum í verðskrá áfrýjanda og þá hversu auðvelt það hafi verið fyrir þá að gera sér grein fyrir verðlagningu á hverjum og einum þjónustubætti eftir því hvort þeir væru keyptir stakir annars vegar eða innan Heimilispakkans hins vegar. Þeim mátti hins vegar vera það ljóst að heildarverð Heimilispakkans var töluvert lægra en samanlagt verð þjónustubáttanna allra ef þeir væru keyptir stakir enda leiðir slíkt af eðli slíkra tilboða.

Að mati áfrýjunarnefndar er til þess að líta, eins og áður hefur verið rakið, að engar eiginlegar breytingar hafi orðið á aðgreiningu ólíkra þjónustubátta Heimilispakkans við þá ákvörðun áfrýjanda á haustmánuðum 2019 að gera nýja sjónvarpsrás, Símann Sport, hluta af efnisveitunni Sjónvarpi Símans Premium. Upplýst hefur verið undir rekstri þessa máls að Samkeppniseftirlitið hafi enn til rannsóknar ýmis álitaefni sem varða fyrrgreindan Heimilispakka áfrýjanda með hliðsjón af ákvæðum samkeppnislaga og þeim sáttum sem áfrýjandi hafi gert við Samkeppniseftirlitið, og að þeirri rannsókn sé enn ólokið. Ætla má að við þá rannsókn komi m.a. til skoðunar hvort ólíkir þjónustubættir innan Heimilispakka áfrýjanda séu nægilega aðgreindir með tilliti til ákvæðis 19. gr. áðurnefndrar sáttar frá 23. janúar 2015.

Þá verður einnig að mati áfrýjunarnefndar að skýra fyrrgreint ákvæði 19. gr. sáttarinnar með hliðsjón af þeim skýringum með ákvæðinu sem fram koma í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 6/2015. Þar er sérstaklega tekið fram, eins og áður hefur verið vikið að, að tilgangur ákvæðisins sé m.a. að koma í veg fyrir að áfrýjandi og Míla ehf. beiti samtvinnun á þeim mörkuðum sem þau séu í markaðsráðandi stöðu á hverju sinni. Þetta verður að skilja svo að það þurfi að liggja fyrir mat á því hvort hlutaðeigandi fyrirtæki séu í markaðsráðandi stöðu á þeim mörkuðum sem um ræðir. Ekki verður talið að fyrir liggja í málinu fullnægjandi rannsókn af hálfu Samkeppniseftirlitsins á skilgreindum mörkuðum málsins né hvort áfrýjandi sé í markaðsráðandi stöðu á þeim mörkuðum. Verður því að telja að þessi þáttur málsins sé ekki að fullu upplýstur, sbr. 10. gr. stjórnsýslulaga.

Samkvæmt framansögðu er þeim þætti hinnar kærðu ákvörðunar er snýr að ætluðu broti áfrýjanda á 19. gr. fyrrnefndrar sáttar frá 23. janúar 2015, sbr. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 6/2015, vísað til nýrrar meðferðar og ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins.

6.

Í 20. gr. áðurnefndrar sáttar frá 23. janúar 2015, sbr. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 6/2015, er sérstakt ákvæði um bann við samkeppnishamlandi samningum. Þar segir m.a. í 3. mgr. greinarinnar:

„Síminn skal áfram tryggja að samningar félagsins við viðskiptavinum sem í gildi eru, hvort sem um er að ræða einstaklinga eða fyrirtæki, kveði ekki á um lengri binditíma en sex mánuði. Eftir þann tíma skal viðskiptavinur Símans á einstaklingsmarkaði heimilt að segja upp samningi með eins mánaðar fyrirvara en á fyrirtækjamarkaði skal uppsagnarfrestur ekki vera lengri en sex mánuðir. Ákveði viðskiptavinur að færa öll viðskipti sín til annars fjarskiptafyrirtækis skal Síminn og Míla tryggja að þjónustuflutningur af hálfu fyrirtækjanna gangi greiðlega fyrir sig. Sama skal gilda ákveði viðskiptavinur að færa hluta viðskipta sinna til annars fjarskiptafyrirtækis. Skal þá jafnframt tryggt að þjónustuflutningur hafi ekki áhrif á önnur kjör viðskiptavinarins hjá Símanum.”

Í skýringum með ákvæðinu, sbr. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 6/2015, kemur fram að tryggt skuli í samræmi við þá skyldu sem lögð sé á félögin á grundvelli 19. gr. sáttarinnar að þjónustuflutningur hafi ekki áhrif á önnur kjör viðskiptavinarins hjá áfrýjanda. Þá ber áfrýjanda og Mílu ehf. að tryggja með sama hætti að heildsöluviðskiptavinir sem þess óska geti með auðveldum hætti fært hluta eða öll viðskipti sín frá félögunum til annars netrekenda í samkeppni við félögin.

Ekki verður ráðið af orðalagi fyrrgreinds ákvæðis að það eigi einungis við um þau tilvik þegar viðskiptavinir áfrýjanda ákveði að flytja viðskipti sín frá Mílu ehf. til annars fjarskiptafyrirtækis og öfugt. Telja verður að ákvæði eigi með sjálfstæðum hætti við þegar viðskiptavinir áfrýjanda taka ákvörðun um að flytja viðskipti sín frá áfrýjanda til annars fjarskiptafyrirtækis.

Það var fyrst með viðbótarandmæslaskjali þann 13. mars 2020 sem fram komu sjónarmið Samkeppniseftirlitsins um að áfrýjandi hefði við sölu og verðlagningu á sjónvarpsrásinni Símanum Sport í gegnum Heimilispakka áfrýjanda brotið gegn áðurnefndu skilyrði í 20. gr. sáttarinnar frá 23. janúar 2015. Að mati áfrýjunarnefndar verður ekki séð að það eitt að fyrrgreind afstaða Samkeppniseftirlitsins hafi ekki komið fram fyrir við rannsókn málsins eða að þessara sjónarmiða hafi ekki verið getið í því andmæslaskjali sem birt var fyrir áfrýjanda 20. desember 2019, hafi það í för með sér að annmarkar hafi verið á rannsókn eða meðferð málsins, enda verður ekki annað séð en að í einu og öllu

hafi verið gætt að andmælarétti áfrýjanda við meðferð málsins hjá Samkeppniseftirlitinu. Þá verður heldur ekki séð að það að fyrrgreint sjónarmið Samkeppniseftirlitsins hafi fyrst komið fram þegar talsvert var liðið á rannsókn málsins gefi sérstaklega til kynna að ákvæðið sé óskýrt.

Eins og rakið er í hinni kærðu ákvörðun telur Samkeppniseftirlitið að áfrýjandi hafi við sölu á sjónvarpsrásinni Síminn Sport í gegnum Heimilispakka áfrýjanda brotið gegn fyrrgreindu ákvæði 20. gr. sáttarinnar frá 23. janúar 2015, með því að láta það hafa áhrif á viðskiptakjör þeirra sem kaupa fjarskipta- og sjónvarpsþjónustu í Heimilispakka áfrýjanda ákveði þeir að flytja hluta viðskipta sinna til annars fjarskiptafyrirtækis.

Þegar það er haft í huga að í Heimilispakka áfrýjanda er með ákveðnum hætti vöndlað saman fjarskipta- og sjónvarpsþjónustu liggur það fyrir að hagkvæmar er að kaupa alla þá þjónustubætti sem mynda Heimilispakkann saman innan þjónustupakkans heldur en hvern og einn þjónustubátta hans stakan. Leiði það af eðli slíkra pakkatilboða að með því að kaupa alla þjónustubætti innan hans fæst afsláttur að heildarverði þeirra. Í því máli sem hér um ræðir er ekki til úrlausnar hvort sú vöndlun sem felst í Heimilispakka áfrýjanda í heild feli í sér brot á ákvæðum samkeppnislaga eða þeim sáttum sem áfrýjandi hefur gert við Samkeppniseftirlitið, en upplýst hefur verið að Samkeppniseftirlitið hafi enn til rannsóknar mál sem snúi að Heimilispakka áfrýjanda og að þeirri rannsókn sé ólokið. Að mati áfrýjunarnefndar verður ráðið af gögnum málsins að engin eiginleg breyting hafi orðið með tilliti til 20. gr. áður nefndar sáttar frá 23. janúar 2015 þegar hin nýja sjónvarpsrás, Síminn Sport, var gerð að hluta efnisveitunnar Sjónvarp Símans Premium. Eftir sem áður var það ljóst að það kæmi með ákveðnum hætti að hafa áhrif á viðskiptakjör viðskiptavina áfrýjanda ef þeir tækju ákvörðun um að segja upp áskrift að Heimilispakkanum en kaupa eftirleiðis ákveðna staka þjónustubætti af áfrýjanda og þá eftir atvikum enn aðra þjónustubætti af öðru fjarskiptafyrirtæki.

Þá er einnig til þess að líta að mati áfrýjunarnefndar að skýra verður inntak 20. gr. sáttarinnar til samræmis við 19. gr. hennar, þ.e. að rannsaka þurfi skilgreinda markaði málsins og þá hvort áfrýjandi sé í markaðsráðandi stöðu á einhverjum þeirra áður en lagt er mat á það hvort áfrýjandi hafi brot gegn þeim skilyrðum sem

fram koma í ákvæðinu. Með vísan til þess sem að framan er rakið varðandi umfjöllun um 19. gr. sáttarinnar er það mat áfrýjunarnefndar að þessi þáttur málsins hafi ekki verið að fullu upplýstur með þeim hætti sem áskilnaður er gerður um í áður nefndri sátt, sbr. 10. gr. stjórnslulaga.

Samkvæmt framansögðu er þeim þætti hinnar kærðu ákvörðunar er snýr að ætluðu broti áfrýjanda á 20. gr. fyrrnefndrar sáttar frá 23. janúar 2015, sbr. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 6/2015, vísað til nýrrar meðferðar og ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins.

7.

Hér að framan hefur verið komist að þeirri niðurstöðu að áfrýjandi hafi við markaðssetningu og sölu á sjónvarpsrásinni Símanum Sport í gegnum svonefndan Heimilispakka áfrýjanda brotið gegn þeim skilyrðum sem fram koma í 3. gr. þeirrar sáttar sem áfrýjandi gerði við Samkeppniseftirlitið þann 15. apríl 2015.

Samkvæmt h. lið 1. mgr. 37. gr. samkeppnislaga hefur Samkeppniseftirlitið heimild til að leggja stjórnvaldssektir á fyrirtæki eða samtök fyrirtækja sem brjóta gegn sátt sem aðili hefur gert við Samkeppniseftirlitið á grundvelli 17. gr. f. samkeppnislaga. Í 2. mgr. 37. gr. sömu laga kemur fram að sektir geti numið allt að 10% af heildarveltu síðasta almanaksárs hjá hverju því fyrirtæki eða samtökum fyrirtækja sem aðild eiga að broti. Ef brot samtaka fyrirtækja tengjast starfsemi aðila þeirra skal fjárhæð sektar ekki vera hærrí en 10% af heildarveltu hvers aðila þeirra sem er virkur á þeim markaði sem brot samtakanna tekur til.

Samkvæmt fyrrgreindu ákvæði 2. mgr. 37. gr. samkeppnislaga skal við ákvörðun á fjárhæð sekta hafa hliðsjón af eðli og umfangi brota, hvað brot hafa staðið lengi og hvort um ítrekað brot sé að ræða. Í fyrri úrskurðum áfrýjunarnefndar samkeppnismála, sbr. mál nr. 2/2002, 2/2010 og 4/2013 hefur komið fram að hér sé ekki um að ræða tæmandi talningu á þeim sjónarmiðum sem horfa megi til við töku ákvörðunar um fjárhæð sektar. Það leiðir hins vegar af meginreglunni um skyldubundið mat stjórnvalda að byggja ber a.m.k. á framangreindum sjónarmiðum við töku slíkra ákvarðana. Einnig hefur verið talið að líta megi til annarra atriða, t.d. til stærðar fyrirtækja sem teljast brotleg, huglægrar afstöðu

stjórnenda, hagnaðarsjónarmiða og eldri brota á samkeppnislögum. Þá hefur verið talið skipta máli hvort ætla megi að brot aðila hafi haft umtalsverð áhrif á kjör neytenda og hag samkeppnisaðila er starfa á viðkomandi samkeppnismarkaði. Að auki er mikilvægt að samræmi sé í sektarákvörðunum í samkeppnismálum að því marki sm slíkt er unnt, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2013.

Að mati áfrýjunarnefndar er brot áfrýjanda alvarlegt en háttsemi áfrýjanda var í andstöðu við ákvæði sáttar sem hann undirgekkst sjálfur að hafa í heiðri í starfsemi sinni. Ber í þessu tilliti að hafa í huga að þýðingarmikið er að farið sé að skilyrðum sáttar og leitast við að markmið þeirra nái fram að ganga. Þá verður að telja að áfrýjanda hafi ekki getað dulist að sala og markaðssetning hans á sjónvarpsrásinni Símanum Sport kynni að fara í bága við ákvæði sáttarinnar.

Í málinu hefur verið gerð grein fyrir fjárhagslegum styrk áfrýjanda á því tímabili sem hér skiptir máli. Í fyrri úrskurðum áfrýjunarnefndar samkeppnismála hefur komið fram að til þess að stjórnvaldssekt samkvæmt samkeppnislögum hafi tilætluð varnaðaráhrif verði að taka miða af styrkleika þess brotlega auk þess sem fjárhæð sekta verða að hafa þau áhrif að sporna við frekari eða sambærilegum brotum í framtíðinni. Má í þessu sambandi einnig vísa til dóms Hæstaréttar frá 28. apríl 2016 í máli nr. 419/2015 og nýlegs dóms Hæstaréttar frá 7. janúar 2021 í máli nr. 42/2019.

Að mati áfrýjunarnefndar verður einnig að líta til þess við ákvörðun á fjárhæð sektar í máli þessu að áfrýjandi hefur áður gerst sekur um sambærilegt brot sem varðaði stjórnvaldssekt, sbr. dóm Hæstaréttar Íslands frá 6. desember 2012 í máli nr. 218/2012, þó nokkuð sé um liðið frá því að fyrrgreint brot áfrýjanda átti sér stað. Þá liggur fyrir að áfrýjandi hefur í fleiri tilvikum gerst brotlegur við ákvæði samkeppnislaga sem varðað hafa stjórnvaldssektum.

Með vísan til þeirra sjónarmiða sem nú hafa verið rakin og að öðru leyti með hliðsjón af þeim rökum sem fram koma í hinni kærðu ákvörðun auk heildarmats á aðstæðum öllum, er hæfileg stjórnvaldssekt á hendur áfrýjanda ákveðin 200.000.000 kr.

8.

Með vísan til alls þess sem að framan er rakið er það niðurstaða áfrýjunarnefndar samkeppnismála að áfrýjandi hafi við sölu og verðlagningu sjónvarpsrásarinnar Síminn Sport í gegnum Heimilispakka áfrýjanda brotið gegn því skilyrði sem fram kemur í 3. gr. sáttar frá 15. apríl 2015, sbr. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 20/2015.

Er það jafnframt niðurstaða áfrýjunarnefndar að áfrýjanda beri að greiða 200.000.000 kr. í stjórnvaldssekt vegna framangreinds brots og skal greiða sektina innan mánaðar frá dagsetningu úrskurðar þessa.

Þá er það niðurstaða áfrýjunarnefndar að vísa beri þeim þáttum hinnar kærðu ákvörðunar er snúa að ætluðu brotum áfrýjanda á 19. og 20. gr. sáttar frá 23. janúar 2015, sbr. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 6/2015, til nýrrar meðferðar og ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins.

Úrskurðarorð

Staðfestur er sá hluti hinnar kærðu ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins frá 28. maí 2020 er lýtur að því að áfrýjandi hafi brotið gegn ákvæði 3. gr. sáttar frá 15. apríl 2015, sbr. 3. gr. ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins nr. 20/2015.

Áfrýjanda, Símanum hf., ber að greiða 200.000.000 kr. í stjórnvaldssekt vegna brots á ákvæði 3. gr. sáttar frá 15. apríl 2015, sbr. 3. gr. ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins nr. 20/2015. Sektin skal greidd innan eins mánaðar frá dagsetningu þessa úrskurðar.

Þeim hluta hinnar kærðu ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins frá 28. maí 2020 er snýr að ætluðu broti áfrýjanda á 19. og 20. gr. sáttar frá 23. janúar 2015, sbr. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 6/2015, er vísað til nýrrar meðferðar og ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins.

Reykjavík, 13. janúar 2021.

Björn Jóhannesson, formaður

Kristín Benediktsdóttir

Brynhildur Benediktsdóttir