

ÁFRÝJUNARNEFND SAMKEPPNISMÁLA

Úrskurður í máli nr. 6/2017

Síminn hf.

gegn

Samkeppniseftirlitinu

I

Kröfur málsaðila

Með kæru dagsettri 3. nóvember 2017 hefur Síminn hf. (hér eftir nefndur áfrýjandi), kært ákvörðun Samkeppniseftirlitsins sem tilkynnt var um á heimasíðu þess þann 9. október 2017 og birt þann 8. desember 2017, þess efnis að Samkeppniseftirlitið hafi heimilað samruna Fjarskipta hf. og 365 miðla hf. með setningu tiltekinna skilyrða, sbr. sáttir Samkeppniseftirlitsins við samrunaaðila, dagsettar 8. og 9. október 2017.

Áfrýjandi gerir þær kröfur að við bætist ný 1. mgr. 5. gr. þeirra ákvörðunarorða sem beinast að Fjarskiptum hf. sem hljóði svo: „*Hugtakið „Nýr aðili“ í þessari 5. gr. skal teljast, þrátt fyrir skilgreiningu 1. gr., sem sérhver lögaðili óháð stærð sem óskar eftir kaupum á þjónustu Fjarskipta á grundvelli skilyrða ákvörðunar þessarar.*“

Einnig krefst áfrýjandi þess að við bætist ný 1. mgr. 7. gr. þeirra ákvörðunarorða sem beinast að Fjarskiptum hf. sem hljóði svo: „*Hugtakið „Nýr aðili“ í þessari 7. gr. skal teljast, þrátt fyrir skilgreiningu 1. gr., sem sérhver lögaðili óháð stærð sem óskar eftir kaupum á þjónustu Fjarskipta á grundvelli skilyrða ákvörðunar þessarar.*“

Felst þannig í kröfugerð áfrýjanda að þær breytingar verði gerðar á 5. og 7. gr. þeirra ákvörðunarorða sem beinast að Fjarskiptum hf. að áfrýjandi, sem einn fyrirtækja hér á landi sé undanskilinn samkvæmt þeirri skilgreiningu á hugtakinu „*Nýr aðili*“ sem lögð sé til grundvallar í hinni kærðu ákvörðun, njóti sama aðgangs að mikilvægum sjónvarpsrásum og kveðið sé á um að veita skuli nýjum aðilum samkvæmt ákvörðuninni.

Samkeppniseftirlitið krefst þess að kröfum áfrýjanda um breytingar á sátt þess við Fjarskipti hf. frá 9. október 2017 verði hafnað.

II

Málsmeðferð hjá Samkeppniseftirlitinu

Þann 27. apríl 2017 barst Samkeppniseftirlitinu tilkynning vegna samruna Fjarskipta hf. og 365 miðla hf. og í kjölfarið hóf Samkeppniseftirlitið rannsókn á áhrifum samrunans. Með bréfum dagsettum 8. maí 2017 óskaði Samkeppniseftirlitið eftir upplýsingum og gögnum frá samrunaaðilum, en svör bárust frá félögunum 22. og 23. maí 2017. Samkeppniseftirlitið gaf almenningi og hagsmunaaðilum kost á að tjá sig um hinn fyrirhugaða samruna og birti því samrunatilkynninguna á heimasíðu stofnunarinnar og sendi fjölmiðlum fréttatilkynningu þann 10. maí 2017. Var veittur frestur til athugasemda til 26. maí 2017 og óskaði Samkeppniseftirlitið eftir því að fjarskiptafélag, fjölmiðlar, fjölmiðlanefnd og Póst- og fjarskiptastofnun skiluðu inn umsögnum um mat á áhrifum samrunans og voru þessir aðilar beðnir um að svara tilteknum spurningum. Umsögn barst m.a. frá áfrýjanda. Þann 2. júní 2017 tilkynnti Samkeppniseftirlitið samrunaaðilum að ástæða væri til frekari rannsóknar á samkeppnislegum áhrifum samrunans og í kjölfarið var samrunaaðilum gefinn kostur á að tjá sig um þær umsagnir sem borist höfðu.

Þann 3. júlí 2017 fundaði Samkeppniseftirlitið með Fjarskiptum hf. til að ræða mögulega sátt og skilyrði sem ætlað væri að vinna gegn m.a. þeim samkeppnishömlum sem af samrunanum gætu leitt. Fyrir fundinn sendi félagið Samkeppniseftirlitinu tillögur að skilyrðum sem ræddar voru á fundinum en niðurstaða fundarins var sú að félagið kvaðst ætla að endurskoða tillögurnar og senda Samkeppniseftirlitinu nýja og ítarlegri útgáfu. Athugasemdum Fjarskipta hf. og 365 miðla hf. vegna framkominna umsagna var skilað 30. júní og 5. júlí 2017. Með bréfum þann 14. júlí 2017 óskaði Samkeppniseftirlitið eftir frekari sjónarmiðum og upplýsingum frá samrunaaðilum og keppinautum þeirra, m.a. áfrýjanda. Svör bárust á tímabilinu 21. til 28. júlí 2017. Fjarskipti hf. óskuðu eftir öðrum fundi með Samkeppniseftirlitinu til að ræða nýjar tillögur félagsins að skilyrðum og var hann haldinn 26. júlí 2017. Með bréfum 27. júlí 2017 óskaði Samkeppniseftirlitið eftir umsögn Póst- og fjarskiptastofnunar, fjölmiðlanefndar og keppinauta samkeppnisaðila um nýjar tillögur að skilyrðum. Umsagnirnar bárust á tímabilinu 9. til 11. ágúst 2017 og athugasemdir samrunaaðila vegna umsagnanna bárust 17. ágúst 2017, en með bréfi Fjarskipta hf. fylgdi ný tillaga að skilyrðum. Með bréfi dagsettu 25. ágúst 2017 sendi Samkeppniseftirlitið samrunaaðilum andmælaskjal með þeirri frumniðurstöðu að samruninn væri skaðlegur samkeppni og hefði neikvæð áhrif á fjölbreytni og fjölræði á fjölmiðlum. Í fylgibréfi með andmælaskjalinu kom fram að engin afstaða væri að svo stöddu

tekin til þess hvort tillögur Fjarskipta hf. að skilyrðum væru fullnægjandi en frummatið kynni að taka breytingum. Fengu samrunaaðilar frest til 8. september 2017 til að tjá sig um andmælaskjalið.

Áfrýjandi sendi Samkeppniseftirlitinu tölvupóst þann 26. ágúst 2017 þar sem óskað var eftir afriti af svari Póst- og fjarskiptastofnunar við bréfi Samkeppniseftirlitsins frá 27. júlí 2017. Samkeppniseftirlitið sendi áfrýjanda umsögn Póst- og fjarskiptastofnunar og síðar sama dag sendi áfrýjandi athugasemdir við umsögn stofnunarinnar. Samkeppniseftirlitið sendi hinar nýju tillögur Fjarskipta hf. að skilyrðum til Póst- og fjarskiptastofnunar, fjölmiðlanefndar og keppinauta, þ.á m. áfrýjanda. Átti Samkeppniseftirlitið í kjölfarið fundi með umsagnaraðilum, þ.á m. áfrýjanda þann 29. ágúst 2017. Samkeppniseftirlitinu bárust athugasemdir Fjarskipta hf. við andmælaskjalið 8. september 2017 og óskaði fyrirtækið eftir frekari viðræðum varðandi skilyrði samrunans. Athugasemdir 365 miðla hf. við andmælaskjalið bárust 11. september 2017 en þann dag tilkynnti Samkeppniseftirlitið samrunaaðilum að óhjákvæmilegt væri að framlengja frest til endanlegrar ákvörðunar um 20 virka daga. Þann 13. september 2017 sendi áfrýjandi tölvupóst til Samkeppniseftirlitsins með fyrirspurn um hvort komnar væru nýjar tillögur að skilyrðum og svaraði Samkeppniseftirlitið samdægurs á þann veg að teldi eftirlitið þörf á frekari umsögnum yrði haft samband við félagið. Með bréfi dagsettu 15. september 2017 tilkynnti Samkeppniseftirlitið samrunaaðilum það frummat sitt að tillögurnar að skilyrðunum frá 17. ágúst 2017 teldust ekki fullnægjandi til að koma í veg fyrir samkeppnishindranir. Var samrunaaðilum gefið færi á að tjá sig um frummat eftirlitsins og setja fram tillögur um ný eða endurbætt skilyrði.

Þann 20. september 2017 átti Samkeppniseftirlitið fund með fjölmiðlanefnd vegna málsins. Samkeppniseftirlitinu bárust svör frá samrunaaðilum þann 21. september 2017 þar sem frummati eftirlitsins var mótmælt. Samdægurs óskaði Samkeppniseftirlitið eftir ítarlegri skýringum og svörum frá Fjarskiptum hf. vegna sjónarmiða fyrirtækisins um það hagræði sem það teldi leiða af samrunanum. Þann 27. september 2017 átti Samkeppniseftirlitið fund með Póst- og fjarskiptastofnun. Þann 28. september og 5., 6., 7. og 8. október átti Samkeppniseftirlitið fundi með samrunaaðilum þar sem reynt var til þrautar að ná sáttum. Þann 6. október 2017 átti Samkeppniseftirlitið fund með Hringdu til að afla sjónarmiða og upplýsinga í tilefni af samningaviðræðum Hringdu og Fjarskipta hf. um aðgang að sjónvarpsrásum og IPTV-dreifikerfi Fjarskipta hf. Sátt við samrunaaðila náðist loks 8. og 9. október 2017, en þá undirrituðu Fjarskipti hf. og 365 miðlar hf. sáttir við Samkeppniseftirlitið. Samruni félaganna

var því heimilaður með skilyrðum af hálfu Samkeppniseftirlitsins og gaf eftirlitið út fréttatilkynningu sama dag þar sem niðurstaða málsins var tilkynnt og útskýrð.

III

Málsmeðferð hjá áfrýjunarnefndinni

Greinargerð Samkeppniseftirlitsins sem svar við kæru áfrýjanda barst 10. nóvember 2017. Þann 20. nóvember 2017 bárust áfrýjunarnefndinni athugasemdir 365 miðla hf. þar sem fyrirtækið taldi ekki ástæðu til að láta málið sérstaklega til sín taka en taldi þarft að benda á að við setningu skilyrðanna í málinu hafi verið gætt málefnaþgra sjónarmiða af hálfu Samkeppniseftirlitsins. Þann 20. nóvember 2017 bárust einnig athugasemdir Fjarskipta hf. Áfrýjandi skilaði til áfrýjunarnefndarinnar athugasemdum vegna greinargerðar Samkeppniseftirlitsins þann 23. nóvember 2017 þar sem fyrri sjónarmið voru m.a. áréttuð. Loks bárust svör Samkeppniseftirlitsins vegna athugasemda áfrýjanda þann 27. nóvember 2017 en að því loknu var málið tekið til meðferðar hjá áfrýjunarnefndinni. Uppkvaðning úrskurðarins hefur dregist vegna umfangs málsins, jólaleyfa og þess að áfrýjunarnefndin var ekki fullskipuð fyrr en 27. nóvember sl., en með bréfi atvinnuvega- og nýsköpunarráðuneytisins þann dag var Helgi Birgisson hæstaréttarlögmaður skipaður í áfrýjunarnefndina til að fjalla um fram komið erindi áfrýjanda.

IV

Röksemdir málsaðila

1. Málsástæður og lagarök áfrýjanda

Um kærueimild vísar áfrýjandi til 1. mgr. 9. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005. Þar sé ekki vikið að því hverjir geti kært ákvarðanir Samkeppniseftirlitsins og fari því um það eftir almennum reglum stjórnsluréttar og ríkjandi sjónarmiðum innan samkeppnisréttar. Telur áfrýjandi að hver sá sem eigi lögvarða hagsmuni af úrlausn máls geti kært ákvörðun í því til æðra stjórnvalds og samkvæmt ríkjandi viðhorfum og lögskýringargögnum eigi ekki að setja kærueimild þröngar skorður. Áfrýjandi bendir á að það sé meginregla á sviði samkeppnisréttar að fyrirtæki eigi kærueimild að samrunaákvörðun samkeppnisaðila. Samkeppnisaðilar geti því kært ákvarðanir samkeppnisyfivalda um að grípa ekki til íhlutunar í samruna aðila sem starfa á sama markaði.

Áfrýjandi byggir á að hin kærða ákvörðun hafi brotið gegn 13. gr. stjórnarsýslulaga nr. 37/1993. Samkeppniseftirlitið hafi í tvígang aflað sjónarmiða áfrýjanda við meðferð málsins og í báðum tilvikum hafi áfrýjandi lagt áherslu á að kæmi til þess að samruninn yrði samþykktur, yrði aðgangur samkeppnisaðila að mikilvægum sjónvarpsrásum í heildsölu tryggður. Hvorki áfrýjandi né samrunaaðilar hafi gert greinarmun á áfrýjanda og öðrum keppinautum í tillögum að skilyrðum. Samkeppniseftirlitið hafi ekki óskað eftir sjónarmiðum áfrýjanda þar um og áfrýjandi því ekki komið slíkum sjónarmiðum á framfæri.

Bendir áfrýjandi á að hann hafi með tölvubréfi dagsettu 13. september 2017 óskað sérstaklega eftir að fá að tjá sig frekar ef setja ætti samrunanum annars konar skilyrði en samkvæmt upphaflegum tillögum. Svör Samkeppniseftirlitsins hafi verið á þann veg að ef talið yrði á síðari stigum að afla þyrfti viðbótar umsagnar áfrýjanda yrði óskað eftir henni. Áfrýjandi telur skilyrðin fela í sér útilokun hans frá heildsöluaðgangi og að hann hafi átt að fá að tjá sig um slíkt áður en ákvörðun yrði tekin.

Áfrýjandi telur þá staðreynd að Samkeppniseftirlitið sendi Fjarskiptum hf. andmælaskjal eftir að hafa móttakið upphaflegar tillögur félagsins að skilyrðum, fela í sér að stofnunin hafi ekki talið skilyrðin nægja til að eyða skaðlegum samkeppnisáhrifum. Samt hafi Samkeppniseftirlitið fallist á vægari skilyrði en þau upphaflegu, þannig að helsti samkeppnisaðili Fjarskipta hf. yrði undanþeginn aðgangi að mikilvægu sjónvarpsefni. Í ljósi þess að upprunaleg skilyrði hafi komið frá Fjarskiptum hf., án þess að undanskilja áfrýjanda, sé ljóst að þessi útfærsla stafi frá Samkeppniseftirlitinu. Stofnunin hafi þannig nýtt samrunaákvörðun samkeppnisaðila til að setja nýjar kvaðir á áfrýjanda, án þess að áfrýjandi fengi að tjá sig um það.

Áfrýjandi telur skilyrðin útiloka hann einan frá viðkomandi sjónvarpsefni en allir aðrir aðilar teljist „nýir aðilar“ í skilningi sáttarinnar. Þar sem ákvörðunin hafi verið íþyngjandi í garð áfrýjanda hafi hann átt að fá að tjá sig. Sé því um að ræða brot gegn andmælarétti hans, sem teljist verulegur ógildingarannmarki á hinni kærðu ákvörðun. Þar sem brotið lúti einungis að einu tilgreindu atriði, sé þó ekki nauðsynlegt að fella ákvörðunina úr gildi í heild, heldur nægi að breyta henni eins og áfrýjandi gerir kröfu um.

Byggir áfrýjandi einnig á að hin kærða ákvörðun hafi brotið gegn rannsóknarreglu 10. gr. stjórnarsýslulaga þar sem engin rannsókn hafi farið fram á áhrifum þess að aðgangur

Samkeppnisaðila að mikilvægum sjónvarpsrásum í heildsölu yrði takmarkaður við aðra aðila en áfrýjanda og í því felist útilokun áfrýjanda frá slíkum aðgangi. Heildsöluaðgangur sé grundvallaratriði hinnar kærðu ákvörðunar og hafi Samkeppniseftirlitinu borið að rannsaka þann þátt málsins með fullnægjandi hætti.

Að mati áfrýjanda hafi Samkeppniseftirlitið varla að ástæðulausu óskað eftir ítarlegum upplýsingum og sjónarmiðum hans undir rekstri málsins. Áfrýjandi hafi þó aldrei haft raunverulegt tækifæri til að koma á framfæri upplýsingum eða sjónarmiðum sem gætu nýst við mat á samkeppnislegum áhrifum ætlaðrar útilokunar áfrýjanda frá heildsöluaðgangi. Áfrýjandi vísar til þess að ákvörðun Samkeppniseftirlitsins virðist einungis byggjast á sjónarmiðum samrunaaðila sjálfra og sé því um að ræða brot á rannsóknarreglu stjórnsýslulaga sem feli í sér verulegan annmarka sem varði ógildingu hinnar kærðu ákvörðunar. Skortur á rannsókn hafi þó aðeins lotið að einu tilgreindu atriði og því sé ekki nauðsynlegt að fella ákvörðunina úr gildi í heild heldur nægi að breyta henni eins og áfrýjandi gerir kröfu um.

Áfrýjandi byggir einnig á að hin kærða ákvörðun sé haldin svo verulegum efnisannmörkum að fallast beri á kröfu hans.

Byggir áfrýjandi á að hið sameinaða fyrirtæki verði í markaðsráðandi stöðu á sjónvarps- og útvarpsmarkaði og þar sem það ráði yfir lykil sjónvarpsefni muni það í kjölfar samrunans geta nýtt þá aðstöðu með skaðlegum áhrifum á samkeppni.

Áfrýjandi telur að þótt aukin samþætting sjónvarpsþjónustu og fjarskiptaþjónustu sé almennt af hinu góða séu aðstæður aðrar ef lóðrétt samþætt fyrirtæki ráði yfir myndefni sem neytendur, eða nægilega stór hluti þeirra, telji lykil sjónvarpsefni eða nauðsynlegt aðfang í framleiðslu. Þá sé nauðsynlegt að kveða á um skyldu viðkomandi fyrirtækis til að veita heildsöluaðgang að slíku efni. Þannig sé komið í veg fyrir að fyrirtækið geti nýtt sér slíkt efni til að skaða samkeppni á sjónvarps- og fjarskiptamörkuðum, með því að vöndla saman þjónustupáttum sem samkeppnisaðilar geti ekki keppt við. Að mati áfrýjanda falli bæði Stöð 2 Sport (einkum enski boltinn) og Stöð 2 (einkum fréttir og fréttatengt efni), undir slíkt lykil sjónvarpsefni.

Áfrýjandi bendir á að 365 miðlar hf. hafi einstaka yfirburðastöðu í sölu á áskriftarþjónustu héraendis. Hafi áskrifendum ekki fækkað verulega þrátt fyrir innreið erlendra efnisveitna á

markað héraendis, s.s. Netflix. Af tæplega 26 þúsund viðskiptavinum 365 miðla hf. séu tæplega 7 þúsund með aðgang að íþróttarásum sem hluta af pakka og tæplega 3 þúsund með staka áskrift að íþróttarásunum, eða 10 þúsund í heild. Skili þessi viðskiptavinafjöldi 365 miðlum hf. ársveltu upp á rúmlega 2 milljarða króna af Skemmtipakkanum og samtals sé velta 365 miðla hf. vegna Stöð2 og Stöð2 Sport um 4 milljarðar króna. Vöndlun íþróttastöðva 365 miðla hf. og fjarskiptaþjónustu Fjarskipta hf. geti leitt til samkeppnisröskunar þar sem slíkar stöðvar séu boðnar í pakka á kjörum sem aðrir aðilar geti ekki mætt hafi þeir ekki aðgang að sambærilegu myndefni. 365 miðlar hf. hafi getað verðlagt þjónustu sína hærra en keppinautar án áhrifa á afkomu félagsins.

Áfrýjandi telur kvaðir um heildsöluaðgang að umræddu efni líkt og skilyrði sáttarinnar mæli fyrir um, koma í veg fyrir samkeppnisröskun. Hins vegar leiði það til samkeppnisröskunar að undanskilja hann einan kvöðum um heildsöluaðgang. Hin sterka staða samrunaaðila á markaði fyrir sjónvarpsþjónustu feli í sér hættu á að hið sameinaða félag beiti styrk sínum á þeim markaði til að styrkja stöðu sína á öðrum mörkuðum, s.s. undirmörkuðum fjarskiptamarkaða. Þá leiði yfirráð samrunaaðila yfir lykil sjónvarpsefni til þess að samkeppnisaðilar geti ekki mætt vöndluðum tilboðum.

Þá vísar áfrýjandi til sterkrar stöðu samrunaaðila á fjarskiptamörkuðum, eða 32% markaðshlutdeildar á farsímamarkaði þar sem félagið sé í nánú samstarfi við Nova, sem hafi um 34% hlutdeild. Þessir aðilar njóti því 60% markaðshlutdeildar en hið sameinaða fyrirtæki muni njóta um 60% markaðshlutdeildar á markaði fyrir internetþjónustu á höfuðborgarsvæðinu. Staða hins sameinaða fyrirtækis á undirmörkuðum fjarskiptamarkaðar verði því sterkari en staða áfrýjanda á þeim mörkuðum og verði að meta áhrif þess að áfrýjandi geti ekki keppt við hið sameinaða fyrirtæki í vöndluðum tilboðum.

Áfrýjandi byggir á að verði samruninn samþykktur með settum skilyrðum, leiði af því a.m.k. þrenns konar veruleg röskun á samkeppni vegna sérstöðu efnisins sem hið sameinaða félag ráði yfir.

Í fyrsta lagi sé útilokun áfrýjanda verulega skaðleg samkeppni. Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins leiði til þess að öll fyrirtæki á markaðnum, fyrir utan áfrýjanda, geti boðið pakkalausnir sem innihaldi íþróttarásir samrunaaðila en slíkt skekki samkeppnisstöðu

áfrýjanda neytendum til tjóns og auki samkeppnisforskot hins sameinaða fyrirtækis á áfrýjanda.

Í öðru lagi leiði samruninn með óbreyttum skilyrðum til þess að Fjarskipti hf. geti náð yfirburðastöðu á markaði fyrir dreifingu sjónvarpsefnis vegna þess að aðrir samkeppnisaðilar en áfrýjandi séu háðir Fjarskiptum hf. um dreifingu sjónvarpsefnis og aðgang að mikilvægum sjónvarpsrásum. Sama afleiðing sé af því að Fjarskipti hf. reki sitt eigið IPTV-dreifikerfi.

Í þriðja lagi nægi ekki til að eyða skaðlegum áhrifum að nýr aðili eða önnur starfandi fjarskiptafyrirtæki geti með skilyrðum hinnar kærðu ákvörðunar boðið upp á sambærilegt vöndlað tilboð. Hið sameinaða fyrirtæki muni njóta mikils samkeppnisforskots gagnvart þessum aðilum í krafti stærðar, reynslu, þekkingar á sjónvarpsefni og vöruúrvals, þar sem fyrirtækið geti boðið upp á alla mögulega þjónustuþætti fyrir viðskiptavinum á undirmörkuðum sjónvarps- og fjarskiptamarkaða.

Áfrýjandi telur að hinu sameinaða fyrirtæki verði aðeins veitt sterkt samkeppnislegt aðhald með því að tryggja neytendum öfluga valkosti í vöndluðum tilboðum, þar sem áfrýjandi geti keppt við hið sameinaða fyrirtæki á jafnréttisgrundvelli.

Að fenginni greinargerð Samkeppniseftirlitsins þann 10. nóvember 2017 var áfrýjanda gefinn kostur á að koma á framfæri frekari athugasemdum sem bárust 23. nóvember 2017, en þar voru fyrri sjónarmið áfrýjanda áréttuð.

2. Málástæður og lagarök Samkeppniseftirlitsins

Samkeppniseftirlitið bendir á að áfrýjandi hafi ekki verið aðili að samrunamálinu, enda sé aðild að slíkum málum bundin við samrunaaðila. Ekki sé heldur kveðið á um réttindi áfrýjanda í sáttunum en þótt hann hafi ekki verið aðili málsins geti hann haft kæruehimild til áfrýjunarnefndarinnar sem keppinautur samrunaaðila. Vísaði Samkeppniseftirlitið til úrskurða áfrýjunarnefndar samkeppnismála í málum nr. 18/2009, 1/2011, 8/2015 og 1/2016 varðandi sjónarmið um kæruaðild og benti á að með hliðsjón af úrskurðarframkvæmd gæti áfrýjandi átt kæruaðild fyrir áfrýjunarnefndinni.

Áfrýjandi hafi ítrekað tjáð sig fyrir Samkeppniseftirlitinu og málið varði mikilvæga markaði þar sem hann sé starfandi. Hann hafi þó ekki átt aðild að málinu fyrir Samkeppniseftirlitinu.

Ólíkt því sem áfrýjandi byggir á beinist ákvæði sáttarinnar, sem hann krefst breytinga á, ekki að honum heldur aðilum sem hafi hingað til ekki haft aðgang að sjónvarpsefni og hafi því verið í veikari stöðu en áfrýjandi og samrunaaðilar. Ákvæðin eigi þannig að stuðla að því að nýir aðilar geti boðið svonefndan fjórleik, þ.e. vöndla af sjónvarps- og fjarskiptaþjónustu, en ekki að tryggja rétt allra fjarskiptafyrirtækja að mikilvægu sjónvarpsefni.

Vísar Samkeppniseftirlitið til þess að fyrir samruna Fjarskipta hf. og 365 miðla hf. hafi þrjú keppinautar getað boðið upp á pakka af fjarskipta- og sjónvarpsþjónustu, þ.e. áfrýjandi, Fjarskipti hf. og 365 miðlar hf. Við samrunann hafi keppinautum fækkað úr þremur í tvo. Skilyrði sáttarinnar við Fjarskipti hf. sem taki til „nýrra aðila“ eigi að auðvelda nýjum aðilum að bjóða viðskiptavinum sjónvarpsþjónustu og veita hinu sameinaða fyrirtæki samkeppnislegt aðhald. Það sé því rangur skilningur áfrýjanda að skilyrðunum sé beint gegn honum auk þess sem skilyrðin feli ekki í sér neins konar bann við viðskiptum milli hins sameinaða fyrirtækis og áfrýjanda.

Samkeppniseftirlitið byggir á að andmælaréttur samkvæmt 13. gr. stjórnarsýslulaga sé bundinn við aðila máls og hafi því ekki gilt um áfrýjanda sem ekki hafi verið aðili málsins. Ekki sé því um brot að ræða. Áfrýjandi hafi þó í raun notið andmælaréttar, enda hafi Samkeppniseftirlitið aflað umsagnar hans og annarra markaðsaðila um samrunann. Áfrýjandi hafi því raunverulega, en ekki í lagalegum skilningi, verið í áþekkri stöðu og formlegur aðili máls varðandi andmælarétt.

Samkeppniseftirlitið hafnar því að í andmælarétti felist réttur til að tjá sig um „efni stjórnvaldsákvörðunar“ áður en hún sé tekin. Aðili máls eigi hins vegar rétt á að tjá sig um „efni máls“ áður en ákvörðun sé tekin, sbr. 13. gr. stjórnarsýslulaga. Til að aðili geti neytt andmælaréttar þurfi hann að hafa vitneskju um að mál sé til meðferðar hjá stjórnvöldum, eiga greiðan aðgang að málgögnum og eiga þess kost að tala máli sínu. Ekki felist í andmælarétti að aðili máls fái að vita niðurstöðu máls fyrirfram.

Þá hafi áfrýjandi fengið lykilgögn málsins og hafi ítrekað verið veitt færi á að koma að sjónarmiðum sínum, ekki aðeins um málið í heild heldur hafi hann getað tjáð sig sérstaklega um tillögur Fjarskipta hf. að skilyrðum, bæði tillöguna frá 27. júlí og tillöguna frá 17. ágúst 2017. Hafi áfrýjanda verið boðið að setja fram mat sitt á hvort frekari skilyrði væru möguleg til að koma í veg fyrir takmörkun á samkeppni eða fjölræði og fjölbreytni vegna samrunans.

Áfrýjandi hafi skilað ítarlegum sjónarmiðum, sbr. bréf hans 31. maí, 3. ágúst og 9. ágúst 2017. Í síðastnefnda bréfinu hafi hann rökstutt að tillögur Fjarskipta hf. að skilyrðum væru ófullnægjandi, enda tækju þau hvorki á þeirri breytingu markaðarins að keppinautum á fjarskiptamarkaði myndi fækka um einn, né væri þeim yfirhöfuð ætlað að gera það. Á fundi 29. ágúst 2017 hafi áfrýjandi einnig talið tillögu Fjarskipta hf. frá 17. ágúst ófullnægjandi. Af því tilefni hafi honum aftur boðist að setja fram rökstuddar tillögur um önnur skilyrði en hann hafi kosið að gera það ekki, sbr. tölvupóst hans 13. september 2017. Fyrir utan gögn sem Samkeppniseftirlitið hafi sent að eigin frumkvæði til áfrýjanda hafi hann óskað eftir aðgangi að einu gagni til viðbótar sem honum hafi verið veittur og hann tjáð sig um það, sbr. tölvupóstur hans 28. ágúst 2017.

Byggir Samkeppniseftirlitið á að áfrýjandi hafi vitað að samrunamálið væri til meðferðar, hann hafi átt greiðan aðgang að málgögnum og kost á að tala máli sínu. Ekki hafi því verið um að ræða brot á andmælarétti, hafi sá réttur verið til staðar. Áfrýjanda hafi mátt vera ljóst að málinu gæti allt eins lokið með ógildingu samrunans eða öðrum skilyrðum en Fjarskipti hf. höfðu lagt fram. Áfrýjandi hafi hins vegar ekki nýtt sér ítrekað boð Samkeppniseftirlitsins um að setja fram rökstuddar tillögur að öðrum skilyrðum.

Samkeppniseftirlitið telur það rangan skilning áfrýjanda að ekki hafi farið fram rannsókn á áhrifum þess að aðgangur samkeppnisaðila að mikilvægum sjónvarpsrásum í heildsölu yrði takmarkaður við aðra en áfrýjanda og að í því felist útilokun áfrýjanda frá slíkum aðgangi. Byggir Samkeppniseftirlitið á að skilyrðin takmarki ekki aðgang áfrýjanda að mikilvægum sjónvarpsrásum og því sé gagnrýni áfrýjanda á rannsókn málsins byggð á röngum skilningi hans á markmiði skilyrða sáttarinnar eins og áður greinir. Skilyrðin feli heldur ekki í sér bann við viðskiptum milli Fjarskipta hf. og áfrýjanda og þ.a.l. ekki útilokun áfrýjanda. Samkeppniseftirlitið hafi aflað ítarlegra upplýsinga og viðhorfa frá áfrýjanda og öðrum keppinautum um áhrif samrunans og tillögur Fjarskipta hf. að skilyrðum. Þá hafi eftirlitið beint margvíslegum spurningum til þessara aðila og svör þeirra hafi verið til þess fallin að upplýsa málið enn betur. Þá hafi eftirlitið átt náið samstarf við bæði Póst- og Fjarskiptastofnun og fjölmiðlanefnd. Ennfremur hafi Samkeppniseftirlitið átt fundi með fyrirtækjum sem hafi verið hugsanlegir nýir aðilar, þ.e. Símafélagið, Nova, Hingdu og OZ, og óskað álits þeirra á fyrirliggjandi tillögum að skilyrðum og möguleg áform þeirra um að víkka út starfsemi sína. Þá hafi Samkeppniseftirlitið átt annan fund með Hringdu 6. október 2017 vegna atriða sem urðu að 6. gr. sáttarinnar. Hafi málsmeðferðin því verið vönduð og samrýmst 10. gr. stjórnsýslulaga.

Skilyrðin eigi að auðvelda nýjum aðilum að bjóða upp á pakka eða vöndla með fjarskipta- og sjónvarpsþjónustu. Þar sem áfrýjandi hafi um nokkurt skeið boðið upp á slíka pakka eða vöndla og að á milli áfrýjanda og 365 miðla hf. séu í gildi samningar um endursölu áfrýjanda á sjónvarpsrásum 365 miðla hf., hafi ekki verið ástæður til að láta skilyrðin gilda um hann.

Samkeppniseftirlitið vísar til þess að skilyrðin hafi verið talin leysa úr samkeppnishömlum vegna fækkunar samkeppnisaðila. Mikilvægt hafi verið talið að skilyrðin breyttu ekki markaðsgerðinni þannig að jarðvegur skapaðist fyrir þegjandi samhæfingu þeirra sem eftir væru á markaðnum, sérstaklega þeirra tveggja aðila sem hefðu mikið forskot á keppinauta sína.

Samkeppniseftirlitið bendir á að skilyrðin hafi ekki það markmið að koma í veg fyrir mögulega sölusynjun hins sameinaða fyrirtækis á sjónvarpsrásum, eða aðgerðir sem hefðu svipuð áhrif, gagnvart öðrum fjarskiptafyrirtækjum, en ákvörðun markaðsráðandi fyrirtækis um að synja keppinauti um aðgang að mikilvægum sjónvarpsrásum geti falið í sér brot á 11. gr. samkeppnislaga. Það hafi verið niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að ólíklegt væri að hið sameinaða fyrirtæki myndi grípa til slíkra aðgerða.

Bendir Samkeppniseftirlitið á reglur um flutning myndefnis samkvæmt VII. kafla fjölmiðlalaga nr. 38/2011. Þar sé um að ræða flutningsskyldu samkvæmt 44. gr. laganna og flutningsrétt samkvæmt 45. gr. laganna. Einnig sé að finna sérstaka reglu í 5. mgr. 45. gr. laganna sem banni fjölmiðlaþjónustuveitendum að beina viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki, þ.e. félögum í samstæðu í skilningi hlutafélagalaga eða félögum og/eða öðrum aðilum með sambærileg fjárhagsleg eða stjórnunarleg tengsl. Í 2. mgr. 10. gr. sáttarinnar sé kveðið á um að sameinað fyrirtæki skuli verða við beiðni aðila um að dreifa opinni dagskrá sjónvarpsstöðva þess án ástæðulauss dráttar og óháð dreifingarmáta stöðvanna. Þá kveði 23. gr. sáttarinnar á um bann við samtvinnun.

Samkeppniseftirlitið bendir á að líta verði til þess að samruninn hafi takmörkuð lárétt áhrif á áskriftarsjónvarpsmarkaði. Ástæða þess sé sú að sjónvarpsþjónusta 365 miðla hf. og Fjarskipta hf. sé eðlisólík. Þannig sé sjónvarpsþjónusta Fjarskipta hf. ólínuleg SVOD-þjónusta, sem byggist fyrst og fremst á eldra sjónvarpsefni en ekki frumsýningarefni. Sjónvarpsþjónusta 365 miðla hf. sé á hinn bóginn línuleg áskriftarþjónusta, sem byggist aðallega á frumsýningum á vinsælu sjónvarpsefni, kvikmyndum og íþróttum. Auk þess reki 365 miðlar hf. fréttastofu og

stundi innlenda dagskrárgerð. Staða hins sameinaða fyrirtækis á sjónvarpsmarkaðnum breytist því lítið nema varðandi aukna lóðréttu samþættingu. Við henni sé þó brugðist með skilyrðum sáttarinnar.

Samkeppniseftirlitið bendir á að áfrýjanda sé frjálst að ganga til samninga við Fjarskipti hf. um heildsöluaðgang að sjónvarpsrásum félagsins. Þá séu fyrir hendi ákvæði í lögum um fjölmiðla (flutningsreglur), samkeppnislögum (11. gr.) og í sáttinni (meðal annars 10. gr. um dreifingu sjónvarps í opinni dagskrá o.fl. og 23. gr. um bann við samtvinnun) sem taki á þeim vandamálum sem áfrýjandi bendir á. Loks sé aðstaða áfrýjanda á fjarskipta- og fjölmiðla-markaði gjörólík stöðu nýrra aðila samkvæmt sáttinni. Áfrýjandi sé eitt þriggja fyrirtækja sem fyrir samrunann hafi boðið viðskiptavinum upp á pakka eða vöndla af sjónvarps- og fjarskiptaþjónustu. Hlutdeild áfrýjanda í sölu á slíkum pökkum eða vöndlum sé umtalsverð eða um 50-55% á árinu 2016. Áfrýjandi hafi því náð umtalsverðum árangri í sölu slíkra tilboða til viðskiptavina sinna án þess að hafa boðið upp á sjónvarpsrásir 365 miðla hf. Á sama tíma hafi 365 miðlar hf. boðið upp á pakka eða vöndla sem innihaldi sjónvarps- og fjarskiptaþjónustu, m.a. með umræddum sjónvarpsrásum fyrirtækisins.

Samkeppniseftirlitið bendir á að aðstaða áfrýjanda og þeirra aðila sem falli undir skilgreiningu hugtaksins nýr aðili samkvæmt skilyrðum sáttarinnar, sé gjörólík. Samstæða áfrýjanda sé stærsta fjarskiptafyrirtæki landsins og eigið fé hans ríflega þrefalt á við næststærsta keppinautinn á markaðnum, þ.e.a.s. hið sameinaða fyrirtæki. Þá séu heildartekjur og heildareignir áfrýjanda umtalsvert meiri en samrunaaðila.

Samkeppniseftirlitið vísar til umfjöllunar áfrýjanda um að óbreytt skilyrði leiði til þess að hinu sameinaða fyrirtæki verði gert kleift að ná yfirburðastöðu á markaðinum fyrir dreifingu sjónvarpsefnis og að hið sameinaða fyrirtæki geti hækkað verð fyrir dreifingu á sjónvarpsefni í heildsölu og verð á IPTV-þjónustu sinni í heildsölu. Samkeppniseftirlitið telur ekki ljóst af umfjöllun áfrýjanda hvort vísað sé til kostnaðar sem sjónvarpsstöðvar greiði fyrir flutning á efni eða kostnaðar sem keppinautar hins sameinaða fyrirtækis, sem kjósi að nýta sér IPTV-þjónustu þess, þurfi að greiða.

Varðandi umfjöllun áfrýjanda um að hinir nýju aðilar samkvæmt sáttinni séu ekki nægilega burðugir til að veita hinu sameinaða fyrirtæki samkeppnislegt aðhald bendir Samkeppniseftirlitið á framkomin sjónarmið um að skilyrði sáttarinnar hafi átt að bregðast við

brotthvarfi 365 miðla hf. af markaði. Þá sé mikilvægt að líta til þess að áfrýjandi bjóði nú þegar viðskiptavinum sínum upp á pakka eða vöndla sem innihaldi fjarskipta- og sjónvarpsþjónustu. Aðstæður séu breyttar frá ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 31/2011, en í dag bjóði auk samrunaaðila og áfrýjanda fjarskiptafyrirtækin Hringdu, Nova og Símafélagið upp á heildstæða fjarskiptaþjónustu.

Bendir Samkeppniseftirlitið á að nái skilyrðin markmiði sínu um að nýir aðilar bjóði neytendum pakka eða vöndla sem innihaldi fjarskipta- og sjónvarpsþjónustu, muni þau leiða til þess að samkeppni á markaðnum aukist. Áfrýjandi sé nú þegar starfandi á þessum mörkuðum og geti því ekki eðli máls samkvæmt fyllt í skarð 365 miðla hf.

Að fengnum athugasemdum áfrýjanda þann 23. nóvember 2017 var Samkeppniseftirlitinu gefinn kostur á að koma á framfæri frekari athugasemdum sem bárust 27. nóvember 2017, en þar voru fyrri sjónarmið árétuð.

V

Niðurstaða

1.

Hinn 19. október 2017 heimilaði Samkeppniseftirlitið kaup Fjarskipta hf. á tilteknum eignum og rekstri 365 miðla hf. Það var frummat Samkeppniseftirlitsins að samruninn myndi raska samkeppni á fjarskipta- og fjölmiðlamarkaði og hafa skaðleg áhrif á fjölræði og fjölbreytni á viðkomandi markaði. Í kjölfar viðræðna við Samkeppniseftirlitið undirrituðu samrunaaðilar sáttir við Samkeppniseftirlitið þar sem mælt var fyrir um tiltekin skilyrði sem þeir skuldbundu sig til að hlíta í starfsemi sinni til að bregðast við skaðlegum áhrifum samrunans. 365 miðlar hf. rituðu undir sátt við Samkeppniseftirlitið 8. október 2017 og Fjarskipti hf. degi síðar. Sáttirnar urðu skuldbindandi fyrir málsaðila með undirritun þeirra, sbr. 1. mgr. 17. gr. f. samkeppnislaga og með þeim lauk meðferð málsins fyrir Samkeppniseftirlitinu.

Áfrýjandi skaut máli þessu til áfrýjunarnefndarinnar með stjórnsýslukæru sem barst 3. nóvember 2017. Eins og áður er rakið gerir áfrýjandi þær kröfur að breytingar verði gerðar á skilyrðum 5. og 7. gr. þeirrar sáttar sem Samkeppniseftirlitið gerði við Fjarskipti hf. Þess efnis að „nýr aðili“ í skilyrðunum taki til sérhvers aðila óháð stærð sem óskar eftir kaupum á þjónustu

Fjarskipta hf. á grundvelli skilyrða sáttarinnar. Felst í kröfugerðinni að þær breytingar verði gerðar á 5. og 7. gr. að áfrýjandi njóti sama aðgangs að mikilvægum sjónvarpsrásum og kveðið sé á um að veita skuli nýjum aðilum samkvæmt sáttinni.

2.

Áfrýjandi byggir á því að hann eigi bæði kærumsáðild og að hann hafi verið aðili máls í skilningi stjórnslulaga við meðferð málsins fyrir Samkeppniseftirlitinu.

Af hálfu Samkeppniseftirlitsins er bent á að áfrýjandi hafi ekki verið aðili að því máli sem lauk með gerð áðurnefndra sáttar milli Samkeppniseftirlitsins og samrunaaðila enda sé aðild að samrunamálum bundin við samrunaaðilana. Í sáttunum sé heldur ekki kveðið á um réttindi áfrýjanda, ólíkt því sem hann haldi fram, og hafi aðild hans ekki getað komið til af þeim sökum heldur. Áfrýjandi byggir hins vegar á því að hann hafi átt að njóta formlegrar aðilastöðu við meðferð samrunamálsins hjá Samkeppniseftirlitinu og þess vegna hafi borið að tryggja honum rétt til að tjá sig um efni stjórnvaldsákvörðunar áður en ákvörðun var tekin í málinu.

Í fyrri úrskurðum áfrýjunarnefndarinnar hefur komið fram að hvorki í samkeppnislögum né stjórnslulögum sé að finna nákvæma skilgreiningu á því hverjir geti talist aðilar samkeppnismáls. Því sé ákvörðun um málsaðild háð mati sem byggist á viðurkenndum reglum samkeppnisréttar og stjórnsluréttar. Í samkeppnisrétti gildi sú meginregla að málsefni þurfi að varða viðkomandi bæði beint og sérstaklega til þess að til aðildar geti komið. Fyrri skilyrðið feli í sér að ákveðið orsakasambandi þurfi að vera milli ákvörðunar og réttarstöðu aðila. Að jafnaði megi gera ráð fyrir að tiltekin ákvörðun varði viðkomandi beint ef henni er ætlað að binda hann, enda sé þá orsakasambandi augljóst. Í síðara skilyrðinu felist að viðkomandi þurfi að sýna fram á að ákvörðun varði hann með sérstökum og ríkari hætti en aðra. Meginatriðið sé hvort ákvörðun varði aðila í raun með sama hætti og væri hann sérstaklega bundinn af henni.

Samrunamál það sem hér er til umfjöllunar snýst um hvort heimila bæri samruna fyrirtækjanna Fjarskipta hf. og 365 miðla hf. og tók áfrýjandi ekki þátt í því samrunaferli enda batt niðurstaða þess máls ekki áfrýjanda að neinu leyti þótt hún hefði vissulega áhrif á réttarstöðu hans. Af því leiðir að hann taldist réttilega ekki vera aðili fyrrgreinds samrunamáls enda leiða sérstök sjónarmið ekki til annarrar niðurstöðu en venja stendur til í samrunamálum, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndarinnar í máli nr. 1/2011.

3.

Þó að almenna reglan sé sú að samkeppnisaðilar eigi ekki beina aðild að samrunamálum miðað við þær skilgreiningar sem fram hafa komið hér að framan telur áfrýjunarnefndin augljóst að hinn umþrætti samruni geti haft áhrif á stöðu áfrýjanda og snert hann með þeim hætti sem aðgreinir nægilega stöðu hans frá öðrum. Hefur og Samkeppniseftirlitið tekið fram að enda þó að áfrýjandi hafi ekki verið aðili málsins kunni hann sem keppinautur samrunaaðila að eiga kæruaðild, þ.e. að hafa heimild til að bera ákvörðun Samkeppniseftirlitsins undir áfrýjunarnefndina.

Með hliðsjón af þessu og í samræmi við fyrri úrskurði áfrýjunarnefndarinnar ber að telja að áfrýjandi eigi aðild að kærumáli þessu.

4.

Áfrýjandi telur að í máli þessu hafi Samkeppniseftirlitið brotið gegn andmælarétti hans samkvæmt 13. gr. stjórnarsýslulaga. Í því felst að hann hafi haft vitneskju um það mál sem til meðferðar var, átt aðgang að málgögnum og átt þess kost að tala máli sínu.

Í máli þessu er upplýst að við meðferð þess aflaði Samkeppniseftirlitið umsagnar áfrýjanda og annarra markaðsaðila um samrunann. Áfrýjandi fékk afhent gögn í málinu og var ítrekað veitt færi á að koma að sjónarmiðum sínum bæði um málið í heild og sérstaklega um tillögur samrunaaðila að skilyrðum. Átti áfrýjandi í bréfaskiptum við Samkeppniseftirlitið, tók þátt í fundum og lýsti ítrekað því mati sínu að fyrirhuguð skilyrði að samrunanum væru ófullnægjandi og ekki til þess fallin að eyða þeirri samkeppnislegu röskun sem að álitum áfrýjanda hlytist af samrunanum. Þrátt fyrir þetta telur áfrýjandi að honum hafi ekki verið kunnugt um að til stæði að útiloka hann frá heildsöluáðgangi fyrr en eftir að sáttin var gerð. Með því hafi verið brotið gegn andmælarétti áfrýjanda samkvæmt 13. gr. stjórnarsýslulaga. Því mótmælir Samkeppniseftirlitið og bendir á að andmælaréttur sé bundinn við aðila máls og það hafi áfrýjandi ekki verið við málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins, þó að hann kunni að njóta kæruaðildar. Hvað sem því líður sé ljóst af meðferð málsins að áfrýjandi hafi í raun notið þess réttar að tjá sig um efni máls áður en Samkeppniseftirlitið tók ákvörðun.

Eins og fyrr segir beinist ákvörðun Samkeppniseftirlitsins varðandi samruna að jafnaði ekki að öðrum en samrunaaðilunum og eiga samkeppnisaðilar því almennt ekki beina aðild að samrunamálum. Hvað varðar meðferð málsins fyrir Samkeppniseftirlitinu er þó ljóst að

áfrýjanda var veittur kostur á að tjá sig um hinn fyrirhugaða samruna áður en ákvörðun var tekin. Þannig aflaði Samkeppniseftirlitið umsagnar áfrýjanda og annarra markaðsaðila um samrunann. Þá átti Samkeppniseftirlitið fund með áfrýjanda 29. ágúst 2017 þar sem fjallað var um áhrif samrunans á samkeppni og fjölræði og fjölbreytni og þýðingu tillagna Fjarskipta hf. um skilyrði. Þar lýsti áfrýjandi m.a. þeirri skoðun sinni að ekki bæri að ógilda samrunann heldur samþykkja með ströngum skilyrðum, en að tillögur Fjarskipta hf. væru ekki fullnægjandi að mati áfrýjanda. Af framansögðu telur áfrýjunarnefndin ljóst að áfrýjandi var upplýstur um meðferð samrunamálsins hjá Samkeppniseftirlitinu, átti greiðan aðgang að málgögnum og var gefinn kostur á að koma að efnislegum sjónarmiðum áður en Samkeppniseftirlitið tók þá ákvörðun sem áfrýjun þessi beinist að. Er því ljóst að mati áfrýjunarnefndarinnar að við meðferð málsins fyrir Samkeppniseftirlitinu hafi áfrýjandi í raun verið í áþekkri stöðu og formlegur aðili að því er varðar deiluefni máls þessa. Þegar af þeirri ástæðu er því hafnað af áfrýjunarnefndinni að við meðferð málsins hafi verið brotið gegn andmælarétti áfrýjanda.

5.

Áfrýjandi telur að Samkeppniseftirlitið hafi ekki rannsakað málið með fullnægjandi hætti áður en það tók ákvörðun og með því farið gegn rannsóknarreglu 10. gr. stjórnsýslulaga. Rannsóknin hafi verið haldin þeim verulega annmarka að engin könnun virðist hafa verið gerð á áhrifum þess að aðgangur samkeppnisaðila að mikilvægum sjónvarpsrásum í heildsölu yrði takmarkaður við alla aðra aðila en áfrýjanda. Í því hafi falist útilokun áfrýjanda eins frá heildsöluaðgangi að umræddum sjónvarpsrásum, án þess að nein efnisleg rannsókn hafi farið fram á þeim þætti málsins.

Eins og nánar verður rakið í umfjöllun undir tölulið 6 hér á eftir er það niðurstaða áfrýjunarnefndarinnar að hin umþrættu skilyrði takmarki ekki aðgang áfrýjanda að mikilvægum sjónvarpsrásum, svo sem hann heldur fram. Eins og áður er nefnt aflaði Samkeppniseftirlitið ítarlegra upplýsinga og sjónarmiða frá áfrýjanda og öðrum keppinautum um áhrif samrunans og tillagna Fjarskipta hf. að skilyrðum. Þá átti Samkeppniseftirlitið samstarf við Póst- og fjarskiptastofnun og fjölmiðlanefnd um hugsanleg skilyrði og naut sérfræðipækkingar þeirra. Ennfremur átti Samkeppniseftirlitið fundi með þeim fyrirtækjum sem voru líkleg til að vera „nýir aðilar“ um fyrirliggjandi tillögur að skilyrðum. Það er því álit áfrýjunarnefndarinnar að rannsókn Samkeppniseftirlitsins hafi verið í samræmi við kröfur 10. gr. stjórnsýslulaga og að enginn annmarki sé á hinni kærðu ákvörðun hvað það varðar.

6.

Eins og komið hefur fram veittu bæði Fjarskipti hf. og 365 miðlar hf. talsíma-, farsíma-, internets- og sjónvarpsþjónustu auk þess að kaupa sjónvarpsefni til sýninga. Á þessum mörkuðum voru fyrirtækin keppinautar og með samrunanum hvarf sú samkeppni sem ríkti á milli þeirra. Þá rak Fjarskipti hf. dreifikerfisþjónustu fyrir sjónvarp í lofti sem 365 miðlar hf. keypti af fyrirtækinu. Fól samruninn þannig í sér bæði lárétta og lóðrétta samþættingu á fjarskipta- og sjónvarpsmarkaði. Áfrýjunarnefndin er sammála því mati Samkeppniseftirlitsins að hefði ekkert verið að gert hefði samruninn getað skapað alvarleg samkeppnisvandamál og hindrað þar með virka samkeppni. Til að bregðast við því var nauðsynlegt að Samkeppniseftirlitið gripi til íhlutunar vegna samrunans.

Áfrýjandi byggir á því að það leiði til röskunar á samkeppni að undanskilja hann einan þeim kvöðum sem settar voru með hinni kærðu ákvörðun. Honum einum aðila á markaðnum í kjölfar samrunans yrði gert ókleift að keppa við hið sameinaða fyrirtæki í vöndluðum tilboðum. Þessir efnisannmarkar á niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins og þeir formannmarkar á meðferð málsins sem áfrýjandi telur hafa verið til staðar og grein var gerð fyrir hér að framan eigi þó ekki að leiða til ógildingar samrunans heldur nægi að gerðar verði breytingar á 5. og 7. gr. þeirra skilyrða sem beinast að Fjarskiptum hf. Því hafnar Samkeppniseftirlitið og telur að sjónarmið áfrýjanda byggi ekki á réttum skilningi á þeim ástæðum sem liggja að baki sáttinni við Fjarskipti hf.

Hið umþrætta ákvæði í 1. mgr. 5. gr. sáttar Samkeppniseftirlitsins og Fjarskipta hf. sem setur skilyrði um auðveldari aðgang nýrra aðila að markaði með svokallaðri aðgangsleið A hljóðar svo:

Óski nýr aðili eftir því skal Ljósvakasvið Fjarskipta selja honum í heildsölu eina eða fleiri sjónvarpsrásir eða pakka með sjónvarpsrásum sem smásölusvið Fjarskipta selur hverju sinni. Þessi skylda tekur til MSR. Auk þess leggur Fjarskipti kapp á að bjóða fjölbreytt úrval af öðrum sjónvarpsrásum sem Fjarskipti hefur yfir að ráða hverju sinni. Óheimilt er að gera það að skilyrði að nýr aðili kaupi einnig aðra þjónustu af Fjarskiptum, t.d. dreifingu í gegnum IPTV-sjónvarpskerfi Fjarskipta.

Í 2. mgr. er síðan að finna skilyrði um rétt nýrra aðila til að kaupa frekari þjónustu af Fjarskiptum hf., sem tengist kaupum hans á sjónvarpsrásum í heildsölu. Í 3. og 4. mgr. eru skilyrði um hámark heildsöluverðs til nýrra aðila og í 5. mgr. er ákvæði um að ólínulegir

Þjónustubættir sem tengjast mikilvægum sjónvarpsrásum (MSR) falli undir skyldu Fjarskipta hf. samkvæmt 1. mgr.

Í hinu ákvæði sáttarinnar sem deilt er um, 7. gr., er fjallað um aðra leið sem nýjum aðilum býðst í samningum við Fjarskipti hf., svonefnd aðgangsleið B. Þar segir:

Nú kýs nýr aðili ekki að ganga til samninga við Fjarskipti á grundvelli 5. gr. og skal honum þá bjóðast að semja við Fjarskipti á sambærilegum grundvelli og gert er í samningi samkvæmt 6. gr., í heild eða hluta. Hefur nýr aðili þannig möguleika á að semja á sjálfstæðum grunni samkvæmt 5. gr. eða semja með sambærilegum skilmálum og kjörum og kveðið er á um í samningi samkvæmt 6. gr.

Samkvæmt 5. mgr. 8. gr. er Fjarskiptum hf. skylt að bjóða nýjum aðila að lágmarki þriggja ára samning á grundvelli 5. og 7. gr. Með setningu framangreindra skilyrða og annarra skilyrða sem felast í sáttunum við Fjarskipti hf. og 365 miðla hf. taldi Samkeppniseftirlitið ekki þörf á að ógilda samrunann.

Fram kemur hjá Samkeppniseftirlitinu að markmiði framangreindra skilyrða sáttarinnar við Fjarskipti hf., sem fjalla um nýja aðila, sé ekki beint gegn áfrýjanda heldur séu þau sett til að bregðast við fækkun fyrirtækja sem bjóði sjónvarps- og fjarskiptaþjónustu í pakka eða vöndli, en við samrunann og brotthvarf 365 miðla hf. af markaðnum fækki þeim úr þremur í tvö. Skilyrðin hafi heldur ekki að geyma bann við viðskiptum milli Fjarskipta hf. og áfrýjanda, og feli því ekki í sér útilokun áfrýjanda frá sjónvarpsefni Fjarskipta hf. Skilyrðin eigi að auðvelda nýjum aðilum að fylla í skarðið sem myndast þegar samkeppnisaðilum fækkar, en þá geti skapast aðstæður fyrir þegjandi samhæfingu þeirra sem eftir eru á markaðnum.

Áfrýjunarnefndin fellst á það með Samkeppniseftirlitinu að með skilyrðum sáttarinnar sé áfrýjandi ekki útilokaður frá því að semja um aðgang fyrir viðskiptavinum sína að sjónvarpsrásum samrunaaðila. Þá eru í gildi samningar á milli samrunaaðila, áður 365 miðla hf., og áfrýjanda um endursölu áfrýjanda á sjónvarpsrásum samrunaaðila og um sölu áfrýjanda á einstökum viðburðum í gegnum myndlyklakerfi sitt. Geta viðskiptavinir áfrýjanda keypt áskrift að „Skemmtipakka“ 365 miðla hf. m.a. með því að nota fjarstýringu sína að myndlyklum áfrýjanda.

Eins og Samkeppniseftirlitið bendir á eru í VII. kafla fjölmiðlalaga lögfest ákvæði um rétt og skyldu til flutnings á sjónvarpsútsendingum. Í 44. gr. laganna er mælt fyrir um skyldu fjarskiptafyrirtækis sem rekur stafrænt fjarskiptanet sem notað er til flutnings sjónvarpsútsendinga til að flytja efni fjölmiðlaveitna. Í 45. gr. laganna er mælt fyrir um skyldu fjölmiðlaveitna að verða við beiðnum fjarskiptafyrirtækja til að flytja sjónvarpsútsendingar á stafrænu fjarskiptaneti sínu. Í 5. mgr. 45. gr. er síðan að finna sérstaka reglu sem bannar fjölmiðlaveitum að beina viðskiptum viðskiptamanna að tengdu fjarskiptafyrirtæki. Þessum lagaákvæðum er ætlað að stuðla að aðgengi notenda að fjölbreyttu sjónvarpsefni og draga úr áhrifum lóðréttis eignarhalds á fjölmiðlum og dreifikerfum. Í 11. gr. samkeppnislaga er lagt bann við misnotkun á markaðsyfirráðum. Þá er í 10. gr. sáttar Samkeppniseftirlitsins og Fjarskipta hf. kveðið á um aðgang að opinni dagskrá sjónvarpsrása Fjarskipta hf. og er greinin til viðbótar og fyllingar reglum fjölmiðlalaga. Loks er í 23. gr. sáttarinnar kveðið á um bann við að Fjarskipti hf. tvinni saman sölu fjarskiptaþjónustu fyrirtækisins og sölu mikilvægra sjónvarpsrása (MSR). Hafa bæði skilyrði sáttarinnar og lagagreinarnar að geyma ákvæði sem taka á mögulegri útilokun áfrýjanda og annarra samkeppnisaðila frá sjónvarpsefni sem hið sameinaða fyrirtæki býr yfir.

Það er því niðurstaða áfrýjunarnefndarinnar að Samkeppniseftirlitið hafi með fullnægjandi hætti gert grein fyrir því að með sáttinni við Fjarskipti hf. 9. október 2017 hafi verið brugðist við þeirri samkeppnisröskun sem óhjákvæmilega hlytist af brotthvarfi 365 miðla hf. af sjónvarps- og fjarskiptamörkuðum. Áfrýjandi er þegar starfandi á þeim mörkuðum með sterka stöðu gagnvart samrunaaðilanum samanborið við nýja aðila.

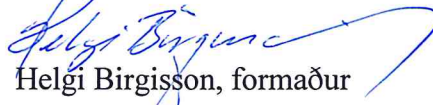
7.

Með vísan til þeirra sjónarmiða sem rakin eru hér að framan er það niðurstaða áfrýjunarnefndarinnar að við meðferð málsins af hálfu Samkeppniseftirlitsins hafi hvorki verið brotið gegn rannsóknarreglu 10. gr. stjórnarsýslulaga né andmælareglu 13. gr. laganna. Þá verður að mati áfrýjunarnefndarinnar ekki annað séð en að þau skilyrði sem samrunanum voru sett með sáttinni séu reist á málefnalegum grunni og að með þeim megi koma í veg fyrir þau skaðlegu áhrif á fjarskipta- og fjölmiðlamarkaði sem samruninn var ella líklegur til að hafa í för með sér. Þetta á einnig við um 5. og 7. gr. sáttarinnar. Loks verður ekki talið að með gerð umræddrar sáttar hafi verið brotinn réttur á áfrýjanda með öðrum hætti. Er kröfu áfrýjanda því hafnað.

Úrskurðarorð

Hafnað er kröfu áfrýjanda um breytingar á sátt Samkeppniseftirlitsins við Fjarskipti hf. 9. október 2017.

Reykjavík, 16. janúar 2018



Helgi Birgisson, formaður



Brynhildur Benediktsdóttir



Stefán Már Stefánsson