

ÁFRÝJUNARNEFND SAMKEPPNISMÁLA

Úrskurður í máli nr. 5/2023

Síminn hf.

gegn

Samkeppniseftirlitinu

I

Hin kærða ákvörðun og kröfur málsaðila

Með kæru, dags. 11. ágúst 2023, hefur Síminn hf., hér eftir nefndur áfrýjandi, kært til áfrýjunarnefndar samkeppnismála, bráðabirgðaákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 30/2023 frá 28. júlí 2023, þar sem fram kom að talið væri sennilegt að áfrýjandi hefði brotið gegn ákvæði 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 með því að synja Nova hf. um heildsöluaðgang að sjónvarpsrásinni Símanum Sport sem innifelur útsendingar frá ensku úrvalsdeildinni í knattspyrnu. Var þeim tímabundnu fyrirmælum beint til áfrýjanda að hann breytti tafarlaust framangreindri háttsemi sinni og veitti keppinautum heildsöluaðgang að sjónvarpsrásinni Símanum Sport nema málefnalegar og hlutlægar ástæður lægju fyrir. Þá var því einnig beint til áfrýjanda að ákvarðanir hans um að synja keppinautum á frálíggjandi mörkuðum um aðgengi og dreifingu á Símanum Sport yrðu byggðar á grundvelli málefnalegra ástæðna og skráðum verklagsreglum sem væru aðgengilegar a.m.k þeim aðilum sem verða fyrir synjun, ásamt

Samkeppniseftirlitinu. Gildir hin kærða bráðabirgðaákvörðun til 31. janúar 2024.

Áfrýjandi krefst þess að hin kærða bráðabirgðaákvörðun Samkeppniseftirlitsins verði felld úr gildi.

Samkeppniseftirlitið krefst þess að kæru áfrýjanda verði vísað frá áfrýjunarnefnd samkeppnismála.

II

Málsmeðferð hjá Samkeppniseftirlitinu

Áfrýjandi og Nova hf. gerðu með sér samning um heildsölu og dreifingu á sjónvarpsefni áfrýjanda á árinu 2019 með þriggja ára gildistíma. Árið 2022 var samningurinn framlengdur um eitt ár en þann 8. júní 2023 upplýsti áfrýjandi Nova hf. um að samningurinn yrði ekki endurnýjaður. Samkvæmt því voru fyrirætlanir áfrýjanda að loka fyrir aðgang viðskiptavina Nova TV að sjónvarpsrásinni Símanum Sport þann 1. ágúst 2023.

Með erindi, dags. 23. júní 2023, kvartaði Nova hf. til Samkeppniseftirlitsins yfir að áfrýjandi hafi synjað Nova hf. um endurnýjun á samningi um heildsölu og dreifingu á fyrrnefndu sjónvarpsefni áfrýjanda. Í erindinu fór Nova hf. fram á að Samkeppniseftirlitið tæki ákvörðun til bráðabirgða og áfrýjanda yrði sett þau skilyrði er Samkeppniseftirlitið teldi þurfa svo komið yrði í veg fyrir brot gegn 11. gr. samkeppnislaga. Þar að auki fór Nova hf. fram á að áfrýjandi yrði látinn sæta viðeigandi viðurlögum.

Samkeppniseftirlitið sendi áfrýjanda erindi Nova hf. til umsagnar 26. júní 2023 og bærust sjónarmið áfrýjanda með bréfi 30. júní 2023. Þar mótmælti áfrýjandi að synjun um að endurnýja dreifingar- og heildsölusamninga við Nova hf. um aðgang að sjónvarpsefni áfrýjanda geti falið í sér brot á 11. gr. samkeppnislaga.

Hinn 30. júní 2023 sendi Samkeppniseftirlitið sjónarmið áfrýjanda til Nova hf. og gaf félaginu kost á að koma að athugasemdum. Athugasemdir Nova hf. voru sendar Samkeppniseftirlitinu 10. júlí 2023.

Með tölvupósti, dags. 5. júlí 2023, veitti Samkeppniseftirlitið áfrýjanda færi á að koma að frekari athugasemdum. Athugasemdir áfrýjanda voru sendar Samkeppniseftirlitinu 14. júlí 2023.

Hinn 28. júlí 2023 tilkynnti Samkeppniseftirlitið um bráðabirgðaákvörðun sína þar sem fram kom að það væri mat stofnunarinnar að með synjun áfrýjanda um að endurnýja dreifingar- og heildsölusamninga við Nova hf. að sjónvarpsrásinni Símanum Sport hefði áfrýjandi sennilega brotið gegn ákvæði 11. gr. samkeppnislaga. Með vísan til 16. gr. samkeppnislaga var þeim tímabundnu fyrirmælum beint til áfrýjanda að hann skyldi án tafar breyta framangreindri háttsemi sinni og veita keppninautum heildsöluaðgang að sjónvarpsrásinni Símanum Sport, sem innifelur útsendingar frá ensku úrvalsdeildinni, nema málefnalegar og hlutlægar ástæður lægju þar að baki. Þá skyldu ákvarðanir áfrýjanda um að synja keppninautum á frálíggjandi mörkuðum um aðgengi og dreifingu á sjónvarpsrásinni Símanum Sport byggðar á grundvelli málefnalegra ástæðna og skráðum verklagsreglum sem væru aðgengilegar a.m.k. þeim aðilum sem fyrir synjun verða, ásamt Samkeppniseftirlitinu.

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 18. ágúst 2023. Athugasemdir áfrýjanda við greinargerðina bárust 25. ágúst 2023 og svar Samkeppniseftirlitsins við athugasemdum áfrýjanda bárust 30. ágúst 2023. Hinn 31. ágúst 2023 bárust viðbótarathugasemdir frá áfrýjanda.

IV

Röksemdir málsaðila

4.1. Málsástæður og lagarök áfrýjanda

Áfrýjandi vísar til 1. mgr. 9. gr. samkeppnislaga hvað varðar kæruehimild. Í ákvæðinu sé kveðið á um að ákvarðanir Samkeppniseftirlitsins sæti kæru til áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Ákvæðið hafi verið skýrt á þann hátt að það taki fyrst og fremst til stjórnvaldsákvarðana á fyrsta stjórnslustigi sem bindi enda á viðkomandi deilumál, sbr. 2. mgr. 26. gr. stjórnslulaga nr. 37/1993. Frá þessu verði þó vikið ef nauðsynlegt þyki fyrir áframhaldandi meðferð þess máls sem til meðferðar sé. Í því sambandi vísar áfrýjandi til úrskurða áfrýjunarnefndar í málum nr. 3/2009 og 2/2018 þar sem kveðið hafi verið á um að meta skuli hverju sinni hvort tilefni sé til að taka fyrir kæru á bráðabirgðaákvörðun, m.a. á grundvelli þess hvort það sé nauðsynlegt fyrir áframhaldandi meðferð viðkomandi máls.

Við mat á því hvort nauðsynlegt sé að bráðabirgðaákvörðun sæti kæru til stjórnvalds hafi áfrýjunarnefnd samkeppnismála talið eðlilegt að litið sé m.a. til eðlis viðkomandi ákvörðunar, svo sem hvort um sé að ræða ákvörðun sem lúti aðeins að formi viðkomandi stjórnslumáls eða hvort ákvörðun feli í sér efnisákvörðun sem þýðingu hafi. Skuli þá líta sérstaklega til þess hversu íþyngjandi ákvörðunin sé fyrir þann eða þá sem hún beinist að og þá m.a. með tilliti til þess hvort afleiðingar hennar séu að einhverju eða öllu leyti afturkræfar.

Telja verði að samkvæmt eðli og efni þeirrar bráðabirgðaákvörðunar sem hér um ræðir geti hún ekki talist formákvörðun sem áfrýjandi hafi ekki hagsmuni af að bera undir áfrýjunarnefndina. Enn fremur verði að telja umrædda bráðabirgðaákvörðun íþyngjandi í garð áfrýjanda og að hún hafi umtalsverð áhrif á starfsemi hans, meðal annars þannig að samnings- og atvinnufrelsi áfrýjanda sé skert. Með hliðsjón af hagsmunum áfrýjanda af því að fá endurskoðun á fyrrnefndri ákvörðun verði að telja að kæruehimild sé til staðar á grundvelli 1. mgr. 9. gr. samkeppnislaga.

Áfrýjandi telur nauðsynlegt fyrir áframhaldandi meðferð þess stjórnarsýslumáls sem hér um ræðir að hin kærða bráðabirgðaákvörðun fái endurskoðun æðra stjórnvalds. Hin kærða ákvörðun skyldi áfrýjanda til að gera samning við Nova hf. um dreifingu og heildsölu á sjónvarpsrásinni Símanum Sport. Ákvörðunin sé íþyngjandi í garð áfrýjanda auk þess sem afleiðingar hennar séu að hluta eða öllu leyti óafturkræfar fyrir hann. Afleiðingin sé sú að áfrýjandi sé þvingaður til viðskipta gegn vilja sínum í andstöðu við ákvæði stjórnarskrárinnar og meginreglur íslensks réttar um samningsfrelsi.

Þá bendir áfrýjandi á að almennt séu gerðar miklar kröfur til rannsóknra samkeppnismála og því megi búast við að málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins taki langan tíma. Alla jafnan líði langur tími frá töku bráðabirgðaákvörðunar þar til Samkeppniseftirlitið taki endanlega ákvörðun í viðkomandi stjórnarsýslumáli. Þá séu dæmi um að Samkeppniseftirlitið hafi tekið bráðabirgðaákvörðanir í málum sem hafi ekki lokið með endanlegum ákvörðunum. Verði endanleg ákvörðun ekki tekin eða jafnvel ekki fyrr en eftir að sýningarréttur að útsendingum frá ensku úrvalsdeildinni í knattspyrnu hefur verið boðinn út að nýju sé réttarstaðan sú að Samkeppniseftirlitið geti starfað í formi bráðabirgðaákvörðana, án nokkurs aðhalds áfrýjunarnefndar. Slík réttarstaða sé hvorki í samræmi við samkeppnislög né stjórnarsýslulög. Þessi staðreynd kunni einnig að hafa það í för með sér að áfrýjandi geti aldrei leitað réttar síns vegna hinnar kærðu bráðabirgðaákvörðunar, til dæmis ef engin endanleg ákvörðun verður tekin í málinu. Þannig sé ekki víst að áfrýjandi geti skotið endanlegri ákvörðun til áfrýjunarnefndar samkeppnismála eða borið hana undir dómstóla og þannig leitað réttar síns vegna þessarar ákvörðunar.

Áfrýjandi telur auk þess að réttaröryggi hans sé ekki nægilega tryggt með heimild til að kæra endanlega efnisákvörðun í málinu meðal annars í ljósi þess hversu íþyngjandi bráðabirgðaákvörðunin sé. Ákvörðunin sé af því tagi að telja verði nauðsynlegt að heimilt verði að kæra hana með vísan til sjónarmiða um réttaröryggi og réttarvernd. Þá hafi áfrýjandi ríka hagsmuni af því að réttarstaðan liggi skýrt fyrir áður en næsta útboð á sýningarrétti ensku úrvalsdeildarinnar í knattspyrnu fari fram, enda gefi auga leið að það hvort heildsöluskylda hvíli á áfrýjanda hefur áhrif á verðmæti sýningarréttarins og þar með hvaða verð verði boðið í hann.

Samkvæmt 3. mgr. 16. gr. samkeppnislaga sé Samkeppniseftirlitinu heimilt að taka ákvarðanir til bráðabirgða um einstök mál að uppfylltum tveimur skilyrðum. Annars vegar verði að þykja sennilegt að háttsemi eða aðstæður sem séu til athugunar fari gegn ákvæðum samkeppnislaga eða ákvörðunum teknum á grundvelli þeirra eða ef athafnir opinberra aðila hafi skaðleg áhrif á samkeppni. Hins vegar verði að vera líklegt að bið eftir endanlegri ákvörðun Samkeppniseftirlitsins leiði til röskunar á samkeppni sem verði afstýrt með endanlegri ákvörðun eða málið að öðru leyti þoli ekki bið. Áfrýjandi telur að hvorugt framangreindra skilyrða 3. mgr. 16. gr. samkeppnislaga séu uppfyllt.

Krafa áfrýjanda um að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi er byggð á því að umrædd háttsemi áfrýjanda um synjun á endurnýjun dreifingar- og heildsölusamninga við Nova hf. feli ekki í sér sennilegt brot á 11. gr. samkeppnislaga. Í fyrsta lagi sé ekki sennilegt að áfrýjandi sé í markaðsráðandi stöðu og í öðru lagi sé ekki sennilegt að háttsemin feli í sér misnotkun. Því til viðbótar séu skilyrði 3. mgr. 16. gr. samkeppnislaga ekki uppfyllt og Samkeppniseftirlitinu hafi því ekki verið heimilt að taka ákvörðun til bráðabirgða.

Við mat á því hvort fyrirtæki teljist vera í markaðsráðandi stöðu þurfi fyrst að skilgreina viðeigandi markað og svo meta efnahagslegan styrk fyrirtækisins á markaðnum. Áfrýjandi telur að útsendingaréttur frá ensku úrvalsdeildinni í knattspyrnu, sem hann ræður nú tímabundið yfir, geti ekki myndað sérstakan markað í skilningi samkeppnisréttar. Þó svo að efnið njóti mikilla vinsælda innan tiltekins hóps hafi það ekki þýðingu við skilgreiningu markaða enda sé ekki unnt að skilgreina sérstaka markaði fyrir hvert og eitt sjónvarpsefni. Skilgreining markaða sé hagfræðileg greining sem eigi að vera byggð á faglegum grundvelli og vísar áfrýjandi því til stuðnings til ákvarðana Samkeppniseftirlitsins nr. 22/2006 og 39/2014 sem og úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 2/2013. Ekki standist með vísan til ákvarðana Samkeppniseftirlitsins í málum nr. 5/2007 og 39/2014, að skilgreina útsendingar frá ensku úrvalsdeildinni í knattspyrnu sem sérstakan markað. Áfrýjandi bendir á að jafnframt verði að líta til framboðsstaðgöngu á sjónvarpsmarkaði. Þar skipti máli að réttur að öllu sjónvarpsefni sé reglulega

boðinn út. Sýningarréttur að ensku úrvalsdeildinni í knattspyrnu verði boðinn út næsta vor og hafi allir jöfn tækifæri til að bjóða í sýningarréttinn.

Þá mótmælir áfrýjandi því að hann sé markaðsráðandi á sjónvarpsmarkaði og með vísan til þess geti ákvörðun áfrýjanda ekki falið í sér brot gegn 11. gr. samkeppnislaga og því beri að ógilda hina kærðu bráðabirgðaákvörðun. Einnig geti verið varhugavert að skylda fyrirtæki til að veita samkeppnisaðilum aðgang að aðstöðu sinni og innviðum þar sem slíkt getur skapað svokallað „free rider“ vandamál. Slíkt feli í sér að fyrirtæki nýti sér fjárfestingar samkeppnisaðila án þess að stofna til sambærilegs kostnaðar og athafna og samkeppnisaðilinn sem geti haft í för með sér slæmar aðstæður á markaði í skilningi samkeppnisréttar og hugsanlega leitt til samkeppnishamlandi vinnubragða.

Sú meginregla gildi að íslenskum rétti, jafnt og í evrópskum rétti, að fyrirtæki og aðilar hafi frelsi og val um viðsemjendur sína. Almennt sé viðurkennt að aðilar hafi víðtækt frelsi í þessum efnum enda sé sanningsfrelsið ein af meginstoðum samningaréttarins. Í því felst að aðilum sé almennt heimilt að ákveða við hvern þeir semja, hvert efni löggerninga sé og frelsi til að ákveða hvort að samningur skuli yfir höfuð gerður. Að skylda fyrirtæki til að eiga í viðskiptum stangist á við þessa grundvallarreglu ásamt eignarréttinum.

Byggir áfrýjandi jafnframt á að því fari fjarri að ákvörðun áfrýjanda feli í sér sennilega mismunun viðskiptavina í andstöðu við c. lið 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga. Sýn hf. og Nova hf. séu ekki viðskiptavinir áfrýjanda í hefðbundnum skilningi, heldur samkeppnisaðilar. Engin skylda hvíli á áfrýjanda til viðskipta við samkeppnisaðila sína.

Með hliðsjón af framangreindum sjónarmiðum telur áfrýjandi að skilyrði 3. mgr. 16. gr. samkeppnislaga til töku bráðabirgðaákvörðunar séu ekki uppfyllt. Ekki sé sennilegt að um brot gegn ákvæðum samkeppnislaga sé að ræða. Þá telur áfrýjandi að ekki sé líklegt að bið eftir endanlegri ákvörðun leiði til röskunar á samkeppni. Reglur skaðabótaréttar tryggi einnig nægjanlega hagsmuni Nova hf. við þessar aðstæður, telji félagið á sér brotið.

4.2. Málsástæður og lagarök Samkeppniseftirlitsins

Samkeppniseftirlitið telur að vísa eigi kæru áfrýjanda frá áfrýjunarnefnd samkeppnismála þar sem heimild bresti til að kæra ákvörðunina. Að mati Samkeppniseftirlitsins sé umrædd bráðabirgðaákvörðun ekki þess eðlis að hún verði kærð til áfrýjunarnefndar samkeppnismála.

Þau skilyrði sem þurfi að uppfylla til þess að heimilt sé að taka bráðabirgðaákvörðun skv. ákvæði 3. mgr. 16. gr. samkeppnislaga séu að sennilegt sé að sú háttsemi sem sé til rannsóknar fari gegn samkeppnislögum eða ákvörðunum teknum á grundvelli þeirra laga, og líklegt sé að bið eftir endanlegri ákvörðun leiði til röskunar á samkeppni sem verði afstýrt með endanlegri ákvörðun eða málið þoli að öðru leyti ekki bið. Þannig fari ekki fram sambærileg rannsókn á máli eins og þegar um sé að ræða endanlega stjórnvaldsákvörðun. Það geti leitt til þess að niðurstaða endanlegrar ákvörðunar verði önnur en niðurstaða bráðabirgðaákvörðunar. Bráðabirgðaákvörðun bindi því ekki endi á stjórnslumál heldur sé um að ræða hluta af málsmeðferð samkeppnisfirvalda.

Í 1. mgr. 9. gr. samkeppnislaga sé að finna kærheimild vegna ákvarðana Samkeppniseftirlitsins til áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Í úrskurði nefndarinnar í máli nr. 8/2007, komi fram að 1. mgr. 9. gr. samkeppnislaga taki fyrst og fremst til stjórnsluákvæðana sem bindi endi á viðkomandi deilumál, sbr. einnig úrskurð nefndarinnar í máli nr. 17/2005. Hafi áfrýjunarnefnd samkeppnismála raunar talið að mikið þurfi að koma til svo vikið sé frá þeirri meginreglu að aðeins endanlegar ákvarðanir Samkeppniseftirlitsins séu kærnanlegar, sbr. úrskurði áfrýjunarnefndar í málum nr. 9/2011 og nr. 2/2018. Bráðabirgðaákvörðun bindi ekki endi á það stjórnslumál sem er til umfjöllunar, enda sé slík ákvörðun í eðli sínu tímabundið úrræði skv. 4. mgr. 16. gr. samkeppnislaga.

Með hliðsjón af framangreindu eðli ákvarðana til bráðabirgða hafi áfrýjunarnefnd samkeppnismála ítrekað vísað frá kærum aðila á slíkum ákvörðunum, sbr. til dæmis úrskurði áfrýjunarnefndar í málum nr. 8/1999 og nr. 4/2008. Þessi regla hafi síðan verið áréttuð í úrskurðum áfrýjunarnefndar í málum nr. 3/2009 og nr. 2/2020.

Framangreindir úrskurðir séu mjög skýrir um það að meginreglan sé sú að bráðabirgðaákvörðanir séu ekki endanlegar stjórnvaldsákvörðanir og því almennt ekki kærnanlegar til áfrýjunarnefndar samkeppnismála. Hafi því ítrekað verið slegið föstu að frá því verði ekki vikið, nema úrlausn æðra sett stjórnvalds um gildi ákvörðunar sé nauðsynleg fyrir áframhaldandi meðferð viðkomandi máls, sbr. áðurgreindan úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 2/2018.

Að mati Samkeppniseftirlitsins er alls ekki nauðsynlegt fyrir áframhaldandi meðferð þess stjórnvaldsákvörðun máls sem hér um ræðir að hin kærða bráðabirgðaákvörðun fái endurskoðun áfrýjunarnefndar. Aðilar máls njóti fulls andmæla- og upplýsingaréttar við áframhaldandi meðferð og rannsókn málsins og allt til endanlegrar ákvörðunartöku. Þá geti þeir skotið endanlegri ákvörðun Samkeppniseftirlitsins til áfrýjunarnefndar samkeppnismála eða borið hana undir dómstóla, í samræmi við samkeppnislög, reglur um málsmeðferð áfrýjunarnefndar og áðurnefndar meginreglur. Að mati Samkeppniseftirlitsins leiði bráðabirgðaákvörðun í þessu máli ekki til þess að hagsmunir eða réttaröryggi áfrýjanda séu fyrir borð bornir, þ. á m. að ákvörðunin hafi slík fjárhagsleg áhrif á starfsemi hans eða sé að öðru leyti svo verulega íþyngjandi í hans garð að nauðsynlegt sé að áfrýjunarnefnd samkeppnismála viki frá fyrrgreindum meginreglum um kærnu til nefndarinnar.

Samkeppniseftirlitið telur ljóst að þau atriði sem áfrýjunarnefndin leit til í úrskurði sínum í áðurnefndu máli nr. 2/2018, við mat á hvort nauðsynlegt væri að viðkomandi bráðabirgðaákvörðun sæti kærnu til æðra stjórnvalds, eigi ekki við í því máli sem hér um ræðir og að atvik séu ólík í veigamiklum atriðum. Sé þar einkum til þess að líta að í því tilviki fólst að mati nefndarinnar ákvörðun Samkeppniseftirlitsins að Isavia ohf. var svipt umtalsverðum tekjum á gildistíma hennar og horft til þeirrar óvissu sem var til staðar um hvort að Isavia ohf. gæti innheimt viðkomandi gjöld fyrir tímabilið, yrði ákvörðuninni síðar hnekkt. Hér sé ólíku saman að jafna enda sé hinni kærðu ákvörðun ætlað að viðhalda núverandi ástandi en leiði ekki

til þess að áfrýjandi sé sviptur tekjumöguleika sem að hann hefur haft til þessa.

Þá geti hin kærða ákvörðun hvorki talist verulega íþyngjandi né haft umtalsverð fjárhagsleg áhrif á starfsemi áfrýjanda, eða skapað óvissu um afturkræfar afleiðingar. Ákvörðunarorð ákvörðunarinnar feli það aðeins í sér að áfrýjandi skuli veita keppinautum heildsöluaðgang að sjónvarpsrásinni Símanum Sport. Verði keppinautum synjað um þann aðgang skuli það byggt á grundvelli málefnalegra ástæðna og skráðum aðgengilegum verklagsreglum.

Áfrýjandi hefur allt frá árinu 2019 þegar hann öðlaðist sýningarrétt á leikjum frá ensku úrvalsdeildinni í knattspyrnu selt bæði Nova hf. og Sýn hf. efnið í heildsölu til dreifingar til sinna viðskiptavina. Það geti því vart talist íþyngjandi fyrir áfrýjanda að endurnýja slíkan samning við Nova hf., sér í lagi þegar það liggja fyrir að samningur um heildsölu og dreifingu á sjónvarpsrásinni sé enn í gildi á milli áfrýjanda og Sýnar hf. og ekki standi til að segja honum upp. Það ætti því þvert á móti að vera, miðað við eðlilega viðskiptalega hvata, til hagsbóta fyrir áfrýjanda að bjóða Nova hf. áframhaldandi samning á viðskiptalegum forsendum rétt eins og Sýn hf.

Jafnframt geti það ekki talist verulega íþyngjandi fyrir fyrirtæki í markaðsráðandi stöðu að setja sér verklagsreglur, sem feli í sér ákveðin viðmið sem skuli liggja til grundvallar ákvörðunartöku um synjun heildsöluviðskipta. Þvert á móti sé mjög æskilegt að áfrýjandi í þeirri sterku stöðu sem hann er í á fjarskipta- og sjónvarpsmörkuðum notist við fyrirfram ákveðið og málefnalegt verklag samkvæmt reglum við töku slíkra viðskiptaákvæðana.

Samkeppniseftirlitið telur að aðstæður í þessu máli séu mjög hliðstæðar því máli sem leiddi til ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins til bráðabirgða í máli nr. 1/2020 og úrskurðar áfrýjunarnefndar í máli nr. 2/2020 en því máli var sem fyrr segir vísað frá nefndinni.

Þá bendir Samkeppniseftirlitið á að hin kærða bráðabirgðaákvörðun var tekin til að tryggja rekstrarhæfi og þar með samkeppnishæfi Nova hf. Um sé

að ræða nauðsynlegar aðgerðir svo þeir hagsmunir sem eru undirliggjandi í stjórnsýslumáli verði ekki að engu orðnir þegar málsmeðferð lýkur. Að þessu öllu virtu sé það mat Samkeppniseftirlitsins að vísa beri kæru áfrýjanda frá áfrýjunarnefnd samkeppnismála.

V

Niðurstaða

1

Hin kærða bráðabirgðaákvörðun Samkeppniseftirlitsins frá 28. júlí 2023 var tekin á grundvelli 3. mgr. 16. gr. samkeppnislaga. Í fyrrgreindri ákvörðun kemur fram að Samkeppniseftirlitið telji sennilegt að áfrýjandi hafi brotið gegn ákvæði 11. gr. samkeppnislaga með því að synja Nova hf. um heildsöluaðgang að sjónvarpsrásinni Símanum Sport sem innifelur útsendingar frá ensku úrvalsdeildinni í knattspyrnu. Var þeim tímabundnu fyrirmælum beint til áfrýjanda að hann léti tafarlaust af framangreindri háttsemi og veitti keppinautum sínum heildsöluaðgang að fyrrnefndri sjónvarpsrás nema málefnalegar og hlutlægar ástæður lægju fyrir. Þá var því einnig beint til áfrýjanda að ákvarðanir hans um að synja keppinautum á fráliggjandi mörkuðum um aðgengi og dreifingu á sjónvarpsrásinni Símanum Sport yrðu eftirleiðis byggðar á grundvelli málefnalegra ástæðna og skráðum verklagsreglum sem væru aðgengilegar Samkeppniseftirlitinu og þeim aðilum sem yrðu fyrir synjun. Er hinni kærðu ákvörðun ætlað að gilda til 31. janúar 2024.

2

Í 3. mgr. 16. gr. samkeppnislaga og 14. gr. reglna nr. 880/2005 um málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins er stofnuninni veitt sérstök heimild til að taka ákvarðanir til bráðabirgða um einstök mál. Skilyrði slíkra ákvarðana er að talið sé sennilegt að sú háttsemi eða þær aðstæður sem eru til athugunar af hálfu Samkeppniseftirlitsins fari gegn ákvæðum samkeppnislaga eða ákvörðunum sem teknar eru á grundvelli þeirra. Jafnframt er það skilyrði fyrir bráðabirgðaákvörðun samkvæmt áður nefndu lagaákvæði að líklegt sé að bið

eftir endanlegri ákvörðun Samkeppniseftirlitsins leiði til röskunar á samkeppni sem ekki verði afstýrt með endanlegri ákvörðun eða málið þoli að öðru leyti ekki bið. Bráðabirgðaákvörðun skal gilda í tiltekinn tíma og má endurnýja hana ef það er talið nauðsynlegt, sbr. 4. mgr. 16. gr.

Samkvæmt framansögðu er bráðabirgðaákvörðun tímabundið úrræði á meðan stjórnarsýslumál er til meðferðar hjá viðkomandi stjórnvaldi og áður en slíkt mál hefur verið til lykta leitt. Það leiðir af eðli og markmiðum slíkra ákvarðana, sem eru eins og áður segir liður í málsmeðferð viðkomandi máls, að þær skal taka um leið og viðkomandi stjórnvald telur að skilyrði fyrir beitingu slíks úrræðis séu fyrir hendi.

3

Valdsvið áfrýjunarnefndar samkeppnismála er skilgreint í 9. gr. samkeppnislaga. Þar kemur fram að ákvarðanir Samkeppniseftirlitsins sæti kæru til nefndarinnar.

Fyrirgreint ákvæði 9. gr. samkeppnislaga um að ákvarðanir Samkeppniseftirlitsins sæti kæru til áfrýjunarnefndar samkeppnismála hefur verið skýrt á þann hátt að það taki fyrst og fremst til stjórnvaldsákvæðana á fyrsta stjórnarsýslustigi, þ.e. ákvarðana sem binda enda á viðkomandi deilumál þannig að það sé leitt til lykta, sbr. 2. mgr. 26. gr. stjórnarsýslulaga. Hefur því eðli málsins samkvæmt verið litið svo á að bráðabirgðaákvæðanir sem teknar eru á grundvelli 3. mgr. 16. gr. samkeppnislaga feli ekki í sér stjórnvaldsákvörðun sem verði skotið til áfrýjunarnefndar samkeppnismála sem æðra stjórnvalds. Frá þessu verður ekki vikið nema í undantekningartilvikum þegar nauðsynlegt þykir fyrir áframhaldandi meðferð þess máls sem er til meðferðar fyrir Samkeppniseftirlitinu. Má í þessu sambandi m.a. vísa til úrskurða áfrýjunarnefndar samkeppnismála í málum nr. 8/2007, 4/2008, 3/2009 og 2/2020. Þannig þarf að meta það hverju sinni hvort slík nauðsyn sé fyrir hendi til að áfrýjunarnefnd samkeppnismála taki til meðferðar bráðabirgðaákvæðanir Samkeppniseftirlitsins.

4

Með hinni kærðu bráðabirgðaákvörðun Samkeppniseftirlitsins var áfrýjanda m.a. gert að veita keppinautum sínum heildsöluaðgang að sjónvarpsrásinni Símanum Sport nema til staðar væru málefnalegar og hlutlægar ástæður. Þegar lagt er mat á það hversu íþyngjandi fyrrgreind ákvörðun kunni að vera fyrir áfrýjanda verður ekki horft framhjá því að áfrýjandi gerði á árinu 2019 heildsölusamninga við Sýn hf. og Nova hf. um dreifingu á efni sjónvarpsrásarinnar Síminn Sport til viðskiptavina félaganna. Áfrýjandi tilkynnti Nova hf. síðan 8. júní 2023 að ákveðið hefði verið að endurnýja ekki fyrrgreindan heildsölusamning við félagið og því yrði lokað fyrir aðgang viðskiptavina Nova TV að sjónvarpsrásinni Símanum Sport 1. ágúst 2023. Samkvæmt því var með bráðabirgðaákvörðun Samkeppniseftirlitsins verið að framlengja um sex mánuði því réttarástandi sem hafði verið milli áfrýjanda og Nova hf. allt frá árinu 2019. Með hliðsjón af framansögðu verður ekki talið að hin kærða bráðabirgðaákvörðun hafi verið íþyngjandi eða haft önnur veigamikil áhrif á hagsmuni áfrýjanda, þar með talið umtalsverð fjárhagsleg áhrif á starfsemi hans, þrátt fyrir að afleiðingar hennar séu að einhverju leyti ekki afturkræfar.

Samkvæmt því sem hér hefur verið rakið verður að mati áfrýjunarnefndar samkeppnismála ekki séð að þær röksemdir sem áfrýjandi hefur fært fram í málinu gefi tilefni til að ætla að nauðsynlegt sé fyrir áframhaldandi meðferð þess mál sem nú er til meðferðar hjá Samkeppniseftirlitinu að áfrýjunarnefnd samkeppnismála taki til meðferðar þá bráðabirgðaákvörðun sem hér um ræðir. Ber þá einnig að hafa í huga að telja verður að áfrýjandi eigi þess kost að koma að þeim sjónarmiðum sem hann hefur teflt fram máli sínu til stuðnings á framfæri á síðari stigum ef til áfrýjunar kemur á endanlegri ákvörðun Samkeppniseftirlitsins.

5

Með vísan til alls framangreinds er það niðurstaða áfrýjunarnefndar samkeppnismála að hin kærða ákvörðun sé ekki kæranleg til nefndarinnar og því beri að vísa málinu frá nefndinni.

Úrskurðarorð

Máli áfrýjanda, Símans hf., er vísað frá áfrýjunarnefnd samkeppnismála.

Reykjavík, 10. október 2023.

Björn Jóhannesson, formaður

Anna Kristín Traustadóttir

Kristín Benediksdóttir