



SAMKEPPNISEFTIRLITIÐ

Föstudagur, 7. nóvember, 2014

Ákvörðun nr. 31/2014

Misnotkun Já hf. á markaðsráðandi stöðu sinni

Efnisyfirlit

	bls.
I. SAMANDREGIN NIÐURSTAÐA.....	4
II. AÐDRAGANDI MÁLSINS OG MÁLSMEÐFERÐ	6
1. Tilefni málsins.....	6
2. Kvartanir Loftmynda og Miðlunar.....	8
3. Viðbrögð Já og málsmeðferð í kjölfarið.....	9
4. Andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins og athugasemdir Já.....	12
5. Frekari málsmeðferð og gagnaöflun	14
6. Upplýsinga aflað frá fjarskiptafyrirtækjum	14
III. UM FORMHLIÐ MÁLSINS	21
1. Um ætlaða óheimila framsendingu málsins frá PFS til Samkeppniseftirlitsins.....	21
1.1 Sjónarmið Já	21
1.2 Mat Samkeppniseftirlitsins	22
1.2.1 Verksvið og samstarf PFS og Samkeppniseftirlitsins.....	22
1.2.2 Upplýsingaöflun frá öðrum stjórnvöldum.....	24
1.2.3 Aðdragandi og upphaf þessa máls.....	24
1.2.4 Niðurstaða	27
2. Um réttláta og sanngjarna málsmeðferð.....	27
2.1 Sjónarmið Já	27
2.2 Mat Samkeppniseftirlitsins	29
3. Um andmælareglu stjórnsýslulaga	31
3.1 Sjónarmið Já	31
3.2 Mat Samkeppniseftirlitsins	32
IV. GAGNAGRUNNUR JÁ	33
1. Forsaga og lagaumhverfi	33
2. Alþjónustukvaðir, símaskrá og símaupplýsingaþjónusta Já og forvera	35
3. Fyrirkomulag skráninga upplýsinga í gagnagrunn Já	38
4. Eðli upplýsinga í gagnagrunni Já.....	39
5. Mat PFS á eðli gagnagrunns Já	41
6. Þjónustuframboð Já og aðgangur að upplýsingum í gagnagrunninum	42
V. MARKAÐUR MÁLSINS OG STAÐA JÁ	46
1. Þjónustumarkaðurinn	46
1.1 Sjónarmið aðila.....	47
1.2 Innlend og erlend fordæmi	50



1.3	Niðurstaða.....	51
2.	Landfræðilegi markaðurinn	59
3.	Staða fyrirtækja á markaðnum.....	59
3.1	Sjónarmið aðila.....	59
3.2	Markaðsráðandi staða í skilningi samkeppnislaga.....	60
3.3	Markaðshlutdeild o.fl.....	62
3.4	Efnahagslegur styrkleiki	63
3.5	Yfirlýsingar um stöðu Já	64
3.6	Aðgangur að markaðnum	65
3.7	Já er í markaðsráðandi stöðu	70
VI.	AÐGERÐIR JÁ.....	72
1.	Ákvæði 11. gr. samkeppnislaga.....	72
1.1	Almennt um bann við misnotkun á markaðsráðandi stöðu	72
1.2	Ólögð mæt sölusynjun og ómissandi aðstaða.....	75
2.	Umfjöllun um aðgang að gagnagrunnum um símanúmer á vettvangi EES/ESB- réttar	79
2.1	Dómur dómstóls ESB í máli KPN Telecom	80
2.2	Dómur dómstóls ESB í máli Deutsche Telekom.....	82
3.	Er gagnagrunnur Já ómissandi?.....	84
3.1	Sjónarmið aðila.....	84
3.2	Mat stjórnenda og eigenda Já	85
3.3	Mat PFS o.fl.	85
3.4	Niðurstaða.....	87
4.	Viðskiptakjör Já vegna aðgangs að gagnagrunninum.....	89
4.1	Verðskrá Já og tilboð fram til ársins 2012.....	89
4.1.1	Tilboð og verðskrá fram til nóvember 2011	90
4.1.2	Verðskrá Já frá nóvember 2011	93
4.2	Mat PFS á verðskrár Já og athugasemdir Já um það	94
4.3	Niðurstaða.....	100
4.3.1	Breytingar á kjörum Já á rannsóknartímabilinu og mat á þeim	101
4.3.2	Skortur á jafnræði o.fl.	105
4.3.3	Viðskiptakjör Já frá 2009 til nóvember 2011 fólu í sér synjun um aðgang	106
4.3.4	Verðskrá Já frá nóvember 2011 felur í sér synjun um aðgang	109
5.	Misnotkun Já á markaðsráðandi stöðu.....	110
5.1	Nánar um sjónarmið Já	113
6.	54. gr. EES-samningsins	117
VII.	AÐGERÐIR OG VIÐURLÖG	119
1.	Aðgerðir til þess að efla samkeppni.....	119
1.1	Hafa atvik eftir rannsóknartímabilið áhrif á aðgerðir skv. 16. gr. samkeppnislaga.....	120
1.2	Nauðsynlegt er að mæla fyrir um aðgang að gagnagrunni Já	122
1.3	Nánar um aðganginn sem Já ber að veita	123
2.	Ætluð góð trú og réttmætar væntingar.....	126
2.1	Sjónarmið Já	126
2.2	Mat Samkeppniseftirlitsins	127
3.	Viðurlög	129



VIII. ÁKVÖRÐUNARORÐ:133



I. SAMANDREGIN NIÐURSTAÐA

Já hf. (áður Já Upplýsingaveitur hf. og hér eftir nefnt Já) er fyrirtæki sem hefur frá stofnun þess árið 2005 haldið skrá yfir öll símanúmer landsins, gefið út símaskrá og rekið upplýsingaþjónustu um símanúmer. Þessi megin starfsemi Já byggir að öllu leyti á gagnagrunni félagsins þar sem haldið er utan um upplýsingar sem tengjast öllum símanúmerum sem úthlutað hefur verið af fjarskiptafyrirtækjum hér á landi til viðskiptavina þeirra, hvort sem um er að ræða skráð símanúmer eða svokölluð leyninúmer. Þrátt fyrir að starfsemi Já sé ung að árum þá byggir hún á gömlum grunni forvera síns, Símans. Hefur prentaða símaskráin verið gefin út frá fyrri hluta síðustu aldar og er gagnagrunnur Já upphaflega myndaður í skjóli einkaréttar forvera Já. Sökum þeirrar aðstöðu sem Já hefur verið í frá upphafi, ræður fyrirtækið yfir eina heildstæða gagnagrunninum yfir símanúmer og rétthafa þeirra. Hin einstaka aðstaða felst m.a. í því fyrirkomulagi að öll símanúmer sem úthlutað hefur verið eru skráð hjá Já og rétthafar símanúmera geta gert breytingar á skráningum með beinni tilkynningu til Já og án aðkomu fjarskiptafélaganna sem hafa úthlutað símanúmerunum. Vegna þessa m.a. telst gagnagrunnur Já vera ómissandi aðstaða í skilningi samkeppnisréttarins.

Já er í markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir rekstur og heilðsöluáðgang að gagnagrunni yfir símanúmer og á smásölumörkuðum fyrir þjónustu sem byggir á aðgangi að umræddum gagnagrunni. Er Já í raun í einokunarstöðu á umræddum mörkuðum.

Kvartendur í þessu máli, Miðlun og Loftmyndir, hafa óskað eftir aðgangi að gagnagrunni Já í þeim tilgangi að bjóða upplýsingaþjónustu í samkeppni við Já. Slíkur aðili, sem hefur í hyggju að veita upplýsingaþjónustu um símanúmer, hvort sem um er að ræða upplýsingaþjónustu í síma eða upplýsingaþjónustu á Internetinu, er óneitanlega háður því að fá aðgang að réttum upplýsingum um alla þá einstaklinga og fyrirtæki hér á landi sem hafa kosið að vera skráð í slíkar prentaðar og/eða rafrænar skrár. Þessar upplýsingar var á rannsóknartímabili málsins einungis hægt að nálgast á einum stað. Var það í gagnagrunni Já sem geymir öll símanúmer hér á landi. Telja þessir aðilar, sem óskað hafa eftir áðurnefndum aðgangi, að verðlagning Já fyrir aðgang að gagnagrunninum sé óhófleg og til þess fallin að útiloka samkeppni. Verðskrá Já feli í raun í sér ólögmetta synjun um aðgang að ómissandi aðstöðu.

Póst- og fjarskiptastofnun (PFS) telur að verðskrá Já feli í sér mikla yfirverðlagningu á aðgangi að gagnagrunni félagsins. Gert sé ráð fyrir því að hver viðskiptavinur sem hyggst veita Já samkeppni greiði sem nemur öllum árlegum rekstrarkostnaði grunnsins ásamt álagningu, en þó að frádregnum tekjum Já af samkeyrslum o.fl. Að mati PFS er aðgangur að gagnagrunninum nauðsynlegur fyrir ný fyrirtæki á þessu sviði. Segir PFS að til þess að *„önnur fyrirtæki geti haft þann möguleika að gefa út símaskrá og/eða veita upplýsingaþjónustu um símanúmer er nauðsynlegt að kveða á um að Já skuli veita aðgang að gagnagrunninum á kostnaðarverði ásamt hæfilegri álagningu.“*

Samkeppniseftirlitið og PFS eru sammála um að ekki hafi verið unnt fyrir aðra að koma sér upp heildstæðum gagnagrunni yfir símanúmer með því að sækja upplýsingar beint til fjarskiptafyrirtækja. Ástæða þessa er sú að þau fyrirtæki búa í mörgum tilvikum ekki yfir mikilvægum upplýsingum eins og t.d. um bannmerkingar eða mögulegar breytingar á skráningum rétthafanna. Án aðgangs að gagnagrunni Já gátu nýir keppnautar ekki hafið



starfsemi sem felst í miðlun upplýsinga um símanúmer í samkeppni á jafnréttisgrundvelli við Já.

Verðlagning Já fyrir fyrir aðgang að gagnagrunninum var óhófleg og til þess fallin að útiloka samkeppni. Þrátt fyrir að forveri Já hafi lýst því yfir að aðgangur að gagnagrunninum yrði veittur á jafnréttisgrundvelli var það ekki raunin hjá Já. Fyrir liggur að þeir sem hugðust nýta gagnagrunnin með þeim hætti að leitt gæti til samkeppni við Já var gert að greiða mun hærra verð en þeim sem engin samkeppnisleg ógn stóð af. Já bauð slíkum aðilum verð sem var tugum milljóna króna lægra á ársgrundvelli fyrir aðgang að sömu upplýsingum. Háttsemi Já að þessu leyti er hvorki málefnaleg né sanngjörn og ekki samræmi við þær ríku kröfur sem hvíla samkvæmt samkeppnislögum á fyrirtæki í yfirburðastöðu.

Liggur því fyrir að Já í raun synjað mögulegum keppinautum um aðgang að ómissandi aðstöðu félagsins og hefur með þeim hætti viðhaldið eða styrkt markaðsráðandi stöðu sína. Hefur Já því með alvarlegum hætti brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga. Vegna þessara brota er Já gert að greiða stjórnvaldssekt að fjárhæð kr. 50 milljónir króna í ríkissjóð.

Til þess að koma á eða styrkja samkeppni á smásöllumörkuðum fyrir þjónustu sem byggir á aðgangi að upplýsingum um símanúmer er nauðsynlegt að veittur sé aðgangur að gagnagrunni Já. Er mælt fyrir um slíkan aðgang í þessari ákvörðun.



II. AÐDRAGANDI MÁLSINS OG MÁLSMEÐFERÐ

Í ákvörðun þessari er tekið til athugunar hvort Já hf. hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005, með síðari breytingum.

Í þessum kafla verður gerð grein fyrir upphafi málsins, bréfaskiptum, rannsókn Samkeppniseftirlitsins og málsmeðferð lýst í aðalatriðum. Í kafla III er fjallað um formhlið málsins. Í kafla IV er gagnagrunni Já lýst. Í kafla V birtist mat Samkeppniseftirlitsins á skilgreiningu markaðarins og stöðu málsaðila á honum. Í kafla VI er lagt mat á lögmæti aðgerða Já. Í kafla VII er tekin afstaða til þess hvort beina beri fyrir mælum til Já og beita fyrirtækið viðurlögum.

1. Tilefni málsins

Tilefni þessa máls má rekja til þess að Póst- og fjarskiptastofnun áframsendi, með bréfi dags. 29. nóvember 2011, til meðferðar og úrlausnar Samkeppniseftirlitsins ágreiningsmál sem vörðuðu aðgang að gagnagrunni Já. Var það gert í kjölfar þess að úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála felldi úr gildi aðgangskvöð sem PFS hafði lagt á Já. Skal þetta nú skýrt nánar.

Samkvæmt 3. mgr. 19. gr. fjarskiptalaga nr. 81/2003 telst upplýsingaþjónusta um símanúmer til svokallaðrar alþjónustu.¹ Með ákvörðun PFS nr. 22/2011 *um útnefningu Já með skyldu til að veita alþjónustu að því er varðar útgáfu símaskrár og rekstur upplýsingaveitu um símanúmer* frá 28. júní 2011 var Já útnefnt með alþjónustuskyldu til að veita eftirfarandi þjónustu:

1. Útgáfu prentaðrar símaskrár einu sinni á ári.
2. Rekstur upplýsingaveitu um símanúmer í númerinu 118.
3. Varðveislu gagnagrunns yfir alla áskrifendur hér á landi, hvort sem um er að ræða fastanetsnúmer, farsímanúmer eða önnur þjónustunúmer.
4. Aðgang að gagnagrunni yfir símanúmer á kostnaðarverði að viðbættri hæfilegri álagningu.

Í ákvörðun PFS er bent á það að aðgangur að gagnagrunninum sé nauðsynlegur fyrir ný fyrirtæki á þessu sviði. Segir að til þess að „önnur fyrirtæki geti haft þann möguleika að gefa út símaskrá og/eða veita upplýsingaþjónustu um símanúmer er nauðsynlegt að kveða á um að Já skuli veita aðgang að gagnagrunninum á kostnaðarverði ásamt hæfilegri álagningu.“

Já kærði aðeins tiltekinn hluta ákvörðunar PFS til úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála, þ.e. 4. tl. ákvörðunarorðanna, sem kvað á um aðgang annarra fyrirtækja að gagnagrunni Já.

Með úrskurði sínum nr. 4/2011 frá 17. nóvember 2011 felldi úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála úr gildi framangreindan 4. tölulið í þeim alþjónustukvöðum sem PFS hafði

¹ Samkvæmt orðskýringu í 6. tölulið 3. gr. fjarskiptalaga er með því hugtaki átt við afmarkaða þætti fjarskipta af tilteknum lágmarks gæðum sem boðnir eru öllum notendum á viðráðanlegu verði, óháð landfræðilegri staðsetningu þeirra.



lagt á Já. Taldi úrskurðarnefndin að ákvæði fjarskiptalaga hefðu ekki að geyma nógu skýra og ótvíræða lagastoð fyrir svo íþyngjandi ákvörðun en tók fram að hugsanlega væri hægt að mæla fyrir um aðgangskvöð að gagnagrunni Já á grundvelli samkeppnislaga.

Í fréttatilkynningu Já, dags. 18. nóvember 2011, sagði forstjóri Já: „*Já er fyrst og fremst þjónustufyrirtæki, sem hefur frá því að það var stofnað lagt áherslu á að gera samninga við öll fjarskiptafyrirtækin til þess að tryggja heildstæðan gagnagrunn sem er aðgengilegur fyrir notendur með ýmsum hætti og aðrir geta jafnframt gert slíka samninga við fjarskiptafélögin,*“ Þá sagði Já að þrátt fyrir þessa niðurstöðu hefði Já ákveðið að veita ytri aðilum aðgang að gagnagrunni sínum gegn gjaldi. Félagið myndi auk þess leita eftir undanþágu frá Samkeppniseftirlitinu til þess að veita nýsköpunarfyrirtækjum endurgjaldslausan aðgang að gagnagrunninum við þróun nýrra lausna í snjallsímum eða á Internetinu.

Í fréttatilkynningu frá PFS, dags. 28. nóvember 2011, kom fram að stofnunin teldi að niðurstaða úrskurðanefndarinnar hefði afar óæskileg áhrif á þróun samkeppni í miðlun símaskrárupplýsinga og gengi gegn markmiði alþjónustukvaða um að tryggja samræmdan og heildstæðan gagnagrunn um öll símanúmer.² Þar sem aðgangskvöðin væri ekki lengur í gildi væri hugsanlegt að áhugasamir þjónustuveitendur kæmu sér upp eigin símaskrárgagnagrunni með samningum við fjarskiptafyrirtæki, en það kynni að ógna heildstæði skráarhaldsins, t.d. með tilliti til bannmerkinga. Að öðrum kosti þyrftu þjónustuveitendur að kaupa aðganginn af Já. Frumniðurstöður kostnaðargreiningar PFS hefðu leitt í ljós að hann væri verðlagður langt umfram kostnaðarverð og gæfi því ekki möguleika á eðlilegum heildsöluviðskiptum. Að teknu tilliti til þessa og með hliðsjón af 6. gr. sameiginlegra reglna PFS og Samkeppniseftirlitsins nr. 265/2001 um meðferð og úrlausn fjarskipta- og póstmála hefði PFS ákveðið að áframsenda málið til Samkeppniseftirlitsins. Var það gert eins og áður sagði með bréfi PFS, dags. 29. nóvember 2011

Með bréfi, dags. 28. nóvember 2011, sendi Já Samkeppniseftirlitinu beiðni um undanþágu á grundvelli 15. gr. samkeppnislaga frá bannákvæði 10. gr. laganna vegna tiltekinna ákvæða í skilmálum félagsins og samningum við þriðju aðila sem lúta að svokölluðum þróunaraðgangi. Að mati Samkeppniseftirlitsins hafa sjónarmið Já sem fram koma í beiðninni þýðingu fyrir mál þetta og verður því vísað til þeirra eftir því sem við á í ákvörðun þessari.

Mál þetta byggir einnig á erindum frá tveimur fyrirtækjum, Loftmyndum ehf. (hér eftir nefndar Loftmyndir) og Miðlun hf. (hér eftir Miðlun) en þessi fyrirtæki höfðu bæði kvartað til PFS yfir verðlagningu Já fyrir aðgang að gagnagrunni félagsins. Jafnframt höfðu Loftmyndir beint kvörtun til Samkeppniseftirlitsins nokkru áður, með bréfi dags. 21. febrúar 2011. Í því bréfi kemur fram að félagið hafi viljað nýta sér upplýsingar í gagnagrunni Já til þess að bjóða þjónustu í samkeppni við Já. Loftmyndir hafi í tvígang óskað eftir aðgangi að gagnagrunni Já en í bæði skiptin hafi verðlagning Já fyrir aðganginn verið það há að félagið hafi ekki séð sér fært að ganga að tilboðunum. Taldi

² Sbr. frétt á heimasíðu PFS frá 28. nóvember 2011:

http://pfs.is/default.aspx?cat_id=112&module_id=220&element_id=3379



félagið að í verðlagningunni fælist í raun sölusynjun í skilningi samkeppnisréttar sem útilokaði samkeppni á tilteknum mörkuðum.

Var erindi Loftmynda svarað með bréfi Samkeppniseftirlitsins, dags. 24. mars 2011. Í bréfinu er bent á að á Já hvíldi lagaskylda að veita aðgang að gagnagrunni sínum á kostnaðarverði. Byggðist sú skylda á 19. og 20. gr. fjarskiptalaga nr. 81/2003 og ákvörðun PFS nr. 25/2007. Í þeirri ákvörðun kæmi m.a. fram að Já skyldi „veita öðrum fyrirtækjum sem veita eða koma til með að veita upplýsingaþjónustu um símanúmer eða hyggjast gefa út símaskrá aðgang að gagnagrunni yfir símanúmer á kostnaðarverði, þ.m.t. um bannmerkt símanúmer.“ Með hliðsjón af framangreindu taldi Samkeppniseftirlitið að beina yrði ágreiningi um verð fyrir aðgang að gagnagrunni Já til PFS, enda væri stofnunin það stjórnvald sem legði umrædda aðgangsskyldu á Já á grundvelli fjarskiptalaga. Tók Samkeppniseftirlitið það fram að framangreint girti þó ekki fyrir að eftirlitið tæki umræddan markað til sérstakrar skoðunar síðar.

2. Kvartanir Loftmynda og Miðlunar

Með bréfi Loftmynda, dags. 29. nóvember 2011, beindi fyrirtækið á ný kvörtun til Samkeppniseftirlitsins vegna verðlagningar Já fyrir aðgang að gagnagrunni félagsins. Í bréfinu var vísað til framangreinds úrskurðar úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála nr. 4/2011 og ákvörðunar PFS í kjölfarið um að áframsenda ágreiningsmál er vörðuðu Já til Samkeppniseftirlitsins. Að mati Loftmynda hafi Já með verðlagningu sinni brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga og skilyrðum sem sett voru með ákvörðun samkeppnisráðs nr. 30/1997 *Kvörtun Alnets yfir synjun um aðgang að gagnagrunni símaskrár Pósts og síma hf.* Hafi brot Já gegn samkeppnislögum verið í formi svokallaðs verðþrýsinga (e. margin squeeze), höfnunar á aðgangi að ómissandi aðstöðu og ósanngjarns söluverðs í skilningi a. liðar 11. gr. samkeppnislaga. Jafnframt kunni ein tegund þjónustu Já, þar sem engin samkeppni ríki, að niðurgreiða aðra þjónustu sem sé í samkeppni við aðra. Þá sé jafnvel um að ræða skaðlega undirverðlagningu.

Í máli Loftmynda er í fyrsta lagi byggt á því að aðgangur að gagnagrunni símaskrár sé svokölluð ómissandi aðstaða í skilningi samkeppnisréttar. Því hafi raunar verið slegið föstu í tilvitnaðri ákvörðun samkeppnisráðs nr. 30/1997. Já beri því að veita aðgang að þjónustu sinni á sanngjörnum og eðlilegum kjörum. Í öðru lagi er byggt á því að í tilboðum Já felist krafa um ósanngjarnt söluverð í skilningi a. liðar 11. gr. samkeppnislaga. Verðið geti ekki verið í neinum tengslum við kostnað félagsins. Í þriðja lagi er byggt á því að í verðtilboði Já felist svokallaður verðþrýstingur. Þannig sé Já að selja Loftmyndum einn þjónustulið félagsins á mun hærra verði en Já selji alla sína þjónustu á smásölumarkaði. Loftmyndum sé því gert með öllu ókleift að veita Já samkeppni. Samkvæmt niðurstöðu PFS væri verðlagning Já mörg þúsund prósentum yfir kostnaði. Jafngilti verðlagning Já því sölusynjun enda slík verðlagning ekki á færi neins nema einokunarfyrirtækis. Þá sé verðlagning Já að mati Loftmynda þess eðlis að hún útiloki samkeppni á tilteknum mörkuðum.

Með bréfi, dags. 13. desember 2011, sendi Miðlun kvörtun til Samkeppniseftirlitsins vegna samkeppnishindrana sem fyrirtækið taldi sig hafa orðið fyrir af hendi Já. Fram kemur í erindinu að Miðlun hafi þann 9. nóvember 2010 óskað eftir verðskrá fyrir aðgang



að gögnum á grundvelli ákvörðunar PFS nr. 25/2007. Þann 6. desember 2010 hafi Miðlun borist verðskrá frá Já. Miðlun teldi að í verðskrá Já fælust augljósar samkeppnishindranir og að Já hafi vísvitandi sett fram gjaldskrá sem útilokaði samkeppni og þar með brotið samkeppnislög.

3. Viðbrögð Já og málsmeðferð í kjölfarið

Með bréfi, dags. 13. janúar 2012, sendi Samkeppniseftirlitið Já framangreind erindi frá Loftmyndum, Miðlun og PFS og óskaði eftir umsögn félagsins um þau. Tekið var fram að í ljósi þess að erindin vörðuð öll verðlagningu Já fyrir aðgang að gagnagrunni félagsins hefði Samkeppniseftirlitið ákveðið að sameina meðferð þeirra. Atvik og aðstæður í málinu væru þannig að óhjákvæmilegt yrði að taka til skoðunar hvort skilyrði væru til þess að taka ákvörðun til bráðabirgða vegna mögulegra brota Já á ákvæði 11. gr. samkeppnislaga. Þá vísaði Samkeppniseftirlitið til fyrrnefndrar undanþágubeiðni Já, dags. 28. nóvember 2011, og sagðist ekki taka afstöðu til hennar að svo komnu máli en upplýsingar og gögn sem fylgdu beiðninni kæmu hins vegar til skoðunar við mat á mögulegri bráðabirgðaákvörðun vegna verðlagningar Já fyrir aðgang að gagnagrunni félagsins. Þá kom fram að Samkeppniseftirlitið teldi að málið varðaði markaði fyrir rekstur og heildsöluaðgang að gagnagrunni um símanúmer hér á landi, auk smásölumarkaða fyrir þjónustu sem byggði á aðgangi að umræddum gagnagrunni. Taldi eftirlitið vera vísbendingar um að Já væri í markaðsráðandi stöðu á framangeindum mörkuðum.

Með tölvupósti, dags. 17. janúar 2012, óskaði framkvæmdastjóri Já eftir fundi með Samkeppniseftirlitinu í þeim tilgangi að kynna sjónarmið félagsins í málinu. Féllst Samkeppniseftirlitið á beiðni Já um fund og fór sá fundur fram fimmtudaginn 19. janúar 2012. Á fundinum voru starfsemi og sjónarmið Já kynnt og Samkeppniseftirlitinu afhent bréf sem hafði að geyma athugasemdir og sjónarmið Já í málinu.

Athugasemdir Já

Með bréfi Já, dags. 19. janúar 2012, mótmælir Já bæði markaðsskilgreiningu eftirlitsins og fullyrðingum um markaðsráðandi stöðu félagsins. Kemur þar fram að Já telji sig ekki starfa á markaði fyrir heildsöluaðgang að gagnagrunni um símanúmer. Segir Já að það væru fjarskiptafélög en ekki Já sem veittu slíkan heildsöluaðgang. Já hafi hins vegar boðið upp á endursölu á viðkomandi upplýsingum. Já teldi sig starfa á markaði fyrir rekstur fjölmiðlaþjónustu (e. media services). Að öðru leyti varðandi staðsetningu Já á markaði vísar fyrirtækið til bréfs þess til úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála dags. 30. september 2011.

Bendir Já á að endursala á gagnagrunni fyrir símanúmer sé einn liður í þjónustuframboði félagsins. Verðskrá félagsins byggir á kostnaðarverði fyrir hverja skráningu frá fjarskiptafyrirtækjunum að viðbættri hæfilegri álagningu. Aðrir aðilar hafi hins vegar fram til þessa ekki kosið að nýta sér þjónustu Já í atvinnuskyni og því sé ekki unnt að tala um að félagið hafi einhverja tiltekna hlutdeild á þeim skilgreinda markaði.

Með samningum við símafyrirtækin hafi Já byggt upp eigin gagnagrunn, enda séu aðgangshindranir til uppbyggingar slíks gagnagrunns afar litlar. Öðrum aðilum á markaði sé einfaldlega í lófa lagið að koma sér upp slíkum grunni kjósi þeir að spara sér þá



álagningu sem Já taki fyrir aðgang að heildstæðum grunni. Þegar af þessari ástæði búi Já ekki yfir ómissandi aðstöðu í skilningi samkeppnisréttar með sama hætti og Póstur og sími hafi gert árið 1997. Af sömu ástæðu sé Já heldur ekki í aðstöðu til þess að hindra virka samkeppni á þeim markaði sem máli skipti. Val markaðsaðila standi á milli þess að greiða 25% hærra verð fyrir aðgang að heildstæðum grunni Já eða að semja við fjarskiptafyrirtækin beint og koma sér af sjálfsdáðum upp sambærilegum heildstæðum gagnagrunni. Fram til þessa hafi aðilar á markaði hvorki nýtt sér möguleika á aðgangi að heildstæðum gagnagrunni um símanúmer, né heldur hafi þeir kosið að semja beint við símafyrirtæki um aðgang að símaskrárupplýsingum. Þess í stað reyni keppinautar Já með atbeina samkeppnisyfirvalda að fá aðgang að gagnagrunni félagsins á verði sem standi engan veginn undir kostnaði Já við að efna samninga við fjarskiptafélögin.

Allar götur frá árinu 1998 hafi Já og forveri þess byggt á þeirri aðferðafræði við verðlagningu á aðgangi að gagnagrunni símaskrár sem kynnt hafi verið Samkeppnisstofnun með bréfi Landssímans, dags. 13. mars 1998. Í svarbréfi stofnunarinnar við því, dags. 19. mars 1998, hafi komið fram að stofnunin hefði ekki séð ástæðu til að gera athugasemdir við þær hugmyndir sem settar hefðu verið fram um verðlagningu í tilvitnuðu bréfi. Það skuli tekið fram að Já telji sig raunar ekki bundið af niðurstöðum samkeppnisyfirvalda gagnvart Pósti og síma og síðar Landssímanum/Símanum enda sé þar um aðra lögaðila að ræða, auk þess sem gerð markaðarins hafi gjörbreytt í tímans rás. Grundvallaratriði í því sambandi sé engu að síður að jafnvel þótt Já sé talið bera samsvarandi skyldur og forverar félagsins hafi gjaldtakan fram til þessa miðast við þann kostnað sem hljótist af skráningum, enda byggji sú aðferð á kostnaðarviðmiði og sé í samræmi við fyrri afstöðu samkeppnisyfirvalda. Í frumniðurstöðu PFS felist hins vegar sú grundvallar breyting að stofnunin telji rétt að miða við flettingu í stað skráningar. Hver fletting sé hins vegar notkunartengd en ekki kostnaðartengd. Sé horft til fjölda skráninga en ekki flettinga verði niðurstaða útreikninga PFS nokkuð sambærileg við þá verðskrá Já, sem lengst af hafi verið stuðst við í góðri trú og í samræmi við afstöðu samkeppnisyfirvalda frá árinu 1998. Þannig sé mat PFS og Já á árlegum rekstrarkostnaði gagnagrunnsins til að mynda mjög sambærilegt. Meðal annars af þessum sökum sé því alfarið mótmælt að verðlagning Já fyrir aðgang að gagnagrunni félagsins hafi verið óeðlileg eða til þess fallin að hindra virka samkeppni.

Á árinu 2010 hafi verið unnið að margs konar stefnumörkun hjá Já í kjölfar breytinga á eignarhaldi. Þar á meðal hafi verið farið yfir verðstefnu fyrirtækisins og m.a. mótuð sú stefna að einfalda verðlagningu Já. Í kjölfar úrskurðar úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála hafi Já kynnt einfaldari verðskrá og þjónustuframboð fyrir aðgang að gagnagrunni símaskrár. Í stað þess að áætla hver hlutföll einstakra þjónustupátta ættu að vera miðist verðskráin einfaldlega við lægsta kostnaðarverð við hverja skráningu frá fjarskiptafyrirtækjum, þ.e. 40 kr., að viðbætti hæfilegri 25% álagningu, þannig að hver skráning kosti kr. 50. Aðgangurinn byggji á sambærilegum kjörum og skilmálum og Já þurfi að sæta í samningum sínum við fjarskiptafyrirtækin. Hin nýja verðskrá Já sé því í fullu samræmi við ákvörðunarorð í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 30/1997, sem hljóti að fela í sér leiðbeiningar um afstöðu samkeppnisyfirvalda þrátt fyrir að vera ekki bindandi gagnvart Já. Þá sé í hinni nýju verðskrá gert ráð fyrir að viðskiptavinir Já annist sjálfir rekstur eigin gagnagrunna, enda fylgi slíkum rekstri einungis stofnkostnaður í tölvubúnaði og notendaleyfum.



Einn liður í hinni nýju verðskrá sé framboð endurgjaldslauss þróunaraðgangs og hafi Já óskað eftir undanþágu frá ákvæðum samkeppnislaga til að vera kleift að veita slíkan endurgjaldslausan aðgang. Álíti Samkeppniseftirlitið eitthvað í hinni nýju gjaldskrá Já orka tvímælis að öðru leyti telji Já að eftirlitið hafi ákveðinni leiðbeiningarskyldu að gegna, sbr. ákvæði stjórnarsýslulaga þar um. Já sé að sjálfsögðu reiðubúið að taka allar uppbyggilegar leiðbeiningar samkeppnisyfirvalda til skoðunar.

Umsagnir aðila um athugasemdir Já

Athugasemdir Miðlunar vegna umsagnar Já bárust Samkeppniseftirlitinu með bréfi dags. 25. janúar 2012. Segir Miðlun þar m.a. að samkeppni yrði ekki komið á með því að láta mögulega keppinauta Já byggja upp eigin gagnagrunna með samningum við símafyrirtækin. Innan stjórnarsýslunnar hefði verið gert ráð fyrir að Já annaðist skráningu í gagnagrunn og endursölu á gögnunum. Vísar Miðlun því til stuðnings á kvöð um alþjónustu sem PFS hefði lagt á Já. Því hefði skapast sú venja að ýmsar upplýsingar sem nauðsynlegar væru til að veita upplýsingaþjónustu væru skráðar í grunn Já en ekki í gagnagrunna símafyrirtækjanna. Þessar skráningavenjur gerðu öðrum aðilum erfitt fyrir að veita Já samkeppni á jafnræðisgrundvelli. Hefði Já ítrekað sett upp verð fyrir aðgang að gagnagrunninum sem útilokaði samkeppni. Það væri einsýnt að ef ekki yrði gripið til sérstakra aðgerða yrði einokun við líði á markaði fyrir símanúmeraupplýsingar einstaklinga á næstu misserum og jafnvel árum.

Athugasemdir Loftmynda vegna umsagnar Já bárust Samkeppniseftirlitinu með bréfi dags. 26. janúar 2012. Fallast Loftmyndir ekki á það með Já að félagið starfi ekki á markaði fyrir heildsöluaðgang að gagnagrunni um símanúmer. Um þau sjónarmið Já að hverjum sem væri, væri fært að gera sams konar samninga við símafyrirtækin og Já hefði gert benda Loftmyndir á að jafnvel þótt félaginu tækist að gera samninga við hvert og eitt símafyrirtæki yrðu það aðeins hrá gögn um símanúmer sem vinna þyrfti áfram til að koma upp gagnagrunni sem stæðist samjöfnuð við áratuga gamlan gagnagrunn sem Póstur og sími hefði hannað og byggt upp. Loftmyndir teldu afar ólíklegt að það svaraði kostnaði á svo fámennum markaði. Þess utan hefði Já yfir að ráða ýmis konar upplýsingum í krafti alþjónustukvaða sem nauðsynlegar væru við starfrækslu gagnagrunns sem þessa, sbr. upplýsingar um bannmerkingu, leyninúmer, starfssvið fyrirtækja og fleira sem Loftmyndir fengju ekki séð hvernig félagið ætti að nálgast með skilvirkum hætti án aðgangs að gagnagrunni Já. Færu hinir og þessir að byggja upp gagnagrunn um símanúmer myndi það bjóða hættunni heim á misræmi sem harðast kæmi niður á öryggi í upplýsingagjöf til neytenda.

Benda Loftmyndir á setningu í bréfi Já þar sem segði að Já væri að sjálfsögðu reiðubúið að taka allar uppbyggilegar leiðbeiningar samkeppnisyfirvalda til skoðunar. Í þessari setningu kristallaðist ágætlega viðhorf Já í garð samkeppnisyfirvalda. Já virtist telja sig undanþegið lagareglum, en myndi þó taka leiðbeiningar stjórnvaldsins til skoðunar, með því fororði þó að þær væru uppbyggilegar. Slík afstaða til stjórnvalds væri með ólíkindum.

Nánar er vikið að sjónarmiðum framangreindra aðila eftir því sem við á í umfjöllun hér á eftir um skilgreiningu á markaðnum og stöðu og háttsemi Já á markaðnum.

Samkeppniseftirlitið óskaði eftir sjónarmiðum frá PFS og bárust þau með bréfi stofnunarinnar frá 30. janúar 2012. Gerð verður nánari grein fyrir mati PFS síðar.



4. Andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins og athugasemdir Já

Þann 19. mars 2012 var Já afhent andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins. Í andmælaskjalinu var komist að þeirri frumniðurstöðu að Já væri í markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir rekstur og heilðsöluaðgang að gagnagrunni um símanúmer hér á landi, auk smásölumarkaða fyrir þjónustu sem byggir á aðgangi að umræddum gagnagrunni, og hefði með tilteknum aðgerðum brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga. Var Já upplýst um að þar sem hugsanlega væri um að ræða alvarleg brot á 11. gr. samkeppnislaga kæmi til álita að beita íþyngjandi viðurlögum á grundvelli 37. gr. samkeppnislaga nema andmæli Já myndu leiða til annars. Þá kæmi til álita að beita heimildum 1. og 2. mgr. 16. gr. samkeppnislaga til að efla virka samkeppni.

Athugasemdir Já við andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins bárust með bréfi félagsins frá 30. apríl 2012. Í bréfinu eru helstu athugasemdir Já dregnar saman með eftirfarandi hætti:

Er því haldið fram af hálfu Já að framsending málsins frá PFS til Samkeppniseftirlitsins styðjist ekki við viðhlítandi lagagrundvöll. Samkeppniseftirlitið sé að nota upplýsingar sem Já afhenti PFS í allt öðrum tilgangi en þegar þeirra var aflað. Með málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins í framhaldinu hafi verið brotinn réttur á Já til að þurfa ekki að veita upplýsingar sem mögulega feli í sér viðurkenningu á broti, sem Samkeppniseftirlitið eigi að sanna. Þeirri sönnunarbyrði sé með ólögmætum hætti snúið við þegar Já sé gert að andmæla frumniðurstöðu PFS, sem Samkeppniseftirlitið hafi gert að sinni. Þar sem í undirbúningi hafi verið íþyngjandi ákvörðun af hálfu PFS hafi Já átt ótvíræðan rétt á að geta gætt hagsmuna sinna fyrir því stjórnvaldi án þess að eiga það á hættu að upplýsingar þær sem veittar hafi verið myndu rata á borð samkeppnisyfirvalda og vera notaðar gegn félaginu þar. Við þessar aðstæður sé í reynd búið að ónýta rétt félagsins til andmæla.

Já og forveri þess hafi unnið eftir þeirri verðskrá sem kynnt hafi verið Samkeppnisstofnun árið 1998 og stofnunin staðfesti skriflega að hún gerði ekki athugasemdir við. Af þeim sökum hafi Já haft réttmætar væntingar um að gjaldskráin og uppbygging hennar væri í samræmi við samkeppnislög allt fram til þess að Samkeppniseftirlitið boðaði mögulega bráðabirgðaákvörðun, sbr. bréf eftirlitsins dags. 13. janúar 2012. Það hafi ekki verið fyrr en þá og síðan aftur í andmælaskjali eftirlitsins, sem gefið sé til kynna að gjaldskráin og uppbygging hennar leiði til verulegrar yfirverðlagningar í andstöðu við samkeppnislög. Með því að taka undir frumniðurstöðu PFS frá 1. júlí 2011 og gera hana að sinni hafi orðið alger stefnubreyting á langvarandi stjórnsluframkvæmd Samkeppniseftirlitsins. Með réttu hafi Samkeppniseftirlitið átt að tilkynna Já sérstaklega um þessa breyttu afstöðu samkeppnisyfirvalda. Framangreind sjónarmið um réttláta og sanngjarna málsmeðferð, andmælarétt og réttmætar væntingar leiði til þess að hætta beri rannsókn málsins og fella það niður.

Þá gerir Já í umsögn sinni grein fyrir þeim mörkuðum sem félagið telur sig starfa á og varða mál þetta. Um þau sjónarmið Já vísast til umfjöllunar hér á eftir um markað málsins og sjónarmið Já í því sambandi.



Telur Já að aðgangskvöð sú sem fyrirhuguð sé á markaði fyrir endursölu símaskrárupplýsinga sé án lagastoðar, enda sé ekki um ómissandi aðstöðu að ræða. Ráði þar mestu að þriðju aðilar hafi raunverulegan og raunhæfan möguleika á að nálgast símaskrárupplýsingar hjá hverju og einu símafélagi. Styrkleiki á einstökum hlutum smásölumarkaðarins, svo sem á markaði fyrir símtöl í 118, leggi ekki grunn að aðgangskvöð á allt öðrum (upstream) markaði fyrir endursölu símaskrárupplýsinga.

Dómafordæmi þar sem fjarskiptaregluverk ESB hafi verið skýrt og túlkað staðfesti að einungis sé heimilt að leggja þá kvöð á símafyrirtæki sem úthluti símanúmerum, að veita aðgang að símaskrárupplýsingum viðskiptavina hlutaðeigandi símafyrirtækis. Því til stuðnings hafi Já lagt í mikla vinnu við gagnaöflun hérlendis og erlendis. Niðurstaðan sýni með ótvíræðum hætti að hvergi í Evrópu finnist fordæmi fyrir því að félög eins og Já beri kvaðir um endursölu á símaskrárupplýsingum sínum.

Engin fordæmi hafi fundist þar sem samkeppnisyfirvöld hafi lagt á hliðstæða aðgangskvöð og fyrirhuguð sé hér á landi. Samkeppnismál frá Frakklandi staðfesti hins vegar að samkeppnisyfirvöld þar í landi hafi lagt til grundvallar að ekki verði lögð aðgangskvöð á félag í hliðstæðri stöðu og Já. Þetta skýrist af því að þriðju aðilar geti hver og einn samið við fjarskiptafyrirtæki sem úthluti símanúmerum og því sé franska systurfyrirtæki Já ekki í ráðandi eða ómissandi aðstöðu. Fjöldamörg erlend dæmi staðfesti að, sjónarmið Samkeppniseftirlitsins um að heildstæði og öryggi upplýsinga verði einungis tryggt með því að leggja aðgangskvöð á Já, standist ekki skoðun.

Á markaði fyrir endursölu símaskrárupplýsinga sé Já ekki í þeirri stöðu að geta raskað samkeppni með yfirverðlagningu á þjónustunni. Þetta skýrist enn og aftur af möguleikanum að semja beint við símafyrirtækin. Ef um yfirverðlagningu væri að ræða gætu þriðju aðilar einfaldlega sniðgengið Já og komið sér upp eigin grunni. Fjarskiptalögin tryggja hins vegar að fjarskiptafyrirtækjum sé óheimilt að yfirverðleggja, enda sé þeim einungis heimilt að krefjast endurgjalds sem samsvari kostnaði að viðbættri hæfilegri álagningu.

Jafnvel þótt um markaðsyfirráð væri að ræða á markaði fyrir endursölu símaskrárupplýsinga hafni Já því að hafa yfirverðlagt aðgang að upplýsingunum. Mismunandi aðferðafræði skýri mismuninn á eldri verðskrá félagsins og niðurstöðu kostnaðargreiningar PFS en ekki óeðlilega há álagning félagsins líkt og Samkeppniseftirlitið saki Já um. Já hafi notað einstakar skráningar (kennitölur, símanúmer eða rétthafa) sem einingarverð við endursölu, enda sé það í samræmi við tillögu KPMG frá árinu 1998.

Sú aðferðafræði að nota endanotkun á smásölumarkaði gangi ekki upp, en sé skiljanleg af hálfu PFS þar sem stofnunin sé vön því að símtal sé einungis hægt að selja einu sinni. Gögn úr gagnagrunni sé hins vegar hægt að afrita, og beinlínis gert ráð fyrir slíku í verðskrá Já. Enda sé eðli starfsemi upplýsingaveitna að búa til og reka gagnagrunna á mismunandi formi eftir þeim smásölumarkaði sem þær starfi á.

Engar forsendur séu fyrir sektarviðurlögum. Já hafi verið í góðri trú og haft réttmætar væntingar um að verðskrá félagsins samræmdist samkeppnislögum allar götur frá 1998.



Nánari grein er gerð fyrir sjónarmiðum Já í tengslum við einstök atriði málsins. Vísað verður til þeirra eftir því sem við á í umfjöllun hér á eftir.

5. Frekari málsmeðferð og gagnaöflun

Miðlun og Loftmyndum var kynnt andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins og athugasemdir Já um það. Umsögn Miðlunar um framangreint barst með bréfi dags. 25. maí 2012. Umsögn Loftmynda barst með bréfi dags. sama dag.

Einnig þótti ástæða til afla umsagnar PFS við athugasemdir Já og bárust þær með bréfi dags. 13. júní 2012.

Athugasemdir Já við umsagnir PFS, Loftmynda og Miðlunar bárust með bréfi dags. 16. júlí 2012.

Verður nánar vikið að sjónarmiðum og athugasemdum framangreindra aðila eftir því sem við á í umfjöllun hér á eftir um skilgreiningu á markaðnum, stöðu Já á honum og um ætluð brot félagsins á 11. gr. samkeppnislaga.

6. Upplýsinga aflað frá fjarskiptafyrirtækjum

Í tengslum við rannsókn þessa taldi Samkeppniseftirlitið nauðsynlegt að afla sjónarmiða fjarskiptafélaga hér á landi um álitafni tengd gagnagrunni Já, miðlun upplýsinga um símanúmer og skilgreiningu á mörkuðunum. Í þessum tilgangi sendi Samkeppniseftirlitið helstu fjarskiptafyrirtækjum hér á landi bréf, dags. 17. september 2012. Óskaði eftirlitið m.a. eftir sjónarmiðum fjarskiptafyrirtækjanna um „*hvort eða hvernig mögulegir keppinautar Já geti nálgast nauðsynlegar og réttar upplýsingar með skilvirkum hætti án aðgangs að gagnagrunni Já.*“ Var einnig gerð grein fyrir mati Já á markaði málsins og óskað eftir sjónarmiðum þar að lútandi. Svarbréf bárust frá sex fyrirtækjum. Þau eru Síminn, Vodafone, Nova, Tal, Alterna og Símafélagið. Verður nú gerð grein fyrir því helsta sem fram kom af hálfu umræddra fyrirtækja.

Tal

Sjónarmið Tals bárust með bréfi dags. 2. október 2012. Þar kemur fram að Tal sé ekki sammála skilgreiningu Já á markaðnum. Það sé mat Tals að Já starfi á markaði fyrir heildsöluaðgang að símanúmerum enda þurfi hver sá sem ætli að kaupa aðgang að símanúmerum í einhverju magni að eiga viðskipti við Já. Umræddir aðilar geti ekki keypt aðgang að símanúmerum frá fjarskiptafélagunum beint og hafi ekki val um annað en að kaupa aðganginn af Já. Það sama gildi um lista sem notaðir séu til úthringinga og hreinsun þeirra af bannmerktum símanúmerum. Ef þeir séu keyptir af öðrum aðila en Já þá þurfi sá aðili að hafa keypt þjónustuna fyrst af Já. Að mati Tals sé ljóst að um meðhöndlun bannmerkinga gildi það sama og gildi um skráningu símanúmera og annarra upplýsinga sem Já hafi undir höndum. Já sé með einokunarstöðu á umræddum markaði og geti verðlagt þjónustu sína án þess að taka tillit til nokkurra annarra. Verðlagning Já á þessum þjónustum sé afar há og í raun samkeppnishindrandi fyrir smærri fyrirtæki á markaði sem stundi fjarsölu. Um yfirlýsingu Já, um að félagið sé reiðubúið til þess að samkeyra upplýsingar úr gagnagrunni Já við gagnagrunna fjarskiptafélaga um eigin viðskiptavini, segir Tal að fyrirtækið telji það ekki samræmast hagsmunum félagsins né



viðskiptavina sinna að standa í slíkum rekstri enda sé það val hvers viðskiptavinar hvort hann vilji taka þátt í þess háttar skráningu.

Nova

Sjónarmið Nova bárust með bréfi dags. 8. október 2012. Um afstöðu fyrirtækisins til markaðsskilgreiningar Já segir Nova að fyrirtækið hafi ekki sérstaklega staðsett sig sem markaðsaðila á heildsölumarkaði fyrir aðgang að símanúmerum, e.t.v. vegna þess að aðeins einum móttakanda hafi verið til að dreifa og Nova borið skylda til þess að afhenda Já númeraupplýsingar. Um leið líti Nova svo á að félaginu sé heimilt að afhenda og selja öðrum en Já sambærilegar upplýsingar, næðust um slíkt samningar milli Nova og viðkomandi aðila. Af þessu leiði að Nova sé aðili sem afhendi og selji upplýsingar um símanúmer í heildsölu og sé skyldugur til þess. Nova telji sig ekki í stakk búið til að leggja mat á hvort fyrirtækið Já skuli skilgreint sem heildsali eða endursali í þessu samhengi. Um yfirlýsingu Já, um að félagið sé reiðubúið til þess að samkeyra upplýsingar úr gagnagrunni Já við gagnagrunna fjarskiptafélaga um eigin viðskiptavini, segir Nova að ef ákvörðun yrði tekin um reglulega samkeyrslu þá sé ekki sjáanlegt að því fylgdu mikil tæknileg eða kerfisleg vandkvæði. Í þessu samhengi sé bent á að vinnuregla sé hjá Nova að veita aldrei númeraupplýsingar úr kerfum Nova heldur eingöngu frá vefsíðu já.is enda ekki öruggt að upplýsingar Nova séu samkvæmt vilja réttthafa númersins.

Vodafone

Sjónarmið Vodafone bárust með bréfi dags. 8. október 2012. Kemur þar fram að Vodafone líti svo á að mikilvægt sé að auka samkeppni á sviði upplýsingaþjónustu um símanúmer. Liður í því að opna aðgang fyrir fleiri aðila inn í samkeppnina á þessu sviði sé að tryggja öruggan aðgang að gagnagrunni með upplýsingum sem nauðsynlegar séu til að veita umrædda þjónustu. Gagnagrunnur með heildarupplýsingum um símanúmer sé sameiginlega varðveittur á einum stað, í gagnagrunni Já. Fjarskiptafyrirtæki geymi einungis fjóra þætti af tíu af þeim upplýsingum sem Já beri samkvæmt kvöðum að varðveita miðlægt sbr. b-lið 4. tl. 3. mgr. 7. gr. reglna nr. 450/2008 um skipulag, úthlutun og notkun númera. Aðgangur annarra aðila að gagnagrunni Já sé því mjög mikilvægur til að tryggja samkeppni. Markaðsskilgreining Já og sú fullyrðing að félagið starfi ekki á heildsölumarkaði fyrir símanúmer sé að mati Vodafone röng. Augljóst megi telja að þar sem Já haldi utan um miðlægan gagnagrunn sem safni upplýsingum frá öllum fjarskiptafyrirtækjum og hafi t.d. ákveðnar alþjónustuskyldur starfi fyrirtækið jafnframt á markaði fyrir miðlægan gagnagrunn fyrir upplýsingar um símanúmer, hvort heldur litið sé til heildsölu eða smásölu. Hér beri að horfa til þess að aðgangur að símaskrá og upplýsingaþjónustu um símanúmer teljist til alþjónustu. Já hafi samkvæmt bestu vitneskju Vodafone verið útnefnt sem fyrirtæki með alþjónustukvaðir á umræddum markaði af PFS. Að mati Vodafone hljóti að koma til álita að skoða heildsöluaðgang að gagnagrunni Já út frá reglum samkeppnisréttarins um ómissandi aðstöðu. Staðan sé sú að einungis einn aðili haldi utan um miðlægan gagnagrunn þar sem nálgast megi upplýsingar um öll símanúmer, bannmerkingar o.s.frv. Já hafi fengið umræddan gagnagrunn í arf frá forvera sínum Landssímanum sem starfað hafi í skjóli einkaleyfis ríkisins. Ekki sé því hægt að fallast á það með Já að engar aðgangshindranir séu á smásölustiginu enda bara einn miðlægur gagnagrunnur til hér á landi.

Um yfirlýsingu Já, um að félagið sé reiðubúið til þess að samkeyra upplýsingar úr gagnagrunni Já við gagnagrunna fjarskiptafélaga um eigin viðskiptavini, segir Vodafone



að það sé ekki mögulegt að svo stöddu. Til að mögulegt sé að samkeyra upplýsingar frá gagnagrunni Já við tölvukerfi Vodafone þurfi að koma til mikil vinna við tæknilegar útfærslur sem feli í sér forritunarvinnu við hugbúnað og framkvæmd. Nú sé fyrirkomulagið þannig að Vodafone sendi upplýsingar til Já sem taki umræddar upplýsingar og vinni þær betur og tengi aðrar upplýsingar við viðkomandi aðila til að uppfylla skilyrði laga og reglna. Sú hugmynd að Já sendi þær upplýsingar sem uppá vanti til Vodafone á nýjan leik svo Vodafone geti búið til miðlægan gagnagrunn valdi flækjustigi að mati Vodafone og sé líklegt til að skapa vandamál í kringum afhendingu upplýsinga til þriðja aðila. Kæmi upp bilun í kerfi Vodafone eða annarra fjarskiptafyrirtækja væru aðrir aðilar á markaði með aðrar upplýsingar en Já á þeim tímapunkti sem gerði það að verkum að rangar upplýsingar eða ófullnægjandi upplýsingar væru afhentar til þriðja aðila. Ef allir aðilar sem stundi rekstur á sama markaði hefðu aðgang að gagnagrunni Já á heildsöluverði væri tryggt að allir aðilar starfi á jafnréttisgrundvelli.

Að lokum segir Vodafone að félagið líti svo á að Já starfi á markaði fyrir heildsöluaðgang að gagnagrunni um símanúmer en ekki á markaði fyrir fjölmiðla. Samkeyrsla upplýsinga á milli kerfa fjarskiptafyrirtækja og Já líkt og Já leggi til muni einungis valda flækjustigi á markaði og sé ekki til þess fallið að tryggja jafnræði á markaði og sé því samkeppnishamlandi. Gagnagrunnur Já hafi verið byggður upp að stórum hluta með opinberu fé og á fyrirtækinu hvíli kvaðir er varði starfrækslu gagnagrunnsins. Rekstrarkostnaður slíks miðlægs gagnagrunns og sjónarmið um öryggi upplýsinga bendi ennfremur til þess að æskilegast sé að veita aðgang þriðju aðila að núverandi gagnagrunni. Ekki sé hægt að líta svo á að aðgangur að upplýsingum einstaka fjarskiptafyrirtækja um símanúmer sé staðgönguvara fyrir aðgang að slíkum gagnagrunni.

Síminn

Sjónarmið Símans bárust með bréfi dags. 8. október 2012. Í bréfinu útskýrir Síminn hvernig skráning símanúmeraupplýsinga fari fram hjá fyrirtækinu og gerir grein fyrir afstöðu sinni til álitaeftna tengdum miðlun upplýsinganna. Segir Síminn að skráningin miðist við réttthafa eða greiðanda símanúmers en það geti verið sitt hvor aðilinn. Þessar upplýsingar séu grundvöllur að reikningsfærslu hjá Símanum. Þegar upplýsingunum hafi verið miðlað til Já þá hafi Síminn enga aðkomu að skráningunni enda sé það á ábyrgð neytandans (réttthafans) að fylgjast með skráningu sinni hjá símaskrá Já. Þessi samskipti séu á milli neytenda og Já og séu í eðli sínu smásöluviðskipti, sbr. 8. tl. 4. gr. samkeppnislaga. Að mati Símans sé eðlilegt að miðlun símaskráupplýsinga frá fjarskiptafyrirtæki til fyrirtækis sem starfræki eigin símaskrá séu heildsöluviðskipti.

Síminn telji það vera andstætt samkeppni að fela einum aðila að halda utan um gagnagrunn nema slíkt væri gert á grundvelli lagaskyldu. Að öðrum kosti væri verið að fela tilteknum aðila einokunarstöðu og að sama skapi myndi það draga út samkeppni milli gagnagrunna. Vissulega geti margskonar hagræði fylgt því að einn aðili sjái um að miðla upplýsingum frá fjarskiptafélögum til þeirra sem bjóði upp á símaskrár, þá væri eðlilegt að það væri frekar fengið opinberum aðila eða aðila í sambærilegri stöðu sem starfaði ekki á samkeppnismarkaði. Sambærilegt dæmi um það væri Þjóðskrá og ut anumhald um heimilisföng. Síminn telji þó að slíkt hagræði væri óverulegt enda skili einokun sjaldnast árangri gagnvart neytendum. Því sjái Síminn ekki hvaða rök standi til annars en að miðlun á upplýsingum um símanúmer væri á milli fjarskiptafélaga og þess félags sem bjóði upp á símaskráupplýsingar. Samkeppni á smásölustigi myndi einnig tryggja að



aðilar myndu leitast við að hafa sem bestan og aðgengilegastan gagnagrunn á sem bestum kjörum. Það væri síðan val neytenda hvort og hvernig þeir skrái sig í tiltekna símaskrár.

Að mati Símans sé í sjálfu sér ekkert því til fyrirstöðu að Síminn afhendi fleiri en einum aðila slíkar upplýsingar enda hafi félagið verið í viðræðum við Miðlun um afhendingu á símanúmerum. Síminn hafi þó lýst áhyggjum sínum af því að starfsemi af þessu tagi virðist skorta skýran lagaramma og einkum hvað varðar miðlun á persónuupplýsingum. Annað sjónarmið sem lúti að neytandanum hafi þýðingu en það sé hvort neytandinn eigi að þurfa að fylgjast með hverri símaskrá og hafa samband við hverja og eina símaskrá vilji hann breyta skráningu sinni. Þetta séu álitaefni sem hvorki fyrirtækin eða stjórnvöld geti ákveðið heldur lúti þetta að löggjafanum.

Ekki hafi verið rætt um afhendingu á grunninum í heild. Í sjálfu sér sé ekkert sem tæknilega komi í veg fyrir miðlun á grunni Símans í heild sinni en það séu nokkur mikilvæg atriði sem verði að hafa í huga til þess að slík aðgerð skaði ekki hagsmuni notenda eða starfsemi Símans. Síminn leggi mesta áherslu á að meðferð á slíkum grunni sé að fullu leyti í samræmi við reglur um persónuvernd og öryggi. Upplýsingar sem Síminn hafi í sínum kerfum byggist á því hver sé greiðandi eða rétthafi tiltekins símanúmers. Það þurfi ekki að vera að sá aðili sé einnig notandi. Þannig geti aðili verið rétthafi og greiðandi númers en hafi veitt öðrum heimild til þess að nota símanúmerið. Dæmi um þetta séu fyrirtæki sem veiti starfsmönnum farsíma og einnig fjölskyldur þar sem einn aðili greiðir fyrir fjarskiptabjónustu annarra fjölskyldumeðlima. Þá séu frelsisnúmer ekki skráð almennt á tiltekinn greiðanda eða rétthafa. Annað dæmi sé varðandi heimilissíma. Kerfi Símans séu gerð til þess að halda utan um hver sé greiðandi eða rétthafi númers, ekki notandi. Því sé alltaf aðeins einn aðili sem sé skráður með talsíma í kerfum Símans en á hverju heimili geti fleiri en einn aðili verið notandi og slíkar upplýsingar hafi Síminn ekki.

Að mati Símans væri eðlilegt að sá aðili sem ætlaði að reka símaskrá þyrfti að óska eftir leyfi annað hvort frá PFS eða Persónuvernd til þess að reka slíka þjónustu. Þar sem engar reglur gildi um þessa miðlun þá séu fjarskiptafyrirtækin í ákveðinni óvissu um heimild til miðlunar á gögnum til þriðja aðila. Þessi óvissa geti einnig haft skaðleg áhrif fyrir þann sem vilji hefja starfsemi á þessu sviði.

Um yfirlýsingu Já, um að félagið sé reiðubúið til þess að samkeyra upplýsingar úr gagnagrunni Já við gagnagrunna fjarskiptafélaga um eigin viðskiptavini, segir Síminn að fyrirtækið geti ekki tekið afstöðu til þess enda komi ekki fram upplýsingar um með hvaða hætti framkvæmdin ætti að vera. Það sé því útilokað að leggja fram hugmyndir um hvort tillagan sé framkvæmanleg eða hvaða kostnað hún geti falið í sér. Fljótt á litið sjái Síminn ekki hvaða tilgangi slík tillaga ætti að þjóna. Síminn hafi takmarkaðan áhuga á því að taka við upplýsingum frá Já sem félagið hafi lítið sem ekkert við að gera. Þær upplýsingar sem Síminn þurfi að nota séu til þess að geta sent rétthafa eða greiðanda reikning vegna notkunar. Upplýsingar um hvort fleiri aðilar noti talsíma eða hver sé notandi að fyrirframgreiddu númeri séu upplýsingar sem Síminn hafi ekki þörf á og því væri um kostnað og umstang sem að mati Símans sé óþarfi og hægt að leysa með ódýrari hætti. Þá geti Já ekki ábyrgst að allar upplýsingar sem félagið hafi séu 100% réttar. Með því að samkeyra upplýsingar við gagnagrunn Símans geti það leitt til þess að Síminn fái rangar



upplýsingar sem gætu truflað reikningakerfi Símans. Því séu fyrstu viðbrögð Símans að samkeyrsla af þessu tagi sé ekki skynsamleg. Síminn sjái ekki heldur hvernig gagnagrunnur Já geti talist vera ómissandi aðstaða enda sé ekkert því til fyrirstöðu að Miðlun komi sér upp gagnagrunni með sama hætti. Síminn átti sig ekki á því hver sé tilgangurinn með samkeyrslu sem Já leggi til. Upplýsingar sem Já hafi yfir að ráða hafi oft á tíðum enga þýðingu fyrir starfsemi Símans og fælu í sér utanumhald sem væri bæði óþarft, tilgangslaust og kostnaðarsamt. Að mati Símans gæti það þó mögulega verið kostur fyrir Miðlun að fá upplýsingar beint frá fjarskiptafyrirtækjum enda séu minnstar líkur á því að númer sé óvirkt eða upplýsingar úreldar komi þær beint frá fjarskiptafyrirtækjunum.

Þá segir Síminn að ekki sé útilokað að unnt væri að setja upp sameiginlegan grunn sem yrði samkeyrður með grunni Já og grunni fjarskiptafélaga. Sá grunnur gæti síðan eftir atvikum verið vistaður hjá opinberum aðila eða einhverjum sem fengi það hlutverk að halda utan um slíkan grunn og þá gegn eðlilegu endurgjaldi. Alltaf yrði að gera þann fyrirvara að slík aðgerð yrði ekki íþyngjandi fyrir þá aðila sem um ræðir, bæði fjarskiptafélög, þann sem ræki grunninn og notendur slíks gagnagrunns.



Alterna

Sjónarmið Alterna bárust með tölvupósti þann 7. desember 2012. Kemur þar fram að Alterna sé sammála Já um að fjarskiptafélög starfi á markaði fyrir heildsöluaðgang að símanúmerum en Já starfi m.a. á markaði fyrir endursölu umræddra upplýsinga. Þegar Alterna hafi gert samning við Já hafi það verið skilningur Alterna að Já myndi aðeins nota upplýsingar í sína starfsemi en ekki afhenda þær til þriðja aðila. Um yfirlýsingu Já, um að félagið sé reiðubúið til þess að samkeyra upplýsingar úr gagnagrunni Já við gagnagrunna fjarskiptafélaga um eigin viðskiptavinum, segir Alterna að það sé ekki gerlegt nema að gerðar verði nauðsynlegar breytingar svo að hægt sé að framkvæma samkeyrslu á þessum gögnum. Það þyrfti að aðlaga tölvukerfin þannig að hægt sé að móttaka og samkeyra gögnin. Sú vinna hafi óhjákvæmilega í för með sér kostnaðarsamar breytingar.

Símafélagið

Sjónarmið Símafélagsins bárust með bréfi dags. 14. desember 2012. Þar segir að vissulega séu það fjarskiptafélög sem úthluti símanúmerum til viðskiptavina og skrái um leið rétthafaupplýsingar. Þessar upplýsingar séu afhentar Já gegn gjaldi og eins þegar númer afskráist. Hins vegar safni Já ítarupplýsingum um hvern notanda og geymi þær í gagnagrunni. Aðrir aðilar geti þannig nálgast grunnupplýsingar svo sem símanúmer og rétthafa en ekki aðrar upplýsingar sem símaskráin hafi safnað og birt um langan tíma. Í þessu sambandi megi líka benda á að fjarskiptafélögin geymi allajafna ekki rétthafaupplýsingar yfir svokölluð frelsisnúmer sem Já hafi þó í einhverjum tilvikum safnað beint frá viðskiptavinum. Símafélagið telji ekkert tæknilega því til fyrirstöðu að móttaka/samkeyra gögn frá Já yfir viðskiptavinum félagsins. Huga þyrfti að öryggi slíks kerfis þannig að fjarskiptafélög gætu ekki nálgast gögn um viðskiptavinum annara fjarskiptafélaga og þannig þyrfti að samtengja ferlið við grunn Hins íslenska númeraflutningafélags sem haldi utan um hvaða fjarskiptafélagi tiltekið númer tilheyrir. Hinsvegar sé ljóst að í gagnagrunni Já séu upplýsingar sem Símafélagið sjái ekki sérstaka ástæðu til að geyma og því sé eðlilegra að söfnun slíkra upplýsinga verði áfram á hendi Já. Kostnaður við að útfæra slíkt kerfi mætti áætla að væri nokkrar milljónir króna í þróunarvinnu. Aðlögunartíminn þyrfti ekki að vera langur af hálfu Símafélagsins.

Athugasemdir Já

Með bréfi Samkeppniseftirlitsins, dags. 5. desember 2012, fékk Já afrit af þeim umsögnum fjarskiptafélaga sem þá höfðu borist.

Athugasemdir Já um framangreint bárust með bréfi dags. 17. desember 2012. Kemur þar m.a. fram að Já telji ýmislegt í svörum fjarskiptafyrirtækjanna renna frekari stoðum undir þá afstöðu félagsins að gagnagrunnur þess um símaskrárupplýsingar teljist ekki til ómissandi aðstöðu í skilningi samkeppnisréttarins. Segir Já að af svörum Símans og Nova að dæma séu a.m.k. bæði fyrirtækin viljug til að ganga til samninga við þriðju aðila, sem þess óska, um aðgang að símaskrárupplýsingum viðskiptavina sinna. PFS hafi síðan heimild til að mæla fyrir um að önnur fjarskiptafyrirtæki, sem úthluta símanúmerum, veiti aðgang að slíkum upplýsingum með skilmálum sem eru sanngjarnir og byggðir á kostnaði að viðbættri hæfilegri álagningu, sbr. 4. mgr. 45. gr. fjarskiptalaga. Þrátt fyrir að gagnagrunnur félagsins teljist ekki til ómissandi aðstöðu hefði Já lýst sig reiðubúið til að samkeyra upplýsingar við gagnagrunn símafyrirtækja. Þessi tillaga hafi verið sett fram með það að markmiði að skapa frið um reksturinn og til að mæta röddum þeirra sem teldu að heildstæði gagnanna yrði ógnað ef þriðju aðilar semji beint við símafyrirtækin.



Jafnframt myndi slík samkeyrsla tryggja svo ekki yrði um það deilt, að til lengri tíma litið gæti gagnagrunnur Já aldrei talist til ómissandi aðstöðu.

Af svörum þriggja af þeim fjórum fjarskiptafyrirtækjum sem tjáðu sig megi ráða, að það væri mat fyrirtækjanna að slík samkeyrsla gagna væri vel gerleg. Fjórða fyrirtækið Tal, komi sér í raun hjá því að svara spurningunni á þeim grundvelli að það samræmdist ekki hagsmunum félagsins eða viðskiptavina sinna að standa í slíku. Við slíkri afstöðu geti PFS brugðist á grundvelli 4. mgr. 45. gr. fjarskiptalaga. Hin þrjú félögin telji öll samkeyrsluna gerlega en geri misjafnlega mikið úr umstangi og kostnaði við aðgerðina.



III. UM FORMHLIÐ MÁLSINS

Áður en vikið verður að efni þessa máls þykir rétt að fjalla nánar um athugasemdir Já við ýmis atriði sem tengjast formi þessa máls. Verður fyrst vikið að sjónarmiðum Já um leiðbeinandi reglur Póst- og fjarskiptastofnunar og Samkeppnisstofnunar um meðferð og úrlausn fjarskipta- og póstmála (nr. 265/2001) og 2. mgr. 7. gr. stjórnarsýslulaga.

1. Um ætlaða óheimila framsendingu málsins frá PFS til Samkeppniseftirlitsins

1.1 Sjónarmið Já

Já bendir á að mál þetta hafi hafist með erindi Loftmynda til Samkeppniseftirlitsins, dags. 21. febrúar 2011. Samkeppniseftirlitið hafi leiðbeint kvartandanum um að með réttu hefði átt að beina erindinu að PFS, sbr. bréf eftirlitsins dags. 24. mars 2011.

Samkeppniseftirlitið hafi boðist til að framsenda erindið til PFS í samræmi við 2. mgr. 7. gr. stjórnarsýslulaga yrði þess óskað. Málið hafi síðan hlotið umfjöllun hjá PFS og síðar úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála, sbr. úrskurð nefndarinnar nr. 4/2011. Þá hafi borið svo við að málið hafi verið sent til baka til Samkeppniseftirlitsins, sbr. bréf PFS dags. 29. nóvember 2011.

Já lítur svo á að Samkeppniseftirlitið hafi talið mál sem varðaði verðlagningu fyrir aðgang að gagnagrunni símaskrár ekki snerta starfssvið sitt, leiðbeint kvartanda þar um og boðist til að framsenda málið af þeim sökum til PFS. Verði ekki betur séð en að lagagrundvöllur fyrir þessari málsmeðferð hafi annars vegar verið 2. mgr. 7. gr. stjórnarsýslulaga og hins vegar 6. gr. reglna 265/2001. Í það minnsta sé ljóst að ekki hafi verið fjallað um málið á grundvelli 7. gr. reglnanna, um markatilvik, þ.e. á þeim grundvelli að ekki væri skýrt skv. reglunum hvor stofnunin skyldi afgreiða það, enda hafi stofnanirnar aldrei í sameiningu metið hvor væri betur til þess fallin að afgreiða erindið. Þá hafi heldur ekki verið fjallað um málið grundvelli 8. gr. reglnanna þar sem stofnununum sé heimilt að taka mál til sameiginlegrar meðferðar ef ljóst þygi að bestur árangur náist með því að beita bæði úrræðum samkeppnislaga og löggjafar á svið póst- og fjarskiptamála. Samkvæmt því ákvæði hafi stofnanirnar einnig getað ákveðið að skipta með sér aðgreindum þáttum málsins. Þær hafi hvorugt gert heldur hafi PFS einfaldlega tekið við málinu og lokið því með ákvörðun sinni nr. 22/2011.

Já hafi því með réttu mátt gera ráð fyrir að málinu væri lokið innan stjórnarsýslunnar í ljósi þess að fyrir hafi legið að Samkeppniseftirlitið hafi ekki talið það snerta starfssvið sitt. Fyrirvari Samkeppniseftirlitsins í bréfinu um að þetta girti ekki fyrir að eftirlitið tæki umræddan markað til sérstakrar skoðunar á síðari stigum breyti engu um það mat eftirlitsins að ágreiningur um verð fyrir aðgang að gagnagrunni símaskrár snerti ekki starfssvið þess.

Í ljósi þess að PFS hafi rannsakað málið og lokið því með því að mæla sérstaklega fyrir um það í 4. tl. ákvörðunar nr. 22/2011, að verð fyrir aðgang að gagnagrunni símaskrár skyldi byggja á kostnaði að viðbættri hæfilegri álagningu, sé afar langsótt að sama stofnun framsendi málið á nýjan leik til Samkeppniseftirlitsins á grundvelli 2. mgr. 7. gr. og með hliðsjón af 6. gr. reglna nr. 265/2001. Þannig verði ekki séð að tilvitnuð ákvæði



eigi yfir höfuð við um framsendingu máls í heild sinni heldur taki þau ljóslega eingöngu til framsendingu erinda. Framsending málsins í heild sinni ásamt „öllum gögnum málsins“, sbr. bréf PFS 29. nóvember 2011 styðjist augljóslega ekki við tilvísaða lagaheimild, enda séu gögn málsins mun ítarlegri og viðameiri en erindi frá einstökum kvartendum. Auk þess byggji grunnhugsun 2. mgr. 7. gr. stjórnslulaga á leiðbeiningarskyldu við kvartanda máls, sbr. fyrirsögn lagaákvæðisins, en eigi ekkert skylt við að stjórnvöld leiðbeini hvort öðru um hvar mál eigi heima. Áður en málið í heild sinni hafi verið sent Samkeppniseftirlitinu hafi PFS þess utan borið að leita eftir sjónarmiðum frá Já um hvort einstök gögn málsins ættu að sæta takmörkun á upplýsingaskyldu til Samkeppniseftirlitsins.

Samkvæmt 6. gr. reglna nr. 265/2001 beri að framsenda mál sem bersýnilega snertir ekki valdsvið viðkomandi stofnunar. Í þessu samhengi skipti máli að PFS hafi lögum samkvæmt heimild til að bera úrskurði úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála undir dómstóla þegar sérstaklega standi á. Augljóst sé af málflutningi PFS, sbr. t.d. í fyrrnefndri fréttatilkynningu, að stofnunin telji málið hafa almenna þýðingu. Í ljósi þess að stofnunin hafi talið sig með ákvörðun 22/2011, sem og í málflutningi fyrir úrskurðarnefndinni, hafa augljósar heimildir til að mæla fyrir um aðgang að gagnagrunni sem byggði á kostnaði að viðbættri hæfilegri álagningu, myndi það betur samræmast góðum stjórnsluháttum að PFS bæri ágreininginn einfaldlega undir dómstóla. Sá hringlandaháttur að framsenda málið á nýjan leik til Samkeppniseftirlitsins samræmdest hins vegar hvorki góðum stjórnsluháttum, ákvæðum 2. mgr. 7. gr. stjórnslulaga eða reglum nr. 265/2001.

Af framansögðu megi ráða að framsending málsins frá PFS til Samkeppniseftirlitsins hafi ekki stuðst við viðhlítandi lagagrundvöll. Án skýrrar lagaheimildar mættu stjórnvöld ekki skiptast á upplýsingum með þeim hætti sem gert hafi verið, enda sé Samkeppniseftirlitið augljóslega að nota upplýsingar sem Já afhenti PFS í allt öðrum tilgangi en þegar þeirra var aflað. Af þessari ástæðu einni beri eftirlitinu að hætta rannsókn þess og fella málið niður.

1.2 Mat Samkeppniseftirlitsins

Já virðist byggja á því að mál þetta falli ekki undir Samkeppniseftirlitið heldur PFS. Jafnframt hafi stofnunarinn ekki mátt skiptast á upplýsingum með þeim hætti sem gert var í málinu.

Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á þetta. Rétt er í því sambandi að líta til nokkurra atriða þessu tengd.

1.2.1 Verksvið og samstarf PFS og Samkeppniseftirlitsins

Hér ber fyrst að líta til þess að fjarskiptamarkaðir (og tengd starfsemi) eru bæði mikilvægir og sérstakir sökum eðli þeirra og forsögu. Markaðirnir eru tæknilega flóknir og aðgangur að ýmis konar ómissandi aðstöðu er nauðsynlegur til að samkeppni geti ríkt. Slík aðstaða er oft í eigu fyrirtækja sem um langa hríð nutu lögverndaðrar einokunar sem þau gátu nýtt til að skapa sér afar sterka stöðu. Í ljósi m.a. þessa hefur innan EES-svæðisins verið talið nauðsynlegt, til viðbótar við almennar samkeppnisreglur, að setja sérstakar reglur til að tryggja samkeppni í fjarskiptum og sér PFS um framkvæmd þeirra hér á landi.



Mögulegar aðgerðir PFS á fjarskiptamarkaði miðast við að skapa skilyrði fyrir aukinni samkeppni á þeim markaði til framtíðar litið (*ex ante*). Samkeppniseftirlitið starfar hins vegar á grundvelli samkeppnislaga og hefur eftirlit með því að farið sé eftir þeim lögum á markaði (*ex post*) og hefur í því skyni m.a. rýmri sektarheimildir en PFS. Ljóst er að tilskipunum ESB og framkvæmd innlendra fjarskiptayfirvalda er ekki ætlað að koma í veg fyrir beitingu almennra samkeppnisreglna gagnvart fyrirtækjum sem starfa á fjarskiptamarkaði.³ Þvert á móti er talið þýðingarmikið að almennum samkeppnisreglum sé einnig beitt á fjarskiptamarkaði til að styðja við markmiðið um virka samkeppni á þessu mikilvæga sviði.⁴ Á þetta ekki síst um bannið við misnotkun á markaðsráðandi stöðu þar sem enn er mjög algengt að fyrrverandi einokunarfyrirtæki séu í markaðsráðandi stöðu.⁵ Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 1/2012 var ekki fallist á það með Símanum að Samkeppniseftirlitið hefði gengið inn á verksvið PFS vegna rannsóknar á háttsemi Símans á markaði þar sem kvaðir PFS giltu:

„Að mati áfrýjunarnefndarinnar er enginn vafi á því að samkeppnisyfirvöldum ber að fylgjast með háttsemi markaðsráðandi aðila á fjarskiptamarkaði og beita þá viðurlögum ef ástæða er til. Um þetta atriði hefur m.a. verið fjallað í fyrri úrskurðum nefndarinnar, sbr. mál nr. 13/1998, Landssími Íslands hf. gegn samkeppnisráði. Í meginatriðum felst verkaskipting stjórnvalda á þessu sviði í því að PFS fjallar um skilyrði á markaði til framtíðar á grunni laga um fjarskipti, sbr. 17. gr. fjarskiptalaga, en samkeppnisyfirvöld hafa eftirlit með framkvæmd samkeppnislaga, sbr. 5. gr. þeirra laga. Viss tengsl eru þó þarna á milli, m.a. vegna skilgreiningar markaða og kvaðasetninga af hálfu PFS.

Samkvæmt þessu er ekki fallist á sjónarmið áfrýjanda um að Samkeppniseftirlitið hafi með einhverjum hætti gengið inn á valdsvið fjarskiptayfirvalda, eða að ákvarðanir hinna síðarnefndu hafi snert álitafni þessa máls á þann hátt að það hafi þýðingu hér.”

Samkvæmt framansögðu geta verkefni Samkeppniseftirlitsins og PFS sem tengjast virkri samkeppni á fjarskiptamarkaði að vissu marki skarast. PFS og samkeppnisyfirvöld hafa sett sér leiðbeinandi reglur um m.a. meðferð og úrlausn fjarskiptamála, reglur nr. 265/2001. Í þeim er fjallað um verksvið og samvinnu þessara stofnana og að þær geti í vissum tilvikum metið hvort erindi, sem fellur undir valdsvið þeirra beggja, verði betur leyst af annarri þeirra. Einnig er ráð fyrir því gert að stofnanirnar geti ákveðið að taka

³ Sjá t.d. leiðbeiningar framkvæmdastjórnar ESB frá 2002 (Commission guidelines on market analysis and the assessment of significant market power under the Community regulatory framework for electronic communications networks and services) [2002] OJ C165/6: „*In practice, it cannot be excluded that parallel procedures under ex-ante regulation and competition law may arise with respect to different kinds of problems in relevant markets. Competition authorities may therefore carry out their own market analysis and impose appropriate competition law remedies alongside any sector specific measures applied by NRAs.*” Sjá einnig Faull & Nikpay, *The EC Law of Competition*, önnur útgáfa 2007 bls. 1484: „*... the mere existence of sector specific legislation does not prevent the application of the competition rules to the same area.*”

⁴ Sjá Faull & Nikpay, *The EC Law of Competition*, þriðja útgáfa 2014 bls. 1668 og áfram.

⁵ Sjá t.d. Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, sjötta útgáfa 2008, bls. 1148-1149: „*...since 1. January 1998 most communications providers in the Community have been exposed to „full competition”. However, many communications providers retain large market shares and a significant degree of market power, in particular by virtue of the range of services which they offer and the breadth of their distribution networks. Although their de jure monopoly has been ended, many national network providers retain de facto dominance in a number of markets. Article 82 therefore assumes particular importance in the communications sector.*” Sjá einnig sjöundu útgáfu ritsins frá 2103, bls. 920.



mál til sameiginlegrar meðferðar ef bestur árangur þykir nást með því að bæta bæði úrræðum á sviði samkeppnislaga og löggjafar um fjarskiptamál. Reglurnar mæla einnig fyrir um það að ef ein stofnunin hefur undir höndum erindi sem ekki snertir valdsvið hennar en líklegt þygi að geti fallið undir valdsviðs hinnar stofnunarinnar skuli það framsent eins og fljótt og unnt er.

1.2.2 Upplýsingaöflun frá öðrum stjórnvöldum

Í 3. mgr. 19. gr. samkeppnislaga segir að Samkeppniseftirlitið geti í starfi sínu krafist upplýsinga og gagna frá öðrum stjórnvöldum óháð þagnarskyldu þeirra. Ákvæði þetta er skýrt svo í frumvarpi sem varð að þágildandi samkeppnislögum nr. 8/1993:

„Samkvæmt þessu ákvæði á þagnarskylda annarra stjórnvalda ekki að hindra Samkeppnisstofnun í athugunum sínum og á hún m.a. rétt á að skoða og athuga skjöl og önnur gögn sem eru í vörslu viðkomandi stjórnvalda. Þetta á Samkeppnisstofnun rétt á að gera hvort sem það þjónar hagsmunum eða starfsmarkmiðum þeirra stjórnvalda sem hafa skjölin eða gögnin í vörslu sinni eða ekki.“

Við túlkun 19. gr. samkeppnislaga er einnig rétt að líta til úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála frá 21. júní 2011 í máli nr. 4/2011, *Seðlabanki Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu*. Í úrskurðinum segir m.a. að Samkeppniseftirlitinu séu fengnar víðtækar heimildir að lögum til að afla upplýsinga frá hverjum þeim sem hefur yfir þeim að ráða, m.a. með húsleit og haldlagningu gagna. Í niðurstöðukafla úrskurðarins segir jafnframt orðrétt:

„Ekki er vafi á því að í ákvæðum 3. mgr. 19. gr. samkeppnislaga felst almenn heimild fyrir Samkeppniseftirlitið til að afla upplýsinga frá öðrum stjórnvöldum, hvort sem þær upplýsingar teljast almennt til trúnaðarupplýsinga eða ekki. Í ákvæðinu segir m.a. að upplýsinga og gagna megi krefjast frá öðrum „stjórnvöldum [...] óháð þagnarskyldu þeirra“. Í ákvæðinu er í dæmaskyni vísað til skatta- og tollyfirvalda.

Ákvæðið er sérákvæði gagnvart öðrum þagnarskylduákvæðum sem stjórnvöldum er almennt falið að starfa eftir. Þau gilda því ekki í samskiptum við Samkeppniseftirlitið á gildissviði samkeppnislaga. Eftirlitið er svo aftur bundið af því að fara leynt með viðkvæmar upplýsingar einkum í samræmi við VIII. kafla samkeppnislaga.“

Af þessu leiðir að Samkeppniseftirlitið hefur ríkar heimildir til þess að krefjast upplýsinga frá öðrum stjórnvöldum. Af þessu lagaumhverfi verður einnig dregin sú ályktun að Samkeppniseftirlitinu er heimilt að taka við og leggja til grundvallar í rannsóknum sínum upplýsingar sem önnur stjórnvöld kunna að senda eftirlitinu þegar þau framsenda mál til þess.

1.2.3 Aðdragandi og upphaf þessa máls

Vegna umfjöllunar Já er rétt að draga saman nokkur meginatriði sem varða upphaf þessa máls og aðdraganda þess.



Í máli þessu liggur fyrir að þann 21. febrúar 2011 barst Samkeppniseftirlitinu erindi frá Loftmyndum þar sem þess var krafist að Samkeppniseftirlitið tæki bráðabirgðaákvörðun vegna ætlaðra brota Já á samkeppnislögum. Var þess krafist að Já yrði gert skylt að semja við Loftmyndir um aðgang að gagnagrunni Já á sanngjörnu og eðlilegu verði. Samkeppniseftirlitið svaraði erindi Loftmynda með þessum hætti í bréfi frá 24. mars 2011:

„Að þessu tilefni vill Samkeppniseftirlitið taka fram á að á Já hvílir lagaskylda að veita aðgang að gagnagrunni sínum á kostnaðarverði. Byggir sú skylda á 19. og 20. gr. fjarskiptalaga nr. 81/2003 og ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar (PFS) nr. 25/2007, um útnefningu fjarskiptafyrirtækja með skyldu til að veita alþjónustu á starfssvæði sínu.

Í ákvörðuninni kemur fram að Já skuli „veita öðrum fyrirtækjum sem veita eða koma til með að veita upplýsingaþjónustu um símanúmer eða hyggjast gefa út símaskrá aðgang að gagnagrunni yfir símanúmer á kostnaðarverði, þ.m.t. um bannmerkt símanúmer.“ (sjá kafla 6.2.1 á bls. 11 í ákvörðuninni).

Þær alþjónustuskyldur sem lagðar voru á Já með fyrrnefndri ákvörðun PFS áttu að gilda til ársloka 2010 en með sérstakri heimild í ákvörðuninni hafa þær verið framlengdar til 30. júní 2011.

Með hliðsjón af framangreindu telur Samkeppniseftirlitið að beina verði ágreiningi um verð fyrir aðgang að gagnagrunni Já til Póst- og fjarskiptastofnunar enda er stofnunin það stjórnvald sem lagði umrædda aðgangsskyldu á Já á grundvelli fjarskiptalaga með ákvörðun sinni nr. 25/2007. Girðir framangreint þó ekki fyrir að Samkeppniseftirlitið taki umræddan markað til sérstakrar skoðunar síðar.

Að framangreindu vertu bendir Samkeppniseftirlitið yður vinsamlegast á að beina erindi yðar til Póst- og fjarskiptastofnunar. Sé þess hins vegar sérstaklega óskað mun Samkeppniseftirlitið framsenda erindi yðar til Póst- og fjarskiptastofnunar í samræmi við 2. mgr. 7. gr. stjórnsýslulaga, nr. 37/1993.

Svarfrestur er veittur til 7. apríl 2011. Hafi ekki borist svar frá yður að þeim tíma liðnum verður litið svo á að þér óskið ekki eftir frekari afskiptum Samkeppniseftirlitsins af máli þessu.“

Loftmyndir hreyfðu ekki andmælum við þessari niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins.

Eins og fyrr sagði tók PFS ákvörðun 28. júní 2011, nr. 22/2011. Í henni var Já á grundvelli fjarskiptalaga útnefnt að nýju með alþjónustuskyldu til að annast m.a. rekstur gagnagrunns um alla símaáskrifendur hér á landi og að veita aðgang að þeim grunni um símanúmer á kostnaðarverði að viðbætti hæfilegri álagningu.

Já áfrýjaði til úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála þeim þætti ákvörðunar PFS sem varðaði skyldu til að veita aðgang að gagnagrunninum. Nefndin kvað upp úrskurð sinn 17. nóvember 2011, úrskurður nr. 4/2011. Felldi nefndin úr gildi umrædda kvöð á Já um aðgang að gagnagrunninum þar sem hún taldi hana ekki styðjast við fullnægjandi lagastoð. Hins vegar segir í úrskurðinum:



„Með hliðsjón af öllu framangreindu hefur PFS ekki að mati úrskurðarnefndar sýnt fram á að stofnunin hafi haft nægilega ótvíræða og skýra heimild í fjarskiptalögum til að mæla fyrir um þá kvöð sem gert var með 4. tl. hinnar kærðu ákvörðunar. Hins vegar kann að vera heimilt að mæla fyrir um slíkan aðgang á grundvelli samkeppnislaga, að nánar tilteknum skilyrðum uppfylltum.“

Þann 29. nóvember 2011 sendi PFS Samkeppniseftirlitinu bréf og vísaði til þeirrar niðurstöðu úrskurðarnefndarinnar um að lagastoð hafi skort fyrir fyrirmælum um að Já skyldi veita aðgang að gagnagrunni sínum um símanúmer. Í bréfinu segir síðan:

„Er það mat PFS að þessi niðurstaða nefndarinnar hafi afar óæskileg áhrif á þróun samkeppni í miðlun símaskrárupplýsinga en af úrskurði nefndarinnar má jafnframt ráða að sú staða sem nú er uppi á umræddum markaði kunni hugsanlega að brjóta í bága við samkeppnislög.“

Með vísan til ofangreinds og með hliðsjón af 6. gr. sameiginlegra reglna PFS og Samkeppniseftirlitsins nr. 265/2001 um meðferð og úrlausn fjarskipta- og póstmála er málið áframsent til meðferðar og úrlausnar Samkeppniseftirlitsins. Er það í samræmi við þá leiðbeiningarskyldu skv. 2. mgr. 7. gr. stjórnarsýslulaga um að koma málum til úrlausnar til réttis aðila í stjórnarsýslunni.“

Þann 29. nóvember 2011 barst Samkeppniseftirlitinu einnig bréf frá Loftmyndum. Í bréfinu var vísað til fyrra erindis fyrirtækisins frá 21. febrúar 2011 og til svars Samkeppniseftirlitsins frá 24. mars 2011. Þá var einnig vísað til umrædds úrskurðar úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála og að fyrir lægi að PFS hefði sent eftirlitinu málið sem varðaði aðgang að gagnagrunni Já. Í ljósi þessa setti Loftmyndir að nýju fram kröfu sína um að Samkeppniseftirlitið myndi tryggja aðgang að gagnagrunninum. Staðhæfði fyrirtækið að viðskiptakjör Já að þessu leyti fælu í sér brot á samkeppnislögum og nauðsynlegt væri að Samkeppniseftirlitið tæki ákvörðun til bráðabirgða.

Með bréfi, dags. 13. desember 2011, sendi Miðlun kvörtun til Samkeppniseftirlitsins vegna samkeppnishindrana sem fyrirtækið taldi sig hafa orðið fyrir af hendi Já. Taldi fyrirtækið að gjaldskrá Já fyrir aðgang að umræddum gagnagrunni bryti í bága við samkeppnislög.

Þessi þrjú erindi leiddu til þess að Samkeppniseftirlitið hóf rannsókn á ætluðum brotum Já á 11. gr. samkeppnislaga. Með bréfi, dags. 13. janúar 2012, var Já gerð grein fyrir þessu og að eftirlitið hefði ákveðið að sameina í eitt mál erindin frá PFS, Miðlun og Loftmyndum. Einnig var Já gefið færi á að tjá sig um kröfu Loftmynda að ákvörðun til bráðabirgða yrði tekin í málinu.

Svar barst frá Já 19. janúar 2012, auk þess sem fyrirtækið tjáði sig munnlega á fundi með Samkeppniseftirlitinu. Í svari Já var því mótmælt að skilyrði væru til að beita 11. gr. samkeppnislaga í málinu. Hins vegar komu ekki fram mótmæli gegn því að umrædd erindi væru sameinuð í eitt mál. Ekki var því heldur haldið fram að PFS hefði með



ólögmætum hætti framsent málið til Samkeppniseftirlitsins. Það sjónarmið Já var sett fram síðar.

1.2.4 Niðurstaða

Þegar erindi Loftmynda barst Samkeppniseftirlitinu í febrúar 2011 voru, á grundvelli ákvörðunar PFS nr. 25/2007, í gildi fyrir mæli sem lögðu þá skyldu á Já að veita aðgang að umræddum gagnagrunni sínum á kostnaðarverði. Í ljósi þess og efnis erindis Loftmynda var eðlilegt að beina því til fyrirtækisins að snúa sér til PFS. Í þessu fólst ekki sú afstaða Samkeppniseftirlitsins að álítaefni tengd aðgangi að gagnagrunni Já falli ekki undir samkeppnislög heldur var þvert á móti tekið fram að þessi markaður gæti komið til rannsóknar eftirlitsins. Sökum hins vegar gildandi fyrir mæla á þeim tíma var PFS að mati Samkeppniseftirlitsins best til þess fallin á þessum tíma að leysa úr ágreiningi vegna aðgangs að gagnagrunninum.

Já skaut ekki ákvörðun PFS nr. 25/2007 um m.a. skyldu til að veita aðgang að gagnagrunninum til úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála. Það gerði fyrirtækið hins vegar þegar PFS tók nýja ákvörðun. Í úrskurði nefndarinnar frá 17. nóvember 2011 kemur fram það mat hennar að ekki hafi verið fullnægjandi lagastoð fyrir fyrir mælum um aðgang að gagnagrunni Já. Hins vegar tók nefndin það fram að það kynni að vera heimilt að mæla fyrir um slíkan aðgang á grundvelli samkeppnislaga. Í ljósi þessa fær Samkeppniseftirlitið ekki séð á hvaða grunni Já getur talið það ámælisvert að PFS hafi beint því erindi til eftirlitsins sem fólst í bréfi PFS frá 29. nóvember 2011. Í því sambandi ber og að hafa í huga að niðurstaða úrskurðarnefndarinnar felur það í sér að það var ekki lengur á valdsviði PFS að mæla fyrir um aðgang að gagnagrunninum. Því var umrætt erindi PFS í samræmi við 6. gr. leiðbeinandi reglna nr. 265/2001. Ekkert er heldur athugavert við það að PFS hafi sent Samkeppniseftirlitinu gögn sem tengjast þessu máli enda hafa þessar stofnanir bæði rétt til þess að krefjast og taka við upplýsingum frá hvor annari, sbr. 19. gr. samkeppnislaga og 8. gr. laga nr. 69/2003.

Hér ber einnig að líta til þess að samkvæmt 8. gr. samkeppnislaga hefur Samkeppniseftirlitið heimild til að ákveða hvaða erindi gefi nægar ástæður til rannsóknar. Að mati eftirlitsins gáfu erindin frá PFS, Loftmyndun og Miðlun fullt tilefni til rannsóknar og verður ekki fallist á þá kröfu Já að fella þetta mál niður.

2. Um réttláta og sanngjarna málsmeðferð

2.1 Sjónarmið Já

Já telur að meðferð málsins samræmist ekki sjónarmiðum um réttláta og sanngjarna málsmeðferð, sbr. til hliðsjónar 6. gr. Mannréttindasáttmála Evrópuráðsins (MSE).

Þannig liggja fyrir í málinu að Já hafi veitt PFS margs konar upplýsingar og svarað með ítarlegum hætti fyrirspurnum stofnunarinnar í tengslum við undirbúning PFS að ákvörðun nr. 22/2011, sem og frumniðurstöðu stofnunarinnar, dags. 1. júlí 2011. Upplýsingarnar hafi félagið veitt í góðri trú og á þeirri forsendu að Samkeppniseftirlitið hefði tekið um það ákvörðun að atriði sem lutu að verðlagningu fyrir aðgang að gagnagrunni símaskrár ættu eingöngu undir PFS en ekki Samkeppniseftirlitið. Við þá upplýsingaöflun hafi PFS stuðst við 1. mgr. 5. gr. laga nr. 69/2003.



Af 74. gr. fjarskiptalaga nr. 81/2003 verði ráðið að PFS ráði yfir viðurlagaheimildum sem í eðli sínu uppfylli svokölluð Engels viðmið sem Mannréttindadómstóll Evrópu („MDE“) hafi beitt við túlkun á 1. mgr. 6. gr. og 7. gr. MSE. Þannig sé t.d. unnt að dæma lögaðila til refsinga vegna brota á lögnum, sem og afturkalla réttindi þeirra. Það liggja einmitt fyrir í máli þessu að PFS hafi ítrekað hótað afturköllun á úthlutun á 118 ef niðurstaða úrskurðarnefndar yrði að PFS gæti ekki mælt fyrir um aðgang að gagnagrunni Já á kostnaðargrundvelli.

Hins vegar ráði PFS ekki yfir heimildum til álagningu stjórnvaldssekta sambærilegum þeim sem Samkeppniseftirlitið hafi yfir að ráða. Í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins ráðgeri eftirlitið að leggja til grundvallar frumniðurstöðu PFS frá 1. júlí 2011 varðandi verðlagningu á aðgangi að gagnagrunni símaskrár. Jafnframt hafi eftirlitið boðað að til álita komi að leggja á verulegar stjórnvaldssektir skv. 37. gr. samkeppnislaga. Þar sem frumniðurstaða PFS frá 1. júlí 2011 hafi alfarið byggst á upplýsingum sem Já hafi veitt með hliðsjón af viðurlagaheimildum PFS en ekki stjórnvaldssektaheimildum Samkeppniseftirlitsins, fáist ekki betur séð en að Já hafi verið sett í þá stöðu, gangi áform Samkeppniseftirlitsins eftir, að fella á sig sök í samkeppnismáli með upplýsingagjöf sinni til PFS. Þannig hafi Já veitt veigamiklar upplýsingar um málsatvik og lagt sitt af mörkum til að upplýsa PFS og gert sitt ýtrasta til þess að tryggja rétta og fullnægjandi upplýsingagjöf. Leiki verulegur vafi á hvort að þessi málsmeðferð samræmist 70. gr. stjórnarskrár Lýðveldisins, sbr. 6 og 7. gr. MSE. Þetta eigi við um þá stöðu forsvarsmanna Já, að veita PFS ítarlegar upplýsingar, en fella á sama tíma mögulega á sig sök með því að málið hafi síðar verið tekið til meðferðar samkeppnisyfirvalda, sem sé ígildi refsimeðferðar. Að þessu leyti sé aðstaðan sambærileg og uppi hafi verið í Hæstaréttarmálinu nr. 92/2007, þótt vissulega hafi það mál varðað refsímál gegn einstaklingum en ekki fyrirtækjum.

Í EES/ESB samkeppnisrétti hafi svokallað Orkem mál verið leiðandi fordæmi við skýringu á grundvallarreglunni um réttláta málsmeðferð og réttinum til að halda uppi vörnum. Það leiki vafi á hvort rétturinn til að fella ekki á sig sök í skilningi 70. gr. stjórnarskrár og 6. og 7. gr. MSE taki fortakslaust til lögaðila. Hins vegar sé vafalaust að ákveðnar takmarkanir gildi um upplýsingaskyldu lögaðila til samkeppnisyfirvalda. Þannig hafi áfrýjunarnefnd samkeppnismála talið að lögaðilum sé óskyldt að veita svör við spurningum sem geta falið í sér huglægt mat en ekki aðeins skýringu og fyllingu á þeim gögnum sem fyrir liggja.

Eins og gögn málsins beri skýrlega með sér hafi Já átt í margháttuðum samskiptum við PFS og stofnunin ítrekað farið fram á að félagið veitti svör við spurningum sem hafi falið í sér huglægt mat. Þannig hafi upplýsingagjöf félagsins alls ekki farið þannig fram að framsend hafi verið gögn sem þegar voru til og fyrirliggjandi. Þvert á móti hafi gögn verið útbúin sérstaklega og huglægt mat á ýmsum þáttum látið í té. Bréfaskiptum PFS og Já sé til að mynda lýst í kafla 1.5 í frumniðurstöðu PFS. Þannig hafi PFS óskað, svo dæmi sé tekið, eftir upplýsingum um hvert væri mat félagsins á sviptivirði eða endurkaupsvirði gagnagrunnsins, þ.e. hver væri væntanlegur kostnaður skipt niður á vinnuþætti við að endurbyggja sambærilegan grunn og félagið starfræki. Í svörum Já hafi verið stuðst við huglægar forsendur, sbr. til að mynda töflu á bls. 18 í frumniðurstöðu PFS. Einnig hafi félagið talið líftíma gagnagrunnsins vera á bilinu 3-5 ár.



Í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins sé byggt á svörum Já til PFS og þau notuð gegn félaginu í máli því sem sé rekið á grundvelli samkeppnisreglna. Megi til að mynda benda á umfjöllun á bls. 37 í andmælaskjali þar sem eftirlitið telji ákveðin huglæg ummæli gefa skýrar vísbendingar um mat á verðmæti gagnagrunns og mikilvægi hans fyrir félagið. Þá sé sérstaklega vísað til í andmælaskjalinu og byggt á svari Já við árlegum rekstrarkostnaði þar sem fram komi það mat að árlegur rekstrarkostnaður hjá nýju fyrirtæki yrði hærri en hjá Já sem sé „eitt þekktasta vörumerki landsins.“ Á bls. 47 í andmælaskjali sé huglæg afstaða Já í samskiptum við PFS á ný notuð gegn fyrirtækinu í samkeppnismálinu, sbr. t.d. ummæli þess um 20 ára reynslu innan fyrirtækisins við að byggja upp gagnagrunna á rafrænu formi. Þá hafi PFS byggt frumniðurstöðu sína, sem Samkeppniseftirlitið hafi ákveðið að leggja jafnframt til grundvallar í málinu, að verulegu leiti á deilireglu, sem byggði að hluta til á huglægu mati stjórnenda Já á fjölda uppflettinga endanotenda. Um þessa deilireglu sé grundvallar ágreiningur í málinu.

Með hliðsjón af framansögðu telji Já, að hluti af þeim gögnum sem framsend hafi verið Samkeppniseftirlitinu, og aflað hafi verið af hálfu PFS á grundvelli viðurlagaheimilda þeirrar stofnunar, hafi haft að geyma huglægt mat sem hafi mögulega verið til þess fallið að rökstyðja yfirverðlagningu fyrir aðgang að gagnagrunninum. Yfirverðlagning sé við vissar aðstæður brot gegn bannákvæði 11. gr. samkeppnislaga en fari ekki sjálfstætt gegn fjarskiptalögum. Með málsmeðferðinni hafi verið brotinn réttur á félaginu til að þurfa ekki að veita upplýsingar sem mögulega fela í sér viðurkenningu á broti, sem Samkeppniseftirlitið eigi að sanna. Þeirri sönnunarbyrði sé með ólögmætum hætti snúið við þegar félaginu sé gert að andmæla frumniðurstöðu PFS, sem Samkeppniseftirlitið hafi gert að sinni.

2.2 Mat Samkeppniseftirlitsins

Í máli þessu er tekin afstaða til þess hvort Já hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga. Brot af þessum toga geta varðað stjórnvaldssektum skv. 37. gr. samkeppnislaga. Um meðferð málsins fyrir Samkeppniseftirlitinu, og eftir atvikum áfrýjunarnefnd samkeppnismála, gilda ákvæði stjórnsýslulaga og skorið er úr um lögmæti úrskurða áfrýjunarnefndar í einkamálum fyrir dómstólum. Ákvæði laga um meðferð sakamála eiga almennt ekki við í samkeppnismálum, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2004 *Ker hf. o.fl. gegn samkeppnisráði*. Þá varða brot á 11. gr. samkeppnislaga hvorki fyrirtæki né starfsmenn þeirra refsingu. Stjórnvaldssektir samkvæmt samkeppnislögum eru ekki taldar til refsinga, sbr. áðurnefndan úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2004. Stjórnvaldssekt skv. samkeppnislögum getur hins vegar talist vera refsing í skilningi 6. gr. MSE enda sætir 6. gr. að þessu leyti sjálfstæðri skýringu.

Ber almennt að hafa hér í huga að Samkeppniseftirlitið er ekki dómstóll í skilningi 6. gr. MSE og á engan hátt er sjálfgefið að mannréttindareglur gildi með sama hætti gagnvart einstaklingum og fyrirtækjum.⁶ Þannig hafa fyrirtæki í samkeppnisrétti ekki notið þess

⁶ Sjá hér t.d. álit Colomer aðallögsögumanns við dómstól ESB í máli nr. C-338/00P Volkswagen v Commission: „In general, as the appellant itself concedes, the body of safeguards developed in the field of criminal law, which has as its protagonists the penalising State, on the one hand, and the individual charged with the offence on the other, is not transferred en bloc to the field of competition law. Those safeguards are designed specifically to compensate for that imbalance of power. In the case of free competition, those parameters are altered, since it is sought to protect the community of individuals which constitutes society and is composed of groups of consumers against powerful corporations with significant resources. To accord such offenders the



þagnarréttar sem einstaklingar njóta skv. 6. gr. Mannréttindasáttmálans.⁷ Í frumvarpi sem varð að lögum nr. 52/2007 var þannig bent á að horfa beri til þess að „að bæði í íslenskum rétti og EES/EB-samkeppnisrétti giltu ákveðnar takmarkanir á upplýsingaskyldu fyrirtækja. Sú takmörkun fælist í því að fyrirtækjum væri ekki skylt að svara spurningum sem fælu í sér viðurkenningu á því að brot á samkeppnisreglum hefði verið framið“, sbr. einnig úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2004.

Já heldur í aðalatriðum því fram að brotið sé á þagnarrétti fyrirtækisins með því að Samkeppniseftirlitið ætli sér að leggja til grundvallar upplýsingar sem það veitti PFS í góðri trú. Í umsögn PFS vegna athugasemda Já við andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins, sbr. bréf PFS dags. 13. júní 2012, voru sett fram eftirfarandi sjónarmið um framangreindar athugasemdir Já:

„Þær upplýsingar sem Já vísar til í andmælum sínum og telur að geti eyðilaggt málsmeðferðina eru upplýsingar sem fyrirvarsmenn Já veittu Póst- og fjarskiptastofnun varðandi sviptivirði, endurkaupsvirði, líftíma fjárfestinga og fjölda uppflettinga endanotenda. Það er ekki hægt að fallast á það með Já að þarna sé um að ræða upplýsingar sem byggja á huglægu mati og að þær felli sök á Já eða fyrirvarsmenn þess. Upplýsingar um virði og líftíma eigna eru bókhaldsleg atriði sem fara eftir ákveðnum viðmiðunum og vinnureglum og því er matið að litlu leyti huglægt. Fjöldi uppflettinga endanotenda er staðreynd sem verður upplýst án þess að huglægt mat þurfi til og veltur ekki á afstöðu stjórnenda til viðfangsefnisins. Sama á við um yfirlýsingar Já um að vörumerki þess sé þekkt og að fyrirtækið hafi 20 ára starfsreynslu. Þær upplýsingar sem fengust frá fyrirvarsmönnum eru aðeins til skýringar og fyllingar þeim gögnum sem lágu fyrir í málinu og fela ekki í sér viðurkenningu á nokkurs konar broti, enda heldur Já því statt og stöðugt fram að verðlagning aðgangs að gagngrunni sé eðlileg og lögmæt. Upplýsingar sem talist gætu fela í sér huglægt mat og/eða viðurkenningu á broti væru fremur lýsingar á hegðun, aðgerðum, tilgangi og ásetningi, en Póst- og fjarskiptastofnun fékk engar slíkar upplýsingar frá Já.

Hvort um er að ræða yfirverðlagningu eða ekki ræðst ekki af huglægu mati stjórnenda Já heldur af því hvort verðlagningin er langt fyrir ofan kostnað við að veita þjónustuna. Til þess að komast að niðurstöðu um það þarf að afla gagna um kostnað félagsins og gildir einu í því sambandi hvort Póst- og fjarskiptastofnun aflaði þeirra gagna í upphafi eða Samkeppniseftirlitið.

Þær upplýsingar sem Póst- og fjarskiptastofnun aflaði frá Já voru ekki fengnar fram með neins konar þvingunum, heldur veitti Já þær af fúsum og frjálsum vilja.

same procedural safeguards as those accorded to the most needy individuals, apart from being a mockery, would entail, essentially, a lower degree of protection, in this case economic protection, for the individual as the main victim of anti-competitive conduct. I therefore consider it important that the procedural rules be adapted to the specific field of competition. The requirements of the rules on indirect evidence, for example, should be relaxed, since such evidence is often the only means of revealing intent to infringe.”

⁷ Sjá t.d. Whish & Bailey, Competition Law, sjöunda útgáfa 2012 bls. 270. Sjá hér einnig skýrslu nefndar um viðurlög við efnahagsbrotum, 12. október 2006, bls. 7: „Mannréttindadómstóll Evrópu hefur ekki tekið afstöðu til þess hvort rétturinn til að fella ekki á sig sök taki til fyrirtækja og annarra lögaðila. Bendir nefndin á að öll mál dómstólsins að þessu leyti hafa varðað einstaklinga sem hugsanlega áttu yfir höfðu sér fangelsisvist eða aðra refsingu. Að mati nefndarinnar er ekki sjálfgefið að rétturinn til að fella ekki á sig sök taki til fyrirtækja eða gildi eftir atvikum með sama hætti gagnvart einstaklingum og fyrirtækjum.“



Póst- og fjarskiptastofnun hótaði aldrei dagsektum eða leyfissviptingu til að knýja fram upplýsingar. Þó að Póst- og fjarskiptastofnun hafi haft uppi þá málsástæðu fyrir úrskurðarnefndinni að ef aðgangskvöð gilti ekki áfram þá væru brostnar forsendur fyrir útnefningu Já sem alþjónustuveitanda, eins og Já gerir að umtalsefni á bls. 17 í andmælum sínum, þá fól það ekki í sér þvingun sem haft gat áhrif á gagnaöflun sem átti sér stað mun fyrir.

Þá skiptir máli vægi þeirra svara sem fengin voru frá Já, ef til ákvörðunar um viðurlög kemur. Póst- og fjarskiptastofnun telur að aðeins sé hægt að byggja að takmörkuðu leyti á þeim upplýsingum sem Já veitti Póst- og fjarskiptastofnun. Það kemur bæði til af því að Póst- og fjarskiptastofnun telur umræddar upplýsingar að mörgu leyti ekki réttar og byggir stofnunin því greiningu sína ekki á umræddum upplýsingum nema að litlu leyti. Þar að auki er í mörgum tilvikum um að ræða þætti sem lítil áhrif hafa á mat á heildarkostnaði og eðlilegri uppbyggingu gjaldskrár."

Í máli þessu hefur Samkeppniseftirlitið ekki fengið í hendur nein gögn eða upplýsingar frá PFS þar sem þvingun hefur verið beitt til þess að knýja Já til þess að svara spurningum sem fela í sér viðurkenningu á broti á 11. gr. samkeppnislaga. Engri slíkri þvingun hefur verið beitt í málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins. Ekki hefur því verið brotið gegn rétti Já til þess að njóta réttlátrar málsmeðferðar að þessu leyti.

3. Um andmælareglu stjórnýslulaga

3.1 Sjónarmið Já

Já telur að sú aðgerð PFS að senda málið í heild sinni til Samkeppniseftirlitsins, þ.m.t. þau gögn sem geymi huglægt mat stjórnenda Já, geri það að verkum að andmælaréttur fyrirtækisins hafi verið fyrir borð borinn. Þannig hefði með réttu átt að gefa því kost á að andmæla framsendingu gagnanna og skilgreina hvaða þættir í svörum við spurningum PFS hafi falið í sér huglægt mat sem gæti verið notað gegn félaginu og mögulega falið í sér viðurkenningu á samkeppnislaga broti. Skiptir í þessu sambandi máli að eins og málið hafi verið afmarkað í andmælaskjali byggji Samkeppniseftirlitið nær eingöngu á því að verðlagning fyrir aðgang að gagnagrunni feli í sér óhóflega yfirverðlagningu sem feli í sér sölusynjun í reynd. Til grundvallar þeirri afstöðu Samkeppniseftirlitsins sé alfarið byggt á frumniðurstöðu PFS.

Þar sem í undirbúningi hafi verið íþyngjandi ákvörðun af hálfu PFS, sem hafi varðað verulega fjárhagslega hagsmuni, hafi Já átt ótvíræðan rétt á að geta gætt hagsmuna sinna fyrir því stjórnvaldi án þess að eiga það á hættu að upplýsingar þær sem veittar hafi verið, sér í lagi þær sem byggðu á huglægu mati, myndu rata á borð samkeppnisyfirvalda og vera notaðar gegn Já þar. Við þessar aðstæður sé í reynd búið að ónýta rétt félagsins til andmæla. Hér sé því um að ræða verulegan annmarka á málsmeðferðinni.

Af þessum sökum sé skorað á Samkeppniseftirlitið að fella mál þetta niður, enda muni framhald þess úr því sem komið sé ávallt litast af þeim upplýsingum sem komnar séu inn



í málið og stafi frá Já. Breyti því engu þó ekki yrði með beinum hætti á þeim byggt í endanlegri ákvörðun Samkeppniseftirlitsins.

3.2 Mat Samkeppniseftirlitsins

Í máli þessu hefur Já ítrekað fengið tækifæri til þess að koma að sjónarmiðum sínum. Fyrirtækinu var birt ítarlegt andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins, sbr. 17. gr. reglna um málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins nr. 880/2005. Í því var með rökstuddum hætti gerð grein fyrir frummati eftirlitsins á mikilvægum þáttum málsins og í því sambandi vísað til þeirra gagna málsins sem ályktanir studdust við. Einnig fékk Já í hendur lista yfir gögn málsins og orðið var við ósk fyrirtækisins um að fá afrit af gögnum sem þar koma fram. Já hefur í kjölfarið gert ítarlegar athugasemdir við andmælaskjalið auk þess að koma á framfæri athugasemdum og sjónarmiðum á fundum með Samkeppniseftirlitinu. Hefur Já þannig haft tækifæri til þess að tjá sig um alla meginþætti málsins áður en ákvörðun er tekin í því og haft tækifæri til að benda Samkeppniseftirlitinu á mögulegan misskilning eða leiðrétt upplýsingar og lagt fram ný gögn.

Samkeppniseftirlitið getur því ekki fallist á það að brotið hafi verið gegn andmælarétti Já í þessu máli.



IV. GAGNAGRUNNUR JÁ

Við mat á markaði málsins og stöðu Já á honum skiptir miklu máli að horfa til eðlis og þýðingar gagnagrunns Já. Þessi atriði hafa einnig mikla þýðingu við mat á því hvort gagnagrunnur Já teljist vera svonefnd ómissandi aðstaða í skilningi samkeppnisréttarins. Er því rétt í upphafi efnislegrar umfjöllunar að draga fram nokkra mikilvæga þætti er varða gagnagrunn Já.

Í þessum kafla verður fyrst vikið að forsögu og lagaumhverfi skráarhalds yfir símanúmer hér á landi, þá hvernig fyrirkomulagi við skráningu upplýsinga í gagnagrunninn er háttað og svo fjallað um þjónustuframboð Já og aðgang að upplýsingum í gagnagrunni fyrirtækisins.

1. Forsaga og lagaumhverfi

Skráarhald um símanúmer og áskrifendur þeirra á sér langa sögu hér á landi. Þar hafa forverar Já gegnt lykilhlutverki enda höfðu þeir um áratugaskeið einkarétt til að sinna fjarskiptum og tengdri þjónustu hér á landi.

Fyrsti vísir að gagnagrunni um símanúmer varð þannig til þegar ríkið fór með einkarétt á fjarskiptaþjónustu á vegum Póst- og símamálastofnunar. Þegar pósthjónustan var síðar skilin frá rekstrinum var fjarskiptaþjónustan rekin af Landssíma Íslands hf. (síðar Símanum). Þannig var það lengi vel í höndum eins og sama aðilans að úthluta símanúmerum til áskrifenda, halda skrá yfir öll símanúmer, gefa út símaskrá og veita upplýsingaþjónustu um símanúmer.

Árið 1998 tóku gildi ESB/EES-reglur sem ætlað var að koma á virkri samkeppni í fjarskiptum og var einkaréttur afnuminn. Voru settar ýmsar reglur sem miðuðu að því að koma á samkeppni og tryggja aðra almannahagsmuni. Fjórum árum síðar þótti nauðsynlegt að endurskoða fjarskiptalöggjöfina og tóku gildi árið 2002 fimm tilskipanir ESB sem þá voru kallaðar „hin nýja fjarskiptalöggjöf ESB“. Markmiðið var að draga úr flóknu regluverki fjarskipta og skapa einsleit starfsskilyrði fyrir fjarskipta-fyrirtæki í Evrópu, takmarka hindranir og skapa skilyrði fyrir sjálfbæra samkeppni til hagsbóta fyrir neytendur. Var löggjöfin innleidd á Íslandi þann 25. júlí 2003 með lögum nr. 81/2003 um fjarskipti.

Eftir að einkaréttur var felldur niður fóru fleiri fyrirtæki en Síminn að bjóða fjarskiptaþjónustu, sem felur það m.a. í sér að úthluta áskrifendum símanúmerum og breyttist fyrirkomulag skráninga í gagnagrunn símaskrár í samræmi við það. Í fjarskiptalöggjöf ESB/EES eru ákvæði sem taka til þessa.

Hluti af þessu regluverki er tilskipun nr. 2002/22/EB um alþjónustu og réttindi notenda að því er varðar rafræn fjarskiptanet og –þjónustu. Í alþjónustu felst almennt séð að leitast er við að tryggja að almenningur njóti tiltekinnar lágmarks fjarskiptaþjónustu. Í 11. og 35. tl. aðfararorða tilskipunarinnar segir:

„(11) Upplýsingar um símanúmer og númera-upplýsingaþjónusta eru nauðsynleg tæki til aðgangs að talsímaþjónustu sem er öllum aðgengileg og er hluti af þeirri skyldu að veita alþjónustu. Notendur og neytendur vilja hafa



aðgang að tæmandi símaskrá og númeraupplýsingaþjónustu sem nær til allra skráðra áskrifenda talsímaþjónustunnar og númera þeirra (svo sem númera fastra síma og farsíma) og vilja að þessar upplýsingar séu settar fram án mismununar. ...

...

(35) Framboð númeraupplýsingaþjónustu og símaskráa er nú þegar opið fyrir samkeppni. Ákvæði þessarar tilskipunar eru til fyllingar ákvæðum tilskipunar 97/66/EB með því að áskrifendum er veittur réttur til þess að fá um sig skráðar persónuupplýsingar í símaskrá í prentuðu eða tölvutæku formi. Öllum þjónustuveitendum, sem úthluta áskrifendum sínum símanúmerum, ber skylda til að gera viðkomandi upplýsingar aðgengilegar með sanngjörnum, kostnaðartengdum hætti og án mismununar."

Í 5. gr. tilskipunar 2002/22 kemur fram að aðildarríki skuli sjá til þess að a.m.k. ein tæmandi símaskrá sé aðgengileg símnötendum. Jafnframt skuli öllum símnötendum standa til boða a.m.k. ein númeraupplýsingaþjónusta. Í 2. mgr. 25. gr. segir:

„Aðildarríkin skulu tryggja að öll fyrirtæki, sem úthluta símanúmerum til áskrifenda, verði við öllum réttmætum beiðnum, með það í huga að bjóða fram númeraupplýsingaþjónustu og símaskrár sem eru öllum aðgengilegar, um að fá aðgang að viðeigandi upplýsingum í umsömdu formi og með skilmálum sem eru sanngjarnir, hlutlægir, kostnaðartengdir og án mismununar.“

Dómstóll ESB hefur túlkað þetta ákvæði með þeim hætti að skyldan til að afhenda „viðeigandi upplýsingar“ taki aðeins til upplýsinga um símnötendur sem eru í viðskiptum við viðkomandi fjarskiptafyrirtæki. Hins vegar sé í innlendum rétti unnt að gera ríkari kröfur (í því skyni að efla samkeppni) og leggja á viðkomandi fyrirtæki skyldu til að veita upplýsingar um símnötendur sem eru í viðskiptum hjá þriðja aðila. Vísast um þetta til dóms dómstóls ESB frá 5. maí 2011 í máli nr. C-543/09, *Deutsche Telekom gegn Þýskalandi*. Nánar verður fjallað um þann dóm síðar í ákvörðun þessari.

Í 19. gr. fjarskiptalaga er mælt fyrir um rétt til alþjónustu. Í 3. mgr. 19. gr. laganna segir að PFS skuli tryggja að „notendur hafi aðgang að a.m.k. einni símaskrá með öllum símanúmerum og upplýsingaþjónustu um öll símanúmer.“ Í 20. gr. fjarskiptalaga kemur fram að PFS geti falið einu eða fleiri fjarskiptafyrirtækjum að veita tiltekna alþjónustu. Í 3. og 4. mgr. 45. gr. fjarskiptalaga segir:

„Póst- og fjarskiptastofnun skal tryggja að öllum notendum sé opin a.m.k. ein símaskrá sem hefur upplýsingar um öll símanúmer. Einnig skal Póst- og fjarskiptastofnun tryggja að a.m.k. ein símaupplýsingaþjónusta sé opin öllum notendum með upplýsingum um öll símanúmer með fyrirvara um ákvæði 1. mgr. Póst- og fjarskiptastofnun getur í þessu skyni lagt viðeigandi kvaðir á fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk.“

Póst- og fjarskiptastofnun getur skyldað öll fjarskiptafyrirtæki sem úthluta áskrifendum símanúmerum til að verða við beiðnum um að láta í té viðkomandi upplýsingar í formi sem aðilar koma sér saman um, þ.m.t.



tölvutæku formi, og með skilmálum sem eru sanngjarnir og byggðir á kostnaði ásamt hæfilegri álagningu. Óheimilt er að nota upplýsingarnar í öðrum tilgangi en að gefa út símaskrár eða fyrir upplýsingaþjónustu um símanúmer."

2. Alþjónustukvaðir, símaskrá og símaupplýsingaþjónusta Já og forvera

Eins og að framan greinir voru það forverar Já sem um langa hríð höfðu með höndum alla þætti sem tengdust söfnun og miðlun upplýsinga um símanúmer. Þannig var það í höndum eins og sama aðilans að úthluta símanúmerum til áskrifenda, halda skrá yfir öll símanúmer, gefa út símaskrá og veita upplýsingaþjónustu um símanúmer. Útgáfa símaskráar á Internetinu hófst í júní 1998 og var þá jafnframt boðið upp á skráningu net- og vefanga í skrána.⁸ Eftir að einkaréttur Landssímans (hér eftir Síminn) til starfrækslu almennrar fjarskiptaþjónustu var afnuminn þann 1. janúar 1998 og fleiri fyrirtæki fóru að bjóða fjarskiptaþjónustu, sem felur það m.a. í sér að úthluta áskrifendum símanúmerum, breyttist fyrirkomulag skráninga í gagnagrunn símaskrár í samræmi við það.

Í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 5/1999 *Kvörtun Miðlunar ehf. yfir ókeypis aðgangi að símaskrá Landssíma Íslands hf. á Internetinu*, var fjallað um gagnagrunn um símanúmer og tengd atriði. Í málinu gerði Síminn grein fyrir þessari starfsemi:

„Í framangreindri umsögn Landssímans, dags. 28. september 1998, segir að símaskráin hafi verið gefin út árlega í yfir 90 ár og tveir tugir manna vinni að jafnaði við skráningu upplýsinga í gagnagrunn skrárinnar og við útgáfu hennar. Auk þess séu nokkur hundruð starfsmanna í pósthúsum og á afgreiðslustöðum Landssímans sem taki á móti skráningum frá viðskiptavinum. Mikil vinna fari því fram við að skrá inn upplýsingar um ný og breytt númer og sú vinna fari fram allt árið. Í raun megi segja að gagnagrunnur símaskrárinnar sé uppfærður daglega því áhersla sé lögð á að þjónustan í 118, upplýsingalínu Landssímans, hafi alltaf yfir nýjustu upplýsingum að ráða. Ljóst sé að útgáfa símaskrár muni taka breytingum á næstu misserum og færast á rafrænt form líkt og önnur útgáfustarfsemi."

Var þessari starfsemi sinnt af sérstakri deild innan Símans en árið 2005 stofnaði fyrirtækið sérstakt félag, Já Upplýsingaveitur ehf., utan um þá starfsemi sem sneri að varðveislu og rekstri gagnagrunns um símanúmer, útgáfu símaskrár og rekstur upplýsingaþjónustu.

Á grundvelli fyrrnefndra ákvæða fjarskiptalaga var Símanum skylt að halda skrá yfir ekki aðeins símanúmer áskrifenda fyrirtækisins heldur jafnframt símanúmer áskrifenda annarra fjarskiptafyrirtækja, sbr. einnig 6. gr. fyrirmæla PFS til Landssíma Íslands hf. um veitingu alþjónustu, dags. 5. apríl 2005⁹, og samráðsskjal PFS sem birt var í maí árið 2007 vegna útnefningar fjarskiptafyrirtækis með alþjónustuskýldur. Í því skjali var vísað

⁸ Sbr. ákvörðun samkeppnisráðs nr. 5/1999, *Kvörtun Miðlunar ehf. yfir ókeypis aðgangi að símaskrá Landssíma Íslands hf. á Internetinu*.

⁹ Í júlí sama ár ákvað stjórn Landssímans hf. að stofna sérstakt félag um rekstur upplýsingaþjónustu um símanúmer, útgáfu símaskrár o.fl. Einkahlutafélagið Upplýsingaveitur var stofnað í þeim tilgangi að taka yfir starfsemina með öllum réttindum og skyldum frá 1. ágúst 2005. Það var hins vegar ekki fyrir en 2. nóvember 2005 sem var undirritaður kaupsamningur milli Símans og Upplýsingaveitna um kaup og rekstur þess síðarnefnda á skilgreindri starfsemi félagsins.



til 45. gr. fjarskiptalaga og skyldu Símans til að veita aðgang að símaskrá og upplýsingaþjónustu um símanúmer. Kemur eftirfarandi fram þar:

„Í samræmi við ofangreint lagaákvæði hafa önnur fjarskiptafyrirtæki látið Símanum hf. í té yfirlit yfir þá áskrifendur sína sem þess óska, þannig að nauðsynlegar upplýsingar um alla áskrifendur fjarskiptaþjónustu birtist í símaskrá. Póst- og fjarskiptastofnun er ekki kunnugt um að nein vandamál hafi komið upp vegna þessa.

Í dag er það Síminn hf. sem hefur borið skyldu til að gefa út einu sinni á ári símaskrá með öllum símanúmerum. Í 6. gr. fyrirmæla Póst- og fjarskiptastofnunar til Landssíma Íslands hf. um veitingu alþjónustu er eftirfarandi ákvæði um skrá yfir símanúmer í 2. mgr. 6. gr.:

"Fyrirtækið skal árlega gefa út símaskrá yfir öll símanúmer í fastaneti sínu og farsímanetum. Öðrum fjarskiptafyrirtækjum skal vera heimilt að skrá áskrifendur sína í símaskrána. Sama skal gilda ef áskrifendur annarra fjarskiptafyrirtækja óska sjálfir eftir að vera skráðir í símaskrána."

Innan fyrirtækisins er því orðin löng hefð og reynsla af því að gefa út símaskrá. Þá eru viðskiptavinir fyrirtækisins uppistaðan í þeim gagnagrunni sem útgáfa símaskrárinnar byggir á vegna sterkrar stöðu Símans á markaði fyrir talsímaþjónustu.

Síminn ræður þannig yfir einum stærsta gagnagrunni sem til er hér á landi yfir alla símnotendur á landinu"¹⁰

Ljóst er því að fyrir stofnun Já var það Síminn sem réði yfir eina heildstæða gagnagrunni landsins yfir símanúmer. Eftir að Já var stofnað tók félagið alfarið við rekstri gagnagrunnsins og skyldum sem honum fylgdu af móðurfélagi sínu.¹¹ Kom þetta að fullu til framkvæmda á árinu 2007, sbr. ákvörðun PFS nr. 25/2007 um útnefningu fjarskiptafyrirtækja með skyldu til að veita alþjónustu á starfssvæði sínu. Eins og fram hefur komið af hálfu Já varð upplýsingaþjónusta „kjarnastarfsemi hins nýja félags og grunnur lagður að umtalsverðum breytingum á þjónustugæðum og þjónustuframboði félagsins."¹²

Hér skiptir og verulegu máli að Síminn (og forverar) og síðar Já hafa haft einkarétt til notkunar á stuttnúmerinu 118. PFS hefur bent á að 118 hafi í Evrópu verið skilgreint til notkunar fyrir upplýsingaþjónustu um símanúmer, sbr. tilmæli frá ECTRA (e. European Committee for Telecommunication Affairs nr. ECTRA/REC(97)01 frá 4. desember 1997. Í forsendum tilmælanna segi að símaskráþjónusta sé ein af mikilvægustu þjónustum sem tengjast fjarskiptanetum og að aðgengilegur aðgangur að upplýsingaþjónustu um

¹⁰ Sjá kafla 7.1 á bls. 20 í „[Samráðsskjal um útnefningu alþjónustuaðila](#)“ sem birt var á vef PFS þann 16. maí 2007.

¹¹ Sjá t.d. kafla 1.1 í Fyrirhuguð ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar varðandi verðlagningu á aðgangi að gagnagrunni yfir símanúmer, dags. 1. júlí 2011.

¹² Sjá bréf Já til Samkeppniseftirlitsins dags. 28. nóvember 2011.



símanúmer sé lykillinn að skilvirku skrárhaldi. Mikilvægt sé að númer sem notuð eru fyrir slíka upplýsingaþjónustu séu stutt þannig að auðvelt sé að leggja þau á minnið.¹³

Á grundvelli þessa einkaréttar til notkunar á umræddu stuttnúmeri, auk alþjónustukvaðar, hafa Já (og forverar) safnað og miðlað upplýsingum um símanúmer og notendur þeirra, sbr. nánar hér á eftir.

Með ákvörðun PFS nr. 25/2007 voru lagðar eftirfarandi skyldur á Já:

„Með vísun til 1. mgr. 20. gr., sbr. 19. gr. fjarskiptalaga nr. 83/2003 eru Já upplýsingaveitur ehf. kt. 430805-0530 útnefndar með skyldu til að gefa út símaskrá og reka upplýsingaþjónustu um símanúmer. Skyldan nær m.a. til þess að útvega áskrifendum fjarskiptaþjónustu eina prentaða símaskrá sem skal uppfæra a.m.k. einu sinni á ári. Uppfærsla netútgáfu símaskrárinnar skal fara fram a.m.k. einu sinni í viku.

Fyrirtækið skal halda utan um gagnagrunn yfir alla áskrifendur fjarskiptaþjónustu hér á landi hvort sem um er að ræða fastanetsnúmer, farsímanetsnúmer eða önnur þjónustunúmer. Jafnframt skal fyrirtækið virða ákvæði 45. gr. laga um fjarskipti þar sem m.a. er fjallað um rétt notenda til að vera óskráðir í gagnagrunn og rétt notenda til að fá aðgang að þeim upplýsingum sem eru skráðar um þá. Fyrirtækið skal einnig birta lista yfir þá áskrifendur sem óska eftir því að upplýsingar um þá megi ekki nota í tilgangi beinnar markaðssetningar.

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

Var þessi ákvörðun ekki kærð til úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála.

Var þessari skyldu síðan viðhaldið með ákvörðun PFS nr. 22/2011 um útnefningu Já með skyldu til að veita alþjónustu að því er varðar útgáfu símaskrár og rekstur upplýsingaveitu um símanúmer frá 28. júní 2011. Með ákvörðuninni var Já falið að veita eftirfarandi þjónustu:

1. Útgáfu prentaðrar símaskrár einu sinni á ári.
2. Rekstur upplýsingaveitu um símanúmer í númerinu 118.
3. Varðveislu gagnagrunns yfir alla áskrifendur hér á landi, hvort sem um er að ræða fastanetsnúmer, farsímanúmer eða önnur þjónustunúmer.
4. Skylda til að veita öðrum aðgang að gagnagrunni félagsins á kostnaðarverði að viðbættri hæfilegri álagningu.

Eins og fram hefur komið skaut Já þessari ákvörðun til úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála og krafðist þess að 4. tl. yrði felldur úr gildi. Í úrskurði í máli nr. 4/2011 féllst

¹³ Sjá ákvörðun PFS nr. 22/2011.



nefndin á þá kröfu með vísan til þess að PFS skorti lagaheimild til að leggja slíka skyldu á Já á grundvelli fjarskiptalaga.

3. Fyrirkomulag skráninga upplýsinga í gagnagrunn Já

Í fyrrnefndri 45. gr. fjarskiptalaga er kveðið á um rétt áskrifenda fjarskiptaþjónustu til að vera skráðir eða óskráðir í gagnagrunni símaskrár, sbr. 1. mgr. ákvæðisins. Samkvæmt 2. mgr. skulu persónuupplýsingar sem skráðar eru í prentuðum og rafrænum skráum og í upplýsingaþjónustu um símanúmer takmarkast við þær upplýsingar sem þarf til að bera kennsl á áskrifanda nema áskrifandinn hafi veitt ótvíræða heimild til annars.

Almennt hefur það verið svo að þegar einstaklingur/fyrirtæki óskar eftir tal- og/eða farsímaþjónustu hjá tilteknu fjarskiptafyrirtæki er honum úthlutað símanúmeri eða símanúmerum eftir óskum. Við nýskráningar sem þessar miðast skráning upplýsinga hjá fjarskiptafélögunum einkum við rétthafa og greiðanda viðkomandi símanúmers (sem þarf ekki að vera sami aðili) enda eru slíkar upplýsingar grundvöllur að reikningsfærslu hjá viðkomandi fjarskiptafélagi. Óháð því hvort viðkomandi áskrifandi hafi óskað eftir því að upplýsingar um hann yrðu skráðar í gagnagrunn Já er upplýsingum um hann samt sem áður miðlað til Já á grundvelli samninga Já við fjarskiptafélögin, sbr. nánar hér á eftir.

Í þeim tilvikum hins vegar þegar áskrifandi óskar eftir því að upplýsingar um hann verði skráðar í símaskrá miðla fjarskiptafélögin til Já öllum þeim upplýsingum sem viðkomandi hefur óskað eftir að þar verði skráðar. Getur þá jafnvel verið um að ræða ýmsar aðrar upplýsingar en þær sem fjarskiptafélögin sjálf halda skrá yfir.

Eftir upphaflega skráningu áskrifanda hjá viðkomandi fjarskiptafyrirtæki getur hlutaðeigandi breytt skráningu sinni hvenær sem hann svo óskar. Þannig er m.a. mögulegt að óska eftir skráningu annarra en áskrifanda (t.d. starfsmaður skráður fyrir símanúmeri sem fyrirtæki er rétthafi að eða fleiri en einn fjölskyldumeðlimur skráður fyrir sama númeri). Jafnframt geta frelsisnúmer (sem er fyrirframgreidd farsímaþjónusta) verið bæði skráð og óskráð.

Fjarskiptafyrirtæki miðla upphaflegri skráningu áskrifanda til Já. Þegar þessum upplýsingum hefur verið komið til Já hafa fjarskiptafélögin sjaldnast aðkomu að breytingum á þeim. Hefur það verið talið á ábyrgð viðkomandi áskrifanda að fylgjast með skráningu sinni í símaskrá og beina óskum um breytingar til Já, sbr. t.d. bréf Símans til Samkeppniseftirlitsins dags. 18. október 2012. Á heimasíðu Símans hefur þannig verið að finna eftirfarandi leiðbeiningar:

„Allar breytingar á skráningu í Símaskrá fara í gegnum Já. Hægt er að hafa samband við skrifstofu Já í síma 522 3200, senda fax í síma 522 3209 eða senda tölvupóst á ja@ja.is.“¹⁴

Nova hefur bent á að það sé vinnuregla hjá fyrirtækinu að veita aldrei númeraupplýsingar úr kerfum Nova heldur eingöngu frá vef Já (ja.is), enda ekki öruggt að upplýsingar Nova séu réttar samkvæmt vilja rétthafa númersins.

¹⁴ <http://www.siminn.is/einstaklingar/heimasiminn/adstod/>



Hefur þannig skapast sú venja að breytingar á skráningum hafa verið tilkynntar til og framkvæmdar hjá Já og hlutaðeigandi fjarskiptafélag er í flestum tilfellum ekki upplýst sérstaklega um slíkar breytingar.

4. Eðli upplýsinga í gagnagrunni Já

Samkvæmt framangreindu miðla fjarskiptafélögin til Já upplýsingum um áskrifendur sína, hvort sem þeir hafa óskað eftir því eður ei. Hafi áskrifandi sérstaklega óskað eftir því miðla fjarskiptafyrirtækin til Já almennt öllum þeim upplýsingum sem viðkomandi hefur óskað eftir að verði skráðar hjá Já. Um getur verið að ræða ýmsar aðrar upplýsingar en þær sem fjarskiptafélögin sjálf halda skrá yfir, eins og t.d. upplýsingar um starfsheiti, netfang, veffang, aukanafn og kennitölu því tengda. Hér skiptir og verulegu máli að þegar áskrifandi þarf að gera breytingar á sinni skráningu getur hann snúið sér til Já í stað þess fjarskiptafélags sem hann er í viðskiptum við. Leiðir þetta verklag eðli málsins samkvæmt til þess að Já býr yfir mikilvægum upplýsingum tengdum einstaka símanúmerum sem ekki er að finna hjá fjarskiptafélögunum.

Af þessu fyrirkomulagi leiðir að fjarskiptafélög sem úthluta símanúmerum til áskrifenda sinna geta ekki ábyrgst að skráningar þeirra séu réttar og tæmandi. Hefur Síminn m.a. bent á þetta og sagt að félagið telji sig ekki geta tryggt réttmæti upplýsinga áskrifenda sinna í þessu sambandi. Stafir það af því að áskrifendur geti breytt skráningu sinni hjá Já án aðkomu Símans og án þess að fyrirtækið fái tilkynningu um breytingarnar. PFS bendir á að framangreint leiði til þess að aðilar sem hyggja á rekstur upplýsingaþjónustu um símanúmer verði að kaupa aðgang að gagnagrunni Já til að tryggja réttar upplýsingar í rauntíma. Sérstaða gagnagrunns Já er hins vegar ekki einskorðuð við þetta.

Já hefur yfir að ráða ýmis konar upplýsingum í krafti þess að vera með útnefningu alþjónustuveitanda á þessu sviði. Má þar m.a. nefna upplýsingar um bannmerkingu og leyninúmer o.fl. Hér skiptir máli að Já var úthlutað símanúmerinu 118¹⁵ og hefur, einum aðila, verið falið það hlutverk að reka upplýsingaveitu um símanúmer í númerinu. Í b-lið 4. tölul. 3. mgr. 7. gr. reglna nr. 450/2008 um skipulag, úthlutun og notkun númera er kveðið á það hvaða þjónusta skuli vera í númerinu 118. Þar er eftirtalin upptalning:

- Nafn einstaklings eða fyrirtækis
- Númer: Símanúmer í almennri fjarskiptaþjónustu
- Heimilisfang
- Póstnúmer
- Starfsheiti
- Deildarfyrirkomulag
- Afgreiðslutími fyrirtækja
- Tölvupóstfang
- Vistfang heimasíðna
- Bannmerki símanúmera

¹⁵ Með bréfi PFS, dags. 10 febrúar 2011, var Já upplýsingaveitum úthlutað númerinu 118, til 5 ára eða til 10. febrúar 2016, sbr. 7. gr. og 2. mgr. 10. gr. fjarskiptalaga. Með ákvörðun PFS nr. 31/2013 var heimild Já til að nota númerið 118 afturkölluð frá 30. júní 2015 og ber Já þá að hætta notkun þess.



Þetta hefur kallað á að Já uppfæri reglulega gagnagrunn sinn eins og kostur hefur verið til þess að geta orðið við skyldu um veitta þjónustu í símanúmerinu 118. Gagnagrunnur Já hefur því að geyma mun ítarlegri upplýsingar um áskrifendur símanúmera en einungis símanúmer, nöfn og heimilisföng.

Áskrifendur sem eru með svokallað leyninúmer eru þeir sem hafa ekki veitt heimild sína fyrir því að persónuupplýsingar um þá séu skráðar í gagnagrunni símaskrár, sbr. 45. gr. fjarskiptalaga. Þrátt fyrir þetta liggur fyrir að gagnagrunnur Já geymir einnig upplýsingar um leyninúmer. Hefur þetta skráarhald Já og forvera þess viðgengist í fjölda ára þrátt fyrir að skýrt hafi verið kveðið á um það í framangreindri ákvörðun PFS nr. 25/2007 að Já skyldi „virða ákvæði 45. gr. laga um fjarskipti þar sem m.a. er fjallað um rétt notenda til að vera óskráðir í gagnagrunn og rétt notenda til að fá aðgang að þeim upplýsingum sem eru skráðar um þá.“ Sama skylda var áréttuð í b-lið 3. tölul. ákvörðunar PFS nr. 22/2011 frá 28. júní 2011, um útnefningu Já Upplýsingaveitna hf. með skyldu til að veita alþjónustu að því er varðar útgáfu símaskrár og rekstur upplýsingaveitu um símanúmer.

Að framangreindu má vera ljóst að skráarhald Já á leyninúmerum og persónuupplýsingum þeim tengdum er ekki tilkomið vegna skyldu Já til að veita alþjónustu. Í 3. mgr. 2. gr. laga nr. 40/2008 um samræmda neyðarsvörun segir hins vegar:

„Póst- og fjarskiptastofnun, opinberir aðilar sem fjalla um síma- og fjarskiptamál og þeir einkaaðilar sem heimild hafa til reksturs á þessu sviði skulu gera nauðsynlegar ráðstafanir til þess að allir notendur geti, þar sem því verður við komið, náð sambandi við neyðarþjónustu 112 sér að kostnaðarlausu. Sömu aðilar skulu gera nauðsynlegar ráðstafanir til þess að vaktstöð samræmdrar neyðarsvörunar berist sjálfvirk með rafrænum hætti nýjustu gögn um notendur, auðkenni þeirra og staðsetningu, eftir því sem við verður komið.“

Neyðarlínan ohf. hefur um árabíl haft aðgang að gagnagrunni Já sem felur í sér beina tengingu við stöðugt uppfærð gögn. Hefur Neyðarlínan þannig fengið upplýsingar um alla rétthafa sem skráðir eru í grunninn, líka þá sem eru með leyninúmer. Í samningi Já og Neyðarlínunnar um aðgang að gagnagrunni um símanúmeraupplýsingar, dags. 29. janúar 2013, segir:

„Já skuldbindur sig til að veita vaktstöð samræmdrar neyðarsvörunar hjá Neyðarlínunni aðgang að gagnagrunni um símanúmeraupplýsingar. Afhent eru sjálfvirk og með rafrænum hætti nýjustu gögn um notendur, auðkenni þeirra og staðsetningu eftir því sem við verður komið enda ber Já skyldu til þess samkvæmt 3. mgr. 2. gr. laga nr. 40/2008. Já setur þessar upplýsingar inn á ftp.já.is að lágmarki einu sinni á sólarhring.“

Einnig skuldbindur Já sig til að afhenda gögnin án endurgjalds til Neyðarlínunnar. Hefur það tíðkast um árabíl enda eru ríkir almannahagsmunir í húfi og mannlíf oft í hættu. Þetta er gert með þeim skilyrðum að Neyðarlínan nýti sér gögnin einungis til að sinna lögbundnu hlutverki sínu en ekki í samkeppnisrekstri. Að því marki sem Neyðarlínan kunnir að starfa á samkeppnismarkaði gildir almenn verðskrá um aðgang að símaskrárupplýsingum í atvinnuskyni.“



Að mati Samkeppniseftirlitsins sýnir þetta að Neyðarlínan hefur metið það svo að í gagnagrunni Já megi, frekar en annars staðar, nálgast nýjustu og réttustu gögn um áskrifendur fjarskiptaþjónustu og auðkenni þeirra. Er þetta að mati Samkeppniseftirlitsins enn frekari staðfesting á sérstöðu gagnagrunns Já og mikilvægi upplýsinganna sem skráðar eru í grunninn.

Eins og getið er um hér að framan aflaði Samkeppniseftirlitið upplýsinga frá fjarskiptafyrirtækjum. Óskaði eftirlitið m.a. eftir sjónarmiðum fjarskiptafyrirtækjanna um „hvort eða hvernig mögulegir keppinautar Já geti nálgast nauðsynlegar og réttar upplýsingar með skilvirkum hætti án aðgangs að gagnagrunni Já.“ Rétt er að áréttta hér að í svari Vodafone segir að aðeins sé að finna einn heildstæðan gagnagrunn um símanúmer hér á landi og það sé gagnagrunnur Já. Að mati Vodafone sé ekki unnt að líta svo á að aðgangur að upplýsingum einstaka fjarskiptafyrirtækja um símanúmer sé staðgönguvara fyrir aðgang að slíkum gagnagrunni. Aðgangur annarra fyrirtækja að gagnagrunni Já sé því mjög mikilvægur til að tryggja samkeppni. Í umsögn Tals kemur fram að þeir sem ætla að veita þjónustu tengda símanúmerum verði að eiga viðskipti við Já. Það sé ekki valkostur fyrir viðkomandi að afla upplýsinga beint frá fjarskiptafyrirtækjum. Nova hefur bent á að það sé vinnuregla hjá fyrirtækinu að veita aldrei númeraupplýsingar úr kerfum Nova heldur eingöngu frá vef Já (já.is), enda ekki öruggt að upplýsingar Nova séu réttar samkvæmt vilja rétthafa númersins. Í sinni umsögn útskýrir Síminn að aðeins Já búi yfir heildstæðum upplýsingum, sbr. reifun á sjónarmiðum Símans hér að framan.

Já býr þannig yfir eina heildstæða gagnagrunninum um símanúmer hér á landi. Hjá einstökum fjarskiptafyrirtækjum er ekki að finna jafn víðtækar upplýsingar um viðskiptavini þeirra og er að finna hjá Já.

5. Mat PFS á eðli gagnagrunns Já

Eins og fyrr segir hefur PFS á grundvelli fjarskiptalaga fjallað talsvert um gagnagrunn Já og tengd atriði. Er því gagnlegt að horfa til mats PFS á eðli gagnagrunns Já og þýðingu hans fyrir önnur fyrirtæki sem hefja vilja starfsemi á sviði upplýsingamiðlunar um m.a. símanúmer. Í ákvörðun PFS nr. 22/2011 segir þetta um gagnagrunn Já:

„Fyrirtækið Já ræður yfir stærsta gagnagrunni landsins um símanúmer áskrifenda fjarskiptaþjónustu. Að stofni til er hér um að ræða gagnagrunn frá Símanum og fyrirrennrum þess fyrirtækis. Öll fjarskiptafyrirtæki eru skyldug til að láta Já í té upplýsingar um viðskiptavini sína í gagnagrunn ef þeir svo kjósa, sbr. 45. gr. laga um fjarskipti. Gagnagrunnur Já er því nauðsynleg forsenda fyrir því að hægt sé að gefa út prentaða símaskrá hér á landi og upplýsingaþjónustu um símanúmer. Nauðsynlegt er því að gagnagrunninum sé viðhaldið.

...

Til þess að önnur fyrirtæki geti haft þann möguleika að gefa út símaskrá og/eða veita upplýsingaþjónustu um símanúmer er nauðsynlegt að kveða á um að Já skuli veita aðgang að gagnagrunninum á kostnaðarverði ásamt hæfilegri álagningu.“



Í máli þessu hefur PFS sett fram sjónarmið um eðli gagnagrunns Já og þýðingu hans fyrir mögulega keppinauta Já:

„Að mati Póst- og fjarskiptastofnunar er það alveg ljóst að heildstæður gagnagrunnur um símanúmer og notendur þeirra er ekki til nema hjá Já og ekki er hægt að koma sér upp slíkum grunni með því að sækja upplýsingar til símafélaganna, þar sem í skráningu þeirra vantar viðamiklar og nauðsynlegar upplýsingar svo sem um leyninúmer og bannmerkingar. Einnig vantar allar aðrar breytingar sem notandi númers hefur komið beint á framfæri við Já, en þær geta varðað t.d. starfsheiti og aðsetur.

Vegna þess að þetta fyrirkomulag á skráningu upplýsinga hefur tíðkast árum saman er verulegur hluti símaskrárupplýsinga aðeins til staðar hjá Já. Það er því engin önnur leið til að koma sér upp heildstæðum gagnagrunni, heldur en að fá aðgang að upplýsingum sem skráðar eru hjá Já. Sú aðstaða sem Já hefur komið sér upp í samstarfi við Símann og í skjóli þeirra kvaða sem gilt hafa um stuttnúmerið 118, er því ómissandi fyrir þá sem vilja starfrækja miðlun upplýsinga um símanúmer til endanotenda.“

6. Þjónustuframboð Já og aðgangur að upplýsingum í gagnagrunninum

Já (og forverar) hafa boðið ýmsar tegundir af aðgangi að gagnagrunni sínum gegn gjaldi. Af hálfu Já hefur þannig komið fram að félagið bjóði a.m.k. þrenns konar aðgang að gagnagrunni sínum á viðskiptalegum forsendum, sbr. bréf Já, dags. 28. nóvember 2011, og að Já og forverar þess hafi allar götur frá árinu 1998 boðið ýmsar tegundir aðgangs að gagnagrunni sínum, sbr. bréf Já dags. 30. apríl 2012.

Eins og fyrir segir var í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 5/1999 *Kvörtun Miðlunar ehf. yfir ókeypis aðgangi að símaskrá Landssíma Íslands hf. á Internetinu*, fjallað um gagnagrunn um símanúmer og tengd atriði. Í málinu staðhæfði Síminn að keppinautar ættu rétt á aðgangi að gagnagrunninum á jafnréttisgrundvelli:

„Í umsögn Landssímans kemur fram að símaskrá Landssímans á Internetinu kaupir upplýsingar úr gagnagrunni skv. gjaldskrá á sama verði og öðrum standi til boða. Fullyrðing Miðlunar um að verið sé að mismuna keppinautum sé því ekki á rökum reist.

...

Þá kemur fram í svarbréfi Landssímans að fyrirtækið sé reiðubúið til að veita þeim aðila sem þess óski daglega uppfærslu á upplýsingum úr gagnagrunni símaskrárinnar.“

Samkvæmt þeim verðskrá og tilboðum sem Samkeppniseftirlitið hefur kynnt sér hefur Já boðið aðilum, sem eftir því hafa leitað, eftirfarandi aðgangsléiðir að gagnagrunni félagsins:

1. Beintenging við gagnagrunn með uppflettingum. Að sögn Já hentar þessi aðgangsléið þeim sem ætla að stunda upplýsingagjöf í síma eða á Internetinu.



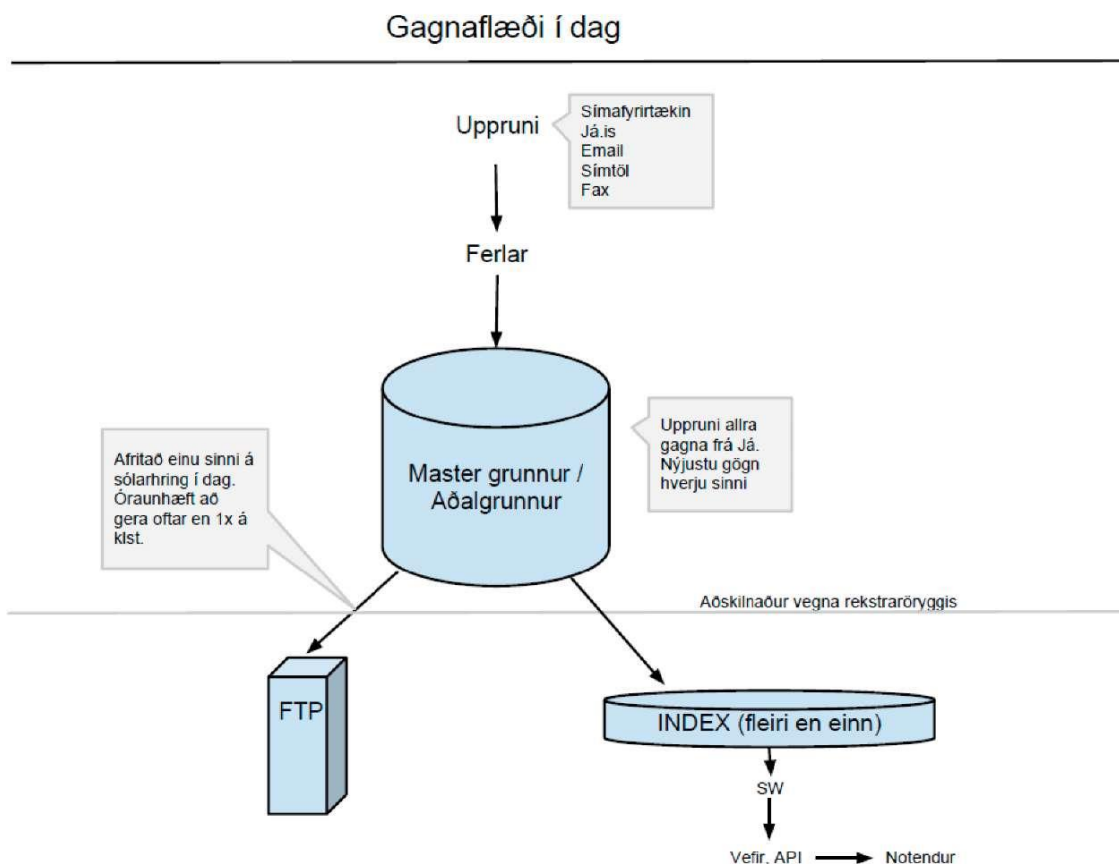
2. Gagnagrunnurinn í heild sinni
3. Gagnagrunnurinn að hluta
4. API þjónusta (fyrir innanhússnotkun)
5. FTP aðgangur (fyrir innanhússnotkun)

Samkvæmt þessu hefur Já m.a. boðið fyrirtækjum sem hyggjast reka upplýsingaþjónustu um símanúmer heildsöluaðgang að gagnagrunni sínum. Ekkert fyrirtæki sem hefur viljað bjóða þjónustu í samkeppni við Já hefur hins vegar keypt þennan aðgang. Hafa þessir aðilar borið því við að kjör Já séu ósanngjörn og feli í raun í sér neitun um aðgang að gagnagrunninum.

Þegar fjallað er um aðgang að gagnagrunni Já er rétt að líta til þess hvernig gagnagrunnur Já og kerfið tengt honum er byggt upp og hvar Já hefur gert ráð fyrir að afhending gagna fari fram. Hefur Já komið á framfæri skýringum sínum um framangreint m.a. með eftirfarandi skýringamynd af kerfum félagsins og flæði gagna í þeim.



Mynd 1: Skýringarmynd af gagnagrunni Já



Myndin sýnir gagnagrunn fyrirtækisins og hvernig gagnaflæði fer um hann. Uppruni gagna er m.a. frá símafyrirtækjunum eins og komið hefur fram. Ferillinn er þannig að öll gögn eru geymd í svokölluðum Aðalgrunni eða „*Master grunn*“ sem inniheldur á hverjum tíma nýjustu upplýsingar um símanúmer og aðrar upplýsingar sem eiga að vera í grunninum.

Samkvæmt Já tákna gráa línan (sem dregin er yfir myndina) aðskilnað vegna rekstraröryggis. Segir Já að slíkur aðskilnaður verði alltaf að vera og nefnir í því sambandi þrjár ástæður. Í fyrsta lagi sé mikilvægt að tryggja uppítíma kerfa. Í öðru lagi svo enginn utan Já hafi aðgang að aðalgrunni Já og í þriðja lagi að ekki sé raunhæft/mögulegt að veita aðgang að aðalgrunni vegna kerfisáhættu. Fyrirtæki sem kaupir í heildsölu aðgang að gagnagrunni Já, fái áður skilgreind gögn afhent í gegnum svonefndan FTP aðgang. Slíkur aðgangur feli í sér beina tengingu við stöðugt uppfærð gögn, eða svokallaða „*beintengingu*“. Gögnin séu „*afrituð X sinnum á sólarhring yfir á sérstök svæði sem eru aðgangsstýrð*.“ Þá séu gögnin dulkóðuð, ásamt því að þau séu mismunandi. Neyðarlínan fái t.d. alla rétthafa, líka leyninúmer, en fyrirtæki sem kaupir skoðunaraðgang fái grunn gögn en ekki leyninúmer. INDEX sé hugbúnaðarlausn sem Já hafi þróað til notkunar á smásölumarkaði, sérhæfður hugbúnaður sé notaður við lestur inn í INDEX hugbúnaðarlausnina og úr henni líka, t.d. stillingar á leit og vægi, beygingarmyndir, bestun á hraða o.s.frv. Þessi hugbúnaðarlausn sé höfundarréttarvarin og alfarið í eigu Já.



Þá hefur komið fram í skýringum Já að hver uppfletting í gagnagrunni Já á heildsölumarkaði skili einni skráningarniðurstöðu á FTP svæði, sem afrituð sé í gagnagrunn þess sem kaupir hana. Sá sem kjósi ekki að kaupa stakar skráningar geti fengið afrit af gagnagrunninum á FTP svæði ásamt stöðugum uppfærslum. Það fari svo eftir þeim miðli sem kaupandi hyggst starfrækja, hvernig kaupandi skipuleggi eigin gagnagrunn og hagi sínum kerfisrekstri.

Önnur þjónusta Já

Eins og áður sagði er upplýsingaþjónusta kjarnastarfsemi Já. Þessari þjónustu sinnir félagið m.a. með því að gefa árlega út prentaða símaskrá og reka vefsíður og upplýsinganúmer, þ.m.t. þjónustu í símanúmerinu 118. Byggir þessi starfsemi öll á aðgangi að gagnagrunni félagsins. Samanstendur vöru- og þjónustuframboð félagsins m.a. af eftirtöldum þjónustupáttum; prentuð símaskrá, þjónustunúmerin 118, 1818 og 1811, upplýsingavefurinn Já.is, Ferðavefur Já, snjallsímaforritið (App) Stjörnur.is, Já Núna appið og nú síðast Já.is appið.

Símaskráin hefur komið út árlega og verið endurgjaldslaus fyrir neytendur. Já hefur hins vegar haft tekjur af símaskránni með því að selja í hana auglýsingar og bjóða upp á viðbótarþjónustu í kringum skráningar í hana, eins og t.d. feitletrun, ramma um skráningar, aukalínur o.fl. Vefurinn Já.is, sem hefur verið einn fjölsóttasti vefur landsins á undanförunum árum, hefur að geyma upplýsingar úr gagnagrunni Já og einnig kortaupplýsingar. Notkun vefjarins er endurgjaldslaus fyrir notendur hans en Já hefur haft tekjur af vefnum með því að selja auglýsingaborða og bjóða upp á viðbótarþjónustu í kringum skráningar, eins og t.d. leitarorð önnur en nöfn fyrirtækja, litaðar skráningar og þess háttar. Í þjónustunúmerum sem Já hefur haft yfir að ráða, 118, 1818 og 1811, hafa verið veittar upplýsingar alla daga ársins, allan sólahringinn. Notendur greiða fyrir símtöl í þjónustunúmer Já skv. verðskrár Já og fjarskiptafélaganna.

Mál þetta tekur til háttsemi sem átti sér stað á tímabilinu frá árinu 2009 og til lok árs 2011. Samhengisins vegna má hins vegar taka fram að aðgangur Já að gagnagrunni sínum hefur gert fyrirtækinu kleift að þróa nýja þjónustu á smásölumarkaði. Sem dæmi má nefna smáforritið (app) Núna sem gerir notendum það kleift að sjá hver sé að hringja og hvert er hringt, áður en svarað er. Fyrir notkun á appinu hafa notendur þurft að greiða annars vegar mánaðargjald skv. verðskrár Já, sem var í fyrstu 169 kr. en hækkaði svo í 179 kr., og hins vegar notkunargjald skv. verðskrár viðkomandi fjarskiptafélags. Í viðtali við forstjóra Já sem birt var í Fréttatímanum þann 20. júní 2013 kemur fram að hátt í 50 þúsund manns hefðu sótt appið Já Núna í Android síma. Það nýjasta í þjónustuframboði Já er síðan Já.is appið. Samkvæmt frétt sem birt var á mbl.is þann 3. apríl 2014 kemur fram að appið innihaldi allar upplýsingar af vefsíðunni ja.is. Appið sé jafnframt ókeypis og talið sé að það muni bæta aðgengi notenda að upplýsingum af síðunni til muna. Í gegnum appið verði hægt að hringja, senda sms-skilaboð, senda tölvupóst, finna upplýsingar á korti, fá vegvísun, finna afgreiðslutíma, upplýsingar á samfélagsmiðlum og finna umsagnir um fyrirtæki.



V. MARKAÐUR MÁLSINS OG STAÐA JÁ

Í máli þessu er ágreiningur um hvort Já hafi með aðgerðum sínum brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga. Samkvæmt 11. gr. laganna er misnotkun eins eða fleiri fyrirtækja á markaðsráðandi stöðu bönnuð. Til þess að fyrirtæki geti verið brotlegt við 11. gr. samkeppnislaga verður það að vera markaðsráðandi.

Við mat á því hvort Já hafi markaðsráðandi stöðu á viðkomandi markaði verður að líta til tveggja þátta. Í fyrsta lagi verður að skilgreina þann markað sem um er að ræða. Þetta er frumskilyrði því markaðsyfirlit geta aðeins átt sér stað í tengslum við sölu eða kaup á tiltekinni vöru eða þjónustu. Því næst verður að meta stöðu einstakra fyrirtækja á markaðnum.

Í þessum kafla verður markaður þessa máls skilgreindur sem og lagt mat á stöðu fyrirtækja á honum á rannsóknartímabili þessa máls. Tekur mál þetta til háttsemi sem átti sér stað á tímabilinu frá árinu 2009 og til lok árs 2011.

1. Þjónustumarkaðurinn

Samkvæmt 4. gr. samkeppnislaga telst markaður vera sölusvæði vöru og staðgengdarvöru. Samkvæmt ákvæðinu er staðgengdarvara vara sem að fullu eða verulegu leyti getur komið í stað annarrar. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008, *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu*, er á það bent að viðtekin venja sé í samkeppnisrétti að skilgreina markaðinn út frá eftirspurnarhlið hans. Í úrskurðinum er einnig bent á að markaðsskilgreiningar geti ekki verið nákvæmar og séu aðeins notaðar til viðmiðunar.

Framangreind skilgreining 4. gr. samkeppnislaga sækir fyrirmynd sína til EES/ESB-samkeppnisréttar. Dómstólar ESB hafa slegið því föstu að viðkomandi markaður teljist vera allar þær vörur (eða þjónusta) sem sökum eðlis og eiginleika sinna uppfylli tilteknar þarfir og hafi „*takmarkaða*“ staðgöngu við aðrar vörur. Þetta verði að meta hliðsjón af eðli samkeppni og framboðs og eftirspurnar á markaði.¹⁶ Í frumvarpi sem varð að lögum nr. 107/2000 (sem breyttu þágildandi samkeppnislögum) kemur fram að við mat á staðgöngu sé m.a. unnt að horfa til eiginleika vöru, verðs hennar og til hvaða nota hún er ætluð.

Í ljósi hagfræðilegra raka ber að greina viðkomandi markað út frá að minnsta kosti tveimur sjónarhornum; annars vegar þarf að lýsa þeim vöru- eða þjónustumarkaði sem um er að ræða og hins vegar afmarka landfræðilega markaðinn. Verður fyrst vikið að þjónustumarkaðnum.

Í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins var komist að þeirri frumniðurstöðu að þjónustumarkaður málsins væri markaður fyrir rekstur og heildsöluaðgang að gagnagrunni um símanúmer hér á landi, auk smásölumarkaða fyrir þjónustu sem byggja á aðgangi að umræddum gagnagrunni.

¹⁶ Vísast um þetta til dóms dómstóls ESB í máli nr. 322/81, *Michelin v Commission*, og dóms undirréttar ESB frá 1. júlí 2010 í máli nr. T-321/05, *AstraZeneca v Commission*.



Já getur ekki fallist á þessa markaðsskilgreiningu. Í bréfi Já dags. 19. janúar 2012 kemur fram að fyrirtækið telji sig ekki starfa á markaði fyrir heildsöluaðgang að símanúmerum heldur á markaði fyrir rekstur fjölmiðlaþjónustu. Fyrirtækið hafi hins vegar boðið upp á endursölu á upplýsingum um símanúmer. Segir Já að erlendis séu upplýsingaþjónustufyrirtæki eins og Já skilgreind sem fjölmiðlafyrirtæki og fyrirtækið sé m.a. í samkeppni við aðra upplýsingavefi eins og Google, Facebook, Tripadvisor og Yelp.

Í bréfi Já dags. 30. apríl 2012 skilgreindi Já hins vegar markaði málsins með þessum hætti:

- Markaður fyrir endursölu símaskrárupplýsinga (sem Já segir undirmarkað á markaði fyrir heildsölu símaskrárupplýsinga).
- Markaður fyrir upplýsingaþjónustu og sölu auglýsinga (sem Já segir vera smásöluhlutann). Segir Já að þessi markaður skiptist í undirmarkaði:
 - Einstaklingsmarkaður sem Já telur að skiptist í tvo hluta:
 - Sá hluti þar sem ekki sé krafist endurgjalds hjá endanotenda, t.d. fyrir aðgang að símaskrá á netinu
 - Sá hluti sem krafist er endurgjalds hjá notanda, t.d. símtöl í 118
 - Fyrirtækjamarkaður (aðallega auglýsingasala til fyrirtækja).

Eins og fram kom í bréfi Já 19. janúar 2012 taldi félagið sig starfa á markaði fyrir rekstur fjölmiðlaþjónustu. Í bréfinu frá 30. apríl 2012 er þannig horfið frá þeirri skilgreiningu og félagið sagt starfa m.a. á markaði fyrir upplýsingaþjónustu.

Rétt er að gera nánari grein fyrir sjónarmiðum aðila málsins hvað skilgreiningu markaðarins áhrærir.

1.1 Sjónarmið aðila

Loftmyndir mótmæla staðhæfingum Já um að félagið starfi ekki á heildsölumarkaði fyrir aðgang að gagnagrunni félagsins. Benda Loftmyndir á að fjarskiptafélög veiti ekki aðgang að neinum gagnagrunnum fyrir símanúmer enda starfræki þau ekki slíka grunna. Þau hefðu hins vegar gert einstaka samninga við Já um sölu á hráum gögnum um símanúmer hvers og eins einstaklings og fyrirtækis. Í því fælist ekki heildsöluaðgangur að gagnagrunni, enda yrði hann ekki til fyrr en upplýsingar allra fyrirtækjanna kæmu saman og við bættust upplýsingar í krafti alþjónustukvaðar, s.s. um bannmerki og símanúmer. Já hefði upplýst um það að félagið hefði boðið upp á endursölu á viðkomandi upplýsingum. Í því fælist að mati Loftmynda að Já starfaði þar með á þessum markaði. Raunar væri um mikla einföldun að ræða enda bjóði Já upp á aðgang að gagnagrunni sínum en ekki einfalda áframsölu upplýsinga frá símafyrirtækjunum. Allt að einu starfaði Já augljóslega á þeim markaði sem það seldi þjónustu á.

Loftmyndir telji því að Já starfi á markaði fyrir heildsöluaðgang að gagnagrunni um símanúmer og sé þar í einokunarstöðu.

Miðlun hefur bent á að innan stjórnarsýslunnar hefði verið gert ráð fyrir að Já annaðist skráningu í gagnagrunn og endursölu á gögnunum, sbr. kvöð um alþjónustu sem PFS hefði lagt á Já. Því hefði skapast sú venja að ýmsar upplýsingar sem nauðsynlegar væru til að veita upplýsingaþjónustu væru skráðar í grunn Já en ekki í gagnagrunna símafyrirtækjanna. Dæmi um slíkar upplýsingar væru bannmerkingar, leyninúmer,



skráningar á frelsisnúmerum, starfsheiti, skráning annarra en rétthafa á sama númeri o.fl. Þessar skráningavenjur gerðu öðrum aðilum erfitt fyrir að veita Já samkeppni á jafnræðisgrundvelli. Miðlun telur að Já starfi á svonefndum vísivörumarkaði (e. directory services) og hafi 100% markaðshlutdeild á markaði fyrir upplýsingar um símanúmer einstaklinga.

PFS telur að Já starfi á markaði fyrir heildsöluaðgang að gagnagrunni um símanúmer. Bendir stofnunun m.a. á að sökum þeirrar aðstöðu sem Já hafi verið í frá upphafi, sem m.a. felist í því fyrirkomulagi að notendur geti gert breytingar á skráningum með beinni tilkynningu til Já, ráði fyrirtækið „*yfir einu vörunni sem getur gert það mögulegt að reka upplýsingaþjónustu um símanúmer.*“

Sjónarmið Já

Já segir að erlend systurfélög hafi verið skilgreind á markaði fyrir rekstur fjölmiðlaþjónustu (e. media services) og telji í því ljósi ekki óeðlilegt að leggja slíka markaðsskilgreiningu til grundvallar. Erlendis séu fyrirtæki eins og Já (e. directories) skilgreind í sama flokk og miðlar (e. media) en ekki fjarskiptafélög í opinberum vísitölum yfir skráð hlutafélög. Hjá Bloomberg séu samanburðarfélög Já flokkuð meðal „media“ eða fjölmiðla og nánar undirflokkuð (e. Industry subgroup) sem „publishing“ eða meðal útgáfufyrirtækja. Þetta sé einnig sú flokkun sem erlendir greiningaraðilar, m.a. Goldman Sachs og JP Morgan, styðjist við. Bendir Já einnig á að bæði hollensk og bresk samkeppnisyfirvöld hafi talið að erlend systurfélög Já sinni upplýsingaþjónustu og keppi m.a. á auglýsingamarkaði.

Já telji að mál þetta fjalli í grunninn um skilgreiningu á hverjir starfi á markaðnum fyrir heildsöluaðgang að gagnagrunni um símaskrárupplýsingar og stöðu aðila á þeim skilgreinda markaði. Kveðst Já ekki starfa á markaði fyrir heildsöluaðgang að símaskrárupplýsingum, heldur séu það símafyrirtæki sem úthluti viðskiptavinum sínum símanúmer sem starfa á því sölustigi og séu ráðandi þar. Já hafi síðan endurselt slíkar upplýsingar.

Í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins sé gerð grein fyrir lagaumhverfi sem í reynd byggir undir þessa afstöðu Já. Skýrist þetta af þeirri staðreynd að PFS geti skyldað öll fjarskiptafyrirtæki sem úthluta áskrifendum símanúmerum til að verða við beiðnum um að láta símaskrárupplýsingar í té. Í andmælaskjali sé jafnframt vísað til aðfararorða tilskipunar nr. 2002/22/EB. Þar komi aftur skýrt fram að öllum þjónustuveitendum sem úthluti áskrifendum sínum símanúmer beri skylda til að gera viðkomandi upplýsingar aðgengilegar með sanngjörnum kostnaðartengdum hætti og án mismununar. Sú skylda sé áréttuð í 2. mgr. 25. gr. tilskipunarinnar.

Já hafi óskað eftir upplýsingum frá forsvarsmönnum þriggja stærstu símafélaganna um hvort þeir telji sig starfa á heildsölumarkaði fyrir símaskrárupplýsingar. Vodafone hafi kosið að sitja hjá um afstöðu sína í þessu máli en af svari Símans og Nova að dæma telji bæði félögin sig starfandi á þessum markaði. Í svari Nova hafi raunar komið fram að það myndi selja öðrum sem eftir því óska sömu símaskrárupplýsingar og það selji Já. Tekið sé sérstaklega fram að Nova telji sér heimilt að afhenda og selja öðrum en Já símanúmeraupplýsingar til þess að sá aðili geti veitt slíka þjónustu og það myndi Nova gera næðust um það samningar milli viðkomandi aðila. Í bréfi Símans sé tekið fram að



félagið hafi tekið þá afstöðu að afhenda upplýsingarnar þeim sem reki eða hyggist reka upplýsingaþjónustu um símanúmer án þess að valdboð þurfi frá PFS. Telji Síminn nærtækast að skilgreina afhendingu símaskrárupplýsinga sem þjónustu á heildsölustigi svo upplýsingamiðlun geti átt sér stað gagnvart endanotendum á smásölustigi.

Já sé ekki kunnugt um að Samkeppniseftirlitið eða PFS hafi kynnt sér hverjir selji aðgang að gagnagrunnum um símanúmer í helstu viðmiðunarlöndum og gerði því sjálft samantekt um fyrirkomulag heildsölu og verðlagningu í nokkrum löndum. Þar liggja heildsalan eftir því sem næst verði komist í öllum tilfellum hjá símafyrirtækjum, hvort sem þau sjái um heildstæðan gagnagrunn eða eingöngu gagnagrunn sinna eigin viðskiptavina. Með umsögn Já fylgdi samantekt sem Já fékk utanaðkomandi ráðgjafa til að vinna. Segir Já að af þessari samantekt megi ráða að Já, eins og önnur systurfyrirtæki þess í Evrópu, sé alls ekki starfandi á markaði fyrir heildsölu á símaskrárupplýsingum, heldur séu það símafyrirtækin sem starfi á þeim markaði.

Já hafi hins vegar starfað á markaði fyrir endursölu á þeim upplýsingum sem símafyrirtækin hafi veitt félaginu, sbr. gjaldskrá Já, þó það sé í engu samræmi við þau fordæmi sem félagið hafi aflað um systurfyrirtæki sín í Evrópu. Þá hafi Já og forveri þess allar götur frá 1998 boðið ýmsar tegundir aðgangs að gagnagrunni sínum. Það sé alveg ljóst að erlendis séu það símafyrirtækin sem starfi á heildsölumarkaði og upplýsingaþjónustufyrirtæki eins og Já starfi á smásölumarkaði. Já hafi byggt upp sitt fyrirtæki og sína þjónustu á sambærilegan hátt og evrópskar upplýsingaveitur og farið eftir sömu löggjöf og þær séu felldar undir.

Á smásölustigi beri að greina á milli tvenns konar endanotenda. Annars vegar einstaklinga og fyrirtækja sem noti Já sem upplýsingaveitu, þ.m.t. en ekki eingöngu, sem upplýsingaveitu um símanúmer. Hins vegar sé um að ræða fyrirtæki sem auglýsi eða hafi áhuga á að auglýsa í miðlum Já, þ.m.t. en ekki eingöngu, miðlum sem veiti upplýsingar um símanúmer. Þannig byggist velgengni upplýsingaveitu á borð við Já á því að ná hylli bæði notenda og auglýsenda. Um þetta tvíeðli markaðarins hafi verið fjallað af hálfu samkeppnisyfivalda til að mynda í Hollandi.

Að mati Já ætti Samkeppniseftirlitið að nota samsvarandi markaðsskilgreiningar og skilgreina smásölumarkaðinn út frá markaðnum fyrir auglýsingar, hvort heldur sé á netinu eða í prentuðum miðlum. Þannig keppi prentaða símaskráin um hylli auglýsenda í dagblöðum og öðru prentuðu efni og símaskráin á netinu keppi a.m.k. um hylli auglýsenda á netmiðlum almennt, þ.m.t. á leitarvélum á borð við Google.

Samkeppniseftirlitið hafi haldið því fram að framkvæmd í samkeppnisrétti og fræðileg umfjöllun sýni að ekki sé unnt að líta svo á að leitarvélin Google og samskiptavefurinn Facebook séu fyrirtæki á sama markaði og Já. Engu að síður hafi hollensk samkeppnisyfirdöld komist einmitt að þeirri niðurstöðu að auglýsendur í Hollandi líti að minnsta kosti sumir hverjir svo á að leitarvélar á netinu á borð við Google séu á sama markaði og upplýsingaveitur um símanúmer. Þá beri erindi Miðlunar til Já, dags. 12. desember 2005, það eindregið með sér að sjálfur kvartandi málsins hafi skilgreint markaðinn út frá auglýsingahliðinni. Þannig segi m.a. orðrétt í erindinu: „... *Vísivörumarkaðurinn er almennt talinn 7-10% af auglýsingamarkaði í nágrannalöndunum. Þetta hlutfall er nokkuð lægra hér og því tækifæri til að stækka markaðinn...*”



Samkvæmt þessu telji Já Samkeppniseftirlitið vera á rangri braut með hvernig smásölumarkaðurinn sé skilgreindur í máli þessu, a.m.k. í þeim tilvikum sem notkun endanotandans sé endurgjaldslaus. Hafi eftirlitið ekki með neinum hætti skoðað þá dýnamík sem sé á eftirspurnarhlið markaðarins með hliðstæðum hætti og hollensk samkeppnisyfirvöld hafi gert.

1.2 Innlend og erlend fordæmi

Samkeppnisyfirvöld hafa áður fjallað um mál er varða markað fyrir upplýsingar um símanúmer. Í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 30/1997 var fjallað um kvörtun fyrirtækisins Alnets vegna synjunar Pósts og síma hf. um aðgang að gagnagrunni um símanúmer. Hélt kvartandi því fram að samkeppnisstaða gæti aldrei verið jöfn nema keppinautar fengju aðgang að gagnagrunni Pósts og síma. Keppinautar gætu ekki komið sér upp sambærilegri skrá. Í málinu voru skilgreindir markaðir málsins annars vegar markaður fyrir almenna fjarskiptaþjónustu og hins vegar markaður fyrir útgáfu tölvutækra skráa yfir símanúmer fyrirtækja, stofnana og einstaklinga. Benti samkeppnisráð á að Póstur og sími væri í reynd í einokunarstöðu varðandi upplýsingar um símanúmer. Fyrirtækið væri það eina sem réði yfir slíkum gagnagrunni sem uppfærður væri reglulega. Var sú skylda lögð á Póst og síma að veita keppinautum aðgang að gagnagrunninum.

Í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 5/1999 *Kvörtun Miðlunar ehf. yfir ókeypis aðgangi að símaskrá Landssíma Íslands hf. á Internetinu*, var aftur fjallað um gagnagrunn um símanúmer og tengd atriði. Í málinu gerði forveri Já grein fyrir þessari starfsemi. Upplýsti fyrirtækið í málinu „að símaskrá Landssímans á Internetinu kaupir upplýsingar úr gagnagrunni skv. gjaldskrá á sama verði og öðrum standi til boða.“ Þá kom fram af hálfu fyrirtækisins að það sé „reiðubúið til að veita þeim aðila sem þess óski daglega uppfærslu á upplýsingum úr gagnagrunni símaskrárinnar.“ Í niðurstöðu samkeppnisráðs segir:

„Í máli þessu er um það að ræða að Landssími Íslands hf. selur aðgang að gagnagrunni símaskrárinnar. Þeir sem kaupa aðgang að gagnagrunninum geta síðan gefið út þær upplýsingar sem úr honum fást í bókarformi, á tölvudiski, með upplýsingaveitu á Internetinu eða með öðrum hætti. Landssíminn hefur gefið út gjaldskrá fyrir aðgang að gagnagrunninum og símaskrá fyrirtækisins á Internetinu [og] kaupir aðgang að grunninum skv. þeirri gjaldskrá að sögn fyrirtækisins.

...

Einkaréttur til starfrækslu almennrar fjarskiptaþjónustu féll niður þann 1. janúar 1998. Í tengslum við einkaréttarþjónustu sína hefur Landssíminn haldið skrá yfir símnotendur, einstaklinga, fyrirtæki og stofnanir, um áratugaskeið og hófst útgáfa skrárinnar á Internetinu í júní 1998, en þá var jafnframt boðið upp á skráningu net- og veffangna í skrána. Ljóst þykir að símaskrá í tölvutæku formi, hvort heldur sem er í formi upplýsingaveitu á Internetinu eða uppflettiforrits á tölvudiski, skapi notendum ákveðið hagræði, t.d. varðandi leitarmöguleika og flýtiaðgerðir, sem símaskrá í bókarformi hefur ekki upp á að bjóða. Að mati samkeppnisráðs verður að telja útgáfu tölvutækra upplýsingaskráa af þessum toga til sérstaks markaðar í skilningi samkeppnislaga.“



Í a.m.k. tveimur ákvörðunum framkvæmdastjórnar Evrópusambandsins hefur því verið slegið föstu að upplýsingaþjónusta um símanúmer (e. Directory assistance services) sé sérstakur vörumarkaður, sbr. ákvarðanir framkvæmdastjórnarinnar í máli nr. IV/M. 2468, *Seat Pagine Gialle / Eniro* frá 27. júní 2001 þar sem vísað var til eldri ákörðunar framkvæmdastjórnarinnar, nr. COMP/M. 1957 – *Viag Interkom / Telenor Media* frá 14. júní 2000, og tekið fram að sama skilgreining á markaðnum eigi enn við.

Í ákvörðun finnska samkeppniseftirlitsins var fyrirtækið SNOY (Suomen Numeropalvelu Oy) talið starfa á heildsölumarkaði fyrir upplýsingar um áskrifendur símanúmera.¹⁷ Var eini gagnagrunnur Finnlands yfir símanúmer í eigu og umsjón SNOY. Í málinu var SNOY talið hafa misnotað markaðsráðandi stöðu sína á markaðnum með því að synja fyrirtækjum á markaði fyrir upplýsingaþjónustu um símanúmer um slíkan heildsöluaðgang nema að tilteknum skilyrðum uppfylltum. Var þetta mat staðfest af finnska markaðsdómstólnum í dómi frá 6. apríl 2009.¹⁸ Þann 30. janúar 2013 staðfesti Hæstiréttur Finnlands í stjórnarsýslumálum dóm markaðsdómstólsins.¹⁹ Nánar verður fjallað um þetta mál hér á eftir.

Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 34/2010 *Yfirráð Auðar I fagfjárfestasjóðs slf. yfir Já upplýsingaveitum ehf.* frá 15. desember 2010 voru til skoðunar samkeppnisleg áhrif kaupa Auðar á Já. Í tilkynningu samrunaaðila í málinu var að finna umfjöllun um skilgreiningar á þeim mörkuðum sem tengjast samrunanum. Þar er fullyrt að Já sé eina félagið sinnar tegundar á þeim markaði er máli skipti, sbr. eftirfarandi fullyrðingar sem fram koma í tilkynningunni:

„... Já starfar fyrst og fremst við upplýsingagjöf með því að gefa út símaskrána, rekstri vefsíðu og rekstri upplýsinganúmera. Já er eina félag sinnar tegundar á þessum markaði.“

...

Símaskráin hefur 100% markaðshlutdeild þar sem hún er eina skráin sem gefin er út fyrir allt landið (...) Já.is er fimmti mest sótti vefur landsins samkvæmd samræmdri vefmælingu Modernus. Þjónustunúmer Já – 118, 1818 og 1811 – hafa 100% markaðshlutdeild þar sem þetta eru einu númer sinnar tegundar á landinu.“

...

þar sem Já er eina fyrirtækið sem gefur út símaskrána og rekur þjónustunúmerin 118, 1818 og 1811 hefur félagið 100% markaðshlutdeild á þeim mörkuðum.“

1.3 Niðurstaða

Hér að framan var gerð grein fyrir sögulegum bakgrunni skráarhalds og aðgangs að símanúmeraupplýsingum, lagaumhverfi og aðkomu fjarskiptayfirvalda af þessum málum á síðastliðnum árum. Þá hefur verið litið til þess hvernig markaðir sem tengjast gagnagrunnum og upplýsingaþjónustu um símanúmer hafa áður verið skilgreindir af

¹⁷ Í enskri útgáfu af ársskýrslu KKV fyrir árið 2006 er markaður málsins sagður vera „the wholesale market of telephone subscriber information“. Er skýrslan aðgengileg á vefsíðu KKV á slóðinni <http://www.kkv.fi/>

¹⁸ Mál nr. DNO MAO: 178-179/09.

¹⁹ Lýst svo í skýrslu OECD um samkeppnismál í Finnlandi: „In January 2013, the Supreme Administrative Court issued a judgement upholding the decision of the FCCA [finnska samkeppniseftirlitið] and the Market Court on the abuse of the dominant market position on the wholesale market for subscriber information.“ DAF/COMP/AR (2013)14



samkeppnisyfirvöldum hér á landi og erlendis. Eins og fyrr segir stofnaði Síminn árið 2005 sérstakt félag, Já Upplýsingaveitur ehf., utan um þá starfsemi sem snéri að rekstri gagnagrunns um símanúmer, útgáfu símaskrár og rekstur upplýsingaþjónustu.

Hér að framan var einnig lýst þeim alþjónustukvöðum sem gilt hafa og að Já hafi haft einkarétt til reksturs stuttnúmersins 118. Jafnframt var gerð grein fyrir fyrirkomulagi skráninga upplýsinga í gagnagrunn Já og mati PFS á eðli gagnagrunnsins og þýðingu. Af þessu öllu leiðir að á rannsóknartímabili þessa máls bjó Já yfir eina heildstæða gagnagrunni landsins yfir símanúmer.

Samkeppniseftirlitið er einnig sammála PFS um að á rannsóknartímabilinu hafi ekki verið unnt fyrir aðra að koma sér upp slíkum grunni með því að sækja upplýsingar beint til fjarskiptafyrirtækja. Ástæða þessa er að þau fyrirtæki búa ekki yfir mikilvægum upplýsingum eins og t.d. um bannmerkingar eða mögulegar breytingar á heimilsfangi notenda. Án aðgangs að gagnagrunni Já gátu nýir keppinautar ekki hafið starfsemi sem felst í miðlun upplýsinga um símanúmer í samkeppni við Já.

Til frekari stuðnings þessu ber að horfa til þess þess að kvartendur í þessu máli hafa óskað eftir aðgangi að gagnagrunni Já sem geymir öll símanúmer einstaklinga og fyrirtækja á Íslandi í þeim tilgangi að bjóða þjónustu í samkeppni við Já. Slíkur aðili, sem hefur í hyggju að veita upplýsingaþjónustu um símanúmer, hvort sem um er að ræða upplýsingaþjónustu í síma eða upplýsingaþjónustu á Internetinu, er óneitanlega háður því að fá aðgang að réttum upplýsingum um alla þá einstaklinga og fyrirtæki hér á landi sem hafa kosið að vera skráðir í prentaðar og/eða rafrænar skrár. Þessar upplýsingar var á rannsóknartímabili málsins einungis hægt að nálgast á einum stað. Er það í gagnagrunni Já sem geymir öll símanúmer hér á landi, hvort sem um er að ræða leyninúmer eða skráð númer.

Fyrir liggur að þær upplýsingar sem hafa til þessa legið hjá fjarskiptafyrirtækjunum sjálfum eru einungis ákveðnar grunnupplýsingar sem tengjast hverju símanúmeri sem skráð er hjá viðkomandi fjarskiptafyrirtæki. Er vistun þessara upplýsinga hjá fjarskiptafélagunum óháð því hvort persónulegar upplýsingar um hlutaðeigandi áskrifendur eru skráðar í gagnagrunni símaskrár og óháð því hvort breytingar hafi átt sér stað á upplýsingum um viðkomandi frá því þær voru fyrst skráðar í gagnagrunn Já. Duga þessar upplýsingar fjarskiptafyrirtækjanna í flestum tilvikum einungis til þess að bera kennsl á áskrifanda í þeim tilgangi að senda viðkomandi reikning fyrir símnotkun sinni.

Þegar þannig er horft á símanúmeraupplýsingar út frá sjónarhóli aðila sem hafa í hyggju að veita þjónustu sem byggir á þessum upplýsingum (í þessu tilviki t.d. Miðlun) er ljóst að ekki er staðganga milli annars vegar þeirra grunnupplýsinga sem hvert og eitt fjarskiptafélag heldur skrá yfir um eigin áskrifendur og hins vegar þeirra upplýsinga sem heildstæður gagnagrunnur Já hefur að geyma.

Á rannsóknartímabili málsins bjó Já þannig yfir vöru eða þjónustu sem ekki var í boði annars staðar, þ.e. aðgangur að heildstæðum gagnagrunni um símanúmer. Ber og að líta til þess sem var lýst yfir í samrunatilkynningu sem leiddi til ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins nr. 34/2010 að Já væri eina fyrirtækið sinnar tegundar og hefði 100% markaðshlutdeild á mörkuðum sem tengjast upplýsingum um símanúmer.



Einnig liggur fyrir í málinu að Já, og forverar félagsins, hafa boðið heildsöluaðgang að þessum gagnagrunni. Eins og fram kom í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 5/1999 kvaðst Landssíminn bjóða keppinautum aðgang að gagnagrunninum á sömu kjörum og „símaskrá Landssímans“ nyti. Í bréfi Já frá 27. maí 2009, til fyrirtækis sem óskaði upplýsinga um aðgang að gagnagrunninum, segir að „Já hefur umsjón með rekstri gagnagrunns sem notaður er við birtingu upplýsinga í Símaskrá, þjónustunúmerinu 118 og á vefnum www.ja.is. Já veitir þeim aðilum er þess óska aðgang að gagnagrunni Símaskrár.“ Er síðan m.a. gerð grein fyrir aðgangssleið að grunninum sem sögð er henta þeim aðilum sem hyggjast stunda upplýsingagjöf í síma eða á Internetinu. Boðið var upp á samskonar heildsöluaðgang í verðskrá Já sem var í gildi á árinu 2011.

Á vefsíðunni Já.is kom fram að félagið skilgreini sig sem þjónustufyrirtæki sem hafi „þá einföldu stefnu að miðla upplýsingum sem fólk þarfnast í dagsins önn og auðvelda samskipti þess á milli.“ Til þess að sinna hlutverki sínu starfræki Já þrjá miðla en það séu Símaskráin, Já 118 og Já.is.²⁰ Samkvæmt upplýsingum á vefsíðu Já á sama tíma skilgreindi félagið *Gulu síðurnar* og *Kortavef Já* sem sérstaka vöru/þjónustu sem Já bjóði.²¹ Nýrri vörur Já eru m.a. snjallsímaforritið (e. App) „Já í símann“, vefirnir „Stjörnur.is“ (vettvangur almenningsálits) og „Iceland.ja.is“ (upplýsingavefur fyrir erlenda ferðamenn).²² Á vefnum segir m.a. að vefurinn sé eini heildstæði leiðarvísirinn um þjónustuveitendur á Íslandi (e. „The only complete guide to Icelandic Service Providers“).²³ Samkvæmt þessu lítur Já á sig sem þjónustufyrirtæki sem miðlar til viðskiptavina sinna upplýsingum sem byggja fyrst og fremst á upplýsingum sem er að finna í gagnagrunni fyrirtækisins.

Að öllu framangreindu virtu er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að vöru- og þjónustumarkaðir þessa máls séu eftirfarandi:

- Markaður fyrir rekstur og heildsöluaðgang að gagnagrunni um símanúmer hér á landi
- Smásölumarkaðir fyrir þjónustu sem byggir á aðgangi að umræddum gagnagrunni.

Er þessi markaðsskilgreining að mati Samkeppniseftirlitsins í samræmi við skilgreiningu markaða sem gerð var grein fyrir í kaflanum um innlend og erlend fordæmi hér að framan. Dæmi um smásölumarkaði sem heyra hér undir eru m.a. markaður fyrir útgáfu prentaðrar símaskrár, markaður fyrir upplýsingaþjónustu í síma, markaður fyrir upplýsingaþjónustu á Internetinu, o.fl.

Samkeppniseftirlitið telur að þau sjónarmið sem Já hefur sett fram í málinu geti ekki haggað framangreindu. Skal vikið nánar að því.

Um að Já starfi ekki á markaði fyrir heildsöluaðgang að gagnagrunninum

²⁰ Sbr. upplýsingar á vefsíðu Já, t.d. afrit frá 16. mars 2012 sótt af vefsafni Landsbókasafns Íslands.

²¹ Sbr. yfirlit yfir vörur og þjónustur Já á vef félagsins: <http://ja.is/vorur-og-thjonusta/>

²² Sbr. erindi Já, dags. 28. nóvember 2011.

²³ Sjá hér slóðina <http://i.ja.is/>



Já kveðst ekki starfa á markaði fyrir heildsöluaðgang að gagnagrunni um símaskrárupplýsingar, heldur séu það símafyrirtæki sem úthluti viðskiptavinum sínum símanúmer sem starfa á því sölustigi og séu ráðandi þar. Já hafi síðan endurselt slíkar upplýsingar.

Eins og að framan greinir er Samkeppniseftirlitið sammála PFS um að á rannsóknartímabilinu hafi ekki verið unnt fyrir aðra að koma sér upp samskonar gagnagrunni með því að sækja upplýsingar beint til fjarskiptafyrirtækja.

Kjarni málsins hér að mati Samkeppniseftirlitsins varðar heildstæði gagnagrunna um símanúmer. Það er augljóslega mjög mikilvægt að símaskrárupplýsingar séu réttar og að samræmi sé í skráningu einstakra númera hjá mismunandi upplýsingaveitum. Mikilvægar merkingar svo sem bannmerkingar þurfa að fylgja skráningu númera hvar sem þau eru skráð. Hefur PFS m.a. bent á þetta og tekið fram að þetta sé hið eiginlega inntak heildstæðis, fremur en hvort áskrifendur allra símafélaga séu skráðir í eina skrá. Þá hefur það jafnframt verið staðfest af hálfu Já að nauðsynlegt geti verið að uppfæra skráningar fjarskiptafélaganna um eigin áskrifendur með hliðsjón af skráningum í gagnagrunni Já, sbr. bréf Já til Samkeppniseftirlitsins dags. 17. desember 2012. Kemur þar m.a. fram að Já hafi lagt það til að grunnupplýsingar um rétthafa símanúmera, ásamt bannmerkingum og leyninúmerum yrðu sendar til baka til fjarskiptafélaganna. Segir svo orðrétt: „Tilgangurinn er einmitt sá að uppfæra grunnupplýsingar símafyrirtækjanna og tryggja að þær séu sem réttastar.“ Að mati Samkeppniseftirlitsins er Já með þessum hætti í raun að staðfesta sérstöðu gagnagrunnsins. Líkt og áður hefur komið fram eru skiptar skoðanir hjá fjarskiptafélagunum um þetta boð Já um að miðla til þeirra upplýsingum í þeim tilgangi að uppfæra skráningar fjarskiptafélaganna, hvort það sé framkvæmanlegt, hagkvæmt og hvort fjarskiptafélagin hafi yfir höfuð þörf á þeim upplýsingum sem um er að ræða.

Nánari staðfesting á sérstöðu og mikilvægi gagnagrunns Já er aðgangur Neyðarlínunnar ohf. að honum. Vísast um það til umfjöllunar í kafla IV 4 hér að framan.

Að mati Samkeppniseftirlitsins er ekki unnt að draga þá ályktun af 4. mgr. 45. gr. fjarskiptalaga að Já geti ekki talist starfa á markaði fyrir heildsöluaðgang að símaskrárupplýsingum, líkt og Já heldur fram.

Eru fullyrðingar Já um að félagið starfi ekki á heildsölumarkaði auk þess í mótsögn við annað sem fram hefur komið af hálfu Já. Hefur fyrirtækið þannig staðhæft að það bjóði a.m.k. þrenns konar aðgang að gagnagrunni sínum á viðskiptalegum forsendum, sbr. bréf Já, dags. 28. nóvember 2011, og að Já og forveri þess hafi allar götur frá árinu 1998 boðið ýmsar tegundir aðgangs að gagnagrunni sínum, sbr. bréf Já dags. 30. apríl 2012. Þótt Já hafi á síðari stigum þessa máls notast við orðalagið „endursala á gagnagrunni fyrir símanúmer“ í stað „aðgang að gagnagrunni“ breytir það því ekki að um er að ræða þjónustu á heildsölustigi. Í þessu sambandi er og bent á að aðgangsformið „endursala“ er þekkt aðgangsform á heildsölustigi á hinum ýmsu mörkuðum. Nærtækasta dæmið sem nefna mætti í þessu samhengi er fjarskiptamarkaðurinn. Hér á landi hefur Síminn, fyrrum systurfélag Já, til fjölda ára boðið ýmis konar aðgang á heildsölustigi að fjarskiptanetum



sínum, þ. á m. endursöluaðgang.²⁴ Þessu til viðbótar má benda á að í endursölu felst sala á tilbúinni vöru eða þjónustu. Endursöluaðili þróar þjónustuna ekki frekar. Því er ekki til að dreifa varðandi umrædda þjónustu hjá Já. Félagið bætir við og breytir upplýsingum sem frá símafélögum koma og eykur með því virðisauka þjónustunnar. Getur þetta ekki talist endursala. Sala á þessari þjónustu úr gagnagrunninum er heildsala, ýmist til eigin smásöludeildar (eða ætti að vera það) eða til annarra mögulegra keppinauta á smásölustigi fyrir upplýsingar tengdar símanúmerum.

Samkeppniseftirlitið getur ekki séð hvernig upptalning Já á því hvaða erlendu fjarskiptafélög hafa selt upplýsingaveitustarfsemi sína, en selji gögn um símanúmer, styðji þá fullyrðingu að Já starfi ekki á heildsölumarkaði hér á landi.

Í samantekt Já um erlendar þjónustuveitur kemur fram að víða sé ekki til heildstæður gagnagrunnur. Samkeppniseftirlitið bendir á að þetta þýðir hins vegar ekki að í viðkomandi landi sé misræmi milli skráninga í mismunandi gagnagrunna, varðandi mikilvæga þætti eins og t.d. bannmerkingar, réttmæti skráninga o.fl. Mikilvægt er að hafa í huga í þessu samband að fyrirkomulagið í umræddum ríkjum er í mörgum tilvikum með ólíkum hætti en tíðkast hefur hér á landi hvað varðar skráningar á símanúmerum. Staðan í Evrópu er ekki alls staðar sú að hver upplýsingaþjónustuveita hafi þurft að koma sér upp sínum eigin gagnagrunni án tillits til þess hversu heildstæðar upplýsingar sé hægt að nálgast hjá símafyrirtækjum. Í Bretlandi er t.d. starfræktur heildstæður gagnagrunnur, OSIS, samkvæmt tilmælum fjarskiptaftirlitsstofnunarinnar OFCOM. Er aðgangur að gagnagrunninum skilgreind vara hjá heildsölu British Telecom (BT wholesale). Aðgangur er veittur að þeim gagnagrunni í heildsölu og er gjaldskrá byggð á kostnaði með lítilli álagningu.²⁵

Í rökstuðningi Já fyrir því að félagið telji sig ekki starfa á heildsölumarkaði er jafnframt vísað til yfirlýsinga sem Já aflaði hjá tveimur erlendum systurstofnunum sínum. Er þar um að ræða ítalska félagið Seat Pagine Gialle og franska félagið Pages Jaunes. Að mati Samkeppniseftirlitsins staðfesta þessar yfirlýsingar ekki markaðsskilgreiningu Já og ekki heldur þá staðhæfingu að félagið starfi ekki á heildsölumarkaði. Eins og fram hefur komið hefur fyrirkomulagið á skráningum símanúmera hér á landi verið með öðrum hætti en tíðkast hefur annars staðar. Hefur þetta fyrirkomulag skapað Já algera sérstöðu á markaðnum. Er það ólíkt því sem hefur verið í þeim ríkjum þar sem upplýsingaveitur hafa getað sótt nauðsynlegar upplýsingar beint til fjarskiptafyrirtækja. Þá verður í kaflanum um aðgerðir Já hér á eftir fjallað frekar um framangreint mál Pages Jaunes og þær ráðstafanir sem gripið var til í Frakklandi til að ryðja úr vegi samkeppnishindrunum á markaði fyrir upplýsingaþjónustu um símanúmer (e. market of telephone directory assistance).

Um misræmi í umfjöllun Já og fjölmiðlaþjónustu

²⁴ Sbr. upplýsingar á vefsíðunni <http://heildsala.siminn.is/>

²⁵ Sjá nánari upplýsingar á heimasíðu BT wholesale undir „IT services – Directory Solutions“: https://www.btwholesale.com/pages/static/Products/IT_Services/Directory_Solutions/index.htm og í skjalinu „OSIS Database – Communication Provider Frequently asked questions“, dags. í janúar 2009 og er aðgengilegt á slóðinni https://www.btwholesale.com/shared/document/Products/IT_Services/Directory_Solutions/FAQ-Upstream-OSIS-data.pdf



Í framangreindri ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 34/2010 *Yfirráð Auðar I fagfjárfestasjóðs slf. yfir Já upplýsingaveitum ehf.* frá 15. desember 2010 voru til skoðunar samkeppnisleg áhrif kaupa Auðar á Já. Í tilkynningu samrunaaðila í málinu var að finna umfjöllun um skilgreiningar á þeim mörkuðum sem tengjast samrunanum. Í tilkynningu samrunaaðila í málinu er því lýst yfir að veittar upplýsingar séu sannar og að mat og álit sem þar komi fram sé sett fram í góðri trú og eftir bestu vitund.²⁶ Í umfjöllun um skilgreiningar á þeim mörkuðum sem samruninn hefði áhrif á var fullyrt að „*Já starfar fyrst og fremst við upplýsingagjöf með því að gefa út símaskrána, rekstri vefsíðu og rekstri upplýsinganúmera. Já er eina félag sinnar tegundar á þessum markaði.*“ Einnig var bent á að Já hefði 100% markaðshlutdeild. Hefur framangreint mat Já og eiganda þess vissulega þýðingu nú og verður því að líta til þess í því máli sem hér er til umfjöllunar.

Þá ber einnig að líta til þess að í máli þessu er að finna áreiðanleikakönnun sem unnin var fyrir Auði fagfjárfestingarsjóð I í nóvember 2010 vegna kaupa á Já. Þar kemur fram að Já sé í einokunaraðstöðu á markaði fyrir þá þjónustu sem fyrirtækið veitir. Í bréfi Já, dags. 28. nóvember 2011²⁷, kemur fram að upplýsingaþjónusta hafi verið kjarnastarfsemi félagsins.

Í máli þessu hefur Já hins vegar haldið því fram að það starfi á öðrum markaði en fullyrt var að fyrirtækið gerði í framangreindri samrunatilkynningu.

Í bréfi Já, dags. 19. janúar 2012, var því mótmælt Já starfi á markaði fyrir heildsöluaðgang að gagnagrunni um símanúmer. Þess í stað var sagt að fyrirtækið starfi á markaði fyrir rekstur fjölmiðlaþjónustu. Segir að Já sé „*langt frá því að vera ráðandi á markaði fyrir fjölmiðlaþjónustu og raunar dvergur í samanburði við ýmsa erlenda og innlenda aðila.*“ Var ennfremur tekið fram að einn liður í þjónustuframboði Já sé „*endursala á gagnagrunni fyrir símanúmer.*“

Í bréfi Já, dags. 30. apríl 2012, kemur fram að félagið telji að hugtakið „*fjölmiðlaþjónusta*“ sé að líkindum ekki heppileg þýðing á erlenda hugtakinu „*media services.*“ Orðið „*miðlar*“ fangi að líkindum betur enska hugtakið „*media*“ í þessu samhengi. Upplýsingaþjónusta eins og Já miðli upplýsingum í gegnum mismunandi miðla og fyrirtækið keppi m.a. á auglýsingamarkaði. Fram kemur einnig að Já telji hlutaðeigandi markaði vera annars vegar markað fyrir endursölu símaskrárupplýsinga og hins vegar markað fyrir upplýsingaþjónustu og sölu auglýsinga.

Samkvæmt framangreindu er verulegt ósamræmi í lýsingu á hvaða markaði Já starfar og á stöðu Já á þeim markaði. Fyrirtækið er þannig ýmist sagt hafa 100% hlutdeild á viðkomandi markaði eða vera „*dvergur*“ samanborið við keppinauta.

Þótt Já segi að hugtakið fjölmiðlaþjónusta eigi ekki lengur við er ekki fyllilega ljóst hvort félagið telji sig starfa að einhverju leyti á fjölmiðlamarkaði eða ekki. Til að taka af allan vafa bendir Samkeppniseftirlitið á að í athugasemdum við frumvarp til laga um fjölmiðla nr. 38/2011 er að finna umfjöllun um hugtökin „*fjölmiðill*“, „*fjölmiðlaþjónusta*“ og

²⁶ Sbr. tilkynningu frá Auði I fagfjárfestingasjóði til Samkeppniseftirlitsins vegna kaupa fjárfesta Auðar I fagfjárfestingasjóðs slf. og meðfjárfesta á Já Upplýsingaveitum ehf., dags. 3. desember 2010.

²⁷ Beiðni Já um undanþágu frá bannákvæði 10. gr. samkeppnislaga.



„ritstjórn“. Í umfjöllun um 2. gr. frumvarpsins kemur m.a. fram að hugtakið ritstjórn liggja „til grundvallar skilgreiningu á fjölmiðlaþjónustuveitanda í skilningi frumvarpsins, en ritstjórn á því efni sem miðlað er þarf að vera fyrir hendi til þess að um fjölmiðil geti verið að ræða.“ Ekki er um fjölmiðlaþjónustuveitanda að ræða ef viðkomandi hefur ekki stjórn á og stýrir framboði efnis sem hann miðlar. Um hugtakið „ritstjórn“ segir síðan:

„Ef stjórn viðkomandi felst einungis í því að hann geri efni aðgengilegt og taki t.d. út ólöglegt efni eða efni sem óheimilt er að dreifa vegna höfundarréttar má líta svo á að hann stýri ekki efnisframboði og fari þar af leiðandi ekki með ritstjórn. Þannig fellur sú þjónusta, sem felst í starfrækslu gagnagrunna þar sem því efni sem þar er sett fram er ekki stýrt með markvissum hætti, ekki undir hugtakið fjölmiðlaþjónusta.“

Segir jafnframt í sömu umfjöllun að umsýsla samskiptaþjónustu eins og Twitter, Facebook eða Flickr, þar sem texta og eftir atvikum hljóð- og/eða myndefni er komið á framfæri, teljist ekki til fjölmiðlunar, enda miðlun efnis fyrst og síðast á hendi einstakra notenda.

Af framangreindu má vera ljóst að starfsemi Já getur ekki talist til fjölmiðlunar eða fjölmiðlaþjónustu eins þau hugtök hafa verið skilgreind í lögum. Því til frekari stuðnings er bent á að það eru rétthafar símanúmera sem stjórna því hvort þeir eru skráðir í gagnagrunn Já og jafnframt hvaða upplýsingar um þá eru aðgengilegar í gagnagrunninum. Virðist engu skipta í því sambandi þótt upplýsingar um viðkomandi séu sannar eða ekki, sbr. t.d. fjöldann allan af óvenjulegum starfsheitum sem má finna í símaskránni og inn á vef já.is. Má þar m.a. nefna starfsheiti eins og þjóðhetja, bananaopnari og ljónshjarta. Þá er fjöldi prinsessa, prinsu, drottninga og konunga skráðir í gagnagrunn Já. Sé litið til þessa verður ekki séð að Já hafi stjórn á og stýri því efnisframboði sem miðlað er nema hugsanlega að takmörkuðu leyti.

Um auglýsingamarkaðinn

Já hefur lagt áherslu á að félagið keppi á auglýsingamarkaði og að slík markaðsskilgreining hafi verið lögð til grundvallar í úrlausnum erlendra samkeppnisyrivalda. Vísar Já í því sambandi til tveggja mála. Annars vegar til máls þar sem hollensk samkeppnisyrivöld heimiluðu samruna tveggja upplýsingaveitna þar í landi árið 2008 og hins vegar máls sem varðaði stöðu félagsins Yell (Yellow Pages)²⁸ á markaði í Bretlandi.

Samkeppniseftirlitið bendir hér á að umrædd mál eru ósambærileg því máli sem hér er til umfjöllunar. Í málunum sem Já vísar til var staða viðkomandi fyrirtækja á auglýsingamarkaði til athugunar en það er ekki sá markaður sem mál þetta tekur til. Í síðara málinu var til að mynda verið að skoða stöðuna á markaði fyrir smáauglýsingar í símaskrá (e. classified directory advertising services). Á heimasíðu samkeppnisyrivalda í Bretlandi er að finna ýmsar upplýsingar um mál er varða Yell. M.a. er þar að finna

²⁸ Sambærileg þjónusta og fyrirtækjaskráning Já (þjónustusíður Já) og Gulu síðurnar hér á landi.



skýrslu um markaðsrannsókn breska samkeppnisráðsins.²⁹ Líkt og þar kemur fram var það ein af niðurstöðum rannsóknarinnar að fyrir hendi væri sérstakur markaður fyrir auglýsingar í prentuðum fyrirtækjaskrár en að aðrir miðlar eins og símaskrár á Internetinu og auglýsingar þar væru ekki hluti af þeim markaði.³⁰

Ljóst er að Já selur auglýsingar til birtinga á þeim vefsíðum sem félagið rekur og í símaskránni og starfar því að einhverju leyti á auglýsingamarkaði. Er það nokkuð algengt að fyrirtæki starfi á fleiri en einum markaði. Markaður fyrir sölu- og birtingu auglýsingar er hins vegar ekki sá markaður sem hér er til skoðunar. Hafa tilvísanir Já til fyrrnefndra mála því ekki þýðingu í máli þessu.

Um ætlaða samkeppni við Facebook og Google

Líkt og fram hefur komið er það viðtekin venja í samkeppnisrétti að skilgreina markaðinn út frá eftirspurnarhlið hans. Þannig gæti t.d. komið til álitu að Facebook og Google myndu tilheyra sama markaði ef markaður fyrir sölu og birtingu auglýsinga á Internetinu væri til skoðunar. Aftur á móti er ljóst að um er að ræða annars vegar samskiptavef og hins vegar leitarvél. Gagnvart almennum notendum þessara vefja má vera ljóst að ekki er staðganga á milli þeirra. Sýnir framkvæmd í samkeppnisrétti og fræðileg umfjöllun að ekki er unnt að líta svo á að leitarvél Google og samskiptavefurinn Facebook tilheyri sama markaði.³¹ Því síður eru þessi fyrirtæki á sama markaði og Já. Þrátt fyrir að fleiri Íslendingar noti hugsanlega leitarvélina Google og samskiptavefinn Facebook en vefinn Já.is telur Samkeppniseftirlitið að það sé almennt í öðrum tilgangi en til að fá upplýsingar um símanúmer. Verður því að telja að gagnvart almennum notendum Já.is sé ekki staðganga á milli þessara vefsíðna. Á leitarvél Google er þannig ekki hægt að nálgast með einföldum hætti öll skráð símanúmer á Íslandi líkt og á vefsíðu Já.is. Það sama má segja um samskiptavefinn Facebook en allur gangur er á því hvort Íslendingar á Facebook eru með símanúmer skráð þar og í flestum tilvikum eru þau þá aðeins aðgengileg þeim sem viðkomandi hefur samþykkt sem vini og í sumum tilvikum einungis tilteknum vinum viðkomandi. Þetta leiðir til þess að telja verður að í hugum notenda sé ekki staðganga milli annars vegar Já.is og hins vegar Google eða Facebook.

Þessu til viðbótar má benda á að þrátt fyrir að notkun Íslendinga á Facebook hafi aukist með árunum virðist það ekki hafa haft teljandi áhrif á notkun Íslendinga á vefsíðunni já.is. Þessu til stuðnings er bent á að samkvæmt upplýsingum á vefsíðu Modernus³² var já.is með um 155 þúsund notendur og um 432 þúsund innlit að meðaltali á viku á árinu 2009. Næsta ár á eftir var fjöldi notenda kominn í 173 þúsund og 467 þúsund innlit að meðaltali

²⁹ The Competition Commission's 2006 market investigation report: http://www.competition-commission.org.uk/assets/bispartners/competitioncommission/docs/pdf/non-inquiry/rep_pub/reports/2006/fulltext/521.pdf

³⁰ Sjá málsgrein nr. 14 á bls. 7 í skýrslunni: „We concluded that there was a relevant product market for the provision of advertising services in major printed classified directories, with a set of characteristics that includes strong brand image, high levels of usage and comprehensive business listings. Other media (such as online directories and Internet advertising) are not part of this relevant market. The relevant product market includes the directories provided by Yell, Thomson, and BT nationally, and the local directories provided by Trinity Mirror and Kingston.“

³¹ Sjá hér t.d. Google and the Law, 2012, bls. 9 og áfram. Sjá einnig Waller, Antitrust and Social Networking, North Carolina Law Review, 2010. Hins vegar kann Facebook og samskiptavefur Google (Google +) að tilheyra sama markaði.

³² Sjá www.modernus.is : „Modernus rekur Samræmda vefmælingu® á Íslandi í samstarfi við vefina sem þátt taka í samstarfinu hverju sinni. Samræmd vefmæling hóf göngu sína 1. maí 2001 og er ætluð innlendum vefmiðlum eingöngu. Í samstarfinu taka þátt um 150 vefir.“



á viku og voru sambærilegar tölur næstu tvö ár á eftir. Árið 2013 var fjöldi notenda kominn í 184 þúsund að meðaltali í hverri viku.

2. Landfræðilegi markaðurinn

Til landfræðilegs markaðar telst það svæði þar sem hlutaðeigandi fyrirtæki bjóða fram vöru sína og þjónustu og eftirspurnar gætir eftir sömu vöru eða þjónustu, þar sem samkeppnisskilyrði eru nægilega lík og sem unnt er að greina frá nærliggjandi svæðum, sbr. t. d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008 Hf. *Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu*. Meðal þátta sem skipta máli við mat á viðkomandi landfræðilegum markaði eru eðli og einkenni viðkomandi vöru eða þjónustu, hugsanlegar aðgangshindranir eða neytendavenjur, greinilegur munur á markaðshlutdeild fyrirtækja á viðkomandi svæði og aðliggjandi svæðum, verðmunur og flutningskostnaður.

Stærð landfræðilegs markaðar veltur m.a. á því að hvaða marki þörf er talin á því að kaupandinn sé í nálægð við seljandann. Þetta mat ræðst venjulega af því hvað einkennir vöruna/þjónustuna og viðskiptavinina, eftir hvaða leiðum sala og þjónusta fer fram svo og af eðli viðskiptanna.

Að teknu tilliti til þess að gagnagrunnur Já er eini heildstæði gagnagrunnurinn sem geymir öll símanúmer hér á landi og sú upplýsingaþjónusta sem Já veitir nær til allra landsmanna kemur að mati Samkeppniseftirlitsins ekki til greina að svæðisskipta markaðnum. Þá má benda á að í fyrrnefndri samrunatilkynningu, dags. 3. desember 2010, er að finna upplýsingar um mat samrunaaðila á viðkomandi landfræðilegum mörkuðum. Þar segir: „*Já starfar á öllu Íslandi. Þjónusta Já er sambærileg á milli landsvæða innan alls landsins.*“

Með hliðsjón af framangreindu er það mat Samkeppniseftirlitsins að landfræðilegur markaður þessa máls sé landið allt, Ísland.

3. Staða fyrirtækja á markaðnum

Skilyrði þess að háttsemi Já á markaði málsins geti talist brotleg við ákvæði 11. gr. samkeppnislaga er að fyrirtækið hafi verið í markaðsráðandi stöðu á þeim tíma sem umrædd háttsemi átti sér stað. Í því sambandi er rétt að rekja nokkur atriði sem lögð eru til grundvallar við mat á markaðsráðandi stöðu.

3.1 Sjónarmið aðila

Í athugasemdum Loftmynda er á það bent að Já reki vef sem sé fjórði mest heimsótti vefurinn á landinu. Á undan honum væru aðeins fréttamiðlarnir mbl.is, visir.is og dv.is. Þetta undirstrikaði hversu verðmæt þessi vara væri, þ.e. símanúmer, ef hægt væri að sitja einn að henni í skjóli einokunar sem ríkið úthlutaði. Verandi í slíkri aðstöðu væri engin skilgreining önnur boðleg en að Já væri með markaðsráðandi stöðu á þessum markaði hvað sem öðrum mörkuðum liði. Að mati Loftmynda þyrfti vart að fjölyrða um algjöra yfirburðarstöðu Já á skilgreindum markaði málsins. Félagið væri þannig eini starfandi aðilinn á markaðnum, nyti samkeppnisforskots vegna samninga við símafyrirtækin, alþjónustukvaða og nær ókeypis aðgangs að þriggja stafa landsþekktu símanúmeri, 118. Það þyrfti raunar vart frekari vitnanna við um einokunarstöðu Já en að



skoða kostnaðargreiningu PFS. Augljóst mætti vera að verðlagning mörg þúsundum prósentu yfir kostnaði gæti ekki þrífist neins staðar nema í skjóli einokunar.

Fram kemur máli Miðlunar að Já sé með einokun á markaði fyrir upplýsingar um símanúmer einstaklinga. Þessa einokun hefði Já öðlast í kjölfar ríkiseinokunar og varið með tæknilegum hindrunum og ólöglegri verðlagningu. Á sama tíma hefði fyrirtækinu verið úthlutað númerinu 118 til fimm ára. Númerinu fylgdu árlegar tekjur að upphæð 500 til 600 m.kr. Önnur fyrirtæki hefðu ekki möguleika á að keppa við Já á jafnræðisgrundvelli. Neytendur fengu ekki valkosti.

Að mati PFS er Já markaðsráðandi á skilgreindum mörkuðum þessa máls.

Sjónarmið Já

Já mótmælir því að fyrirtækið sé markaðsráðandi. Heldur Já því fram að taka eigi mið af tekjum af endursölu símanúmeraupplýsinga. Já hafi engar tekjur af slíkri endursölu en tekjur símafélaganna af heildsölu sömu upplýsinga skipti milljónum króna. Þá liggi fyrir að mögulegir keppinautar Já hafi þann raunverulega valkost að semja við símafyrirtækin um aðgang að upplýsingunum, sbr. tilboð Símans til Miðlunar og staðfestingu frá Símanum og Nova til Já um að þau starfi á þessum markaði. Með því að Já hafi enn sem komið er engar tekjur af endursölu símaskrárupplýsinga í atvinnuskyni sé því trauðla unnt að tala um að félagið hafi nokkra markaðshlutdeild á þeim skilgreinda markaði.

Í ljósi nær algers skorts á aðgangshindrunum, sbr. m.a. möguleikann á verulega hagstæðum samningum við símafyrirtækin, verði auk þess ekki séð að markaðsráðandi staða eða ómissandi aðstaða geti talist fyrir hendi af þeim sökum. Þá séu starfandi keppinautar á smásölustiginu, m.a. kvartandinn Miðlun, sem sjálfur meti markaðshlutdeild sína á markaði fyrir símaskrárupplýsingar á fyrirtækjamarkaði sem 30%.

Á smásölumarkaði fyrir símsvörun í 118 og hliðstæð númer, sem rekin eru gegn gjaldi, sé Já hins vegar vissulega með ráðandi stöðu á markaði. Þó sé um margar staðgengdarvörur að ræða sem komi í stað 118 þjónustu, s.s. ókeypis Internetþjónusta, leitarvélur og snjallsímaforrit. Sú staðreynd að ókeypis Internetþjónusta geti í ljósi almennrar Internetnotkunar hér á landi, að mestu komið í stað 118 þjónustu, dragi hins vegar mjög úr styrkleika á smásölumarkaði fyrir símsvörun. Þannig megi ætla að ef 118 þjónustan yrði hækkuð um 5-10% myndu endanotendur í enn auknum mæli velja eingöngu þá staðgengdarþjónustu sem í boði er. Verð fyrir hringingar í 118 hér á landi hafi ávallt verið lágt í alþjóðlegum samanburði, og enn lægra eftir veikingu íslensku krónunnar. Verðlagningin bendi þannig ekki til að styrkleiki á smásölumarkaðnum sé jafn mikill og ætla mætti af markaðshlutdeildinni einni og sér.

3.2 Markaðsráðandi staða í skilningi samkeppnislaga

Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008, *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu*, kemur fram að við mat á stöðu fyrirtækja á markaði skipti mestu að huga að markaðshlutdeild og því skipulagi sem ríki á markaðnum. Í dómi Hæstaréttar Íslands frá 18. nóvember 2010 í máli nr. 188/2010, *Hagar hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*, var dómur Héraðsdóms Reykjavíkur staðfestur með vísan til forsendna hans. Í dómi héraðsdóms kemur fram að við „mat á því hvort fyrirtæki hafi



haft markaðsráðandi stöðu á skilgreindum markaði er litið til nokkurra atriða og þau metin saman:

1. Hver er markaðshlutdeild viðkomandi fyrirtækis á skilgreindum markaði og þróun hennar. Ein viðmiðun er að ef markaðshlutdeild fer yfir 50% þá eru allar líkur á að fyrirtækið hafi markaðsráðandi stöðu.
2. Litið er til markaðshlutdeildar þess fyrirtækis sem verið er að meta og hún borin saman við markaðshlutdeild annarra fyrirtækja á markaði. Ef miklu munar á markaðshlutdeild þess fyrirtækis sem stærstu hlutdeild hefur og þess fyrirtækis sem næst kemur í röðinni er líklegt að stærsta fyrirtækið hafi markaðsráðandi stöðu.
3. Þá er einnig litið til aðgangshindrana að markaði. Hér er átt við atriði á borð við lagalegar hindranir, fjárhagslegar hindranir, stærðarhagkvæmni, aðgengi að birgjum, þróað sölukerfi og þekkt vörumerki."

Fram kemur einnig að dómurinn telji að „þriðja atriðið sem nefnt er að framan, þ.e. aðgangshindranir að markaði, ráði ekki úrslitum þegar meta skal hvort stefnandi hafi verið í markaðsráðandi stöðu ...". Hins vegar geti þessi atriði skv. dóminum styrkt frekar þá niðurstöðu að fyrirtæki sé í markaðsráðandi stöðu. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2013, *Valitor hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*, er vísað til þess að allar líkur séu á að fyrirtæki sé markaðsráðandi ef það hafi 50% markaðshlutdeild eða meira. Rétt er að hafa í huga að fyrirtæki geta einnig verið í markaðsráðandi stöðu þrátt fyrir að hafa lægri hlutdeild en 50% á viðkomandi markaði, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 8/2008, *Fiskmarkaður Íslands hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

Með viðmiðinu skipulag á markaðnum er vísað til ýmissa ólíkra atriða sem talin eru geta gefið vísbendingar um markaðsráðandi stöðu, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2006, *Dagur Group hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Dæmi um þetta er hvort aðgangur að markaðnum sé auðveldur, hvort viðkomandi fyrirtæki sé almennt öflugt með hliðsjón af fjármagni, tækjum og nægilegu framboði af vöru eða þjónustu. Einnig er horft til fjölda og styrks keppinauta auk þess sem fleiri atriði geta komið til skoðunar, sbr. umræddan úrskurð áfrýjunarnefndarinnar.

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála hefur ítrekað bent á að við mat á markaðsráðandi stöðu í málum sem varða brot á 11. gr. samkeppnislaga verði að líta til stöðu viðkomandi fyrirtækis eins og hún var þegar ætluð brot áttu sér stað, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008 *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu*. Fram kemur einnig í þessum úrskurði að upplýsingar um stöðu fyrirtækja eftir ætlaðan brotatíma hafi takmarkaða þýðingu.³³

Líkt og áður hefur komið fram tekur mál þetta til háttsemi sem átti sér stað á tímabilinu frá árinu 2009 og til lok árs 2011. Er í því sambandi m.a. miðað við að upphaflegir

³³ Er sama regla lögð til grundvallar í EES/ESB-samkeppnisrétti. Sjá t.d. dóm undirréttar ESB frá 30. janúar 2007 í máli nr. T-340/03 *France Télécom v Commission*: „According to the case-law, Article 82 EC refers to the position occupied by the undertaking concerned on the common market at the time when it acted in a way which is alleged to amount to an abuse ...”



kvartendur í máli þessu hafa skv. gögnum málsins árangurslaust reynt að fá aðgang að gagnagrunni Já a.m.k. allt frá árinu 2009.

3.3 Markaðshlutdeild o.fl.

Þegar meta á markaðshlutdeild í samkeppnisrétti er að jafnaði stuðst við upplýsingar hlutaðeigandi fyrirtækja um tekjur þeirra vegna sölu á þeirri vöru og/eða þjónustu sem um ræðir, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2006, *Flugþjónustan á Keflavíkurlflugvelli ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Já er eina starfandi félagið á helsta markaði þessa máls, þ.e. markaði fyrir rekstur og heilðsöluaðgang að gagnagrunni um símanúmer hér á landi. Þá er Já (og forverar) eina fyrirtækið sem gefið hefur út símaskrá og m.a. rekið upplýsingaþjónustu í gegnum þjónustunúmerið 118. Sökum þessa kvaðst Já hafa 100% markaðshlutdeild í máli sem lauk með ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 34/2010.

Já hefur haldið því fram, með vísan til þess að önnur fyrirtæki hafi til þessa ekki keypt heilðsöluaðgang að gagnagrunni félagsins, að ekki sé unnt að tala um að félagið hafi hlutdeild á þeim skilgreinda markaði. Ekki er unnt að fallast á þetta. Ekki er nauðsynlegt skilyrði fyrir því að um markað sér að ræða að kaup og sala á þjónustu/vöru hafi þegar farið fram heldur er fullnægjandi að eftirspurn frá mögulegum kaupanda sé fyrir hendi og hægt sé að skilgreina mögulegan markað í tengslum við eftirspurnina.³⁴

Þar sem Já er eini aðilinn sem nýtir gagnagrunninn liggja ekki fyrir tekjuupplýsingar sem sýna umfang heilðsölumarkaðarins. Í gögnum málsins er hins vegar að finna upplýsingar um notkun Já á gagnagrunninum á smásölustigi. Þannig veitti Já PFS eftirfarandi upplýsingar um t.d. fjölda flettinga í gagnagrunninum á árinu 2009³⁵:

- 91,3 milljónir síðuflettinga í gegnum Já.is samkvæmt vefmælingum Modernus.
- 6,8 milljón símtöl í 118 og 1818 samkvæmt mælingum úr MIS, tölfraeðikerfi sem tilheyrir símstöðinni sem Já notar.
- Prentaðar voru 150 þúsund Símaskrár og samkvæmt rannsókn frá Capacent Gallup í ágúst/september 2009 voru þær notaðar af tæplega 63% Íslendinga, að meðaltali 1,3 sinnum í viku. Um var að ræða 248 þúsund manns og var meðalnotkun á prentuðu Símaskránni því tæplega 17 milljón flettingar á ári.

Til að gefa mynd af stærð smásölumarkaðar fyrir þá þjónustu sem Já veitir eru upplýsingar um heildartekjur birtar í töflu 1. Um er að ræða rekstrartekjur Já vegna árána 2009, 2010, 2011 og ársins 2012 til viðmiðunar.

Tafla 1. Tekjur Já á árunum 2009 til og með 2012³⁶. Tölur eru í milljónum kr.³⁷

Tegund starfsemi	2009	2010	2011	2012
Þjónustuver	[...]	[...]	[...]	[...]

³⁴ Hefur þetta komið skýrt fram af hálfu dómstóls ESB, sbr. dóm hans frá 29. apríl 2004 í máli nr. C-418/01, IMS v NDC Health, mgr. 44.

³⁵ Sbr. bréf Já til PFS *Verðlagning vegna aðgangs að gagnagrunni Símaskrár*, dags. 28. febrúar 2011

³⁶ Skv. upplýsingum frá Já Upplýsingaveitum

³⁷ Upplýsingar í hornklofa [...] í þessu skjali felldar út vegna trúnaðar



Já.is og aðrir vefir	[...]	[...]	[...]	[...]
Símaskrá	[...]	[...]	[...]	[...]
Aðrar tekjur	[...]	[...]	[...]	[...]
Samtals tekjur	996	1.014	1.076³⁸	1.105

Samkvæmt framangreindu er Já með 100% markaðshlutdeild á skilgreindum mörkuðum þessa máls.

Þá er hægt að greina tekjur Já enn frekar niður eftir afkomueiningum og vöruframboði Já. Gert er ráð fyrir að slík sundurliðun sé nokkuð sambærileg þessi ár en til nánari glöggvunar var hún þannig á árinu 2009³⁹:

- [...]

Tekjur vegna gagnagrunns [...] m.kr. voru vegna samkeyrslna við grunninn, þ.e. þegar fyrirtæki með lista yfir viðskiptavinum eða kennitölur hafa samband við Já og samkeyra þessa lista til þess að fá uppfærð símanúmer. Árið 2009 voru alls 47 fyrirtæki sem keyptu slíka samkeyrslu. Þá hafði Já á sama ári [...] m.kr. tekjur af notkun viðskiptavina símafyrirtækjanna á sérhannaðri uppflettingu í gegnum farsíma. Var þá greitt sérstaklega fyrir hverja uppflettingu. Símafyrirtækin fengu hluta þeirra tekna sem viðskiptavinir greiddu fyrir þessa þjónustu.

3.4 Efnahagslegur styrkleiki

Við mat á því hvort fyrirtæki sé í markaðsráðandi stöðu getur efnahagslegur styrkleiki á viðmiðunartímabilinu skipt máli, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 8/2008 *Fiskmarkaður Íslands hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

Við mat á mögulegum áhrifum af rekstrar- og efnahagslegum styrk hvers fyrirtækis á stöðu þess á þjónustumörkuðum má horfa til síðasta rekstrarárs (oftast almanaksárs) fyrir upphaf meints brots. Í þessu máli er þó talið fullnægjandi að miða við árin 2009 til ársins 2012.

Eins og að framan greinir starfar Já eitt á heildsölumarkaði þessa máls (líkt og á smásölumarkaði) og staða fyrirtækisins á markaðnum er þar af leiðandi afar sterk. Á skilgreindum markaði þessa máls er því engum keppinautum til að dreifa sem unnt er bera efnahagslegan styrkleika Já saman við. Þrátt fyrir það telur Samkeppniseftirlitið gagnlegt að taka til skoðunar helstu fjárhagsupplýsingar sem sýna stöðu Já á viðmiðunartímabili málsins. Er um að ræða upplýsingar um rekstrartekjur, heildareignir, eigið fé, rekstrarhagnað, EBITDA og greiddan arð. eru þessar upplýsingar birtar í töflu 2.

Tafla 2. Upplýsingar um heildartekjur, heildareignir og eigið fé Já fyrir árin 2009, 2010, 2011, 2012. Tölur eru í þús. kr.⁴⁰

	2009	2010	2011	2012
--	------	------	------	------

³⁸ Hér vantar tæpar 13 m.kr. sem voru „aðrar rekstrartekjur“ Já á árinu 2011 skv. skönnuðum ársreikningi sem birtur er á Creditinfo. Voru rekstrartekjur Já á árinu 2011 því alls 1.082 m.kr.

³⁹ Sbr. bréf Já til PFS *Verðlagning vegna aðgangs að gagnagrunni Símaskrár*, dags. 28. febrúar 2011

⁴⁰ Skv. ársreikningum Já birtum á vefsíðu Creditinfo.



Heildartekjur	995.375	1.014.244	1.082.830	1.105.166
Heildareignir	784.576	621.845	811.551	842.634
Eigið fé	667.178	395.131	624.455	630.967
Hagnaður ársins	231.504	227.954	229.323	256.512
EBITDA	246.019	269.702	279.669	307.106
Greiddur arður	150.000	500.000		250.000

Í efnahagsreikningi Já vegna ársins 2009 er færð viðskiptavild að fjárhæð [...] m.kr. sem á uppruna sinn í stofnefnahag Já frá árinu 2005, sbr. virðisrýrnunarpróf Já fyrir árið 2009 sem framkvæmt var í mars 2010. Líkt og fram kemur í virðisrýrnunarprófinu ber að prófa viðskiptavildina fyrir virðisrýrnun a.m.k. einu sinni á ári í þeim tilgangi að meta hvort rekstur félagsins standi undir bókfærðu verði viðskiptavildarinnar. Miðað við þær forsendur sem gerð er grein fyrir í virðisrýrnunarprófi Já er endurheimtanlegt virði félagsins (rekstrarvirði leiðrétt fyrir veltufé) [...] m.kr. og matsvirði viðskiptavildar [...] m.kr. sem, eins og þar segir, er verulega yfir bókfærðu verðmæti upp á [...] m.kr.

Á árinu 2009 var EBITDA framlegð Já jákvæð um 246 m.kr. en 270 m.kr. árið 2010 og 280 m.kr. árið 2011. Árið 2012 var EBITDA komin í 307 m.kr. Í lok árs 2009 var heildareign Já um 784 m.kr. Heildareignir lækkuðu í 622 m.kr. árið 2010 en hækkuðu aftur í 812 m.kr. árið eftir og voru svo komnar í 843 m.kr. árið 2012. Eiginfjárlutfall Já í lok árs 2009 var um 85,4%. Ári síðar var eiginfjárlutfallið komið í 63,54% eftir 500 m.kr. arðgreiðslu, en hækkaði svo aftur í 76,95% árið 2011 og var 74,88% árið 2012 eftir 250 m.kr. arðgreiðslu það ár.

Líkt og framangreindar upplýsingar sýna hefur rekstur Já skilað félaginu miklum hagnaði undanfarin ár eða tæpum 490 m.kr. á árunum 2011 og 2012 samanlagt. Þá voru arðgreiðslur til eigenda 250 m.kr. samkvæmt ársreikningi félagsins 2012 og samtals 900 m.kr. frá árinu 2009.

Efnahagslegur styrkleiki Já er að mati Samkeppniseftirlitsins mjög mikill og til samanburðar má benda á að heildartekjur Já á árinu 2010 voru u.þ.b. [...] heildartekjur Loftmynda og Miðlunar árið 2010, þ.e. þeirra keppinanta sem hyggjast hasla sér völl á skilgreindum smásöllumarkaði. Þá er ljóst að bæði heildareignir og eigið fé Já var margfalt á við hin félögin.

3.5 Yfirlýsingar um stöðu Já

Greiningar eða yfirlýsingar sem viðkomandi fyrirtæki, eða aðrir hlutaðeigandi, vinna eða láta í ljós geta varpað ljósi á raunverulega stöðu þess á markaði.⁴¹ Er viðurkennt að slíkar yfirlýsingar geti haft þýðingu í samkeppnisrétti við mat á því hvort fyrirtæki sé í markaðsráðandi stöðu, sbr. dóma Hæstaréttar Íslands frá 19. febrúar 2004 í máli nr. 323/2003, *Skífan hf. gegn samkeppnisráði*, og frá 14. mars 2013 í máli nr. 355/2012, *Lyf og heilsa hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.⁴²

⁴¹ Almennt hafa gögn sem rituð eru á þeim tíma sem atvik gerðust og án tengsla við síðari rannsókn (*in tempore non suspecto*) ríkt sönnunargildi, sbr. úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í málum nr. 14/2001 og 3/2004.

⁴² Sjá t.d. O'Donoghue & Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, önnur útgáfa 2013 bls. 165: „*The undertaking's own assessment of its position as evidenced by internal documentation may be taken into account when considering dominance.*”



Samkeppniseftirlitið aflaði upplýsinga hjá þeim félögum sem fóru með eignarhald í Já á rannsóknartímabili þessa máls, þ.e. annars vegar Skiptum hf. og hins vegar Auði Capital hf. (Nú Virðing hf.), í þeim tilgangi að leiða í ljós mat þeirra á stöðu og styrkleikum Já. Er þar m.a. um að ræða áreiðanleikakönnun og önnur gögn sem tengjast undirbúningi og ákvarðanatöku vegna kaupa Auðar I fagfjárfestingasjóðs á Já.

Í áreiðanleikakönnuninni kemur fram að við gerð hennar hafi verið farið yfir gögn sem send höfðu verið af hálfu Auðar og Já í október 2010. Jafnframt hafi verið fengnar nánari skýringar og upplýsingar frá stjórnendum félaganna fyrir milligöngu framkvæmdastjóra Já. Er fyrsta athugasemdin í könnuninni svohljóðandi:

[...]

Í umfjöllun um gagnagrunninn segir:

[...]

Í kynningu Auðar I á Já fyrir Fjárfestingarráði⁴³ í ágúst 2010 kemur m.a. fram að mikil verðmæti séu fólgin í gagnagrunninum og Já sé eitt verðmætasta vörumerkið á Íslandi.⁴⁴ Þá kemur jafnframt fram í sömu kynningu að einn af helstu áhættuþáttunum sé „Ný samkeppni“ og segir orðrétt: „Reynt hefur verið að keppa við já.is áður en án árangurs. 1818 sé núna hluti af já.is. – Gagnagrunnur félagsins ein verðmætasta eign þess“.⁴⁵

Hér að framan var gerð grein fyrir því mati á stöðu Já sem fram kom í samrunatilkynningu til Samkeppniseftirlitsins vegna kaupa Auðar á Já. Vísast hér til þeirrar umfjöllunar.

Þessi gögn veita sterka vísbendingu um að Já hafi verið í markaðsráðandi stöðu í máli þessu.

3.6 Aðgangur að markaðnum

Líkt og fram hefur komið geta aðrir þættir auk rekstrar- og efnahagslegs styrkleika skipt máli við mat á markaðsráðandi stöðu. Þannig verður jafnframt að horfa til þess hvort um er að ræða aðgangshindranir inn á viðkomandi markað sem takmarka möguleika nýrra keppinauta á að hasla sér þar völl.

Aðgangshindranir eru hvers konar hindranir sem gera nýjum keppinauti erfitt að komast inn á hlutaðeigandi markað. Þessar hindranir geta t.d. verið af lagalegum toga, þær geta falist í nauðsyn þess að ná lágmarksstærð svo rekstur verði hagkvæmur og í miklum óendurkræfum kostnaði ef innkoma á markaðinn misheppnast. Dæmi um slíkan kostnað

⁴³ Samkvæmt upplýsingum sem birtar voru á heimasíðu Auðar Capital yfirfor Fjárfestingarráð þau fjárfestingartækifæri sem koma til greina sem fjárfestingarkostir fyrir AUÐI I, og tekur endanlega ákvörðun um hvort af fjárfestingu verður, sbr. nánar: <http://wayback.vefsafn.is/wayback/20100323091124/http://www.audurcapital.is/fjarfestingar/fjarfestingarferli/d/fjarfestingarrada/>

⁴⁴ Sbr. glæra 4 í kynningunni Project Java - Fjárfestingarráð Auðar I – Auður Capital Ágúst 2010.

⁴⁵ Sbr. glæra 26 í kynningunni.



er kostnaður við markaðssetningu og kostnaður við rannsóknir og þróun. Ef engar eða litlar aðgangshindranir eru að markaðnum þarf há markaðshlutdeild ekki endilega að fela í sér vísbendingu um markaðsráðandi stöðu. Hér er hins vegar mikilvægt að hafa í huga að álitamálið er ekki hvort nýr aðili getur hafið starfsemi á viðkomandi markaði. Álitamálið er hversu líklegt sé að inn á markaðinn komi burðugur keppinautur sem er fær um að veita viðkomandi fyrirtæki nægilega virka samkeppni þannig að dregið sé verulega úr markaðsstyrk þess. Horfa ber sérstaklega til þess að í „*máli um misnotkun á markaðsráðandi stöðu ræðst mat á möguleikum nýrra keppinauta vegna aðgangshindrana af þeim aðstæðum sem ríktu er ætlað brot átti sér stað*“, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2006, *Flugþjónustan á Keflavíkurflugvelli ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

Unnt er að skipta aðgangshindrunum í þrjá megin flokka. Í fyrsta lagi opinberar aðgangshindranir, þá aðrar aðgangshindranir sem tengjast gerð markaðarins og loks aðgangshindranir sem koma til vegna háttsemi fyrirtækja.

Í athugasemdum Já kemur fram að með samningum við símafyrirtækin hafi Já byggt upp eigin gagnagrunn, enda telji Já aðgangshindranir til uppbyggingar slíks gagnagrunns afar litlar. Engar lagalegar hindranir fyrir slíku séu til staðar. Þvert á móti sé fjarskiptafyrirtækjum skylt samkvæmt lögum að veita aðgang að símaskrárupplýsingum. Þessu til stuðnings vísar Já til ákvæðis 4. mgr. 45. gr. fjarskiptalaga.

Samkeppniseftirlitið bendir á að samkvæmt þessu ákvæði fjarskiptalaga er PFS heimilt að leggja þá skyldu á fjarskiptafyrirtæki, sem úthluta símanúmerum, að miðla upplýsingum um þau til þeirra sem bjóða upplýsingaþjónustu um símanúmer.⁴⁶ PFS hefur hins vegar ekki beitt þessu ákvæði á rannsóknartímabili þessa máls. Skýrist það helst af aðstæðum á þeim mörkuðum sem máli skipta og því fyrirkomulagi sem verið hefur undanfarin ár við skráningu á símanúmeraupplýsingum. Eins og lýst hefur verið hefur þetta fyrirkomulag gert það að verkum að Já hefur náð að tryggja sér einokunarstöðu á þessu sviði hér á landi. Hefur PFS greint frá því að komið hafi til álita að beita ákvæðinu í tengslum við beiðni Miðlunar um skráningarupplýsingar hjá Símanum. Hins vegar hafi Síminn upplýst að fyrirtækið teldi sig ekki geta tryggt réttmæti upplýsinga um áskrifendur sína. Stafaði það af því að áskrifendur gætu breytt skráningu sinni hjá Já án aðkomu Símans og án þess að fyrirtækið fengi tilkynningu um breytingarnar.

Er því ljóst að þótt ákvæði 45. gr. fjarskiptalaga geri ráð fyrir að skyldan til að miðla upplýsingum um símanúmer til upplýsingaþjónustuveitenda hvíli hjá fjarskiptafyrirtækjum og reglur fjarskiptaréttar geri ráð fyrir að opið sé fyrir samkeppni upplýsingaveitna um símanúmer hafa aðstæður hér á landi samt sem áður verið þannig að samkeppni á þessum markaði hefur í raun verið engin. Þannig hefur, allt frá því að þjónusta af þessu tagi hófst hér á landi, aðeins eitt fyrirtæki, Já og áður forverar þess, verið með einokun á markaði fyrir rekstur og heilðsöluaðgang að gagnagrunni um

⁴⁶Ákvæði 45. gr. er að finna í IX. kafla fjarskiptalaga um vernd persónuupplýsinga í fjarskiptum og friðhelgi einkalífsins. Í athugasemdum við ákvæðið í frumvarpi til núgildandi fjarskiptalaga segir að ákvæði 45. gr. séu byggð á 12. gr. Persónuverndartilskipunar ESB og 5. gr. Alþjónustutilskipunar ESB. Kveða þessar tilskipanir einkum á um skyldu aðildarríkja ESB til þess að tryggja ákveðinn rétt fyrir neytendur. Í tilviki síðarnefndu tilskipunarinnar er um að ræða rétt til alþjónustu líkt og áður hefur verið gerð grein fyrir.



símanúmer hér á landi og einnig á þeim smásölumörkuðum sem byggja á aðgangi að umræddum gagnagrunni.

Fyrir liggur að áhugasamir keppinautar hafa ekki náð að hasla sér völl á skilgreindum markaði þessa máls, þrátt fyrir ákvæði 45. gr. fjarskiptalaga. Skýringar á þessari stöðu felast einkum í því að til staðar eru verulegar aðgangshindranir að markaðnum.

Lagareglur og eftirlit stjórnvalda geta mögulega verið meira íþyngjandi fyrir þá sem hyggjast hasla sér völl á tilteknum markaði en þá sem þegar starfa þar. Með þetta í huga verður að skoða hvort ákvæði fjarskiptalaga sem m.a. er ætlað að tryggja neytendum rétt til alþjónustu hafi skapað Já forskot í samkeppni og gert félaginu kleift að takmarka möguleika nýrra keppinauta á að hasla sér völl á skilgreindum mörkuðum þessa máls.

Eins og fram hefur komið hefur Já verið útnefnt til þess að veita alþjónustu að því er varðar útgáfu símaskrár, rekstur upplýsingaveitu um símanúmer og varðveislu framangreinds gagnagrunns. Með hliðsjón af aðstæðum á markaðnum og vegna gagnagrunnsins var Já talið eina fyrirtækið sem hefði reynslu og burði til að veita umrædda þjónustu. Hefur PFS sérstaklega tekið fram í þessu samhengi að aðgangur að gagnagrunni Já væri nauðsynleg forsenda fyrir heildsölustarfsemi á þessu sviði.

Með útnefningu Já sem alþjónustuveitanda var rekstur og sterk staða Já á hlutaðeigandi mörkuðum áfram tryggð, eins lengi og útnefningartímabil þeirra alþjónustukvaða sem lagðar voru á Já varði.⁴⁷ Þessi staða Já, sem útnefndur alþjónustuveitandi, gaf félaginu augljóslega töluvert forskot umfram aðra aðila sem vildu koma inn á markaðinn og veita sambærilega upplýsingaþjónustu. Er þetta í samræmi við eigið mat Já á stöðu sinni, sbr. umfjöllun hér að framan.

Í kafla IV 4 hér að framan var gerð grein fyrir þýðingu þess að Já (og forverar) hafi haft einkarétt á símanúmerinu 118. Hefur það m.a. leitt til þess að Já býr yfir upplýsingum um símnotendur sem fjarskiptafyrirtækin gera ekki. Gagnagrunnur Já hefur því að geyma mun ítarlegri upplýsingar um áskrifendur símanúmera en einungis símanúmer, nöfn og heimilisföng. Vandséð er hvernig mögulegir keppinautar Já geta nálgast nauðsynlegar og réttar upplýsingar með skilvirkum hætti án aðgangs að gagnagrunni Já, sem er eini heildstæði gagnagrunnurinn um símanúmer hér á landi. Bent hefur verið á það af hálfu Miðlunar að þar sem fjarskiptayfirvöld hafi til þessa gert ráð fyrir að Já annaðist skráningu í gagnagrunn hefði skapast sú venja að ýmsar upplýsingar sem nauðsynlegar væru til að veita upplýsingaþjónustu væru skráðar í grunn Já en ekki í gagnagrunna símafyrirtækjanna. Því verði samkeppni ekki komið á með því að láta mögulega keppinauta Já byggja upp eigin gagnagrunna með samningum við símafyrirtækin. Verði byggðir upp aðrir gagnagrunnar um símanúmer og tengdar upplýsingar, einungis á grundvelli hrárra gagna frá símafyrirtækjunum er að mati Samkeppniseftirlitsins hætta á að misræmi milli gagnagrunna kæmi illa niður á öryggi upplýsinganna til neytenda. Hefur PFS ennfremur vakið athygli á því að það kynni að ógna heildstæði skráarhaldsins, t.d.

⁴⁷ Skv. ákvörðun PFS nr. 22/2011 um útnefningu Já með skyldu til að veita alþjónustu að því er varðar útgáfu símaskrár og rekstur upplýsingaveitu um símanúmer frá 28. júní 2011 giltu kvaðirnar frá og með 1. júlí 2011 og til og með 30. júní 2014. Með ákvörðun PFS nr. 31/2013 frá 20. desember 2013 var þessum alþjónustukvöðum Já aflétt.



með tilliti til bannmerkinga, ef aðrir en Já koma sér upp eigin símaskrárgagnagrunni með samningum við fjarskiptafyrirtæki.

Þá má auk þess ekki líta framhjá því að einkaréttur Já á nýtingu símanúmersins 118 hefur veitt Já töluvert forskot á markaðnum umfram þá sem hafa haft í hyggju að veita félaginu samkeppni. Ljóst er að verðmæti þessa þriggja stafa númers var mikið á rannsóknartímabilinu en sennilegt er að númerið hafi tryggt Já um helming árlegra rekstrategna félagsins til þessa. Var það til að mynda í þeim tilgangi eingöngu að tryggja sér áfram einkarétt á númerinu 118 sem Já skráði félagið sem fjarskiptafyrirtæki á grundvelli reglna nr. 345/2005, um almenna heimild til að reka fjarskiptanet eða fjarskiptapjónustu.⁴⁸ Hefði Já ekki gert það hefði félagið ekki átt kost á nýtingu símanúmersins 118 áfram þar sem símanúmerum er eingöngu úthlutað til fjarskiptafyrirtækja skv. framangreindum reglum, sbr. 5. gr. reglna nr. 450/2008 um skipulag, úthlutun og notkun númera, númeraraða og vistfanga á sviði fjarskipta.

Telur Samkeppniseftirlitið ljóst að einkaréttur Já á nýtingu númersins 118 hafi verið félaginu mjög mikils virði og styrkir það að mati eftirlitsins yfirburðastöðu Já á markaðnum á tímabilinu sem um ræðir í máli þessu, auk þess að veita félaginu töluvert samkeppnisforskot.

Að virtum framangreindum reglum fjarskiptalaga, bæði er varða alþjónustu og úthlutun símanúmera, hlutverki Já sem útnefnds alþjónustuveitanda og ákvarðana PFS í því sambandi getur Samkeppniseftirlitið ekki tekið undir þau sjónarmið Já að engar opinberar hindranir hafi verið til staðar á markaðnum heldur þvert á móti hefur beiting þessa regluverks, sem einkum hefur þann tilgang að tryggja neytendum umrædda þjónustu, skapað Já töluvert forskot í samkeppni á markaði þessa máls og felur því í sér aðgangshindrun á markaðnum að mati Samkeppniseftirlitsins.

Fyrir liggur að samkeppni hefur ekki hafist á þessum markaði þrátt fyrir viðleitni af hálfu PFS og áhuga fyrirtækja á að bjóða þjónustu sem byggir á aðgangi að gagnagrunninum. Að mati Samkeppniseftirlitsins er það skýr vísbending um að það fyrirkomulag sem verið hefur til þessa á skráarhaldi yfir upplýsingar um símanúmer hafi falið í sér töluverða aðgangshindrun fyrir nýja aðila að komast inn á markaðinn og veitt Já um leið töluvert samkeppnisforskot á þeim mörkuðum sem máli skipta.

Hvað fjárhagslegar og tæknilegar hindranir varðar hefur komið fram í máli Já að slíkar hindranir geti ekki talist vera fyrir hendi sé byggt á frumniðurstöðu PFS, sem mat stofn fjárfestinga fyrir gagnagrunn Já um [...] m.kr. og áætlaði árgreiðslu vegna fjárfestinga [...] m.kr. á ári. Í því sambandi benti Já á að samkvæmt samandregnum ársreikningi Loftmynda vegna ársins 2010 hafi handbært fé frá rekstri þess félags verið [...] m.kr. í lok ársins og hefði þá aukist um [...] m.kr. á því ári. PFS hefur bent á í þessu sambandi að kostnaður vegna stofnunar gagnagrunns sé aðeins lítill hluti af kostnaði upplýsingaveitu og því ekki rétt að horfa eingöngu til stofnfjárfestingar í gagnagrunni þegar mat sé lagt á hversu kostnaðarsamt sé að koma inn á markað fyrir upplýsingar um símanúmer.

⁴⁸ Sbr. t.d. málsástæður Já í úrskurði áfrýjunarnefndar fjarskipta- og póstmála í máli nr. 4/2011 (bls. 4).



Loftmyndir hafa bent á að jafnvel þótt þeim tækist að gera samninga við hvert og eitt símafyrirtæki yrðu það aðeins hrá gögn um símanúmer sem vinna þyrfti áfram til að koma upp gagnagrunni sem stæðist samjöfnuð við áratuga gamlan gagnagrunn sem Póstur og sími hefði hannað og byggt upp. Telja Loftmyndir það afar ólíklegt að það svari kostnaði á svo fámennum markaði. Þess utan hafi Já yfir að ráða ýmis konar upplýsingum í krafti alþjónustukvaða sem séu nauðsynlegar við starfrækslu gagnagrunns sem þessa og Loftmyndir fái ekki séð hvernig félagið eigi að nálgast með skilvirkum hætti án aðgangs að gangagrunni Já.

Samkeppniseftirlitið telur að kostnaður við að koma á fót sambærilegum gagnagrunni⁴⁹ og Já hefur yfir að ráða sé aðeins lítt hluti af kostnaði upplýsingaveitu og því ekki rétt að horfa eingöngu til stofnfjárfestingar í gagnagrunni þegar mat er lagt á hversu kostnaðarsamt sé að koma inn á markað fyrir upplýsingaveitu um símanúmer. Líkt og fram hefur komið hefur gerð og uppbygging á gagnagrunni Já tekið fjölda ára (tæpa tvo tugi) og býr Já að því að hafa fengið gagnagrunn frá Símanum sem rekja má aftur til þess tíma þegar rekstur símaskrár var enn ríkisrekinn. Hefur Já m.a. staðfest það að innan félagsins sé tæplega 20 ára reynsla af því að byggja upp gagnagrunninn á tölvutæku formi og sú reynsla hafi nýst við uppbyggingu skráningarviðmóta, aðlögun tölvukerfa og uppfærslur, sbr. eftirfarandi ummæli frá Já:

„Verðmætin í gagnagrunni Já felast ekki síst í því verklagi og þeim ferlum sem félagið sinnir til þess að viðhalda upplýsingum í gagnagrunninum, en hann er uppfærður daglega. Því telur Já mikilvægt að meta bæði einskiptiskostnað við uppsetningu á gagnagrunninum, og ekki síður að horfa til þess hvað það kostar að reka grunninn og viðhalda honum. Það er sannarlega sá kostnaður sem nýr aðili þyrfti að fjárfesta í til þess að viðhalda jafn öflugum og réttum grunni. Að öðrum kosti myndi grunnurinn strax úreldast og erfitt yrði að skapa með honum verðmæti. Innan Já er tæplega 20 ára reynsla af því að byggja upp gagnagrunninn á tölvutæku formi, en sú reynsla hefur nýst við uppbyggingu skráningarviðmóta, aðlögun tölvukerfa og uppfærslur.“⁵⁰

Samkeppniseftirlitið telur framangreint gefa skýrar vísbendingu um mat Já á verðmæti gagnagrunnsins og mikilvægi hans fyrir félagið.

Þá kemur jafnframt fram í svari Já við fyrirspurn um árlegan rekstrarkostnað gagnagrunnsins að kostnaður við markaðssetningu árið 2009 hafi verið um [...] m.kr. en gera yrði ráð fyrir því að árlegur markaðskostnaður hjá nýju fyrirtæki yrði hærri en hjá Já sem sé „*eitt þekktasta vörumerki landsins.*“⁵¹ Hér vísast einnig til framangreindar umfjöllunnar þar sem gerð er grein fyrir mati eigenda Já á m.a. virði gagnagrunnsins.

⁴⁹ Er hér átt við gagnagrunn sem inniheldur ekki aðeins skráningarupplýsingar frá fjarskiptafélagunum heldur jafnframt aðrar viðbótarupplýsingar eins og t.d. bannmerkingu, starfsheiti og aukaskráningar fyrir maka/sambýlisfólk o.s.frv.

⁵⁰ Sjá bls. 5-6 í bréfi Já til PFS, dags. 28. febrúar 2011. Sent í tengslum við undirbúning PFS fyrir kostnaðargreiningu á aðgangi að gagnagrunni Já.

⁵¹ Sjá bls. 5-6 í bréfi Já til PFS, dags. 28. febrúar 2011.



Ljóst er að gagnagrunnurinn hefur notið sérstöðu þar sem unnt hefur verið að breyta einstaka skráningum hjá Já óháð því hvort viðkomandi fjarskiptafélag, sem þjónustar hlutaðeigandi símanúmer, sé upplýst um breytingar á skráningarupplýsingum rétthafa númersins. Því verður ekki hægt að tryggja heildstæði símaskrárupplýsinga hjá öðrum aðilum, nema að Já miðli öllum nauðsynlegum upplýsingum til baka til fjarskiptafyrirtækjanna eða veiti aðgang að grunninum á eðlilegum heildsölukjörum.

Hér ber einnig að líta til tölvupósts framkvæmdastjóra fagfjárfestingasjóða Auðar til fjárfestingaráðs og forstjóra Auðar, dags. 5. nóvember 2010. Í honum er m.a. fjallað samninginn sem gerður var um kaup Já af Skiptasamstæðunni. Í tölvupóstinum segir: „*Kaupsamningur við Skipti felur í sér vilyrði um langtímasamning og skuldbindingu um að afhenda ekki öðrum skráningargögnum, stofna ekki sambærilegt félag eða aðstoða aðra við að gera slíkt.*“ Samningur þessi er frá 5. nóvember 2010 og í 8. gr. hans segir:

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

Að mati Samkeppniseftirlitsins verður ekki annað ráðið af framangreindu en að við sölu á Já frá Skiptasamstæðunni hafi samningsaðilar gert með sér samkomulag sem hafi haft það m.a. að markmiði að tryggja Já einkarétt á skráningargögnum Símans og þar með koma í veg fyrir að aðrir geti komið sér upp gagnagrunni til jafns við Já í þeim tilgangi að keppa við Já. Við mat á áhrifum þessa samkomulags félaganna ber að líta til þess að Síminn hafði á þessum tíma langflesta áskrifendur fjarskiptafyrirtækja í tal- og farsímapjónustu eða um 49% hlutdeild á markaði fyrir fastar áskriftir í farsímapjónustu og um 74% hlutdeild í fastanetinu, sbr. tölfræðiskýrsla PFS um íslenska fjarskiptamarkaðinn árið 2010 sem er aðgengileg á vef stofnunarinnar.

Í þessu máli er ekki tekin afstaða til þess hvort framangreint samkomulag feli í sér brot gegn samkeppnislögum. Án tillits til þess er hins vegar ljóst að samkomulag sem þetta er til þess fallið að hindra enn frekar að settur yrði upp nýr gagnagrunnur í samkeppni við Já og útiloka þar með samkeppni á bæði heildsölu- og smásöluörkuðum þessa máls. Sýnir þetta fram á aðgangshindranir að markaðnum og hefur þýðingu við mat á því hvort gagnagrunnurinn felur í sér ómissandi aðstöðu, sbr. umfjöllun hér á eftir.

Að öllu ofangreindu virtu telur Samkeppniseftirlitið að um verulegar aðgangshindranir hafi verið að ræða.

3.7 Já er í markaðsráðandi stöðu

Hér að framan hefur aðstæðum á skilgreindum mörkuðum þessa máls verið lýst. Hefur í því sambandi verið litið til 100% markaðshlutdeildar, aðgangshindrana, fjárhagslegs styrkleika Já og auk þess til annarra atriða sem tengjast skipulagi markaðarins og aðstæðna sem á honum hafa ríkt frá upphafi. Að mati Samkeppniseftirlitsins hefur Já ekki tekist í sínum athugasemdum að sýna fram á að félagið hafi ekki verið í markaðsráðandi stöðu á skilgreindum markaði málsins.



Með allt framangreint í huga er það mat Samkeppniseftirlitsins að Já hafi á rannsóknartíma þessa máls haft markaðsráðandi stöðu og í raun einokun á markaði fyrir rekstur og heildsöluaðgang að gagnagrunni um símanúmer hér á landi, auk smásöllumarkaða fyrir þjónustu sem byggir á aðgangi að umræddum gagnagrunni Já. Er staða Já afar sterk á mörkuðum málsins.



VI. AÐGERÐIR JÁ

Í máli þessu er til skoðunar hvort Já hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með aðgerðum sem beindust gegn mögulegum keppinautum fyrirtækisins á mörkuðum þessa máls. Hér á eftir verður greint nánar frá þeim aðgerðum sem um er að ræða og lagt mat á lögmæti þeirra.

1. Ákvæði 11. gr. samkeppnislaga

Áður en vikið er að aðgerðum Já verður fjallað almennt um túlkun á 11. gr. samkeppnislaga. Einnig verður grein fyrir þeim reglum sem gilda um aðgang m.a. keppinauta um að mikilvægri aðstöðu eða þjónustu markaðsráðandi fyrirtækis.

1.1 Almennt um bann við misnotkun á markaðsráðandi stöðu

Samkvæmt 1. gr. samkeppnislaga er það markmið þeirra að efla virka samkeppni í viðskiptum. Skal því markmiði m.a. náð með því að vinna gegn skaðlegri fákeppni og samkeppnishömlum og auðvelda aðgang nýrra keppinauta að markaðnum. Í þessu sama skyni er lagt bann við því í 11. gr. laganna að fyrirtæki sem er í markaðsráðandi stöðu misnoti hana, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2013, *Valitor hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Ákvæði 11. gr. samkeppnislaga er byggt á 54. gr. EES-samningsins og við túlkun þess er almennt rétt að hafa hliðsjón af EES/ESB-samkeppnisrétti, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 1/2012, *Síminn hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

Eins og fram kemur í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008, *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu*, leiðir af 11. gr. samkeppnislaga að tiltekna skyldur hvíla á markaðsráðandi fyrirtækjum:

„Af 11. gr. samkeppnislaga leiðir að fyrirtæki í markaðsráðandi stöðu hafa skyldum að gegna um að grípa ekki til neinna aðgerða sem raskað geta þeirri eðlilegu samkeppni sem ríkir á tilteknum markaði. Við nánari skilgreiningu á þeirri skyldu ber að líta til 1. gr. samkeppnislaga en samkvæmt henni skal markmiði laganna m.a. náð með því að:

- a. vinna gegn óhæfilegum hindrunum og takmörkunum á frelsi í atvinnurekstri,*
- b. vinna gegn óréttmætum viðskiptaháttum, skaðlegri fákeppni og samkeppnishömlum,*
- c. auðvelda aðgang nýrra keppinauta að markaðnum.*

Því má með réttu segja að skyldur fyrirtækja í markaðsráðandi stöðu nái m.a. til þess að vinna ekki gegn fyrrgreindum markmiðum samkeppnislaga með óeðlilegum hætti. Misnotkun markaðsráðandi stöðu getur því verið fólgin í því að vinna gegn markmiðum samkeppnislaga ef aðgerð hefur ekki eðlilegar samkeppnislegar forsendur. Samkvæmt þessu er einnig rétt að líta svo á að skyldur markaðsráðandi fyrirtækja geti að öðru jöfnu verið því ríkari þeim mun sterkari sem þau eru á viðkomandi markaði enda má ætla að samkeppni veikist þá að sama skapi. Þó ber að hafa í huga að styrkur samkeppnisaðila



skiptir máli þegar mörk leyfilegra aðgerða hins markaðsráðandi fyrirtækis eru metin. Ástæðan er sú að meira þarf að öllum jafnaði til að koma til þess að ryðja honum af markaðinum eða veikja hann verulega."

Í dómi Héraðsdóms Reykjavíkur, sem staðfestur var með vísan til forsendna af Hæstarétti Íslands í máli nr. 550/2007, *Árdegi hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*, segir:

„Skilgreina verður hverju sinni hvort um misnotkun er að ræða á markaðsráðandi stöðu sem er bönnuð samkvæmt 11. gr. samkeppnislaga, en í lagagreininni kemur ekki fram tæmandi talning á því hvað teljist misnotkun, eins og réttilega kemur fram í úrskurði áfrýjunarnefndarinnar."

Í samkeppnisrétti er talið að misnotkun sé hlutlægt hugtak sem vísar til hegðunar markaðsráðandi fyrirtækis sem er til þess fallin að hafa áhrif á gerð tiltekins markaðar þar sem samkeppni er þegar takmörkuð vegna þess að á markaðnum er fyrir hendi markaðsráðandi fyrirtæki. Hegðunin felst í aðgerðum sem ekki geta talist til eðlilegrar samkeppni (e. *normal competition*) í skilningi samkeppnisréttarins. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2006, *Flugþjónustan á Keflavíkurflugvelli ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu*, kemur fram eftirfarandi:

„Verður almennt talið að um misnotkun á markaðsráðandi stöðu sé að ræða þegar fyrirtæki beita aðferðum á tilteknum markaði sem ekki er unnt að samrýma eðlilegri samkeppni og hindra hana eða vöxt hennar. Af framangreindu leiðir að markaðsráðandi fyrirtæki má ekki grípa til neinna aðgerða sem veikt geta keppinauta þess og þar með styrkt markaðsráðandi stöðu sína nema aðgerðirnar helgist af samkeppni á grundvelli rekstrarlegrar frammistöðu fyrirtækisins."

Samkvæmt þessu er markaðsráðandi fyrirtæki óheimilt að bæta stöðu sína á markaði með öðrum aðgerðum en samkeppni á grundvelli rekstrarlegrar frammistöðu fyrirtækisins (e. *competition on the merits*). Hér má einnig vísa til úrskurða áfrýjunarnefndar samkeppnismála í málum nr. 17-18/2003, nr. 4/2007, nr. 3/2008, 4/2103 og dóma dómstóla ESB.⁵²

Framangreint þýðir óhjákvæmilega að möguleikar markaðsráðandi fyrirtækja til að taka þátt í samkeppni eru takmarkaðri heldur en almennt er heimilt í viðskiptum, sbr. t.d. dóm Hæstaréttar frá 14. mars 2013 í máli nr. 355/2013, *Lyf og heilsa hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Hugtakið eðlileg samkeppni í framangreindum skilningi hefur því þengri merkingu en sú samkeppni sem fyrirtæki geta stundað sem ekki eru í ráðandi

⁵² Sjá t.d. dóm dómstóls ESB frá 6. desember 2012 í máli nr. C-457/10P *AstraZeneca v Commission*, mgr. 74-75: *„...it is settled case-law that the concept of ‘abuse’ is an objective concept referring to the conduct of a dominant undertaking which is such as to influence the structure of a market where the degree of competition is already weakened precisely because of the presence of the undertaking concerned, and which, through recourse to methods different from those governing normal competition in products or services on the basis of the transactions of commercial operators, has the effect of hindering the maintenance of the degree of competition still existing in the market or the growth of that competition ... It follows that Article 82 EC prohibits a dominant undertaking from eliminating a competitor and thereby strengthening its position by using methods other than those which come within the scope of competition on the merits ..."*



stöðu. Markaðsráðandi fyrirtæki er þannig ekki heimilt að keppa í verði nema sú samkeppni byggist á eðlilegum efnahagslegum grunni.⁵³ Það getur því verið ólöglegt fyrir markaðsráðandi fyrirtæki að grípa til ráðstafana sem almennt þykja sjálfsagðar á samkeppnismarkaði, eins og t.d. að bjóða viðskiptavinum smærri keppinautar lægra verð. Þessi regla helgast af þeirri ríku skyldu sem hvílir á markaðsráðandi fyrirtækjum, sbr. dóm Hæstaréttar Íslands frá 18. nóvember 2010 í máli nr. 188/2010, *Hagar hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

Í hinni ríku skyldu sem hvílir í samkeppnisrétti á markaðsráðandi fyrirtækjum felst að þau mega ekki grípa til neinna ráðstafana sem raskað geta með óeðlilegum hætti þeirri samkeppni sem ríkir á markaðnum eða misbeita með öðrum hætti stöðu sinni, sbr. m.a. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008 *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu*.⁵⁴

Umfang hinnar sérstöku skyldu sem hvílir á markaðsráðandi fyrirtækjum um að raska ekki samkeppni ræðst af atvikum í hverju máli fyrir sig.⁵⁵ Við nánari skilgreiningu á umræddri skyldu ber að líta til ákvæðis 1. gr. samkeppnislaga en samkvæmt því skal markmiði laganna náð með því m.a. að vinna gegn skaðlegri fákeppni og samkeppnishömlum og að auðvelda nýjum keppinautum aðgengi að markaðnum, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 8/2008 *Fiskmarkaður Íslands hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

Misnotkun á markaðsráðandi stöðu getur falist í hvers konar aðgerðum sem miða að því að styrkja eða verja hina ráðandi stöðu.⁵⁶ Misnotkunin getur einnig verið fólgin í því að vinna gegn framangreindu markmiði samkeppnislaga ef slíkar aðgerðir byggja ekki á eðlilegum samkeppnislegum forsendum. Misnotkunin þarf því ekki að felast í því að hinni markaðsráðandi stöðu sé beitt eða að misnotkunin byggji á hinum efnahagslega styrkleika sem felst í markaðsráðandi stöðu.⁵⁷ Kjarni þeirrar misnotkunar á markaðsráðandi stöðu sem raskar samkeppni er að hegðun markaðsráðandi fyrirtækis sé til þess fallin að hamla þeirri takmörkuðu samkeppni sem er á markaðnum eða hindra vöxt hennar.⁵⁸ Markaðsráðandi fyrirtæki mega þannig ekki grípa til óeðlilegra aðgerða sem miða að því að styrkja eða verja stöðu sína á markaðnum, sbr. t.d. úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í málum nr. 17-18/2003 og 3/2008.

⁵³ Sjá t.d. Dr. Hans-Georg Kamann og Ellen Bergman, *The Granting of Rebates by Market Dominant undertakings under Article 82 of the EC Treaty*, [2005] ECLR 83. „A market dominant undertaking is not allowed to take recourse to price and rebate methods which do not constitute normal means of efficiency competition. Such methods would constitute an abuse under Article 82. EC. “

⁵⁴ Sjá einnig t.d. dóm dómstóls ESB í máli nr. 322/81 *Michelin v. Commission* [1983] ECR 3461.

⁵⁵ Sjá t.d. dóm dómstóls ESB í máli nr. C-333/94P, *Tetra Pak v. Commission* [1996] ECR I-5951.

⁵⁶ Sjá t.d. dóm undirréttar ESB í máli nr. T-128/98 *Aéroports de Paris v Commission* [2000] ECR II-3929. Sjá einnig ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB frá 15. júní 2005 í máli nr. COMP/A.37.507 *AstraZeneca*: ... „the Court of Justice has held that the strengthening of the position of an undertaking may be an abuse and prohibited under Article 82 of the Treaty, regardless of the means and procedure by which it is achieved, and even irrespective of any fault.“ Ákvörðunin staðfest með dómi dómstóls ESB frá 10. júlí 2014.

⁵⁷ Sjá hér dóm dómstóls ESB í máli nr. 6/72 *Europemballage and Continental Can v Commission* [1973] ECR 215: Í málinu benti dómstóllinn á þetta: „Such being the meaning and the scope of article 86 of the EEC treaty, the question of the link of causality ... between the dominant position and its abuse, is of no consequence, for the strengthening of the position of an undertaking may be an abuse and prohibited under article 86 of the treaty, regardless of the means and procedure by which it is achieved, ...“

⁵⁸ Sjá hér dóm dómstóls ESB í máli nr. 85/76 *Hoffman-La Roche v Commission* [1979] ECR 461.



Eins og fyrr sagði á brot á 11. gr. samkeppnislaga á sér stað ef markaðsráðandi fyrirtæki grípur til aðgerða sem eru til þess fallnar að raska samkeppni og fela ekki í sér samkeppni á grundvelli rekstrarlegrar frammistöðu. Markaðsráðandi fyrirtæki hafa í eldri málum haldið því fram að það sé skilyrði fyrir broti á 11. gr. samkeppnislaga að aðgerð markaðsráðandi fyrirtækis hafi í raun haft skaðleg áhrif á samkeppni. Með öðrum orðum verði Samkeppniseftirlitið að sanna skaðleg áhrif til þess að um brot geri verið að ræða. Ekki hefur verið fallist á þetta. Má hér vísa til dóma Hæstaréttar í málum nr. 550/2007 *Árdegi hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*, nr. 188/2010 *Hagar hf. gegn Samkeppniseftirlitinu* og nr. 355/2013, *Lyf og heilsa hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Sama túlkun er einnig lögð til grundvallar í EES/ESB-samkeppnisrétti. Hefur þetta komið skýrt fram í dómum bæði EFTA dómstólsins⁵⁹ og dómstólum ESB.⁶⁰

Brot á 11. gr. laganna er heldur ekki háð því að sýnt sé fram á ásetning til þess að raska samkeppni, sbr. m.a. úrskurð áfrýjunarnefndar í máli nr. 3/2008. Ef hins vegar er sannaður samkeppnishamlandi tilgangur markaðsráðandi fyrirtækis er að öðru jöfnu auðveldara að sýna fram á brot, sbr. m.a. úrskurð áfrýjunarnefndar í máli nr. 3/2006.

Undir vissum kringumstæðum þó geta markaðsráðandi fyrirtæki réttlætt aðgerðir sem ella myndu fara gegn 11. gr. samkeppnislaga, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar í máli nr. 3/2008. Sönnunarbyrði um það hvílir á viðkomandi fyrirtæki.⁶¹

1.2 Ólögmat sölusynjun og ómissandi aðstaða

Sölusynjun, þ.e. höfnun fyrirtækis á því að eiga viðskipti við tiltekinn aðila, án hlutlægra eða málefnalegra ástæðna getur falið í sér brot á 11. gr. samkeppnislaga. Hið sama gildir ef markaðsráðandi fyrirtæki neitar um aðgang að svonefndri ómissandi aðstöðu.

Hér ber að líta til þess að ýmsir viðskiptahættir og hegðun á markaði, sem geta talist eðlileg og samkeppnishvetjandi þegar lítil fyrirtæki eiga í hlut, geta haft skaðleg áhrif á viðkomandi markaði ef markaðsráðandi fyrirtæki á í hlut. Þannig verður að telja að sú ákvörðun forsvarsmanna lítils fyrirtækis að hafna því að eiga viðskipti við tiltekinn aðila geti í fæstum tilvikum haft í för með sér skaðleg áhrif á samkeppni. Öðru máli kann að gegna ef ákvörðun um sölusynjun er tekin af markaðsráðandi fyrirtæki. Lögjafinn hefur

⁵⁹ Dómur EFTA dómstólsins frá 18. apríl 2012 í máli nr. E-15/10, *Posten Norge* gegn Eftirlitsstofnun EFTA, mgr. 131-132: „... the argument of the applicant that ESA was required to demonstrate actual anti-competitive effects must be rejected. It was sufficient for ESA to show that the conduct in question was liable to distort competition by raising barriers to entry and, therefore, to the maintenance or growth of the competition still existing in the market.”

⁶⁰ Sjá t.d. dóm dómstóls ESB frá 19. apríl 2012 í máli nr. C-549/10, *Tomra v Commission*: Sjá m.a. mgr. 79: „...it is therefore unnecessary to undertake an analyse of the actual effects of the rebates on competition given that, for the purposes of establishing an infringement of Article 102 TFEU, it is sufficient to demonstrate that the conduct at issue is capable of having an effect on competition, as recalled in paragraph 68 of this judgment.” Sama túlkun lögð til grundvallar í dómi dómstóls ESB frá 6. desember 2012 í máli nr. C-457/10, *AstraZeneca v Commission* og í dómi hans frá 10. júlí 2014 í máli nr. C-295/12, *Telefónica SA v Commission*.

⁶¹ Sjá dóm undirréttar ESB í máli nr. 201/04 *Microsoft v Commission* [2007] ECR-3601: „The Court notes, as a preliminary point, that although the burden of proof of the existence of the circumstances that constitute an infringement of Article 82 EC is borne by the Commission, it is for the dominant undertaking concerned, and not for the Commission, before the end of the administrative procedure, to raise any plea of objective justification and to support it with arguments and evidence. It then falls to the Commission, where it proposes to make a finding of an abuse of a dominant position, to show that the arguments and evidence relied on by the undertaking cannot prevail and, accordingly, that the justification put forward cannot be accepted.”



viðurkennt að í vissum tilvikum sé rétt að setja samningsfrelsinu ákveðin takmörk og liggja þá almannahagsmunir einatt til grundvallar. Slíka takmörkun er að finna í 11. gr. samkeppnislaga. Í frumvarpi sem varð að lögum nr. 107/2000, sem breyttu þágildandi samkeppnislögum, segir:

„Meginreglan er sú að fyrirtækjum er frjálst að velja viðsemjendur sína. Þegar um markaðsráðandi fyrirtæki er að ræða er hins vegar nauðsynlegt að meta hagsmuni þess fyrirtækis sem vill kaupa gagnvart hagsmunum markaðsráðandi fyrirtækis af því að stjórna sjálft viðskiptasamningum sínum. Almennt er talið að í þessu samhengi verði að líta til þess hversu mikilvæg sú vara eða þjónusta sem um ræðir er fyrir þann sem óskar eftir viðskiptum, stöðu þess er synjar sölu á umræddum markaði, auk þess sem það er talið hafa þýðingu hvort hlutlægar og málefnalegar forsendur liggja að baki sölusynjuninni.“

Af þessu leiðir að talsverðu máli getur skipt hversu mikilvæg viðkomandi vara eða þjónusta er. Er um brot að ræða ef sölusynjun styðst ekki við málefnalegar forsendur, varðar nauðsynlega eða ómissandi þjónustu/vöru og synjunin er til þess fallin að koma í veg fyrir virka samkeppni á viðkomandi sviði.⁶²

Samkeppnisyfirvöld hafa í eldri málum fjallað um aðgang að ómissandi aðstöðu markaðsráðandi fyrirtækja. Í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 30/1997 *Kvörtun Alnets yfir synjun um aðgang að gagnagrunni símaskrár Pósts og síma hf.* segir:

„Með heimild í 17. gr samkeppnislaga geta samkeppnisyfirvöld mælt fyrir um aðgang keppinauta að aðstöðu markaðsráðandi fyrirtækis, verði jöfnum samkeppnisskilyrðum ekki komið við með öðru móti. Eru slík sjónarmið mjög í samræmi við kenningu í amerískum og evrópskum samkeppnisrétti sem kallast á ensku „essential facilities doctrine“. Í þeirri kenningu felst, að eigi markaðsráðandi fyrirtæki eða búi yfir einhvers konar aðstöðu sem keppinautur getur ekki verið án, geti samkeppnisyfirvöld mælt fyrir um að hinu markaðsráðandi fyrirtæki beri að veita keppinautum aðgang að aðstöðunni. Komu þessi sjónarmið m.a. fram í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 42/1996, varðandi erindi Póstdreifingar ehf. um meinta misnotkun Pósts og síma á markaðsráðandi stöðu sinni, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 1/1997.“

Framangreind viðhorf eiga einnig við skv. núgildandi samkeppnislögum, sbr. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 10/2005 *Erindi Skýrr hf. vegna misnotkunar Umferðarstofu á*

⁶² Sjá t.d. dóm undirréttar ESB í máli nr. í máli nr. T-301/04 Clearstream Banking AG v Commission [2009] 5 CMLR 24, mgr. 147-148: „... it follows from the case-law of the Court of Justice that, in order to find the existence of an abuse within the meaning of Article 82 EC, the refusal of the service in question must be likely to eliminate all competition on the market on the part of the person requesting the service, such refusal must not be capable of being objectively justified, and the service must in itself be indispensable to carrying on that person's business (Case C-7/97 Bronner [1998] ECR I-7791, paragraph 41). ...

With regard to the condition of elimination of all competition, it is not necessary, in order to establish an infringement of Article 82 EC, to demonstrate that all competition on the market would be eliminated, but what matters is that the refusal at issue is liable to, or is likely to, eliminate all effective competition on the market. It is for the Commission to establish such a risk of the elimination of all effective competition (Microsoft v Commission, paragraph 47 above, paragraphs 563 and 564).“



markaðsráðandi stöðu. Framkvæmdastjórn ESB hefur skilgreint ómissandi aðstöðu sem aðstöðu sem nauðsynleg er keppinauti til þess að þjónusta sína viðskiptavini.⁶³ Hefur hún bent á að noti markaðsráðandi fyrirtæki sjálfst ómissandi aðstöðu geti það falið í sér brot ef fyrirtækið neiti öðrum fyrirtækjum um aðgang að aðstöðunni eða veiti aðgang að aðstöðunni á lakari kjörum. Neitun um aðgang er þó ekki brot ef hún styðst við málefnaleg sjónarmið. Framkvæmdastjórnin hefur jafnframt bent á að markaðsráðandi fyrirtæki sem býr yfir ómissandi aðstöðu misnoti stöðu sína ef það notar efnahagslegan styrk á tilteknum markaði til þess að vernda eða styrkja stöðu sína á öðrum markaði.⁶⁴ Jacobs aðallögsögumaður við dómstól ESB hefur bent á að í málum sem varða ómissandi aðstöðu sé oft um það að ræða að markaðsráðandi fyrirtæki reyni að halda tiltekinni þjónustu fyrir sig eða beiti mismunun á kostnað keppinauta sinna.⁶⁵

Dómstóll ESB hefur við mat á því hvort aðstaða sé ómissandi horft til þess hvort það séu tæknilegir, lagalegir eða efnahagslegir örðugleikar sem gera það ómögulegt eða óeðlilega erfitt fyrir keppinaut markaðsráðandi fyrirtækis að koma sér upp eigin aðstöðu sjálfur.⁶⁶ Samkvæmt undirrétti ESB hefur því verið slegið föstu í dómaframkvæmd að vara eða þjónusta teljist nauðsynleg eða ómissandi þegar enginn annar raunhæfur valkostur er fyrir hendi.⁶⁷

Um brot getur verið að ræða þrátt fyrir að markaðsráðandi fyrirtæki neiti ekki um aðgang að ómissandi aðstöðu með beinum hætti. Um misnotkun getur þannig vera að ræða ef

⁶³ Sjá ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB Sea Containers/B&I Line málinu, [1992] 5 CMLR 255; „...an essential facility, i.e. a facility or infrastructure without which its competitors are unable to offer their services to customers...“.

⁶⁴ Sjá ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB í Sea Containers/Stena Sealink málinu, [1995] 4 CMLR 84. Þar segir m.a. „An undertaking which occupies a dominant position in the provision of an essential facility and itself uses that facility (i. e. a facility or infrastructure, without access to which competitors cannot provide services to their customers), and which refuses other companies access to that facility without objective justification or grants access to competitors only on terms less favourable than those which it gives its own services, infringes Article 8[2] if the other conditions of that Article are met. An undertaking in a dominant position may not discriminate in favour of its own activities in a related market. The owner of an essential facility which uses its power in one market in order to protect or strengthen its position in another related market, in particular, by refusing to grant access to a competitor, or by granting access on less favourable terms than those of its own services, and thus imposing a competitive disadvantage on its competitor, infringes Article 8[2].“

⁶⁵ Sjá álit Jacobs aðallögsögumanns dómstóls EB í máli nr. C-7/97 Bronner v Mediaprint [1998] ECR I-7791: „An essential facility can be a product such as a raw material or a service, including provision of access to a place such as a harbour or airport or to a distribution system such as a telecommunications network. In many cases the relationship is vertical in the sense that the dominant undertaking reserves the product or service to, or discriminates in favour of, its own downstream operation at the expense of competitors on the downstream market. It may however also be horizontal in the sense of tying sales of related but distinct products or services.“

⁶⁶ Dómur dómstóls EB í máli nr. C-7/97 Bronner v Mediaprint [1998] ECR I-7791; „... it does not appear that there are any technical, legal or even economic obstacles capable of making it impossible, or even unreasonably difficult, for any other publisher of daily newspapers to establish, alone or in cooperation with other publishers, its own nationwide home-delivery scheme and use it to distribute its own daily newspapers.“

⁶⁷ Sjá dóm undirréttar ESB í máli nr. T-301/04 Clearstream Banking AG v Commission [2009] 5 CMLR 24, mgr. 147: „According to settled case-law, a product or service is considered necessary or essential if there is no real or potential substitute (see Joined Cases T-374/94, T-375/94, T-384/94 and T-388/94 European Night Services and Others v Commission [1998] ECR II-3141, paragraph 208, and the case-law cited).“



markaðsráðandi fyrirtæki býður ósanngjörn kjör eða með óeðlilegum hætti dregur á langinn viðræður um aðgang.⁶⁸

Líta ber og til þess að ýmiss þjónusta eða aðstaða á fjarskiptasviði getur verið keppinautum á markaðnum mjög mikilvæg eða jafnvel ómissandi. Hefur framkvæmdastjórn ESB rökstutt að markaðsráðandi fyrirtækjum geti verið skylt að veita aðgang að slíkum aðföngum.⁶⁹ Í þessu sambandi getur haft þýðingu hvort viðkomandi aðstaða hafi fyrst verið komið upp í skjóli ríkiseinokunar.⁷⁰ Hafa verður og í huga að dómstóll ESB hefur fallist á að samkeppnislegir hagsmunir geti falist í því að fyrirtæki veiti aðgang að upplýsingum um símanúmer, sbr. umfjöllun um dóm dómstóls ESB frá 5. maí 2011 í máli nr. C-543/09, *Deutsche Telekom*, hér á eftir.

Í áður nefndu SNOY máli lá fyrir að SNOY rak eina gagnagrunnin fyrir símanúmer í Finnlandi. SNOY var í eigu tveggja fyrirtækja sem bæði störfuðu á næsta sölustigi fyrir neðan, þ.e. í upplýsingaþjónustu sem byggði á aðgangi að gagnagrunninum. SNOY neitaði keppinauti eigenda sinna um aðgang að gagnagrunninum.⁷¹ Þar sem gagnagrunur SNOY var sá eini sinnar tegundar í Finnlandi taldi finnska samkeppniseftirlitið að aðgangur að honum væri ómissandi fyrir fyrirtæki sem vildu veita upplýsingaþjónustu.⁷² Komst eftirlitið að þeirri niðurstöðu að SNOY hefði misnotað markaðsráðandi stöðu sína með því að neita um aðgang að gagnagrunninum. Var þessi niðurstaða staðfest af finnska markaðsdómstólnum í dómi frá 6. apríl 2009.⁷³ Þann 30. janúar 2013 staðfesti Hæstiréttur Finnlands í stjórnáslumálum dóm markaðsdómstólsins.⁷⁴

Draga má saman þau sjónarmið sem horfa verður til við mat á því hvort aðstaða telst ómissandi og hvort höfnun um aðgang að henni telst brot á 11. gr. samkeppnislaga með þessum hætti:

⁶⁸ Sjá Bellamy & Child, *European Union Law of Competition*, sjöunda útgáfa 2013, bls. 833: „*It is not necessary for a dominant undertaking to refuse to supply outright; it is sufficient for the dominant firm to propose unreasonable terms of supply or unduly delay negotiations for supply ...*”

⁶⁹ Sjá tilkynningu framkvæmdastjórnar ESB frá 1998, C 265/2 (Commission Notice on the application of the competition rules to access agreements in the telecommunications sector, framework, relevant markets and principles), mgr. 87 og áfram.

⁷⁰ Sjá t.d. álit Jacobs aðalöðsögumanns við dómstól ESB í máli nr. C-7/97 Bronner [1998] ECR I-7791.

⁷¹ Sjá hér fréttatilkynningu finnska samkeppniseftirlitsins frá 18. maí 2005: „*SNOY is a joint company of the Fonecta Group Ltd and Finnet-Media Ltd, which maintains a national database of telephone subscriber information and resells the information to companies offering telephone directory services. SNOY has no competitors at the moment. SNOY's owners compete with the complainant, Eniro Finland Ltd, as providers of telephone directory services.*”

⁷² Sjá hér umfjöllun finnska samkeppniseftirlitsins frá 13. nóvember 2009 (Refusal to deal): „*SNOY is the only firm that maintains a national database of telephone subscriber information and resells the information to service providers. Consequently, it is impossible to offer catalogue services to end customers without doing business with SNOY.*”

⁷³ Mál nr. DNO MAO: 178-179/09.

⁷⁴ Lýst svo í skýrslu OECD um samkeppnismál í Finnlandi: „*In January 2013, the Supreme Administrative Court issued a judgement upholding the decision of the FCCA [finnska samkeppniseftirlitið] and the Market Court on the abuse of the dominant market position on the wholesale market for subscriber information.*” DAF/COMP/AR (2013)14



- a) Hvort aðgangur sé nauðsynlegur til þess að unnt sé að heyja samkeppni á viðkomandi markaði.
- b) Hvort það sé tæknilega mögulegt að veita aðgang.
- c) Hvort sá sem óski aðgangs sé tilbúinn að greiða hæfilegt verð fyrir viðkomandi aðgang.
- d) Hvort fyrir hendi séu lagalegar takmarkanir á aðgangi.
- e) Hvort fyrir hendi séu fjárhagslegar hindranir fyrir viðkomandi keppinaut að koma sér upp samskonar aðstöðu til þess að keppa á viðkomandi markaði.
- f) Hvort fyrir hendi séu málefnalegar ástæður fyrir því að aðgangur er hindraður.⁷⁵

2. Umfjöllun um aðgang að gagnagrunnum um símanúmer á vettvangi EES/ESB-réttar

Við mat á því hvort Já hafi í raun synjað með ólögumætum hætti um aðgang að gagnagrunni sínum verður að hafa í huga tiltekna þætti fjarskiptalaga og ESB/EES-tilskipana sem fjarskiptalög byggja á. Hér á undan hefur því verið lýst að á grundvelli fjarskiptalaga hafi PFS lagt kvaðir á Já, og áður Símann, um skyldu til að veita alþjónustu að því er varðar útgáfu símaskrár, rekstur upplýsingaveitu um símanúmer og varðveislu gagnagrunns yfir alla áskrifendur á Íslandi.

Einkaréttur var afnuminn á fjarskiptamarkaði árið 1998. Var þá m.a. miðað við það að markaður fyrir upplýsingaþjónustu um símanúmer væri opinn fyrir samkeppni, sbr. m.a. 5. gr. tilskipun 2002/77/EB um samkeppni á mörkuðum fyrir rafræn fjarskiptanet og þjónustu. Hefur úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála orðað það svo að „*löggjafinn lítur það jákvæðum augum að fleiri en einn aðili reki upplýsingaþjónustu um símanúmer ...*“, sbr. úrskurð hennar í máli nr. 4/2011, *Já upplýsingaveitur hf. gegn PFS*.

Til þess m.a. að stuðla að umræddri samkeppni er mælt fyrir um það í 4. mgr. 45. gr. fjarskiptalaga að PFS geti skyldað „*öll fjarskiptafyrirtæki sem úthluta áskrifendum símanúmerum til að verða við beiðnum um að láta í té viðkomandi upplýsingar ...*“ Úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála telur að þetta ákvæði veiti PFS ekki heimild til þess að leggja fyrir Já að veita aðgang að gagnagrunni sínum í því skyni að tryggja samkeppni, sbr. úrskurð í máli nr. 4/2011. Byggðist þessi niðurstaða ekki síst á því að Já væri ekki fjarskiptafyrirtæki í skilningi 4. mgr. 45. gr. fjarskiptalaga.

Ákvæði 4. mgr. 45. gr. fjarskiptalaga sækir fyrirmynd sína til 2. mgr. 25. gr. tilskipunar 2002/22/EB um alþjónustu.⁷⁶ Reynt hefur á það ákvæði, og forvera þess, fyrir m.a. dómstólum ESB. Er nauðsynlegt að reifa þau mál.

⁷⁵ Sjá tilkynningu framkvæmdastjórnar ESB: „*Notice on application of the competition rules to access agreements in the telecommunications sector*“, O.J. 1998 C 265/2.

⁷⁶ Í 2. mgr. 25. gr. tilskipunarinnar segir að aðildarríki skulu „*tryggja að öll fyrirtæki, sem úthluta símanúmerum til áskrifenda, verði við öllum réttmætum beiðnum, með það í huga að bjóða fram númeraupplýsingaþjónustu og símaskrár sem eru öllum aðgengilegar, um að fá aðgang að viðeigandi upplýsingum í umsömdu formi og með skilmálum sem eru sanngjarnir, hlutlægir, kostnaðartengdir og án mismununar.*“



2.1 Dómur dómstóls ESB í máli KPN Telecom⁷⁷

Tilfni þessa máls var deila milli annars vegar fjarskiptafyrirtæksins KPN Telecom í Hollandi og hins vegar keppinauta félagsins sem störfuðu á markaði fyrir upplýsingaþjónustu um símanúmer. KPN naut áður einkaréttar til fjarskipta í Hollandi og á því hvíldu alþjónustuskyldur. Lá fyrir í málinu að hollenska fjarskiptaeftirlitið (OPTA) taldi að gagnagrunnur KPN væri ómissandi fyrir þá sem vildu hefja samkeppni við KPN á markaði fyrir upplýsingar um símanúmer.

Fyrir lá að KPN hafði neitað að veita keppinautum aðgang að svonefndum viðbótarupplýsingum sem birtar voru í símaskrá KPN og vörðuðu til að mynda starfsheiti áskrifenda, skráningu á öðru nafni og farsímanúmer áskrifenda.⁷⁸ Einnig töldu keppinautarnir að verð KPN á grunnupplýsingum um áskrifendur væri óeðlilega hátt en verð á hverri skráningu var 0.85 gyllini.

OPTA komst að þeirri niðurstöðu að verð KPN á hverri skráningu ætti að vera 0.005 gyllini og KPN bæri að veita aðgang að viðbótarupplýsingunum.

Eftir að OPTA hafði úrskurðað í málinu var það tekið fyrir af hollenskum dómstóli sem óskaði eftir forúrskurði dómstóls ESB.

Í málinu reyndi einkum á túlkun á 3. mgr. 6. gr. tilskipunar Evrópuþingsins og ráðsins nr. 98/10/EB um frjálstan aðgang að netum (ONP) fyrir talsímaþjónustu og altæka fjarskiptaþjónustu í samkeppnisumhverfi. Var þessi tilskipun felld úr gildi á árinu 2002 þegar endurskoðuð fjarskiptalöggjöf ESB tók gildi.⁷⁹ Sambærilegt ákvæði er nú að finna í framangreindri 2. mgr. 25. gr. tilskipunar 2002/22/EB um alþjónustu, sbr. einnig umfjöllun um mál Deutsche Telekom hér á eftir.

Í málinu var óskað eftir því að dómstóll ESB svaraði því hvort hugtakið „viðeigandi upplýsingar“ í skilningi umrædds ákvæðis tæki aðeins til upplýsinga um símanúmer, heimilsfang og póstnúmer þess áskrifanda sem númeri hefði verið úthlutað til eða hvort ákvæðið næði einnig yfir aðrar upplýsingar sem þjónustuveitandinn hefði yfir að ráða, t.d. upplýsingar um starfsheiti, auka nafn eða farsímanúmer áskrifanda. Í öðru lagi var óskað nánari skýringa á því hvað fælist í orðalagi ákvæðisins um að „fyrirtæki, sem úthluta símanúmerum til áskrifenda, verði við öllum réttmætum beiðnum... með skilmálum sem eru sanngjarnir, hlutlægir, kostnaðartengdir og án mismununar“.

Dómstóllinn komst að þeirri niðurstöðu að túlka ætti ákvæði 3. mgr. 6. gr. á þá leið að „viðeigandi upplýsingar“ í skilningi ákvæðisins lytu aðeins að upplýsingum um áskrifendur sem hefðu ekki skýrlega mótmælt því að vera skráðir í almenna símaskrá og upplýsingar væru fullnægjandi til að gera notendum slíkra skráa kleift að bera kennsl á viðkomandi áskrifendur. Þessar upplýsingar tækju aðeins til nafns og heimilisfangs, þ. á m. póstnúmera áskrifenda, ásamt þeim símanúmerum sem þeim hefði verið úthlutað af viðkomandi þjónustuveitanda. Dómstóllinn tók hins vegar fram að aðildarríkjum væri

⁷⁷ Dómur dómstóls ESB frá 25. nóvember 2004 í máli nr. C-109/03.

⁷⁸ Málið varðaði einnig forvera KPN, PTT Telecom.

⁷⁹ Nánar tiltekið var þessi tilskipun felld úr gildi með tilskipun EB nr. 2002/21/EB frá 7. mars 2002 um sameiginlegan regluramma um rafræn fjarskiptanet og -þjónustu (rammatilskipun).



frjálst að mæla fyrir um að aðrar upplýsingar ættu að vera aðgengilegar notendum, með hliðsjón af sérstökum aðstæðum í hverju ríki, þegar þær virtust nauðsynlegar í þeim tilgangi að bera kennsl á áskrifendur.⁸⁰

Í svari dómstólsins við síðari spurningunni, er laut að verði fyrir aðganginn, greindi dómstóllinn á milli aðgangs að annars vegar þeim grunnupplýsingum sem skyldan um aðgang skv. ákvæðinu náði yfir og hins vegar öðrum viðbótarupplýsingum sem ekki væri skylt að veita aðgang að skv. tilskipun 98/10/EB. Var það niðurstaða dómstólsins að túlka ætti ákvæðið á þá leið að fyrirtæki með skyldu til að veita alþjónustu mætti í tengslum við aðgang að grunnupplýsingum um áskrifendur aðeins krefja þriðja aðila um þann kostnað sem væri í beinum tengslum við að gera upplýsingarnar honum aðgengilegar. Hvað viðbótarupplýsingarnar varðaði væri auk framangreinds kostnaðar, heimilt að krefja þriðja aðila um þann kostnað sem viðkomandi þjónustuveitandi þurfti sjálfur að bera við öflun upplýsinganna, svo lengi sem aðilum á markaði fyrir upplýsingaþjónustu um símanúmer væri ekki mismunað.⁸¹

Í álitni Poiares Maduro, aðallögsögumanns við dómstól ESB, í málinu var, auk umfjöllunar um fjarskiptalöggjöf, tekið til athugunar undir hvaða kringumstæðum markaðsráðandi fyrirtæki þyrftu að veita aðgang að gagnagrunni um símanúmer á grundvelli samkeppnisreglna.⁸² Vísaði aðallögsögumaðurinn til þess að OPTA teldi að gagnagrunnur KPN væri ómissandi fyrir þá sem vildu hefja samkeppni við KPN á markaði fyrir upplýsingar um símanúmer.⁸³ Aðallögsögumaðurinn sagði að aðalatriðið væri að meta hvort KPN væri í þeirri stöðu að geta hindrað samkeppni við eigin símaskrá með því að neita um aðgang að viðkomandi upplýsingum. Í því sambandi þyrfti að horfa til þess hvort ómögulegt eða óeðlilega erfitt væri fyrir keppinaut að afla viðkomandi upplýsinga

⁸⁰ Sbr. málsgrein 36 í dómnum: „The reply to the first question must therefore be that Article 6(3) of the Directive must be interpreted as meaning that the words ‘relevant information’ refer only to data relating to subscribers who have not expressly objected to being listed in a published directory and which are sufficient to enable users of a directory to identify the subscribers they are looking for. Those data include in principle the name and address, including postcode, of subscribers, together with any telephone numbers allocated to them by the entity concerned. However, it is open to the Member States to provide that other data are to be made available to users where, in light of specific national circumstances, they appear to be necessary in order to identify subscribers.”

⁸¹ Sbr. málsgrein 42. Í dómnum: „The reply to the second question must therefore be that Article 6(3) of the Directive, in so far as it provides that the relevant information must be provided to third parties on terms which are fair, cost oriented and non-discriminatory, must be interpreted as meaning that:

– with regard to data such as the name and address of the persons and the telephone number allocated to them, only the costs of actually making those data available to third parties may be invoiced by the supplier of the universal service;

– with regard to additional data which such a supplier is not bound to make available to third parties, the supplier is entitled to invoice, apart from the costs of making that provision, the additional costs which he has had to bear himself in obtaining the data, provided that those third parties are treated in a non-discriminatory manner.”

⁸² Álit frá 14 júlí 2004 í máli nr. C-109/03, KPN Telecom v OPTA.

⁸³ Sbr. 46 mgr í álitinu „The OPTA and Denda have argued that the subscriber information published in the KPN guide is indispensable input for those who want to produce a telephone directory that can compete effectively with that guide. It follows from the Court’s case-law on Article 82 EC that a refusal to supply may amount to an abuse of a dominant position where it prevents a product from coming on to a secondary market in competition with the dominant undertaking’s own product on that market. In addition to my analysis of the Directive, I will discuss the potential application of this case-law (often referred to as the ‘essential facilities doctrine’) to the case pending before the national court. I will not discuss all conditions for the application of Article 82 EC, but I will focus on whether the refusal by a provider of voice telephony to supply the requested subscriber information can amount to an abuse.”



sjálfstætt og uppfæra þær.⁸⁴ Benti aðallögsögumaðurinn á að ávallt yrði í málum af þessum toga að gæta viss jafnvægis milli hagsmuna sem geti togast á. Annars vegar samkeppnishagsmuna sem felist í skyldu til þess að veita aðgang að aðstöðu og hins vegar þeirra hagsmuna sem felist í því að draga ekki úr hvata til fjárfestinga og nýsköpunar með því að koma í veg fyrir að viðkomandi fyrirtæki geti eitt notið ábata af slíkum aðgerðum sem það hafi ráðist í. Þegar hins vegar væri um að ræða aðstöðu sem orðið hafi til í skjóli einkaréttar sé eðlilegt að samkeppnishagsmunir séu ríkjandi.⁸⁵

Sagði aðallögsögumaðurinn að kjörin fyrir aðgang að slíkri ómissandi aðstöðu yrðu að vera sanngjörn og án mismununar („*fair and non-discriminatory*“) þar sem annars vegar væri höfð hliðsjón sanngjarnri álagningu og hins vegar af þeim hagsmunum sem felist í því að efla samkeppni.

2.2 Dómur dómstóls ESB í máli Deutsche Telekom

Í dómi dómstóls ESB frá 5. maí 2011 í máli nr. C-543/09 reyndi á túlkun 2. mgr. 25. gr. tilskipunar 2002/22/EB um alþjónustu en málið varðaði ágreining milli Deutsche Telekom (DT) og þýskra fjarskiptayfirvalda vegna aðgangs að gagnagrunni DT um símanúmer. DT, líkt og forveri Já, hafði áður notið einkaréttar í fjarskiptum og bjó yfir heildstæðum gagnagrunni um símanúmer. Keppinautar DT á markaði fyrir upplýsingaþjónustu um símanúmer fengu síðan aðgang að upplýsingum í gagnagrunni DT gegn greiðslu. DT takmarkaði hins vegar aðgang þessara aðila við upplýsingar um símanúmer eigin áskrifenda og neitaði að veita aðgang að upplýsingum um önnur símanúmer sem skráð voru í gagnagrunninn, þ.e. um áskrifendur þriðju aðila. Þýsk fjarskiptayfirvöld tóku hins vegar ákvörðun og lögðu þá skyldu á DT að veita einnig aðgang að upplýsingum um áskrifendur þriðju aðila. DT skaut þeirri ákvörðun til þýsks dómstóls sem ákvað að leita forúrskurðar dómstóls ESB.

Í dómi dómstóls ESB er lýst beiðni þýska dómstólsins og mati hans á atvikum málsins. Kom þar m.a. fram að dómurinn teldi í fyrsta lagi að dómstóll ESB hefði í raun staðfest það í framangreindu máli nr. C-109/03, *KPN Telecom*, að ákvæði 2. mgr. 25. gr. fæli aðeins í sér skyldu þjónustuveitanda til að miðla upplýsingum um eigin áskrifendur. Í öðru lagi yrði að líta til almenns tilgangs ESB-fjarskiptaréttar, sem væri að stuðla að samkeppni. Hverju aðildarríki ætti því að vera heimilt að gera ríkari kröfur þannig að skylda til að veita aðgang að upplýsingum um símanúmer í umræddum tilgangi næði jafnframt til aðgangs að símanúmerum frá þriðja aðila. Ef unnt væri að fá allar umræddar

⁸⁴ Sjá mgr. 52: „... it would have to be assessed whether KPN is in a position where it can prevent effective competition with its own telephone directory by withholding subscriber information that falls outside the scope of Article 6(3) of Directive 98/10/EC. As part of this assessment it would have to be established that a competitor is practically or reasonably unable to collect and update the requested subscriber information itself – i.e. that publishing a directory without the requested information or collecting this information through other means would not be economically viable.“

⁸⁵ Sjá mgr. 55: „A refusal to supply by a dominant undertaking may amount to an abuse of a dominant position in the situation of a recently deregulated industry in which the necessary inputs for a derivative market were obtained by an undertaking as a direct result of its prior position as a statutory monopolist and where access to those inputs is not regulated by sector-specific legislation. Under those conditions, where the supplier has an advantage in the secondary market which it was able to acquire because it was previously shielded from competition, the potentially deterrent effect on investment and innovation resulting from the imposition of a duty to supply is minimal and is likely to be outweighed by the interest in promoting competition. As one commentator noted, measures to deregulate or liberalise sectors of industry ‘would be of little value if the companies concerned, most of which are dominant in their own areas, were free to integrate forward and discriminate in favour of their own downstream operations’.“



upplýsingar hjá einum aðila væri það til þess fallið að koma í veg fyrir þær miklu hindranir sem fylgdu því að sækja upplýsingar til hvers og eins þeirra aðila sem úthluta símanúmerum til áskrifenda. Ætti þetta við þegar fyrir hendi væri heildstæð skrá yfir nauðsynlegar upplýsingar til að veita upplýsingaþjónustu um símanúmer (og sérstaklega þegar þær væru uppfærðar reglulega). Slíkt fyrirkomulag væri enn fremur líklegra til að efla samkeppni á þessu sviði til langframa.⁸⁶ Vildi þýski dómstóllinn m.a. vita hvort ákvæði 2. mgr. 25. gr. tilskipunarinnar kæmu í veg fyrir að aðildarríki legðu á grundvelli landsréttar auknar kröfur til að afhenda gögn um símanúmer.

Dómstóll ESB tók fram að skyldan skv. 2. mgr. 25. gr. alþjónustutilskipunarinnar næði aðeins til þjónustuveitenda sem úthluta áskrifendum sínum símanúmerum en ekki til þjónustuveitenda sem veita upplýsingaþjónustu um símanúmer. Af þessu leiddi að aðgangur að „viðeigandi upplýsingum“ í skilningi ákvæðisins næði aðeins til upplýsinga um áskrifendur viðkomandi þjónustuveitanda, DT í þessu tilviki.⁸⁷

Dómstóll ESB tók fram að í alþjónustutilskipuninni kæmi fram að framboð upplýsingaþjónustu um símanúmer væri nú þegar opið fyrir samkeppni. Ákvæði 2. mgr. 25. gr. í tilskipuninni hefði m.a. þann tilgang að gera slíka samkeppni mögulega.⁸⁸ Hins vegar fæli þetta ákvæði í sér lágmarkskröfu til aðildarríkja og þeim væri því heimilt að gera ríkari kröfur til fjarskiptafyrirtækja í því skyni að auðvelda aðgang að og efla samkeppni á markaði fyrir upplýsingar um símanúmer og númeraupplýsingaþjónustu.⁸⁹ Taldi dómstóllinn því að aðildarríkjum væri heimilt að krefjast þess að fjarskiptafyrirtæki veittu ekki aðeins upplýsingar um eigin áskrifendur heldur einnig upplýsingar í þeirra vörslu um áskrifendur annarra fjarskiptafyrirtækja.⁹⁰

⁸⁶ Sjá mgr. 25 í dómnum: „*The Bundesverwaltungsgericht observes, first, that the judgment in Case C-109/03 KPN Telecom [2004] ECR I-11273 confirms that Article 25(2) of the Universal Service Directive requires an undertaking which assigns telephone numbers to pass on only data relating to its own subscribers. Secondly, accordingly to the Bundesverwaltungsgericht, the possibility cannot be ruled out that – in the light, inter alia, of the general purpose of the Framework Directive, which is to promote competition – EU law allows the national legislature to extend the obligation so as to make external data available. According to the Bundesverwaltungsgericht, gathering data from a single party is likely to forestall the significant impediments normally associated with procuring data from each individual undertaking which assigns telephone numbers when lists of data necessary for the provision of directory and directory enquiry services are established and especially when they are regularly updated; it is also likely to promote, on a lasting basis, strong competitive structures.*”

⁸⁷ Sjá mgr. 30 í dómnum.

⁸⁸ Sjá mgr. 36.

⁸⁹ Sjá mgr. 42 í dómnum: „*Secondly, it should be borne in mind that Article 25(2) of the Universal Service Directive is aimed at ensuring compliance with the obligation, placed on the Member States under Article 5(1) of that directive, to ensure that at least one comprehensive directory or one comprehensive telephone directory enquiry service is made available to end-users. Since that marks a minimum requirement which the Member States must satisfy, in principle they remain free to adopt more stringent provisions in order to facilitate the entry of new traders on the market for publicly available telephone and directory services.*”

⁹⁰ Sjá mgr. 47: „*It follows from all the foregoing that the answer to the first question is that Article 25(2) of the Universal Service Directive must be interpreted as not precluding national legislation under which undertakings assigning telephone numbers to end-users must make available to undertakings whose activity consists in providing publicly available directory enquiry services and directories not only data relating to their own subscribers but also data in their possession relating to subscribers of third-party undertakings.*”



3. Er gagnagrunnur Já ómissandi?

Í málinu hefur því verið haldið fram að Já búi yfir ómissandi aðstöðu sem felist í því að eiga og hafa umsjón með varðveislu og rekstri eina heildstæða gagnagrunns landsins yfir alla áskrifendur símanúmera hér á landi. Ómögulegt sé með öllu, án mikils kostnaðar, að annar aðili geti boðið upplýsingaþjónustu um símanúmer í samkeppni við Já án þess að fá aðgang að gagnagrunni Já. Já mótmælir því að gagnagrunnur félagsins teljist til ómissandi aðstöðu í skilningi samkeppnisréttarins.

Eins og að framan greinir getur það falið í sér brot á 11. gr. samkeppnislaga ef markaðsráðandi fyrirtæki með beinum eða óbeinum hætti neitar um aðgang að ómissandi aðstöðu.

Í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 30/1997 var komist að þeirri niðurstöðu að gagnagrunnur Pósts og síma hf. fæli í sér ómissandi aðstöðu í skilningi samkeppnisréttarins. Var talið nauðsynlegt að mæla fyrir um aðgang að honum í því skyni að vernda samkeppni á tengdum mörkuðum sem byggja á aðgengi að gagnagrunninum, sbr. einnig ákvörðun samkeppnisráðs nr. 5/1999, *Kvörtun Miðlunar ehf. yfir ókeypis aðgangi að símaskrá Landssíma Íslands hf. á Internetinu*.

Já tók við rekstri þessa gagnagrunns sem samkeppnisráð taldi fela í sér ómissandi aðstöðu í skilningi samkeppnisréttarins. Er því til skoðunar í málinu hvort aðstæður hafi í grundvallaratriðum breyst þannig að umræddur gagnagrunnur hafi ekki verið ómissandi á rannsóknartímabili málsins. Er í því sambandi rétt að horfa til þess sem fram kemur í samtímagögnum um mat stjórnenda og eigenda Já á þýðingu og verðmæti gagnagrunnsins. Einnig er rétt að horfa til atriða sem hafa komið fram af hálfu PFS.

Fyrst skal hins vegar vikið nánar að sjónarmiðum aðila að þessu leyti.

3.1 Sjónarmið aðila

Loftmyndir líta svo á að gagnagrunnur Já sé ómissandi aðstaða í skilningi samkeppnisréttar og benda á að því hafi raunar verið slegið föstu í tilvitnaðri ákvörðun samkeppnisráðs nr. 30/1997. Benda Loftmyndir á að jafnvel þótt þeim tækist að gera samninga við hvert og eitt símafyrirtæki yrðu það aðeins hrá gögn um símanúmer sem vinna þyrfti áfram til að koma upp gagnagrunni sem stæðist samjöfnuð við áratuga gamlan gagnagrunn sem Póstur og sími hefði hannað og byggt upp. Loftmyndir teldu afar ólíklegt að það svaraði kostnaði á svo fámennum markaði. Þess utan hefði Já yfir að ráða ýmis konar upplýsingum í krafti alþjónustukvaða sem nauðsynlegar væru við starfrækslu gagnagrunns sem þessa, sbr. upplýsingar um bannmerkingu, leyninúmer, starfssvið fyrirtækja og fleira sem Loftmyndir fengju ekki séð hvernig félagið ætti að nálgast með skilvirkum hætti án aðgangs að gagnagrunni Já.

Miðlun telur að samkeppni verði ekki komið á með því að láta mögulega keppinauta Já byggja upp eigin gagnagrunna með samningum við símafyrirtækin. Bendir fyrirtækið á að innan stjórnarsýslunnar hafi verið gert ráð fyrir að Já annaðist skráningu í gagnagrunn og endursölu á gögnunum, sbr. kvöð um alþjónustu. Því hafi skapast sú venja að ýmsar upplýsingar sem nauðsynlegar séu til að veita upplýsingaþjónustu séu skráðar í grunn Já en ekki í gagnagrunna símafyrirtækjanna. Dæmi um slíkar upplýsingar séu bannmerkingar, leyninúmer, skráningar á frelsisnúmerum, starfsheiti, skráning annarra



en rétthafa á sama númeri o.fl. Þessar skráningavenjur geri öðrum aðilum erfitt fyrir að veita Já samkeppni á jafnræðisgrundvelli.

Já mótmælir því að gagnagrunnur félagsins feli í sér ómissandi aðstöðu. Helstu rök Já fyrir því eru að öllum fjarskiptafélögum beri að selja heildsöluaðgang að gagnagrunnum sínum. Aðrir en Já hafi því þann valkost að semja beint við fjarskiptafélögin um aðgang að upplýsingum um símanúmer og geti því þannig komið upp sínum eigin gagnagrunni. Þrátt fyrir fullyrðingu Já um að gagnagrunnur félagsins teljist ekki til ómissandi aðstöðu hefur Já lýst sig reiðubúið til að samkeyra upplýsingar við gagnagrunni símafyrirtækja. Segir Já að þessi tillaga hafi verið sett fram með það að markmiði að skapa frið um reksturinn og til að mæta röddum þeirra sem teldu að heildstæði gagnanna yrði ógnað ef þriðju aðilar semji beint við símafyrirtækin. Jafnframt myndi slík samkeyrsla tryggja svo ekki yrði um það deilt, að til lengri tíma litið gæti gagnagrunnur Já aldrei talist til ómissandi aðstöðu.

3.2 Mat stjórnenda og eigenda Já

Í umfjöllun hér að framan um markaðsráðandi stöðu Já er vísað til gagna sem unnin voru í tengslum við kaup Auðar Capital á Já, sbr. kafli V. 3.5. Þar koma fram sjónarmið um mikilvægi gagnagrunnsins og vísast til þeirra. Má hér áréttast að í áreiðanleikakönnun sem unnin var fyrir Auði segir að [...]. Í kynningu Auðar I á Já fyrir Fjárfestingarráði í ágúst 2010 kemur m.a. fram að [...]. Í tölvupósti framkvæmdastjóra fagfjárfestingasjóða Auðar til fjárfestingaráðs og forstjóra Auðar, dags. 5. nóvember 2010, kemur fram að samkvæmt stjórnendum Já sé [...]

Í bréfi Já til PFS, dags. 27. janúar 2011, fjallar Já um verðlagningu félagsins fyrir aðgang að gagnagrunni félagsins og til hvers verði að horfa við útreikning verðskrár félagsins fyrir aðgang að gagnagrunninum. Í því sambandi telur Já að ekki sé eðlilegt að taka einungis tillit til eins árs rekstarkostnaðar við uppsetningu verðskrár. Segir Já að „*Í ljósi þess að gagnagrunnurinn hefur verið byggður upp á tölvutæku formi allt frá árinu 1991 og hann endurnýjast í heild sinni á nokkurra ára fresti er fjárfesting við uppbyggingu hans því miklu meiri en árlegur rekstarkostnaður*“.

Fyrir úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála benti Já á að „*einkafjárfestar [hefðu] nýverið lagt í umtalsverðar fjárfestingar við kaup á öllum hlutum í félaginu. Byggði fjárhæð kaupverðsins að stórum hluta á mati á verðmæti gagnagrunnsins.*“, sbr. bréf Já til úrskurðarnefndarinnar dags. 12. júlí 2011. Líta ber einnig til þess að Já hefur upplýst að verðmætin í gagnagrunninum felist ekki síst „*í því verklagi og þeim ferlum sem félagið sinnir til þess að viðhalda upplýsingum í gagnagrunninum.*“ Vísað er í því samhengi til 20 ára reynslu innan fyrirtækisins við að byggja upp gagnagrunnin á tölvutæku formi, sbr. bréf Já til PFS frá 28. febrúar 2011.

3.3 Mat PFS o.fl.

Í samráðsskjalum PFS frá maí 2007 er fjallað um skyldu Símans til að veita aðgang að símaskrá og upplýsingaþjónustu um símanúmer. Segir þar að önnur fjarskiptafyrirtæki hafi látið Símanum í té yfirlit yfir þá áskrifendur sína sem þess óska þannig að nauðsynlegar upplýsingar um alla áskrifendur fjarskiptaþjónustu birtist í símaskrá. Fram kemur að innan Símans sé orðin „*löng hefð og reynsla af því að gefa út símaskrá. Þá eru viðskiptavinir fyrirtækisins uppistaðan í þeim gagnagrunni sem útgáfa símaskrárinnar*“.



byggir á vegna sterkrar stöðu Símans á markaði fyrir talsímaþjónustu." Segir PFS að Síminn ráði yfir einum „*stærsta gagnagrunni sem til er hér á landi yfir alla símotendur á landinu*”⁹¹ Já tók alfarið við þessari starfsemi Símans síðar á árinu 2007, sbr. umfjöllun í kafla IV 2 hér að framan.

Með ákvörðun PFS frá desember 2007, nr. 25/2007, var lögð sú skylda á Já að „*halda utan um gagnagrunn yfir alla áskrifendur fjarskiptaþjónustu hér á landi hvort sem um er að ræða fastanetsnúmer, farsímanetsnúmer eða önnur þjónustunúmer.*”

Í ákvörðun PFS nr. 22/2011 kemur fram að Já reki stærsta gagnagrunn landsins um símanúmer áskrifenda fjarskiptaþjónustu. Fram kemur einnig það mat að aðgangur að gagnagrunninum sé nauðsynlegur fyrir fyrirtæki sem m.a. reka upplýsingaþjónustu um símanúmer hér á landi, sbr. nánari umfjöllun í kafla IV 2 hér að framan. Lagði PFS þá skyldu á Já að veita aðgang að gagnagrunni félagsins á kostnaðarverði að viðbættri hæfilegri álagningu. Eins og fram hefur komið kærði Já þá ákvörðun PFS til úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála.

Eins og fyrr segir var í úrskurði nefndarinnar í máli nr. 4/2011 bent á það að „*löggjafinn lítur það jákvæðum augum að fleiri en einn aðili reki upplýsingaþjónustu um símanúmer, sbr. ákvæði 3. mgr. 19. gr. og 3. mgr. 45. gr. fjarskiptalaga.*” Hins vegar taldi nefndin að fjarskiptalög hafi ekki veitt PFS heimild til að leggja umrædda kvöð á Já. Á hinn bóginn tók nefndin það sérstaklega fram að það kynni að vera heimilt að mæla fyrir um aðgang að gagnagrunni Já á grundvelli samkeppnislaga.

Í þessu máli hefur PFS sett fram sjónarmið um þýðingu gagnagrunns Já, sbr. m.a. umfjöllun í kafla IV 5 hér að framan. Rétt er að áréttta þessi sjónarmið PFS um hið ómissandi eðli gagnagrunnsins:

„Að mati Póst- og fjarskiptastofnunar er það alveg ljóst að heildstæður gagnagrunnur um símanúmer og notendur þeirra er ekki til nema hjá Já og ekki er hægt að koma sér upp slíkum grunni með því að sækja upplýsingar til símafélaganna, þar sem í skráningu þeirra vantar viðamiklar og nauðsynlegar upplýsingar svo sem um leyninúmer og bannmerkingar. Einnig vantar allar aðrar breytingar sem notandi númers hefur komið beint á framfæri við Já, en þær geta varðað t.d. starfsheiti og aðsetur.

Vegna þess að þetta fyrirkomulag á skráningu upplýsinga hefur tíðkast árum saman er verulegur hluti símaskrárupplýsinga aðeins til staðar hjá Já. Það er því engin önnur leið til að koma sér upp heildstæðum gagnagrunni, heldur en að fá aðgang að upplýsingum sem skráðar eru hjá Já. Sú aðstaða sem Já hefur komið sér upp í samstarfi við Símann og í skjóli þeirra kvaða sem gilt hafa um stuttnúmerið 118, er því ómissandi fyrir þá sem vilja starfrækja miðlun upplýsinga um símanúmer til endanotenda.”

⁹¹ Sjá kafla 7.1 á bls. 20 í „[Samráðsskjal um útnefningu alþjónustuaðila \(PDF\)](#)” sem birt var á vef PFS þann 16. maí 2007.



3.4 Niðurstaða

Gagnagrunnur Já og tengd starfsemi á rót sína að rekja til einkaréttar forvera fyrirtækisins til allrar fjarskiptastarfsemi hér á landi. Fyrirtækið leggur í markaðsstarfi sínu áherslu á þessi tengsl við fortíðina en á heimasíðu þess segir að það hafi verið „stofnað árið 2005 utan um rekstur 118 og Símaskrárinnar, en hún hefur komið út í meira en 100 ár. Það er því óhætt að segja að fyrirtækið byggi á gömlum og traustum grunni...“ Fyrir liggur því að Já býr að langri reynslu er varðar uppbyggingu og rekstur gagnagrunnsins, fjárfestingu í tækjabúnaði og mannviti. Auk þess hefur símanúmerið 118 í gegnum tíðina haft mikla sérstöðu sem tengist upplýsingum um símanúmer og hefur það sem slíkt verið mjög sterkt vörumerki hér á landi.

Já tók við rekstri gagnagrunnsins af Símanum og var í kjölfarið gert skylt að veita alþjónustu að því er varðar varðveislu gagnagrunns yfir alla áskrifendur á Íslandi, útgáfu símaskrár og upplýsingaþjónustu um símanúmer auk þess að fá réttindi til að nota símnúmerið 118 í upplýsingaþjónustu sinni. Á þessum grundvelli hefur Já haldið skrá yfir ekki aðeins tiltekna grunnupplýsingar um áskrifendur, þ.e. nafn, símanúmer, heimilisfang, póstnúmer og bannmerkingu,⁹² heldur jafnframt ýmsar viðbótarupplýsingar, eins og t.d. aukanafn, starfsheiti, netfang, veffang, Skype-fang viðkomandi, og að auki upplýsingar um þá sem hafa óskað eftir að vera óskráðir í símaskrá. Þá er hvað þýðingamest í þessu sambandi að breytingar á skráningum áskrifenda hafa í gegnum árin að mestu leyti verið gerðar hjá Já en ekki hjá hverju einstöku fjarskiptafélagi. Vegna þessa fyrirkomulags á skráningu upplýsinga sem tíðkast hefur árum saman er verulegur hluti símaskrárupplýsinga aðeins til staðar hjá Já. Leiðir það til þess að ekki er raunhæft að koma upp öðrum heildstæðum gagnagrunni yfir símanúmer sem jafnast á við gagnagrunn Já hvað varðar réttmæti nauðsynlegra upplýsinga nema með aðgangi að upplýsingum sem skráðar eru í gagnagrunn Já.

Framangreint hefur leitt til þess að kvartendur í máli þessu og aðrir sem hafa í hyggju að veita þjónustu á smásölumörkuðum þessa máls geta ekki nálgast nauðsynlegar og réttar upplýsingar með skilvirkum hætti án aðgangs að gagnagrunni Já. Þer hér að hafa í huga að ef fyrirtæki hefðu þann eina kost að sækja upplýsingar til fjarskiptafyrirtækjanna, gætu rangar eða ónákvæmar upplýsingar ekki aðeins haft neikvæð áhrif á starfsemi viðkomandi upplýsingaveitu, heldur gætu þær einnig skaðað hagsmuni neytenda verulega, t.d. þeirra sem skráð hafa bannmerki eða leyfinúmer eingöngu hjá Já. Misræmi milli upplýsinga í gagnagrunnum gæti jafnframt komið illa niður á öryggi upplýsinga til neytenda auk þess sem það gæti eðlilega reynst neytendum afar íþyngjandi að þurfa huga að skráningum og/eða breytingum á skráningum í mörgum gagnagrunnum.

Sú staðreynd að gagnagrunnur Já geymir ekki aðeins símanúmer þeirra sem óskað hafa eftir því að vera skráðir í símaskrá Já (hvort sem um er að ræða prentuðu símaskrána eða rafrænu skrána sem aðgengileg er á vefsíðu Já eða með Já-appinu), heldur jafnframt

⁹² Hefur PFS túlkað það svo að hugtakið *grunnupplýsingar* í þessu samhengi afmarkast þannig við upplýsingar sem þarf til að bera kennsl á áskrifanda og bannmerkingu, þ.e. merkingu í símaskrá sem gefur til kynna að áskrifandi vilji ekki að upplýsingar um hann séu notaðar í tilgangi beinnar markaðssetningar. Þær upplýsingar sem þarf til að bera kennsl á áskrifanda eru að mati PFS bundnar við nafn, símanúmer, heimilisfang, og póstnúmer, sbr. kafli 3.4 í skjali PFS frá 20. desember 2013 um „[Niðurstöður samráðs PFS við hagsmunaaðila frá 24. júní 2013 um endurskoðun alþjónustukvaða Já upplýsingaveitna hf., breytt fyrirkomulag skráningarhalds yfir áskrifendur og númeraskipulag fyrir upplýsingaþjónustur.](#)“



öll leyninúmer og persónuupplýsingar þeim tengdar, endurspeglar að mati Samkeppniseftirlitsins sérstöðu gagnagrunns Já. Áralangur endurgjaldslaus aðgangur Neyðarlínunnar að gagnagrunni Já, þ.m.t. leyninúmerum, sbr. umfjöllun í kafla IV 4 hér á undan, er að mati Samkeppniseftirlitsins enn frekari staðfesting á sérstöðu og mikilvægi gagnagrunns Já.

Að framangreindu virtu er að mati Samkeppniseftirlitsins auðséð að heildstæður gagnagrunnur um símanúmer og áskrifendur þeirra er ekki til nema hjá Já. Ekki er hægt að koma sér upp slíkum grunni með því að sækja upplýsingar til fjarskiptafélaganna þar sem í skráningu þeirra vantar viðamiklar og nauðsynlegar upplýsingar svo sem um bannmerkingar og allar aðrar breytingar sem rétthafi númers hefur komið beint á framfæri við Já. Jafnframt ber að líta til þess að auk þess að vera eini aðilinn sem getur boðið aðgang að gagnagrunni með heildstæðum upplýsingum um símanúmer er Já einnig í einokunarstöðu á smásölumörkuðum þessa máls sem kvartendur hafa hug á að komast inn á og veita þar samkeppni.

Í kafla IV hér að framan er einnig gerð grein fyrir gagnagrunni Já og í kafla V er fjallað um hann í tengslum við markaðsráðandi stöðu Já. Vísast hér til þeirrar umfjöllunar.

Með hliðsjón af framansögðu er það mat Samkeppniseftirlitsins að Já búi yfir aðstöðu sem mögulegir keppinautar á markaði fyrir upplýsingaþjónustu á smásölustigi geta ekki verið án. Án aðgangs að gagnagrunni Já geta fyrirtæki þannig ekki með raunhæfum hætti hafið samkeppni við Já á sviði upplýsingaþjónustu og annari starfsemi sem byggir á aðgangi að gagnagrunninum. Gagnagrunnur Já telst því vera ómissandi aðstaða í skilningi samkeppnisréttarins. Eins og fjallað er um hér á eftir eru sjónarmið Já ekki til þess fallin að breyta þessu mati.

Um ákvörðun samkeppnisráðs 30/1997

Í áðurnefndri ákvörðun samkeppnisráðs nr. 30/1997 var komist að þeirri niðurstöðu að gagnagrunnur Pósts og síma hf. fæli í sér ómissandi aðstöðu í skilningi samkeppnisréttarins. Í athugasemdum Já kemur fram að félagið telji að grundvallarmunur hafi verið á gerð markaðarins þá og gerð hans í dag. Vísar Já til þess að á árinu 1997 hafi Póstur og sími hf. verið nær einráður við úthlutun símanúmera hér á landi með nær 100% hlutdeild á fjarskiptamarkaði. Af þessum sökum hafi verið augljóst að í gagnagrunni félagsins hafi falist ómissandi aðstaða í skilningi samkeppnisréttar og því lagagrundvöllur til að mæla fyrir um aðgang að honum á grundvelli samkeppnislaga. Staðan á markaðnum sé breytt. Þrjú stór símafélög skipti með sér markaðshlutdeild í ekki mjög ólíkum hlutföllum. Öllum fjarskiptafélögum beri síðan að selja heildsöluaðgang að gagnagrunnum sínum um símanúmer, sbr. 3. mgr. 45. gr. fjarskiptalaga nr. 81/2003.

Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á þetta. Hafa verður í huga að fjarskiptamarkaðurinn er ekki sá markaður sem er til skoðunar í máli þessu. Líkt og fram hefur komið er Já í markaðsráðandi stöðu á skilgreindum mörkuðum þessa máls og í raun með einokunarstöðu. Því eiga sömu rök við í þessu máli og í málinu frá 1997 varðandi mikilvægi þess að stuðla að samkeppni á þeim mörkuðum sem byggir á aðgengi að heildstæðum gagnagrunni um símanúmer.

Um heildstæðan gagnagrunn



Já hefur haldið því fram að fyrir stofnun félagsins hafi ekki verið til heildstæður gagnagrunnur yfir símanúmer annarra áskrifenda en Símans.

Úrlausnir PFS sýna að þetta sjónarmið Já á ekki við rök að styðjast. Fyrir stofnun Já var Símanum skylt að halda skrá yfir ekki aðeins símanúmer áskrifenda fyrirtækisins heldur jafnframt símanúmer áskrifenda annarra fjarskiptafyrirtækja. Þessu til stuðnings má t.d. benda á 6. gr. fyrir mæla PFS til Landssíma Íslands hf. um veitingu alþjónustu, dags. 5. apríl 2005⁹³, og samráðsskjal PFS sem birt var í maí árið 2007 vegna útnefningar fjarskiptafyrirtækis með alþjónustuskyldur.

Um að gagnagrunnurinn sé ekki ómissandi

Í rökstuðningi sínum fyrir því að gagnagrunnurinn sé ekki ómissandi aðstaða hefur Já m.a. vísað til umfjöllunar fræðimanna í samkeppnisrétti. Þar komi fram að lóðrétt samþættu fyrirtæki sé ekki skylt að semja við viðskiptavinum sem það keppi við á neðra sölustigi af þeirri ástæðu einni að það sé ráðandi á efra sölustigi. Það sé þvert á móti nauðsynlegt að sú vara eða þjónusta sem viðskiptavinurinn sækist eftir sé algerlega nauðsynleg fyrir þriðju aðila til að geta keppt á neðra sölustigi og að svo sé ekki í þessu máli að mati Já.

Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á framangreinda túlkun Já enda hefur verið sýnt fram á það hér á undan að aðgangur að gagnagrunni Já (efra sölustigi) er algerlega nauðsynlegur fyrir þriðju aðila til að geta keppt við Já á smásölumörkuðum þessa máls. Þvert á það sem Já heldur fram telur Samkeppniseftirlitið að fyrrnefnd umfjöllun renni stoðum undir það mat að gagnagrunnur Já teljist til ómissandi aðstöðu í skilningi samkeppnisréttar.

4. Viðskiptakjör Já vegna aðgangs að gagnagrunninum

Í máli þessu verður að meta hvort kjör þau sem Já bauð Miðlun og Loftmyndum á m.a. árinu 2009 hafi í raun falið í sér ólögmetta synjun á aðgangi að hinni ómissandi aðstöðu Já. Hið sama verður að gera varðandi þau kjör og skilmála sem Já bauð aðilum eftir að úrskurður úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála í máli nr. 4/2011 var birtur í nóvember 2011. Er í því sambandi rétt fyrst að lýsa þessum viðskiptakjörum og leggja mat á það hvort þau hafi verið málefnaleg. Í næsta kafla verður tekin afstaða til lögmætis þeirra.

4.1 Verðskrá Já og tilboð fram til ársins 2012

Aðgerðir Já fólu það í sér að í fyrstu bauð fyrirtækið kvartendum í máli þessu aðgang að gagnagrunni fyrirtækisins gegn gjaldi og voru þá tvær leiðir í boði. Annars vegar gagnagrunnurinn í heild sinni eða hluta. Hins vegar beintenging við gagnagrunninn með uppflettingum eins og það var orðað í tilboðum Já til Miðlunar og Loftmynda á rannsóknartímabilinu. Var aðgangur þessi boðinn á verði sem kvartendur töldu óhóflegt og til þess fallið að útiloka samkeppni.

⁹³ Í júlí sama ár ákvað stjórn Landssímans hf. að stofna sérstakt félag um rekstur upplýsingaþjónustu um símanúmer, útgáfu símaskrár o.fl. Einkahlutafélagið Upplýsingaveitur var stofnað í þeim tilgangi að taka yfir starfsemina með öllum réttindum og skyldum frá 1. ágúst 2005. Það var hins vegar ekki fyrr en 2. nóvember 2005 sem var undirritaður kaupsamningur milli Símans og Upplýsingaveitna um kaup og rekstur þess síðarnefnda á skilgreindri starfsemi félagsins.



Eftir að úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála felldi úr gildi í nóvember 2011 fyrirmæli PFS um aðgang að gagnagrunninum breytti Já viðskiptaskilmálum sínum. Tilkynnti Já að fyrirtækið byði ekki lengur upp á aðgang að grunninum heldur væri Já tilbúið að endurselja, til þeirra sem hefðu í hyggju að bjóða upplýsingaþjónustu, grunnskráningar eins og þau gögn eru afhent til Já af fjarskiptafyrirtækjum.

Kjarninn í málatilbúnaði kvartenda að þessu leyti er að kjör og skilmálar Já hafi í raun falið í sér synjun um aðgang að gagnagrunninum. Já hefur mótmælt þessu.

Rétt er að greina nánar frá þessum aðgerðum Já. Ber að taka fram að þessi kjör Já hafa tekið talsverðum breytingum og ósamræmi hefur verið í umfjöllun Já um þau.

4.1.1 Tilboð og verðskrá fram til nóvember 2011

Loftmyndir hafa í tvígang óskað eftir verðtilboði frá Já fyrir aðgang að gagnagrunni félagsins. Fyrra verðtilboð Já var dagsett 27. maí 2009 en það síðara þann 10. janúar 2011. Loftmyndir töldu sér ekki fært að taka þessum tilboðum þar sem verðið var að mati fyrirtækisins óhóflega hátt. Hafa Loftmyndir bent á að þessi tilboð hafi verið mjög ólík og miklar verðhækkningar verið á milli fyrra og seinna tilboðs. Verðið hefði því margfaldast milli tilboðanna án þess að nokkrar skýringar væru gefnar fyrir því.

Miðlun hefur greint frá því að í byrjun árs 2009 hafi fyrirtækið óskað eftir aðgangi að gagnagrunni Já í þeim tilgangi að hefja samkeppni við það félag. Í svarbréfi Já, dags. 26. apríl 2009, til Miðlunar hefði verið sett fram verðskrá sem að mati fyrirtækisins útilokaði samkeppni. Tilboð Já til Miðlunar var með sama hætti og tilboðið til Loftmynda.

Miðlun óskaði á ný eftir aðgangi að gagnagrunninum í lok árs 2010. Segir Miðlun að í svarbréfi Já, dags. 6. desember 2010, hefði aftur verið sett fram verðskrá sem útilokaði samkeppni.

Samandregið má setja fram tilboð Já til kvartenda í máli þessu með eftirfarandi hætti:

Tilboð Já frá apríl og maí 2009 (verð án vsk). Þrjár leiðir í boði:

1. Gagnagrunnurinn í heild sinni kr. 38.951.500.
 - a. Gagnagrunnurinn að hluta, greitt pr. línufjölda.
2. Beintenging við gagnagrunn með uppflettingum:
 - a. Greiða þarf annars vegar stofngjald að lágmarki kr. 390.000 og hins vegar fast mánaðargjald eða skv. uppflettifjölda:
 - i. Fast mánaðargjald, óháð uppflettifjölda = kr. 1.025.040 eða
 - ii. Greitt skv. uppflettifjölda kr. 41 pr. uppflettingu.
 - iii. „Þó er lágmarksgreiðsla á mánuði kr. 145.665 án vsk. Þó verður með sannanlegum hætti að vera mögulegt að halda utan um fjölda uppflettinga til að þessi leið sé notuð.“
3. API þjónusta – óheimilt að selja, leigja eða veita 3ja aðila aðgang
 - a. Verð kr. 4,5 pr. uppflettingu.

Tilboð Já dags. 6. desember 2010 og 10. janúar 2011 (verð án vsk):



1. Beintenging við gagnagrunn með uppflettingum. Greiða þarf stofngjald að lágmarki kr. 590.000 og að auki:
 - a. Verð fyrir upplýsingagjöf í síma
 - i. Fast mánaðargjald, óháð uppflettifjölda = kr. 1.043.055.
 - ii. Greitt skv. uppflettifjölda kr. 42 pr. flettingu.
 - b. Verð fyrir upplýsingagjöf á Internetinu.
 - i. Fast mánaðargjald, óháð uppflettifjölda = kr. 3.129.167.
 - ii. Greitt skv. uppflettifjölda kr. 125 pr. flettingu.
 - iii. „Þó er lágmarksgreiðsla á mánuði kr. 210.000 án vsk. Þó verður með sannanlegum hætti að vera mögulegt að halda utan um fjölda uppflettinga til að þessi leið sé notuð.“

Í þessu samhengi má líta til bréfs Já til PFS, dags. 27. janúar 2011. Í því er vísað til þess að því hafi verið haldið fram að verðskrá félagsins fyrir aðgang að gagnagrunninum gangi gegn ákvæðum sem eigi að tryggja aðgang að grunninum á kostnaðarverði. Það sé hins vegar rangt og rökstyður Já það með eftirfarandi hætti:

„Verðskrá fyrir aðgang að gagnagrunni Símaskrár byggir eingöngu á árlegum kostnaði við rekstur grunnsins. Árlegur rekstrarkostnaður er veginn meðalkostnaður fyrir þrjú ár aftur í tímann, þannig að 80% er vegna ársins 2009, 10% vegna ársins 2008 og 10% vegna ársins 2007.“

Við framsetningu á verðskrá er rekstrarkostnaðinum svo skipt niður eftir því hvers konar aðgangi fyrirtæki fara fram á, þetta er gert til þess að gæta sanngirni við uppsetningu verðskrárinnar. Þeir sem vilja aðgang til þess að gefa út Símaskrá greiða 25% af árlegu kostnaðarverði, þeir sem vilja aðgang til þess að veita upplýsingar gegnum þjónustunúmer greiða 18,75% af árlegu kostnaðarverði og þeir sem vilja aðgang til þess að reka Internetþjónustu greiða 56,25% af árlegu kostnaðarverði. Skiptingin tekur mið af mismunandi notkun grunnsins fyrir hverja nýtingaleið.“

Ennfremur til þess að mæta þörfum þeirra aðila sem vilja keppa á þessum markaði er þeim boðið upp á val á milli þess að greiða fasta mánaðarlega upphæð sem byggir á áður nefndri hlutfallslegri skiptingu eða greiða pr. flettingu þar sem reiknaður er út kostnaður pr. kennitölu í grunninum.“

Hefur Samkeppniseftirlitið ennfremur undir höndum „heildarverðskrá“ Já fyrir aðgang að gagnagrunni félagsins sem send var PFS með bréfi dags. 28. febrúar 2011. Samkvæmt þessari verðskrá voru eftirtaldar fimm leiðir í boði:

1. Gagnagrunnur í heild sinni eða hluta:
 - a. Heildarverð kr. 69.833.356, m/v allar skráðar kennitölur (257.118 kt.).
 - b. kr. 272 pr. kennitölu.
2. Beintenging við gagnagrunn með uppflettingum. Greiða þarf stofngjald að lágmarki kr. 590.000 og að auki:
 - a. Verð fyrir upplýsingagjöf í síma:
 - i. Fast mánaðargjald, óháð uppflettifjölda = kr. 1.043.055.
 - ii. Greitt skv. uppflettifjölda kr. 42 án vsk. pr. flettingu.



- b. Verð fyrir upplýsingagjöf á Internetinu:
 - i. Fast mánaðargjald, óháð uppflettifjölda = kr. 3.129.167.
 - ii. Greitt skv. uppflettifjölda kr. 126 án vsk. pr. flettingu.
3. API aðgangur – ekki í atvinnuskyni:
 - a. Verð m/v fyrirspurnir á mánuði, frá kr. 27.000 til 225.000 á ári.
4. Samkeyrslur/krosskeyrslur:
 - a. Vinnslugjald kr. 21.525 + kr. 6 pr. færslu.
5. FTP aðgangur (ætlaður til að samkeyra gögn við CRM kerfi fyrirtækja):
 - a. Árgjald kr. 2.190.000 án vsk.

Samkvæmt þessu var á þessum tíma (frá 2009 til nóvember 2011) a.m.k. í orði kveðnu í boði hjá Já beintenging við gagnagrunn félagsins með þeim möguleika að fletta upp í honum og greiða fyrir samkvæmt fjölda uppflettinga í gagnagrunninum. Í umræddum tilboðum kom þannig fram að „*Já veitir þeim aðilum er þess óska aðgang að gagnagrunni Símaskrár gegn gjaldi*“ og að í boði sé beintenging við gagnagrunninn. Er sú leið skilgreind þannig í tilboðum Já:

„Beintenging við gagnagrunn með uppflettingum. Upplýsingar úr grunninum innihalda skráningu rétthafa, heimilisföng og símanúmer. Gagnagrunnurinn er uppfærður 1x á sólarhring. Þessi möguleiki er fyrst og fremst hugsaður fyrir upplýsingagjöf í síma eða á internetinu.“

Samkvæmt þessum tilboðum voru tvær leiðir í boði. Annars vegar fast mánaðargjald og hins vegar „*Greitt skv. uppflettifjölda*“. Um síðari leiðina segir ennfremur:

„Þó verður með sannanlegum hætti að vera mögulegt að halda utan um fjölda uppflettinga til að þessi leið sé notuð.“

Í umsögn Já við andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins koma hins vegar fram sjónarmið sem gefa til kynna að sú aðgangsléið sem kvartendum var boðin, þ.e. beintenging við gagnagrunninn með uppflettingum, hafi í raun aldrei verið í boði af hálfu Já. Þannig segir í umsögn Já að félagið hafi í engu tilfelli gert ráð fyrir því að smásölunotkun eða flettingar viðskiptavina þriðja aðila (þ.e. viðskiptavinir mögulegra keppinauta Já) á endursölumarkaði yrðu í gegnum uppflettiáðgang þeirra við gagnagrunn Já. Slík notkun á uppflettiáðgangi að gagnagrunni félagsins myndi ekki aðeins setja tæknilegan kerfisrekstur Já í uppnám heldur hefði félagið auk þess stöðugan aðgang að viðkvæmum upplýsingum um smásöluviðskiptavini keppinauta sinna með slíkri notkun. Að auki væri slík notkun ómælanleg án innskráningar endanotenda smásöluviðskiptavina. Síðan segir orðrétt:

„Eldri verðskrá félagsins, sem og hin nýja byggði á þeirri grunnhugmynd að endursöluviðskiptavinur myndi afrita gögn úr gagnagrunni Já og nýta við útgáfu og rekstur eigin miðla, líkt og Já gerir sjálf. Með beintengingu við gagnagrunn Já gæti endursöluviðskiptavinurinn síðan uppfært gögnin reglulega.“⁹⁴

⁹⁴ Sjá kafla 4.13.2 á bls. 47 í bréfi Já dags. 30. apríl 2012.



Eru framangreindar skýringar Já að mati Samkeppniseftirlitsins ekki í samræmi við það sem fram kom í tilboðum Já til Miðlunar og Loftmynda um að í boði væri beintenging við gagnagrunninn með uppflettingum. Var í því sambandi sérstaklega sett það skilyrði að unnt væri að halda utan um fjölda uppflettinga. Þá er hin veigamikla breyting sem ný verðskrá hafði í för með sér, þ.e. áskilnaður um að viðskiptavinir Já annist sjálfir rekstur eigin gagnagrunna (sem er þá ekki uppflettiaðgangur hjá Já) heldur ekki í neinu samræmi við þágildandi verðskrá sem kynnt var kvartendum í máli þessu. Er því ósamræmi í tilboðum og umsögnum Já um þann aðgang sem félagið hefur sagst bjóða.

4.1.2 Verðskrá Já frá nóvember 2011

Þann 28. nóvember 2011, rúmu hálfu ári eftir að Já sendi PFS framangreinda verðskrá, barst Samkeppniseftirlitinu heildarverðskrá frá Já sem var töluvert frábrugðin þeirri sem Já hafði áður sent PFS. Samkvæmt þessari verðskrá voru fjórar leiðir í boði settar fram með eftirfarandi hætti:

1. Aðgangur í atvinnuskyni, tvær leiðir (gögn afhent í gegnum FTP aðgang):
 - A. Grunnskráningar í heild sinni eða hluta:
 - i. Heildarverð fyrir allar skráningar kr. 26.995.850 (539.937 símanúmer).
 - ii. Verð pr. símanúmer kr. 50.
 - B. Verð fyrir uppfærslur:
 - i. Mánaðargjald kr. 749.913.
 - ii. Árgjald kr. 8.998.950.
2. Þróunaraðgangur, virðisaukandi samstarf (gögn afhent gegnum API aðgang):
 - Fyrirtækjaupplýsingar eingöngu (Gulu síðurnar).
 - Ætlað til þróunar og nýsköpunar á vörum/þjónustu sem Já býður ekki.
 - Verð fyrir aðgang 0 kr.
 - Já tekur 15% hlutdeild í tekjum á fyrsta rekstrarári, 30% á öðru og 50% á þriðja árinu.
3. Skoðunaraðgangur, samkeyrslur fyrir innanhússnotkun:
 - i. Samkeyrslulistar sendir Já til vinnslu:
 - Vinnslugjald kr. 21.525 + verð kr. 6 pr. kt.
 - ii. API aðgangur.
 - Árgjald kr. 30.000 + verð kr. 6 pr. flettingu.
 - iii. API aðgangur fyrir sírstöðvaleit.
 - Verð pr. mánuð frá kr. 3.500 – 12.500.
 - iv. FTP aðgangur fyrir fyrirtæki til uppfærslu á eigin viðskiptamannalistum.
 - Árgjald kr. 2.190.000.
4. Aðrar tegundir aðgangs þarf að semja sérstaklega um.

Samkvæmt framansögðu bauð Já í fyrsta sinn upp á tiltekinn endurgjaldslausan aðgang að gagnagrunninum fyrir þá sem ætluðu að þróa nýja vöru eða þjónustu sem myndi ekki keppa við vöru eða þjónustu Já. Mögulegum keppinautum Já var hins vegar boðið upp á „aðgang í atvinnuskyni“. Sá aðgangur fól í sér breytta verðlagningu sem fólst í því að Já fór að miða verð við skráningarverð frá fjarskiptafyrirtækjunum að viðbætti 25% álagningu.



Í bréfi Já frá 28. nóvember 2011 er þessari nýju verðskrá lýst svo að hún feli m.a. í sér „óheftan aðgang að gagnagrunninum í atvinnuskyni“. Í bréfi Já frá 19. janúar 2012 er þessum sama aðgangi hins vegar lýst með öðrum hætti. Er þar sagt að Já bjóði ekki upp á heildsöluaðgang að gagnagrunninum heldur „endursölu á gagnagrunni um símanúmer.“. Samkvæmt því sem fram kemur í bréfinu fól hin nýja verðskrá Já jafnframt í sér eftirfarandi breytingu:

„Þá er í hinni nýju verðskrá gert ráð fyrir að viðskiptavinir Já annast sjálfir rekstur eigin gagnagrunna, enda fylgir slíkum rekstri einungis stofnkostnaður í tölvubúnaði og notendaleyfum.“⁹⁵

Draga verður þá ályktun af framangreindu að ekki hafi verið gert ráð fyrir því í fyrri verðskrá félagsins að viðskiptavinir Já þyrftu sjálfir að annast rekstur eigin gagnagrunna.

4.2 Mat PFS á verðskrár Já og athugasemdir Já um það

Af framansögðu leiðir að Já hefur boðið upp á tiltekinn aðgang að gagnagrunni sínum. Er því ekki um ræða beina synjun um aðgang að ómissandi aðstöðu. Verður því að taka afstöðu til þess hvort unnt sé að fallast á með Miðlun og Loftmyndum að kjör Já hafi í raun falið í sér synjun um aðgang.

Við mat á framangreindu er m.a. nauðsynlegt að horfa til kostnaðar Já við að veita umrædda þjónustu. Í málinu liggur fyrir greining PFS á rekstrarkostnaði gagnagrunnsins ásamt útreikningi á árgreiðslu vegna fjárbindingar í gagnagrunninum, dags. 1. júlí 2011. Var þessi kostnaðargreining gerð í tengslum við ákvörðun PFS nr. 22/2011 frá 28. júní 2011 um alþjónustukvaðir fyrir Já. Um frumgreiningu var að ræða hjá PFS sem send var Já í boðunarbréfi þann 1. júlí 2011. Í framhaldi af úrskurði úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála nr. 4/2011 þar sem aðgangskvöð, samkvæmt 4. tölulíð ákvörðunarorða ákvörðunar stofnunarinnar nr. 22/2011 var felld úr gildi, var vinnu við kostnaðargreiningu á gagnagrunni Já hætt. PFS hefur hins vegar við meðferð þessa máls fjallað nánar um þessa kostnaðargreiningu og svarað gagnrýni Já. Telur PFS að sjónarmið Já geti ekki hnekkt niðurstöðu greiningarinnar um óhóflega verðlagningu Já á aðgangi að gagnagrunninum.

Í kostnaðargreiningu PFS, sem tekur til viðskiptakjara Já eins þau voru fyrir júlí 2011, komst stofnunin að þeirri niðurstöðu að gjald fyrir hverja flettingu í gagnagrunninum í gegnum síma skyldi vera 1,14 kr., óháð því hvort um væri að ræða upplýsingagjöf í síma eða á Internetinu. Verð Já á þeim tíma fyrir hverja slíka uppflettingu var hins vegar 42 kr. Þegar um væri að ræða upplýsingagjöf í síma en 126. kr. fyrir upplýsingagjöf á Internetinu. Var það mat PFS að þessi kjör Já hefðu falið í sér verulega yfirverðlagningu. Rétt er að gera hér nánari grein fyrir forsendum greiningarinnar en Já hefur komið á framfæri andmælum sínum við umrædda kostnaðargreiningu.

Umrætt gjald, 1,14 kr. fyrir hverja flettingu, er fundið þannig að í upphafi er greindur árlegur rekstrarkostnaður gagnagrunnsins miðað við árið 2009. Heildarkostnaður Já það

⁹⁵ Sjá neðst á bls. 6 í bréfi Já, dags. 19. janúar 2012.



ár var [...] þús. kr.⁹⁶ Metur PFS að af þessu sé hlutdeild kostnaðar vegna gagnagrunnsins [...] þús. kr.⁹⁷ Í greiningunni er einnig fundin árgreiðsla vegna fjárbindingar í gagnagrunninum. Er það mat PFS að svokallað sviptivirði (endurkaupsverð) gagnagrunnsins sé [...] þús. kr. Miðað við að veginn meðalkostnaður fjármagns (WACC) fyrir skatta sé 8,8%⁹⁸ og að líftími grunnsins sé 4 ár er niðurstaðan sú að árgreiðsla vegna fjárbindingar í grunninum sé [...] þús. kr.⁹⁹ Samkvæmt þessu er árlegur kostnaður vegna grunnsins [...] þús. kr. ([...]). PFS telur að miða eigi við að aðgangur að símaskrá á tölvutæku formi vegna prentunar á símaskrá sem gefin sé út einu sinni á ári beri 25% af árlegum kostnaði gagnagrunnsins.¹⁰⁰ Þegar sú upphæð hefur verið dregin frá er samtals kostnaður á ári [...] þús. kr. vegna beintengingar við gagnagrunninn. PFS telur að metinn fjöldi flettinga á ársgrundvelli sé [...] milljónir.¹⁰¹ Er það mat PFS að verð á uppfléttingu sé samkvæmt þessu 1,14 kr. ([...]).¹⁰² Í lok greiningar PFS er tekið fram að gjöldin hafi átt að gilda þar til ný kostnaðargreining myndi liggja fyrir sem samþykkt hefði verið af PFS en gjöld skyldu endurskoðuð árlega. Segir einnig að gjöldin ættu að gilda bæði um innri og ytri sölu. Nánar um forsendur og útreikninga PFS vísast til greiningarinnar.

Rétt er að halda því til haga að Já hefur ekki haldið því fram að forsendur kostnaðargreiningar PFS séu rangar. Þessu til stuðnings er vísað til bréfs Já til Samkeppniseftirlitsins, dags. 16. júlí 2012. Kemur þar m.a. fram að þegar komi að samanburði á eldri verðskrá Já og tillögu PFS þá liggja mismunurinn á verðskránum tveimur fyrst og fremst í deilireglunni sem notuð sé til að finna út einingaverðið. Þá segir: „Stofninn, árlegur rekstrarkostnaður, er svipaður hjá báðum aðilum, þó mismunandi aðferðir hafi verið notaðar til að finna hann út.“¹⁰³ Megin ágreiningurinn snýr þannig ekki að kostnaðargreiningunni sem slíkri heldur að þeirri aðferðafræði sem notuð er til að ákvarða verð á þessum aðgangi að gagnagrunni Já.

Já hefur haldið því fram að beintenging við gagnagrunninn takmarkist af því að hver uppflétting skili einni færslu til baka. Þegar fyrst sé komið á tengingu við gagnagrunninn þurfi að greiða stofngjald vegna kostnaðar við tengingu. Umrætt stofngjald sé að lágmarki 590 þús. kr. án vsk. sem skuli greitt áður en tenging sé komin á. Hvað varði símapjónustu sé hlutdeild aðgangs metin af Já á [...] milljón kr. á ári. Já reikni verð á uppfléttingu og leggi til grundvallar fjölda kennitalna í gagnagrunni félagsins þegar einingaverð sé reiknað. Verð á hverja uppfléttingu sé samkvæmt þessu 42 kr. Einnig sé í boði fast gjald á mánuði, 1.043 þús. kr. án vsk. óháð uppfléttifjölda, en þó sé lágmarksgjald, 210 þús. kr. á mánuði. Varðandi upplýsingagjöf á Internetinu segir að Já meti hlutdeild aðgangs vegna Internetþjónustu á [...] milljónir kr. á ári. Miðar Já þá við verð á uppfléttingu og leggur til grundvallar fjölda kennitalna í gagnagrunni félagsins. Verð á flettingu sé samkvæmt því 126 kr. Einnig sé í boði fast gjald á mánuði, 3.129 þús.

⁹⁶ Sjá nánar á bls. 16 í kostnaðargreiningu PFS á gagnagrunni Já.

⁹⁷ Sjá nánar á bls. 16 í kostnaðargreiningu PFS á gagnagrunni Já.

⁹⁸ Sjá nánar á niðurstöðu PFS um ávöxtunarkröfu (WACC) á bls. 25 í kostnaðargreiningu PFS á gagnagrunni Já.

⁹⁹ Sjá nánar á bls. 21 í kostnaðargreiningu PFS á gagnagrunni Já.

¹⁰⁰ Sjá nánar á bls. 31 í kostnaðargreiningu PFS á gagnagrunni Já.

¹⁰¹ Sjá nánar á bls. 29 í kostnaðargreiningu PFS á gagnagrunni Já.

¹⁰² Sjá nánar á bls. 32 í kostnaðargreiningu PFS á gagnagrunni Já.

¹⁰³ Sjá kafla 4.1 á bls 12 í bréfi Já dags. 16. júlí 2012.



kr. óháð uppflettifjölda, fyrir hvern aðila fyrir sig, en þó sé lágmarksgjald 210 þús. kr. á mánuði.

PFS féllst ekki á þessar forsendur og útreikninga Já vegna verðlagningar á heildsöluaðgangi að gagnagrunni félagsins. Lagði PFS áherslu á að við verðlagningu á aðgengi með beintengingu við gagnagrunn með uppflettingum skyldi miða við kostnað auk ávöxtunarkröfu á bundið fé. Í þessu sambandi vísaði PFS til reglugerðar nr. 564/2011 um bókhald og kostnaðargreiningu í rekstri fjarskiptafyrirtækja en samkvæmt reglugerðinni skuli taka tillit til þess virðisauka sem notkun gagnagrunnsins skapi.

Að mati PFS er það röng aðferð hjá Já að reikna út einingaverð með því að deila upp í árlegan kostnað með fjölda kennitalna á sama tíma og gjaldskrá sé miðuð við fjölda uppflettinga. Leiðir þetta að mati PFS til mikillar yfirverðlagningar á uppflettingum. Þannig tekur PFS sem dæmi verð Já fyrir uppflettingar, þ.e. 42 kr. fyrir hverja uppflettingu fyrir upplýsingagjöf í síma og 126 kr. fyrir hverja uppflettingu fyrir upplýsingagjöf á Internetinu. Afleiðing slíkrar verðlagningar sé sú að aðili með um [...] % af heildaruppflettingum eða um 4,6 milljónir uppflettinga myndi greiða Já 193 milljónir kr. m.v. upplýsingagjöf í síma en 580 milljónir kr. m.v. upplýsingar á Internetinu. Auk þess er það mat PFS að gjaldskrá Já sé þannig uppbyggð að hún taki ekki tillit til innri sölu, né þess að um geti verið að ræða fleiri en einn aðila sem kaupir aðgang vegna útgáfu símaskrár eða beintengingu með uppflettingu. Ef t.d. sé litið til gjalda fyrir símaskrá eða beintengingu þá gæti Já fengið kostnað sinn margfalt til baka ef fleiri en einn aðili myndi kaupa slíka þjónustu af félaginu. Einnig væri rétt að fella niður lágmarksgjaldtöku, 210 þús. kr. á mánuði, vegna beintengingar þar sem engin kostnaðarleg rök hefðu komið fram sem styddu slíka gjaldtöku. Þá segir að PFS hygðist ákvarða stofngjald Já við að koma á tengingu við þann sem óskað hefði eftir beintengingu við gagnagrunn með uppflettingu. Stofngjaldið yrði að hámarki 590 þús. kr. en skv. umræddri verðskrá Já væri um að ræða lágmarksgjald. Sagði ennfremur að Já ætti að endurskoða gjaldið í samráði við PFS í ljósi reynslunnar af fyrstu tengingu.

Loks telur PFS að rétt væri að miða við tvenns konar aðgang að gagnagrunni Já og að verðskrá ætti að taka mið af því. Um væri að ræða aðgangsform sem fæli í sér aðgang vegna útgáfu símaskrár annars vegar og beintengingu við gagnagrunn með uppflettingum hins vegar. Í þessum aðgangi að gagnagrunni ættu að lágmarki að koma fram upplýsingar um nafn rétthafa, símanúmer, kennitölu, heimili, póstnúmer og bannmerkingu.

Gerir PFS jafnframt athugasemdir við þær skýringar Já að með uppflettingu sé átt við eina skráningu/kennitölu sem afrituð sé af FTP svæði (sbr. skýringarmynd í kafla IV 6 hér á undan) yfir í gagnagrunn sem aðili sem kaupir þjónustuna þurfi sjálfur að koma sér upp. Það sé því ekki í raun um beinan aðgang að uppflettikerfi Já að ræða heldur sé boðið upp á að þjónustuveitandi geti aðeins afritað grunninn í heild eða einstakar skráningar af FTP svæði Já yfir í eigin gagnagrunn. Bendir PFS á að í þeirri verðskrá sem Já sendi PFS og frumgreining stofnunarinnar byggir á komi hvergi fram að um sé að ræða afhendingu í gegnum FTP aðgang heldur að um sé að ræða beintengingu við gagnagrunn með uppflettingum. Að mati PFS geti slík afhending í gegnum FTP aðgang ekki talist „beintenging við gagnagrunn með uppflettingum“ eins og fram komi í verðskrá félagsins og sé því ekki valkostur fyrir upplýsingaþjónustu sem hyggist starfa í samkeppni við Já.



Uppflettiaðgangur samkvæmt eftirá skýringum Já þýði að ekki sé hægt að fletta upp í grunni félagsins með beinum hætti, auk þess sem viðkomandi aðili væri einungis með hluta af kennitölum í sínum grunni á hverjum tíma þar til allar kennitölur hafi færst yfir og greitt hafi verið eins og samsvarar föstu verði fyrir allan grunninn. Í raun stæði því einungis til boða að greiða samkvæmt föstu mánaðargjaldi óháð uppflettingum, þar sem viðkomandi upplýsingaveita þyrfti að greiða allt að 70 m.kr. á ársgrundvelli ef félagið hygðist fara í fulla samkeppni við Já.

PFS telur að verðskrá Já feli í sér mikla yfirverðlagningu á aðgangi að gagnagrunni félagsins. Gert sé ráð fyrir því að hver viðskiptavinur sem hyggst veita Já samkeppni greiði sem nemi öllum árlegum rekstrarkostnaði ásamt álagningu, en þó að frádregnum tekjum Já af samkeyrslum o.fl. Skiptir þá ekki máli hvort um er að ræða fast verð óháð uppflettingum eða verð fyrir hverja uppflettingu þar sem þau verð byggja á sama grunni. Bendir PFS á að helsta gagnrýni Já snúi að því með hvað hætti kostnaði vegna gagnagrunnsins sé skipt á milli notenda hans í kostnaðargreiningunni. PFS telji þetta vera útfærsluatriði á verðskrá frekar en spurning um kostnaðargreininguna sem slíka. Eigi það sérstaklega við um skýringu félagsins á hugtakinu „uppfletting“, en Já telji að PFS hafi misskilið verðskrá félagsins hvað það varðar. Í því sambandi bendir PFS á að í verðskrá sem Já sendi til Miðlunar komi fram eftirfarandi fyrirvari vegna uppflettinga: „Þó verður með sannanlegum hætti að vera mögulegt að halda utan um fjölda uppflettinga til þess að þessi leið sé notuð“.

Já mótmælir því að eldri verðskrá félagsins hafi jafngilt sölusynjun. Samkvæmt Já séu útreikningar PFS ósamanburðarhæfir við þá útreikninga sem kynntir hafi verið Samkeppnisstofnun árið 1998 og ekki hafi verið gerðar athugasemdir við. Mismunur á aðferðafræði við útreikninga á verði skýri mörg þúsund prósent mismun á verði. Þá hafi hámarksverð alltaf verið til staðar hjá Já fyrir tilstuðlan mánaðarverðs, sem tryggi þak á álagningu félagsins. Eldri verðskrá Já hafi byggt á verðlíkani sem kynnt hafi verið fyrir Samkeppnisstofnun árið 1998. Tillagan að eldri verðskrá félagsins hafi verið unnin af KPMG fyrir Landssímann og í henni hafi verið gert ráð fyrir því að einingarverð á endursölustigi tæki mið af kostnaði við rekstur grunnsins, margfölduðum með líftíma hans og deilt niður á fjölda skráninga. Unnið hafi verið samkvæmt þessari aðferðafræði í góðri trú.

Aðferðafræði PFS gangi út á að taka árlegan rekstrarkostnað gagnagrunnsins að viðbættri árgreiðslu vegna fjárfestingar og deila niður eftir notkun á smásölustigi. Þessi aðferðafræði sé ómælanleg. Ennfremur komi fram af hálfu PFS að Já beiti þeirri aðferð við að reikna út einingaverð fyrir uppflettingu að deila með fjölda kennitalna í gagnagrunni. Sú aðferð gangi alls ekki upp að mati PFS þar sem verið sé að blanda sama óskyldum forsendum, þ.e. fjölda kennitalna og fjölda flettinga. Já telji að í þessu kristallist grundvallarmisskilningur á eðli þeirrar starfsemi sem rekstur upplýsingaveitu feli í sér. Allar upplýsingaveitur verði að byggja upp og reka eigin gagnagrunn í takt við þá þjónustu sem þær ætli að veita á smásölumarkaði. Í því felist starfsemi þeirra. Aðgreining þeirra í samkeppni felist svo í þeim gögnum sem þær velji að safna og birta, auk þeirra þjónustuleiða sem þær bjóði bæði auglýsendum og endanotendum. Gögn sem keypt séu í endursölu úr gagnagrunni Já, hvort sem um ræðir með beintengingu eða einskiptis afhendingu, séu afrituð og þar með sé engin tenging á milli notkunar á



smásölustigi og uppflettingar í gagnagrunni Já líkt og úttekt Advania fyrir Já hafi sannað. Þegar PFS hafi kallað eftir notkun smásöluviðskiptavina Já eða flettingum þá hafi ekki verið tilgreint í hvaða tilgangi nota ætti þær upplýsingar. Ef Já hefði verið kunnugt um að til stæði að kollvarpa uppbyggingu verðskrár félagsins fyrir aðgang að gagnagrunni með því að byggja á einingaverðinu „fletting á smásölumarkaði“ þá hefði félagið aldrei lagt huglægt mat á slíkt.

Einingaverð sé verð pr. selda einingu. Í öllum tilfellum hafi Já, bæði í eldri verðskrá og nýrri, gengið út frá því að hver seld eining sé skráning, þ.e. kennitala, símanúmer eða rétthafi enda verði kostnaður við rekstur gagnagrunns Já til við hverja skráningu. Mánaðarverð hafi verið í boði þegar eðli starfsemi kaupanda hafi kallað eftir notkun á öllum gögnum úr gagnagrunni Já og stöðugum uppfærslum. Mánaðarverð sé þannig hámarksverð sem greitt er fyrir aðgang að gagnagrunni Já.

Um aðferðarfræði PFS segir Já að hún gangi út á að taka árlegan rekstrarkostnað gagnagrunnsins að viðbætttri árgreiðslu vegna fjárfestingar og deila niður eftir notkun á smásölustigi. Fram komi í boðunarbréfi PFS að stofnunin telji að notkun á smásölumarkaði sé rétt viðmið við útreikninga á einingaverði í verðskrá á endursölumarkaði. Aðferðafræðin byggði að því er virðist á því að rekstur gagnagrunnsins sé sambærilegur við rekstur fjarskiptakerfa þar sem hægt er að nota notkun á smásölustigi sem einingarverð. Í fjarskiptakerfum sé augljóslega einungis hægt að selja hvert símtal einu sinni. PFS virðist hins vegar horfa framhjá því að gagnagrunna sé hægt að afrita, sbr. áður nefnt Advania dæmi. Sú aðferðafræði sem PFS leggi til sé í reynd ómælanleg. Já hafi í engu tilfelli gert ráð fyrir því að smásöluotkun eða flettingar viðskiptavina þriðja aðila á endursölumarkaði yrðu í gegnum uppflættaaðgang þeirra við gagnagrunn Já. Slík notkun á uppflættaaðgangi að gagnagrunni félagsins myndi ekki aðeins setja tæknilegan kerfisrekstur Já í uppnám heldur hefði félagið auk þess stöðugan aðgang að viðkvæmum upplýsingum um smásöluviðskiptavini keppinauta sinna með slíkri notkun líkt og lýst er í kaflanum um hugtakanotkun hér að framan. Að auki sé slík notkun ómælanleg án innskráningar endanotenda smásöluviðskiptavina.

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

Að mati Já stangast tillaga PFS um uppbyggingu verðskrár fyrir aðgang að gagnagrunni ekki aðeins á við áður samþykka aðferðafræði heldur einnig dómsúrskurði og venjur í þeim Evrópulöndum sem Já hafi aflað upplýsinga um. Í öllum þeim tilfellum sem Já hafi upplýsingar um frá Evrópu, sé um að ræða heildsölu á upplýsingum um símanúmer frá símafyrirtækjunum til upplýsingaveitna, eins og lög kveða á um og úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála hefur staðfest, en ekki endursölu frá upplýsingaveitu til upplýsingaveitu. Sem dæmi um mál þar sem sambærileg verðskrá og Já hafi unnið eftir frá 1998 í góðri trú vísar Já til ITT-Belgacom málsins frá 1997 en þá hafi Belgacom verið heimilað að selja gögn á kostnaðarverði með hæfilegri álagningu. Ennfremur hafi verið



staðfest að gagnagrunnur skyldi innihalda: nafn, heimilisfang og símanúmer, og gjald hafi verið pr. skráningu (e. listing).

Eldri verðskrá Já hafi verið uppbyggð í tveimur hlutum:

1. Afhending á gagnagrunni:

- Gagnagrunnurinn í heild sinni.
- Gagnagrunnurinn að hluta þar sem greiða ætti pr. skráningu/línufjölda.

Þessi þjónustuleið hafi verið ætluð þeim sem vildu annað hvort fá gagnagrunnin afhentan í heild sinni eða að hluta í eitt skipti. Þessi leið hefði meðal annars hentað þeim sem vildu gefa út prentaða símaskrá.

2. Tenging við gagnagrunn:

- Fast mánaðarverð (verð pr. ár / 12)
- Verð pr. skráningu/ uppflettingu.

Þessi þjónustuleið hafi verið ætluð þeim sem þyrftu reglulega uppfærð gögn og vildu veita þjónustu á Internetinu og/eða í síma.

Verðskráin hafi byggt á kostnaði við rekstur grunnsins, deilt niður á þjónustuleið eftir þeim virðisauka sem hún skapaði. Enn fremur, til þess að koma til móts við væntanlega kaupendur, hafi þeim boðist að kaupa pr. uppflettingu stakar skráningar með því að deila verði niður á fjölda skráninga. Fram hafi komið í upphaflegri verðskrá að rétt væri að skipta kostnaði niður á þjónustuleiðir eftir þeim virðisauka sem þær sköpuðu. Þetta hlutfall hafi breyst yfir árin í takt við þær breytingar sem orðið hefðu á virðisauka. Hámarksverð í eldri verðskrá hafi útilokað 193-580 m.kr. tekjur. Fast mánaðarverð, sem hafi verið í boði fyrir þá aðila sem hafi viljað fá tengingu við gagnagrunn Já, hafi verið hámarksverð þar sem það hafi tekið mið af nýtingu allra skráninga í gagnagrunni Já fyrir viðkomandi þjónustuleið. Í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins hafi komið fram að Já hafi ætlað sér að hafa 3.700% álagningu af heildsöluáðgangi fyrir uppflettingu í síma og 11.000% álagningu fyrir uppflettingu á internetinu eða heildartekjur sem myndu nema 193-580 m.kr. á ári miðað við 10% markaðshlutdeild nýrra aðila á markaðnum. Þessu hafnar Já alfarið. Þetta mat byggir að engu leyti á þeirri verðskrá sem hafi verið í boði hjá Já á endursölustigi heldur samanburði á milli tveggja gjörólíkra aðferðafræða við útreikninga á verði. Útreikningar þar sem smásöluþjónustun smásöluviðskiptavina sé margfölduð með einingaverði í verðskrá Já séu einfaldlega rangir og hefðu aldrei getað orðið að raunverulegum tekjum enda byggðu þeir ekki á verðskrá Já heldur allt annarri aðferðafræði. Í verðskrá Já sé tekið mið af fjölda skráninga en í tillögu PFS sé tekið mið af heildarnotkun smásöluviðskiptavina á markaði sem sé bæði ómælanleg og í engu samræmi við þekktar viðskiptavenjur héraðs og erlendis. Aðferðafræði Já byggði á mánaðarlegu þaki, þannig að sú tala sem Samkeppniseftirlitið og PFS hafi sett fram sem mögulegar tekjur Já af endursölu gagnagrunns væri byggð á misskilningi. Við reglulega uppfærslu á verðskrá fyrir aðgang að gagnagrunni, hafi Já dregið allar ytri tekjur af gagnagrunni frá kostnaðarverði, þar með hafi verið útilokað að félagið gæti haft í tekjur margfaldan rekstrarkostnað grunnsins.



Þrátt fyrir að í upphaflegri verðskrá sem kynnt hafi verið Samkeppnisstofnun árið 1998, hafi árlegur rekstrarkostnaður gagnagrunnsins verið margfaldaður með líftíma hans og þrátt fyrir að heimild væri í fjarskiptalögum fyrir því að leggja hæfilega álagningu ofan á kostnaðarverð, hafi félagið gert hvorugt. Enda hafi Já fagnað því þegar PFS hafi hafið kostnaðargreiningu á verðskrá félagsins. Fram hafi komið í bréfi Já til PFS að félagið teldi rétt að huga að tilteknum atriðum í verðskrá þess og óskaði eftir leiðbeiningu PFS um hvort viðeigandi hefði verið að skipta kostnaði niður eftir þjónustuleiðum og velt því upp hvort rétt væri að margfalda kostnaðarverð með líftíma grunnsins. Vísaði Já til þess að heimild væri fyrir hæfilegri álagningu í fjarskiptalögum.

Að mati Já sé fletting smásöluviðskiptavina ónothæf sem verðlagning á endursöllumarkaði. Til að prófa þá tilgátu hvort uppfletting í gagnagrunni Já væri sambærileg flettingu smásölunotenda hafi Já veitt Advania uppflettiðgang að gagnagrunni félagsins. Í niðurstöðuskýrslu Advania sé það sannað hversu auðvelt sé að afrita gögnin og sýnir fram á hvernig þrjár skráningar sem sóttar voru úr gagnagrunni Já sem uppfletting væru notaðar þrjú þúsund sinnum án uppflettinga í gagnagrunni Já, en sem flettingar endanotenda. Hefði verðskrá PFS verið notuð í þessu tilfelli hefði heildarkostnaður Advania fyrir aðgang að umræddum þremur skráningum verið alls 3,42 kr. á meðan útreikningar bæði Samkeppniseftirlitsins og PFS sýni að hann ætti að vera 3.420 kr. eða 0,1%. Já hefði því orðið af 99,9% þeirra tekna sem verðskrá PFS gerði ráð fyrir að standi undir kostnaði gagnagrunnsins.

Þá telur Já að fullyrðing um að verðlagning jafngildi sölusynjun standist ekki. Já hafi fært rök fyrir því að mismunur á verðskrá Já og PFS liggja ekki í álagningu félagsins heldur mismunandi aðferðafræði. Útreikningar sem skipti kostnaði niður eftir notkun gangi ekki upp. Þannig sanni Advania dæmið að Já yrði af 99,9% þeirra tekna sem gert væri ráð fyrir í útreikningum PFS. Að beina smásöluumferð viðskiptavina á markaði fyrir endursölu skráningargagna í gegnum gagnagrunn Já myndi setja kerfisrekstur félagsins í uppnám auk þess sem félagið hefði aðgang að viðskiptavinaupplýsingum keppinauta sinna. Útreikningar sem sýni mögulegar heildartekjur Já gangi heldur ekki upp. Samkeppniseftirlitið taki ekki tillit til hámarksverðs sem endurspeglar í föstu mánaðarverði. Samkeppniseftirlitið taki heldur ekki tillit til þess að Já hafi dregið ytri tekjur frá við útreikning á verðskrá félagsins sem útiloki möguleikann á að hafa margfalt kostnaðarverð í árlegar tekjur. Sú aðferðafræði sem eldri verðskrá Já byggist á, hafi verið unnin af KPMG árið 1998 og kynnt Samkeppnisstofnun án nokkurra athugasemda sé í samræmi við dómsúrskurði og viðskiptavenjur víða í Evrópu, að því undanskildu að í öllu falli sé um heildsölu frá símafyrirtækjum en ekki upplýsingaþjónustufyrirtækjum eins og Já að ræða.

4.3 Niðurstaða

Hér á undan hefur verið gerð grein fyrir því verði sem Já hefur boðið kvartendum í máli þessu sem og þeim verðskráum sem hafa verið í gildi á rannsóknartímabilinu. Ennfremur hefur eftir því sem við á verið gerð grein fyrir sjónarmiðum PFS og Já.

Líkt og umfjöllunin hér á undan sýnir hefur Já á síðustu árum boðið aðilum, sem eftir því hafa óskað, aðgang að gagnagrunni félagsins. Þrátt fyrir að þessi aðgangur hafi verið í boði af hálfu Já þá hefur þeim aðilum sem sýnt hafa áhuga á að veita Já samkeppni á smásöluörkuðum þessa máls ekki tekist að semja við Já um aðgang að



gagnagrunninum. Að mati Samkeppniseftirlitsins eru tilboð og verðskrá Já helsta skýringin á því. Skal þetta rökstutt nánar. Er rétt að fjalla fyrst nánar um þær breytingar sem orðið hafa á kjörum Já.

4.3.1 Breytingar á kjörum Já á rannsóknartímabilinu og mat á þeim

Í neðangreindri töflu má sjá samanburð á verði Já eftir þjónustuleiðum félagsins og hvernig verðið hefur breyst á milli ára samkvæmt þeim tilboðum og verðskrá sem Já hefur sent frá sér og gerð er grein fyrir hér á undan.

Tafla 3. Samanburður á þjónustuleiðum og verði sem Já hefur kynnt fyrir eftirlitsaðilum og kvartendum í máli þessu.

Þjónustuleið / verðskrá Já dags.	27.5.09	6.12.10 og 10.1.11	28.2.11	28.11.11
Gagnagrunnurinn 1x				
Grunnurinn í heild sinni, ca. 257.118 kennitölur og 539.934 símanúmer	38.951.500	-	69.833.356	26.995.850
Grunnurinn að hluta pr. kt. / skráningu	-	-	272 kr. pr.kt.	50 kr. pr. skráningu
Verð fyrir uppfærslur - mán.gjald	-	-	-	749.913
Verð fyrir uppfærslur - árgjald	-	-	-	8.998.950
Beintenging við gagnagrunn með uppflettingum				
Stofngjald	390.000	590.000	590.000	-
og		-	-	-
Fast mán.gjald	1.025.040	-	-	-
Fast mán.gjald fyrir upplýsingagjöf í síma	-	1.043.055	1.043.055	-
Fast mán.gjald fyrir upplýsingagjöf á Internetinu	-	3.129.167	3.129.167	-
eða	-	-	-	-
Gjald pr. uppflettingu	41	-	-	-
Gjald pr. uppflettingu fyrir uppl.gjöf í síma	-	42	42	-
Gjald pr. uppflettingu fyrir uppl.gjöf á Internetinu	-	125	126	-
- þá er lágmarksgreiðsla pr. mán.	145.665	210.000	-	-
	-	-	-	-
API þjónusta - óheimilt að nýta í atvinnutilgangi				
Verð pr. uppflettingu	4,5	-	-	-
Verð á ári m/v fyrirsurnir á mánuði frá kr.	-	-	27.000	-
Verð á ári m/v fyrirsurnir á mánuði til kr.	-	-	225.000	-
Samkeyrslur/krosskeyrslur - vinnslugjald og	-	-	21.525	21.525
verð pr. færslu	-	-	6,0	6,0
eða				
Árgjald	-	-	-	30.000,0
og verð pr.flettingu	-	-	-	6,0
Fyrir símstöðvaleit verð á mán frá kr.	-	-	-	3.500
Fyrir símstöðvaleit verð á mán til kr.	-	-	-	12.500
FTP aðgangur - óheimilt að nýta í atvinnutilgangi				
Árgjald	-	-	2.190.000	2.190.000



Þessi samanburður sýnir að verulegur munur er á kjörum eftir því hvort um er að ræða aðgang sem ekki felur í sér samkeppni við Já (aðgangur sem óheimilt er að nýta í atvinnutilgangi) og aðgang sem leitt getur til slíkrar samkeppni, sbr. nánar hér á eftir. Þetta yfirlit sýnir einnig að verulegar breytingar hafa orðið á kjörum og skilmálum Já á rannsóknartímabilinu.

Skoðun á verðskrár Já leiðir þannig í ljós að ein mesta breytingin á verði Já á rannsóknartímabili þessa máls átti sér stað eftir að ágreiningur um aðgang að gagnagrunni Já hafði verið framsendur frá PFS til meðferðar hjá Samkeppniseftirlitinu og rétt tæpum tveimur mánuðum eftir að Já hafði sent eftirlitinu verðskrá sína með bréfi dags. 28. nóvember 2011. Til skýringa á breytttri verðskrá vísaði Já til þess að í kjölfar úrskurðar úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála hafi Já kynnt einfaldari verðskrá og þjónustuframboð fyrir aðgang að gagnagrunni símaskrár. Í stað þess að áætla hver hlutföll einstakra þjónustubátta ættu að vera miðaði ný verðskrá einfaldlega við lægsta kostnaðarverð við hverja skráningu frá fjarskiptafyrirtækjum, þ.e. 40 kr., að viðbættri hæfilegri 25% álagningu, þannig að hver skráning kostaði kr. 50. Aðgangurinn byggði á sambærilegum kjörum og skilmálum og Já þyrfti að sæta í samningum sínum við fjarskiptafyrirtækin. Þá vekur Já athygli á því að í hinni nýju verðskrá væri gert ráð fyrir að viðskiptavinir Já önnuðust sjálfir rekstur eigin gagnagrunna, enda fylgdi slíkum rekstri einungis stofnkostnaður í tölvubúnaði og notendaleyfum.

Við samanburð á framangreindri verðskrá Já og eldri verðskrár félagsins er ljóst að um gjörólíkar verðskrár er að ræða. Ekki aðeins hverfur Já frá því að bjóða beintengingu við gagnagrunn með uppflettingum og býður þess í stað endursölu á skráningarupplýsingum frá fjarskiptafyrirtækjum heldur er það sérstaklega tiltekið að í hinni nýju verðskrá sé gert ráð fyrir að viðskiptavinir Já, t.d. Miðlun og Loftmyndir, annist sjálfir rekstur eigin gagnagrunna. Er þarna um að ræða verulega breytingu af hálfu Já frá þeim kjörum sem sögð voru í gildi hjá félaginu síðustu ár á undan og kynnt höfðu verið fyrir Loftmyndum og Miðlun. Í hinum eldri kjörum kom hvergi fram að gert væri ráð fyrir að viðsemjendur önnuðust sjálfir rekstur eigin gagnagrunna heldur var verðlagt á grundvelli uppflettinga, sbr. einnig umfjöllun hér á eftir.

Í verðskrá Já frá nóvember 2011 er einnig gerð sú breyting að tekið er mið af skráningargjöldum til símafyrrtækja ásamt 25% álagi í stað verðs sem tekur mið af kostnaði við rekstur gagnagrunnsins og notkun á honum eins og var í fyrri verðskrá. Samkvæmt þessari verðskrá er miðað við að upphafsgjald fyrir aðgang sé 27 m.kr. eða sem samsvari 50 kr. á skráningu sem er hvert símanúmer (m.v. 540 þús. skráningar) en var áður verð pr. uppflettingu eða kennitölu. Kostnaður við árlegar uppfærslur er síðan 9 m.kr. á ári. Á fyrsta ári þyrfti nýr aðili á markaði samkvæmt þessu að greiða alls 36 m.kr. vegna upplýsinga, auk þess að koma upp og reka eigin gagnagrunn en fram hefur komið í máli Já að félagið meti sviptivirði gangagrunnsins um 114 m.kr. (þ.e. væntanlegur kostnaður við að endurbyggja sambærilegan grunn og Já starfrækir). Er þá ótalin annar kostnaður sem fylgir því að koma á fót þjónustu sem þessari.

Er hér rétt að hafa í huga að samkvæmt samningum Já við fjarskiptafyrirtækin felur afhending skráninga það í sér að viðkomandi fjarskiptafélag afhendir Já upplýsingar um nýskráningar og breytingar á skráningum daglega sjálfvirkt. Fyrir þessar upplýsingar



hefur Já greitt fjarskiptafélögunum ákveðið gjald samkvæmt samningum við þau sem þó hefur ekki verið það sama gagnvart öllum félögunum. Þannig greiddi Já Vodafone í fyrstu 20 kr. fyrir hverja skráningu samkvæmt viðauka við samning félaganna frá 26. janúar 2006. Fram kemur í samningnum að gert sé ráð fyrir að Já berist um 5 þúsund nýskráningar og tilkynningar um breytingar mánaðarlega. Greiddi Já Nova jafnframt 20 kr. fyrir hverja skráningu samkvæmt viðauka við samning félaganna dags. 26. september 2007. Samkvæmt viðauka við samning Já við Tal, dags. 17. maí 2010, var verðið komið í 40 kr. pr. skráningu. Virðist það verð hafa jafnframt gilt gagnvart Nova og Vodafone frá nóvember 2009 a.m.k. Samningur Já við Símann var hins vegar töluvert frábrugðinn öðrum samningum um afhendingu skráninga en samkvæmt samningi félaganna, dags. 27. apríl 2011, greiddi Já Símanum fast verð kr. 550.000 á mánuði fyrir skráningar.¹⁰⁴ Fram kemur í samningi Já við Símann að umrætt verð ætti að gilda þar til verðið yrði endurskoðað m.t.t. fjölda skráninga og tilkynninga.

Í fyrrnefndum samningi Já við Vodafone kemur fram að Já beri þann kostnað sem hlytist af því að taka á móti skráningum og færa í gagnagrunn félagsins, þar með talið kostnað Vodafone við að koma skráningum með sjálfvirkum hætti til Já. Samkvæmt samningnum fékk Já hins vegar skráningar Vodafone fyrsta mánuðinn án þess að greiða nokkuð fyrir þær. Rökstuðningur þessa fyrirkomulags er svohljóðandi í viðauka með samningnum:

„OGV fær ekki greitt fyrir skráningar fyrsta mánuð samstarfs þar sem Já ber kostnað af uppsetningu sjálfvirkra uppfærslu milli félaga og gera má ráð fyrir miklu magni skráninga þar sem núverandi skráningum er verulega ábótavant.“¹⁰⁵

Þessi rökstuðningur fyrir því að Já fékk skráningar Vodafone án þess að greiða fyrir þær hefur hér þýðingu. Þannig hefur Já á þessum tíma talið eðlilegt að við verðlagningu á þjónustunni sem um ræðir, þ.e. við afhendingu á umræddum skráningaupplýsingum, bæri að taka tilliti til hás upphafskostnaðar upplýsingaveitunnar sem móttekur upplýsingarnar (Já í þessu tilviki). Eru sjónarmið sem þessi eða sambærileg nálgun hins vegar hvorki að finna í verðskrá og tilboðum Já sem gilt hafa gagnvart Miðlun og Loftmyndum eða í rökstuðningi félagsins fyrir því verði sem þar er sett fram. Í þessu máli telur Já eðlilegt að þeir aðilar sem óska eftir aðgangi að skráningaupplýsingum í gagnagrunni Já, í þeim tilgangi að bjóða þjónustu í samkeppni við Já, greiði ekki aðeins fyrir hverja skráningu að fullu með 25% álagningu heldur beri að auki allan kostnað við uppsetningu og rekstur á eigin gagnagrunni.

Hvort sem litið er til verðskrár Já frá nóvember 2011 eða fyrri verðskráa og tilboða félagsins liggur fyrir að það er mat bæði kvartenda og PFS að verð samkvæmt þeim hafi verið óhóflegt og til þess fallið að útiloka samkeppni á smásölumörkuðum þessa máls. Skiptir þá engu hvort litið sé til verðs fyrir „beintengingu með uppflettingum“ eins og það er orðað í tilboðum Já eða verðs fyrir gagnagrunninn í heild eða að hluta, sbr. nánar hér á eftir.

¹⁰⁴ Sjá samning Já við Símanns, dags. 27. apríl 2011 og aðra samninga sem fylgdu með í viðauka 5 með bréfi Já til Samkeppniseftirlitsins, dags. 19. janúar 2012.

¹⁰⁵ Sjá: Viðauki I með rammasamningi milli Upplýsingaveitna hf. og Dagsbrún / Og Vodafone, dags. 26. janúar 2006.



Líkt og gögn málsins sýna hefur verð Já fyrir síðari aðganginn, þ.e. gagnagrunninn í heild eða að hluta, breyst um tugi milljóna króna frá árinu 2009 til ársins 2011. Þannig hækkaði verð Já fyrir gagnagrunninn í heild sinni úr tæpum 39 m.kr.¹⁰⁶ í maí 2009 í 70 m.kr. í febrúar 2011¹⁰⁷ en lækkaði svo í tæpar 27 m.kr.¹⁰⁸ rétt rúmu hálfu ári síðar. Er þetta dæmi um órókstuddar breytingar á verði og aðgangssleiðum sem Já hefur, a.m.k. í orði, boðið aðilum sem óskað hafa eftir aðgangi að gagnagrunni félagsins. Er með öllu óútskýrt af hálfu Já hvaða forsendur liggi að baki þessum breytingum og hefur félagið ekki sýnt fram á neinar þær kostnaðarbreytingar í rekstri félagsins sem skýri þessar breytingar í verðstefnu Já.

Til samanburðar við verðlagningu Já fyrir aðgang að gagnagrunni félagsins má benda á að í Bretlandi er í boði aðgangur að sambærilegum heildstæðum gagnagrunni yfir símanúmer þar í landi. Um er að ræða gagnagrunninn OSIS sem er í eigu British Telecom (BT). Líkt og í tilviki Já/Símans var BT á grundvelli alþjónustukvaða fjarskiptayfirvalda í Bretlandi gert að halda úti heildstæðum gagnagrunni um símanúmer. Hefur aðilum á markaði fyrir upplýsingaþjónustu um símanúmer boðist að kaupa aðgang að OSIS á heildsöluverði. Samkvæmt upplýsingum á heimasíðu BT (www.btwholesale.com) eru í gagnagrunninum yfir 26 milljón skráningar frá yfir 60 þjónustuaðilum sem úthluta áskrifendum símanúmer í Bretlandi. Kemur þar jafnframt fram að yfir 40 aðilar kaupi aðgang að OSIS. Við meðferð málsins lagði Já fram yfirlit, frá aðila sem samkvæmt Já er sérfræðingur í málefnum upplýsingaveitna¹⁰⁹, þar sem fram koma upplýsingar um verðlagningaraðferðir á þessum markaði í ýmsum ríkjum ESB, þ. á m. Bretlandi. Samkvæmt þessum gögnum er verð fyrir ársaðgang að gagnagrunni OSIS í heild sinni 25.000 bresk pund eða um 4,7 m.kr. Innifalið í þessu verði er uppfærsla á gagnagrunninum sex sinnum í viku. Fyrirtæki sem óska eftir að kaupa aðeins hluta gagnagrunnsins, t.d. eftir landsvæðum (hverfisskrá), greiða 2.500 pund fyrir hverfisskrá eða um 475 þús.kr. Verðlagning BT byggir á kostnaðarverði að viðbættri hæfilegri álagningu.

Sé framangreint borið saman við verðlagningu Já fyrir aðgang að gagnagrunni félagsins, sem hefur einungis að geyma brot af þeim skráningum sem eru í OSIS, eða um 540 þúsund símanúmer sem skráð eru á um 257 þúsund kennitölur samanborið við 26 milljón skráningar í OSIS, má sjá hversu óhófleg verðlagning Já fyrir aðgang að gagnagrunninum er. Í þessu sambandi má benda á að sundurliðaður rekstrarkostnaður hjá Já, sérstaklega afskriftir, gefa ekki til kynna að umtalsverð stærðarhagkvæmni tengd tölvubúnaði eigi við um starfsemi Já. Því verður ekki séð að margfaldur munur á skráningafjölda hjá OSIS skýri nema að litlu leyti þennan mikla verðmun.

¹⁰⁶ Skv. verðtilboði Já miðaðist þetta verð við að greitt væri pr. línufjöldi, sbr. tilboð Já til Loftmynda (Ísgraf ehf.), dags. 27. maí 2009.

¹⁰⁷ Skv. verðskrá Já miðaðist þetta verð við allar skráðar kennitölur, sbr. heildarverðskrá Já sem send var PFS með bréfi dags. 28. febrúar 2011.

¹⁰⁸ Skv. verðskrá Já miðaðist þetta verð við allar skráningingar, sbr. heildarverðskrá Já sem send var Samkeppniseftirlitinu með bréfi dags. 28. nóvember 2011.

¹⁰⁹ Sjá fskj. 4, Yfirlit frá Peter Buxton, með bréfi Já, dags. 30. apríl 2012.



4.3.2 Skortur á jafnræði o.fl.

Í máli sem leiddi til ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 5/1999 staðhæfði forveri Já að aðgangur að gagnagrunninum yrði veittur á jafnréttisgrundvelli, sbr. einnig ákvörðun samkeppnisráðs nr. 30/1997. Þetta þýðir m.a. að þeir sem hugðu á samkeppni við forvera Já áttu ekki að greiða hærra verð en það svið forvera Já sem bauð upp á upplýsingaþjónustu sem byggði á aðgangi að gagnagrunninum. Jafnframt hefði það verið í ósamræmi við þennan áskilnað um jafnræði að þeir sem hyggðust nýta aðganginn til samkeppni þyrftu sökum þess eins að greiða mun hærra verð en aðrir.

Við skoðun á verðskrár Já má hins vegar sjá að verð Já fyrir aðgang að upplýsingum í gagnagrunni félagsins hefur ekki aðeins verið breytilegt á milli verðskráa heldur hefur það jafnframt verið breytilegt eftir því í hvaða tilgangi nota eigi aðganginn, þ.e hvort upplýsingarnar eigi að vera til innanhúsnotkunar eða í mögulegri samkeppni við Já (atvinnutilgangi) og jafnframt hvort þeir sem vilja nýta sér síðari tilganginn ætli að nota aðganginn til að bjóða upplýsingar í síma eða á Internetinu.

Samanburður á gjaldskrár Já fyrir annars vegar aðgang í atvinnutilgangi og hins vegar skoðunaraðgang (svokallaðan FTP aðgang samkvæmt samningum Já) sýnir þetta skýrt. Aðili með slíkan skoðunaraðgang þarf einungis að greiða tæpar 2,2 m.kr. árgjald fyrir aðgang til innanhúsnotkunar. Hins vegar er aðila sem veittur er skoðunaraðgangur óheimilt að nýta sér þann aðgang til þess að hefja samkeppni við Já. Þannig er tekið fram í verðskrár Já frá nóvember 2011 að slíkur aðgangur sé „*einungis fyrir innanhúsnotkun hjá fyrirtækjum.*“ Í samningi um slíkan aðgang hjá Já segir:

„Með samningi þessum fær fyrirtækið [x] aðgang að upplýsingum til innanhúsnotkunar, hvort sem gögnin eru fengin beint frá Já eða í gegnum endursöluaðila. Ef gögnin skal nota í öðrum tilgangi þá gildir verðskrá fyrir atvinnuaðgang.“

Samkvæmt þessu nutu þeir hagstæðari kjara sem ætluðu sér ekki að keppa við Já.

Í verðskráinni frá nóvember 2011 bauð Já einnig upp á tiltekinn endurgjaldslausan aðgang að gagnagrunninum fyrir þá sem ætluðu að þróa nýja vöru eða þjónustu sem myndi ekki keppa við vöru eða þjónustu Já. Mögulegum keppinautum Já var hins vegar eins og fyrr segir boðið upp á „*aðgang í atvinnuskyni*“.

Að mati Samkeppniseftirlitsins er framangreint til þess fallið að útiloka samkeppni á þeim smásölumörkuðum sem byggja á aðgangi að upplýsingum í gagnagrunninum enda ljóst að verðskrár Já fyrir aðgang í atvinnuskyni felur í sér margfalt hærra verð en t.d. verðskrá félagsins fyrir skoðunaraðgang til eigin nota.

Framangreind umfjöllun um þau kjör sem í gildi voru hjá Já á rannsóknartímabilinu gefur til kynna að þau hafi hvorki verið málefnaleg né sanngjörn. Þar sem þessi kjör voru misjöfn verður hér á eftir tekin afstaða til þess hvort annars vegar kjörin sem giltu til nóvember 2011 og hins vegar kjörin sem giltu eftir þann tíma hafi í raun falið í sér synjun um aðgang að hinni ómissandi aðstöðu, þ.e. að gagnagrunni Já.



4.3.3 Viðskiptakjör Já frá 2009 til nóvember 2011 fólu í sér synjun um aðgang
Orðalag í eldri verðskrá Já og tilboðum sýnir að fyrirtækið bauð tvönnskonar aðgang að gagnagrunninum:

- Afhending á gagnagrunni, í heild eða að hluta. Já tiltók að þessi leið hafi hentað þeim sem vildu gefa út prentaða símaskrá.
- Tenging við gagnagrunninn með föstu mánaðarverði eða verði pr. uppflettingu. Já tiltók að þessi leið hentaði þeim sem þyrftu reglulega uppfærð gögn og vildu veita þjónustu á Internetinu og/eða í síma.

Við meðferð þessa máls hefur Já hins vegar haldið því fram að félagið hafi aldrei gert ráð fyrir því að mögulegir viðskiptavinir eins og Miðlun og Loftmyndir væru með uppflettiaðgang í gagnagrunni Já. Verðskrá félagsins hafi byggt á þeirri grunnhugmynd að viðskiptavinur myndi afrita gögn úr gagnagrunni Já og nýta við útgáfu og rekstur eigin miðla, líkt og Já gerir sjálf. Með beintengingu við gagnagrunn Já gæti viðskiptavinurinn síðan uppfært gögnin reglulega.

Þessi áskilnaður um afritun gagna yfir í eigin miðla kemur hins vegar hvergi fram í tilboðum Já til kvartenda. Þvert á móti er þar tiltekin sérstaklega aðgangsleiðin „*beintenging við gagnagrunn með uppflettingum*“ og að hún sé hugsuð fyrir upplýsingagjöf í síma eða á Internetinu. Þessa aðgangsleið sé hægt að fá gegn föstu mánaðargjaldi eða greiða skv. uppflettifjölda (kr. 42 eða 126). Sé síðari leiðin valin verði „*með sannanlegum hætti að vera mögulegt að halda utan um fjölda uppflettinga...*“ Verðið fyrir aðganginn tók þannig mið af notkun á grunninum á grundvelli fjölda uppflettinga.

Ekki er því unnt að leggja annað til grundvallar en að í boði hafi verið beintenging við gagnagrunn. Enginn fyrirvari var settur varðandi þessa aðgangsleið annar en sá að það yrði að vera hægt að halda utan um uppflettingar viðkomandi aðila í gagnagrunninum, án þess þó að tiltaka hvor samningsaðilinn ætti að bera ábyrgð á því að halda utan um uppflettingarnar. Þá er það hvergi tiltekið í tilboðum Já til kvartenda að gert væri ráð fyrir því að þeir þyrftu sjálfir að annast rekstur eigin gagnagrunna.

Er því ekki unnt að fallast á þá síðar tilkomnu túlkun Já á viðskiptakjörum sínum að með beintengingu við gagnagrunninn hafi ekki verið átt við beintengingu og uppflettingu í gagnagrunninum sjálfum heldur aðeins uppfærslu á þegar afrituðum og nýjum gögnum. Hér ber að áréttast að verðskrá Já tók mið af notkun á gagnagrunninum, þ.e. fjölda uppflettinga í gagnagrunninum, og að Já vakti sérstaka athygli á því þegar verðskráin var endurskoðuð og umbreytt í nóvember 2011 að hin nýja verðskrá gerði ráð fyrir því að viðskiptavinir Já önnuðust sjálfir rekstur eigin gagnagrunna. Samkvæmt því má draga þá ályktun að eldri verðskrá Já hafi ekki gert ráð fyrir því að viðskiptavinir Já önnuðust sjálfir rekstur eigin gagnagrunna.

Nánar um rökstuðning fyrir verðskránni hefur Já sagt að einingaverð sé verð pr. selda einingu. Já hafi gengið út frá því að hver seld eining sé skráning, þ.e. kennitala, símanúmer eða rétthafi, enda verði kostnaður við rekstur gagnagrunns Já til við hverja skráningu. Þá hefur Já ennfremur sagt að verðskrá félagsins hafi byggt á kostnaði við rekstur grunnsins, deilt niður á þjónustuleið eftir þeim virðisauka sem hún skapaði. Í



tilboðum til kvartenda kemur hins vegar fram að beintengingin takmarkist af því að hver uppfletting skili einni færslu til baka og að greiða verði sérstakt stofngjald, að lágmarki kr. 590.000, sem ætlað sé að standa straum af þeim kostnaði við að koma á tengingu. Þá kemur þar jafnframt fram að verðlagningin taki mið af annars vegar kostnaðinum við að veita þjónustuna og hins vegar „þeim virðisauka sem notkun umrædds gagnagrunns skapar.“

Í þessu samhengi ber að hafa í huga að ef rétt væri hjá Já að beinn aðgangur að gagnagrunninum og uppfletting hafi í raun aldeil verið í boði heldur aðeins afritun gagna (og þ.a.l. engin bein uppflettingnotkun í gagnagrunninum sjálfum) þá geta engin kostnaðarleg rök verið fyrir því að miða verðskrána við notkun (fjölda uppflettinga) og enn síður þeim meinta virðisauka sem notkun upplýsinganna mögulega skapar, þ.e. virðisauka af upplýsingaþjónustu annars vegar í síma og hins vegar á Internetinu. Er því ekki samræmi í þeim sjónarmiðum sem Já hefur sett fram að þessu leyti.

Líkt og fram hefur komið liggur fyrir í máli þessu kostnaðargreining PFS sem tekur til viðskiptakjara Já eins þau voru fyrir júlí 2011. Já hefur mótmælt því að kostnaðargreining PFS sé rétt viðmið við útreikninga á einingaverði í verðskrá Já. Segir Já að aðferðafræði PFS, að deila árlegum kostnaði niður eftir notkun á smásölustigi til að finna einingaverð, sé röng. Hér er hins vegar mikilvægt að líta til þess að Já hefur ekki haldið því fram að forsendur kostnaðargreiningar PFS séu rangar, sbr. bréf Já til Samkeppniseftirlitsins frá 16. júlí 2012. Kemur þar m.a. fram að þegar komi að samanburði á eldri verðskrá Já og tillögu PFS þá liggi mismunurinn á verðskránum tveimur fyrst og fremst í deilireglunni sem notuð sé til að finna út einingarverðið.

PFS, sem er sérfræðistjórnvald og hefur í starfi sínu á síðustu árum framkvæmt fjölda kostnaðargreininga á fjarskiptamarkaði, hefur þannig komist að þeirri niðurstöðu eftir ítarlega kostnaðargreiningu á gagnagrunni Já að það verð sem Já bauð kvartendum í máli þessu skv. eldri verðskrá Já væri langt umfram það sem eðlilegt getur talist.

Þegar borið er saman það verð sem Já bauð Miðlun og Loftmyndum fyrir aðgang að gagnagrunni fyrirtækisins fyrir uppflettingar annars vegar og niðurstaða PFS hins vegar, kemur í ljós að mikill munur er á verðlagningunni. Sé borið saman verð fyrir upplýsingar í síma telur Já eins og fyrr segir að verðið eigi að vera 42 kr. á uppflettingu en PFS 1,14 kr. Um er að ræða mun upp á 40,86 kr. á uppflettingu sem jafngildir því að sú álagning sem Já hefur ætlað sér að hafa fyrir heildsöluaðgang að gagnagrunninum vegna uppflettinga í síma hafi a.m.k. verið 3.700%. Munurinn vegna upplýsingagjafar á Internetinu er hins vegar mun meiri eða 124,86 kr. á uppflettingu (126-1,14). Það jafngildir því að Já hafi ætlað sér a.m.k. rúmlega 11.000% álagningu við sölu á þessum þjónustulið. Innfalið í þessu er þó ekki lágmarks gjaldtaka vegna beintengingar en PFS telur að engin kostnaðarleg rök séu fyrir slíkri gjalddöku.

Já hefur í þessu máli sett fram margsvísleg sjónarmið sem tengjast kostnaðargreiningu PFS og stofnunin hefur svarað þeim. Það er ekki hlutverk Samkeppniseftirlitsins að taka afstöðu til þess hvort verð Já hafi réttilega átt að vera 1,14 kr. fyrir uppflettingu og verður það ekki gert í þessu máli. Það er hins vegar hlutverk eftirlitsins að leggja á það mat hvort kjör Já hafi verið óeðlileg og í raun falið í sér ólögmeða synjun um aðgang að



ómissandi aðstöðu. Í því samhengi hefur kostnaðargreining PFS þýðingu enda tekur hún mið af öllum þeim kostnaði sem til fellur við að byggja upp grunninn og reka hann.

Að mati Samkeppniseftirlitsins hefur Já hins vegar ekki tekist í málflutningi sínum að haggja því efnislega mati sem fram kemur í forsendum kostnaðargreiningar PFS á gagnagrunni félagsins. Tekur Samkeppniseftirlitið undir þau sjónarmið sem PFS hefur þar sett fram og vísast til þeirra.

Við mat á háttsemi Já er einnig rétt að hafa hliðsjón af því sem fram kemur í gögnum málsins um það hver sé árlegur kostnaður Já við rekstur gagnagrunnsins. Samkvæmt upplýsingum sem Já veitti PFS í janúar og febrúar árið 2011 hefur árlegur rekstrarkostnaður gagnagrunnsins verið á bilinu 95 – 117 m.kr.¹¹⁰ Í bréfi Já til PFS, dags. 14. mars 2011, kemur fram að mat Já á sviptivirði gagnagrunnsins sé tæpar 114 m.kr.¹¹¹ Í áðurnefndri kostnaðargreiningu PFS frá 1. júlí 2011 var árlegur heildarkostnaður gagnagrunnsins metinn um 70 m.kr. miðað við rekstrarárið 2009. Í umsögn PFS um athugasemdir Já í máli þessu kemur fram að stofnunin standi við þessa niðurstöðu, sbr. bréf PFS til Samkeppniseftirlitsins dags. 13. júní 2012.

Í áðurnefndum tölvupósti framkvæmdastjóra fagfjárfestingasjóða Auðar til fjárfestingaráðs Auðar I, [...] Af þessu má ráða að stjórnendur Já hafi metið það svo að eðlilegt væri að nýr aðili sem óskaði eftir aðgangi að gagnagrunninum ætti ekki aðeins að greiða allan árlegan kostnað Já af rekstri grunnsins heldur 20 m.kr. til viðbótar. Áttu viðskiptavinir Já á heildsölumarkaði, sem jafnframt væru keppinautar Já á smásölumarkaði, samkvæmt þessu að greiða margfaldan rekstrarkostnað gagnagrunnsins á hverju ári ef fleiri en einn aðili myndi semja við Já um aðgang. Á sama tíma væri Já að nýta sama grunn að fullu í eigin þágu. Rétt er að vekja athygli á því að þetta var skoðun stjórnenda Já á árinu 2010 sem er á rannsóknartímabili þessa máls.

Í máli þessu er það þýðingarmikið varðandi mat á eldri verðskrá Já að það er mat bæði kvartenda og PFS að verð samkvæmt þeim væri óhóflegt og til þess fallið að útiloka samkeppni á smásölumörkuðum þessa máls. Skiptir þá engu hvort litið sé til verðs fyrir „beintengingu með uppflettingum“, eins og það er orðað í tilboðum Já, eða verðs fyrir gagnagrunninn í heild eða hluta. Að mati Samkeppniseftirlitsins verður ekki annað séð en að sú verðskrá sem í gildi var hjá Já fyrir nóvember 2011 hafi beinlínis verið sett fram í þeim tilgangi að útiloka samkeppni. Þannig virðist sú leið sem kvartendum var boðin, þ.e. beintenging við gagnagrunn Já með uppflettingum, í raun aldrei hafa verið í boði. Sérstök verðskrá Já fyrir aðgang að gagnagrunninum í atvinnuskyni fól auk þess ekki aðeins í sér mun hærra verð heldur en öðrum stóð til boða, þ.e. þeim sem notuðu aðganginn ekki í samkeppni við Já, heldur tók verðið jafnframt mið af því í hvaða tilgangi nota ætti aðganginn, þ.e. hvort bjóða ætti upplýsingar í síma eða á Internetinu. Ef það síðarnefnda væri tilgangurinn þá var verðið þrefalt hærra en verðið fyrir upplýsingaþjónustu í síma.

¹¹⁰ Sjá bréf Já til PFS dags. 27. janúar 2011, bréf Já til PFS dags. 28. febrúar 2011

¹¹¹ Orðrétt er spurning PFS, sem vitnað er til í bréfi Já, svohljóðandi: „Hvert er mat félagsins á sviptivirði eða endurkaupsvirði gagnagrunnsins, þ.e. hver væri væntanlegur kostnaður skipt niður á vinnuþætti að endurbyggja sambærilegan grunn og félagið starfrækir í dag og er þá átt við gagnagrunn sbr. alþjónustukvöð en ekki kostnað við uppbyggingu á virðisaukandi þjónustu.“



Eru kjör sem þessi ómálefnaleg, órökstudd og einungis til þess fallin að útiloka samkeppni.

Að ofangreindu virtu er það mat Samkeppniseftirlitsins að framangreind kjör hafi verið langt umfram það sem eðlilegt getur talist að nýr aðili á markaði taki á sig af kostnaði hvort sem litið er til skráningarkostnaðar Já eða kostnaðar af rekstri gagnagrunnsins. Verðskrá Já fyrir aðgang að gagnagrunninum í atvinnuskyni, er tekur mið af þeim meinta virðisauka sem notkun upplýsinganna skapar, er til þess fallin að hindra samkeppni. Verður almennt að telja að um misnotkun á markaðsráðandi stöðu sé að ræða þegar fyrirtæki beita aðferðum á tilteknum markaði sem ekki er unnt að samrýma eðlilegri samkeppni með því að koma í veg fyrir hana eða hindra vöxt hennar. Af framangreindu leiðir að markaðsráðandi fyrirtæki má ekki grípa til neinna aðgerða sem koma í veg fyrir innkomu keppnauta á markaðinn og þar með viðhalda markaðsráðandi stöðu nema aðgerðirnar helgist af samkeppni á grundvelli rekstrarlegrar frammistöðu fyrirtækisins. Að mati Samkeppniseftirlitsins verður ekki séð að verðlagning Já gagnvart mögulegum keppnautum á skilgreindum mörkuðum í þessu máli hafi samrýmst eðlilegri samkeppni eða byggt á rekstrarlegri frammistöðu Já, sbr. nánar hér á eftir.

Er það því niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að kjör Já á tímabilinu 2009 til nóvember 2011 hafi í raun falið í sér synjun um aðgang að ómissandi aðstöðu.

4.3.4 Verðskrá Já frá nóvember 2011 felur í sér synjun um aðgang

Eins og fram hefur komið felur verðskrá Já frá því í nóvember 2011 (nýja verðskráin) það í sér að þeir aðilar sem óska eftir aðgangi að skráningaupplýsingum í gagnagrunni Já, í þeim tilgangi að bjóða þjónustu í samkeppni við Já, greiði ekki aðeins fyrir hverja skráningu að fullu og með 25% álagningu heldur beri að auki allan kostnað við uppsetningu og rekstur á eigin gagnagrunni. Hér á undan hefur verið gerð grein fyrir árlegum kostnaði Já við rekstur gagnagrunnsins, samningum Já við fjarskiptafélögin um miðlun upplýsinga um símanúmer og gjöld fyrir þau, sem og aðgangskjörum að OSIS gagnagrunninum í Bretlandi. Þegar verðskrá Já frá nóvember 2011 er metin með hliðsjón af öllu framangreindu kemur í ljós að verðlagning Já er bæði ósanngjörn og óhófleg.

Verðskrá Já frá nóvember 2011 felur það í sér að öllum skráningarkostnaði Já (þ.e. kostnaður sem Já greiðir símafélögum fyrir hvert númer) auk rýmilegrar álagningar er varpað yfir á hvern og einn viðskiptavin sem óskar eftir að semja um aðgang að upplýsingum úr gagnagrunninum, þrátt fyrir að Já nýti sjálf framangreindar skráningar á smásölustigi á sama tíma. Slík verðskrá leiðir til þess að ef einn aðili eða fleiri semja við Já um aðgang að upplýsingunum fengi Já allan þennan kostnað sinn greiddan til baka og jafnvel margfalt. Til að setja þetta í samhengi þá eru um 540 þús. símanúmer í gagnagrunni Já og teljist hvert númer ein skráning sem Já hefur greitt fyrir til símafélaga 40 kr. fyrir hverja skráningu er stofnkostnaður þessara skráninga um 22 m.kr. Verðskrá Já gerir hins vegar kröfu um 27 m.kr. frá hverjum og einum viðskiptavini. Samkvæmt verðskrá Já þarf nýr aðili á markaðnum að bera a.m.k. 36 m.kr. kostnað fyrsta árið fyrir það eitt að fá aðgang að skráningarupplýsingunum með uppfærslum það ár. Við bætist svo kostnaðurinn við að koma á fót sambærilegum gagnagrunni og Já hefur yfir að ráða en fram hefur komið í máli Já að félagið meti sviptivirði gangagrunnsins um 114 m.kr. Er þá ótalin annar kostnaður sem fylgir því að koma á fót þjónustu sem þessari en telja verður að sá kostnaður sé aðeins lítil hluti af kostnaði upplýsingaveitu og því ekki rétt að



horfa eingöngu til stofnfjárfestingar í gagnagrunni þegar mat er lagt á hversu kostnaðarsamt sé að koma inn á markað fyrir upplýsingaveitu um símanúmer. Líkt og fram hefur komið hefur gerð og uppbygging á gagnagrunni Já tekið fjölda ára. Hefur Já m.a. staðfest það að innan félagsins sé tæplega 20 ára reynsla af því að byggja upp gagnagrunninn á tölvutæku formi og sú reynsla hafi nýst við uppbyggingu skráningarviðmóta, aðlögun tölvukerfa og uppfærslur. Þá verður að gera ráð fyrir að kostnaður við kynningu og markaðssetningu nýs aðila á markaðnum geti verið töluverður. Til samanburðar má benda á að í gögnum málsins kemur fram að kostnaður Já við markaðssetningu árið 2009 hafi verið um [...] m.kr. og að það sé mat Já að gera verði ráð fyrir því að árlegur markaðskostnaður hjá nýju fyrirtæki verði hærri en hjá Já sem sé „*eitt þekktasta vörumerki landsins*“, sbr. bréf Já til PFS, dags. 28. febrúar 2011.

Að mati Samkeppniseftirlitsins er gjaldtaka af þessum toga af hálfu markaðsráðandi fyrirtækis eins og lýst hefur verið hér á undan til þess fallin að hindra samkeppni og jafngildir í raun synjun um aðgang að ómissandi aðstöðu.

5. Misnotkun Já á markaðsráðandi stöðu

Dómar dómstóls ESB, sem reifaðir voru hér að framan í kafla VI 2, sýna að það getur verið nauðsynlegt til þess að koma á eða styrkja samkeppni að veittur sé aðgangur að gagnagrunnum um símanúmer. Ákvæði fjarskiptaréttar veita hins vegar takmarkaðar heimildir að þessu leyti. Fyrir liggur að EES/ESB-fjarskiptaréttur kemur ekki í veg fyrir að aðildarríki geri auknar kröfur um aðgang og er í því skyni unnt að beita m.a. samkeppnisreglum, sbr. einnig úrskurð úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála í máli nr. 4/2011 og álit aðallögsögumannsins í máli dómstóls ESB nr. C-109/03. Ef slíkur gagnagrunnur felur í sér ómissandi aðstöðu í skilningi samkeppnisréttar verða kjörin fyrir aðgang að vera sanngjörn og án mismununar („*fair and non-discriminatory*“), sbr. þetta álit aðallögsögumannsins.

Á markaðsráðandi fyrirtækjum hvíla sérstakar skyldur. Í þeim felast m.a. að markaðsráðandi fyrirtæki mega ekki með óeðlilegum hætti vinna gegn aðgangi nýrra keppinauta að markaðnum, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nefndarinnar í máli nr. 3/2008, Hf. *Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu*. Hér skiptir umtalsverðu máli að Já er með 100% markaðshlutdeild á mörkuðum málsins og er í einstaklega sterkri stöðu, sbr. nánari umfjöllun hér að framan. Eru í samkeppnisrétti gerðar enn ríkari kröfur til hegðunar slíkra fyrirtækja gagnvart keppinautum og viðskiptavinum sínum. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála hefur þannig tekið fram að „*skyldur markaðsráðandi fyrirtækja geta að öðru jöfnu verið því ríkari þeim mun sterkari sem þau eru á viðkomandi markaði enda má ætla að samkeppni veikist þá að sama skapi.*“, sbr. úrskurð nefndarinnar í máli nr. 3/2008.

Einkaréttur var alfarið afnuminn á fjarskiptamarkaði árið 1998. Var þá lagt til grundvallar að samkeppni gæti komist á m.a. á mörkuðum sem tengjast upplýsingaþjónustu um símanúmer. Í því skyni lögðu samkeppnisyfirvöld þá skyldu á forvera Já að veita mögulegum keppinautum aðgang að umræddum gagnagrunni. Skyldi sá aðgangur vera veittur með sambærilegum kjörum og skilmálum og þau svið forvera Já nutu, sem hagnýttu hann til samkeppnisreksturs, sbr. ákvörðun samkeppnisráðs nr. 30/1997. Í máli sem leiddi til ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 5/1999 staðhæfði forveri Já að keppinautar



ættu rétt á aðgangi að gagnagrunninum á jafnréttisgrundvelli. Einnig hafði PFS á sínum tíma mælt fyrir um aðgang að gagnagrunninum þar til úrskurðarnefndin felldi þá kvöð úr gildi árið 2011.

Þrátt fyrir ofangreint hefur engin samkeppni á framangreindu sviði verið til þessa. Þannig hafa Já og forverar haft einokunarstöðu á skilgreindum mörkuðum þessa máls. Hefur staðan á þessu sviði í raun ekkert breyst frá því að forverar Já nutu einkaréttar á sviði fjarskipta. Kvartendur í máli þessu hafa fært rök fyrir því að Já hafi vísitandi sett fram verð og kjör fyrir aðgang að gagnagrunninum sem útiloki samkeppni. PFS hefur tekið undir þessi sjónarmið. Með öðrum orðum er á því byggt í málinu að Já hafi í raun synjað um allan aðgang að gagnagrunninum í því skyni að viðhalda einokun sinni. Já mótmælir þessu.

Í máli þessu hefur verið komist að þeirri niðurstöðu að gagnagrunnur Já feli í sér ómissandi aðstöðu fyrir þá aðila sem vilja bjóða upplýsingaþjónustu um símanúmer og keppa við Já á þeim markaði og öðrum mörkuðum sem byggja á aðgangi að réttum og tæmandi upplýsingum um skráð símanúmer hér á landi. Synjun um aðgang að slíkri aðstöðu getur farið gegn 11. gr. samkeppnislaga. Eins og fram kemur í frumvarpi sem varð að lögum nr. 107/2000 getur sölusynjun (eða neitun um aðgang) falið í sér brot ef vara eða þjónusta er nauðsynleg fyrir þann sem eftir henni leitar og engar hlutlægar og málefnalegar forsendur réttlæta synjunina. Um brot getur einnig verið að ræða þrátt fyrir að markaðsráðandi fyrirtæki neiti ekki um aðgang að ómissandi aðstöðu með beinum hætti. Um misnotkun getur þannig vera að ræða ef markaðsráðandi fyrirtæki býður ósanngjörn kjör, sbr. umfjöllun í kafla VI 1.2 hér að framan. Er þá í reynd um synjun að ræða.

Bæði Miðlun og Loftmyndir hafa ítrekað sóst eftir aðgangi að gagnagrunni Já á rannsóknartímabili málsins. Hér að framan var rökstutt að verð og kjör Já á þessu tímabili hafi í raun falið í sér höfnun á því að veita þennan aðgang. Var verðlagning Já óhófleg og einungis til þess fallin að útiloka samkeppni líkt og raunin hefur verið.

Einnig blasir við að framganga Já að þessu leyti var hvorki málefnaleg né sanngjörn. Þrátt fyrir að forveri Já hafi lýst því yfir að aðgangur að gagnagrunninum yrði veittur á jafnréttisgrundvelli var það ekki raunin hjá Já. Fyrir liggur að þeir sem hugðust nýta gagnagrunnin með þeim hætti að leitt gæti til samkeppni við Já var gert að greiða mun hærra verð en þeim sem engin samkeppnisleg ógn stóð af. Já bauð slíkum aðilum verð sem var tugum milljóna króna lægra á ársgrundvelli fyrir aðgang að sömu upplýsingum. Þá er hér að framan gerð grein fyrir breytingum á kjörum Já og eftirá skýringum á því hvað hafi falið í aðgangi að gagnagrunninum. Er þessi framganga Já ekki málefnaleg og ekki samræmi við þær ríku kröfur sem hvíla skv. samkeppnislögum á fyrirtæki í yfirburðastöðu.

Hefur Já ekki fært fullnægjandi rök fyrir því að mismunandi kjör og skilmálar hafi byggst á málefnalegum forsendum, kostnaðarlegu hagræði eða að verðið hafi með öðrum orðum endurspeglad raunkostnað við að veita þjónustuna með hæfilegri álagningu. Þá hefur Já ekki fært fullnægjandi rök fyrir því að einingakostnaður í heildsölu við uppflettingar skuli taka mið af fjölda kennitala í gagnagrunninum og gera síðan kröfu um það sem verð til mögulegra keppinauta á grundvelli fjölda uppflettinga. Í þessu máli er afurðin eða



einingin hin sama bæði í framleiðslu og í sölu. Ef söluening er uppfletting er eðlilegt að framleiðslueiningin sé einnig uppfletting. Annað er ekki málefnalegt. Sama á við skort á rökstuðningi um þann mismun sem Já hefur beitt með verðlagningu sinni fyrir hverja uppflettingu fyrir upplýsingagjöf í síma annars vegar og á Internetinu hins vegar. Sökum þeirrar ómissandi aðstöðu sem Já býr yfir gátu kvartendur sem einnig voru mögulegir keppinautar Já ekki leitað til annarra aðila en Já um þessi viðskipti á rannsóknartímabili þessa máls.

Gagnagrunnur Já er upphaflega tilkominn í skjóli einkaréttar forvera Já og starfsemi Já hefur frá upphafi notið forskots á afleiddum mörkuðum sem byggja á aðgangi að hinni ómissandi aðstöðu, m.a. vegna afskipta stjórnvalda með útnefningu Já sem alþjónustuveitanda, 118-símanúmeraréttinda og fyrirkomulags skráninga upplýsinga um símanúmer til þessa.

Framangreint hefur ekki aðeins skapað Já einokunarstöðu á markaði fyrir aðgang að heildstæðum gagnagrunni yfir símanúmer heldur einnig verulegt samkeppnisforskot á þeim þjónustumörkuðum sem byggja á aðgangi að slíkum gagnagrunni. Þegar fyrirtæki er í stöðu sem þessari skapast veruleg hætta á því að það noti styrk sinn á þeim markaði sem það er ráðandi til þess að ná yfirráðum á tengdum mörkuðum í mótun. Getur slík staða komið í veg fyrir möguleika á samkeppni á jafnræðisgrundvelli, í þessu tilviki á a.m.k. mörkuðum fyrir upplýsingaþjónustu um símanúmer. Að mati Samkeppniseftirlitsins hefur þetta verið raunin í tilviki Já og félagið þannig nýtt sér framangreint fyrirkomulag og sterka stöðu sína til þess að bæta við þjónustuframboð sitt á undanförunum árum og fært sig yfir á aðra markaði með hinar ýmsu vörur og þjónustu sem byggja á aðgangi að gagnagrunni félagsins. Má í þessu sambandi benda á að vöru- og þjónustuframboð félagsins samanstandur nú m.a. af eftirtöldum þjónustubáttum; prentuð símaskrá, þjónustunúmerið 118 (1818), upplýsingavefinn Já.is, Ferðavef Já, snjallsímaforritið (App) Stjörnur.is, snjallsímaforritið Já Núna,¹¹² og nú síðast snjallsímaforritið Já.is.¹¹³

Ekkert mælir gegn því að Já nýti sér gagnagrunn sinn til þess að þróa og veita nýja þjónustu. Það er hins vegar í ósamræmi við markmið samkeppnislaga og kröfur 11. gr. laganna að Já sitji eitt að þessum viðskiptum (sem byggja á aðgangi að gagnagrunninum) án nokkurs samkeppnislegs aðhalds frá m.a. kvartendum þessa máls.

Háttsemi Já hefur því verið til þess fallin að hafa afar skaðleg áhrif á samkeppni á mörkuðum málsins. Skaðlegu áhrifin felast aðallega í því að ekki hefur aðeins verið ómögulegt fyrir nýjan aðila að koma sér upp gagnagrunni með réttum upplýsingum um símanúmer áskrifenda á Íslandi nema mögulega með miklum tilkostnaði og fyrirhöfn, heldur hefur jafnframt verið útilokað að koma inn á markaði með þjónustu sem byggir á aðgangi að slíkum gagnagrunni í samkeppni við Já. Hafa aðilar ítrekað reynt að komast inn á þennan smásölumarkað en ekki tekist.

¹¹² Samkvæmt upplýsingum á vefnum Já.is gerir appið notendum það kleift að sjá hver sé að hringja og hvert er hringt, áður en svarað er.

¹¹³ Samkvæmt fréttatilkynningu sem birt var á mbl.is þann 3. apríl 2014 kemur fram að appið innihaldi allar upplýsingar af vefsíðunni ja.is. Appið sé jafnframt ókeypis og talið sé að það muni bæta aðgengi notenda að upplýsingum af síðunni til muna. Í gegnum appið verði hægt að hringja, senda sms-skilaboð, senda tölvupóst, finna upplýsingar á korti, fá vegvísun, finna afgreiðslutíma, upplýsingar á samfélagsmiðlum og finna umsagnir um fyrirtæki.



Samandregið liggur fyrir í málinu að á rannsóknartímabili þessa máls hefur Já í raun synjað um aðgang að ómissandi aðstöðu og þannig viðhaldið eða styrkt markaðsráðandi stöðu félagsins. Sjónarmið sem Já hefur sett fram geta ekki haggð þessu, sbr. umfjöllun hér að framan og á eftir. Hefur Já því með alvarlegum hætti brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga.

5.1 Nánar um sjónarmið Já

Já hefur haldið því fram að persónuverndarsjónarmið kunni að koma í veg fyrir aðgang að gagnagrunninum. Samkeppniseftirlitið fellst ekki á þetta enda hefur Já, í orði a.m.k., boðið slíkan aðgang. Þá ber að horfa til þess að dómstóll ESB hefur skýrt tekið fram að hafi áskrifandi fjarskiptaþjónustu veitt tilteknu fyrirtæki samþykki sitt fyrir birtingu persónuupplýsinga í símaskrá koma persónuverndarsjónarmið ekki í veg fyrir að það fyrirtæki veiti öðru fyrirtæki sömu upplýsingar í sama tilgangi.¹¹⁴

Möguleiki fyrir kvartendur að semja beint við fjarskiptafyrirtækin

Já kveðst ekki vera í þeirri stöðu að hafa getað raskað markaði fyrir endursölu símaskrárupplýsinga (aðgangi að gagnagrunninum). Þetta skýrist af möguleika kvartenda að semja beint við símafyrirtækin. Ef um yfirverðlagningu væri að ræða gætu þriðju aðilar einfaldlega sniðgengið Já og komið sér upp eigin grunni. Fjarskiptalögin tryggja hins vegar að fjarskiptafyrirtækjum sé óheimilt að yfirverðleggja, enda sé þeim einungis heimilt að krefjast endurgjalds sem samsvari kostnaði að viðbættri hæfilegri álagningu.

Hér að framan var fjallað um þýðingu 4. mgr. 45. gr. fjarskiptalaga, sbr. m.a. umfjöllun í kafla V 3.6. Hér er þó rétt að áréttta að samkvæmt þessu ákvæði fjarskiptalaga er PFS heimilt að leggja þá skyldu á fjarskiptafyrirtæki, sem úthluta símanúmerum, að miðla upplýsingum um þau til þeirra sem bjóða upplýsingaþjónustu um símanúmer. PFS hefur hins vegar ekki beitt þessu ákvæði á rannsóknartímabili þessa máls. Skýrist það helst af aðstæðum á þeim mörkuðum sem máli skipta og því fyrirkomulagi sem verið hefur undanfarin ár við skráningu á upplýsingum um símanúmer. Hefur PFS greint frá því að komið hafi til álita að beita ákvæðinu í tengslum við beiðni Miðlunar um skráningarupplýsingar hjá Símanum. Hins vegar hafi Síminn upplýst að fyrirtækið teldi sig ekki geta tryggt réttmæti upplýsinga um áskrifendur sína. Stafaði það af því að áskrifendur gætu breytt skráningu sinni hjá Já án aðkomu Símans og án þess að fyrirtækið fengi tilkynningu um breytingarnar.

Er því ljóst að þótt ákvæði 45. gr. fjarskiptalaga geri ráð fyrir að skyldan til að miðla upplýsingum um símanúmer til upplýsingaþjónustuveitenda hvíli hjá fjarskiptafyrirtækjum og reglur fjarskiptaréttar geri ráð fyrir að opið sé fyrir samkeppni

¹¹⁴ Sjá dóm dómstóls ESB frá 5. maí 2011 í máli nr. C-543/09 Deutsche Telekom, mgr. 65-66: „The consent given under Article 12(2) of the Directive on privacy and electronic communications, by a subscriber who has been duly informed, to the publication of his personal data in a public directory relates to the purpose of that publication and thus extends to any subsequent processing of those data by third-party undertakings active in the market for publicly available directory enquiry services and directories, provided that such processing pursues that same purpose.

Moreover, where a subscriber has consented to the passing of his personal data to a given undertaking with a view to their publication in a public directory of that undertaking, the passing of the same data to another undertaking intending to publish a public directory without renewed consent having been obtained from that subscriber is not capable of substantively impairing the right to protection of personal data, as recognised in Article 8 of the Charter.”



upplýsingaveitna um símanúmer hafa aðstæður hér á landi samt sem áður verið þannig að engin samkeppni hefur í raun verið á þessum markaði. Áhugasamir keppinautar hafa því ekki náð að hasla sér völl á skilgreindum markaði þessa máls, þrátt fyrir ákvæði 45. gr. fjarskiptalaga.

Já var því í yfirburðastöðu á rannsóknartímabili málsins og bæði gat misnotað markaðsráðandi stöðu sína og gerði það í raun, sbr. umfjöllun hér að framan.

Magill/Bronner/IMS/Microsoft málin

Já reifar fjóra dóma dómstóla ESB sem fjalla um skyldu markaðsráðandi fyrirtækja til samningsgerðar og aðgang að ómissandi aðstöðu. Segir Já að af þessum málum megi ráða að fjögur skilyrði verði að vera uppfyllt til að um slíka skyldu sé að ræða og svo sé ekki í þessu máli:

- Upplýsingar sem sóst er eftir verði að vera algerlega nauðsynlegar fyrir þann sem sækist eftir þeim. Þetta skilyrði sé ekki uppfyllt í málinu og er þá vísað til 4. mgr. 45. gr. fjarskiptalaga og að kvartendur geti fengið viðkomandi upplýsingar beint frá fjarskiptafyrirtækjunum.
- Skýr eftirspurn sé frá neytendum eftir viðkomandi þjónustu. Já fjallar ekki um þetta.
- Engar hlutlægar réttlætningarástæður séu fyrir synjuninni. Í þessu samhengi segir Já að sölusynjun verði að eiga sér stað. Já hafi hins vegar ekki neitað um aðgang að gagnagrunninum.
- Sölusynjun þyrfti að koma í veg fyrir alla samkeppni. Segir Já að jafnvel þótt um sölusynjun hafi verið að ræða hefði hún ekki komið í veg fyrir alla samkeppni.

Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á þetta. Í kafla VI 1.2 hér að framan er gerð grein fyrir túlkun 11. gr. samkeppnislaga hvað varðar ólögmetta sölusynjun og aðgang að ómissandi aðstöðu og vísast til þess. Einnig hefur verið rökstutt að gagnagrunnur Já sé ómissandi aðstaða og Já hafi í raun neitað kvartendum þessa máls um aðgang að honum. Komist hefur verið að þeirri niðurstöðu að þau kjör sem í boði hafi verið hafi ekki verið málefnaleg og rökstutt hefur verið að þessi háttsemi sé til þess fallin hafa í för með sér mjög alvarlega röskun á samkeppni.

SNOY málið

Já heldur því fram að enga þýðingu hafi að horfa til framangreinds SNOY máls frá Finnlandi. Því til stuðnings vísar Já til þess að finnska samkeppniseftirlitið hafi byggt ákvörðun sína á því að um algera sölusynjun hafi verið að ræða af hálfu SNOY nema að því tilskildu að upplýsingaveiturnar sem SNOY átti í viðskiptum við myndu gjaldfæra sína endakúnna fyrir uppflettingar á Internetinu. Einnig virtist SNOY hafa gert að skilyrði að einhvers konar skráning eða samþykki viðskiptavinarins færi fram. Engar sambærilegar kröfur hafi verið gerðar af hálfu Já. Auk þess hafi það einungis verið á árabílinu 2003-2005, sem hegðun SNOY hafi talist, ólögmet sölusynjun án hlutlægra réttlætungaástæðna, að mati samkeppniseftirlitsins þar í landi. Með gildistöku breyttra persónuverndarlaga á árinu 2005 hafi SNOY verið rétt að krefjast samþykkis áskrifandans áður en félagið endurseldi símaskrárupplýsingar um hann.

Samkeppniseftirlitið bendir á að SNOY starfaði á markaði fyrir heildsöluaðgang að gagnagrunni um símanúmer. Var SNOY jafnframt eina fyrirtækið á þessu sviði í Finnlandi.



Taldi finnska samkeppniseftirlitið að SNOY hefði misnotað markaðsráðandi stöðu sína á þeim markaði með því að synja félagi, sem starfaði á markaði fyrir upplýsingaþjónustu um símanúmer, um slíkan heildsöluaðgang nema að því tilskildu að notendur þjónustunnar á smásölumarkaði yrðu gjaldfærðir fyrir uppflettingar á Internetinu.¹¹⁵ Var þetta mat staðfest af finnska markaðsdómstólnum í dómi frá 6. apríl 2009.¹¹⁶ Var lögð sekt á SNOY vegna þessa brots. Sektaði dómstóllinn félagið um 100.000 evrur fyrir brot á samkeppnislögum.

Þann 30. janúar 2013 staðfesti Hæstiréttur Finnlands dóm markaðsdómstólsins.¹¹⁷ Í dómi hæstaréttar kom m.a. fram að starfsgrundvöllur kvartanda í málinu hefði alfarið verið háður því að SNOY veitti honum símanúmeraupplýsingar sem voru nauðsynlegar til að reka þá upplýsingaþjónustu sem um var að ræða. Vegna háttsemi SNOY hafi kvartandi neyðst til þess að loka upplýsingaþjónustu sinni. Þannig hamlaði SNOY starfsemi kvartanda og samkeppni á markaði fyrir upplýsingaþjónustu um símanúmer.

Ljóst er að atvik þessa máls eru að mörgu leyti sambærileg því máli sem hér er til umfjöllunar. Þannig er Já eina félagið á skilgreindum mörkuðum þessa máls, þ.m.t. markaði fyrir heildsöluaðgang að gagnagrunni um símanúmer, og eru þeir aðilar sem hafa í hyggju að veita upplýsingaþjónustu um símanúmer, eins og fyrirkomulag skráarhalds hefur verið til þessa, háðir því að Já veiti þeim aðgang að upplýsingum sem nauðsynlegar eru til að reka þá þjónustu sem um er að ræða. Þá hefur verið rökstutt að þau kjör sem Já bauð fólu í raun í sér höfnun á aðgangi að gagnagrunninum.

France Télécom og Pages Jaunes málið

Já vísar til ákvörðunar franskra samkeppnisyfirvalda í máli er varðaði aðgang að upplýsingum um símanúmer áskrifenda France Télécom og upplýsingum skráðum í gagnagrunn dótturfélagsins, Pages Jaunes.¹¹⁸ Hafði fyrirtæki sem vildi veita upplýsingaþjónustu um símanúmer óskað eftir þessum aðgangi. Segir Já að frönsk samkeppnisyfirvöld hafi fallist á samskonar málsástæður og Já hafi uppi í máli þessu, þ.e. að þar sem gögnin væru fáanlega hjá símafyrirtækjunum væru engin efni til að mæla fyrir um aðgang hjá upplýsingaveitu sem hafi lagt kostnað í að halda úti heildstæðum gagnagrunni með ýmsum viðbótarupplýsingum. Nánar tiltekið er því haldið fram af hálfu Já að í málinu hafi verið komist að þeirri niðurstöðu að þar sem upplýsingarnar í gagnagrunni Pages Jaunes væru fáanlegar frá hverju og einu símafyrirtækjanna væri ekki unnt að takmarka heimildir Page Jaunes til að nýta þær eingöngu í eigin þágu.

Lýsing Já á þessu máli er ófullnægjandi. Já lætur hjá líða að nefna að þau gögn sem um var að ræða í tilviki Pages Jaunes náðu fyrst og fremst til fyrirtækjaskráninga. Móðurfélagið, France Telecom, hélt utan um skráningar einstaklinga. Aukinheldur kemur

¹¹⁵ Sjá fréttatilkynningu finnska samkeppniseftirlitsins frá 18. maí 2005. Ensk þýðing er aðgengileg á slóðinni: <http://www.kilpailuvirasto.fi/cgi-bin/english.cgi?luku=news-archive&sivu=news/n-2005-05-18>

¹¹⁶ Mál nr. DNO MAO: 178-179/09.

¹¹⁷ *Dómurinn er aðgengilegur á vef Hæstaréttar Finnlands (Korkein hallinto-oikeus) á finnsku, sjá mál nr. KHO:2013:20*

¹¹⁸ Sjá ákvörðun franska samkeppniseftirlitsins (Autorité de la concurrence) nr. 06-D-20 í máli France Télécom, Pages Jaunes Groupe og Pages Jaunes SA, frá 13. júlí 2006 og fréttatilkynningu sem birt er sama dag á heimasíðu eftirlitsins: http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=185&id_article=606



fram í umræddri ákvörðun franskra samkeppnisyfirvalda að á árinu 2006 samþykktu þessi fyrirtæki bæði að undirgangast tiltekin skilyrði sem nauðsynleg voru til að ryðja úr vegi samkeppnishindrunum á markaðnum. Voru þessi skilyrði samþykkt af frönskum samkeppnisyfirvöldum og miðuðu að því að keppinautar á markaði fyrir upplýsingaþjónustu um símanúmer hefðu aðgang að réttum upplýsingum um skráða notendur. Þannig þurfti Pages Jaunes að veita keppinautum sínum aðgang að upplýsingum í gagnagrunni félagsins í tiltekinn tíma eða þar til fyrirkomulag skráninga fjarskiptafyrirtækjanna væri fullnægjandi og í samræmi við nýtt regluverk fjarskiptayfirvalda þar á landi. Að þeim tíma liðnum þurfti Pages Jaunes ekki að veita aðgang að gagnagrunni sínum vegna þess að skráningar fjarskiptafélaganna voru sambærilegar við þær sem voru í gagnagrunni Pages Jaunes.

Þetta franska mál styður því ekki þá túlkun Já að ekki séu efni til að kveða á um aðgang að gagnagrunni félagsins heldur þvert á móti. Mál þetta er skýrt fordæmi um aðgerðir sem geta verið nauðsynlegar til að tryggja aðilum á markaði fyrir upplýsingaþjónustu um símanúmer aðgang að réttum upplýsingum um skráða notendur. Eins og ítrekað hefur komið fram í máli þessu hefur staðan hér á landi verið sú að upplýsingar í gagnagrunni Já eru alls ekki sambærilegar þeim upplýsingum sem fjarskiptafélögin búa yfir um eigin áskrifendur.

BT/Conduit málið

Samkvæmt Já lögðu bresk fjarskiptayfirvöld þá skyldu á BT (British Telecom) að halda úti einum samræmdum og heildstæðum gagnagrunni fyrir símanúmeraupplýsingar. Jafnframt hafi verið lögð sú skylda á BT að veita þriðju aðilum aðgang að gagnagrunninum og skyldi gjaldtakan vera sanngjörn, hlutlæg á kostnaðargrundvelli og án marktækra mismununar. Síðar hefðu bresk fjarskiptayfirvöld komist að þeirri niðurstöðu að þessi kvöð á BT hafi falið í sér ranga innleiðingu á 5. gr. alþjónustutillskipunar ESB. Á grundvelli hennar hafi aðeins verið heimilt að leggja á smásölukvöð, þ.e. kvöð um að viðskiptavinum á smásölustigi væri aðgengileg a.m.k. ein upplýsingaþjónusta um símanúmer á viðráðanlegu verði. Óheimilt hafi þannig verið að leggja skyldu á BT að veita aðgang að gagnagrunninum sem slíkum á heildsölustigi, að undanskildum aðgangi að upplýsingum um áskrifendur BT.

Samkeppniseftirlitið bendir á að árið 2003 lögðu bresk fjarskiptayfirvöld alþjónustukvaðir á BT. Í þeim fólst m.a. að veita keppinautum í símaupplýsingaþjónustu aðgang að gagnagrunni BT (OSIS) á jafnræðisgrundvelli. OSIS er eini heildstæði gagnagrunnurinn um símanúmer í Bretlandi og aðgangur að honum var talin nauðsynlegur til að tryggja samkeppni.¹¹⁹ Eins og Já bendir á komust bresk fjarskiptayfirvöld síðan að þeirri niðurstöðu að þessi kvöð væri ekki í samræmi alþjónustutillskipun ESB, sbr. ákvörðun frá 10. mars 2008.¹²⁰ Með öðrum orðum hefði ekki verið lagastoð fyrir umræddri kvöð á BT.

¹¹⁹ Sjá t.d. fréttabréf lögmannstofunnar Bristows, grein frá 4. janúar 2012 „The Number’s up”: „*Universal Service Condition 7 imposed an obligation on BT to maintain the OSIS database, a record of subscribers’ allocated telephone numbers by every service provider in the UK. BT was obliged to provide access to OSIS to third party directory enquiries companies at regulated prices. Access to the OSIS database was considered central to the introduction of competition between directory services in the UK.*”

¹²⁰ OFCOM, „*Resolution of price disputes concerning supply of certain directory information by British Telecommunications plc to The Number (UK) Ltd and Conduit Enterprises Ltd. Final Determinations and Explanatory Statement*”



Sama dag og umrædd ákvörðun var birt gáfu fjarskiptayfirvöld út umræðuskjal þar sem fjallað var um hvort þörf væri á að grípa til aðgerða vegna þessarar nýju lagatúlkunar.¹²¹ Til álita gæti m.a. komið að beita öðrum ákvæðum breskra fjarskiptalaga til að tryggja umræddan aðgang eða eftir atvikum ákvæðum breskra samkeppnislaga.¹²² Þar kemur fram það mat að grundvöllur fyrir starfsemi fyrirtækja sem veita upplýsingaþjónustu um símanúmer sé aðgangur að OSIS gagnagrunninum.¹²³ Auk þess að starfrækja gagnagrunnin keppi BT á markaði fyrir upplýsingaþjónustu um símanúmer. Mögulegt sé að BT geti raskað samkeppni með því að neita keppinautum um aðgang að OSIS eða með því að krefja óeðlilega háas verðs fyrir aðgang eða verðleggja með þeim hætti sem er óhagstætt fyrir keppinauta í upplýsingaþjónustu.¹²⁴ Velt er upp þeim möguleika að nýr aðili geti hafið samkeppni við BT í rekstri gagnagrunna. Hins vegar er bent á að þrátt fyrir að fjarskiptafyrirtæki hafi frá árinu 2003 þurft að verða við beiðnum um afhendingu upplýsinga um símanúmer viðskiptavina sinna hafi engin hafið rekstur gagnagrunns í samkeppni við OSIS. Í því samhengi skipti máli að BT sjálf sé stærsti notandi OSIS gagnagrunnsins og það vinni gegn nýrri samkeppni í rekstri gagnagrunna.¹²⁵ Fyrir liggir að BT láti keppinautum í té heildstæðan aðgang að OSIS gagnagrunninum. Ef BT hætti að láta keppinautum slíkan aðgang í té með eðlilegum kjörum sé unnt að bregðast við því á grundvelli samkeppnisreglna.¹²⁶ Einn möguleikinn í þessari nýju stöðu sé því að hafast ekkert að.

Staðan hér á landi og í Bretlandi er lík að því leyti að í báðum löndunum er að finna einn heildstæðan gagnagrunn og aðgangur að þeim er nauðsynlegur fyrir þá sem vilja veita viðkomandi upplýsingaþjónustu. Miðað við umræðuskjal OFCOM er hins vegar staðan ólík að því leyti að BT hefur veitt keppinautum aðgang á grundvelli eðlilegra kjara. Því hefur ekki verið að heilsa í tilviki Já.

6. 54. gr. EES-samningsins

Samkvæmt 1. mgr. 21. gr. samkeppnislaga skal Samkeppniseftirlitið beita 53. og 54. gr. EES-samningsins eftir því sem kveðið er á um í lögnum. Nánar er mælt fyrir um þetta í m.a. 26. gr. laganna en þar segir m.a:

¹²¹ OFCOM, „Telephone directory information obligations and regulations. Consultation on a proposal to remove and/or amend universal service obligations and general conditions relating to the provision of telephone directory information“.

¹²² Bæði bresk fjarskipta- og samkeppnisyfírvöld geta beitt samkeppnisreglum á fjarskiptamarkaðnum.

¹²³ Sjá bls. 44 í umræðuskjali OFCOM: „The current UK model is of a single central database of wholesale directory information. While other organisations and DIPs (fyrirtæki sem veita upplýsingaþjónustu um símanúmer) perform separate data enhancement tasks and combine the OSIS data with that from other sources, the core of all DQ services (upplýsingaþjónusta um símanúmer) and directories is BT's OSIS database.“

¹²⁴ Sjá bls. 44: „BT could use its ownership of OSIS to restrict competition in the DQ services and directories markets. Ultimately this could damage consumer interest through higher prices for DQ services and electronic directories.“

The ways in which BT could restrict competition in DQ services and the provision of directories include:

- Stopping the supply of wholesale directory information to other DIPs;
- Charging high prices for wholesale directory information, or changing the price structure in a way that is detrimental to competitors; and
- Imposing unreasonable licensing terms for the supply of directory information.“

¹²⁵ Sjá bls. 45.

¹²⁶ Sjá bls. 46: „Currently, BT is making comprehensive OSIS data available to competing DIPs. We believe BT has a commercial incentive to continue to maintain a comprehensive OSIS database. Given this current position, one option is for us to maintain the status quo. There is a risk that BT may cease to make OSIS data available to DIPs on reasonable terms. However, we can use our competition powers in the event that we believe BT to be behaving in an anticompetitive manner.“



„Ef Samkeppniseftirlitið, áfrýjunarnefnd samkeppnismála eða dómstólar beita ákvæðum laga þessara vegna misnotkunar á markaðsráðandi stöðu sem bönnuð er skv. 54. gr. EES-samningsins skulu þau einnig beita 54. gr. EES-samningsins.“

Í 54. gr. er lagt bann við misnotkun á markaðsráðandi stöðu á svæðinu sem EES-samningurinn tekur til að því leyti sem hún kann að hafa áhrif á viðskipti milli samningsaðila EES-samningsins. Efnisákvæði 54. gr. EES-samningsins eru fyllilega sambærileg við ákvæði 11. samkeppnislaga enda sækja samkeppnislögin að þessu leyti fyrirmynd sína til EES/ESB-samkeppnisréttar.

Í 93. mgr. tilkynningar Eftirlitsstofnunar EFTA, *Leiðbeiningar um hugtakið áhrif á viðskipti eins og það er notað í 53. gr. og 54. gr. EES-samningsins*, segir:

„Ef fyrirtæki, sem nýtur markaðsráðandi stöðu í einu EES-ríki í heild, grípur til markaðshindrandi misnotkunar geta viðskipti milli EES-ríkjanna venjulega orðið fyrir áhrifum. Misnotkun af því tagi gerir keppinautum í öðrum EES-ríkjum yfirleitt erfiðara um vik að komast inn á markaðinn, og viðskiptamynstur geta þá orðið fyrir áhrifum.“¹²⁷

Ber að hafa í huga ekki þarf að sýna fram á raunveruleg áhrif á viðskipti til þess að 54. gr. EES-samningsins geti átt við.¹²⁸

Á því tímabili sem mál þetta tekur til var Já í markaðsráðandi stöðu. Markaður málsins tekur til landsins alls. Þau útilokunaráhrif sem stafa af misnotkun Já á markaðsráðandi stöðu sinni eru til þess fallin að hindra mögulega keppinauta í því að ná fótfestu á íslenska markaðnum.

Í báðum tilvikum væri um ræða viðskipti milli EES ríkja. Í ljósi þessa og með hliðsjón af atvikum þessa máls verður að telja að aðgerðir Já séu til þess fallnar að hafa áhrif á viðskipti milli EES ríkja í skilningi 54. gr. EES-samningsins. Af þessu leiðir að beita verður því ákvæði í málinu.

Hér að framan hafa verið færð fyrir því rök að Já hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með aðgerðum sem fólu í sér ólögmetna mismunun í skilningi ákvæðisins og synjun um aðgang að ómissandi aðstöðu. Voru þessar aðgerðir Já til þess fallnar að útiloka samkeppni á skilgreindum mörkuðum þessa máls.

Með vísan til sömu raka er það einnig niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að háttsemin hafi farið gegn 54. gr. EES-samningsins.

¹²⁷ Birt í EES-viðbæti við Stjórnartíðindi Evrópusambandsins, 30.11.2006.

¹²⁸ Sjá ákvörðun Eftirlitsstofnunar EFTA frá 14. júlí 2010 í máli nr. 34250 Norway Post/Privpak: „... it is sufficient that the abuse “may affect trade”, i.e. that it is sufficiently probable that the practices are capable of having an effect on the patterns of trade based on an objective assessment.⁵¹⁷ It is not necessary that trade be reduced; the abusive practices must simply be capable of affecting the pattern of trade.“



VII. AÐGERÐIR OG VIÐURLÖG

Samkvæmt 16. gr. samkeppnislaga getur Samkeppniseftirlitið gripið til aðgerða gegn m.a. athöfnum markaðsráðandi fyrirtækja sem brjóta gegn 11. gr. laganna. Í 37. gr. laganna segir að eftirlitið leggi stjórnvaldssektir á fyrirtæki sem brjóti gegn bannreglum samkeppnislaga. Verður nú nánar vikið að þessu.

1. Aðgerðir til þess að efla samkeppni

Já telur að ekki séu forsendur til að Samkeppniseftirlitið beini fyrirmælum til félagsins á grundvelli 16. gr. samkeppnislaga um aðgang að gagnagrunni þess eða hlutist til um verðlagningu þess. Byggir sú afstaða m.a. á því mati félagsins að það sé ekki markaðsráðandi og að gagnagrunnur þess feli ekki í sér ómissandi aðstöðu.

Í 1. mgr. 16. gr. samkeppnislaga segir að Samkeppniseftirlitið geti gripið til aðgerða gegn samningum, skilmálum og hvers konar athöfnum sem brjóta m.a. í bága við bannákvæði laganna, sáttir eða ákvarðanir sem teknar hafi verið samkvæmt lögnum. Í 2. mgr. segir:

„Aðgerðir Samkeppniseftirlitsins geta falið í sér hverjar þær ráðstafanir sem nauðsynlegar eru til að efla samkeppni, stöðva brot eða bregðast við athöfnum opinberra aðila sem kunna að hafa skaðleg áhrif á samkeppni. Samkeppniseftirlitið getur beitt nauðsynlegum úrræðum bæði til breytingar á atferli og skipulagi vegna þeirra atriða sem tilgreind eru í 1. mgr. í réttu hlutfalli við það brot sem framið hefur verið eða þær aðstæður eða háttsemi sem um ræðir. Þó er einungis heimilt að beita úrræðum til breytingar á skipulagi ef sýnt þykir að ekki sé fyrir hendi árangursríkt úrræði til breytingar á atferli eða þar sem jafnárangursríkt úrræði til breytingar á atferli væri meira íþyngjandi fyrir hlutaðeigandi aðila en úrræði til breytingar á skipulagi.“

Í athugasemdum við frumvarp sem varð að nógildandi samkeppnislögum segir að sem dæmi um aðgerðir sem lagt er til að Samkeppniseftirlitið geti beitt til skipulagsbreytinga megi nefna kröfu um að fyrirtæki sé skipt upp í tvö eða fleiri fyrirtæki. Eins felst í heimild til að krefjast skipulagsbreytinga að Samkeppniseftirlitið geti krafist þess að fyrirtæki skilji ákveðna starfsemi frá annarri starfsemi og komi henni fyrir í sérstöku fyrirtæki. Samkvæmt frumvarpinu geta aðgerðir sem Samkeppniseftirlitið getur beitt til atferlisbreytinga m.a. falið í sér að kveðið sé á um bann við ákveðnum samningum eða samningsskilyrðum, fyrirmæli um að samningum skuli slitið eða samningsskilyrðum breytt. Þá getur Samkeppniseftirlitið heimilað samninga með ákveðnum skilyrðum og ákvarðað um verð eða viðskiptakjör fyrirtækja og fyrirtækjahópa.

Hér að framan hefur verið gerð grein fyrir brotum Já á 11. gr. samkeppnislaga og 54. gr. EES-samningsins. Kjarni málsins er að Já er eigandi eina heildstæða gagnagrunns landsins yfir rétt skráð símanúmer með tilheyrandi upplýsingum. Til þess að geta keppt á jafnræðisgrundvelli á smásölumörkuðum þessa máls þurfa keppinautar aðgang á eðlilegum kjörum að upplýsingum í gagnagrunninum. Slíkt stóð ekki til boða af hálfu Já heldur bauð fyrirtækið á rannsóknartímabilinu kjör og skilmála sem fólu í sér ólögmetta synjun um aðgang að gagnagrunninum.



Sökum framangreinda brota Já á árunum 2009-2011 er heimilt að beita 16. gr. samkeppnislaga í því skyni að stöðva brot eða efla samkeppni. Slíkar ráðstafanir horfa hins vegar til framtíðar og er því rétt að taka til athugunar hvort atvik eftir rannsóknartímabilið geri beiingu 16. gr. laganna óþarfa í þessu máli.

1.1 Hafa atvik eftir rannsóknartímabilið áhrif á aðgerðir skv. 16. gr. samkeppnislaga

Fyrir liggur að þrátt fyrir aðgerðir af hálfu PFS á undanförunum árum hefur ekki enn tekist að koma á samkeppni á þeim mörkuðum sem máli skipta, hvorki á markaði fyrir rekstur og heildsöluaðgang að gagnagrunni um símanúmer né á þeim smásöluörkuðum sem byggja á aðgangi að slíkum gagnagrunni. Hér skiptir máli að í nóvember 2011 var kvöð um aðgang að gagnagrunni Já felld úr gildi af úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála, sbr. úrskurð í máli nr. 4/2011.

Á árinu 2013 hélt PFS áfram að vinna að því að ryðja úr vegi hindrunum þannig að aðilar sem hafa hug á að reka upplýsingaþjónustu í samkeppni við Já geti hafið starfsemi. Til að stuðla að framangreindu fór PFS í sérstakt samráðsferli með hagsmunaaðilum um endurskoðun alþjónustukvaða Já og breytingar á fyrirkomulagi skráningarhalds yfir áskrifendur, sbr. frétt um samráðsskjalid á vefsíðu PFS þann 24. júní 2013. Í lok ársins 2013 birti PFS ákvörðun sína nr. 31/2013 *um afléttingu alþjónustukvaða Já upplýsingaveitna hf. og afturköllun leyfis til notkunar á símanúmerinu 118*.¹²⁹

Samkvæmt frétt sem birt var á vefsíðu PFS þann 4. júní 2014 átti nýtt fyrirkomulag á miðlun upplýsinga í símaskrá að taka gildi þann 1. júlí 2014. Í tengslum við þessar breytingar tilkynnti PFS í sömu frétt um nýjar leiðbeinandi verklagsreglur til fjarskiptafyrirtækja um skráningu og miðlun slíkra upplýsinga. Eins og segir í fréttinni er markmiðið að tryggja skilvirkni og jafna samkeppnisstöðu aðila.

Voru þessar leiðbeinandi verklagsreglur birtar í kjölfarið á áður nefndu samráði PFS við hagsmunaaðila á markaðnum sem liður í vinnu stofnunarinnar vegna annars vegar endurskoðunar á alþjónustukvöðum sem lagðar voru á Já með ákvörðun PFS nr. 22/2011 og hins vegar breytinga á fyrirkomulagi skráningarhalds yfir áskrifendur og breytinga á númeraskipulagi fyrir upplýsingaveitur. Í framangreindu samráðsskjali var m.a. áréttuð sú skylda fjarskiptafyrirtækja, sem úthluta símanúmerum, að vera í stakk búin að afhenda númera- og vistfangaskrár sínar um áskrifendur, sbr. 45. gr. fjarskiptalaga, á kostnaðargreindu verði. Benti PFS sérstaklega á í þessu sambandi að fram til þessa hefðu fjarskiptafyrirtækin ekki getað tryggt réttleika ákveðinna grunnupplýsinga sem lagaákvæðið kvæði á um. Með aðgerðum stofnunarinnar væri leitast við að tryggja að aðili sem hyggst reka slíka upplýsingaþjónustu geti hafið starfsemi hennar á sama grundvelli og Já hefði gert um árábil, sbr. frétt á vefsíðu PFS þann 19. maí 2014.

Fram kemur í frétt PFS að til að jafna samkeppnisstöðu milli Já og annarra aðila sem hyggjast starfrækja upplýsingaþjónustu um símanúmer hafi stofnunin afturkallað númerið 118 og gert Já að hætta notkun þess eigi síðar en 30. júní 2015. Gert sé ráð fyrir að símaskrárupplýsingar verði framvegis veittar í númeraröðinni 1800-1899.

¹²⁹ Sjá frétt sem birt var á vef PFS þann 20. desember 2013: [„PFS afléttir alþjónustukvöðum af Já upplýsingaveitum og afturkallar númerið 118“](#)



Samkvæmt PFS á nýtt fyrirkomulag á miðlun símaskrárupplýsinga m.a. að fela í sér eftirfarandi:

- Grunnupplýsingar um einstakling eða lögaðila sem kýs að vera skráður í símaskrá eru: Nafn, heimilisfang, póstnúmer og símanúmer, auk bannmerkis ef viðkomandi kýs,
- Fjarskiptafyrirtæki, sem úthluta símanúmerum, bera ábyrgð á réttleika grunnupplýsinga um áskrifendur sína í símaskrá og er skylt að miðla þeim til annarra fjarskiptafyrirtækja og/eða upplýsingaþjónustuveitenda sem eftir þeim óska,
- Fjarskiptafyrirtækjum, sem úthluta símanúmerum, er heimilt að útvista vinnslu og skráarhaldi um símaskrárupplýsingar til vinnsluaðila,
- Í samningum við vinnsluaðila eða þjónustuveitanda um miðlun upplýsinga til þjónustuveitenda skal vera skilmáli um að upplýsingar um allar breytingar sem gerðar eru á grunnupplýsingum áskrifenda sé miðlað til baka til viðeigandi fjarskiptafyrirtækis sem þjónustar umræddum áskrifenda.

PFS hefur heimilað Hinu íslenska númeraflutningsfélagi ehf. (HÍN) að vera sameiginlegur vinnsluaðili fyrir alla eigendur þess, sbr. 13. gr. framangreindra verklagsreglna.

HÍN var stofnað í lok ársins 2000 af Landssíma Íslands hf. (nú Síminn), Íslandssíma hf. og Tal hf.¹³⁰ Tilgangur félagsins skv. stofngögnum þess „er undirbúningur rekstur gagnagrunns fyrir flutt símanúmer“. Þá er tilgangi félagsins frekar lýst í 3. gr. samþykktu félagsins¹³¹ en þar segir eftirfarandi:

„Tilgangur félagsins er þróun og rekstur gagnagrunns sem heldur utan um hvaða fjarskiptafyrirtæki hafa fengið úthlutað númerum frá Póst- og fjarskiptastofnun til að veita tal- eða farsímaþjónustu og vista upplýsingar um símanúmer rétthafa í þeim tilgangi að halda utan um nákvæma skrá yfir hvaða þjónustuaðila einstaka rétthafar hafa valið til þess meðal annars að unnt sé að framkvæma númeraflutninga og umflutning símaumferðar“

Þau starfandi fjarskiptafélög sem fengið hafa leyfi PFS til þess að úthluta símanúmerum til notenda sinna eiga nú öll jafnan hlut í HÍN.

Í ákvörðun PFS nr. 21/2009 í ágreiningsmáli á milli SIP ehf. og Símans hf., Og fjarskipta ehf. og Nova ehf. um verðmat á eignarhlut í Hinu íslenska númerafélagi, er að finna umfjöllun um lagaumhverfi og aðild að HÍN. Með hliðsjón af þeirri umfjöllun verður ekki annað ráðið en að starfsemi HÍN hafi fyrst og fremst verið sú að halda skrá yfir það hjá hvaða fjarskiptafélagi hvert og eitt símanúmer er skráð til þess meðal annars að unnt sé að framkvæma númeraflutninga og umflutning símaumferðar. Eigendur HÍN hafa því ekki ætlað félaginu að halda skrá yfir upplýsingar í sambærilegum tilgangi og gert er með gagnagrunni Já, þar til nýverið.

Hafa fjarskiptafélagin, eigendur HÍN, samkvæmt þessu útvistað að tilteknu leyti umræddu skráarhaldi til HÍN sem hefur þannig verið falið að halda utan um þessar

¹³⁰ sbr. stofngögn félagsins sem aðgengileg eru á vefsíðu Creditinfó

¹³¹ Voru samþykktirnar síðast uppfærðar þann 13. janúar 2009 skv. gögnum aðgengilegum á vefsíðu Creditinfó



upplýsingar fjarskiptafélaganna í einum heildstæðum gagnagrunni. Þessir keppinautar á fjarskiptamarkaði hafa ekki tilkynnt Samkeppniseftirlitinu um þetta samstarf sitt.

Í kjölfar birtingar framangreindra verklagsreglna hófst undirbúningur hjá fjarskiptafélögunum að breyttu fyrirkomulagi á miðlun símaskrárupplýsinga. Hafa fjarskiptafélögin þannig miðlað tilteknum grunnupplýsingum til HÍN. Í umræddum verklagsreglum eru grunnupplýsingar skilgreindar sem *þær upplýsingar sem fjarskiptafyrirtæki sem úthlutar símanúmerum skal miðla í þeim tilgangi að gefa út símaskrár eða fyrir upplýsingaþjónustu um símanúmer*. Til grunnupplýsinga teljast: nafn rétthafa, símanúmer, heimilisfang, póstnúmer og bannmerking, sbr. 2. gr. reglnanna.

Hér á undan hefur verið fjallað um þær upplýsingar sem skráðar eru í gagnagrunn Já og að hvaða leyti þær eru ítarlegri og oft á tíðum réttari en þær sem er að finna í skráum fjarskiptafélaganna sem úthlutað hafa umræddum símanúmerum til sinna notenda. Með hliðsjón af þeirri umfjöllun og skilgreiningu á grunnupplýsingum hér að framan telur Samkeppniseftirlitið ljóst að sá gagnagrunnur sem HÍN er nú ætlað að hafa umsjón með, sem sameiginlegur vinnsluaðili símaskrárupplýsinga fyrir fjarskiptafélögin, verði ekki að óbreyttu sambærilegur gagnagrunni Já. Skiptir mestu í því sambandi að svo lengi sem ekki er hægt að sækja nauðsynlegar uppfærðar skráningarupplýsingar sem og viðbótarupplýsingar í gagnagrunn Já munu hugsanlegir keppinautar Já búa við skerta samkeppnisstöðu á skilgreindum mörkuðum þessa máls. Án aðgangs að gagnagrunni Já hafa keppinautar félagsins ekki aðgang að heildstæðum og réttum upplýsingum á þessu sviði. Getur það augljóslega veikt samkeppnisstöðu þeirra og skapað hættu á vandamáli.

Með hliðsjón af framangreindu telur Samkeppniseftirlitið að breytt fyrirkomulag á miðlun símaskrárupplýsinga breyti ekki mati á því að gagnagrunnur Já sé ómissandi aðstaða í skilningi samkeppnisréttar og því er þörf á beitingu 16. gr. samkeppnislaga í málinu.

1.2 Nauðsynlegt er að mæla fyrir um aðgang að gagnagrunni Já

Af framansögðu leiðir að brýnt er í samkeppnislegu tilliti að gripið sé til ráðstafana sem eru til þess fallnar að koma á samkeppni á skilgreindum mörkuðum þessa máls, ekki síst í hvers konar upplýsingaþjónustu um símanúmer. Aðgangur nýrra keppinauta að heildstæðum gagnagrunni um símanúmer getur leitt til þess að valkostum neytenda fjölgi og stuðlað að samkeppni til frambúðar. Þetta næst ekki fram nema að skilmálar og verðlagning fyrir aðgang að gagnagrunni Já sé sanngjörn og gagnsæ, jafnræðis sé gætt og án tæknihindrana eða annarra ómálefnalegra krafna.

Líkt og fram hefur komið er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins í máli þessu að vöru- og þjónustumarkaður þessa máls sé m.a. markaður fyrir rekstur og heildsöluaðgang að gagnagrunni um símanúmer hér á landi. Tengdir markaðir eru smásölumarkaðir fyrir þjónustu sem byggir á aðgangi að umræddum gagnagrunni. Já er samkvæmt þessu lóðrétt samþætt fyrirtæki sem getur selt þjónustu í bæði heildsölu og smásölu. Um lóðréttu samþættingu er að ræða þegar sami aðili starfar á fleiri en einu sölustigi, t.d. framleiðir vöru sem hann selur sjálfum sér og öðrum aðilum í heildsölu til frekari framleiðslu og sölu á smásölustigi. Fyrirtæki sem samþættir þannig ólíka starfsemi í virðiskeðjunni getur haft vissa yfirburði gagnvart keppinautum á smásölustigi og eftir atvikum á heildsölustigi. Lóðrétt samþætting er til þess fallin að veita þeim fyrirtækjum



sem yfir henni búa samkeppnisforskot og getur falið í sér aðgangshindrun. Ef hið lóðrétt samþætta fyrirtæki er í mjög sterkri stöðu á heildsölustigi getur það verið í aðstöðu til að valda keppinautum á smásölustigi samkeppnislegu tjóni, hindrað innkomu nýrra keppinauta og raska þar með samkeppni.

Kjarni vandamálsins er að fyrirtæki sem ræður yfir mikilvægu grunnvirki og keppir á smásöllumarkaði, sem krefst afnota að grunnvirkinu, hefur bæði möguleika og hvata til þess að hygla eigin smásölustarfsemi og takmarka þar með samkeppni. Hvatinn felst m.a. í því að með slíkum aðgerðum er hagnaður af smásölustarfseminni aukinn. Slík röskun á samkeppni getur bæði tekið til mismununar í verðlagningu varðandi aðgang að grunnvirkinu og til ýmiskonar þátta sem tengjast gæðum og eðli þess aðgangs sem keppinautar fá að grunnvirkinu (e. *non price discrimination*). Hefur því verið haldið fram að lóðrétt samþætt fyrirtæki af þessum toga hafi nánast ávallt hvata til þess að valda keppinautum sínum samkeppnislegu tjóni með mismunun sem tekur til fleiri atriða en verðs.¹³² Þá skapar þessi aðstaða möguleika á því að beita tilteknum aðgerðum sem raska samkeppni, t.d. verðþrýstingi. Hafa ber þetta í huga til að tryggja að fyrirmæli skv. 16. gr. samkeppnislaga nái tilætluðum árangri.

Við mat á aðgerðum sem koma til greina í þeim tilgangi að ryðja úr vegi þeim samkeppnishindrunum sem um er að ræða þarf að gæta þess að ganga ekki lengra en nauðsynlegt er til að ná tilætluðum árangri. Með hliðsjón af þeim aðgerðum sem PFS hefur boðað á fyrirkomulagi skráarhalds upplýsinga um símanúmer og gerð hefur verið grein fyrir hér á undan er að mati Samkeppniseftirlitsins ekki nauðsynlegt að kveða á um uppskiptingu eða aðskilnaði í starfsemi Já. Hins vegar er nauðsynlegt að tryggja jafnan aðgang þeirra sem vilja bjóða þjónustu sem byggir á aðgangi að rétt skráðum upplýsingum um símanúmer. Eins og áður segir hafa þessar upplýsingar til þessa einungis verið aðgengilegar í gagnagrunni Já og er því mikilvægt að tryggja að mögulegum keppinautum Já annars vegar og smásölustarfsemi Já hins vegar sé ekki mismunað.

Samkeppniseftirlitið telur að aðgangur að gagnagrunni Já á sanngjörnum og málefnalegum kjörum þar sem gætt er jafnræðis muni koma á samkeppni á markaði sem hingað til hefur ríkt einokun á og að auki stuðla að hagkvæmri nýtingu framleiðsluþátta þjóðfélagsins og því í samræmi við markmið samkeppnislaga, sbr. 1. gr. laganna. Samkvæmt þessu ákvæði skal markmiði laganna m.a. náð með því m.a. að vinna gegn skaðlegri fákeppni og samkeppnishömlum og að auðvelda nýjum keppinautum aðgengi að markaðnum.

1.3 Nánar um aðganginn sem Já ber að veita

Í ákvörðunarorðunum hér á eftir og með heimild í 2. mgr. 16. samkeppnislaga beinir Samkeppniseftirlitið þeim fyrirmælum til Já að endurskoða verðskrá fyrir þjónustu sína. Skulu viðskiptakjör í nýrri verðskrá vera almenn, gagnsæ og hlutlæg þannig að aðilar sem óska eftir aðgangi að gagnagrunni félagsins í þeim tilgangi að bjóða upplýsingaþjónustu um símanúmer njóti sömu kjara og aðrir sem nýta upplýsingar úr gagnagrunninum, þ.m.t. smásölustarfsemi Já sem nýtir aðgang að gagnagrunninum. Í

¹³² Richard Cadman, Means not ends: Deterring discrimination through equivalence and functional separation, Telecommunications Policy 34 (2010) bls. 366: „In most circumstances a vertically integrated firm has the incentive to damage its downstream rivals through non-price discrimination.”



þeim tilgangi að tryggja að Já mismuni ekki aðilum sem kaupa aðgang að gagnagrunni félagsins skal innri sala Já fyrir aðgang að gagnagrunninum jafnframt vera samkvæmt sömu verðskrá og keppinautum félagsins býðst. Í þessu felst jafnframt að Já er óheimilt að miða verð við það í hvaða tilgangi eigi að nota upplýsingarnar eða þann meinta virðisauka sem notkun upplýsinganna mögulega skapar.

Til nánari skýringa á því hvers konar aðgang að gagnagrunninum Já ber að veita samkvæmt framangreindu er rétt að hafa hliðsjón af skýringarmyndinni sem birt er í kafla IV 6 hér að framan. Eins og áður segir sýnir myndin gagnagrunn fyrirtækisins og hvernig gagnafærni fer um hann. Uppruni gagna er frá símafyrirtækjunum og viðbætur frá Já og er ferillinn þannig að öll gögn eru geymd í svokölluðum aðalgrunni eða „*master grunni*“ sem inniheldur á hverjum tíma nýjustu upplýsingar um símanúmer og aðrar upplýsingar sem eiga að vera í grunninum auk mögulegra viðbótarupplýsinga.

Af hálfu PFS hefur komið fram að rétt væri að miða við tvenns konar aðgang að gagnagrunni Já og að verðskrá ætti að taka mið af því. Annars vegar ætti að vera í boði aðgangsform sem fæli í sér aðgang vegna útgáfu símaskrár og hins vegar beintengingu við gagnagrunn með uppflettingum.

Að mati Samkeppniseftirlitsins sýnir umfjöllunin um brot Já hér að framan að fyrirmæli ákvörðunar þessarar verða að vera til þess fallin að leysa með fullnægjandi hætti þau samkeppnisleg vandamál sem til staðar hafa verið á þeim mörkuðum sem máli skipta og stafað hafa m.a. af aðgerðum Já. Kjarni þeirra er að fjarskiptafélögin hafa til þessa ekki getað tryggt réttleika skráðra upplýsinga um símanúmer áskrifenda sinna og að Já er eigandi eina heildstæða gagnagrunni landsins yfir rétt skráð símanúmer. Til þess að geta keppt á jafnræðisgrundvelli á smásölumörkuðum þessa máls þurfa mögulegir keppinautar Já fyrst og fremst aðgang að upplýsingunum sem geymdar eru í gagnagrunninum. Með hliðsjón af þessu telur Samkeppniseftirlitið ekki málefnalegt að leggja þá skyldu á Já að veita keppinautum sínum aðgang að sérhæfðri index hugbúnaðarlausn félagsins sem Já fullyrðir að sé höfundarréttarvarinn. Komi fram nýjar upplýsingar getur þessi afstaða hins vegar sætt endurskoðun.

Miðað við gögn málsins er að mati Samkeppniseftirlitsins fullnægjandi til þess að ná tilætluðum árangri að gera Já það skylt að gæta jafnræðis, hlutlægni og gagnsæis gagnvart þeim aðilum sem óska eftir aðgangi að upplýsingum í gagnagrunninum. Í þessu felst m.a. að Já skal tryggja að upplýsingaþjónusta félagsins og keppinautar þess fái aðgang og alla nauðsynlega tengda þjónustu með sambærilegum eftirfarandi hætti:

- Í fyrsta lagi er Já gert skylt að veita upplýsingastarfsemi félagsins og keppinautum félagsins jafnan aðgang að upplýsingum í gagnagrunni félagsins með sama verði og skilmálum, gæðum og þjónustustigi.
- Í öðru lagi skal upplýsingastarfsemi Já annars vegar og keppinautar félagsins hins vegar hafa sama aðgang að upplýsingum um tæknileg og önnur nauðsynleg atriði sem tengjast með eðlilegum hætti fyrirspurnum og beiðnum um aðgang að gagnagrunninum. Á það við um hvers konar mikilvægar viðskiptalegar eða tæknilegar upplýsingar. Aðgangur og tenging mögulegra keppinauta Já í upplýsingamiðlun skal vera með sama hætti og smásala Já í upplýsingamiðlun hefur að gagnagrunninum.



Við mat á því hvaða upplýsingar um er að ræða er að mati Samkeppniseftirlitsins rétt að hafa í huga atvik þessa máls og það samkeppnisforskot sem Já hefur umfram mögulega keppinauta sína. Eins ber að líta til þeirra upplýsinga sem Já hefur haft aðgengilegar samkvæmt samningum um aðgang í skoðunarskyni.

Með hliðsjón af framangreindu telur Samkeppniseftirlitið rétt að allar upplýsingar sem skráðar eru um einstaklinga og fyrirtæki í grunninn skuli fylgja með í þeim aðgangi sem Já er gert skylt að veita samkvæmt framangreindu.¹³³ Að frátöldum auglýsingum, feitलेtrunum og lituðum línunum (rauð, blá, græn). Um er að ræða eftirfarandi upplýsingar, eftir því sem við á:

- Nafn rétthafa
- Aukanafn (Aukanotendur)
- Aukalínur - undirlínur¹³⁴
- Starfsheiti
- Símanúmer
- Kennitala
- Heimilisfang
- Póstnúmer og staður
- Bannmerking
- Veffang
- Netfang
- Faxnúmer

Þar sem breyting hefur orðið á fyrirkomulagi um varðveislu gagnagrunns yfir alla áskrifendur á Íslandi, sbr. ákvörðun PFS nr. 31/2013, og með Verklagsreglum PFS um skráningu og miðlun upplýsinga um áskrifendur sem úthlutað hefur verið númerum í fastlínu- og farsímakerfum, dags. 4. júní 2014, er eðlilegt að fyrirmæli til Já verði tekin til endurskoðunar. Samkeppniseftirlitið mun fyrir 1. mars 2016 hefja slíka athugun. Verður þá metið hvort annars vegar aðgerðir PFS og hins vegar fyrirmæli skv. þessari ákvörðun hafi í grundvallaratriðum breytt samkeppnisaðstæðum. Á þessum tíma kann m.a. keppinautur Já að verða orðið fært að uppfæra sjálfir aðrar upplýsingar en sem frá fjarskiptafyrirtækjum koma (beint eða í gegnum HÍN) og að bæta við nýjum upplýsingum, hver í sinn upplýsingagrunn. Verður þá metið hvort þörf sé á því að viðhalda þessum fyrirmælum, breyta þeim eða fella niður.

Í ákvörðunarorði er fyrirmælum beint til Já til að tryggja framangreint. Þau fela í sér þær meginreglur sem gilda skulu m.a. um aðgang að gagnagrunninum. Eðlilegt er að Já hafi visst svigrúm við mat á því með hvaða hætti fyrirmælunum sé fylgt. Hins vegar er eðlilegt að Já kynni Samkeppniseftirlitinu tímanlega ný kjör sín og aðrar aðgerðir og útfærslur áður en þær koma til framkvæmda. Er með því móti stuðlað að því að jákvæðar breytingar á markaðnum komi sem fyrst til framkvæmda.

¹³³ Um er að ræða allar upplýsingar sem skráðar eru í aðalgrunn Já (Master grunninn), sbr. viðauka 7 með bréfi Já dags. 30. apríl 2012: Minnisblað frá tæknistjóra Já sem útskýrir hvað er „aðgangur“ að gagnagrunni.

¹³⁴ Hér undir fellur m.a. firmaheiti og öll símanúmer skráð á fyrirtækið, þ.m.t. númer allra deilda þess.



2. Ætluð góð trú og réttmætar væntingar

Já telur engin efni til að gripið verði til viðurlagaheimilda samkvæmt 37. gr. samkeppnislaga. Kveðst Já hafa verið í góðri trú og hafa haft réttmætar væntingar um að verðskrár þess hafi samræmst samkeppnislögum allt frá árinu 1998. Er rétt að víkja nánar að þessu.

2.1 Sjónarmið Já

Já bendir á að Landssíminn, forveri Já, hafi með bréfi, dags. 13. mars 1998, sent Samkeppnisstofnun fyrirhugaða gjaldskrá fyrir aðgang að gagnagrunni fyrir útgáfu símaskrár eða annarrar birtingar sambærilegra upplýsinga. Í fylgiskjöllum með umræddu bréfi sé gerð grein fyrir forsendum verðlagningar fyrir aðgang að gagnagrunni símaskrár. Þar komi skýrt fram að seldar væru *skráningar (einnig kallað „línur“)*. Í minnisblaði frá KPMG, dags. 23. febrúar 1998, segi orðrétt um þetta: „Telja verður eðlilegt að miða verðlagningu á gagnagrunni símaskrár til notenda tölvuneta og diska á grundvelli þeirra lína sem viðskiptavinir kaupa þar sem þeir myndu að öllum líkindum ekki kaupa allan gagnagrunninn, heldur einungis afmarkaða þætti hans.“

Í bréfi Landssímans segi jafnframt: „Meginhugmyndin er sú að verðleggja upplýsingarnar með tilliti til innihalds (útgáfur A, B og C) og ætlaðs útgáfuforms þeirra sem kaupa aðgang að grunninum.“ Því næst sé gerð grein fyrir hinum ólíku útgáfuformum og áætluðum fjölda kaupenda. Þá segi: „Með þessari útfærslu þ.e. ef leyfilegt er að mismuna með tilliti til notkunar, er verið að gera þeim aðilum auðveldara fyrir sem ætla í verðminnsta (ódyrasta) útgáfuformið eins og tölvudisk. Önnur leið er að taka ekki tillit til notkunar upplýsinganna (útgáfa E) og verðleggja eins til allra sem trúlega hefur í för með sér að útgáfa á tölvudiski væri erfið vegna kostnaðar.“

Samkeppnisstofnun hafi ekki séð ástæðu til að gera athugasemdir, fyrir utan eina ábendingu, vegna umræddrar gjaldskrár eða uppbyggingu hennar, sbr. bréf stofnunarinnar dags. 19. mars 1998. Verðskrá Já og forvera félagsins hafi tekið mið af þessari afstöðu samkeppnisyfirvalda.

Það sem mestu skipti sé að félagið og forveri þess hafi haft réttmætar væntingar um að gjaldskráin og uppbygging hennar væri í samræmi við samkeppnislög allt fram til þess að Samkeppniseftirlitið boðaði mögulega bráðabirgðaákvörðun, sbr. bréf eftirlitsins dags. 13. janúar 2012. Það hafi ekki verið fyrr en þá og síðan aftur í andmælaskjali eftirlitsins, sem samkeppnisyfirvöld hafi gefið til kynna að gjaldskráin og uppbygging sé í andstöðu við samkeppnislög. Með því að taka undir frumniðurstöðu PFS frá 1. júlí 2011 og gera hana að sinni hafi með öðrum orðum orðið alger stefnubreyting á langvarandi stjórnarsýsluframkvæmd Samkeppniseftirlitsins. Í stað þess að miða við fjölda skráninga (eða lína) telji Samkeppniseftirlitið, rétt eins og PFS, að miða beri við áætlaða notkun endanotenda.

Með vísan til framangreinds hafi Já og forveri félagsins verið í góðri trú um að ekki kæmi til eftirmála vegna þeirrar gjaldskrár félagsins sem lengst af hafi verið í gildi. Með réttu hafi Samkeppniseftirlitið átt að tilkynna félaginu sérstaklega um þessa breyttu afstöðu samkeppnisyfirvalda, sbr. álit umboðsmanns Alþingis í máli nr. 652/1992 frá 18. mars 1993.



Einnig setji sjónarmið um bann við afturvirkni réttarreglna stjórnvöldum ákveðin mörk um *hvenær* heimilt sé að láta breytingu á stjórnsluframkvæmd *taka gildi*. Á meðan Samkeppniseftirlitið hafi ekki tekið um það bindandi stjórnvaldsákvörðun, sem kynnt hafi verið Já, að falla frá fyrri stjórnsluframkvæmd, hljóti Já að líta svo á að eldri afstaða eftirlitsins sé enn í fullu gildi. Hafi þetta að lágmarki þá þýðingu í máli þessu að engin efni geti verið til álagningar stjórnvaldssekta.

2.2 Mat Samkeppniseftirlitsins

Hugtakið réttmætar væntingar tekur til þess þegar stjórnvöld gefa fyrirtækjum nákvæm fyrirheit sem skapa væntingar sem eru réttlætanlegar.¹³⁵ Hagsmunirnir sem væntingarnar taka til verða einnig að vera þess eðlis að þeir verðskuldi vernd.¹³⁶

Með bréfi, dags. 13. mars 1998, sendi Landssíminn bréf til Samkeppnisstofnunar. Fram kemur í því að meðfylgjandi sé „*til kynningar gjaldskrá fyrir aðgang að gagnagrunni fyrir útgáfu símaskrár eða til annarrar birtingar sambærilegra upplýsinga.*“ Fylgdu með bréfinu fjórar útgáfur af því hvernig verðlagningu gæti verið háttað. Samkeppnisstofnun svaraði með bréfi frá 19. mars 1998. Vakin var athygli á því að tiltekin gjaldtaka í einni útgáfunni kynni að orka tvímælis. Síðan segir:

„Samkeppnisstofnun telur að öðru leyti ekki ástæðu til að gera athugasemdir við þær hugmyndir sem fram koma í tilvitnuðu bréfi og minnisblöðum er því fylgdu. Rétt er hins vegar að taka fram að berist Samkeppnisstofnun formlegar athugasemdir vegna umræddrar gjaldskrár eða uppbyggingar hennar mun stofnunin rannsaka það með hefðbundnum hætti og grípa til ráðstafana verði talin ástæða til þess.“

Samkvæmt þessu voru forvera Já ekki gefin nákvæm fyrirheit sem gátu skapað réttmætar væntingar. Þá ber einnig að líta til þess að árinu 1998 var lagaumhverfið frábrugðið. Þá var ekki að finna í samkeppnislögum bann við misnotkun á markaðsráðandi stöðu en slíkt bann tók fyrst gildi hér á landi með lögum nr. 107/2000 sem breyttu eldri samkeppnislögum. Við gildistöku þeirra laga lögðust ríkar skyldur á markaðsráðandi fyrirtæki. Bréf Samkeppnisstofnunar frá 1998 gat engu breytt um þetta.

Hér að framan er því lýst að á rannsóknartímabili þessa máls hafi kjör og verðskrár Já tekið verulegum breytingum. Þrátt fyrir þetta er því haldið fram af hálfu Já að félagið hafi allar götur frá árinu 1998 byggt á þeirri aðferðarfræði við verðlagningu á aðgangi að gagnagrunni símaskrár sem kynnt hafi verið Samkeppnisstofnun 1998.

¹³⁵ Reglan um réttmætar væntingar í íslenskum stjórnslurétti er, líkt og aðrar stjórnslureglur (jafnræðisreglan, meðalhófsreglan, andmælaréttur o.fl.) svipuð eða lík þeirri sem gildir í EES/ESB-rétti, sbr. t.d. Stefán Már Stefánsson, Evrópusambandið og Evrópska Efnahagssvæðið, 2000 bls. 195-196. Í dómi undirréttar ESB frá 12. júní 2014 í máli nr. T-286/09, Intel v Commission, er reglunni lýst svo í mgr. 161: „... according to settled case-law, the right to rely on the principle of the protection of legitimate expectations, which is one of the fundamental principles of the European Union, extends to any individual in a situation in which it is clear that the European Union authorities, by giving him precise assurances, have caused him to entertain legitimate expectations. Such assurances, in whatever form they are given, are precise, unconditional and consistent information from authorised and reliable sources. However, a person may not plead breach of the principle unless he has been given precise assurances by the authorities ...“

¹³⁶ Sjá álit Mazák aðalögusögmans hjá dómstóli ESB 22. apríl 2010 í máli nr. C-280/08P, mgr. 36.



Samkeppniseftirlitið bendir einnig á að aðferð við útreikninga sem lýst er í framangreindu bréfi Landssímans tekur mið að allt öðrum aðstæðum en átt hafa við Já á þeim tíma sem kvartendur leituðu eftir aðgangi að gagnagrunni Já á árunum 2009 – 2011. Þó að í bréfi Landssímans sé rætt um aðgang að gagnagrunni verður af framsetningu í útreikningum ekki annað ráðið en að um afhendingu á afriti af gagnagrunninum sé að ræða og síðan af uppfærslum á þeim grunni (þ.e. nýskráningar og breytingar). Ekki hafi verið um rafrænan aðgang að ræða og þar af leiðandi ekki uppflettingar líkt og gert er ráð fyrir í verðskrár Já sem kynntar voru kvartendum. Útreikningar Landssímans eru ennfremur byggðir á áætluðum árlegum rekstrarkostnaði sem myndar síðan grunn að verðmæti gagnagrunnsins að teknu tilliti til innhalds hvernar færslu. Áætlað var fyrir fjölda kaupenda og verð hvernar skráningar fundið. Í þessari útfærslu er framleiðslueiningin skráning, með mismunandi innihald, og sölueiningin er skráning, með mismunandi innihald. Þá var á þessum tíma rekstur gagnagrunnsins jafnframt hluti af rekstri og starfsemi Landssímans. Við verðútreikningana var sjálfu fjarskiptaneti félagsins gert að taka að hálfu þátt í rekstri og uppbyggingu gagnagrunnsins. Öðrum aðilum sem vildu nýta upplýsingar úr grunninum var ætlað að standa undir rekstrinum að hálfu, þ.m.t. Símaskrá og Upplýsingaveitu Landssímans. Aðstæður eru allt aðrar hjá Já.

Í verðskrár Já á tímabilinu 2009 til 2011 er gert ráð fyrir almennt tveimur möguleikum sem varðar þennan samanburð. Skráningin innifelur í öllum tilfellum nafn réttthafa, heimilsfang og símanúmer nema í verðskrá frá 28.11.2011 en þá er bætt við kennitölu og bannmerki. Í fyrri möguleikanum er afhending á gagnagrunninum í heild. Virðist í því tilfelli aðeins gert ráð fyrir einum kaupanda. Í hinu tilfallinu er gert ráð fyrir beintengingu við gagnagrunninn, sem er uppfærður 1x á sólarhring, með uppflettingum og er þá gert annars vegar ráð fyrir föstu mánaðargjaldi óháð fjölda uppflettinga og hins vegar engu mánaðargjaldi heldur gjaldi í samræmi við fjölda uppflettinga. Verð fyrir aðgang þ.e. fyrir framleiðslueiningu með uppflettingu er fundið út frá árlegum rekstararkostnaði deilt með fjölda kennitalna í grunninum sem leiðir til herra verðs. Sölueiningin er hins vegar uppfletting á fyrrgreindu verði og þá væntanlega það sama til allra mögulegra kaupenda. Aðferðarfræði sem þessi við verðlagningu stenst ekki, hvorki að mati Samkeppniseftirlitsins né, eins og fram hefur komið, PFS.

Gagnagrunnur sem hér um ræðir er þess eðlis að hann eyðist ekki við uppflettingar. Hver skráning er endurnýtanleg en hún getur tekið breytingum. Aðferðafræði Já hvað varðar verðlagningu á uppflettingum í grunninum stenst því ekki skoðun. Við útreikningana frá 1998 var ekki gert ráð fyrir beintengingu og uppflettingum heldur var gert ráð fyrir afhendingu á afrituðum upplýsingum, bæði nýskráningum og breytingum. Ekki virðist hins vegar vera gert ráð fyrir fleiri en einum kaupanda upplýsinganna hjá Já. Aðferðarfræði við verðlagningu líkt og hjá Já sem byggir á því að framleiðslueiningin sé ekki sú sama og seld eining og að ekki sé gert ráð fyrir fleiri en einum kaupanda sýnir að beitt er allt annarri aðferðafræði en gert var í útreikningum frá 1998. Samkvæmt framangreindu er ljóst að aðstæður árið 1998 og forsendur sem notaðar voru við útreikningana þá geta ekki verið fordæmi fyrir Já nú, enda atvik og aðstæður á markaðnum allt aðrar nú heldur en voru árið 1998.

Líkt og umfjöllunin hér á undan sýnir eru haldlausar röksemdir Já að fyrri framkvæmd eða átölulaus háttsemi hafi skapað fyrirtækinu rétt til þess að við henni yrði ekki raskað. Ekki er heldur um neina breytingu á stjórnsluframkvæmd að ræða.



Með ákvörðun samkeppnisráðs nr. 30/1997 voru lögð þau fyrirmæli á forvera Já að veita aðgang að gagnagrunninum á jafnréttisgrundvelli. Já hefur í málinu staðhæft að félagið telji sig ekki bundið af niðurstöðum samkeppnisyfirvalda gagnvart forverum þess enda sé þar um aðra lögaðila að ræða. Hins vegar telur Já sig geta reist rétt á bréfi sem Samkeppnisstofnun ritaði forvera þess. Er því ekki fullt samræmi í umfjöllun Já að þessu leyti.

Samkvæmt framansögðu getur Samkeppniseftirlitið ekki fallist á það með Já að fyrirtækið hafi getað haft réttmætar væntingar um að kjör þess og skilmálar sem giltu fyrir aðgang að gagnagrunninum á rannsóknartímabilinu væru í samræmi við samkeppnislög. Á þessum grunni var heldur ekki um ræða góða trú hjá Já.

3. Viðurlög

Samkvæmt 37. gr. samkeppnislaga leggur Samkeppniseftirlitið sektir á fyrirtæki sem brjóta gegn 11. gr. samkeppnislaga og 54. gr. EES-samningsins nema brotið teljist óverulegt eða af öðrum ástæðum sé ekki talin þörf á slíkum sektum til að stuðla að og efla virka samkeppni.

Eins og leiðir af orðalagi 1. mgr. 37. gr. laganna er tilgangur ákvæðisins sá að varnaðaráhrif sekta stuðli að framkvæmd samkeppnislaga og þar með að aukinni samkeppni, sbr. einnig úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 10/2011, *Síminn hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Meginreglan er sú að leggja skal á sekt vegna brota á ákvæðum samkeppnislaga, sbr. dóm Hæstaréttar frá 9. febrúar 2012 í máli nr. 205/2011, *Samkeppniseftirlitið gegn Icelandair ehf.* Ákvæðið felur hins vegar ekki í sér skyldu til álagningar sekta við öllum brotum á bannákvæðum laganna. Mjög ríkar ástæður verða hins vegar að réttlæta það að sektum sé ekki beitt vegna brota á samkeppnislögum, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 10/2008, *Sundagarðar ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

Í 37. gr. samkeppnislaga kemur m.a. fram að sektir geti numið allt að 10% af veltu síðasta almanaksárs hjá því fyrirtæki eða samtökum fyrirtækja sem aðild eiga að samkeppnishömlunum. Við ákvörðun sekta ber skv. ákvæðinu að hafa hliðsjón af eðli og umfangi samkeppnishamla og hvað þær hafa staðið lengi. Einnig ber að líta til þess hvort um ítrekuð brot sé að ræða. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2006 *Dagur Group hf. gegn Samkeppniseftirlitinu* segir að hér sé ekki um að ræða tæmandi talningu á þeim atriðum sem horfa má til við álagningu sekta. Hefur áfrýjunarnefndin talið að það megi einnig líta t.d. til stærðar fyrirtækja sem teljast brotleg, huglægrar afstöðu stjórnenda og hagnaðarsjónarmiða, sbr. einnig t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar í máli nr. 3/2008, *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu*. Hafa dómstólar staðfest þessa túlkun áfrýjunarnefndar, sbr. t.d. dóm Hæstaréttar frá 14. mars 2013 í máli nr. 355/2012, *Lyf og heilsa hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Eðlilegt er að túlka 37. gr. laganna með hliðsjón af EES/ESB-samkeppnisrétti, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 10/2011.¹³⁷

¹³⁷ Í athugasemdum við 2. gr. frumvarps sem varð að lögum nr. 52/2007 er fjallað um tillögur að breytingum á 37. gr. samkeppnislaga: „Í ákvæðinu er mælt fyrir um skyldu Samkeppniseftirlitsins til að leggja



Eðli og umfang brota

Fyrir liggur að Já hafði yfir að ráða eina heildstæða gagnagrunninum um símanúmer hér á landi og var í einokunarstöðu á rannsóknartímabili málsins. Málið varðar því öll heild- og smásöluviðskipti um þjónustu sem byggir á aðgangi að þessum grunni. Starfsemi Já varðar hagsmuni sem hafa þýðingu fyrir bæði neytendur og fyrirtæki. Synjun um aðgang að slíkri ómissandi aðstöðu er til þess fallin að hafa skaðleg áhrif á samkeppni og vera til tjóns fyrir neytendur og þjóðfélagið í heild. Með háttsemi sinni hindraði Já eða kom í veg fyrir að samkeppni gæti átt sér stað á þessu sviði. Var þetta til þess fallið að draga úr valkostum á markaði og leiða til verri þjónustu eða kjara en ella.

Samkvæmt framansögðu eru brot þessa máls þeirrar tegundar, bæði með hliðsjón af eðli þeirra og umfangi, að full ástæða er til beita sektarheimild 37. gr. samkeppnislaga.

Tímalengd brota o.fl.

Brot Já í málinu hafa staðið a.m.k. frá árinu 2009 til ársloka 2011, sbr. umfjöllun hér að framan. Í skilningi samkeppnislaga hefur brot Já því staðið lengi, sbr. dóm Hæstaréttar Íslands frá 18. nóvember 2010 í máli nr. 188/2010, *Hagar hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Horfir þetta til þyngringar viðurlaga.

Huglæg afstaða

Brot gegn 11. gr. samkeppnislaga á sér stað óháð því hvort um er að kenna gáleysi eða ásetning hins brotlega fyrirtækis. Saknæmisstigið ræður því ekki úrslitum.¹³⁸ Hins vegar hefur áfrýjunarnefnd samkeppnismála bent á að huglæg afstaða þeirra sem hlut eiga að broti geti skipt máli við mat á fjárhæð sekta, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar í máli nr. 8/2008. Samkeppniseftirlitið vísar hér til þess að í samkeppnisrétti er talið að brot sé framið af ásetningi þegar viðkomandi aðila mátti vera ljóst að aðgerðum hans var ætlað að raska samkeppni. Ekki er skilyrði að viðkomandi hafi verið það ljóst að aðgerðir hans fælu í sér brot á samkeppnisreglum.¹³⁹ Ásetningur getur falið í sér rök fyrir hækkun sekta en ekki er hins vegar sjálfgefið að brot framin af gáleysi eigi að leiða til lægri sekta en ella.¹⁴⁰

Hér að framan var fjallað um sjónarmið Já sem tengjast ætluðum réttmætum væntingum og góðri trú og vísast til þess.

Fram til ársloka 2010 var Já hluti af Skiptasamstæðunni en þeirri samstæðu mátti vera ljóst hvað fólst í banni samkeppnislaga við misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Í tilkynningu til Samkeppniseftirlitsins vegna kaupa Auðar á Já er vísað til 100%

stjórnvaldssektir á fyrirtæki eða samtök fyrirtækja, við nánar tiltekna aðstæður. Byggist tillagan eins og núgildandi ákvæði á fyrirmyndum úr EES/EB-samkeppnisrétti."

¹³⁸ Sjá t.d. dóm EFTA-dómstólsins frá 18. apríl 2012 í máli nr. E-15/10, *Posten Norge AS gegn Eftirlitsstofnun EFTA*: "With regard to Norway Post's second claim, that it was not and could not have been aware of the alleged anti-competitive effects of its conduct, the Court recalls that, pursuant to Article 23(2)(a) of Chapter II of Protocol 4 SCA, infringements of Articles 53 and 54 EEA may be committed both intentionally and negligently."

¹³⁹ Sjá t.d. dóm undirréttar ESB í sameinuðum málum nr. T-202, 204 og 207/98 *Tate & Lyle, British Sugar plc and Napier Brown plc v Commission* [2001] 5 CLMR 22: "It is settled case-law that, for an infringement of the competition rules of the Treaty to be regarded as having been committed intentionally, it is not necessary for an undertaking to have been aware that it was infringing those rules. It is sufficient that it could not have been unaware that its conduct was aimed at restricting competition."

¹⁴⁰ Sjá t.d. dóm dómstóls ESB í máli nr. C-137/95P *SPO v Commission* [1996] ECR I-1611.



markaðshlutdeildar Já. Gögn málsins sýna einnig að eigendur og helstu stjórnendur Já voru fyrir kaupin á félaginu upplýstir um að Já væri í markaðsráðandi stöðu í skilningi samkeppnisréttar, og raunar í einokunarstöðu, og að slíkri stöðu fylgdu nokkrar samkeppnislegar kvaðir, m.a. bann við misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Já mátti einnig vera ljóst að misnotkun á slíkri stöðu gæti falist í því að neita um aðgang að gagnagrunninum eða bjóða aðgang á kjörum sem í raun fælu í sér höfnun á aðgangi.

Samkeppniseftirlitið telur að sú háttsemi Já sem lýst hefur verið í ákvörðun þessari og felur í sér synjun um aðgang að ómissandi aðstöðu hafi verið meðvituð aðgerð til að viðhalda og styrkja markaðsráðandi stöðu Já á umræddum mörkuðum. Að mati Samkeppniseftirlitsins gat Já m.a. ekki dulist að sú háttsemi að setja fram sérstaka verðskrá fyrir aðgang í atvinnuskyni sem felur í sér verð sem er tugum milljónum hærra en verðskrá fyrir skoðunaraðgang gæti raskað samkeppni.

Leikur ekki vafi á því að Já mátti vera því ljóst að aðgerðir þær sem mál þetta tekur til gætu farið gegn samkeppnislögum.

Möguleg áhrif

Ákvæði 37. gr. samkeppnislaga gera ekki samkvæmt orðalagi sínu þá kröfu að sektir séu metnar með hliðsjón af þeim áhrifum sem viðkomandi ráðstöfun hefði í reynd haft á markaðnum. Hefur áfrýjunarnefnd samkeppnismála í því samhengi bent á að „*ekki skipti öllu máli hvort skaðleg áhrif hafi sannanlega orðið í hvert og eitt sinn þegar markaðsráðandi staða er misnotuð*“, sbr. úrskurð í máli nr. 10/2011 *Síminn hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Af þessu leiðir að bæði er heimilt og eðlilegt, í því skyni að skapa varnaðaráhrif, að leggja á stjórnvaldssektir vegna brots á bannreglum samkeppnislaga þrátt fyrir að ekki sé sýnt fram á samkeppnislegan skaða, t.d. að verð hafi hækkað eða keppinautur hafi hrökklast út af markaðnum, sbr. t.d. dóm Hæstaréttar í máli nr. 550/2007 *Árdegi hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Er þetta sama regla og gildir í EES/ESB-samkeppnisrétti.¹⁴¹ Hefur komið skýrt fram að við mat á sektum sé ekki þörf á að horfa til þess að brot hafi ekki skilað viðkomandi fyrirtæki hagnaði eða öðrum ávinningi. Eftir sem áður sé rétt að leggja á sektir til að tryggja varnaðaráhrif.¹⁴²

Ef hins vegar „*sýnt er fram á að ólögmet aðgerð hafi komist til framkvæmda getur það haft áhrif til hækkunar sekta*“ eins og segir í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í

¹⁴¹ Sjá hér t.d. mgr. 165-166 í dómi dómstóls ESB frá 6. desember 2012 í máli C-457/10 *AstraZeneca v. Commission*. Sjá einnig dóm undirréttar ESB frá 30. september 2003 í máli nr. T-203/01 *Michelin v Commission*: „... the applicant states that, in the contested decision ... the Commission based its assessment of the seriousness of the infringement on its alleged effects, without carrying out a detailed analysis. It maintains that the Commission made a serious error of assessment in evaluating the alleged effects of the infringement for the purpose of determining its seriousness. The applicant, submits that the practices complained of never had the anti-competitive effects which the Commission alleges. The Court notes that, in the contested decision, the Commission did not examine the specific effects of the abusive practices. Nor was it required to do so ... It is true that, in recitals 355 to 357 of the contested decision, the Commission speculated on the effects of the abusive conduct. However, the seriousness of the infringement was established by reference to the nature and the object of the abusive conduct. ... it is clear from settled case-law ... that factors relating to the object of a course of conduct may be more significant for the purposes of setting the amount of the fine than those relating to its effects.“

¹⁴² Sjá t.d. dóm undirréttar ESB í máli nr. T-213/00 *CMA CGM and others v Commission* [2003] ECR II913: „...the fact that an undertaking did not benefit from an infringement cannot, according to the case-law, preclude the imposition of a fine, since otherwise it would cease to have a deterrent effect ... It follows that, contrary to Senator Lines' argument, the Commission is not required, in order to fix fines, to establish that the infringement brought about an unlawful advantage for the undertakings concerned, or to take into consideration any lack of benefit from the infringement“



máli nr. 3/2008. Skipta ber mati á áhrifum af samkeppnislagabroti í tvennt. Annars vegar hvort tiltekið brot hafi verið framkvæmt. Ólögmaður samningur markaðsráðandi fyrirtækis sem kemst til framkvæmda er dæmi um þetta, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 1/2002 *Skífan hf. gegn samkeppnisráði*. Hins vegar þarf að meta hvort framkvæmdin hafi leitt af sér bein áhrif á markaðnum, t.d. á verð vöru eða þjónustu eða á keppinaut.¹⁴³ Báðar þessar tegundir af áhrifum af broti geta falið í sér rök til hækkunar á sektum.

Í máli þessu liggur fyrir að umræddum aðgerðum Já var hrint í framkvæmd. Með aðgerðum sínum kom Já í veg fyrir því að Miðlun og Loftmyndir fengju aðgang að gagnagrunninum og efndu til nýrrar samkeppni. Horfir þetta til þyngingar viðurlaga.

Fjárhagslegur styrkleiki o.fl.

Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2006, *Dagur Group hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*, segir:

„Til þess að stjórnslusektir sem þessar geti haft tilætluð áhrif verður loks að taka mið af styrkleika áfrýjanda en þar kemur velta hans á síðasta almanaksári og þeirrar samstæðu, sem hann tilheyrir, einkum til skoðunar.“

Í úrskurði áfrýjunarnefndar í máli nr. 14/2009 *Hagar hf. gegn Samkeppniseftirlitinu* er framangreint áréttað og bent á að ef við ákvörðun viðurlaga sé ekki horft til fjárhagslegs styrkleika sé ekki nægjanlega stuðlað að því að fyrirtæki virði samkeppnislög.

Já er markaðsráðandi á þeim mörkuðum sem skilgreindir hafa verið í máli þessu. Eins og fram kemur í kaflanum um efnahagslegan styrkleika Já hér á undan voru heildartekjur Já um milljarður króna á ári á árunum 2009 og 2010 (995 m.kr. og 1.1014 m.kr.) og um 1.100 m.kr. á ári árin 2011 og 2012. Hafa verður hliðsjón af þessari stöðu við mat á sektum.

Með vísan til alls framangreinds telur Samkeppniseftirlitið hæfilegt að leggja kr. 50.000.000 (fimmtíu milljónir kr.) sekt á Já vegna brota félagsins gegn 11. gr. samkeppnislaga og 54. gr. EES-samningsins.

¹⁴³Af úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 14/2001 má ráða að gerður er greinarmunur annars vegar á því hvort tiltekið samráð hafi komist til framkvæmda og hins vegar hvort samráðið hafi haft bein áhrif á verð (verðáhrif). Sjá hér einnig t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar EB í *Zinc Phosphate Cartel* málinu [2003] 5 CMLR 14: „... the actual impact of a complex of agreements in the market depends on, first whether these arrangements were implemented and, secondly, whether the implementation of these arrangements produced an effect in the market.“



VIII. ÁKVÖRÐUNARORÐ:

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

1.

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

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

2.

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

2.1

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

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

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

2.2

Já hf. er skylt að gæta jafnræðis, hlutlægni og gagnsæis gagnvart þeim aðilum sem óska eftir aðgangi að upplýsingum í gagnagrunni félagsins. Í þessu felst m.a. að Já skal tryggja að upplýsingaþjónusta félagsins og keppinautar þess fái aðgang og alla nauðsynlega tengda þjónustu með eftirfarandi hætti:

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



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

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

2.3

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

2.4

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

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

2.5

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

2.6

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

Samkeppniseftirlitið

Páll Gunnar Pálsson