



SKÝRSLA FRAMSÖGUMANNNS

í máli E-6/17

BEIÐNI samkvæmt 34. gr. samningsins milli EFTA-ríkjanna um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls um ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins (dómstólsins), frá Héraðsdómi Reykjavíkur, í máli

Fjarskipta hf.

og

Símans hf.

varðandi skýringu á 54. gr. samningsins um Evrópska efnahagssvæðið.

I Inngangur

1. Með bréfi dagsettu 30. júní 2017, sem skráð var í málaskrá dómstólsins 19. júlí 2017, óskaði Héraðsdómur Reykjavíkur ráðgefandi álits í máli milli tveggja fjarskiptafyrirtækja, Fjarskipta hf. (Fjarskipti) og Símann hf. (Síminn).
2. Málið sem rekið er fyrir Héraðsdómi Reykjavíkur varðar málshöfðun Fjarskipta gegn Símanum þar sem krafist er skaðabóta vegna tjóns sem rakið er til þess að Síminn hafi verðlagt lúkningargjöld of hátt frá miðju ári 2001 til ársins 2007. Síminn hefur uppi gagnsök í málinu og krefst skaðabóta vegna tjóns sem rakið er til óhóflegra lúkningargjalda Fjarskipta.
3. Héraðsdómur Reykjavíkur spurði fjögurra spurninga. Fyrstu tvær spurningarnar lúta að því hvaða þýðingu 54. gr. samningsins um Evrópska efnahagssvæðið (EES-samningsins) hafi við meðferð mála fyrir innlendum dómstólum þar sem fjallað er um skaðabótakröfur vegna brota á samkeppnisreglum EES-samningsins. Síðari tvær spurningarnar varða það álitafni hvað teljist ólögætur verðþrýstingur í andstöðu við 54. gr. EES-samningsins.

II Löggjöf

EES-réttur

4. Í 54. gr. EES-samningsins segir:

Misnotkun eins eða fleiri fyrirtækja á yfirburðastöðu á svæðinu sem samningur þessi tekur til, eða verulegum hluta þess, er ósamrýmanleg framkvæmd samnings þessa og því bönnuð að því leyti sem hún kann að hafa áhrif á viðskipti milli samningsaðila.

Slík misnotkun getur einkum falist í því að:

- (a) beint eða óbeint sé krafist ósanngjarns kaup- eða söluverðs eða aðrir ósanngjarnir viðskiptaskilmálar settir;*
- (b) settar séu takmarkanir á framleiðslu, markaði eða tækniþróun, neytendum til tjóns;*
- (c) öðrum viðskiptaaðilum sé mismunað með ólíkum skilmálum í sams konar viðskiptum og samkeppnisstaða þeirra þannig veikt;*
- (d) sett sé það skilyrði fyrir samningagerð að hinir viðsemjendurnir taki á sig viðbótarskuldbindingar sem tengjast ekki efni samninganna, hvorki í eðli sínu né samkvæmt viðskiptavenju.*

5. Bókun 4 við samninginn milli EFTA-ríkjanna um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls fjallar um störf og valdsvið eftirlitsstofnunar EFTA á sviði samkeppni. Í öðrum málslíð 1. mgr. 3. gr. í II. hluta II. kafla bókunarinnar segir:

Ef samkeppnisyfirvöld í EFTA- ríkjunum eða innlendir dómstólar beita innlendum samkeppnislögum vegna misnotkunar sem er bönnuð samkvæmt 54. gr. EES-samningsins skulu þau einnig beita 54. gr. EES-samningsins.

Landsréttur

6. EES-samningurinn var fullgiltur og veitt lagagildi á Íslandi með 1. og 2. gr. laga nr. 2/1993 um Evrópska efnahagssvæðið. Ákvæði 54. gr. EES-samningsins voru innleidd með 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005. Sú grein er að verulegu leyti samhljóða 54. gr. EES-samningsins.

III Málavextir og meðferð málsins

7. Í beiðni Héraðsdóms Reykjavíkur um ráðgefandi álit kemur fram að aðilar málsins veiti alhliða fjarskiptaþjónustu á Íslandi, þar með talið farsímaþjónustu.

8. Síminn hóf rekstur á sviði fjarskipta árið 1994. Forverar fyrirtækisins, sem voru í eigu íslenska ríkisins, höfðu einkarétt á því að eiga og reka almennt fjarskiptanet á Íslandi. Einkaleyfi ríkisins var afnumið með lögum 1. janúar 1998.

9. Starfsemi Fjarskipta má rekja til ársins 1998, þegar forveri þess hóf rekstur. Árið 2005 var félagið Fjarskipti stofnað sem sérstakt dótturfélag sem bar ábyrgð á öllum fjarskiptarekstri forvera síns og tók við öllum eignum, réttindum og skyldum sem tengdust þeim rekstri.

10. Um tíma bárust Samkeppniseftirlitinu fjöldi kvartana vegna háttsemi Símans. Ein þessara kvartana varðaði meinta misnotkun á markaðsráðandi stöðu í formi verðþrýstings. Með ákvörðun nr. 7/2012 komst Samkeppniseftirlitið að þeirri niðurstöðu að Síminn hefði meðal annars brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga og 54. gr. EES-samningsins með því að hafa frá miðju ári 2001 til ársins 2007 beitt keppinauta sína, þar á meðal Fjarskipti, ólögmatum verðþrýstingi með verðlagningu á lúkningargjaldi. Síminn kærði ákvörðunina til áfrýjunarnefndar samkeppnismála sem staðfesti ákvörðun Samkeppniseftirlitsins.

11. Hinn 26. mars 2013 gerðu Samkeppniseftirlitið og Síminn með sér heildarsátt um lok tiltekinna mála sem stofnunin hafði haft til rannsóknar. Í sáttinni fólst meðal annars að úrskurður áfrýjunarnefndarinnar fæli í sér endanlegar lyktir málsins og að niðurstöðu hennar yrði ekki skotið til dómstóla.

12. Fjarskipti töldu sig hafa greitt Símanum of há lúkningargjöld á tímabilinu 2001 til 2007 og hefðu af þeim sökum orðið fyrir töluverðu tjóni. Hinn 13. september 2013 sendu Fjarskipti Símanum kröfubréf þar sem krafist var bóta. Með bréfi dagsettu 21. október 2013 hafnaði Síminn kröfunni þar sem fyrirtækið taldi skilyrði skaðabótaskyldu ekki vera til staðar og að ekki væru færðar sönnur á ætlað tjón.

13. Fjarskipti höfðuðu mál vegna ágreiningsins fyrir Héraðsdómi Reykjavíkur. Síminn hafði uppi gagnsök á hendur Fjarskiptum með þeim rökum að Síminn hefði greitt Fjarskiptum of há lúkningargjöld sem næmu enn hærri fjárhæð en krafa Fjarskipta á hendur Símanum hljóðaði upp á. Síminn hélt því fram að bæði Fjarskipti og forveri fyrirtækisins hefðu hagað verðlagningu sinni þannig að innankerfissímtöl milli þeirra eigin viðskiptavina hafi verið verðlögð langt undir þeim lúkningargjöldum sem þeir hafi krafist Símann um í þeim tilvikum þegar viðskiptavinir Símans hringdu í viðskiptavinum þeirra.

14. Lúkningargjöld höfðu verið ákveðin á grundvelli samninga milli félaganna, sem byggðust á skyldu þeirra samkvæmt lögum um fjarskipti um að semja um slík gjöld sín á milli. Með ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar í apríl 2003 var Símanum gert að lækka verð fyrir lúkningu á símtölum sem enduðu í GSM-farsímaneti. Í kjölfarið lækkaði Síminn lúkningargjöld sín. Lúkningargjöld samkeppnisaðila Símans fóru hins vegar hækkandi á tímabilinu fram undir lok árs 2006.

15. Fjarskipti byggja kröfu sína á því að öllum sem verða fyrir tjóni sem rekja má til brots á 54. gr. EES-samningins skuli tryggðar bætur fyrir tjón sitt. Í beiðni um ráðgefandi álit kemur fram að meðal þess sem deilt er um í málinu sé hvort við mat á því hvort skilyrði skaðabótaskyldu séu fyrir hendi sé áskilið að fyrir liggja endanleg niðurstaða þar til bærra stjórnvalda um að brotið hafi verið gegn 54. gr. EES-samningsins. Annað ágreiningsefni er hvort slík endanleg niðurstaða verði að liggja fyrir til að unnt sé að meta hvað teljist ólögmætur verðþrýstingur í andstöðu við 54. gr. EES-samningsins.

16. Í beiðninni kemur fram að skýring 54. gr. EES-samningsins gæti haft verulega þýðingu fyrir úrslit málsins. Á þeim grundvelli ákvað Héraðsdómur Reykjavíkur að fresta rekstri málsins og óska svara EFTA-dómstólsins við eftirfarandi spurningum:

1. Felst það í áhrifaríkri framkvæmd EES-samningsins að einstaklingur eða lögaðili í EFTA-ríki eigi að geta byggt á 54. gr. samningsins fyrir innlendum dómstól til þess að sækja skaðabætur vegna brots gegn bannákvæðum þeirrar greinar?
2. Skiptir máli, við mat á því hvort skilyrði skaðabótakröfu vegna brots gegn samkeppnisreglum séu fyrir hendi, hvort fyrir liggja endanleg niðurstaða þar til bærra stjórnvalda um brot gegn 54. gr. EES-samningsins?
3. Telst það ólögmætur verðþrýstingur, í andstöðu við 54. gr. EES-samningsins, þegar markaðsráðandi fyrirtæki á heildsölumarkaði verðleggur lúkningargjöld til samkeppnisaðila með þeim hætti að eigin smásala hins markaðsráðandi fyrirtækis gæti ekki hagnast á sölu innankerfissímtala ef hún þyrfti að standa undir þeim kostnaði við sölu þeirra, við þær aðstæður, þegar markaðsráðandi fyrirtækið sjálft þarf jafnframt að kaupa lúkningu af þessum sömu samkeppnisaðilum, á hærra verði en því sem það selur samkeppnisaðilum lúkningu á?
4. Er nægjanlegt að fyrirtæki sé í markaðsráðandi stöðu á viðkomandi heildsölumarkaði til að geta gerst sekt um ólögmætan verðþrýsting, í andstöðu við 54. gr. EES-samningsins, eða þarf fyrirtækið jafnframt að vera í markaðsráðandi stöðu á viðkomandi smásölumarkaði?

IV Skrifleg málsmeðferð fyrir dómstólnum

17. Í samræmi við 20. gr. stofnsamþykktar EFTA-dómstólsins og 97. gr. málsmeðferðarreglna hans hafa skriflegar greinargerðir borist frá eftirtöldum aðilum:

- Fjarskiptum, í fyrirsvari er Dóra Sif Tynes, hdl.
- Símanum, í fyrirsvari er Halldór Brynjar Halldórsson, hdl., fyrir hönd Helgu Melkorku Óttarsdóttur, hrl.

- Íslensku ríkisstjórninni, í fyrirsvari eru, sem umboðsmaður, Jóhanna Bryndís Bjarnadóttir, lögfræðingur í utanríkisráðuneytinu, sem með-umboðsmenn, Heimir Skarphéðinsson, lögfræðingur í atvinnuvega- og nýsköpunarráðuneytinu, og Guðmundur Haukur Guðmundsson, lögfræðingur í Samkeppniseftirlitinu, og Gizur Bergsteinsson, hrl., sem málflutningsmaður.
- Norsku ríkisstjórninni, í fyrirsvari sem umboðsmenn eru Ketil Bøe Moen og Henrik Kolderup, lögmenn hjá skrifstofu ríkislögmanns, og Carsten Anker, sérfræðingur hjá utanríkisráðuneytinu.
- Eftirlitsstofnun EFTA (ESA), í fyrirsvari sem umboðsmenn eru Claire Simpson, Ingibjörg Ólöf Vilhjálmisdóttir og Carsten Zatschler frá lögfræði- og framkvæmdasviði ESA.
- Framkvæmdastjórn Evrópusambandsins (framkvæmdastjórnin), í fyrirsvari sem umboðsmenn eru Giuseppe Conte, Gero Meeßen og Martin Farley, frá lagaskrifstofu framkvæmdastjórnarinnar.

V Samantekt málsástæðna

Fjarskipti

18. Fjarskipti koma í upphafi á framfæri þeirri athugasemd að með því að breyta bókun 4 við samninginn milli EFTA-ríkjana um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls hafi EFTA-ríkin leitast við að laga valddreifða beitingu samkeppnisreglna EES-samningsins að samkeppnislöggjöf ESB. Tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2014/104/ESB frá 26. nóvember 2014 um tilteknar reglur sem gilda um skaðabótamál samkvæmt landslögum vegna brota á ákvæðum samkeppnislaga aðildarríkjana og Evrópusambandsins (Stjtið. ESB 2014 L 349, bls. 1) (tilskipun 2014/104/ESB) hafi hins vegar ekki verið tekin upp í EES-samninginn. Með vísan til þess að tilskipunin sé ekki hluti EES-réttar halda Fjarskipti því fram að þær réttarheimildir sem eigi við í málinu séu aðferðafræði og dómaframkvæmd Evrópudómstólsins sem voru grundvöllur að lögfestingu tiltekinna ákvæða tilskipunar 2014/104/ESB.

19. Hvað varðar fyrstu spurninguna benda Fjarskipti á að Evrópudómstóllinn hafi ítrekað komist að þeirri niðurstöðu að einstaklingar eða rekstraraðilar geti byggt á samkeppnisákvæðum sáttmálans um starfshætti Evrópusambandsins fyrir innlendum dómstólum. Virkni þessara ákvæða, einkum þeirra sem kveða á um bann, yrði stefnt í hættu ef ekki væri fyrir hendi réttur til að sækja bætur vegna tjóns sem stafar af samkeppnishamlandi eða samkeppnisraskandi háttsemi.¹ EFTA-dómstóllinn hafi einnig lagt áherslu á mikilvægi einkaréttarlegra úrræða og haldið því fram að hvetja ætti til þeirra,

¹ Vísað er til dóms í máli *Courage and Crehan*, C-453/99, EU:C:2001:465, 26. mgr.

þar sem slík úrræði geti haft verulega þýðingu við að tryggja virka samkeppni innan EES. Réttur til að krefjast bóta innan EES ætti að vera hliðstæður sambærilegum reglum sambandsréttar.²

20. Í ljósi þessa halda Fjarskipti því fram að EES-samningurinn veiti einstaklingum eða lögaðilum rétt til að krefjast skaðabóta vegna brota á samkeppnislögum, þar með talið vegna brota gegn 54. gr. EES-samningsins. Það leiði af trúnaðarskyldunni að innlendir dómstólar verði að tryggja rétt einkaaðila til að krefjast skaðabóta fyrir brot gegn ákvæðinu. Fjarskipti leggja jafnframt áherslu á að bókun 4 við samninginn milli EFTA-ríkjanna um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls, sem hefur verið innleidd í landsrétt, kveði á um valddreifingu við beitingu samkeppnisreglna EES-samningsins. Það sé af þeim sökum hafið yfir vafa að innlendum dómstólum sé ætlað að beita 54. gr. EES-samningsins.

21. Að því er varðar aðra spurninguna benda Fjarskipti á að ESB hafi lögfest tiltekin skilyrði skaðabótakrafna með tilskipun 2014/104/ESB í þeim tilgangi að liðka fyrir beitingu einkaréttarlegra úrræða. Að mati Fjarskipta krefst meginreglan um einsleitni þess að samsvarandi réttindi séu fyrir hendi innan EES og telur að hvað sem líði töfum á að tilskipun 2014/104/ESB verði tekin upp í EES-samninginn beri að beita gildandi EES-rétti með þeim hætti að réttur til að krefjast skaðabóta sé virkur og að tryggð sé einsleit réttarvernd.

22. Fjarskipti halda því fram að það fæli í sér brot á meginreglunni um skilvirkni ef einstaklingi eða lögaðila væri gert að sanna að nýju brot gegn 54. gr. EES-samningsins í þeim tilvikum þegar innlend samkeppnisyfirvöld hefðu þegar slegið því föstu að slíkt brot hefði átt sér stað. Í tilvikum þar sem endanleg niðurstaða liggur fyrir, eins og á við í þessu máli, gengi það í berhöggi við skuldbindingar EES-samningsins ef ekki væri unnt að byggja á slíkri ákvörðun í skaðabótamáli fyrir innlendum dómstólum.

23. Fjarskipti leggja til að dómstóllinn taki mið af því að tilskipun 2014/104/ESB feli í sér lögfestingu dómaframkvæmdar sem megi hafa til hliðsjónar innan EFTA-stoðarinnar. Að mati Fjarskipta leiði það af meginreglunni um einsleitni og trúnaðarskyldu að dómstólar verði að vega saman annars vegar þörfina á viðurkenningu jafnra réttinda innan alls EES og hins vegar hugsanlegar afleiðingar vegna tafa á upptöku í EES-samninginn. Það krefjist vandlegrar skoðunar á því hvort EES-réttur geti leitt til sömu niðurstöðu og innan ESB. Í þessu samhengi leggja Fjarskipti áherslu á mikilvægi þess að meginreglurnar um jafngildi og skilvirkni séu hafðar til hliðsjónar.

24. Hvað varðar þriðju spurninguna þá benda Fjarskipti á að í fræðiskrifum sé verðþrýstingur skilgreindur sem háttsemi markaðsráðandi fyrirtækis sem felist í beitingu verðlagningaradrifðar sem hindri virka samkeppni á síðara sölustigi af hálfu samkeppnisaðila sem reiði sig á aðföng frá markaðsráðandi fyrirtækinu á fyrra sölustigi,

² Vísað er til mála E-14/11 *DB Schenker* gegn *ESA (DB Schenker I)* [2012] EFTA Ct. Rep. 1178, 132. mgr., og E-7/12 *DB Schenker* gegn *ESA (DB Schenker II)* [2013] EFTA Ct. Rep. 310, 139. mgr.

þar sem mismunurinn milli aðfanga- og smásöluverðs markaðsráðandi fyrirtækisins sé of lítill til að samkeppnisaðilar geti keppt á árangursríkan hátt. Verðþrýstingur geti eingöngu átt sér stað þegar markaðsráðandi lóðrétt starfandi fyrirtæki útvegi keppinautum sínum heildsöluaðföng á síðara sölustigi.

25. Fjarskipti halda því fram að til að unnt sé að slá því föstu að misnotkun hafi átt sér stað þurfi að vera ljóst að háttsemi hafi samkeppnishamlandi áhrif á markaðnum, en að ekki sé áskilið að áhrifin séu nákvæmlega tilgreind. Nægilegt sé að sýna fram á samkeppnishamlandi áhrif sem kunni að útiloka keppinauta sem eru að minnsta kosti jafn skilvirkir og markaðsráðandi fyrirtækið.³

26. Fjarskipti telja enn fremur að líta verði heildstætt til allra málavaxta. Einkum þurfi að taka tillit til verðlagningar og kostnaðar hjá markaðsráðandi fyrirtækinu. Aðeins ætti að kanna verðlagningu og kostnað keppinauta í einstökum tilvikum þegar ekki er unnt að vísa til þessara þátta hjá markaðsráðandi fyrirtækinu. Einnig þurfi að sýna fram á að ætluð ólögmat háttsemi sé ekki réttlætanager af fjárhagslegum ástæðum.⁴ Loks telja Fjarskipti ekki skipta máli hvort markaðsráðandi fyrirtæki þurfi að kaupa þjónustu frá keppinautum á hærra verði en sínu eigin verði.

27. Hvað varðar fjórðu spurninguna, þá halda Fjarskipti því fram að markaðsyferráð á síðara sölustigi séu ekki áskilin til þess að brot geti talist framið á fyrra sölustigi. Möguleiki markaðsráðandi fyrirtækis til að hafa áhrif á markaðinn og misnota þannig stöðu sína sé lykilþáttur í að komist verði að niðurstöðu um brot gegn 54. gr. EES-samningsins. Það hafi ekki þýðingu að keppinautar markaðsráðandi fyrirtækisins teljist markaðsráðandi á sínum eigin farsímanetum.

Síminn

28. Hvað snertir fyrstu spurninguna þá bendir Síminn á að báðir aðilar málsins vísi til 54. gr. EES-samningsins til stuðnings kröfum sínum, hvort tveggja í aðalsök og gagnsök. Aðilar virðist því sammála um að svara eigi fyrstu spurningunni játandi. Síminn telur að það felist í áhrifaríkri framkvæmd EES-samningsins að einstaklingur eða lögaðili í EFTA-ríki geti byggt á 54. gr. EES-samningsins fyrir innlendum dómstólum til að krefjast skaðabóta vegna brots gegn bannákvæðum greinarinnar.

29. Í tengslum við aðra spurninguna heldur Síminn því fram að þar sem tilskipun 2014/104/ESB hafi enga þýðingu í málinu beri að svara spurningunni á grundvelli EES-réttar eins og hann var fyrir samþykkt tilskipunarinnar.

³ Vísað er til dóma í málunum *Deutsche Telekom*, T-271/03, EU:T:2008:101; *Deutsche Telekom*, C-280/08 P, EU:C:2010:603; og *TeliaSonera Sverige*, C-52/09, EU:C:2011:83.

⁴ Vísað er til áður tilvitnaðs máls *TeliaSonera Sverige*.

30. Síminn heldur því fram að sjálfstæðar einkaréttarlegar málshöfðanir, þ.e. skaðabótakröfur í málum þar sem ekki liggur fyrir ákvörðun þar til bærra stjórnvalda, gegni lykilhlutverki við að framfylgja samkeppnislöggjöf bæði ESB og EES. Það hafi því takmarkaða þýðingu hvort endanleg niðurstaða þar til bærra stjórnvalda liggja fyrir, enda beri að hvetja til sjálfstæðra einkaréttarlegra málshöfðana þar sem engin slík ákvörðun hefur verið tekin. Einstaklingar og fyrirtæki verði að geta fylgt skaðabótakröfum eftir með sjálfstæðri einkaréttarlegri málshöfðun í málum sem ekki er fylgt eftir af þar til bærum stjórnvöldum. Að öðrum kosti yrði skilvirkni samkeppnisreglnanna stefnt í voða.

31. Síminn bendir enn fremur á að sjálfstæðar einkaréttarlegar málshöfðanir brúi bilið sem er til staðar varðandi eftirfylgni samkeppnisreglna, sem stafi af því að þar til bær stjórnvöld hafa ekki bolmagn til að beita sér gagnvart öllum brotum. Málshöfðanir af þessu tagi auki varnaðaráhrif samkeppnisreglna og auki jafnframt líkur á að upp komist um samkeppnislagabrot. Ekki sé ávallt nauðsynlegt að vísa til ákvörðunar framkvæmdastjórnarinnar eða þar til bærra stjórnvalda sem slái því föstu að brot hafi verið framið.⁵ Vernda þurfi réttindin sem kveðið er á um í 54. gr. EES-samningsins og virkni ákvæðisins með því að tryggja að unnt sé að sækja skaðabætur fyrir innlendum dómstólum.

32. Síminn telur að svarið við annarri spurningunni þurfi að fela í sér að við mat á því hvort skilyrði skaðabótakröfu séu uppfyllt hafi það mismunandi þýðingu hvort fyrir liggja endanleg niðurstaða þar til bærra stjórnvalda, en það ráðist af sönnunar- og skaðabótareglum landsréttar sem ekki séu samræmdar milli samningsaðila. Mikilvægi þess að endanleg niðurstaða liggja fyrir geti aldrei verið slíkt að það haldi aftur af sjálfstæðum einkaréttarlegum málshöfðunum sem gegni lykilhlutverki að því er varðar áhrifaríka framkvæmd 53. og 54. gr. EES-samningsins.

33. Að því er varðar þriðju spurninguna telur Síminn að mat á því hvort háttsemi feli í sér ólögmetan verðþrýsting ráðist af því hvort viðkomandi háttsemi útiloki skilvirka keppinauta, þar sem þeim yrði nauðgur sá kostur að verðleggja vörur sínar á viðkomandi smásölumarkaði þannig að tap yrði af eða þyrftu að lækka arðsemiskröfu sína til að geta keppt við markaðsráðandi fyrirtækið.⁶ Ekki sé því um að ræða verðþrýsting nema háttsemin útiloki frá markaðnum samkeppnisaðila sem eru jafn skilvirkir og markaðsráðandi fyrirtækið.⁷

34. Síminn telur staðreyndir málsins sýna að Fjarskipti hafi verið fær um að taka þátt í samkeppni með hagnaði, eins og fyrirtækið gerði á löngu tímabili, og auka á sama tíma markaðshlutdeild sína. Þessar staðreyndir samræmist ekki hugtaksskilgreiningu og eðli verðþrýstings. Þá hafi innkoma nýs keppinautar á markaðinn, og sú staðreynd að hámarkið sem ákveðið var fyrir lúkningargjöld hans var umtalsvert hærra en hámarkið sem gildi fyrir

⁵ Vísað er til dóma í áður tilvitnuðu máli *Courage and Crehan*, og *Manfredi and Others*, C-295/04 til C-298/04, EU:C:2006:461.

⁶ Vísað er til áður tilvitnaðs máls *Deutsche Telekom T-271/03*, 38. mgr.; áður tilvitnaðs máls *Deutsche Telekom*, 143. mgr.; og áður tilvitnaðs máls *TeliaSonera Sverige*, 33. mgr.

⁷ Vísað er til dóms í máli *Intel*, C-413/14 P, EU:C:2017:632, 141. mgr.

lúkningargjöld Símans, verið til marks um að verðlagning Símans hafi ekki verið til þess fallin að hindra markaðsaðgang. Síminn telur enn fremur að hann hafi verið háður aðgangi að farsímaneti keppinauta sinna á sama hátt og þeir voru háðir aðgangi að farsímaneti Símans og að Síminn hafi þurft að greiða hærra verð fyrir þennan aðgang en keppinautar hans þurftu að greiða fyrir aðgang að farsímaneti Símans.

35. Með hliðsjón af þessu telur Síminn að svara verði þriðju spurningunni neitandi, að því gefnu að hámarkið sem ákveðið er fyrir lúkningargjöld markaðsráðandi fyrirtækisins af hálfu eftirlitsaðila sé umtalsvert lægra en á við um lúkningargjöld nýrra þátttakenda á markaði. Í slíkum tilvikum sé ekki hægt að líta á það sem ólögmatan verðþrýsting ef fyrirtæki í markaðsráðandi stöðu á heildsölumarkaði ákveður lúkningargjöld fyrir sína keppinauta með þeim hætti að eigin smásala markaðsráðandi fyrirtækisins gæti ekki hagnast á sölu innankerfissímtala ef hún þyrfti að standa undir þeim kostnaði við sölu þeirra, við sömu aðstæður, þegar markaðsráðandi fyrirtækið sjálf þarf jafnframt að kaupa lúkningu af þessum sömu keppinautum á hærra verði en því sem það selur lúkningu á til sinna keppinauta.

36. Hvað varðar fjórðu spurninguna telur Síminn ljóst með hliðsjón af kenningum á sviði lögfræði og dómaframkvæmd að til að sýna fram á misnotkun markaðsráðandi stöðu í formi verðþrýstings nægi að viðkomandi fyrirtæki hafi markaðsráðandi stöðu á viðkomandi heildsölumarkaði. Staða fyrirtækisins á viðkomandi smásölumarkaði hafi ekki þýðingu fyrir slíka niðurstöðu.⁸

Íslenska ríkisstjórnin

37. Að því er varðar fyrstu spurninguna þá bendir íslenska ríkisstjórnin á að framkvæmd samkeppnisreglna EES-samningsins hvíli á tveimur stöðum: annars vegar skyldu opinberra aðila til að framfylgja reglum með beitingu viðurlaga (sú skylda hvílir á samkeppnisyfirvöldum) og hins vegar einkaréttarlegri eftirfylgni (sem einkaaðilar eiga frumkvæði að í samræmi við einkaréttarleg réttarfarsúrræði).⁹ Þrátt fyrir að þessar tvær stöðir séu ólíkar vinni þær saman. Fyrri stöðinni sé ætlað að hafa varnaðaráhrif en þeirri síðari sé ætlað að tryggja þeim sem hafa orðið fyrir tjóni skaðabætur.

38. Íslenska ríkisstjórnin telur að hvetja ætti til einkaréttarlegra úrræða, enda gagnist þau við að tryggja virka samkeppni innan EES.¹⁰ Virkni samkeppnisreglna sem gilda innan EES yrði stefnt í hættu ef ekki væri til staðar réttur til að krefjast skaðabóta vegna tjóns sem rekja má til sammings eða háttsemi sem hefur samkeppnishamlandi eða samkeppnisraskandi áhrif.¹¹ Innlendir dómstólar gegni lykilhlutverki við beitingu

⁸ Vísað er til áður tilvitnaðs máls *TeliaSonera Sverige*, 83.-89. mgr.

⁹ Vísað er til álits Kokott lögsögumanns í málinu *Kone and Others*, C-557/12, EU:C:2014:45, 59. mgr.

¹⁰ Vísað er til áður tilvitnaðs máls *DB Schenker I*, 132. mgr.

¹¹ Vísað er til dóma í áður tilvitnuðu máli *Courage and Crehan*, 26. mgr.; áður tilvitnuðu máli *Manfredi and Others*, 60. og 90. mgr.; og *Donau Chemie*, C-536/11, EU:C:2013:366, 27. mgr.; og *Otis and Others*, C-199/11, EU:C:2012:684, 41. mgr.

samkeppnisreglna EES-samningsins, enda verndi þeir réttindi sem stofnað er til samkvæmt EES-rétti með því að dæma þeim bætur sem verða fyrir tjóni vegna samkeppnisbrota.¹² Íslenska ríkisstjórnin leggur því til að dómstóllinn svari fyrstu spurningunni játandi.

39. Að því er varðar aðra spurninguna þá bendir íslenska ríkisstjórnin á að í ljósi þess að EES-réttur hafi ekki að geyma reglur um réttarfarslega málsmeðferð og réttarfarsúræði sé það í höndum EES-ríkjanna að ákveða málsmeðferðarreglur um málshöfðanir til að tryggja vernd réttinda sem byggja á EES-rétti. Undir þetta falli réttindi til að krefjast skaðabóta vegna tjóns af völdum brota á samkeppnisreglum EES-samningsins, að því gefnu að virtar séu meginreglurnar um jafngildi og skilvirkni.¹³ Innlend samkeppnisyfirvöld séu hvað þetta varðar í betri aðstöðu en einkaaðilar til að koma auga á brot og til að afla sönnunargagna um slík brot, enda krefjist rannsóknir á samkeppnisbrotum flókinnar greiningar á málavöxtum og fjárhagslegum þáttum.

40. Ef engin endanleg niðurstaða liggur fyrir af hálfu þar til bærra samkeppnisyfirvalda hafi einkaaðilar enga fullvissu um að brotið hafi verið gegn samkeppnisreglum EES-samningsins. Að mati íslensku ríkisstjórnarinnar heldur þessi óvissa um niðurstöðu mála aftur af sjálfstæðum einkaréttarlegum málshöfðunum. Einkaaðilar bíði að jafnaði endanlegrar ákvörðunar þar til bærra samkeppnisyfirvalda og reisa í kjölfarið skaðabótakröfu á þeirri ákvörðun fyrir innlendum dómstól. Íslenska ríkisstjórnin leggur til að ekki sé greint á milli sjálfstæðra einkaréttarlegra málshöfðana og málshöfðana í kjölfar ákvarðana yfirvalda þar sem slík aðgreining sé til þess fallin að halda aftur af beitingu einkaréttarlegra úrræða gagnvart samkeppnisbrotum. Samkvæmt íslenskum rétti teljist ákvörðun Samkeppniseftirlitsins endanleg þegar ekki er lengur hægt að leita endurskoðunar á henni (með því er átt við að ákvörðun hafi ekki verið áfrýjað innan viðeigandi tímafrests, eða að hún hafi verið staðfest af áfrýjunarnefnd samkeppnismála og dómstólum).

41. Með hliðsjón af þessu, og til að svara annarri spurningunni sem beint var til dómstólsins, telur íslenska ríkisstjórnin að endanleg niðurstaða þar til bærra stjórnvalda um brot gegn 54. gr. EES-samningsins sé ekki skilyrði þess að krefjast megi skaðabóta fyrir innlendum dómstól, jafnvel þótt slík ákvörðun sé til hagsbóta fyrir málshefjanda.

42. Hvað varðar þriðju spurninguna bendir íslenska ríkisstjórnin á að á markaðsráðandi fyrirtækjum hvíli sérstakar skyldur til þess að tryggja að háttsemi þeirra raski ekki virkri

¹² Vísað er til inngangsorða reglugerðar ráðsins (EB) nr. 1/2003 frá 16. desember 2002 um framkvæmd samkeppnisreglna sem mælt er fyrir um í 81. og 82. gr. sáttmálans (Stjtíð. ESB 2002 L 1, bls. 1), sem hefur þýðingu við skýringu á bókun 4 við samninginn milli EFTA-ríkjanna um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls.

¹³ Vísað er til dóma í áður tilvitnuðu máli *Courage and Crehan*, 29. mgr.; áður tilvitnuðu máli *Manfredi and Others*, 62., 64. og 81. mgr.; áður tilvitnuðu máli *Donau Chemie*, 27. mgr.; og máli *Kone and Others*, C-557/12, EU:C:2014:1317, 24.-26., 32. og 33. mgr.

samkeppni á innri markaðnum.¹⁴ Ákvæði 54. gr. EES-samningsins banni markaðsráðandi fyrirtækjum að beita verðlagningu sem útiloki keppinauta frá markaði og styrki markaðsráðandi stöðu fyrirtækisins með óréttlátum samkeppnisaðferðum.¹⁵ Ákvæðið feli ekki í sér tæmandi upptalningu á hvers konar háttsemi sem geti jafngilt misnotkun á markaðsráðandi stöðu.¹⁶ Í reynd megi draga þá ályktun af dómaframkvæmd að tilteknar aðferðir markaðsráðandi fyrirtækja við verðlagningu geti í eðli sínu falið í sér misnotkun. Dómstóllinn hafi komist að þeirri niðurstöðu að verðþrýstingur feli í sér sjálfstæða misnotkun samkvæmt 54. gr. EES-samningsins.¹⁷

43. Þrátt fyrir þetta eigi 54. gr. EES-samningsins aðeins við um markaðsráðandi fyrirtæki; því sé nauðsynlegt að kanna stöðu beggja málssaðila á viðkomandi mörkuðum.¹⁸ Íslenska ríkisstjórnin telur að við mat á því hvort rekstraraðili fjarskiptanets hafi beitt ólögnum verðþrýstingi sé jafnframt nauðsynlegt að greina fleiri þætti málsins og hafa hliðsjón af öllum aðstæðum sem máli skipta. Í þessu sambandi bendir íslenska ríkisstjórnin á að tilteknir rekstraraðilar fjarskiptanets, þar á meðal Síminn, séu í sérstaklega sterkri stöðu, sem einkum stafi af einokunarstöðunni sem fyrirtækið naut áður en frelsi var aukið á fjarskiptamarkaði.

44. Íslenska ríkisstjórnin nefnir einnig að samkvæmt íslenskum lögum hvíli skylda á rekstraraðilum fjarskiptaneta til að samtengja fjarskiptanet sín þannig að notendur geti átt samskipti milli netanna. Rekstraraðilum beri að koma sér saman um lúkningargjöld sem gildi sín á milli og veita hverjir öðrum aðgang að sínu neti, en það takmarki möguleika þeirra til að nýta kaupendastyrk. Ýmsir þættir skipti því máli við mat á markaðsyfirráðum á heildsölumarkaði. Þegar metið er hvort markaðsráðandi fyrirtæki hafi misnotað stöðu sína með verðlagningu sinni sé enn fremur nauðsynlegt að kanna allar aðstæður málsins og rannsaka hvort háttsemin komi í veg fyrir eða takmarki frelsi kaupanda til að velja hvaðan hann útvegar aðföng, hindri aðgang keppinauta að markaðnum, setji ólíka skilmála fyrir sams konar viðskipti við aðra viðskiptaáðila, eða styrki markaðsráðandi stöðu með því að raska samkeppni.¹⁹

45. Við mat á því hvort um verðþrýsting er að ræða þurfi að líta til kostnaðar og viðskiptaáætlunar markaðsráðandi fyrirtækis og áætla mismuninn milli heildsölu- og smásöluverðs. Ekki sé hins vegar þörf á að sýna fram á að verðlagningin sem slík feli í sér

¹⁴ Vísað er til máls E-15/10, *Posten Norge*, [2012] EFTA Ct. Rep. 246, 177. mgr., og dóma í máli *Michelin*, C-322/81, EU:C:1983:313, 57. mgr.; máli *Post Danmark*, C-209/10, EU:C:2012:172, 23. mgr.; og áður tilvitnuðu máli *Intel*, 135. mgr. og tilvitnaðrar dómaframkvæmdar.

¹⁵ Vísað er til áður tilvitnaðs máls *Intel*, 136. mgr.; áður tilvitnaðs máls *Deutsche Telekom*, 177. mgr. og tilvitnaðrar dómaframkvæmdar; og áður tilvitnaðs máls *TeliaSonera Sverige*, 39. mgr.

¹⁶ Vísað er til dóms í máli *British Airways*, C-95/04, EU:C:2007:166, 57. mgr. og tilvitnaðrar dómaframkvæmdar.

¹⁷ Vísað er til máls E-29/15, *Sorpa* [2016] EFTA Ct. Rep. 827; og áður tilvitnaðs máls *Deutsche Telekom*, 183. mgr.

¹⁸ Vísað er til áður tilvitnaðs máls *Deutsche Telekom*, 170. mgr.

¹⁹ Vísað er til áður tilvitnaðs máls *TeliaSonera Sverige*, 28. mgr., og áður tilvitnaðs máls *Deutsche Telekom*, 175. mgr. og tilvitnaðrar dómaframkvæmdar.

misnotkun.²⁰ Í þessu samhengi bendir íslenska ríkisstjórnin á að samþykki innlendrar eftirlitsstofnunar á verðlagningu markaðsráðandi fyrirtækisins útiloki ekki að hún verði talin fela í sér misnotkun samkvæmt 54. gr. EES-samningsins ef markaðsráðandi fyrirtækið hefur heimild til að breyta henni.²¹ Til þess að verðþrýstingur teljist fela í sér misnotkun þurfi slík háttsemi jafnframt að hamla samkeppni á markaðnum og þurfi slík áhrif ekki að vera nákvæmlega tilgreind heldur aðeins að vera til þess fallin að útiloka keppinauta sem eru að minnsta kosti jafn skilvirkir.²²

46. Með hliðsjón af þessu telur íslenska ríkisstjórnin það benda til ólögmæts verðþrýstings ef smásöludeild markaðsráðandi fyrirtækis gæti ekki hagnast af sölu símtala (þ.e. yrði fyrir tapi) ef hún þyrfti að standa undir sama kostnaði af lúkningargjöldum og giltu innan síns farsímanets.²³ Sú staðreynd að markaðsráðandi fyrirtækið þurfi jafnframt að kaupa lúkningu af keppinautum sínum á hærra verði en það sjálft bjóði keppinautum sínum hafi ekki áhrif á þessa niðurstöðu. Há lúkningargjöld aftri neytendum frá því að skipta um farsímaþjónustu; stór áskrifendahópur fyrirtækis þýði að hlufallslega fleiri símtöl keppinauta séu millikerfasímtöl en hjá eigin áskrifendum viðkomandi fyrirtækis. Há lúkningargjöld hafi þar af leiðandi áhrif á samkeppni bæði á heildsölu- og smásölustigi. Það standi samkeppni fyrir þrifum og sé neytendum til tjóns.²⁴

47. Að mati íslensku ríkisstjórnarinnar ber að svara þriðju spurningunni játandi.

48. Hvað snertir fjórðu spurninguna þá bendir íslenska ríkisstjórnin aðeins á að það leiði af dómaframkvæmd að ekki sé nauðsynlegt fyrir markaðsráðandi fyrirtæki á fyrri sölustigi að vera einnig markaðsráðandi á síðara sölustigi til að það teljist hafa beitt verðþrýstingi sem feli í sér misnotkun. Sú staðreynd að háttsemi markaðsráðandi fyrirtækis, sem feli í sér misnotkun, hafi skaðleg áhrif á öðrum markaði en þeim sem fyrirtækið hefur ráðandi stöðu á, dragi ekki í reynd úr gildi bannákvæða 102. gr. sáttmálans um starfshætti Evrópusambandsins og, að sama skapi, 54. gr. EES-samningsins.²⁵

49. Íslenska ríkisstjórnin telur af þessum sökum að spurningunni um hvort verðlagning sem ákveðin er af lóðrétt starfandi markaðsráðandi fyrirtæki á viðkomandi heildsölumarkaði feli í sér misnotkun ráðist ekki af því hvort fyrirtækið hafi einnig markaðsráðandi stöðu á smásölumarkaðnum.

²⁰ Vísað er til áður tilvitnaðs máls *TeliaSonera Sverige*, 41.-44. mgr., og áður tilvitnaðs máls *Deutsche Telekom*, 169., 183. og 198.-203. mgr.

²¹ Vísað er til áður tilvitnaðs máls *Deutsche Telekom*, 80.-90. mgr.

²² Vísað er til dóma í áður tilvitnuðu máli *TeliaSonera Sverige*, 64. mgr., og máli *Telefónica*, C-295/12 P, EU:C:2014:2062, 124. mgr.

²³ Vísað er til áður tilvitnaðs máls *TeliaSonera Sverige*, 75.-77. mgr.

²⁴ Vísað er til dóms í máli *Intel v Commission*, T-286/09, EU:T:2014:547, 186. mgr. og tilvitnaðrar dómaframkvæmdar.

²⁵ Vísað er til dóma í áður tilvitnuðu máli *TeliaSonera Sverige*, 83-89. mgr. og tilvitnaðrar dómaframkvæmdar, og máli *Tetra Pak*, C-333/94 P, EU:C:1996:436, 25.-31. mgr.

Norska ríkisstjórnin

50. Norska ríkisstjórnin vekur athygli á því að tilskipun 2014/104/ESB hefur ekki verið tekin upp í EES-samninginn. Af þeirri ástæðu verði að svara spurningunum með hliðsjón af dómaframkvæmd EFTA-dómstólsins og Evrópudómstólsins. Að mati norsku ríkisstjórnarinnar ber fyrst af öllu að líta til þess að EES-ríkin hafa forræði um réttarfarsmálefni, þó að gættum meginreglunum um jafngildi og skilvirkni sem leiði af trúnaðarskyldu 3. gr. EES-samningsins.

51. Að því er varðar fyrstu spurninguna minnir norska ríkisstjórnin á að 3. gr. EES-samningsins leggur þá skyldu á samningsaðila að grípa til allra viðeigandi ráðstafana til að tryggja efndir á skyldum sem leiða af EES-samningnum. Þar sem ákvæði 54. gr. EES-samningsins og 102. gr. sáttmálans um starfshætti Evrópusambandsins séu nægjanlega nákvæm og óskilyrt kundi þau ekki eingöngu að leggja skyldur á fyrirtækin sem þau beinast að heldur einnig að skapa réttindi fyrir einkaaðila til að vernda hagsmuni sína ef brotið er gegn ákvæðunum. Í þessu sambandi leggur norska ríkisstjórnin áherslu á að spurningin verði ekki bein réttaráhrif í þeim skilningi sem eigi við um ólögfestar tilskipanir sambandsréttar, en enga samsvörun við þá aðstöðu sé að finna í EES-rétti, sbr. 7. gr. EES-samningsins. Álitaefnið snúist frekar um hvort 54. gr. EES-samningsins, sem hefur verið innleidd í íslenskan rétt, sé nægjanlega nákvæm og óskilyrt til að teljast ekki eingöngu leggja skyldur á fyrirtæki heldur skapa einkaaðilum að auki rétt til að standa vörð um hagsmuni sína.

52. Líkt og íslenska ríkisstjórnin bendir sú norska á að bæði EFTA-dómstóllinn og Evrópudómstóllinn hafi komist að þeirri niðurstöðu að hvetja ætti til einkaréttarlegra úrræða til að fylgja eftir 54. gr. EES-samningsins og 102. gr. sáttmálans um starfshætti Evrópusambandsins.²⁶ Réttur til að beita slíkum úrræðum sé þó ekki óheftur – það komi í hlut hvers ríkis að ákveða í sínum landsrétti hvaða skilyrði skuli gilda um beitingu hans, að gættu samræmi við meginreglurnar um jafngildi og skilvirkni.²⁷

53. Norska ríkisstjórnin styður því rétt einkaaðila til að krefjast skaðabóta fyrir tjón sem þeir verða fyrir vegna samkeppnishamlandi eða samkeppnisraskandi háttsemi sem brýtur í bága við 53. og 54. gr. EES-samningsins. Rétturinn til að krefjast skaðabóta auki virkni þessara reglna. Í þessu sambandi hafi það engin áhrif að tilskipun 2014/104/ESB hafi ekki verið tekin upp í EES-samninginn; þrátt fyrir mismunandi löggjöf byggist bæði EES-réttur og sambandsréttur á undirliggjandi viðleitni til að ná fram ávinningi af einkaréttarlegum úrræðum.

54. Norska ríkisstjórnin leggur því til að dómstóllinn svari fyrstu spurningunni játandi.

²⁶ Vísað er til áður tilvitnaðs máls *DB Schenker I*, 132. mgr.; máls E-5/13 *DB Schenker V* [2014] EFTA Ct. Rep. 304, 134. mgr.; áður tilvitnaðs máls *Courage and Crehan*, 29. mgr.; og áður tilvitnaðs máls *Manfredi and Others*, 62. og 64. gr.

²⁷ Vísað er til áður tilvitnaðs máls *Manfredi and Others* og til 11. liðar inngangsorða tilskipunar 2014/104/ESB.

55. Að því er varðar aðra spurninguna bendir norska ríkisstjórnin á að spurningin fjalli um málshöfðun Fjarskipta í kjölfar ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins og að til skoðunar sé beiting meginreglunnar um skilvirkni. Af 3. gr. EES-samningsins leiði að gefa skuli einkaaðilum kost á að framfylgja 54. gr. EES-samningsins með því að krefjast skaðabóta. Þar sem EES-samningurinn hafi ekki að geyma reglur um þetta viðfangsefni heyrir það undir réttarfarslegt sjálfsforræði EES-ríkjanna að setja réttarfarsreglur, þar á meðal um hvernig sækja megi skaðabætur í einkamáli, að því gefnu að virtar séu meginreglurnar um jafngildi og skilvirkni.²⁸

56. Í þessu samhengi bendir norska ríkisstjórnin á að 9. gr. tilskipunar 2014/104/ESB, sem fjallar um þýðingu þess að ákvarðanir samkeppnisyfirvalda liggi fyrir áður en mál séu höfðuð, hafi verið útfærð með það í huga að auka réttarvissu. Um það sem falli utan marka samræmingarákvæðis tilskipunarinnar gildi meginreglurnar um jafngildi og skilvirkni. Því er haldið fram að í máli þessu skuli samspilið milli réttarfarslegs sjálfsforræðis og fyrrnefndra meginreglna í samhengi EES-samningsins vera slíkt hið sama og var samkvæmt sambandsrétti fyrir samþykkt tilskipunar 2014/104/ESB. Innlendi dómstóllinn skuli því meta hvort viðeigandi réttarfarsreglur geri Fjarskiptum óhóflega erfitt eða ómögulegt í framkvæmd að beita réttindum sínum samkvæmt EES-rétti.

57. Hvað snertir ákvörðun innlendu samkeppnisyfirvaldanna telur norska ríkisstjórnin að með hliðsjón af því hve víðtækar rannsóknarheimildir slík yfirvöld hafi séu þau jafnan betur í stakk búin en einkaaðilar til að rannsaka og færa sönnur á að brot hafi átt sér stað. Möguleikar einkaaðila til að sanna brot gegn 54. gr. EES-samningsins væru umtalsvert minni ef ekki væri unnt að byggja á rannsókninni sem liggur að baki undangenginni ákvörðun þar til bærra stjórnvalda. Samkvæmt norskum réttarfarsreglum væri ákvörðun um að brotið hefði verið gegn 54. gr. EES-samningsins ekki bindandi fyrir viðkomandi dómstól, án tillits til þess hvort ákvörðunin hefði sætt endurskoðun. Tækist stefnanda hins vegar að benda á endanlega ákvörðun á stjórnarsýslustigi sem varðaði sömu málavexti og byggðist á sömu réttarreglum, og sem hefði hlotið vandaða stjórnarsýslulega meðferð sem fæli í sér mat á andstæðum rökum (hugsanlega einnig dómstólameðferð), megi ætla að það kæmi í hlut stefnda að tefla fram sannfærandi röksemdum, bæði lagalegum rökum og rökum sem varða staðreyndir málsins, studdum af nauðsynlegum sönnunargögnum, til að hrekja sönnunarlega og lagalega þýðingu ákvörðunarinnar. Norska ríkisstjórnin gerir ráð fyrir að það hefði, með svipuðum hætti, verulega þýðingu á Íslandi ef fyrir lægi endanleg ákvörðun samkeppnisyfirvalda.

58. Á þessum grundvelli telur norska ríkisstjórnin að svara beri annarri spurningunni játandi. Það samræmist meginreglunum um jafngildi og skilvirkni að ljá því vægi að fyrir liggi endanleg ákvörðun þar til bærra stjórnvalda um brot á 54. gr. EES-samningsins. Með

²⁸ Vísað er til áður tilvitnaðs máls *Courage and Crehan*, 29. mgr., og áður tilvitnaðs máls *Manfredi and Others*, 62.-64., 71., 72., 77., 81., 82. og 92. mgr.

réttarfarslegt sjálfsforræði ríkja í huga sé þó ljóst að það sé hlutverk Héraðsdóms Reykjavíkur að leggja mat á hversu mikið vægi slíkrar ákvörðunar skuli vera.

59. Hvað snertir þriðju spurninguna nefnir norska ríkisstjórnin að vegna eðlis lúkningarþjónustu og algerra aðgangstakmarkana að viðkomandi mörkuðum, sé jafnan gengið út frá því að hver eigandi fjarskiptanets sé markaðsráðandi að því er varðar lúkningu símtala innan eigin farsímanets.²⁹ Álitafni í tengslum við samkeppni kunni að rísa þegar fyrirtæki ákveða verð á heildsölumarkaði og séu á sama tíma lóðrétt starfandi á smásölumarkaði með símtöl þar sem þau keppa við fyrirtæki sem eru viðskiptavinir þess á heildsölumarkaðnum. Meðal slíkra álitafna sé óréttlát verðlagning, enda séu til staðar hvatar fyrir fyrirtæki sem framkvæma lúkningu til að auka kostnað keppinauta sinna með því að verðleggja lúkningargjöld þannig að þau takmarki getu keppinautanna til að keppa á smásölumörkuðum á síðara sölustigi.

60. Norska ríkisstjórnin heldur því fram að hugtakið misnotkun á markaðsráðandi stöðu sé hlutlægt hugtak sem tengist háttsemi markaðsráðandi fyrirtækis sem beiti, á markaði þar sem samkeppni er veik einmitt af völdum fyrirtækisins sem um ræðir, öðrum aðferðum en vant er í eðlilegri samkeppni með vörur eða þjónustu og byggist á viðskiptum aðila í atvinnurekstri, og þessar aðferðir raski samkeppni á markaðnum eða hindri vöxt þeirrar samkeppni.³⁰ Skýra verði 54. gr. EES-samningsins þannig að hún eigi ekki aðeins við um háttsemi sem kunni að valda neytendum tjóni með beinum hætti, heldur einnig háttsemi sem hafi skaðleg áhrif á neytendur vegna áhrifa hennar á samkeppni. Ákvæði 54. gr. EES-samningsins banni fyrirtækjum ekki að komast í markaðsráðandi stöðu á eigin verðleikum. Á slíku fyrirtæki hvíli hins vegar sérstakar skyldur til að tryggja að hegðun þess raski ekki samkeppni á innri markaði EES.³¹

61. Norska ríkisstjórnin heldur því fram að til að skera úr um hvort markaðsráðandi fyrirtæki hafi misnotað stöðu sína með verðlagningu þurfi að líta til allra aðstæðna og rannsaka hvort háttsemin sé til þess fallin að koma í veg fyrir eða takmarka frelsi kaupanda til að velja hvaðan hann aflar aðfanga, hindri aðgang keppinauta að markaði, setji ólíka skilmála fyrir sams konar viðskipti við aðra viðskiptaaðila, eða styrki yfirráðin á markaðnum með því að raska samkeppni.³²

62. Norska ríkisstjórnin telur jafnframt að til að unnt sé að slá því föstu að háttsemi feli í sér misnotkun sé áskilið að hún hafi samkeppnishamlandi áhrif á markaðnum, en að áhrifin þurfi ekki endilega að vera nákvæmlega tilgreind. Nægilegt sé að sýna fram á áhrif

²⁹ Vísað er til sjöunda liðar inngangsorða tilmæla ESA frá 13. apríl 2011 um stjórnsýslulega meðferð í tengslum við föst og hreyfanleg lúkningargjöld í EFTA-ríkjunum (Tilmæli ESA 2011).

³⁰ Vísað er til áður tilvitnaðs máls *Posten Norge*, 130. mgr.

³¹ Vísað er til áður tilvitnaðs máls *Posten Norge*, 127. mgr.

³² Vísað er til áður tilvitnaðs máls *TeliaSonera Sverige*, 28. mgr.; og áður tilvitnaðs máls *Deutsche Telekom*, 175. mgr.

sem kunnir að útiloka keppinauta sem eru að minnsta kosti jafn skilvirkir og markaðsráðandi fyrirtækið.³³

63. Hvað varðar mat á hinni gagnkvæmu aðstöðu sem vísað er til í beiðni um ráðgefandi álit, telur norska ríkisstjórnin að almennt sé ekki hægt að útiloka að verðþrýstingur sem ljóst sé að stafi af verðlagningu lúkningargjalda af hálfu markaðsráðandi fyrirtækis geti haft samkeppnishamlandi áhrif, jafnvel þótt umrætt fyrirtæki þurfi að kaupa lúkningu af keppinautum á hærra verði en sínu eigin verði.

64. Aðskilja þurfi matið á hugsanlegum samkeppnishamlandi áhrifum á markaðnum frá því mati sem fer fram í skaðabótamáli á umfangi tjóns sem verðþrýstingur, sem felur í sér misnotkun, hefur valdið viðkomandi stefnanda. Álitafnið um hugsanleg samkeppnishamlandi áhrif snúist um hvort verðþrýstingur kunnir að gera aðgang að viðkomandi smásöllumarkaði, eða vöxt innan hans, erfiðari eða ómögulegan fyrir keppinauta sem eru jafn skilvirkir og markaðsráðandi fyrirtækið.

65. Norska ríkisstjórnin telur þess vegna að svara verði þriðju spurningunni á þann veg að gagnkvæm verðlagning lúkningargjalda útiloki ekki að verðþrýstingur sem leiddur er í ljós teljist ólögmatgur. Það komi hins vegar í hlut Héraðsdóms Reykjavíkur að kanna, með hliðsjón af málavöxtum þessa máls, hvort umrædd verðlagning hafi í reynd falið í sér ólögmatan verðþrýsting sem brjóti í bága við 54. gr. EES-samningsins.

66. Að því er varðar fjórðu spurninguna telur norska ríkisstjórnin að álitafnið um hvort verðlagning, sem ákveðin er af lóðrétt starfandi fyrirtæki á heildsöllumarkaði og veldur verðþrýstingi gagnvart keppinautum fyrirtækisins á smásöllumarkaði feli í sér misnotkun, velti ekki á því hvort fyrirtækið sé markaðsráðandi á viðkomandi smásöllumarkaði. Í slíkum tilvikum þurfi þar af leiðandi ekki að kanna hvort lóðrétt starfandi markaðsráðandi fyrirtæki hafi markaðsráðandi stöðu á viðkomandi smásöllumarkaði.³⁴

ESA

67. Um fyrstu spurninguna segir ESA að virkni samkeppnisreglna EES-samningsins yrði teflt í hættu ef ekki væri fyrir hendi möguleiki á að sækja skaðabætur fyrir innlendum dómstólum vegna tjóns sem stafar af broti á 54. gr. EES-samningsins.³⁵ Líkt og íslensku og norsku ríkisstjórnirnar vekur ESA athygli á mikilvægu hlutverki innlendra dómstóla við framkvæmd samkeppnisreglna EES-samningsins og við að tryggja að hægt sé að fylgja þeim eftir með málshöfðunum einkaaðila.³⁶ Til samanburðar vísar ESA jafnframt til

³³ Vísað er til áður tilvitnaðs máls *TeliaSonera Sverige*, 64. mgr.; og áður tilvitnaðs máls *Telefónica*, 124. mgr.

³⁴ Vísað er til dóma í áður tilvitnuðu máli *TeliaSonera Sverige*, 89. mgr.; og máli *Telefónica*, T-336/07, EU:T:2012:172, 146. mgr., sem staðfest var á áfrýjunarstigi í áður tilvitnuðu máli *Telefónica*.

³⁵ Vísað er til áður tilvitnaðs máls *Courage and Crehan*, 24. og 26. mgr.; og áður tilvitnaðs máls *Manfredi and Others*, 59. og 61. mgr., sem skýra verður með hliðsjón af meginreglunni um einsleitni.

³⁶ Vísað er til inngangsorða reglugerðar nr. 1/2003.

tilskipunar 2014/104/ESB sem kveði á um að hver sá sem verður fyrir tjóni vegna brota á samkeppnislögum ESB eigi rétt á að krefjast fullra skaðabóta.

68. Að mati ESA er ljóst að aðilar á markaði geti reitt sig á 54. gr. EES-samningsins fyrir dómstólum í EFTA-ríkjum í skaðabótamálum sem varða brot á ákvæðum greinarinnar. Þar sem engin samræmd löggjöf um réttarfarsleg réttindi og úrræði sé fyrir hendi í EES-rétti komi það hins vegar í hlut EFTA-ríkjanna að ákveða réttarfarsreglur um málsóknir sem varða réttindi einstaklinga og rekstraraðila sem leiða megi af EES-rétti.³⁷ Slíkar reglur og beiting þeirra þurfi að samræmast meginreglunum um jafngildi og skilvirkni.

69. ESA heldur því fram að samkvæmt meginreglunni um jafngildi megi réttarfarsreglur landsréttar ekki veita réttindum sem leiða megi af EES-rétti lakari réttarvernd en þeim réttindum sem byggja á landsrétti. Samkvæmt meginreglunni um skilvirkni megi reglur landsréttar um rétt til að sækja bætur fyrir innlendum dómstól vegna tjóns af völdum brota á samkeppnisreglum EES-samningsins ekki hafa þau áhrif að ómögulegt sé í framkvæmd eða óhóflega erfitt að nýta þann rétt.³⁸

70. ESA bendir á að það sé hlutverk innlendra dómstóla að leggja mat á það hvort viðeigandi réttarfarsreglur landsréttar samræmist slíkum meginreglum. Að því er varðar meginregluna um skilvirkni ætti dómstóllinn meðal annars að taka til skoðunar reglur landsréttar sem varða fyrningu krafna og fyrningarfresti (þar á meðal reglur um lengd slíkra fresta og um rof fyrningarfrests í tengslum við rannsókn innlendra samkeppnisyfirvalda), og það hversu erfitt sé fyrir málsaðila að sækja skaðabætur í málum vegna brota á 54. gr. EES-samningsins (hér má nefna sönnunarreglur og reglur um aðgang að upplýsingum, auk reglna um sönnunarbyrði), hvort sem mál er höfðað í kjölfar ákvörðunar yfirvalda eða með sjálfstæðri einkaréttarlegri málshöfðun. Í þessu sambandi leggur ESA til að innlendi dómstóllinn hafi til hliðsjónar nálgunina sem liggur að baki tilskipun 2014/104/ESB, en þrátt fyrir að tilskipunin hafi ekki verið tekin upp í EES-samninginn megi líta á hana sem fyrirmynd að lagalegum ramma um skilvirk úrræði vegna samkeppnislagabrota.³⁹ Innlendi dómstóllinn verði að tryggja að þegar fyrningarfrestur samkvæmt landsrétti sé ekki rofinn í tengslum við rannsókn samkeppnisyfirvalda sé fyrningarfresturinn nægilega langur til að tryggja að til staðar sé skilvirkt úrræði vegna brota á 54. gr. EES-samningsins.⁴⁰

71. Með hliðsjón af framangreindu leggur ESA til að dómstóllinn svari fyrstu spurningunni játandi.

³⁷ Vísað er til máls E-11/12 *Beatrix Koch* [2013] EFTA Ct Rep. 272, 115. og 121. mgr. og áfram; áður tilvitnaðs máls *Courage and Crehan*, 29. mgr.; áður tilvitnaðs máls *Manfredi and Others*, 62. og 81. mgr., áður tilvitnaðs máls *Donau Chemie*, 27. mgr.; og áður tilvitnaðs máls *Kone and Others*, 21.-26., 32. og 33. mgr.

³⁸ Vísað er til áður tilvitnaðs máls *Beatrix Koch*, 121. mgr. og áfram.

³⁹ Vísað er til 10. gr. tilskipunar 2014/104/ESB.

⁴⁰ Vísað er til áður tilvitnaðs máls *Manfredi and Others*, 78.-82. mgr.

72. Hvað varðar aðra spurninguna gerir ESA tvær almennar athugasemdir. Í fyrsta lagi segist ESA skilja hugtakið „þar til bær stjórnvöld“, eins og það er notað í spurningunni, þannig að það eigi við um Samkeppniseftirlitið og áfrýjunarnefnd samkeppnismála, en þessir aðilar hafi verið til þess bærir og skyldugir til að taka ákvörðun um hvort brotið hefði verið gegn 54. gr. EES-samningsins í máli þessu. Þessir aðilar hafi beitt sér í samræmi við 1. mgr. 3. gr. og 5. gr. II. kafla bókunar 4 við samninginn milli EFTA-ríkjanna um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls, sem kveði á um að samkeppnisreglur EES-samningsins verði framkvæmdar með valddreifðum hætti af samkeppnisyfirvöldum EFTA-ríkjanna. Bókun 4 við samninginn milli EFTA-ríkjanna um stofnun eftirlitsstofnunar og dómstóls var breytt til þess að bæta við hana ákvæðum hliðstæðum þeim sem koma fram í reglugerð 1/2003, en þar með hafi verið kveðið á um valddreifða framkvæmd 53. og 54. gr. EES-samningsins innan EFTA-stoðarinnar. Í öðru lagi segist ESA telja að „endanleg niðurstaða“ sé niðurstaða sem ekki er unnt að leita endurskoðunar á, eða ekki lengur unnt að leita endurskoðunar á, eftir venjulegum leiðum. Þetta eigi við um ákvörðunina í málinu sem er til meðferðar fyrir Héraðsdómi Reykjavíkur.

73. ESA telur að þrátt fyrir að ekkert í EES-rétti kveði á um að endanleg niðurstaða þar til bærra stjórnvalda sé skilyrði skaðabótakröfu sé jafnan auðveldara fyrir stefnanda að bíða þess að þar til bær stjórnvöld komist að niðurstöðu um að brot hafi verið framið. Það stafi af því að almennt séu stjórnvöld í betri aðstöðu en þeir sem verða fyrir tjóni vegna samkeppnishamlandi háttsemi til að leiða í ljós brot á samkeppnisreglum EES-samningsins. Í því samhengi skipti einkum máli viðtækar rannsóknarheimildir stjórnvalda, þar á meðal þýðingarmikil úrræði þeirra til að afla sönnunargagna. Þegar rannsókn er hafin af hálfu þar til bærra stjórnvalda muni þeir sem orðið hafa fyrir tjóni vegna háttseminnar sem er til rannsóknar vanalega bíða þar til endanleg niðurstaða stjórnvalda liggur fyrir áður en þeir taka ákvörðun um hvort þeir kjósi að höfða mál í kjölfar ákvörðunarinnar fyrir innlendum dómstólum.

74. ESA bendir á að innan ESB feli endanleg ákvörðun yfirvalda um brot í sér fulla sönnun við dómstólameðferð í sama aðildarríki og að minnsta kosti *prima facie* sönnun um brot við dómstólameðferð í öðrum aðildarríkjum. Þetta hafi einnig þýðingu fyrir málsmeðferð innan ESB.⁴¹ Reglur tilskipunar 2014/104/ESB sem fela í sér samræmingu hafi ekki verið teknar upp í EES-samninginn. Meginreglurnar um jafngildi og skilvirkni eigi engu að síður við. Innlendir dómstólar verði að hafa hliðsjón af þessum meginreglum við mat á því hvort taka skuli mið af endanlegri niðurstöðu yfirvalda, og þá jafnframt að hvaða marki byggt verði á slíkri niðurstöðu.

75. ESA telur að það græfi undan meginreglunni um skilvirkni ef innlendir dómstólar tækju ekki mið af endanlegri niðurstöðu innlendra samkeppnisyfirvalda, þegar haft er í huga hversu mikill tími og fjármunir liggja að baki rannsókn þeirra. Að mati ESA yrði óhóflega erfitt að höfða skaðabótamál ef málshefjandi gæti ekki byggt kröfu sína á

⁴¹ Vísað er til 9. og 10. gr. tilskipunar 2014/104/ESB.

fyrirliggjandi ákvörðun samkeppnisyfirvalda um að brot hefði verið framið. ESA telur jafnframt að innlendir dómstólar eigi að líta til viðeigandi reglna um fyrningarfresti og fyrningu réttinda og skýra og beita þessum reglum á þann hátt að málshefjendum séu tryggð skilvirk úrræði.

76. ESA heldur því fram að við mat á þýðingu undangenginnar endanlegrar niðurstöðu ætti innlendum dómstólum að vera frjálst að skoða allar staðreyndir og aðstæður sem máli skipta, þar á meðal umfang og gæði sönnunargagna sem liggja að baki viðkomandi niðurstöðu. ESA telur að í öllum tilvikum, nema í undantekningartilvikum, beri að líta á endanlega niðurstöðu sem að minnsta kosti prima facie sönnun þess að brotið hafi verið gegn 54. gr. EES-samningsins. Innlendir dómstólar ættu að hafa svigrúm til þess að ákveða að endanleg niðurstaða feli í sér fulla sönnun um brot og að slíka niðurstöðu megi leggja til grundvallar í máli sem höfðað er í kjölfar ákvörðunarinnar.

77. Í ljósi framangreinds telur ESA að svarið við annarri spurningunni ætti að vera að endanleg niðurstaða sé ekki skilyrði skaðabótakröfu. Slíka kröfu megi gera í máli sem höfðað er í kjölfar ákvörðunar yfirvalda eða með sjálfstæðri einkaréttarlegri málshöfðun. Þar sem engar samræmdar reglur séu fyrir hendi ráðist þýðing endanlegrar niðurstöðu af ákvæðum landsréttar og réttarfarsreglum EFTA-ríkjanna, að gættu samræmi við meginreglurnar um skilvirkni og jafngildi.

78. Að því er varðar þriðju spurninguna heldur ESA því fram að verðþrýstingur geti átt sér stað þegar lóðrétt starfandi fyrirtæki selur vöru eða þjónustu til fyrirtækja á fyrra sölustigi (heildsölumarkaði) þar sem það hefur markaðsráðandi stöðu og keppir um leið við sömu fyrirtæki á síðara sölustigi (smásölumarkaði) þar sem varan eða þjónustan eru aðföng. Verðþrýstingur geti falið í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu samkvæmt 54. gr. EES-samningsins þegar niðurstaða útreiknings á framlegð er ákveðið verðbil og „þrýstingurinn“ sem í því felist geti haft skaðleg áhrif á samkeppni og viðskipti innan EES.

79. ESA telur að verðbilið milli annars vegar heildsöluverðlagningar á viðkomandi aðföngum á fyrra sölustigi og hins vegar smásöluverðlagningar markaðsráðandi fyrirtækis til eigin viðskiptavina á síðara sölustigi þurfi að vera svo lítið að keppinautar sem eru jafn skilvirkir og markaðsráðandi fyrirtækið geti annaðhvort ekki staðið undir kostnaði af því að útvega heildsöluaðföng eða -þjónustu fyrir viðkomandi vöru eða geti ekki skilað eðlilegum arði.⁴² Í slíkum tilvikum séu hugsanleg samkeppnishamlandi áhrif verðþrýstings vanalega afleiðing af auknum kostnaði keppinauta við að koma inn á markað eða töfum á því að þau geti skilað hagnaði.

80. ESA heldur því fram að til þess að verðþrýstingur teljist fela í sér misnotkun þurfi háttsemin að hafa samkeppnishamlandi áhrif á markaðnum, en að áhrifin þurfi ekki að vera nákvæmlega tilgreind. Nægilegt sé að sýna fram á að verðþrýstingur kunni hugsanlega að útiloka keppinauta sem eru að minnsta kosti jafn skilvirkir. Það hafi ekki úrslitaáhrif hvort

⁴² Vísað er til áður tilvitnaðs máls *TeliaSonera Sverige*, 32. mgr.

útilokun eigi sér stað eða ekki. Neikvæð framlegð (heildsöluverð er hærra en viðkomandi smásöluverð) kunni í það minnsta að hafa útilokandi áhrif, ef keppinautum er nauðugur sá kostur að selja með tapi.⁴³ Hvað jákvæða framlegð varðar verði að sýna fram á að verðlagningin hafi verið líkleg til þess að torvela fyrirtækjunum sem um ræðir að eiga viðskipti á viðkomandi markaði, til dæmis vegna minnkaðrar arðsemi.⁴⁴

81. Að því er varðar svokölluð ósamhverf lúkningargjöld, eins og fjallað er um í máli þessu, telur ESA að slík aðstaða útiloki ekki sjálfkrafa að ólögmætur verðþrýstingur teljist hafa átt sér stað í andstöðu við 54. gr. EES-samningsins. Til að komast að niðurstöðu um hvort verðþrýstingur feli í sér misnotkun verði að meta hvert mál fyrir sig með hliðsjón af samhengi þess og aðstæðum.⁴⁵

82. Hvað snertir mat á markaðsyferráðum bendir ESA á að samkvæmt markaðsskilgreiningu á lúkningu símtala í hverju farsímaneti sé ljóst að hvert fyrirtæki hafi 100% markaðshlutdeild, sem veiti sterka vísbendingu um markaðsyferráð. ESA bendir á að Síminn hafi verið talinn markaðsráðandi á viðkomandi heildsölumarkaði fyrir lúkningu símtala innan síns eigin farsímanets.

83. Hvað varðar mat á misnotkun telur ESA að framlegðarútreikningur byggist á tvenns konar forsendum, sem vanalega séu annars vegar verðlagning markaðsráðandi fyrirtækisins á aðföngum fyrir viðkomandi heildsölumarkað og hins vegar smásöluverðlagning sama fyrirtækis til eigin viðskiptavina á síðara sölustigi. Verðlagning aðfanga af hálfu annarra fyrirtækja á öðrum heildsölumörkuðum hafi ekki þýðingu. Viðkomandi heildsöluverð velti á aðstæðum í hverju tilviki fyrir sig. Í máli þessu teljist umrædd verð vera aðfangaverð Símans og smásöluverð fyrir símtöl innan eigin farsímakerfis Símans.

84. ESA heldur því fram að þegar ófullnægjandi framlegð sé leidd í ljós þurfi hún einnig að vera til þess fallin að hafa samkeppnishamlandi áhrif á viðkomandi smásölumarkaði. Við mat á ætluðum verðþrýstingi þurfi hættan á samkeppnishamlandi áhrifum að standa í tengslum við hugsanlegar hömlur sem slík verðlagning leiði af sér fyrir vöxt á framboði þjónustu til neytenda á smásölumarkaði, og þar með samkeppni á markaðnum.⁴⁶ ESA telur það ekki útiloka hugsanleg samkeppnishamlandi áhrif að fyrir hendi séu ósamhverf lúkningargjöld. Mat á hugsanlegum áhrifum feli í sér sértæka greiningu á því hvernig markaðsráðandi fyrirtæki sem er til rannsóknar beiti ófullnægjandi framlegð og velti á ýmsum þáttum, meðal annars hlutfallslegri stærð keppinauta á síðara sölustigi og því hvaða þýðingu aðföng markaðsráðandi fyrirtækisins hafi á markaðsaðgang eða vöxt á síðara sölustigi.

⁴³ Vísað er til áður tilvitnaðs máls *TeliaSonera Sverige*, 73. mgr.

⁴⁴ Vísað er til áður tilvitnaðs máls *TeliaSonera Sverige*, 74. mgr.

⁴⁵ Vísað er til áður tilvitnaðs máls *TeliaSonera Sverige*, 28. mgr.; áður tilvitnaðs máls *Deutsche Telekom*, 175. mgr.; og áður tilvitnaðs máls *Posten Norge*, 128. og 129. mgr.

⁴⁶ Vísað er til áður tilvitnaðs máls *TeliaSonera Sverige*, 62. mgr.

85. ESA leggur til að þriðju spurningunni sé svarað þannig að sú staðreynd að markaðsráðandi fyrirtæki á tilteknum heildsölumarkaði verði að kaupa þjónustu af öðrum fyrirtækjum á öðrum heildsölumörkuðum á hærra verði en eigin verði útiloki ekki sjálfkrafa að til staðar sé verðþrýstingur sem feli í sér misnotkun.

86. Hvað varðar fjórðu spurninguna bendir ESA á að Evrópudómstóllinn hafi komist að þeirri niðurstöðu að svokölluð tvöföld yferráð séu ekki skilyrði þess að verðþrýstingur sem feli í sér misnotkun teljist vera til staðar í andstöðu við 54. gr. EES-samningsins.⁴⁷ Þess sé eingöngu krafist að lóðrétt starfandi fyrirtæki sem um ræðir hafi markaðsráðandi stöðu á viðkomandi heildsölumarkaði, en ekki að það hafi einnig markaðsráðandi stöðu á viðkomandi smásölumarkaði.⁴⁸ ESA leggur áherslu á að til viðbótar því að leiða í ljós markaðsyferráð á heildsölumarkaði þurfi önnur skilyrði verðþrýstings einnig að vera uppfyllt; markaðsyferráð sem slík séu ekki bönnuð.⁴⁹

87. Að mati ESA ber að svara fjórðu spurningunni á þá leið að skilyrðið sem lýtur að markaðsyferráðum, sem er hluti mats á því hvort ólögmatgur verðþrýstingur hafi átt sér stað í andstöðu við 54. gr. EES-samningsins, teljist uppfyllt þegar fyrirtæki er markaðsráðandi á viðkomandi heildsölumarkaði. Markaðsyferráð á viðkomandi smásölumarkaði séu ekki áskilin.

Framkvæmdastjórnin

88. Framkvæmdastjórnin bendir á að 102. gr. sáttmálans um starfshætti Evrópusambandsins og 54. gr. EES-samningsins séu efnislega samhljóða. Samkvæmt 6. gr. EES-samningsins beri að skýra ákvæði EES-samningsins sem eru efnislega samhljóða samsvarandi ákvæðum í sáttmálum ESB í samræmi við úrskurði Evrópudómstólsins sem kveðnir hafa verið upp fyrir undirritunardag EES-samningsins.

89. Að því er varðar 102. gr. sáttmálans um starfshætti Evrópusambandsins hafi Evrópudómstóllinn slegið því föstu að ákvæðið hafi bein réttaráhrif í samskiptum einkaaðila, auk þess sem það stofni til réttinda sem þurfi að vera hægt að tryggja.⁵⁰ Þá hafi verið viðurkennt að innlendir dómstólar verði að tryggja virkni slíkra ákvæða.⁵¹ Að mati framkvæmdastjórnarinnar ætti hið sama að eiga við um 54. gr. EES-samningsins. Ákvæði 102. gr. sáttmálans um starfshætti Evrópusambandsins og ákvæði 54. gr. EES-samningsins feli í sér sömu skyldu að því er varðar bann við misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Að sama skapi verði að telja skylduna til að tryggja skilvirkt úrræði til að sækja bætur vegna brota á samkeppnisreglum – með hliðsjón af meginreglunni um einsleitni og markmiðinu

⁴⁷ Vísað er til áður tilvitnaðs máls *TeliaSonera Sverige*, 83.-89. mgr.

⁴⁸ Vísað er til áður tilvitnaðs máls *TeliaSonera Sverige*, 89. mgr.

⁴⁹ Vísað er til áður tilvitnaðs máls *Michelin*, 57. mgr.

⁵⁰ Vísað er til dóma í máli *BRT and SABAM*, Case 127/73, EU:C:1974:25, 16. mgr.; og *Guérin automobiles v Commission*, C-282/95 P, EU:C:1997:159, 39. mgr.

⁵¹ Vísað er til dóma í meðal annars máli *Simmenthal*, Case 106/77, EU:C:1978:49, 16. mgr., *Factortame*, C-213/89, EU:C:1990:257, 19. mgr.; og áður tilvitnuðu máli *Courage and Crehan*, 25. mgr. og áfram.

um að tryggja sömu meðferð innan alls EES⁵² – nægilega nákvæma og óskilyrta til að hafa bein réttaráhrif. Ákvæði 54. gr. EES-samningsins hafi, hvað sem öðru líði, verið innleidd með 11. gr. samkeppnislaga. Ákvæði síðarnefndu greinarinnar séu efnislega samhljóða 102. gr. sáttmálans um starfshætti Evrópusambandsins og 54. gr. EES-samningsins. Því beri að túlka 11. gr. samkeppnislaga til samræmis við fyrrnefndar greinar að því er varðar skylduna til að tryggja skilvirkt úrræði til að sækja bætur vegna brota á bannákvæðum greinarinnar.

90. Framkvæmdastjórnin nefnir að málshöfðanir til heimtu skaðabóta fyrir innlendum dómstólum gegni mikilvægu hlutverki við að viðhalda virkri samkeppni innan EES. Þar sem engar reglur gildi um viðfangsefnið samkvæmt EES-samningnum sé það þó í höndum hvers samningsaðila fyrir sig að útfæra reglur landsréttar um rétt til slíkra málshöfðana, þó að gættu því skilyrði að slíkar reglur veiti ekki lakari vernd en reglur sem gilda um sambærilegar málshöfðanir sem byggjast á landsrétti (meginreglan um jafngildi) og hafi ekki þau áhrif að útilokað sé í framkvæmd eða óhóflega erfitt sé að nýta réttindin sem byggjast á EES-rétti (meginreglan um skilvirkni).⁵³

91. Með vísan til þessa leggur framkvæmdastjórnin til að fyrstu spurningunni verði svarað játandi, þ.e. að einstaklingur eða lögaðili ætti að geta byggt á 54. gr. EES-samningsins fyrir innlendum dómstólum til að krefjast skaðabóta fyrir tjón sem stafar af broti á ákvæðum greinarinnar.

92. Hvað varðar aðra spurninguna þá bendir framkvæmdastjórnin á að spurningin feli í sér tvö aðskilin álitafni. Annars vegar hvort *áskilið* sé að þar til bær innlend stjórnvöld hafi komist að endanlegri niðurstöðu varðandi brot á 54. gr. EES-samningsins og hins vegar hvort innlendir dómstóll sem fjallar um skaðabótakröfu sem varðar ætlað brot sé *bundinn* af niðurstöðu þar til bærra innlendra stjórnvalda varðandi brot á 54. gr. EES-samningsins. Spurningin feli ekki í sér álitafni um hvort innlendir dómstóll innan EES yrði bundinn af ákvörðun ESA eða framkvæmdastjórnarinnar.

93. Hvað varðar fyrra álitafnið ítrekar framkvæmdastjórnin þá skoðun sína að ákvæði 54. gr. EES-samningsins stofni til réttinda fyrir einkaaðila sem hafi bein lagaáhrif í samskiptum við aðra einkaaðila og að innlendum dómstólum beri að tryggja virkni þessara reglna og vernd réttindanna. Þeim áhrifum sem banni 54. gr. EES-samningsins sé ætlað að hafa yrði teflt í tvísýnu ef ekki væri tryggður réttur einkaaðila til að krefjast bóta fyrir tjón sem rekja má til háttsemi sem brýtur í bága við ákvæðið. Ekki sé skilyrði slíkrar kröfu að þar til bær stjórnvöld hafi komist að endanlegri niðurstöðu um brot. Almennt sé viðurkennt í sambandsrétti að hægt sé að krefjast skaðabóta fyrir brot á samkeppnisreglum annaðhvort í kjölfar ákvörðunar samkeppnisyfirvalda (málshöfðun í kjölfar ákvörðunar) eða án undangenginnar ákvörðunar (sjálfstæð einkaréttarleg málshöfðun). Að mati

⁵² Vísað er til máls E-1/94 *Restamark* [1994-1995] EFTA Ct. Rep. 15, 32., 75. og 80. mgr.

⁵³ Vísað er til áður tilvitnaðs máls *Manfredi and Others*, 64. mgr.; áður tilvitnaðs máls *Courage and Crehan*, 29. mgr.; og máls *Palmisani v INPS*, C-261/95, EU:C:1997:351, 27. mgr.

framkvæmdastjórnarinnar á hið sama við um einkaréttarleg úrræði vegna brots gegn 54 gr. EES-samningsins.

94. Hvað varðar síðara álitafnið bendir framkvæmdastjórnin á að samkvæmt 9. gr. tilskipunar 2014/104/ESB hafi ákvarðanir innlendra samkeppnisyfirvalda bindandi réttaráhrif innan ESB. Þessi bindandi réttaráhrif byggist ekki á frumrétti ESB, heldur á tilskipun sem hefur ekki verið tekin upp í EES-samninginn. Því telur framkvæmdastjórnin að EES-réttur feli það ekki í sér að endanleg niðurstaða innlendra samkeppnisyfirvalda eða dómstóla um samkeppnisbrot, leiði til óhrekjanlegrar sönnunar samkeppnislagabrotsins í tengslum við höfðun skaðabótamáls fyrir innlendum dómstólum vegna brots á 54. gr. EES-samningsins.

95. Hvað varðar þriðju spurninguna þá telur framkvæmdastjórnin að sú staðreynd að markaðsráðandi fyrirtæki á heildsölumarkaði á fyrra sölustigi verði að kaupa svipaða þjónustu frá keppinautum á smásölumarkaði á síðara sölustigi á hærra verði en eigin verði útiloki ekki sjálfkrafa ólögmetan verðþrýsting af hálfu markaðsráðandi fyrirtækisins.

96. Framkvæmdastjórnin heldur því fram að misnotkun markaðsráðandi stöðu sé hlutlægt hugtak sem eigi við um háttsemi markaðsráðandi fyrirtækis sem hafi hamlandi áhrif á framgang samkeppninnar sem ríkir á markaði eða vöxt þeirrar samkeppni. Hvort háttsemi markaðsráðandi fyrirtækis feli í sér misnotkun velti á hættunni sem slík háttsemi skapi almennt fyrir samkeppni á markaðnum og takmarkist ekki við eða sé skilyrt af því að tiltekinn aðili eigi þess kost að draga úr hugsanlegum áhrifum af háttsemi markaðsráðandi fyrirtækisins á stöðu sína.

97. Framkvæmdastjórnin telur að við mat á því hvort verðþrýstingur feli í sér misnotkun skuli ekki eingöngu litið til þess hvort háttsemin kunni að fæla jafn skilvirk fyrirtæki sem þegar eru virk á viðkomandi síðara sölustigi frá viðkomandi markaði, heldur skuli einnig hafa hliðsjón af hindrunum sem háttsemin kann að skapa fyrir fyrirtæki sem eru hugsanlega jafn skilvirk og sem eru ekki enn virkir þátttakendur á viðkomandi markaði.⁵⁴

98. Framkvæmdastjórnin heldur því enn fremur fram að til þess að verðþrýstingur teljist fela í sér misnotkun verði að sýna fram á að háttsemi markaðsráðandi fyrirtækisins sé til þess fallin að gera samkeppnisaðilum erfiðara eða ómögulegt að komast inn á viðkomandi markað. Ekki sé þannig nauðsynlegt að sýna fram á að verðþrýstingur hafi nákvæmlega tilgreind eða raunveruleg áhrif á tiltekinn keppinaut eða samkeppni almennt. Matið á áhrifunum beinist frekar að hugsanlegum afleiðingum verðþrýstings í formi hindrana sem kunna að skapast vegna háttsemi markaðsráðandi fyrirtækisins og varða samkeppni á síðara sölustigi.⁵⁵

⁵⁴ Vísað er til áður tilvitnaðs máls *TeliaSonera Sverige*, 94. mgr.; og áður tilvitnaðs máls *Deutsche Telekom*, 178. mgr.

⁵⁵ Vísað er til áður tilvitnaðs máls *Deutsche Telekom*, 250.-253. mgr.; áður tilvitnaðs máls *TeliaSonera Sverige*, 61.-63. mgr.; og áður tilvitnaðs máls *Telefónica*, 275. mgr.

99. Framkvæmdastjórnin telur að mat á verðþrýstingi beinist almennt að verðlagningu og kostnaðarsamsetningu markaðsráðandi fyrirtækisins. Eingöngu í undantekningartilvikum, þar sem ekki er mögulegt að vísa til verðlagningar og kostnaðar markaðsráðandi fyrirtækisins, ætti að rannsaka þessa þætti hjá samkeppnisaðilum.⁵⁶

100. Framkvæmdastjórnin bendir á að markaðsráðandi fyrirtæki eigi þess kost að sýna fram á hlutlæga réttlættingarástæðu fyrir háttsemi sinni, þ.e. að háttsemin sé annaðhvort hlutlægt séð nauðsynleg eða að unnt sé að vega á móti útilokunaráhrifum hennar með því að ná fram aukinni skilvirkni sem gagnist neytendum.⁵⁷ Framkvæmdastjórnin bendir enn fremur á að ef Héraðsdómur Reykjavíkur komist að þeirri niðurstöðu að Fjarskipti hafi einnig staðið að ólögmætum verðþrýstingi gæti það hugsanlega haft áhrif á möguleika Fjarskipta til að sækja skaðabætur eða takmarkað fjárhæð skaðabóta, jafnvel þótt þetta atriði hafi ekki þýðingu hvað snertir mat á háttsemi Símans. Hið sama eigi við um gagnkröfur Símans. Ákvörðun um þessi atriði sé hins vegar í höndum Héraðsdóms Reykjavíkur á grundvelli skaðabótareglna landsréttar.

101. Hvað varðar fjórðu spurninguna telur framkvæmdastjórnin það leiða af ítrekaðri dómaframkvæmd dómstóla ESB að álitaefnið um hvort verðlagning sem ákveðin er af lóðrétt starfandi markaðsráðandi fyrirtæki á heildsölumarkaði, sem valdi verðþrýstingi gagnvart keppinautum þess fyrirtækis á viðkomandi smásölumarkaði, feli í sér misnotkun, ráðist ekki af því hvort viðkomandi fyrirtæki sé markaðsráðandi á viðkomandi smásölumarkaði.⁵⁸

102. Af þessum sökum telur framkvæmdastjórnin að sú staðreynd að lóðrétt starfandi fyrirtæki hafi aðeins markaðsráðandi stöðu á heildsölumarkaði á fyrra sölustigi, en ekki á viðkomandi smásölumarkaði á síðara sölustigi, útiloki ekki sjálfkrafa að verðlagning fyrirtækisins feli í sér ólögmætan verðþrýsting.

Per Christiansen
Framsögumaður

⁵⁶ Vísað er til áður tilvitnaðs máls *TeliaSonera Sverige*, 45. og 46. mgr.

⁵⁷ Vísað er til dóma í máli *United Brands*, Case 27/76, EU:C:1978:22, 184. mgr.; máli *RTE and ITP v Commission*, C-241/91 P og C-242/91 P, EU:C:1995:98, 54. og 551. mgr.; áður tilvitnuðu máli *TeliaSonera Sverige*, 31. og 75. mgr.; og áður tilvitnuðu máli *Post Danmark*, 41. og 42. mgr.

⁵⁸ Vísað er til áður tilvitnaðs máls *TeliaSonera Sverige*, 89. og 114. mgr.; og áður tilvitnaðs máls *Telefónica*, 146. mgr.