



SAMKEPPNISEFTIRLITIÐ

Föstudagur 16. september 2011

Ákvörðun nr. 30/2011

**Brot Símans hf. með
tilboði í 3G netlykil og áskrift**

	bls.
I. Upphaf máls og málsmeðferð	2
II. Sjónarmið málsaðila	4
1. Kvörtun Nova	4
2. Umsögn Símans frá 8. júní 2009	8
3. Umsögn Nova frá 19. júní 2009	12
4. Umsögn Símans frá 22. júní 2009	14
5. Umsögn Nova frá 28. ágúst 2009	16
6. Umsögn Símans frá 25. september 2009	17
7. Árétting Nova frá 14. október 2009	22
III. Niðurstaða	24
1. Skilgreining markaða	24
1.1 Athugasemdir Símans	25
1.2 Niðurstaða um markað málsins	27
2. Staða fyrirtækja á mörkuðum	30
2.1 Markaðshlutdeild	32
2.2 Markaðsgerðin og efnahagslegur styrkur Símans	34
2.2.1 Forsaga Símans og eldri mál	35
2.2.2 Efnahagslegur styrkur	38
2.2.3 Markaðshlutdeild á öðrum fjarskiptamörkuðum	41
2.2 Styrkur keppinauta	43
2.3 Aðgangshindranir o.fl.	44
2.3.1 Um þýðingu afkastagetu og kaupendastyrk	45
2.3.2 Um þýðingu netáhrifa	46
2.4 Niðurstaða um markaðsráðandi stöðu	47
2.4.1 Nánar um sjónarmið Símans	49
3. Bann 11. gr. samkeppnislaga	51
3.1 Undirverðlagning	55
4. Helstu sjónarmið aðila	58
4.1 Sjónarmið Nova	58
4.2 Sjónarmið Símans	59
5. Aðgerðir Símans	60
5.1 Athugasemdir Símans	66
5.2 Um sjónarmið Símans	67
6. Brot á 11. gr. samkeppnislaga	73
7. Brot á 54. gr. EES-samningsins	75
8. Viðurlög	76
IV. Ákvörðunarorð	80



I. Upphaf máls og málsmeðferð

Í bréfi til Samkeppniseftirlitsins, dags. 28. maí 2009, sendi Nova stjórnslukæru vegna starfshátta Símans í tengslum við tilboð félagsins með yfirskriftinni „3G netlykill og áskrift fyrir 0 kr. í allt sumar“. Telur Nova að með tilboði sínu misnoti Síminn markaðsráðandi stöðu sína á markaði fyrir háhraðanetþjónustu og brjóti þar með gegn 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005. Nova gerir kröfu um að Samkeppniseftirlitið úrskurði þá háttsemi Símans ólögmeta og að Símanum verði án tafar gert að láta af hinni ólögmetu háttsemi og verði bannað að bjóða upp á tilboð það sem erindið snúist um. Krefst Nova þess að Samkeppniseftirlitið taki ákvörðun gagnvart Símanum á grundvelli a-liðar 1. mgr. 16. gr. samkeppnislaga, sbr. 2. mgr. sömu greinar og að Síminn sæti þyngstu stjórnvaldssekt sem lög leyfa, sbr. b-lið 1. mgr. 37. gr. samkeppnislaga og 2. mgr. sömu greinar.

Í upphafi verður gerð grein fyrir rannsókn Samkeppniseftirlitsins og rekstri málsins og í kafla II verður gerð grein fyrir efnislegum sjónarmiðum Símans og Nova.

Með bréfi, dags. 3. júní 2009, sendi Samkeppniseftirlitið Símanum erindið og óskaði eftir umsögn félagsins um kröfu Nova um töku bráðabirgðaákvörðunar og einnig um erindið að öðru leyti. Óskað var eftir afriti af öllum fundargerðum, tölvupóstum, minnisblöðum og öllum útreikningum (viðskiptaáætlun, þar með talið kostnaðarverð netlykils), sem lágu til grundvallar tilboðinu og afkomu þess á tilboðstíma. Jafnframt beindi Samkeppniseftirlitið þeim tilmælum til Símans að félagið hætti allri markaðssetningu varðandi umrætt tilboð meðan afstaða væri tekin til kröfu um töku bráðabirgðaákvörðunar.

Með tölvupósti, dags. 4. júní 2009, til Símans, Nova og Vodafone óskaði Samkeppniseftirlitið eftir upplýsingum um fjölda viðskiptavina í áskrift með 3G netlykli og um tekjur af þeim viðskiptum á fyrstu fjórum mánuðum ársins 2009. Bárust umbeðnar upplýsingar frá félögunum.

Með bréfi frá Símanum, dags. 8. júní 2009, barst fyrri umsögn félagsins um erindi Nova og um kröfuna um ákvörðun til bráðabirgða. Umsögn frá Nova barst 19. júní 2009. Í bréfi frá Símanum, dags. 22. júní 2009, gerði félagið frekari grein fyrir sjónarmiðum sínum. Umsögn Nova frá 19. júní 2009 var send til Símans 24. júní 2009.

Með bréfi, dags. 2. júlí 2009, var Símanum tilkynnt að Samkeppniseftirlitið hefði tekið bráðabirgðaákvörðun í málinu, ákvörðun til bráðabirgða nr. 2/2009. Í ákvörðuninni komst Samkeppniseftirlitið að þeirri frumniðurstöðu að Síminn væri með markaðsráðandi stöðu á fjarskiptamarkaði hér á landi og öllum helstu undirmörkuðum hans, þar með talið markaði þessa máls. Það var frummat Samkeppniseftirlitsins að með umræddu tilboði, bæði hvað varðaði tímasetningu og kjör, hefði Síminn hegðað sér með þeim hætti að ekki geti talist til eðlilegrar samkeppni og að háttsemin hefði ekki verið í samræmi við þær skyldur sem hvíli á fyrirtæki í markaðsráðandi stöðu. Taldi Samkeppniseftirlitið sennilegt að Síminn hefði misnotað markaðsráðandi stöðu sína og brotið með því gegn 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 og að ekki væri hægt að bíða eftir endanlegri ákvörðun og bæri því að taka ákvörðun til bráðabirgða.



Eins og rökstutt var taldist markaður þessa máls vera viðkvæmur í samkeppnislegu tilliti. Með hliðsjón af því var talin hætt á að bið eftir endanlegri niðurstöðu gæti leitt til alvarlegrar röskunar á markaði þessa máls. Það var því mat Samkeppniseftirlitsins að unnt væri að fallast á það með Nova að aðstæður væru með þeim hætti í málinu að skilyrði b. liðar 3. mgr. 16. gr. samkeppnislaga væru uppfyllt. Í því fólst að ekki væri hægt að bíða eftir endanlegri ákvörðun í málinu og því bæri að taka ákvörðun til bráðabirgða. Í ákvörðunarorði kom fram að með tilboði sínu „3G netlykill og áskrift fyrir 0 kr. í allt sumar“ hafi Síminn hf. brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga. Með vísan í 16. gr. samkeppnislaga væri Símanum hf. óheimilt að bjóða umrætt tilboð.

Umsögn Símans, dags. 22. júní 2009, var send Nova til athugasemda 13. ágúst 2009. Í bréfi, dags. 17. ágúst 2009 og í tölvupósti, dags. 19. ágúst 2009, til Símans óskaði Samkeppniseftirlitið eftir tilteknum upplýsingum um rekstrarkostnað vegna 3G netlyklapjónustu og þróun verðskrár hjá Símanum fyrir þjónustu „Netið í símann“ og 3G netlyklapjónustu. Þann 28. ágúst bárust umbeðnar upplýsingar sem varða kostnað Símans og þróun verðskrár þessara tilteknu þjónustupátta hjá félaginu.

Í bréfi frá Nova til Samkeppniseftirlitsins, dags. 28. ágúst 2009, eru gerðar athugasemdir við umsögn Símans frá 22. júní 2009. Athugasemdir Símans við þetta bréf Nova bárust 25. september 2009. Í því bréfi gerði Síminn einnig athugasemdir við forsendur ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins til bráðabirgða nr. 2/2009.

Í bréfi til Samkeppniseftirlitsins, dags. 14. október 2009, kom Nova á framfæri áréttingu á nokkrum þýðingarmiklum meginatriðum, að mati félagsins, um stöðu Símans á þeim markaði sem mál þetta varði. Samkeppniseftirlitið sendi Símanum athugasemdir Nova til upplýsinga.

Í bréfi til Símans, Nova og Vodafone, dags. 12. febrúar 2010, óskaði Samkeppniseftirlitið eftir nánari upplýsingum um þróun á markaði fyrir 3G netlykla, fjölda viðskiptavina og tekjur á árinu 2009. Umbeðnar upplýsingar bárust frá félögunum.

Þann 27. júlí 2010 sendi Samkeppniseftirlitið Símanum andmælaskjal sem Síminn gerði athugasemdir við í bréfi, dags. 13. september 2010. Í þeim athugasemdum kom fram rökstutt álit um að markaðshlutdeild aðila sem fram komu í andmælaskjalinu væri trúlega ekki rétt. Í framhaldi af því var aflað útskýringa aðila á meðferð tekna í bókhaldi félaganna og í framhaldi var óskað eftir nýjum gögnum. Voru í því sambandi haldnir fundir með Nova og Vodafone.

Eftir greiningu á nýjum gögnum og upplýsingum ákvað Samkeppniseftirlitið að senda Símanum viðbót við andmælaskjalið hvað varðar skilgreiningu markaða og frummat eftirlitsins á stöðu aðila á markaði á grundvelli þeirra gagna. Var viðbót við andmælaskjalið frá 27. júlí 2010 send Símanum 14. apríl 2011. Athugasemdir við það frummat barst frá Símanum 16. maí 2011. Verður athugasemda Símans við andmælaskjölín getið í umfjöllun Samkeppniseftirlitsins um efnisatriði málsins.



II. Sjónarmið málsaðila

1. Kvörtun Nova

Eins og fyrr sagði barst kvörtun frá Nova með bréfi, dags. 28. maí 2009. Í henni er því haldið fram að Síminn hafi brotið 11. gr. samkeppnislaga í tengslum við tilboð félagsins með yfirskriftinni „3G netlykill og áskrift fyrir 0 kr. í allt sumar“. Telur Nova að með tilboði sínu misnoti Síminn markaðsráðandi stöðu sína á markaði fyrir háhraðanetþjónustu.

Í erindinu er rakið að Nova hafi byrjað rekstur farsímakerfis á Íslandi í lok árs 2007 og sé um að ræða sérhæft þriðju kynslóðar (3G) farsíma- og netþjónustukerfi og lúti erindið að 3G netþjónustu. Þá segir að 3G nettenging sé hefðbundin nettenging sem henti vel fyrir alla almenna notkun sem komið geti í stað ADSL nettengingar. Tengingin virki þannig að hægt sé að stinga svokölluðum 3G pung/netlykli í samband við tölvu og tengja hana þannig við Internetið.

Fram kemur að Síminn hafi kynnt tilboð í 3G netþjónustu félagsins með yfirskriftina „3G netlykill og áskrift fyrir 0 kr. í allt sumar“. Í tilboðinu felist að viðskiptavinir geri 6 mánaða samning við Símann og fái um leið 3G netlykil sér að kostnaðarlausu til eignar og áskriftarleið að eigin vali fyrir 0 kr. til 1. september 2009. Eftir það greiði viðskiptavinur áskriftargjald samkvæmt verðskrá. Um sé að ræða þrjár áskriftaleiðir þar sem mánaðargjald sé mismunandi eftir því hvað mikið gagnamagn sé innifalið. Verð áskriftarleiðanna sé kr. 990/mán., kr. 2.990/mán. og kr. 4.990/mán. og fari eftir inniföldu gagnamagni og hraða tengingar. Þá segir að frá 1. júní muni innifalið gagnamagn í ódýrustu áskriftarleiðinni fjórfaldast og einnig muni verð fyrir umfram gagnamagn lækka umtalsvert. Upplýst sé af Símanum að fullt verð fyrir 3G netlykil sé um kr. 17.900,-. Í erindinu er bent á að ef viðskiptavinur taki ódýrustu áskriftina sem sé verðlögð á kr. 990,- fái hann afhentan 3G netlykil til eignar en greiði aðeins kr. 2.970,- yfir allt samningstímabilið en Nova telji að yfirgnæfandi fjöldi viðskiptavini velji jafnan ódýrustu áskriftarleiðina. Þar að auki bendir Nova á að í ódýrustu áskriftinni hafi innifalið gagnamagn verið aukið verulega og henti nú stórum hópi Internetnotenda. Þá segir að enginn íslenskur þjónustuveitandi bjóði Internetþjónustu fyrir aðeins kr. 990/mán., sem sé 50% lægra verð en lægst hafi verið á markaðnum til þessa. Telji Nova að útlagður kostnaður Símans, án tillits til kostnaðar vegna eigin fjarskiptakerfis Símans, sé verulega hærri en þær tekjur sem Síminn sé líklegur til að innheimta á samningstímabilinu, auk þess sem mjög langan tíma taki að innheimta raunkostnað vegna þjónustunnar ef viðskiptavinur segi þjónustunni ekki upp að samningstíma loknum. Því sé einsýnt að með 3G tilboði sínu beiti Síminn skaðlegri undirverðlagningu með það að markmiði að framlegð af þessari þjónustu verði óviðunandi og að samkeppnisaðilar, þar með Nova, verði flæmdir af þessum markaði.

Í erindinu segir Nova það alkunnugt að Síminn sé yfirburða rótgróið markaðsráðandi fyrirtæki á svo til öllum stigum fjarskiptamarkaðar á Íslandi. Félagið hafi þá sérstöðu að veita alhliða fjarskiptaþjónustu og sé eigandi grunnfjarskiptakerfis landsins sem öll önnur fjarskipta-fyrirtæki þurfi að skipta við.

Í erindinu kemur fram að Nova telji að þjónustumarkaðir þessa máls séu annars vegar markaður fyrir háhraða Internettengingu og hins vegar markaður fyrir Internetþjónustu. Vísar Nova meðal annars um þetta atriði í ákvörðun samkeppnissráðs nr. 21/2005 og segir



að síðan sú ákvörðun hafi verið tekin hafi 3G nettengingar verið kynntar á markaðnum sem ein tegund af þeirri tækni sem unnt sé að nota til að veita háhraða Internettengingu. Nova telur ekki vafa leika á því að 3G nettengingar falli undir sama markað og ADSL tengingar enda augljós staðganga milli þessara tveggja tegunda nettenginga. Þegar um sé að ræða almenna netnotkun sé staðreyndin sú að ADSL nettenging og 3G nettenging séu til þess fallnar að uppfylla sömu þarfir neytenda. Í báðum tilfellum sé um að ræða háhraða þráðlausa nettengingu.

Nova telur að landfræðilegur markaður þessa máls sé landið allt, Ísland, og vísar hvað það varðar til fyrri ákvarðana samkeppnisyfirvalda um fjarskiptamarkaðinn og undirmarkaði hans, markað fyrir háhraða nettengingu og markað fyrir Internetþjónustu.

Það er mat Nova að Síminn sé í markaðsráðandi stöðu á mörkuðum málsins og vísar fyrirtækið í því sambandi til fyrri ákvarðana, m.a. ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins nr. 36/2008. Af þeirri ákvörðun megi álykta að Samkeppniseftirlitið hafi talið að Síminn væri markaðsráðandi á mörkuðum fyrir Internettengingar og Internetþjónustu. Til frekari rökstuðnings sé bent á upplýsingar sem fram komi í skýrslu frá Póst- og fjarskiptastofnun um tölfraði á íslenska fjarskiptamarkaðnum á fyrri helmingi ársins 2008. Þar komi fram að markaðshlutdeild Símans á markaði fyrir Internettengingar hafi verið 53,5%.

Þá segir að verði ekki fallist á ofangreinda skilgreiningu markaða heldur talið að 3G nettenging tilheyri sérstökum þjónustumarkaði þá telji Nova það ekki hafa neinar breytingar í för með sér hvað varðar brot Símans gegn samkeppnislögum. Í öllu falli sé þá um að ræða tvo markaði sem séu mjög nátengdir, annars vegar markað fyrir ADSL nettengingar og hins vegar markað fyrir 3G nettengingar. Síminn sé í markaðsráðandi stöðu á hinum fyrrnefnda. Til viðbótar hafi Síminn verið skilgreindur í markaðsráðandi stöðu á öðrum undirmörkuðum fjarskiptaþjónustu, svo sem á markaði fyrir almenna talsímaþjónustu og á farsímaþjónustumarkaði.

Nova telur auðsýnt að Síminn sé að misnota markaðsráðandi stöðu sína á ADSL nettengingarmarkaði sem og á öðrum undirmörkuðum fjarskiptaþjónustu, til þess að styrkja stöðu sína í þjónustu með 3G nettengingar. Sérstaklega telji Nova að Síminn sé með þessari háttsemi vísvitandi að beita undirverðlagningu í þeim tilgangi að framlegð af þessari þjónustu verði lág eða engin, með það að markmiði að fæla Nova og aðra keppinauta frá samkeppni á þessum markaði.

Þá segir í erindinu að misnotkun á markaðsráðandi stöðu geti falist í aðgerðum sem miði að því að styrkja eða verja hina ráðandi stöðu. Hegðunin felist í aðgerðum sem ekki geti talist til eðlilegrar samkeppni í skilningi samkeppnisréttar. Kjarni þeirrar misnotkunar á markaðsráðandi stöðu sem raski samkeppni sé að hegðun markaðsráðandi fyrirtækis sé til þess fallin að hamla þeirri takmörkuðu samkeppni sem sé á markaðnum eða hindra vöxt hennar. Markaðsráðandi fyrirtæki sé þannig óheimilt að styrkja stöðu sína á markaði með öðrum aðgerðum en samkeppni á grundvelli rekstrarlegrar frammistöðu fyrirtækisins (e. competition on the merits). Markaðsráðandi fyrirtæki sé þannig ekki heimilt að keppa í verði nema sú samkeppni byggist á eðlilegum rekstrarlegum grunni. Bent er á að brot á 11. gr. sé ekki háð því að sýnt sé fram á að markaðshegðun sem um



ræði hafi haft skaðleg áhrif á samkeppni, heldur sé nægjanlegt að líklegt sé að hún geti haft slík áhrif.

Nova telur að með 3G netlykla- og nettengingartilboði sínu sé Síminn að stunda skaðlega undirverðlagningu (e. predatory pricing). Það sé vel þekkt í samkeppnisrétti að markaðsráðandi fyrirtæki grípi til verðlækkunar á grundvelli styrks síns sem miði að því að koma keppinautum út af markaði eða hindra að nýr keppinautur hasli sér völl á honum. Í samkeppnisrétti hafi verið byggt á þeirri forsendu að óæskilegt sé að markaðsráðandi fyrirtæki geti í skjóli efnahagslegs styrkleika selt vöru eða þjónustu á óhæfilega lágu verði í þeim tilgangi að raska samkeppni. Jafnvel þó neytendur njóti þess til skamms tíma að fá vöru eða þjónustu á mjög lágu verði sé talið að sú röskun á samkeppni sem óeðlileg verðlækkun valdi leiði þegar til lengri tíma sé litið til herra verðs til neytenda, minni gæða og til þess að valkostum neytenda fækki. Skaðleg undirverðlagning hafi verið talin falla undir misnotkun á markaðsráðandi stöðu.

Við mat á því hvort um skaðlega undirverðlagningu sé að ræða hafi einkum verið litið til þess hvort verðlagningin sé undir kostnaði. Færð hafi verið rök fyrir því þegar verðlagning sé undir tilteknu kostnaðarviðmiði, t.d. verð undir breytilegum meðalkostnaði eða jaðarkostnaði, séu líkur fyrir því að um misnotkun á markaðsráðandi stöðu sé að ræða. Þegar markaðsráðandi fyrirtæki verðleggi vöru eða þjónustu undir breytilegum meðalkostnaði sé hægt að álykta sem svo að um misnotkun á markaðsráðandi stöðu sé að ræða, nema í algerum undantekningartilvikum (AKZO regla).

Nova telur rétt að benda á að hugsanlega sé framangreind kostnaðarviðmiðun ekki besti mælikvarðinn á skaðlega undirverðlagningu í þessu máli. Staðreyndin sé að í fjarskiptarekstri sé mjög kostnaðarsamt að hefja starfsemi en þegar það hafi verið gert sé kostnaður t.d. við að flytja símtöl óverulegur. Í þessu ljósi hafi framkvæmdastjórn EB bent á að AKZO reglan sé ekki hentug í atvinnugreinum eins og fjarskiptaþjónustu. Þess í stað sé hentugra að miða við svokallaða LRIC reglu (e. long run incremental cost). Með því sé átt við þann fasta og breytilega kostnað sem fyrirtæki þurfi að standa straum af þegar það ákveði að framleiða nýja vöru eða bjóða nýja þjónustu. LRIC samanstandi því aðeins af kostnaðinum af viðbótinni og innhaldi engan annan breytilegan eða fastan kostnað. Nova vísar til þess að framkvæmdastjórn EB hafi notað þetta í ákvörðun sinni í Deutsche Post málinu en í því máli komst hún að þeirri niðurstöðu að fyrirtækið hefði stundað skaðlega undirverðlagningu.

Burtséð frá því hvaða kostnaðarviðmið verði talið rétt að nota í tengslum við þetta mál telur Nova engan vafa leika á því að í tilboði Símans felist skaðleg undirverðlagning. Með því að bjóða viðskiptavinum upp á 3G netlykla endurgjalslaust, ásamt því að þeir fái allt að þrjá mánuði í áskrift á kr. 0,-, sé Síminn að niðurgreiða verulega þann kostnað sem félagið hljóti að bera af umræddu tilboði. Til að sýna fram á umfang þess kostnaðar sem leggist á Símann af hverjum viðskiptavini sem taki tilboðinu hafi Nova gert kostnaðarathugun. Miðast athugunin við þau kjör sem Nova bjóðist við innkaup á sambærilegum 3G netlyklum, gengi Evru kr. 170,- og útlagðan kostnað sem miðist við áskriftarleið 1 og 40% meðalnotkun viðskiptavinar.



Tafla 1 Afkoma áskriftaleiða fyrir 3G netlykil hjá Símanum á binditíma tilboðs að mati Nova.¹

Í krónum án vsk.

Áskriftarleið	Mán.gjald	Kostnaður	Tekjur	Mismunur
Áskrift 1	990	10.310	2.386	- 7.924
Áskrift 2	2.990	12.710	7.205	- 5.505
Áskrift 3	4.990	16.550	12.024	- 4.526

Nova bendir á að í þessum útreikningum hafi ekki verið tekið tillit til kostnaðar Símans af sjálfu fjarskiptakerfinu, fjárfestingu og rekstri. Þó svo að Síminn hafi keypt 3G netlyklana á gengi EUR kr. 100,- þá sé neikvæð afkoma af öllum áskriftarleiðum. Í ljósi þessa telur Nova fullljóst að félagið geti ekki svarað tilboði Símans með sambærilegum hætti án þess að taka á sig gífurlegt tap af hverjum viðskiptavini sem gengi að slíku tilboði. Tilgangur Símans með þessari verðlagningu hljóti að vera sá að laða til sín sem stærstan hluta markaðarins og útiloka jafnframt samkeppni, m.a. frá Nova. Þannig verði Síminn í þeirri stöðu, á síðari stigum, að geta hækkað verð þjónustunnar án tillits til samkeppni, sem verði að öllum líkindum lítil sem engin.

Þá sé athyglisvert að bera saman verðlagningu Símans í 3G netttengingu við verðlagningu á ADSL netþjónustu. Þar komi fram að hið umdeilda 3G tilboð Símans sé hagstæðara en ADSL nettenging hvað varði alla þætti, þ.e. mánaðargjald, innifalið gagnamagn og verð fyrir umframmagn. Það virðist eiga einfalda skýringu. Svo virðist að mati Nova sem markaður fyrir ADSL nettengingar sé svo gott sem mettaður auk þess sem Síminn sé í markaðsráðandi stöðu á þeim markaði. Það sé því enginn hvati fyrir Símann að bjóða upp á sambærilegt verð fyrir ADSL netþjónustu og félagið geri nú fyrir 3G nettengingar. Hins vegar séu 3G nettengingar ennþá ákveðin nýjung á markaði fyrir háhraða nettengingar og vaxtarmöguleikarnir töluverðir. Þó svo að staðganga geti ríkt milli ADSL og 3G Internets verði að horfa til þess að 3G Internet sé einnig viðbót (e. complementary) því margir notendur nýti hinar hraðvirkari ADSL tengingar fyrir viðaukaþjónustur svo sem sjónvarp o.fl., sem 3G Internet bjóði ekki upp á. Þá segir að framboð Nova á 3G nettengingum hafi verið ein af þeim fáu leiðum sem félagið hafi til að skerpa á sérstöðu sinni á íslenskum fjarskiptamarkaði þar sem það hafi ekki að öðrum lausnum að hverfa í netþjónustu.

Nova telur að af öllu framangreindu sé ljóst að háttsemi Símans sem felist í tilboðinu „3G netlykill og áskrift fyrir 0 kr. í allt sumar“ sé misnotkun á markaðsráðandi stöðu félagsins og brjóti þannig gegn 11. gr. samkeppnislaga.

Hvað varðar töku bráðabirgðaákvörðunar þá telur Nova að skilyrði 3. mgr. 16. gr. samkeppnislaga séu uppfyllt. Markaðsráðandi staða Símans liggja fyrir hvort sem 3G nettenging og ADSL nettenging séu á sama markaði eða ekki. Að sama skapi telji Nova blasa við að í tilboði Símans felist alvarleg skaðleg undirverðlagning, sem almennt sé talin jafngilda misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Umrætt tilboð Símans sé gróflega til

¹ Unnið úr fylgiskjali með erindi Nova.



Þess fallið að grafa undan tilraunum Nova til að ná fótfestu á markaði fyrir 3G nettengingar og jafnframt einsýnt að það hafi þau áhrif að hamlu uppbyggingu og vexti félagsins á þessu sviði.

Jafnframt telur Nova ljóst að skilyrðið um að málið þoli ekki bið sé uppfyllt í máli þessu. Tilboð Símans hafi þegar tekið gildi og muni verða áfram í boði út sumarið, þar til 1. september 2009, sbr. auglýsingar Símans. Sumarmánuðirnir þrír, júní, júlí og ágúst, séu þeir söluhæstu á fjarskiptamarkaði. Þá megi leiða líkum að því að þessir mánuðir séu sérstaklega mikilvægir í sölulegum skilningi fyrir 3G netlykla og 3G nettengingar. Þá mánuði séu neytendur líklegastir til að fara í ferðalög og komi þá 3G nettengingin að sérstaklega góðum notum, enda sé um að ræða þjónustu sem henti vel fyrir viðskiptavinum í ferðalagi. Það sé því fyrirséð að fái Síminn óáreittur að bjóða 3G nettilboð sitt muni Nova bíða umtalsvert óafturkræft tjón. Þar sem Nova hafi ekki þann efnahagslega styrkleika sem Síminn hafi til að geta boðið sambærilegt tilboð, með því tapi sem það hefði í för með sér, sé ljóst að Nova geti ekki með nokkru móti svarað tilboði Símans nema með beinum skaða í formi óásættanlegs taps af þjónustunni. Fái Síminn að bjóða tilboðið áfram standi allar líkur til þess að Síminn geti ekki aðeins á stuttum tíma náð til sín svo til öllum þeim viðskiptavinum sem hafi áhuga á 3G nettengingu, heldur og ekki síður gert samkeppnisaðilum ómögulegt að keppa á þessum markaði, um leið og þurrkaðir séu upp möguleikar og árangur Nova á þessu sviði.

Við mat á því hvort taka beri ákvörðun til bráðabirgða þurfi að vega saman hagsmuni málsaðila af slíkri ákvörðun. Hagsmunir Símans af því að geta ekki um tíma stundað áður nefnda skaðlega undirverðlagningu séu hverfandi samanborið við hagsmuni Nova af því að búa við eðlilegt samkeppnisumhverfi og ekki síður hagsmuni neytenda og samkeppninnar í heild á farsímamarkaði.

2. Umsögn Símans frá 8. júní 2009

Í bréfi frá Símanum, dags. 8. júní 2009, barst fyrri umsögn félagsins um erindi Nova og um kröfuna um ákvörðun til bráðabirgða. Þar kemur fram að það sé misskilningur hjá Nova að halda því fram að báðar lausnirnar, ADSL nettenging og 3G nettenging, séu þráðlausar lausnir og séu því á sama markaði. Staðreyndin sé sú að 3G þjónustan sé byggð upp líkt og farsímaþjónusta en ADSL þjónusta náist aðeins þráðlaust ef samband sé við beini, t.d. innan heimilis. Síminn segir Nova lýsa vöru á tveimur mörkuðum með því að halda því fram að markaður geti bæði verið mettaður á sama tíma og að á honum geti verið töluverðir vaxtarmöguleikar. Þá telur Síminn að Nova staðfesti það í raun að um tvo aðskilda þjónustumarkaði sé að ræða með því að segja 3G þjónustuna henta vel yfir sumarmánuðina fyrir fólk í ferðahug og að hún henti ekki stórnotendum en sé góð fyrir alla almenna notkun.

Fram kemur að Síminn, Vodafone og Nova hafi öll síðla árs 2007 boðið 3G farsímaþjónustu á Íslandi til neytenda. Notkun á 3G gagnaflutningsþjónustu hafi verið afar takmörkuð frá því að samkeppni hófst á markaðnum. Meðal þess sem valdi því sé að neytendur hafi þurft að kaupa sérstakan búnað fyrir þjónustuna. Annars vegar sé það 3G farsími, sem sé hægt að nota bæði fyrir tal og gagnaflutning og hins vegar sé það 3G netlykill sem eingöngu nýtist fyrir gagnaflutning með notkun tölvu.



Þá segir að Síminn geti ekki fallist á það að ADSL þjónusta og 3G gagnaflutningsþjónusta séu á sama markaði. ADSL þjónusta til neytenda sé veitt frá föstum stað en 3G netþjónusta með lykli sé hreyfanleg. ADSL þjónustu sé hægt að nota þráðlaust á mjög afmörkuðu svæði, innan heimila og fyrirtækja, en 3G netþjónustu sé hægt að nota þar sem 3G farsímakerfi hafi verið byggt upp, innanlands og erlendis. Munurinn á ADSL þjónustu og 3G netþjónustu sé því mjög áþekkur muninum á almennri talsímaþjónustu (heimasími) og farsímaþjónustu.

Skilgreining á staðgengdarvöru-/þjónustu feli vanalega í sér að varan geti í hagfræðilegum skilningi komið í stað annarrar vöru. Jafnframt því sé ýmislegt sem snúi að gæðum og eiginleikum vöru sem geri það að verkum að þó vörur leysi í grunninn sömu þörf að þá myndist ekki staðgengdaráhrif á milli þeirra. Það séu því fleiri þættir en eingöngu grunnnotkun vörunnar sem geri hana að staðgengdarvöru, aðrir þættir líkt og gæði og eiginleikar spili stórt hlutverk. Að sama skapi sé ekki hægt að flokka ADSL þjónustu og 3G gagnaflutningsþjónustu sem staðgengdarvörur, enda hafi Síminn ekki upplifað í neinum mæli að viðskiptavinir sem kaupi sér 3G netlykil segi upp ADSL þjónustu á sama tíma. Þessar tvær vörur séu því ekki að uppfylla sömu þörf hjá viðskiptavinum og virki í raun meira sem stuðningsvara en staðgengdarvara, en algengt sé að þeir viðskiptavinir sem séu með 3G netlykil séu einnig með ADSL þjónustu. Að mati Símans séu viðskiptavinir sem fái sér 3G netlykil í flestum tilfellum að fá sér þjónustu til að geta tengst Internetinu utan heimils, t.d. á almenningsstöðum, utandyra og í sumarústöðum á meðan ADSL þjónusta sé staðbundin vara sem ætlað sé að veita heimilum (eða fyrirtækjum) traust og öruggt netsamband. Meiri kröfur um uppitíma, hraða og gæði séu lögð á ADSL tengingu. Annað sem greini á milli ADSL þjónustu og 3G gagnaflutningsþjónustu með netlykli sé að hraði tengingar á 3G netlykli sé að mjög miklu leyti háður fjölda samtímanotenda og því geti netsamband 3G netlykils verið mun óstöðugra en gangi og gerist með ADSL. Ekki dragi úr þeim hraða sem viðskiptavinir fái þó einhver af nágrönnunum sé einnig að nýta sér ADSL á sama tíma. Að auki innihaldi ADSL þjónusta mun meiri viðbótarþjónustu og virðisauka sem tilheyri því sem t.d. sé hægt að flokka undir almenna Internetþjónustu til heimilis o.fl.

Í umsögn Símans er rakin mismunandi tæknileg útfærsla og virkni ADSL tengingar annars vegar og 3G nettengingar hins vegar. Kemur þar fram að í ADSL þjónustu sé auðkenning viðskiptavinar alfarið hluti af Internetþjónustu en í 3G nettengingu sé auðkenningin alfarið hluti af farsímaþjónustu. Það sé því ljóst að aðgangsléiðir, búnaður til að auðkenna viðskiptavini, og að tengja og gjaldfæra í kerfunum séu alfarið aðskilin fyrir ADSL þjónustu og 3G netþjónustu. Einn veigamikill munur á 3G gagnaflutningsþjónustu og ADSL þjónustu sé sá að í 3G sé sérstaklega rukkað fyrir upphal og niðurhal á allri umferð, þ.e. fyrir hvert MB. Í ADSL sé einungis rukkað sérstaklega fyrir hvert MB í umfram gagnamagni fyrir útlandasamband en innanlandsumferð sé innifalin í mánaðarverði.

Þá vísar Síminn í umfjöllun hjá Evrópusambandinu (ESB), Póst- og fjarskiptastofnun og Samkeppniseftirlitinu. Segir Síminn að á vegum ESB hafi komið fram að 3G þjónusta væri ný þjónusta í örri þróun og ætti því ekki að falla undir svo kallaðar fyrirframkvaðir fjarskiptaeftirlitsstofnana.



Á hinn bóginn sé markaður fyrir ADSL þjónustu tilgreindur sem markaður nr. 5 í gildandi tilmælum (áður markaður nr. 12). Af þessu sjáist að 3G gagnaflutningsþjónusta teljist til nýs markaðar í örri þróun og ekki hluta af þeim mörkuðum sem ESB beri að framkvæma markaðsgreiningu á. Markaður fyrir ADSL þjónustu sé hins vegar einn af þeim mörkuðum sem beri að markaðsgreina í öllum löndum evrópska efnahagssvæðisins. Jafnframt komi fram að það sé skilgreiningaratriði fyrir ADSL markað að um sé að ræða þjónustu sem veitt sé á föstum stað (e. at a fixed location). Það eitt og sér útiloki 3G gagnaflutningsþjónustu frá því að teljast til sama markaðar og ADSL þjónusta.

Síðan vísar Síminn í markaðsgreiningu Póst- og fjarskiptastofnunar á heildsölumarkaði fyrir breiðbandsaðgang frá 18. apríl 2008. Í viðauka A við ákvörðun PFS nr. 8/2008, veki athygli að ekki sé minnst á 3G gagnaflutningsþjónustu þrátt fyrir að þjónustan hafi verið í boði á þeim tíma sem ákvörðunin var tekin. Á hinn bóginn sé minnst á 3G þjónustu í markaðsgreiningu á farsímamörkuðum. Styðji þetta svo ekki verði um villst að 3G gagnaflutningsþjónustan teljist ekki til markaðar ADSL þjónustu heldur sé um tvo aðskilda markaði að ræða.

Síminn telur að ekki sé hægt að leggja til grundvallar skilgreiningu markaðar í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 21/2005 um að í þeirri skilgreiningu felist að 3G gagnaflutningsþjónusta með netlykli sé á sama markaði. Vissulega sé opnað á það að markaðurinn nái ekki einungis til ADSL þjónustu. Það sem hafi verið ráðandi um þá skilgreiningu markaðarins hafi verið að yfir 95% markaðarins hafi verið með ADSL tengingu. Jafnframt verði að viðurkenna að talsverður munur sé á þjónustu sem veitt sé um örbylgjunet og vísað sé til í tilvitnaðri ákvörðun miðað við 3G þjónustu. Augljósasti munurinn sé sá að örbylgjutengingar sem hafi verið í boði nái yfir mjög afmarkað svæði miðað við 3G þjónustusvæði, innanlands sem utan. Hæpið sé að viðskiptavinur muni velja að vera með örbylgjutengingu og ADSL tengingu fyrir sama heimili. Hins vegar sýni reynslan að viðskiptavinir með netlykil séu einnig með ADSL þjónustu. 3G netlykill sé því viðbót en ekki staðgengdarvara.

Þá segir að af öllu framansögðu sé ljóst að ADSL þjónusta og 3G gagnaflutningsþjónusta með netlykli uppfylli ekki skilyrði samkeppnislaga um að teljast til sama markaðar. Eins og vitnað sé til hér að framan þurfi þjónusta að fullu eða verulegu leyti að geta komið í stað annarrar. Um tvær sjálfstæðar og aðskildar vörur sé að ræða. Önnur sé ekki seld með hinni, þær tilheyri sitt hvorum markaðnum sem séu í verulegum atriðum frábrugðnir og notuð séu tvö aðskilin fjarskiptanet. Nova hafi ekki með neinum hætti gert líklegt að staða Símans á ADSL þjónustumarkaði styrki stöðu félagsins á markaði fyrir 3G gagnaflutningsþjónustu með netlykli. Telji Síminn að sýnt hafi verið fram á að svo mikill munur sé á hvorri þjónustu um sig að þær teljist til tveggja aðskildra markaða. Þessir þjónustubættir geti einungis að takmörkuðu leyti komið í stað hvors annars, hvort sem horft sé til notkunareiginleika eða tæknilegrar uppbyggingar.

Í umsögninni segir að á markaði fyrir 3G gagnaflutningsþjónustu með netlykli keppi þrjár aðilar, Síminn, Nova og Vodafone. Allir þrjár keppinautarnir hafi byrjað jafnir að undangengnu útboði. Hér sé um að ræða markað sem sé rétt að slíta barnsskónum og talinn vera einn mesti vaxtarsprotinn á fjarskiptamörkuðum á næstu árum. Það væri því glapræði ef samkeppnisyfirvöld myndu grípa inn í markaðinn þegar hann hafi alla



möguleika til að verða heilbrigður samkeppnismarkaður a.m.k. þriggja keppinauta. Að mati Símanns séu vísbendingar um að Síminn sé ekki í markaðsráðandi stöðu á markaðnum heldur sé nærtækara að Nova væri í þeirri stöðu.

Fari svo að Samkeppniseftirlitið fallist á skilgreiningu Nova á þjónustumarkaðnum telji Síminn ólíklegt að félagið sé í markaðsráðandi stöðu. Vísar Síminn m.a. til þess að Vodafone hafi keypt ADSL kerfi IP-fjarskipta ehf. (nú Tal) og sé hverfandi munur á hlutdeild Símanns og Vodafone á þeim markaði. Einnig er vísað til samþykktra nauðasamninga til handa móðurfélagi Vodafone, Teymis hf., með stórfelldri niðurfellingu skulda sem þýði um leið að félagið sé komið í meirihlutaeigu ríkisins. Megi ætla að með því sé aðgangur Vodafone að fjármagni umtalsvert greiðari en Símanns og annarra keppinauta á markaði. Að þessu virtu sé það Vodafone en ekki Síminn sem sé markaðsráðandi á markaði fyrir sí tengt háhraða Internet.

Þá segir að komist Samkeppniseftirlitið að þeirri niðurstöðu að markaðsráðandi staða sé fyrir hendi verði að sýna fram á að háttsemi Símanns hafi verið skaðleg samkeppni eða að minnsta kosti að hún sé til þess fallin. Verðlagningu sem hægt sé að skýra út frá eðlilegum rekstarsjónarmiðum beri almennt ekki að fordæma. Þótt 11. gr. samkeppnislaga feli í sér að ákveðnar kvaðir séu lagðar á markaðsráðandi fyrirtæki sem hvíli ekki á öðrum fyrirtækjum þá fari það eftir viðkomandi markaði hversu ríkar þær séu. Þannig geti slíkar kvaðir verið takmarkaðar þegar helsti keppinauturinn sé með mikinn efnahagslegan styrkleika.

Síminn telur að með breyttri nálgun framkvæmdastjórnar EB varðandi túlkun 82. gr. Rómarsáttmálans megi álykta að við greiningu á inntaki 11. gr. samkeppnislaga í dag beri að leggja aukna áherslu á að meta áhrif háttsemi og greina efnahagsleg rök í stað þess að fordæma tiltekna aðgerð fyrir það eitt að henni hafi verið beitt af markaðsráðandi fyrirtæki. Beri því að mati Símanns að leggja ríkari áherslu á að meta raunveruleg áhrif af háttsemi markaðsráðandi fyrirtækja og greina hvort hún hafi haft skaðleg áhrif. Í þessu máli hafi ekki verið sýnt fram á að aðgerðir Símanns hafi haft skaðleg áhrif á samkeppni á þeim markaði sem málið fjalli um. Nauðsynlegt sé að minna á að markmið samkeppnisreglna sé ekki að vernda samkeppnisaðila heldur samkeppnina sjálfa með velferð neytenda að leiðarljósi. Ef samkeppnisaðilar fá of mikla vernd fyrir samkeppni kunnir verðlagning að verða of há og því hætta á að markmið samkeppnislaga um hagkvæma nýtingu framleiðsluþátta verði ekki náð.

Síminn staðhæfir að umrætt tilboð félagsins samræmist samkeppnislögum þar sem það byggir á eðlilegum viðskiptaforsendum.

Varðandi kröfu Nova um töku bráðabirgðaákvörðunar telur Síminn ljóst að skilyrði þar um sé ekki til staðar. Telur Síminn að sönnur hafi verið færðar fyrir því að markaður málsins sé 3G gagnaflutningsþjónusta með netlykli og að telja verði það afar langsótt að félagið sé markaðsráðandi á þeim markaði. Þó svo að markaðurinn yrði skilgreindur sem markaður fyrir sí tengt háhraða Internet sé einnig ólíklegt að Síminn geti talist í markaðsráðandi stöðu. Til þess að heimilt sé að taka íþyngjandi bráðabirgðaákvörðun verði að vera sennilegt að háttsemi feli í sér brot á samkeppnislögum og að líklegt sé að bið leiði til röskunar á samkeppni eða málið þoli ekki bið að öðru leyti. Síminn segir að í



erindi Samkeppniseftirlitsins liggja ekki fyrir hver sé markaður málsins né staða Símans á þeim markaði og því ekki fyrirbyggjandi hvort 11. gr. samkeppnislaga eigi yfir höfuð við. Ekki sé hægt að slá því föstu að Síminn sé markaðsráðandi án undangenginnar rannsóknar. Einnig telji Síminn að fullljóst sé að sú háttsemi sem sé til skoðunar fari ekki í bága við ákvæði samkeppnislaga jafnvel þó komist verði að þeirri niðurstöðu að hann sé markaðsráðandi. Þá sé það mjög varhugavert að takmarka athafnafrelsi Símans á grundvelli bráðabirgðaákvörðunar en hann sé í harðri samkeppni á markaði fyrir 3G gagnaflutningsþjónustu. Allar takmarkanir á verðlagningu þjónustu hans séu til þess fallnar að hafa neikvæð áhrif á stöðu hans á markaðnum og einnig samkeppni almennt. Mikilvægt sé að yfirvöld grípi ekki til íhlutunar á markaðnum nema að undangenginni ítarlegri rannsókn þar sem það liggja skýrt fyrir að ekki sé hægt að ná sama markmiði með öðrum og vægari hætti. Síminn telji það fjarri lagi að skilyrði til töku ákvörðunar til bráðabirgða séu fyrir hendi.

3. Umsögn Nova frá 19. júní 2009

Í bréfi frá Nova, dags. 19. júní 2009, kemur fram að verði niðurstaðan sú að 3G nettengingar og ADSL nettengingar verði ekki taldar á sama markaði væri óneitanlega um nátengda markaði að ræða en Síminn sé í markaðsráðandi stöðu á ADSL markaði. Segja megi að 3G nettenging sé sambærileg við ADSL m.a. vegna þess að hún sé vinsæl vara til þess að fá háhraðanettengingu í sumarbústað í stað ADSL tengingar. Þá hafnar Nova því að 3G nettengingar tilheyri markaði sem skuli ekki lúta afskiptum eftirlitsaðila sökum þess að markaðurinn sé á frumstigi og að inngríp muni skaða markaðinn til lengri tíma litið. Með þessu telur Nova að Síminn sé að leita að réttlætningarástæðu fyrir hinni skaðlegu undirverðlagningu í þeim tilgangi að hefta vöxt samkeppnisaðila.

Þá telur Nova það sambærilegt með 3G þjónusta og ADSL þjónustu að í báðum tilfellum þurfi sérstakan notendabúnað til þess að fá háhraða Internettengingu. Hins vegar hafi kostnaður við nýtt farsímakerfi verið mun hærri en kostnaður við fastlínuakerfi og þjónusta á farsímakerfi hafi almennt verið umtalsvert dýrari en í föstu neti. Því leiki ekki vafi á því að með tilboði sínu sé Síminn að beita skaðlegri undirverðlagning til þess að freista þess að stöðva vöxt og viðgang samkeppnisaðila. Í þeim tilgangi sé nýtt og kostnaðarsamt farsímakerfi látið taka fórnarkostnaðinn af því að halda viðskiptavinum Símans rólegum í ADSL þjónustu, þar sem þeir geti nú í ljósi tilboðs Símans bætt 3G nettengingu í sumarbústaðinn við, fyrir verð sem sé langt undir kostnaði.

Nova gerir athugasemdir við þá framsetningu Símans að 3G og ADSL nettengingar uppfylli ekki sömu þarfir hjá viðskiptavinum og að 3G nettenging sé í raun frekar stuðningsvara en staðgengdarvar þar sem algengt sé að notendur með 3G háhraðanet séu einnig með ADSL þjónustu. Þetta sé einmitt sú staða sem Síminn reyni, með hinum ólögumætu viðskiptaháttum, að kom á og sé rauði þráðurinn í tilburðum Símans til þess að ná yfirhöndinni í framboði á 3G netþjónustu. Að mati Nova sé ljóst, þegar litið sé á fyrirhuguð not neytenda, að veruleg staðganga sé fyrir hendi. Reynsla Nova sé sú að umtalsverður hluti neytenda sem kaupi þjónustuna nýti sér 3G nettengingu í staðinn fyrir ADSL þjónustu. Háttsemi Símans sé raunverulega til þess fallin að eyðileggja framlegðarmöguleika í 3G háhraðaneti, en framlegðin sé mjög rýr þar sem Nova hafi reynt að verðleggja þessa þjónustu þannig að hún geti keppt við ódýrustu ADSL pakka



annarra fjarskiptafyrirtækja. Reynslan frá öðrum löndum gefi þetta sama til kynna varðandi hegðun rótgróinna fyrirtækja (e. incumbents).

Þá mótmælir Nova þeirri fullyrðingu Símans um að gerðar séu meiri kröfur um uppítíma, hraða og gæði í ADSL en í 3G Interneti. Því til stuðnings sé hægt að vísa til útboðs Fjarskiptasjóðs, en þar komi skýrt fram að nákvæmlega sömu kröfur séu gerðar til þessara þátta, hvort sem notað sé 3G eða ADSL. Nova reyni að ná athygli íslenskra ADSL viðskiptavina og miði allar sínar gæðakröfur við að veita a.m.k. sambærilega þjónustu og neytendur séu vanir í ADSL. Það sé því rekstraraðilinn, en ekki tæknin sjálf, sem valdi mestu um hver þjónustuupplifun notandans verði.

Þá ítrekar Nova og hafnar þeirri fullyrðingu Símans að reynslan sýni að viðskiptavinir með netlykil séu einnig með ADSL þjónustu. Reynsla Nova sé önnur. Það er mat Nova að Síminn sé að verja tekjur sínar af ADSL með því að veita viðskiptavininum sínum 3G Internet allt að því frítt sem viðbót við ADSL og freista þess þannig að ADSL viðskiptavinir yfirgefi ekki Símann og geri um leið ómögulegt fyrir keppinauta að bjóða 3G Internet þar sem Síminn geri það á undirverði.

Nova vísar á bug þeirri staðhæfingu Símans að félagið sé ekki í markaðsráðandi stöðu á skilgreindum markaði. Án vafa sé Síminn í markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir háhraða sí tengt Internet. Tilvísanir Símans í nýlega fjárhagslega endurskipulagningu Teymis hf. breyti engu þar um. Ekki fáist séð hvaða áhrif fjárhagsleg endurskipulagning móðurfélags eins keppinautar Símans eigi að hafa á óumdeilda markaðsráðandi stöðu Símans á flestum undirmörkuðum íslensks fjarskiptamarkaðar.

Nova ítrekar að í háttsemi Símans felist gróft dæmi um skaðlega undirverðlagningu. Skaðleg undirverðlagning sé misnotkun markaðsráðandi fyrirtækis á stöðu sinni, sem jafnvel þrátt fyrir að neytendur geti notið góðs af því til skamms tíma að fá vöru eða þjónustu á lágu verði, sé ómdeilt talið að leiði til hærra verðs til neytenda, minni gæða og fækkun valkosta, þegar til lengri tíma sé litið. Ekkert réttlæti verðlagningu Símans í 3G tilboðinu við þær aðstæður sem Nova telji að séu fyrir hendi, þ.e. að um sama eða nátengdan markað sé að ræða og að Síminn sé þar í markaðsráðandi stöðu. Síminn hafi fengið 90 ár til þess að byggja upp stöðu sína á markaði. Nú fari félagið fram á að ný tækni sem keppi við sömu þjónustumöguleika og ADSL, eigi ekki að lúta sambærilegum reglum og þar eigi Síminn að mega hegða sér án afskipta eftirlitsaðila. Svo virðist sem engu skipti hvort Síminn niðurgreiði þjónustu í nýju farsímakerfi til þess að verja ADSL fjárfestingu félagsins eða yfir höfuð til hvaða aðgerða Síminn grípi, félagið eigi að fá að vera í friði svo sé hægt að skoða þetta síðar, líklega þegar Símanum hafi tekist að ná þeim yfirburðum sem að sé stefnt og geri út af við möguleika annarra keppinauta að hasla sér völl á umræddum markaði.

Þá segir Nova að hvað sem líði vangaveltum Símans um hagræna nálgun við túlkun 11. gr. samkeppnislaga verði ekki hjá því litið að réttarframkvæmd EB dómstólanna hvað varði misnotkun á markaðsráðandi stöðu sé enn óbreytt. Sama sé að segja um íslensk samkeppnislög, sem standi óbreytt óháð vangaveltum um hagræna nálgun. Fyrir hendi séu ótal ákvarðanir og fordæmi um framkvæmd við skýringu ákvæða samkeppnislaga og verði þeirri framkvæmd ekki kollvarpað á grundvelli nýrra sjónarmiða án þess að eitthvað



meira komi til. Þá beri að hafa í huga að þær aðgerðir markaðsráðandi fyrirtækis sem feli í sér skaðlega undirverðlagningu, sem felist í háttsemi Símans, séu augljóslega til þess fallnar að raska samkeppni. Þar að auki séu slíkar aðgerðir til þess fallnar að hafa útilokunaráhrif á keppinauta, þar á meðal Nova. Það sjónarmið að of rík vernd samkeppnisaðila fyrir samkeppni kunni að hafa óeðlileg áhrif á verðlag til neytenda eigi ekki við í þessu máli. Hér viðhafi markaðsráðandi fyrirtæki augljóslega undirverðlagningu sem blasi við að sé til þess fallin að raska samkeppni.

Nova ítrekar að markmið Símans með umræddu tilboði sé skýrt, þ.e. að verðleggja 3G háhraðapjónustu með þeim hætti að ADSL viðskiptavinir félagsins og annarra líti á 3G Internet sem viðbót við ADSL, en ekki sem staðgengdarþjónustu. Með því sé fæti brugðið fyrir samkeppnisaðila í 3G þjónustu og vöxtur þeirra og viðgangur takmarkaður. Þetta sé réttlætt með þeim röksemdum, eins og málatilbúnaður Símans beri með sér, að hér sé Síminn eingöngu að vinna á nýjum markaði þar sem allt sé leyfilegt og að íhlutun eftirlitsaðila hefði óæskileg áhrif á samkeppni.

4. Umsögn Símans frá 22. júní 2009

Í bréfi frá Símanum, dags. 22. júní 2009, gerði félagið frekari grein fyrir efnisatriðum málsins. Vísar Síminn til fyrri umsagnar sinnar frá 8. júní sl. og áréttar það sem þar komi fram, að 3G gagnaflutningsþjónusta sé sérstakur þjónustumarkaður hvort sem litið sé á markaðinn út frá notanda þjónustunnar eða tæknilegri uppbyggingu. ADSL þjónusta og 3G gagnaflutningsþjónusta með netlykli uppfylli ekki skilyrði samkeppnislaga um að geta að fullu eða verulegu leyti komið í stað hvorrar annarar.

Síminn vísar einnig í tölfræðiskýrslu Póst- og fjarskiptastofnunar um íslenskan fjarskiptamarkað árið 2008. Þar séu ADSL þjónusta og 3G gagnaflutningsþjónusta tilgreind sitt í hvoru lagi. Sé það augljós vísbending um að þjónustuþættirnir tilheyri sitt hvorum markaðnum og styðji sjónarmið Símans. Í sömu skýrslu komi fram að styrkur Nova sé verulegur á markaði fyrir 3G netþjónustu eða 49,2%, Síminn sé með 32,4% og Vodafone með 18,4%. Ef litið sé á markaðinn út frá heildsölustigi sé Nova með tæp 70% þar sem Vodafone nýti sér 3G farsímanet Nova. Því sé fjarstæða að halda því fram að Síminn sé í markaðsráðandi stöðu á markaðnum.

Þá segir Síminn að í erindi Nova komi fram að markaður fyrir ADSL þjónustu sé „svo gott sem mettaður“ en 3G gagnaflutningsþjónusta með netlykli sé hins vegar „ákveðin nýjung á markaði fyrir háhraða nettengingu og vaxtarmöguleikar miklir“. Í þessu felist staðfesting af hálfu Nova þess efnis að um sitt hvorn markaðinn sé að ræða og verði að leggja það til grundvallar niðurstöðu málsins. Það sé rökleysa að markaður geti verið á sama tíma mettaður en vaxtarmöguleikar töluverðir.

Síminn telji rétt að skilgreina landfræðilegan markað sem landið allt. En þar sem þróun markaðarins sé stutt á veg komin sé áskilinn réttur til að endurskoða þá afstöðu undir rekstri málsins.

Fram kemur að tilboð Símans á 3G netlyklum byggi á eðlilegum viðskiptaforsendum. Við undirbúning tilboðsins hafi verið gengið út frá því að um væri að ræða markað sem væri á vaxtarskeiðinu í líftímakúrfunni og að Síminn væri ekki í markaðsráðandi stöðu á



markaðnum og sé því heimilt að taka þátt í samkeppni eins og hver annar keppinautur á markaði.

Fyrir liggja að Síminn hafi fjárfest verulegar upphæðir í uppbyggingu á 3G farsímaneti félagsins. Þrátt fyrir að 3G farsímanet anni umtalsvert meiri afköstum í gagnaflutningi en 2G farsímanet hafi notkun á farsímanetinu verið mjög takmörkuð það sem af er og ekki í samræmi við afkastagetu kerfisins. Því hafi verið ljóst að til þess að auka notkun á 3G farsímanetinu sé nauðsynlegt að gefa eftir tekjur til skamms tíma á meðan markaðurinn sé að taka við sér og notendur að læra inn á notkunareiginleika hinnar nýju þjónustu sem skili sér í auknum tekjum til lengri tíma litið. Þetta sé alþekkt héraendis sem erlendis. Í samkeppnisrétti sé almennt litið svo á að félagi í markaðsráðandi stöðu sé heimilt að verðleggja þjónustu á nýjum mörkuðum í örri þróun tímabundið undir kostnaði á meðan markaðurinn sé að taka við sér.

Þessu til stuðnings vísar Síminn í umfjöllun tveggja fræðimanna þar sem tiltekin séu tilvik sem heimila markaðsráðandi fyrirtækjum að verðleggja undir kostnaði á nýjum mörkuðum í örri þróun til að ná ákveðinni stærðar- og breiddarhagkvæmni, fræða markaðinn um nýja þjónustu, kenna notkun á nýrri þjónustu eða vöru og til að ná netáhrifum. Aðeins í tveimur tilfellum geti verið um að ræða ólögsmætan „fórarkostnað“. Annars vegar ef fyrir liggur sönnun um ásetning um að koma keppinautum út af markaði. Hins vegar, ef slík gögn liggja ekki fyrir, að háttsemi markaðsráðandi fyrirtækis sé í svo miklu ósamræmi við eðlileg viðskiptasjónarmið að af henni megi ráð að um ásetning um að útiloka samkeppni sé að ræða. Hvorugt eigi við í tilviki Símans. Til grundvallar tilboðinu liggja fyrst og fremst sú viðleitni að fjölga viðskiptavinum í 3G gagnaflutningsþjónustu með netlykli svo þjónustan skili meiri árangri en verið hafi. Enginn ásetningur sé í þá veru að útiloka keppinaut af markaðnum.

Síminn bendir á að gögn sem fylgi umsögninni sýni að ekkert renni stoðum undir ásökun um tilburði til útilokunar. Tilboðið byggi á eðlilegum viðskiptaforsendum að öllu leyti og viðskiptaáætlunin sé í samræmi við það að Síminn vilji vera þátttakandi á fjarskiptamarkaði sem talinn sé að muni vaxa hratt á næstu árum. Þjóði Síminn ekki tilboð á markaði sem sé í samræmi við tilboð keppinauta sé ljóst að Síminn muni verða undir í samkeppni. Með vísan til þess sem að framan sé rakið telji Síminn ljóst að umrætt tilboð félagsins teljist lögmæt aðgerð í skilningi samkeppnislaga hvort sem Síminn teljist vera í markaðsráðandi stöðu eða ekki.

Að lokum áréttar Síminn að markaður málsins sé 3G gagnaflutningsþjónusta með netlykli og Nova standi best að vígi á þeim markaði. Telur Síminn að láta beri af frekari málsmeðferð í máli þessu. Kvörtun Nova beri þess öll merki að félagið vilji sitja eitt að markaðnum án samkeppni. Verði fallist á kröfu Nova muni félagið verða í yfirburðastöðu á markaðnum, samkeppni og neytendum til tjóns. Teljist Síminn vera í markaðsráðandi stöðu á skilgreindum markaði þessa máls telji Síminn að tilboð félagsins hafi rúmast innan þeirra marka sem félagi í þeirri stöðu sé heimilt með hliðsjón af atvikum öllum.



5. Umsögn Nova frá 28. ágúst 2009

Í bréfi frá Nova til Samkeppniseftirlitsins, dags. 28. ágúst eru gerðar athugasemdir við umsögn Símans frá 22. júní 2009. Hvað varðar skilgreiningu markaðar og stöðu Símans á þeim markaði telur Nova ekki ástæðu til þess að gera athugasemdir við sjónarmið Símans þar um en vísar til fyrri athugasemda og niðurstöðu í bráðabirgðaákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 2/2009. Þá hafni Nova enn og aftur þeirri túlkun Símans að félagi í markaðsráðandi stöðu sé heimilt að verðleggja þjónustu á nýjum mörkuðum í örri þróun tímabundið undir kostnaði meðan markaðurinn sé að taka við sér. Þá bendir Nova á að Samkeppniseftirlitið hafi staðfest að engin slík almenn regla væri fyrir hendi.

Nova telji að ekki leiki vafi á því að um skaðlega undirverðlagningu Símans sé að ræða óháð því hvaða kostnaðarviðmið sé notað. Grundvallaratriði sé að verðlagningu Símans sé ekki hægt að réttlæta út frá eðlilegum viðskipta- og kostnaðarforsendum. Fari hins vegar svo ólíklega að verðlagning Símans verði talin á mörkum þess að miðast við eðlilegar viðskiptaforsendur sé bent á að öll rök hnígi til þess að um sé að ræða samkeppnislega aðgerð af hálfu Símans í þeim tilgangi að útiloka samkeppni á skilgreindum markaði.

Þá vilji Nova gagnrýna lýsingu Símans á tilgangi tilboðsins. Síminn segi að til grundvallar tilboðinu liggi fyrst og fremst sú viðleitni að fjölga viðskiptavinum 3G netlykla svo að þjónustan skili meiri arðsemi til lengri tíma og að áhættufjárfesting í 3G farsímaneti skili meiri árangri en verið hafi. Þá segir að af öllum gögnum málsins sé ljóst að framlegð Símans verði mjög lítil af þjónustunni og því sé engan veginn séð hvaða áætlanir Síminn hafi um að ná inn þeim tekjum sem þörf sé á vegna þessarar umræddu áhættufjárfestingar. Staðhæfing Símans um tilgang tilboðsins fáist því vart staðist. Í raun haldi viðskiptaáætlun Símans ekki vatni þar sem hún raunverulega gangi út á það að um sé að ræða „nýjan markað“ í örri þróun og því hafi Síminn frítt spil í hegðun sinni á markaðnum. Í viðleitni til að réttlæta kostnaðarforsendur 3G netlykla og netþjónustu tilboðsins reyni Síminn með yfirklóri að undirbyggja verðgrundvöllinn með úreltum gögnum, þ.e. hegðun notenda áður en verðskrá var breytt þann 1. júní 2009.

Nova mótmælir þeirri skoðun Símans að tilgangur félagsins með kvörtun sinni sé að það vilji „sitja eitt að markaðnum án nokkurrar samkeppni“. Því fari fjarri. Það sem hafi vakað fyrir félaginu með kvörtuninni hafi verið að kalla eftir því að viðeigandi yfirvöld gripu til aðgerða gegn Símanum, sem sé markaðsráðandi aðili á öllum helstu undirmörkuðum fjarskiptaþjónustu hér á landi, þannig að nýir aðilar á borð við Nova geti haft raunhæfan möguleika á því að byggja upp starfsemi til frambúðar í eðlilegu samkeppnisumhverfi.

Að lokum segir Nova að Síminn hafi farið offari og stórlega undirverðlagt 3G netlyklaþjónustu sína. Verðskrá Nova hafi miðað við að geta keppt við sambærilegar ADSL tengingar, þrátt fyrir að um sé að ræða fjárfestingu í nýju 3G farsímaneti og að almennt séu fjárfestingar í farsímanetum dýrari en í fastanetum og ADSL. Símanum sé fullkomlega ljóst að 3G netlyklamarkaður sé annar tveggja vörumarkaða Nova, og virðist hafa einsett sér að hindra vöxt Nova með undirverðlagningu á þjónustunni.

Umsögn Nova var send Símanum og félaginu boðið að koma að athugasemdum ef einhverjar væru.



6. Umsögn Símanum frá 25. september 2009

Í bréfi frá Símanum, dags. 25. september 2009, gerir félagið athugasemdir við umsögn Nova frá 28. ágúst sl. Er þar m.a. vísað til ítarlegrar gagnaöflunar eftirlitsins um forsendur að baki umþrættu tilboði Símanum. Síminn telur að Nova hafi í umsögninni fallist á að markaður þessa máls sé 3G gagnaflutningsþjónusta með netlykli og því sé það ágreiningslaust milli aðila. Síminn hafni því alfarið að tilgangur félagsins með tilboðinu hafi verið að útiloka samkeppni frá Nova eða hindra vöxt félagsins. Engin gögn eða staðreyndir hafi verið lögð fram því til stuðnings sem gera verði kröfu um. Tilboðið hafi byggt á eðlilegum viðskiptasjónarmiðum hvort sem Síminn verði talinn hafa verið í markaðsráðandi stöðu eða ekki. Staðhæfingu Nova um að tilboðið hafi falið í sér skaðlega undirverðlagningu sé mótmælt sem rangri.

Í bréfinu gerir Síminn athugasemdir við bráðabirgðaákvörðun Samkeppniseftirlitsins. Síminn hafnar því að félagið sé í markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir 3G gagnaflutningsþjónustu með netlykli, sem sé markaður málsins, og telur afstöðu Samkeppniseftirlitsins í málinu fordæmalaus og gangi hún þvert á fræðikenningar í samkeppnisrétti. Þá telur Síminn að landfræðilegur markaður sé þéttbýlissvæði þar sem 3G farsímanet Nova og Símanum hafi verið byggð upp en nái ekki yfir svæði þar sem annað félagið hafi komið upp slíku farsímaneti en hitt ekki.

Síminn segir almennt litið svo á að mjög há markaðshlutdeild, t.d. yfir 70% sé vitnisburður um að markaðsráðandi staða sé fyrir hendi nema við mjög óvenjulegar kringumstæður. Þegar markaðshlutdeild sé 50-70% og hún hafi haldist þannig um nokkurn tíma sé líkur á því að um markaðsráðandi stöðu sé fyrir hendi. Nauðsynlegt sé þó að rannsaka hvort aðrir þættir leiði til þeirrar niðurstöðu að yfirráð séu ekki talin vera til staðar. Með markaðshlutdeild á bilinu 40-50% sé ekki hægt að telja að líklegt sé eða ólíklegt að markaðsráðandi staða sé fyrir hendi heldur sé nauðsynlegt að rannsaka aðstæður á þeim markaði sem máli skiptir. Í bráðabirgðaákvörðuninni hafi markaðshlutdeild verið mæld eftir tekjum af þjónustunni en réttara sé að miða við fjölda viðskiptavina. Síminn hafi verið með 33% markaðshlutdeild, Nova með 42% og Vodafone 25%. Þrátt fyrir þetta hafi Síminn verið talinn í markaðsráðandi stöðu á skilgreindum markaði þessa máls. Síminn ítrekar fyrri tilvísun félagsins í tölfræðiskýrslu Póst- og fjarskiptastofnunar fyrir árið 2008 og bætir við að þar sem viðskiptavinir Vodafone noti 3G net Nova hafi farsímanet Nova verið með 67,6% markaðshlutdeild móti 32,4% hlutdeildar 3G farsímanets Símanum.

Síminn vísar í ýmis skrif erlendra fræðimanni í samkeppnisrétti til stuðning því að lág markaðshlutdeild sé almennt góð vísbending um að markaðsráðandi staða sé ekki fyrir hendi. Markaðsyfirráð séu ekki líkleg ef markaðshlutdeild sé undir 40% á viðkomandi markaði. Á þessu geti verið undantekningar ef keppinautar á markaðnum séu ekki í stöðu til að veita nægilegt samkeppnislegt aðhald, t.d. ef þeir eigi í erfiðleikum með að bjóða vöru eða þjónustu í sama magni og það fyrirtæki sem sé í meintri markaðsráðandi stöðu, Síminn í þessu tilfalli. Því fari fjarri í þessu máli. Nova sé vel í stakk búið til að veita Símanum harða samkeppni og hafi raunar haft betur í samkeppninni en Síminn á markaði fyrir 3G gagnaflutningsþjónustu með netlykli eins og markaðshlutdeild segi til um. Þá sé



umframafkastageta í 3G farsímakerfi Nova og því hæglega hægt að mæta eftirspurn eftir þjónustunni og auka afkastagetuna ef á þurfi að halda.

Þá telur Síminn að þegar af þeirri ástæðu að markaðshlutdeild Símans á skilgreindum markaði sé undir 40% og hlutdeild Nova hafi verið talsvert hærri en Símans, auk þess sem Vodafone hafi haft talsverða markaðshlutdeild, teljist það nægjanleg sönnun þess að Síminn hafi ekki verið í markaðsráðandi stöðu á markaðnum. Vísun Samkeppniseftirlitsins í úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 5/1999 um fordæmi fyrir markaðsráðandi stöðu fyrirtækis með undir 40% markaðshlutdeild eigi ekki við í þessu máli að mati Símans. Í því máli hafi forveri Símans, Landssími Íslands hf., og Skíma ehf. haft samanlagða 37% markaðshlutdeild. Næsti keppinautur þar á eftir hafi verið með um 20% markaðshlutdeild. Þá hafi legið fyrir að Síminn hafi átt fjórðungshlut í þriðja keppinautnum sem hafi verið með 16% hlutdeild. Samanlögð markaðshlutdeild Símans og tengdra félaga hafi því verið um 53% á Internetmarkaði. Á þeim tíma hafi Síminn verið með því sem næst 100% hlutdeild á flestum undirmörkuðum fjarskipta og samkeppni á frumstigi.

Síminn gagnrýnir í athugasemdum að Samkeppniseftirlitið reifi ekki í ákvörðun sinni þau sjónarmið að markaðshlutdeild undir 40% feli í sér vísbendingu um að ólíklegt sé að um markaðsráðandi stöðu sé að ræða þrátt fyrir að um viðurkennt sjónarmið sé að ræða og Samkeppniseftirlitinu beri að taka mið af leiðbeiningum framkvæmdastjórnar ESB frá 3. desember 2008. Þá sé það fordæmalaust í ákvörðunum framkvæmdastjórnar ESB og dómaframkvæmd dómstóla ESB að fyrirtæki hafi verið talið í markaðsráðandi stöðu með 33% hlutdeild. Stjórnvald sem beri skylda til að gæta hlutlægni geti ekki látið hjá líða að reifa þau sjónarmið. Einungis sé vísað til úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 5/1999 sem geti ekki haft fordæmisgildi í þessu máli eins og rakið hafi verið. Að mati Símans verða einstakar kringumstæður að vera fyrir hendi svo fyrirtæki með um eða undir 33% markaðshlutdeild sé í markaðsráðandi stöðu. Aðrir þættir verði því að leiða til þess að markaðsráðandi staða teljist vera til staðar, þrátt fyrir hina lágu markaðshlutdeild.

Síminn bendir á að í bráðabirgðaákvörðuninni segi Samkeppniseftirlitið að nauðsynlegt sé að horfa til skipulags á markaðnum sem geti gefið vísbendingu um markaðsráðandi stöðu. Því til hliðsjónar nefni eftirlitið úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 3/2008 *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn samkeppniseftirlitinu*. Sé þar m.a. fjallað um aðgangshindranir, fjölda og styrks keppinauta, fjárhagslegan og tæknilegan styrk viðkomandi fyrirtækis auk þess sem fleiri atriði geti komið til skoðunar.

Síminn telur að styrkur helstu keppinauta Símans á markaðnum, Nova með 42% og Vodafone með 25%, meðan Síminn hafi 33% hlutdeild, sé augljós vísbending og allt að því nægilegur vitnisburður um að markaðsráðandi staða sé ekki fyrir hendi.

Síminn telur ljóst að ekki sé um hindranir að ræða á markaði fyrir 3G gagnaflutningsþjónustu með netlykli. Þar hafi Nova á skömmum tíma náð að hasla sér völl með um 42% markaðshlutdeild. Það sama eigi við um farsímaþjónustu til einstaklinga og fyrirtækja. Þar hafi Nova náð umtalsverðri markaðshlutdeild á skömmum tíma.



Þá segir að á markaði fyrir 3G gagnaflutningsþjónustu með netlykli hafi Síminn og Nova hvort um sig byggt upp 3G farsímanet. Ekki verði séð að afkasta-/gagnaflutningsgeta hamli vexti og framgangi Nova á markaðnum. Markaðshlutdeild bendi til þess að það ætti að vera ódýrast fyrir Nova að auka afköst sín þar sem mesta umferðin sé um farsímanet þess, félagið hafi hæstu veltuna og flesta viðskiptavini.

Síminn telur að kaupendur að 3G netlyklaþjónustu séu það vel upplýstir um verð og gæði þjónustu að það veiti nægilegt samkeppnislegt aðhald þannig að um kaupendastyrk sem skipti máli sé að ræða. Þegar netlykill hafi verið keyptur sé skiptikostnaður óverulegur. Einungis sé þörf fyrir SIM-kort sem sett sé í lykilinn til að þjónustan virki.

Að framansögðu virtu telur Síminn að það bendi til þess að félagið sé ekki í markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir 3G gagnaflutningsþjónustu með netlykli.

Síminn bendir á að í forsendum bráðabirgðaákvörðunarinnar sé forsaga Símans rakin. Síminn og forverar hans hafi haft einkarétt á að veita talsíma- og farsímaþjónustu og „grunnfjarskiptakerfi“ landsins hafi verið byggð upp á þeim forsendum. Míla hf., systurfélag Símans, sé eigandi og rekstraraðili grunnfjarskiptakerfisins og eigi þar af leiðandi viðskipti við keppinauta Símans og hagnist af starfsemi þeirra.

Í athugasemdum sínum um bráðabirgðaákvörðunina ganrýnir Síminn að ekki sé rökstutt hvaða afgerandi áhrif forsaga Símans hafi til stuðnings því að Síminn sé með markaðsráðandi stöðu á þeim markaði sem þetta mál varðar. Bendir Síminn í því sambandi á að kvaðir sem Póst- og fjarskiptastofnun hafi lagt á fyrirtækið en ekki keppinauta þess hafi ýmist jafnað samkeppnisstöðu keppinautanna gagnvart Símanum og jafnvel gert Símanum erfiðara fyrir í samkeppni. Þegar horft sé til víðtæks eftirlits Póst- og fjarskiptastofnunar með fjarskiptastarfsemi Símans og Mílu, sem verið hefur frá upphafi samkeppni á fjarskiptamarkaði, telji Síminn að draga verði verulega í efa að forsaga þeirra fyrirtækja og eignatengsl í dag skili Símanum forskoti á markaði fyrir 3G gagnaflutningsþjónustu með netlykli. Horfa verði til þess að tíðnum til að starfsrækja 3G farsímanet hafi verið úthlutað til Símans, Nova og Vodafone á sama tíma. Frá þeim tíma hafi Nova gengið betur í markaðssókn en Símanum. Ályktun Samkeppniseftirlitsins um að forsaga Símans styrki hann í samkeppni við Nova og önnur félög á markaði fái því ekki stoð í staðreyndum málsins. Því hafni Síminn því að staða Símans og Mílu á öðrum fjarskiptamörkuðum veiti Símanum forskot í samkeppni á markaði fyrir 3G gagnaflutningsþjónustu með netlykli. Í þessu máli virðist samanlagður efnahagslegur styrkur Símans og Mílu vera ráðandi um þá niðurstöðu að Síminn sé í markaðsráðandi stöðu á þeim markaði sem mál þetta fjalli um. Síminn telji að þær forsendur standist ekki þegar litið sé til allra þátta málsins.

Í umfjöllun Samkeppniseftirlitsins komi fram að rétt sé að hafa hliðsjón af markaðshlutdeild á farsíma- og netlyklamarkaði þar sem umrædd þjónusta sé veitt yfir farsímanet. Það sé hins vegar athyglisvert að eftirlitið miði við stöðuna í árslok 2007 en ekki árslok 2008 þrátt fyrir að tölfræðiskýrsla Póst- og fjarskiptastofnunar fyrir fjarskiptamarkaðinn 2008 hafi verið birt áður en bráðabirgðaákvörðunin hafi verið tekin. Veki það sérstaka athygli að markaðshlutdeild Símans í árslok 2008 hafi verið 50,7% og hafði lækkað



verulega á því ári. Þegar tilboð fyrir 3G netlykla hafi verið boðið hafi hlutdeild Símans reiknuð í heildarfjöldi farsímanotenda verið komin niður fyrir 50%.

Þá telur Síminn að nærtækara sé að skoða markaðshlutdeild út frá notkun á 3G farsímanetum en 2G og 3G farsímanetum samanlagt. 3G farsímanet séu byggð upp frá grunni og standi sjálfstætt og aðskilin frá 2G farsímanetum. Þegar rýnt sé í fyrr nefnda tölfraeðiskýrslu fyrir árið 2008 sjáist að Nova hafi yfirburði á markaðnum. Ef skoðuð sé farsímaþjónusta í 3G farsímanetum, þ.e. fyrir tal- og gagnaflutning, séu yfirburðir Nova algjörir. Nova hafi verið með 68,7% markaðshlutdeild og Síminn 29,5%. Eins og rakið hafi verið og Samkeppniseftirlitið hafi staðfest í bráðabirgðaákvörðun sinni teljist það nægilegt til að álíta Nova í markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir 3G farsímaþjónustu.

Þegar markaðsstyrkur Nova á þeim markaði sem málið varðar sé skoðaður auk þeirrar staðreyndar að á öðrum mörkuðum þar sem 3G farsímanet séu notuð til að veita þjónustu hafi Nova yfirburði yfir keppinauta sína. Heildstætt mat á þessu geti ekki leitt til þeirrar niðurstöðu að staða Símans og Mílu á hinum ýmsu mörkuðum fjarskipta, sem margir hverjir hafi engin áhrif á þann markað sem hér um ræðir, leiði til þess að Síminn sé í markaðsráðandi stöðu á markaðnum. Þvert á móti sýni staðreyndir að Nova hafi yfirhöndina yfir Símann í 3G þjónustu, hvort sem hún sé veitt með netlykli eða farsíma. Með vísan til þessa sé því hafnað að staða Símans og Mílu á fjarskiptamörkuðum undirbyggi markaðsráðandi stöðu Símans á þjónustumarkaði þessa máls.

Síminn ítrekar þá skoðun að almennt sé litið svo á að fyrirtæki í markaðsráðandi stöðu sé heimilt að verðleggja þjónustu á nýjum mörkuðum í mótun tímabundið undir kostnaði á meðan markaðurinn sé að taka við sér. Hvergi hafi hins vegar komið fram að verðlagning Símans hafi verið undir kostnaði. Sjónarmiðunum sé þó teflt fram þar sem þau séu lýsandi fyrir aðstæður á nýjum mörkuðum í mótun. Sú staða sé þá uppi að fyrirtæki hafi ráðist í áhættusama nýfjárfestingu og taka verði tillit til þess að tíma taki að ná fjárfestingunni til baka þannig að hin nýja vara eða þjónusta skili arðsemi. Verðlagning nýrrar þjónustu sem sé tímabundið undir breytilegum kostnaði eða yfir breytilegum kostnaði en undir heildarkostnaði kunní að vera réttlætanleg og sé ekki til þess fallin að útiloka samkeppni.

Til grundvallar tilboði Símans hafi fyrst og fremst legið sú viðleitni að fjölga viðskiptavinum í 3G gagnaflutningsþjónustu með netlykli, svo þjónustan skili arðsemi og áhættufjárfesting í 3G farsímaneti skili meiri árangri en verið hafi. Enginn ásetningur hafi verið í þá veru að útiloka keppinaut á markaðnum. Ekki sé hægt að styðja ásetning Símans um að útiloka samkeppni með gögnum eða því að viðskiptaáætlun félagsins hafi ekki byggt á eðlilegum viðskiptaforsendum. Þá bendi Síminn á að markaður málsins sé tæknimarkaður sem einkennist af stöðugri þörf fyrir nýfjárfestingu og ógn um að standist fyrirtæki ekki vöru- og þjónustuframboð keppinauta þá muni markaðshlutdeild fjara hratt undan viðkomandi fyrirtæki. Sýni þetta að Síminn verði að taka tillit til keppinauta og notenda þjónustu á þeim markaði sem um ræðir hverju sinni. Sé það ekki gert sé ljóst að há markaðshlutdeild hverfi á skömmum tíma.

Komist Samkeppniseftirlitið að þeirri niðurstöðu í endanlegri ákvörðun að Síminn sé í markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir 3G gagnaflutningsþjónustu með netlykli telji



Síminn að félagið hafi ekki brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga. Í bráðabirgðaákvörðun Samkeppniseftirlitsins komi fram að talið sé sennilegt að verðlagning Símans á tilboðinu sé undir kostnaði í skilningi samkeppnislaga. Eingöngu sé þá til skoðunar hvort Síminn hafi stundað skaðlega undirverðlagningu í skilningi samkeppnisréttar. Síminn telji að 3G netlyklatilboð hafi verið gert með eðlileg viðskiptasjónarmið í forgrunni. Gerði viðskiptaáætlun ráð fyrir því að arðsemi yrði af þjónustunni þrátt fyrir tilboðið.

Í athugasemdum Símans segir að almennt sé stuðst við svokallaða AKZO reglu þegar metið sé hvort um sé að ræða skaðlega undirverðlagningu í samkeppnisrétti. Komi fram í þeirri reglu að verðlagning sem væri yfir meðals breytilegum kostnaði en undir meðalheildarkostnaði væri að öllu jöfnu lögmæt nema unnt væri að sýna fram á að ásetningur fyrirtækis hafi verið að koma keppinauti út af markaðnum. Rökin fyrir því að fordæma ekki verðlagningu yfir breytilegum meðalkostnaði hafi verið þau að sala yfir slíku viðmiði geti verið hagfræðilega skynsamleg.

Þá segir að í Deutsche Post málinu hafi framkvæmdastjórn ESB talið að Deutsche Post hafi verðlagt þjónustu sem hafi verið í samkeppnisrekstri undir viðbótarkostnaði (e. incremental costs) og hafi verið miðað við fimm ára tímabil. Ekki hafi verið stuðst við meðalheildarkostnað í því máli og heldur hafi ekki verið talið rétt að horfa á kostnað sem hafi verið sameiginlegur með þeim hluta rekstrar sem hafi verið stundaður í skjóli einkaréttarstarfsemi. Hafi kostnaðarviðmiðið verið skýrt sem sá kostnaður sem hafi fallið til við að veita umrædda þjónustu eingöngu og að aðgreindur hafi verið sameiginlegur kostnaður sem hefði fallið til ef þjónustan hefði ekki verið veitt. Sé tekið mið af þessu fordæmi megi ætla að það beri að minnsta kosti að undanskilja fastan kostnað við rekstur á sameiginlegu kerfi mismunandi þjónustu.

Síminn bendir á að í Wanadoo málinu sem fjalli um verðlagningu á ADSL þjónustu félagsins hafi framkvæmdastjórnin stuðst við breytilegan meðalkostnað. Hafi í því máli verið komist að þeirri niðurstöðu að verðlagning Wanadoo hafi verið mikið undir breytilegum meðalkostnaði félagsins auk þess sem gögn málsins hafi sýnt ásetning Wanadoo að útiloka keppinauta frá markaðnum. Hafi háttsemi félagsins verið talin ólögmæt. Í málinu hafi verið talið eðlilegt að miða við 48 mánaða tímabil sem ætla mætti eðlilegan áskriftartíma viðskiptavina.

Þá segir að hvorki dómstólar ESB né heldur framkvæmdastjórnin hafi talið að verðlagning sem sé undir meðal heildarkostnaði en yfir meðal breytilegum kostnaði fari gegn 82. gr. Rómarsáttmálans nema þá aðeins að ásetningur um að hrekja keppinaut út af markaði sé sannaður. Þetta eigi fullum fetum við í starfsemi hvort sem um sé að ræða fjarskiptamarkað eða ekki.

Fram kemur að tilboð Símans hafi verið tímabundið þar sem viðskiptavinum hafi staðið til boða niðurfelling á mánaðargjaldi í júní, júlí og ágúst ásamt því að fá netlykil gegn sex mánaða bindingu. Þrátt fyrir að tilboðið hafi miðað við sex mánaða binditíma þá hafi mátt gera ráð fyrir að meðallíftími áskriftar með 3G netlykil sé að minnsta kosti [tvö]² ár m. v. sögulegt brottfall í þjónustunni (hafi verið að jafnaði innan við 2% á mánuði). Í

² Upplýsingar innan hornklofa í skjali þessu eru felldar út vegna trúnaðar.



viðskiptaáætlun sem Síminn hafi sent Samkeppniseftirlitinu komi fram að tilboðið einangrað myndi borga sig upp á innan við [10] mánuðum þar sem eingöngu var talinn til kostnaður vegna áætlaðs fjölda netlykla sjálfra í tilboðinu og tekna af þeim. Í viðskiptaáætluninni komi einnig fram að afkoma gagnaflutningsþjónustu í farsímakerfum Símans væri jákvæð þrátt fyrir tilboðið.

Síðan segir að Samkeppniseftirlitið hafi óskað eftir því að Síminn myndi sýna áætlaða afkomu þjónustunnar þar sem notaðir væru 3G netlyklar byggð á forsendum tilboðsins og að teknu tilliti til alls kostnaðar sem tengist þjónustunni. Sé kostnaðarhluti í áætluninni byggður á kostnaðargreiningu heildsölu Símans og fyrirtækis sem sérhæfi sig í slíkri vinnu, Analysys Mason. Þessi aðferð sýni að 3G gagnaflutningsþjónusta með netlykli hjá Símanum hefði verið með jákvæða afkomu hefði viðskiptaáætlunin gengið eftir. Yfir 12 mánaða tímabil, eftir að tilboðið fór í loftið (uppsafnað 2009 til maí 2010), hefði hagnaður af þjónustunni numið [...] m.kr. Niðurstaða í viðskiptaáætlun Símans hafi leitt í ljós að uppsafnaður hagnaður árána 2009 og 2010 hefði orðið um [...] m.kr. og er þá byggð á rauntölum fyrir janúar til maí 2009 og áætlun frá júní 2009 til ársloka 2010. Þá segir Síminn að rauntölur fyrir sumarið 2009 sýni að meðaltekjur af viðskiptavinum á mánuði hafi verið örlítið lægri en áætlun gerði ráð fyrir en eigi að síður bendi allt til þess að jákvæð framlegð hefði náðst á [...] mánuðum.

Með vísan til þess sem rakið sé hér að framan um 3G netlyklatilboð Símans og almenna umfjöllun um skilyrði þess að um skaðlega undirverðlagningu í skilningi 11. gr. samkeppnislaga hafi verið að ræða hafni Síminn því að félagið hafi brotið gegn ákvæðinu. Á grundvelli þess sé þess krafist að Samkeppniseftirlitið kveði á um að ekki sé ástæða til að hafa frekari afskipti af hinu tímabundna 3G netlyklatilboði Símans.

7. Árétting Nova frá 14. október 2009

Í bréfi til Samkeppniseftirlitsins, dags. 14. október 2009, kom Nova á framfæri áréttingu á nokkrum þýðingarmiklum meginatriðum, að mati félagsins, um stöðu Símans á þeim markaði sem mál þetta varði. Í umsögn sinni frá 28. ágúst sl. fjalli Síminn meðal annars um afstöðu Nova til þess hver hinn skilgreindi markaður málsins væri. Staðhæfingar Símans hvað þetta varði séu fráleitar og ljóst sé að Síminn slíti algerlega úr samhengi fyrri málflutning Nova. Áréttar Nova fyrri sjónarmið félagsins um að 3G nettenging og þjónusta og ADSL nettenging og þjónusta tilheyri sama markaði í skilningi samkeppnisréttar. Tilburðir Símans í þá veru að Nova hafi með einhverjum hætti fallið frá málalíbúnaði sínum hvað þetta varði, dæmi sig sjálfir.

Þá segir að ef svo ólíklega vilji til að Síminn verði ekki talinn í markaðsráðandi stöðu á umræddum 3G netþjónustumarkaði þá sé viðurkennt í samkeppnisrétti að hin markaðsráðandi staða, misnotkun hennar og áhrif misnotkunarinnar þurfi ekki endilega að vera bundin við einn og sama vöru- og/eða þjónustumarkaðinn. Þannig sé það ekki skilyrði fyrir því að um misnotkun á markaðsráðandi stöðu sé að ræða að hegðun hins markaðsráðandi fyrirtækis sé á þeim markaði þar sem fyrirtækið sé í markaðsráðandi stöðu. Verði niðurstaðan sú að markaður málsins teljist vera markaður fyrir 3G netþjónustu, og að Síminn sé ekki markaðsráðandi á þeim markaði, sé því um það að ræða að hegðun Símans á 3G netþjónustumarkaði feli í sér misnotkun Símans á markaðsráðandi stöðu sinni á markaði fyrir ADSL netþjónustu, sem og hugsanlega einnig



misnotkun á markaðsráðandi stöðu Símans á öðrum nátengdum undirmörkuðum fjarskiptaréttar.

Að mati Nova verði að taka tillit til þess að Nova hafi byggt upp 3G dreifikerfi fyrir 3G þjónustu og hafi einbeitt sér að þeim rekstri það ár sem mæling Póst- og fjarskiptastofnunar hafi náð til í tilvitnaðri skýrslu stofnunarinnar. Um leið og Nova hafi samkvæmt umræddum upplýsingum Póst- og fjarskiptastofnunar náð umtalsverðri hlutdeild á 3G þjónustusviði verði að hafi í huga að þær tölur sem liggja að baki séu ekki háar, og gefi hvorki til kynna að Nova hafi náð ráðandi stöðu né að jákvæð rekstrarniðurstaða fyrir þessa þjónustuflokka sé fyrir hendi. Í þessu sambandi verði að hafa í huga að gagnamagn á 3G neti sé miklu meira en gagnamagn á GSM (2G) neti, enda séu 3G net hönnuð fyrir umtalsverðan gagnaflutning. Síminn og Vodafone hafi um árabíl einbeitt sér að rekstri þjónustu í GSM neti. Það gefi því ekki rétta mynd að telja, með hliðsjón af tölfræðiskýrslu Póst- og fjarskiptastofnunar, að Nova sé komið í markaðsráðandi stöðu þó svo að mikið gagnamagn fari um 3G net Nova í samanburði við gögn í GSM netum Símans og Vodafone. Í öllum öðrum þjónustuflokkum sem skýrslan nái til sé Síminn með yfirburðastöðu. Taka verði mið af þeirri staðreynd við mat á umfjöllun Símans hvað þetta varði.

Samkeppniseftirlitið sendi Símanum athugasemdir Nova til upplýsinga.



III. Niðurstaða

Í erindi Nova, dags. 28. maí 2009, var þess krafist að Símanum skuli talið óheimilt að bjóða áfram upp á tilboðið „3G netlykill og áskrift fyrir 0 kr. í allt sumar“. Þá var þess krafist að Samkeppniseftirlitið úrskurði háttsemi Símans ólögmeta, sbr. 11. gr. samkeppnislaga. Af hálfu Símans er þessu mótmælt.

Í máli þessu er ágreiningur um hvort Síminn 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. Í því skyni að meta hvort fyrirtæki er markaðsráðandi þarf að skilgreina viðkomandi markað og kanna stöðu einstakra fyrirtækja á honum. Verður fyrst vikið að þessu.

1. Skilgreining markaða

Samkvæmt 5. tl., 1. mgr., 4. gr. samkeppnislaga er markaður skilgreindur sem sölusvæði vöru og staðgengdarvöru og/eða sölusvæði þjónustu og staðgengdarþjónustu. 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.

Með vöru- eða þjónustumarkaði er átt við markað fyrir allar vörur og þjónustu sem neytendur líta á sem staðgönguvörur eða staðgönguþjónustu vegna eiginleika sinna, verðs og áformaðrar notkunar, sbr. 4. gr. samkeppnislaga. Staðgönguvara og staðgönguþjónusta er vara eða þjónusta sem að fullu eða verulegu leyti getur komið í stað annarrar vöru eða þjónustu.

Landfræðilegi markaðurinn er það landssvæði þar sem samkeppnisskilyrði fyrir tiltekna vöru eða þjónustu eru sambærileg.

Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008 Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu er bent á að það sé viðtekin venja 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.

Af hálfu Nova er því haldið fram að 3G nettengingar falli undir sama markað og ADSL tengingar og því sé þjónustumarkaður þessa máls háhraða Internettengingar. Augljóst sé að staðganga sé á milli þessara tveggja tegunda af nettengingum en staðganga sé einn helsti þátturinn sem litið sé til við skilgreiningu vöru- og/eða þjónustumarkaða í samkeppnisrétti. Því sé rétt og eðlilegt að draga þá ályktun að þær tilheyri sama markaði í skilningi samkeppnisréttar. Verði niðurstaða þessa máls hins vegar sú að 3G netþjónusta verði talin tilheyra sérstökum markaði þá fallist Nova á það með Samkeppniseftirlitinu, sbr. niðurstöðu bráðabirgðaákvörðunar nr. 2/2009, að Síminn sé í markaðsráðandi stöðu á þeim markaði. Landfræðilegur markaður sé landið allt, Ísland.



Af hálfu Símans er talið ljóst að ADSL þjónusta og 3G gagnaflutningsþjónusta með netlykli uppfylli ekki skilyrði samkeppnislaga um að teljast til sama markaðar. Til þess þurfi hvor þjónusta fyrir sig að fullu eða verulegu leyti að geta komið í stað hinnar. Telur Síminn að svo mikill munur sé á hvorri þjónustu um sig að þær teljist til tveggja aðskildra markaða. Markaður þessa máls sé 3G gagnaflutningaþjónusta með netlykli. Í athugasemdum Símans frá 25. september 2009 telur félagið rétt að skipta markaðnum upp landfræðilega í þéttbýlissvæði þar sem 3G farsímanet Nova og Símans hafi verið byggð upp. Landfræðilegi markaðurinn eigi hins vegar ekki að ná yfir svæði þar sem annað félagið hafi byggt upp 3G farsímanet en hitt ekki. Er þetta breytt afstaða félagsins frá því sem fram kom í athugasemdum, dags. 22. júní 2009 um að markaðurinn væri allt landið, Ísland.

1.1 Athugasemdir Símans

Í tilboði Símans felst þjónusta sem varðar mögulega tengingu á fartölvum við Internetið með notkun 3G netlykils. Möguleg tenging afmarkast af því landsvæði, innanlands og erlendis, sem 3G farsímaþjónusta nær til. Utan þess svæðis virkar tengingin ekki. ADSL tenging er önnur þjónusta sem tengir tölvur við Internetið í föstum tengipunkti við almenna fastlínusímakerfið. Í því sambandi er þráðlaus tenging möguleg en þá aðeins innan þröngs rýmis, heimilis eða fyrirtækis. Báðar þessar tegundir tenginga eru svo kallaðar háhraðatengingar. Virkni þessara tenginga er eins, með tilliti til hraða þeirra, að öðru leyti en því að hraði tengingar á 3G netlykli er háður fjölda samtímanotenda í farsímakerfinu og getur því verið óstöðug. ADSL tenging er hins vegar stöðug og nánast óháð fjölda tengdra notenda á hverjum tíma.³

Í andmælaskjalinu var það mat Samkeppniseftirlitsins að það væru aðallega tvö atriði, sem þó væru tengd, sem horfa ætti til við mat á staðgöngu þessara tveggja tegunda nettenginga. Það fyrri væri hreyfanleiki notandans sem aðgreinir þessar tvær tengileiðir. Með 3G netlykli sé notandanum gert kleift að vera í Internetsambandi utan heimilis og vinnustöðvar þar sem 3G farsímaþjónusta er til staðar, innanlands og erlendis. Fari það svæði mjög vaxandi þar sem 3G farsímanet væri í hraðri uppbyggingu bæði hér á landi sem og í öðrum löndum. Notandi með ADSL tengingu væri bundinn föstum tengipunkti en með ákveðna stutta fjarlægð mögulega til tengingar væri þráðlaust samband til staðar. Hitt atriðið væri notagildi sem af þessum hreyfanleika hlýst og eigi það bæði við um starfsmenn fyrirtækja og einstaklinga á ferðalögum, í sumarbústöðum og utanhúss þar sem 3G farsímaþjónusta næst. Með 3G netlykli gæti starfsmaður sinnt starfi sínu „úti á akrinum“ að því gefnu að hann væri innan útbreiðslusvæðis 3G farsímaþjónustu. Þetta notagildi væri ekki til staðar þegar eingöngu væri um ADSL tengingu að ræða. Telja verði að þessi tvö atriði dragi mjög úr mögulegri staðgöngu þessara nettenginga. Hins vegar verði að telja að þessar þjónustutegundir séu nátengdar. 3G netlykill gefi kost á víðtækari notkunarmöguleikum fartölva og Internetþjónustu og sé því viðbót við ADSL nettengingu. Ætti þetta sérstaklega við þegar notandinn væri utan þéttbýlis, t.d. í sumarbústað og á ferðalagi. Við þessar aðstæður væri tenging við Internetið ómöguleg

³ Flutningsgeta ADSL tenginga getur þó verið háð ýmsum takmörkunum eins og t.d. gæðum koparheimtaugar, vegalengd frá sírstöð og ástandi innanhúslagna hjá endanotanda. Í þessu sambandi skiptir jafnframt máli hvort sjónvarpsstraumur er á einstökum tengingum þar sem sjónvarpsdreifing á efri tíðnisviði koparheimtaugar getur leitt til þess að flutningsgeta minnki.



án 3G netlykils. Að sama skapi gæti verið um að ræða aðstæður þar sem ADSL tenging væri til staðar en ekki samband við 3G farsímakerfi og 3G netlykillinn því ónothæfur.

Að mati Samkeppniseftirlitsins voru fleiri atriði sem rökstyðja aðgreiningu þessara tenginga í tvo aðskilda markaði. Notkun 3G netlykils einskorðast alfarið við gagnaflutning tengdan Internetsnotkun. Með 3G netlykli tengist fartölvan Internetinu beint án þess að notandinn þurfi að gera frekari ráðstafanir og geti hann vafrað á netinu án þess að vera áskrifandi að Internetþjónustu. Notandi með 3G netlykil teljist því ekki vera viðskiptavinur hjá Internetþjónustuveitu. Notandi með ADSL tengingu sem tengist Internetinu teljist vera viðskiptavinur viðkomandi Internetþjónustuveitu. Möguleikar ADSL tengingar til notkunar væru einnig fjölbreyttari en 3G netlykils. ADSL tenging væri veitt með svokölluðum bitastraumsaðgangi sem fer um efri tíðnihlutann á koparheimtaugum. Neðra tíðnisvið heimtaugarinnar sé nýtt fyrir hefðbundna talsímaþjónustu. Bitastraumsaðgangur gerir fjarskiptafyrirtækjum kleift að nýta aðganginn til að veita viðskiptavinum sínum aðra bandbreiða þjónustu en einungis hefðbundna Internetþjónustu, eins og t.d. talþjónustu gegnum Internetið (VoIP)⁴ og sjónvarpsþjónustu (IPTV). Þessir möguleikar væru ekki fyrir hendi með notkun 3G netlykils.

Að öllu framansögðu virtu var það mat Samkeppniseftirlitsins að það mikill munur væri á þessum tveimur tegundum háhraðatenginga og notagildi þeirra að um væri að ræða tvo aðskilda en tengda þjónustumarkaði. Benti flest til þess að ennþá væri um mjög óverulega staðgöngu að ræða hvað varðar þessar tengingar. Virtist það í raun viðurkennt af báðum aðilum að notkun 3G netlykils eingöngu kæmi ekki til nema hjá notendum með fremur litla notkun. Með tilliti til alls framangreinds yrði ekki betur séð en að 3G nettenging með netlykli væri sérstakur markaður sem kæmi til viðbótar við ADSL tengingar. Það væri mat Samkeppniseftirlitsins að 3G gagnaflutningsþjónusta með netlykli og ADSL þjónusta væru tveir aðskildir markaðir. Er það óbreytt mat Samkeppniseftirlitsins að þjónustumarkaður þessa máls sé 3G gagnaflutningsþjónusta með 3G netlykli.⁵

Síminn telur í athugasemdum sínum við andmælaskjölin að skilgreining Samkeppniseftirlitsins á þjónustumarkaði málsins sé röng. Síminn telji að 3G gagnaflutningsþjónusta með 3G boxi tilheyri sama markaði og gagnaflutningsþjónusta með 3G netlykli. 3G box sé það sem kalla mætti fjöltengi sem geri mögulegt að fleiri en einn notandi með fartölvu geti tengst 3G gagnaflutningsþjónustu í sama rými eins og t.d. inni á heimili. Þó endabúnaðurinn sé ekki sá sami sé þjónustan að öllu öðru leyti sú sama hvað varði verð fyrir þjónustuna, skilmála og að allir tæknilegir eiginleikar séu

⁴ Skilgreina má VoIP (Voive over Internet Protocol) að hluta til sem tækni og að hluta til sem þjónusta. Með VoIP er talmáli breytt í gagnaflutningspakka sem sendir eru út á Internetið eins og um tölvupóst sé að ræða og er pökkunum umbreytt aftur í tal í tölvu þess sem hringt er til. Merkjasetningar sem setja upp símtalið í rásaskiptum netum ákveða hvaða leið er farin milli tveggja notenda í talsímaþjónustunni. Símanúmer eru auðkenni hvers áskrifanda og tengjast ákveðinni staðsetningu eða heimilisfangi. Í VoIP er upphafsstaður og endastaður ekki skilgreindir sem heimilisfang heldur sem vistfang (svokölluð IP tala) á Internetinu. Í þessu fyrirkomulagi getur notandinn efnt til uppkalls nánast hvar sem er í heiminum þar sem tenging við Internetið er fyrir hendi.

⁵ Fyrirtækin sem bjóða þessa þjónustu nota mismunandi heiti yfir sama notendabúnaðinn, þ.e. netlykill, netpungur og nettengill.



sambærilegir. Síminn telji það ekki skipta máli þó svo að 3G box þurfi fasta tengingu við rafmagn því fartölva með 3G netlykli þurfi líka tengingu fyrir utan þann skamma tíma sem hún gangi fyrir rafhlöðu. Verði þjónustumarkaður skilgreindur með röngum hætti sé ljóst að ákvörðunin verði ógildanlega af þeim sökum.

Í athugasemdum Símans er einnig gagnrýnt að Samkeppniseftirlitið leggi áherslu á, við skilgreiningu á þjónustumarkaði málsins, að staða Símans á markaði fyrir ADSL þjónustu skipti verulegu máli þar sem markaðirnir séu nátengdir. Þessu hafni Síminn. Nova hafi byggt upp sitt eigið 3G farsímanet og veiti 3G gagnaflutningsþjónustu yfir það net. Félagið sé algerlega óháð Símanum um þjónustu yfir það net. ADSL þjónusta sem Síminn veiti komi hvergi nærri þegar veitt sé 3G þjónusta hvort sem hún sé veitt af Nova eða öðrum fjarskiptafyrirtækjum. Markaðir fyrir ADSL þjónustu og 3G gagnaflutningsþjónustu geti því ekki talist nátengdir markaðir. Aðgangsverð eða aðrir skilmálar á markaði fyrir ADSL þjónustu geti ekki haft áhrif á markaði fyrir 3G gagnaflutningsþjónustu með netlykli. Einhver áþreifanleg og merkjanleg tengsl þurfi að vera á milli tveggja vöru- eða þjónustumarkaða til að þeir teljist tengdir.

Í þessu sambandi vísi Síminn til þess að hugtakið tengdur markaður komi fyrir í 2. mgr. 18. gr. fjarskiptalaga nr. 81/2003. Ákvæðið sé svohljóðandi:

„Þegar fyrirtæki eitt sér eða með öðrum hefur umtalsverðan markaðsstyrk á tilteknum markaði getur það einnig talist hafa umtalsverðan markaðsstyrk á tengdum markaði ef tengsl milli markaðanna eru slík að fyrirtæki getur beitt markaðsstyrk sínum á öðrum markaðinum til að auka markaðsstyrk sinn á hinum.“

Með ákvæðinu sé innleidd 3. mgr. 14. gr. tilskipunar Evrópuþingsins og ráðsins nr. 2002/21/EB um nátengda markaði. Markaðir fyrir ADSL þjónustu og 3G gagnaflutningsþjónustu geti því ekki talist nátengdir eða tengdir í skilningi 2. mgr. 18. gr. fjarskiptalaga og 3. mgr. 14. gr. tilvitnaðrar tilskipunar. Um tengda markaði sé að ræða þegar tvær vörur eða þjónustubættir tengist að virkni eða notkun. Einhver áþreifanleg eða merkjanleg tengsl þurfi að vera á milli vöru- eða þjónustumarkaða svo þeir teljist vera tengdir eða nátengdir eins og Samkeppniseftirlitið telji þjónustumarkað málsins og markað fyrir ADSL þjónustu vera.

Síminn hafni því að 3G gagnaflutningsþjónusta og ADSL þjónusta teljist nátengdir markaðir. Félagið geti ekki nýtt sér stöðu sína á ADSL markaði til að styrkja stöðuna á markaði fyrir 3G gagnaflutningsþjónustu með netlykli. Staða Símans á öðrum fjarskiptamörkuðum styrki því ekki og sé ekki til þess fallin að styrkja stöðu Símans á þeim markaði. Ein af megin forsendum Samkeppniseftirlitsins fyrir því að Síminn teljist vera í markaðsráðandi stöðu geti því ekki verið lögð til grundvallar við endanlega niðurstöðu málsins.

1.2 Niðurstaða um markað málsins

Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á það sjónarmið Símans að ekki skipti máli að 3G box þurfi fasta rafmagnstengingu þegar þjónustumarkaður er skilgreindur. Það er einmitt megin forsendan fyrir því mati Samkeppniseftirlitsins að þjónusta sem byggir á notkun



3G netlykils sé sérstakur markaður. Samkeppniseftirlitið bendir á að boxið þarf rafmagnstengingu í rýminu og er þar af leiðandi ekki hreyfanlegt eins og 3G netlykill sem eingöngu tengist fartölvunni sjálfri og er jafn hreyfanlegur og hún. Það er hreyfanleikinn sem sérstaklega og aðallega greinir notkun gagnaflutningsþjónustu frá notkun 3G boxa og ADSL tenginga. Hér skiptir einnig miklu máli að hið kærða tilboð Símans tók aðeins til 3G netlykla og í markaðssetningu og kynningu lagði Síminn mikla áherslu á hreyfanleika lykilsins og notagildi hans utandyra þar sem samband væri við 3G farsímakerfi þar sem 3G box gagnast ekki. Í auglýsingum í fjölmiðlum um tilboðið kom m.a. fram: „Vertu úti í sólinni í háhraðanetsambandi hvar og hvenær sem er á 3G svæði Símans.“ Sami texti var einnig á heimsíðu Símans þar sem þjónustan var kynnt og auglýst. Þessi framsetning getur ekki átt við um gagnaflutningsþjónustu þar sem 3G box eru notuð. Hins vegar er það mat Samkeppniseftirlitsins að fyrirfram greidd þjónusta (Frelsi) tengd notkun 3G netlykla sé hluti markaðarins. Var sá möguleiki fyrst í boði í september 2009 og hefur því ekki áhrif við mat á markaðshlutdeild aðila þegar tilboð Símans kom fram í júní 2009.

Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á rök Símans um að umræddir markaðir séu ekki tengdir. Í máli þessu er um að ræða 3G netlykil sem er búnaður sem er notaður ásamt fartölvu til að tengjast Internetinu og njóta möguleika þess þar sem samband er við 3G farsímanet. Sömu grunnþörf er hægt að uppfylla með notkun ADSL tenginga og áskriftar hjá Internetþjónustuveitu. Eins og fyrr segir er helsti munur þessara tveggja tenginga hreyfanleikinn og að einhverju leyti stöðugleiki. Tengslin felast í því að þar sem ADSL tenging þrýtur (utan dyra í þéttbýli og utan þéttbýlis) geti 3G netlykill tekið við og þjónað umræddri grunnþörf. Almennt má segja, að ef þjónusta af öðrum hvorum markaðnum er stuðningsþjónusta hinnar þannig að kaupa þurfi báðar til að ná fram fullnægjandi og ítrustu virkni (þörf), þá sé um tengda markaði að ræða. Á þetta við í þessu máli þar sem ADSL kerfi (tengingar) annars vegar og 3G netkerfi hins vegar, hafa hvort fyrir sig takmarkandi útbreiðslu, en sameiginlega gefa þau kost á víðtækari þjónustu sem uppfyllir sömu grunnþörf notenda. Því má segja að hreyfanleiki netlykilsins sé eiginleikinn sem tengir þessa markaði sérstaklega saman.

Tilvitnuð ákvæði í fjarskiptalög og tilskipun skilgreina ekki hvað þurfi til að markaðir teljist vera tengdir. Fremur er þar fjallað um möguleg áhrif af einum markaði á tengda markaði. Að mati Samkeppniseftirlitsins fer ekki milli mála að margir einstaka undirmarkaðir fjarskiptaþjónustu eru innbyrðis tengdir og sumir hverjir nátengdir. Í þessu sambandi skiptir ekki máli þó að önnur tæknilausnin þurfi hinnar ekki við til að virka. Það sem tengir þær saman er að þær uppfylla sömu þörf notenda og að þegar möguleika annarrar nýtur ekki lengur við getur hin mögulega uppfyllt þarfir notandans. Getur tenging og samþætting sumra þjónustupátta verið það mikil að einungis mismunandi tæknilausnir geri það að verkum að þeir teljist ekki til sama þjónustumarkaðar. Á það við í þessu máli. Eins og ítarlega er rakið hér að framan uppfylla þessir tveir þjónustumarkaðir sömu þörf notenda sem er að vafra um á Internetinu en með mismunandi tæknilausnum. Það sem aðallega aðgreinir þá er hreyfanleiki 3G netlykililsins umfram ADSL tengingu og víðtækari möguleikar sem ADSL tengingar hafa fram yfir 3G netlykil fyrir aðra þjónustu eins og t.d. sjónvarpsdreifingu.

Að mati Samkeppniseftirlitsins getur styrk staða á einum markaði síðan skipt máli varðandi það hvort fyrirtæki sé markaðsráðandi á öðrum en tengdum markaði og/eða



hvort unnt sé að beita ákvæðum 11. gr. samkeppnislaga á þeim markaði. Það ræðst af atvikum hverju sinni hvort markaðir teljist tengdir í skilningi samkeppnisréttar.⁶ Aðalatriðið er að meta hvort markaðir séu tengdir með þeim hætti að styrk staða á einum markaði skapi forskot eða yfirburði á öðrum. Þessir markaðir og aðstæður á þeim, eins og verð og skilmálar, geta haft áhrif hvor á annan. Þar sem báðar tengingar eru virkar getur verðlagning á ADSL tengingum/þjónustu og útbreiðsla með augljósum hætti haft áhrif á eftirspurn eftir 3G gagnaflutningsþjónustu með netlykli og öfugt. Í rauninni tekur Síminn undir það að þessi tengsl séu til staðar í athugasemdum sínum við andmælaskjalið, en þar segir meðal annars. „Á Íslandi er útbreiðsla xDSL og ljósleiðaraneta töluvert mikil og því ekki víst að 3G gagnaflutningsþjónusta með netlykli muni ná tvöfaldri útbreiðslu líkt og gert er ráð fyrir [á] erlendis.“ Ekki verður þetta skilið með öðrum hætti en að Síminn telji ákveðin tengsl vera á milli þessara mismunandi tenginga við Internetið. Að mati Samkeppniseftirlitsins hefur Síminn ekki fært fram sannfærandi rök fyrir því að umræddir markaðir séu ekki tengdir. Að öðru leyti er vísað til umfjöllunar um þetta atriði hér að framan. Það er óbreytt mat Samkeppniseftirlitsins að um sé að ræða aðgreinda markaði en tengda.

Almennt er það þannig að því breiðara sem vöru- og þjónustuframboð hvers fyrirtækis er því sterkari stöðu hefur viðkomandi fyrirtæki á markaði. Á þetta ekki síst við á fjarskiptamarkaði þar sem um marga undirmarkaði er að ræða. Með því að geta boðið t.d. mismunandi tæknilausnir fyrir sömu þörf við mismunandi aðstæður, í þessu tilfalli að vafra á netinu, skapast möguleiki til þess að efla markaðsstöðu á einstökum undirmörkuðum og þar með á markaðnum í heild. Benda þessir möguleikar til þess að markaðirnir séu innbyrðis tengdir. Að mati Samkeppniseftirlitsins eru aðstæður í þessu máli með þeim hætti að fyrirtæki með sterka stöðu á markaði fyrir ADSL tengingar, og á öðrum undirmörkuðum, geti beitt þeim styrk til að auka markaðsstyrk sinn á einstaka öðrum undirmörkuðum fjarskiptaþjónustu. Eins og rakið verður síðar leiðir af þessu að eðlilegt er og málefnalegt að taka mið af stöðu fyrirtækja á öðrum undirmörkuðum og markaðnum í heild þegar staða fyrirtækja er metin á einstaka undirmarkaði fjarskipta.

Að öllu framansögðu virtu er það óbreytt mat Samkeppniseftirlitsins að í þessu máli sé um að ræða aðgreinda markaði en tengda. Að mati Samkeppniseftirlitsins er markaður þessa máls gagnaflutningsþjónusta þar sem 3G netlykill er notaður.

Eins og fram kemur hér að framan taldi Síminn í fyrri athugasemdum sínum, þó með fyrirvara, að landfræðilegur markaður væri Ísland. Í síðari athugasemd telur hann ekki svo vera. Landfræðilegur markaður málsins sé landsvæði þar sem bæði félögin, Nova og Síminn, séu búin að byggja upp 3G farsímanet. Nova telur að landfræðilegur markaður sé landið allt, Ísland. Að mati Samkeppniseftirlitsins á sú skilgreining við hér og er því rétt að líta á landið allt sem landfræðilegan markað málsins. Er það einkum vegna þess að 3G farsímanet er í uppbyggingu á Íslandi og bæði félögin með sambærilega útbreiðslu og hvort félagið með sína verðskrá fyrir þjónustuna sem gildir fyrir landið allt. Er þessi

⁶ Sjá t.d. álit Ruiz-Jarabo Colomer aðallögsögumanns í Tetra Pak málinu: „In principle it is not possible to define with complete accuracy what constitutes closely related or linked markets. It is a question which must be decided on a case by case basis by the authorities responsible for applying Community competition law.“ Mál nr. C-333/94P *Tetra Pak v. Commission* [1996] ECR I-5951.



skilgreining í samræmi við fyrri ákvarðanir samkeppnisyfirvalda hér á landi í málum sem varða fjarskiptamarkaðinn og undirmarkaði hans.⁷

Vegna tengsla þessara undirmarkaða og markaðsgerðar fjarskiptamarkaða að öðru leyti telur Samkeppniseftirlitið nauðsynlegt að meta stöðu fyrirtækja á þeim mörkuðum þegar taka á afstöðu til markaðsstöðu á skilgreindum markaði og mögulegs brots Símans á 11. gr. samkeppnislaga í þessu máli.

2. Staða fyrirtækja á mörkuðum

Eins og fram hefur komið telur Nova að háttsemi Símans feli í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Samkvæmt 4. gr. samkeppnislaga hefur fyrirtæki markaðsráðandi stöðu;

„...þegar [það] hefur þann efnahagslega styrkleika að geta hindrað virka samkeppni á þeim markaði sem máli skiptir og það getur að verulegu leyti starfað án þess að taka tillit til keppinauta, viðskiptavina og neytenda.“

Í sjónarmiðum við andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins hefur Síminn gert athugasemdir við nálgum eftirlitsins við mat á markaðsráðandi stöðu og dregið í efa útreikninga á markaðshlutdeild. Þannig taldi Síminn m.a. að við mat á markaðshlutdeild ætti aðallega að hafa hliðsjón af tölfræðiupplýsingum sem Póst- og fjarskiptastofnun tekur saman um fjölda viðskiptavina hjá einstaka aðilum og mælt gagnamagn. Þá dró Síminn í efa að útreiknuð markaðshlutdeild samkvæmt andmælaskjalinu fengist staðist þegar tekið væri mið af opinberum tölum um fjölda viðskiptavina frá Póst- og fjarskiptastofnun og verðskrár fyrirtækjanna.

Taldi Samkeppniseftirlitið nauðsynlegt að taka þessi sjónarmið til nánari athugunar eins og lýst verður síðar. Rétt er í upphafi að rekja nokkur atriði sem lögð eru til grundvallar við mat á markaðsráðandi stöðu.

Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í t.d. 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. Markaðshlutdeild veitir sterka vísbendingu um markaðsráðandi stöðu, sbr. og úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2006, *Dagur Group hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Skilgreining 4. gr. samkeppnislaga á markaðsráðandi stöðu sækir fyrirmynd sína til EES/EB-samkeppnisréttar og er efnislega samhljóða skilgreiningu dómstóls EB á markaðsráðandi stöðu.⁸ Ítrekað hefur komið fram hjá dómstólum ESB að mjög há markaðshlutdeild feli, ein og sér, í sér sönnun fyrir því að viðkomandi fyrirtæki sé í markaðsráðandi stöðu nema fyrir hendi séu einstakar kringumstæður sem bendi til annars. Þetta eigi við þegar fyrirtæki hafi 50% markaðshlutdeild.⁹ Vísast hér einnig til

⁷ Sbr. t.d. ákvörðun samkeppnisráðs nr. 21/2005 og ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 17/2007.

⁸ Sjá t.d. mál nr. 85/76 Hoffmann-La Roche v Commission [1979] ECR 3451.

⁹ Sjá t.d. dóm undirréttar ESB frá 25. júní 2010 í máli nr. T-66/01 ICI v Commission: „*Very large market shares are in themselves, and save in exceptional circumstances, evidence of the existence of a dominant position. ... Thus, according to the case-law of the Court of Justice, a market share of 50% is in itself, and save in*



dóms Hæstaréttar Íslands frá 18. nóvember 2010 í máli nr. 188/2010 *Hagar 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. 3/2008, *Hf. Eimskipafélag Íslands 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 keppnauta auk þess sem fleiri atriði geta komið til skoðunar, sbr. fyrrnefnda úrskurði áfrýjunarnefndarinnar.

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. Við þær aðstæður er þá m.a. einnig horft til stöðu fyrirtækja á tengdum mörkuðum. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 8/2008, *Fiskmarkaður Íslands hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*, segir þetta:

"Hafa ber í huga að fyrirtæki geta einnig verið í markaðsráðandi stöðu þrátt fyrir að hafa lægri hlutdeild en 50% á viðkomandi markaði, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 5/1999, Landssími Íslands hf. og Skíma ehf. gegn samkeppnisráði, þar sem litið var svo á að Landssíminn væri markaðsráðandi á internetmarkaðnum með 37% markaðshlutdeild. Var í því sambandi m.a. einnig horft til styrkrar stöðu Landssímans á tengdum mörkuðum."

Samkvæmt úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 5/2010, *Lyf og heilsa hf. gegn Samkeppniseftirlitinu* byggir mat á markaðsráðandi stöðu á heildarmati sem getur leitt til þess að fyrirtæki getur verið í markaðsráðandi stöðu jafnvel þótt keppinautur þess sé með hærri markaðshlutdeild. Undir slíkum kringumstæðum verður að meta hvort annar styrkur viðkomandi fyrirtækis, en sá sem leiðir af markaðshlutdeild, hafi þau áhrif að það búi yfir fullnægjandi efnahagslegum styrkleika til þess að teljast markaðsráðandi.¹⁰

Hafa ber í huga að í hugtakinu markaðsráðandi staða felst ekki krafa um að engin samkeppni ríki á viðkomandi markaði.¹¹ Um markaðsráðandi stöðu getur þannig verið að ræða þrátt fyrir líflega samkeppni á viðkomandi markaði.¹² Jafnvel þótt markaðshlutdeild

exceptional circumstances, evidence of the existence of a dominant position (see, to that effect, Case C-62/86 AKZO v Commission [1991] ECR I-3359, paragraph 60)."

¹⁰ Sjá t.d. Van Bael & Bellis, *Competition Law of the European Community*, fimmta útgáfa 2010, bls. 108 og 113: „*The lower a company's market share, the more additional factors have been relied on by the Commission and the European Courts to support a finding of dominance. ... Other factual elements have been cited by the Commission and European Courts in support of a finding of dominance, especially where the market share of the allegedly dominant firm is insufficient in itself to establish the existence of a dominant position. Such additional indicators of market dominance include: ...-access to capital, ... technological and financial resources.*"

¹¹ Sjá t.d. dóm dómstóls EB í máli nr. 85/76 *Hoffman-La Roche v Commission* [1979] ECR 3451.

¹² Sjá dóm dómstóls EB í máli nr. 2/76 *United Brands v Commission* [1978] ECR 207. Sjá einnig dóm undirréttar ESB frá 30. janúar 2007 í máli nr. T-340/03 *France Télécom v Commission*: „*Even the existence of*



viðkomandi fyrirtækis minnki á því tímabili sem til skoðunar er telst það markaðsráðandi ef hlutdeildin er eftir sem áður mjög há.¹³

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála hefur ítrekað bent á að við mat á markaðsráðandi stöðu í málum sem varða brot á 11. gr. samkeppnislaga verði almennt 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*.

2.1 Markaðshlutdeild

Eins og fram hefur komið voru það aðeins Síminn, Vodafone og Nova sem veittu 3G gagnaflutningsþjónustu með 3G netlykli hér á landi á þeim tíma sem er til skoðunar í þessu máli. Auk þess eru öll fyrirtækin umsvifamestu seljendur GSM farsímaþjónustu ásamt Tali hér á landi.

Samkeppniseftirlitið bendir á að markaðshlutdeild er að jafnaði ákvörðuð með hliðsjón af tekjum af þeirri þjónustu sem um ræðir, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2006, *Dagur Group hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Síminn telur að við mat á markaðshlutdeild í þessu máli beri aðallega að hafa hliðsjón af tölfræðiupplýsingum sem Póst- og fjarskiptastofnun tekur saman um fjölda viðskiptavina hjá einstaka aðilum og mælt gagnamagn. Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á það.

Megin forsenda markaðshlutdeildar í samkeppnistrétti, eins og fyrr segir, eru tekjur aðila á skilgreindum markaði yfir ákveðið tímabil. Einn af grundvallarpáttum í starfsemi markaðsaðila til þess að meta markaðsstyrk og mögulega getu til aðgerða á markaði er tekjuvelta aðila á viðkomandi markaði og tengdum mörkuðum. Eru tekjuvelta og almennur efnahagslegur styrkleiki líkleg til að vera helstu og bestu mælikvarðar á getu hvers fyrirtækis til aðgerða á markaði og mögulegs úthalds þeim tengdum. Hins vegar getur verið eðlilegt og málefnalegt að hafa til viðbótar hliðsjón af öðrum gögnum sem tilheyra viðkomandi markaði eins og t.d. fjölda viðskiptavina, magni viðskipta og eftir atvikum fleiri þáttum. Við mat á markaðsstyrk fyrirtækjanna á einstaka undirmarkaði fjarskiptaþjónustu er jafnframt nauðsynlegt, eins og fyrr segir, að líta til skipulags, þróunar og stöðu á tengdum mörkuðum og efnahagslegs styrkleika. Er það í fullu samræmi við það sem fram kemur í þeim úrskurðum áfrýjunarnefndar samkeppnismála sem nefndir eru hér að framan.

Í þessu máli er til skoðunar þjónusta sem fyrst var í boði hér á landi í lok árs 2007 sem tengist 3G farsímaþjónustu fyrrnefndra félaga. Til að meta markaðshlutdeild félaganna óskaði Samkeppniseftirlitið eftir upplýsingum frá þeim um tekjur þeirra af umræddri þjónustu á fyrstu fimm mánuðum ársins 2009 en tilboð Símans tók gildi 1. júní 2009. Var það mat eftirlitsins í andmælaskjalinu að það tímabil gæfi besta mynd af stöðu félaganna og aðstæðum á umræddum markaði í þessu máli. Samkvæmt upplýsingum sem bárust

lively competition on a particular market does not rule out the possibility that there is a dominant position on that market ..."

¹³ Sjá dóm undirréttar EB í sameinuðum málum nr. m.a. T-24/93 *Compagnie Maritime Belge v Commission* [1996] ECR II-1201.



eftirlitinu um tekjur var markaðshlutdeild Símans metin 45-50%, Nova 35-40% og Vodafone 15-20%.

Í athugasemdum við fyrra andmælaskjalið dró Síminn mjög í efa að þessi útreiknaða markaðshlutdeild fengist staðist þegar tekið væri mið af opinberum tölum um fjölda viðskiptavina frá Póst- og fjarskiptastofnun og verðskrár fyrirtækjanna. Sé útreiknuð markaðshlutdeild á grundvelli tekna mjög á skjön við útreikninga á grundvelli fjölda viðskiptavina. Taldi Síminn hugsanlega skýringu vera misræmi í skilgreiningu og framsetningu tekna í rekstrarreikningi fyrirtækjanna. Nova hafi t.d. boðið sínum viðskiptavinum að greiða kr. 1.990.- á mánuði í 12 mánuði og fá áskriftina á kr. 0,- meðan Síminn hafi boðið netlykilinn á kr. 0,- en innheimt fyrir áskriftina. Nova hafi mögulega ekki talið veltutölur sem færðar séu á sölu á búnaði sem hluta af tekjum vegna 3G gagnaflutningsþjónustu eins og Síminn geri.

Af þessu tilefni óskaði Samkeppniseftirlitið eftir upplýsingum frá Símanum, Nova og Vodafone um fyrirkomulag á skráningu umræddra tekna í rekstrarreikningum félaganna. Við greiningu á gögnum sem bærust Samkeppniseftirlitinu að viðbættum upplýsingum og útskýringum á fundum með aðilum tveggja félaganna kom í ljós ákveðið misræmi milli félaganna í framsetningu fyrri gagna um tekjuveltu sem lögð voru til grundvallar í andmælaskjalinu. Eftir greiningu á nýjum gögnum og samræmingu er niðurstaðan sú að á tímabilinu janúar til loka maí 2009 hafi Nova verið með 45-50% markaðshlutdeild af tekjum á skilgreindum þjónustumarkaði, Síminn með 35-40% hlutdeild og Vodafone 10-15% markaðshlutdeild.

Í þessu sambandi er gagnlegt að skoða hver hefur verið þróunin á árunum 2008 til 2010 samkvæmt þeirri tölfræði sem Síminn telur rétt að miða við og tekin eru saman af Póst- og fjarskiptastofnun. Kemur þar fram þróun í fjölda viðskiptavina með þjónustu sem heimilar eingöngu gagnamagn á breiðbandstengingum farsíma t.d. með nettengli eða netlykli.

Tafla 2: Hlutfall viðskiptavina í áskrift í breiðbandstengingu í farsíma árin 2008 til 2010.¹⁴

Lok árs	2008	2009	2010
Síminn	32,4%	41,1%	48,9%
Vodafone	18,4%	14,4%	21,9%
Nova	49,2%	44,5%	28,9%
Tal	0,0%	0,0%	0,3%
Alls:	100,0%	100,0%	100,0%

Samkvæmt þessum gögnum, sem Síminn telur rétt að miða við, verður ekki séð að Símanum hafi staðið mikil ógn af starfsemi og árangri Nova hvað þessa starfsemi varðar. Greinilegt er að Síminn hefur náð verulegum árangri á árinu 2009 þrátt fyrir að lagt hafi verið bann við því tilboði sem um er fjallað í þessu máli. Kann styrking á stöðu Símans að

¹⁴ Tölfræði um íslenska fjarskiptamarkaðinn 2010, Póst- og fjarskiptastofnun.



hafa orðið meiri hefði ekki komið til inngripa samkeppnisyfirvalda um mitt ár 2009.¹⁵ Í öllu falli verður ekki annað séð en að Síminn hafi styrkt stöðu sína verulega ef mið er tekið af fjölda viðskiptavina og hefur það alfarið verið á kostnað Nova.

Í athugasemdum við andmælaskjalið benti Síminn á að það væri fordæmalaust í ákvörðunum framkvæmdastjórnar ESB og dómaframkvæmd dómstóla ESB að fyrirtæki hafi verið talið í markaðsráðandi stöðu með undir 40% hlutdeild þegar helsti keppinautur hafi verið með hærri eða sambærilega hlutdeild. Það þurfi einstakar kringumstæður að vera fyrir hendi svo fyrirtæki undir 40% hlutdeild sé í markaðsráðandi stöðu. Aðrir þættir verði því að leiða til þess að markaðsráðandi staða teljist vera fyrir hendi, þrátt fyrir hina lágu markaðshlutdeild. Þá sagði í athugasemdum Símans að Samkeppniseftirlitið hafi nefnt að einnig væri nauðsynlegt að horfa til skipulags á markaðnum. Átt sé við ólík atriði sem talin séu geta gefið vísbendingar um markaðsráðandi stöðu. Dæmi um þetta sé hvort aðgangur að markaðnum sé auðveldur og hvort viðkomandi fyrirtæki sé almennt öflugt með hliðsjón af fjármagni, tækjum og nægilegu [framboði] vöru eða þjónustu. Einnig sé horft til fjölda og styrks keppinauta auk fleiri atriða. Hafi eftirlitið m.a. talið rétt að hafa hliðsjón af úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 3/2008, *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn SE*. Í því sambandi sé rétt að geta þess að markaðshlutdeild Eimskips í því máli á þeim markaði sem máli skipti hafi verið talin 55-60%. Rannsókn á öðrum atriðum en markaðshlutdeild hafi ekki síst verið til að kanna hvort markaðsráðandi staða væri ekki fyrir hendi þrátt fyrir hina háu markaðshlutdeild. Í þessu máli sé þessu öfugt farið. Rannsókn á öðrum atriðum eigi að vera til þess að kanna hvort markaðsráðandi staða sé fyrir hendi þrátt fyrir lága markaðshlutdeild Símans og háa hlutdeild Nova á markaðnum.

Með vísan til þeirra sjónarmiða sem rakin eru hér að framan er það mat Samkeppniseftirlitsins að markaðsgerð fjarskiptaþjónustu sé með þeim hætti að meta þurfi stöðu aðila á markaðnum í heild og á einstaka undirmörkuðum við ákvörðun um hvort Síminn hafi verið í markaðsráðandi stöðu á skilgreindum markaði þessa máls. Kemur þá meðal annars til skoðunar staða og efnahagslegur styrkur Símans sjálfs og einnig tengdra félaga og samstæðunnar í heild.

2.2 Markaðsgerðin og efnahagslegur styrkur Símans

Niðurstaða um markaðsráðandi stöðu byggist, eins og áður segir, ekki alfarið á framangreindum upplýsingum um markaðshlutdeild aðila. Í ljósi markaðsgerðar telur Samkeppniseftirlitið nauðsynlegt í máli þessu að taka til skoðunar hvort þessi hlutdeild Símans á skilgreindum markaði valdi því að ákvæði 11. gr. samkeppnislaga taki ekki til þeirrar háttsemi sem Síminn viðhafði með umræddu tilboði. Í því sambandi verður að mati eftirlitsins að hafa þetta sérstaklega í huga:

- Almennur efnahagslegur styrkleiki viðkomandi fyrirtækis hefur eins og fyrr sagði þýðingu við mat á markaðsráðandi stöðu sem og ýmis atriði sem varða markaðsgerðina. Í því getur m.a. falist aðgangur að fjármagni, umfram framleiðslugeta, sterk vörumerki á grundvelli víðamikilla auglýsingaherferða,

¹⁵ Þess ber að geta að skilgreining Póst- og fjarskiptastofnunar á tengingum var ekki sú sama 2008 og árin 2009 og 2010 en ekki er ástæða til þess að ætla að það hafi áhrif á samanburði í innbyrðis hlutföllum í fjölda viðskiptavina. Í öllu falli eru hlutföllin sambærileg milli árána 2009 og 2010.



þróað og útbreitt sölunet og víðtækt þjónustuframboð. Slík atriði hafa meiri þýðingu þegar markaðshlutdeild gefur ekki skýrar vísbendingar.¹⁶ Í því sambandi ber að líta til „fjárhagslegra og efnahagslegra yfirburða umfram keppinauta“ auk skipulags og starfsemi viðkomandi fyrirtækis, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008, *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu*. Vísast hér einnig til úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 5/2010 *Lyf og heilsa hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

- Staða fyrirtækis á tengdum markaði getur haft mikil áhrif á stöðu þess á hinum skilgreinda markaði, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 5/1999, *Landssími Íslands hf. og Skíma ehf. gegn samkeppnisráði*.
- Rík skylda hvílir á markaðsráðandi fyrirtækjum að gæta þess að athafnir þeirra raski ekki samkeppni, sbr. ákvörðun samkeppnisráðs nr. 12/2000, *Erindi Landvara, félags íslenskra vöruflytjenda, um meintar samkeppnishömlur Íslandspósts hf. við bögglaflutninga*. Þessi skylda „tekur jafnt til þess markaðar sem viðkomandi fyrirtæki er markaðsráðandi á og þeirra markaða sem eru í það nánnum tengslum við þann markað að unnt sé að beita hinum efnahagslega styrk á þeim.“¹⁷

Hefur því þýðingu í málinu hvort Skipti/Síminn séu í markaðsráðandi stöðu á fjarskiptamarkaði og undirmörkuðum hans. Jafnframt hefur samkvæmt þessu m.a. þýðingu að meta efnahagslegan styrkleika og aðra mögulega yfirburði Símans og forsögu félagsins og þróun á fjarskiptamarkaði hér á landi.

2.2.1 Forsaga Símans og eldri mál

Á árinu 2007 var samþykkt á aðalfundi Símans að stofna sérstakt móðurfélag innan Símasamstæðunnar, Skipti hf., og skipta félaginu og rekstri þess í sjálfstæð dótturfélög. Þau helstu voru Síminn (núverandi) og Míla hf. (Míla), sem tók yfir helstu grunnkerfi samstæðunnar.

Míla, sem er systurfélag Símans, er eigandi og rekstraraðili grunnfjarskiptakerfisins og er þar af leiðandi óumflýjanlegur þjónustuaðili fyrir keppinauta Símans og hagnast af starfsemi þeirra. Míla byggir á aldargamalli reynslu af rekstri og uppbyggingu fjarskiptaneta sem lagt hafa grunn að öllum fjarskiptum á Íslandi.¹⁸ Er ljóst að Míla hefur yfirburðastöðu á þeim fjarskiptamörkuðum, sem félagið sinnir. Starfsemi félaganna beggja er á fjarskiptamörkuðum en að mestu á sitt hvoru sölustiginu. Míla er með starfsemi sem fellur að mestu undir heildsölu í formi aðgangs að grunnfjarskiptakerfum félagsins en Síminn starfar aðallega við smásölu til fyrirtækja og einstaklinga auk þess að bjóða öðrum fjarskiptafyrirtækjum ýmis konar aðgang í heildsölu að fjarskiptanetum sínum, eins og t.d. bitastraumsaðgang og aðgang að farsímaneti félagsins. Er Síminn stærsti viðskiptavinur Mílu. Að mati Samkeppniseftirlitsins undirstrika þessi nánú viðskipta- og rekstrarlegu tengsl félaganna á fjarskiptamörkuðum með skýrum hætti að

¹⁶ Sjá t.d. Van Bael & Bellis, *Competition Law of the European Community*, fimmta útgáfa 2010, bls. 113.

¹⁷ Sjá einnig t.d. dóm undirréttar EB í máli nr. T-65/89 *BPB Industries and British Gypsum v Commission* [1995] II-ECR 389.

¹⁸ Samkvæmt heimasíðu Mílu, sjá <http://mila.is/forsida/um-okkur/>.



systurfélögin, Síminn og Míla, séu ein efnahagsleg eining, sem hafi áhrif á mat á markaðsstyrk félaganna á heildarfjarskiptamarkaði og einstökum undirmörkuðum fjarskiptabjónustu.

Hér verður að líta sérstaklega til þess að íslenska ríkið, sem var eigandi forvera Símans, hafði áður fyrr einkarétt á að eiga og reka almennt fjarskiptanet á Íslandi, þar með talin kerfi fyrir farsímaþjónustu. Jafnframt hafði íslenska ríkið einkarétt á að veita talsíma- og farsímaþjónustu og voru grunnfjarskiptakerfi landsins byggð upp á þeim forsendum. Síminn og forverar hans höfðu því um árabíl lögbundið einkaleyfi til að veita fjarskiptabjónustu á Íslandi, eða allt til 1. janúar 1998. Síminn hafði því um áratugaskeið einokunaraðstöðu í fjarskiptarekstri og byggði í skjóli þeirrar stöðu upp traust fjarskiptakerfi án þess að nokkur samkeppni ríkti.

Framkvæmd í samkeppnisrétti sýnir einnig að Síminn hefur um langa hríð verið í yfirburða stöðu. Í skýrslu Samkeppniseftirlitsins nr. 2/2008 *Öflug uppbygging* er fjallað m.a. um fjarskiptamarkaðinn. Í skýrslunni segir m.a. að samþjöppun á fjarskiptamarkaði sé mjög mikil. Aðeins tvö félög séu með afgerandi mesta markaðshlutdeild. Það séu fyrirtækjasamstæðurnar Skipti og Teymi. Um stöðu Skipta á fjarskiptamarkaði segir í skýrslunni:

„Staða Skipta er sérstök á fjarskiptamarkaði, fyrirtækið er það eina sem veitir alhliða fjarskiptabjónustu um allt land. Félagið er lóðrétt samþætt en í því felst að það á sitt eigið grunnkerfi, sem keppinautar þess þurfa að eiga viðskipti við í heildsölu og félagið býður auk þess fjarskiptabjónustu í smásölu í samkeppni við önnur fyrirtæki. Þetta hefur það í för með sér að fyrirtækið hefur gríðarlega sterka stöðu á þessum markaði í heild sinni.“

Hafa samkeppnisyfirvöld og dómstólar komist að þeirri niðurstöðu í eldri málum að Síminn og sú fyrirtækjasamstæða sem hann tilheyrir hafi verið í markaðsráðandi stöðu, sbr. t.d. eftirfarandi mál:

- Með dómi Hæstaréttar frá 8. nóvember 2001 í máli nr. 120/2001 var staðfest sú niðurstaða áfrýjunarnefndar samkeppnismála að Síminn hafi verið í markaðsráðandi stöðu á fjarskiptamarkaði hér á landi.
- Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 2/2002 *Landssími Íslands hf. gegn samkeppnisáði* var staðfest að Síminn væri markaðsráðandi á ýmsum sviðum fjarskipta og hefði brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með aðgerðum sem vörðuðu m.a. ADSL- og farsímaþjónustu, talsímanotkun og leigulínur.
- Í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 40/2003 *Kvörtun Og fjarskipta hf. vegna hópáskriftar Landssíma Íslands hf.* var komist að þeirri niðurstöðu að Síminn væri markaðsráðandi á markaði fyrir farsímaþjónustu.
- Í ákvörðun samkeppnisáðs nr. 21/2005 *Erindi Og fjarskipta hf. vegna misnotkunar Landssíma Íslands hf. á markaðsráðandi stöðu við kynningu og markaðssetningu á tilboði fyrirtækisins undir heitinu „Allt saman hjá Símanum“* var komist að þeirri niðurstöðu að Síminn væri í markaðsráðandi stöðu í m.a. farsíma-, talsíma- og Internetþjónustu.



- Í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 10/2005 *Samruni Landssíma Íslands og Íslenska sjónvarpsfélagsins hf.* var komist að þeirri niðurstöðu að Síminn væri í markaðsráðandi stöðu á ýmsum fjarskiptamörkuðum.
- Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 10/2006 *Kvörtun Og fjarskipta hf. (Og Vodafone) um meinta misnotkun Landssíma Íslands hf. á markaðsráðandi stöðu sinni á markaði fyrir farsímaþjónustu* var Síminn talinn markaðsráðandi á markaði fyrir farsímaþjónustu.
- Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 17/2007 *Erindi Og fjarskipta hf. vegna meintrar misnotkunar Landssíma Íslands hf. á markaðsráðandi stöðu á farsíma markaði* var komist að þeirri niðurstöðu að Síminn væri í markaðsráðandi stöðu á mörkuðum fyrir farsímaþjónustu og sölu á farsímu.

Síminn gerir athugasemdir við mat á áhrifum sem hugsanlega stafi af eignatengslum Símans og Mílu. Síminn bendir í því sambandi á að samhliða opnun á samkeppni á fjarskiptamarkaði hafi verið sett á fót sérstök eftirlitsstofnun, Póst- og fjarskiptastofnun. Hafi sú stofnun í gegnum tíðina lagt víðtækar kvaðir á Símann og Mílu svo sem um gagnsæi, jafnræði, bókhaldslegan aðskilnað og eftirlit með gjaldskrá o.fl. Hafi þær jafnað samkeppnisstöðu keppnauta gagnvart Símanum og jafnvel gert Símanum erfiðara fyrir í samkeppni. Ekki verði séð að Síminn njóti eignatengsla við Mílu. Að mati Símans megi draga verulega í efa að forsaga og eignatengsl fyrirtækjanna skili Símanum forskoti á markaði fyrir 3G gagnaflutningsþjónustu með netlykli.

Að mati Samkeppniseftirlitsins eru tilvitnaðar aðgerðir Póst- og fjarskiptastofnunar með setningu kvaða á Símann og Mílu til vitnis um markaðslega stöðu félaganna og til marks um sterka stöðu félaganna og samstæðunnar á fjarskiptamörkuðum. Megin forsendur þess að Póst- og fjarskiptastofnun setur kvaðir á fjarskiptafyrirtæki eru að viðkomandi fyrirtæki hafi umtalsverðan markaðsstyrk skv. skilgreiningu fjarskiptalaga og að ekki sé talið að virk samkeppni sé á viðkomandi markaði. Því eru kvaðir sem Póst- og fjarskiptastofnun setur á einstök fjarskiptafyrirtæki skýr vísbending um að samkeppni sé ekki virk á viðkomandi markaði og að úr því sé mögulega hægt að bæta til framtíðar með ákveðnum kvöðum. Er það mat Samkeppniseftirlitsins að þessi sterka staða beggja systurfélaganna og þar með samstæðunnar á fjarskiptamörkuðum hafi afgerandi áhrif á markaðsstyrk Símans á þjónustumarkaði þessa máls.

Í athugasemdum sínum við andmælaskjalið segir Síminn að við framkvæmd samkeppniseftirlits á Íslandi og annars staðar á EES-svæðinu sé há markaðshlutdeild talin vísbending um markaðsráðandi stöðu og aðrir þættir séu dregnir fram til að styðja þá niðurstöðu. Í málatilbúnaði Samkeppniseftirlitsins sé þessu hins vegar snúið við. Aðrir þættir en markaðshlutdeild séu notaðir í því skyni að rökstyðja að markaðsráðandi staða sé fyrir hendi þrátt fyrir vísbendingu um að svo sé ekki með tilliti til markaðshlutdeildar Símans á markaðnum. Síminn telji að ekki geti verið um að ræða markaðsráðandi stöðu þegar markaðshlutdeild Símans sé undir 40% nema við algjörlega einstakar aðstæður. Þegar við bætist að Nova sé stærsti aðilinn á þeim markaði sem um ræði sé útilokað að Síminn geti talist í þeirri stöðu.

Samkeppniseftirlitið áréttar að líta þurfi til markaðsgerðar og almennrar stöðu aðila á markaði. Sérstaklega sé þess þörf þegar markaðshlutdeild ein og sér sker ekki úr um



hvort félag sé markaðsráðandi eða ekki. Í þessu máli sé aðstæður með þeim hætti. Þar til viðbótar kemur síðan mat á efnahagslegum styrkleika aðila og mat á stöðu þeirra á öðrum undirmörkuðum sem þeir starfa á, eins og vikið verður að hér á eftir. Að mati Samkeppniseftirlitsins megi segja að í þessu máli sé um að ræða sérstakar kringumstæður. Því sé ekki sjálfgefið að aðili með undir 40% markaðshlutdeild á skilgreindum markaði geti ekki verið í markaðsráðandi stöðu þegar tekið hefur verið tillit til allra þátta og kringumstæðna, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 5/2010.¹⁹

2.2.2 Efnahagslegur styrkur

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* en í úrskurðinum segir:

"Sem fyrr var frá greint koma mörg önnur sjónarmið heldur en markaðshlutdeildin til álita þegar það er metið hvort fyrirtæki sé í markaðsráðandi stöðu. Eitt þeirra er almennur efnahagslegur styrkur viðkomandi fyrirtækis, einkum fjárhagslegir og aðrir efnahagslegir yfirburðir."

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 um að ræða Símann og móðurfélag hans Skipti sem umsvifamestu aðilana á fjarskiptamarkaði og fjárhagslega stöðu þeirra í samanburði við helstu keppinauta. Á árinu 2008 var svo kölluð EBITDA framlegð Skipta jákvæð um 8.966 m.kr. og Símans um 5.585 m.kr. en hjá Teymi var EBITDA um 3.266 m.kr. og um 2.795 m.kr. hjá Vodafone sem eru helstu keppinautar Skiptasamstæðunnar. Í lok árs 2008 var heildareign Skipta um 128.657 m.kr. og Símans um 88.910 m.kr. en heildareign Teymis var 25.119 m.kr. og Vodafone um 20.551 m.kr. Eiginfjárlutfall Skipta í lok árs 2008 var um 28,4% og Símans um 29,8% en hjá Teymi var eiginfjárlutfallið neikvætt um 100% og hjá Vodafone neikvætt um 5,9%. Á árinu 2009, sem er meint brotatímabil, fór Teymi í gegnum nauðasamninga og fjárhagslega endurskipulagningu sem hafði í för með sér að kröfuhafar eignuðust félagið að fullu. Höfðu þessar aðgerðir þau áhrif að eiginfjárlutfall Teymis var um 26,4% í lok árs 2009 og um 21,1% hjá Vodafone. Verður af þessum samanburði ekki annað séð en að efnahagslegur styrkur Símans og Skiptasamstæðunnar hafi verið verulega umfram styrk helsta keppinautar félagsins.

¹⁹ Í Gøttrup-Klim málinu benti dómstóll ESB að fyrirtæki með 32% markaðshlutdeild geti verið í markaðsráðandi stöðu ef önnur atriði en markaðshlutdeildin gefa til kynna styrk gagnvart keppinautum. Mál nr. C-250/92 [1994] ECR-5641. ¹⁹ Framkvæmdastjórn ESB hefur tekið fram að fyrirtæki geti undir vissum kringumstæðum verið markaðsráðandi þrátt fyrir að hafa ekki mjög háa markaðshlutdeild. „... *undertakings with market shares of no more than 25 % are not likely to enjoy a (single) dominant position on the market concerned. In the Commission's decision-making practice, single dominance concerns normally arise in the case of undertakings with market shares of over 40 %, although the Commission may in some cases have concerns about dominance even with lower market shares, as dominance may occur without the existence of a large market share.*“ SMP Guidelines, OJ 2002 C165/03.



Með samanburði á veltu helstu keppinauta á markaðnum felst frekara próf á styrkleika aðila. Velta Skiptasamstæðunnar á árinu 2008 var um 39.013 m.kr. en um 24.660 m.kr. hjá Teymissamstæðunni. Samanburður á veltu tengdri fjarskiptastarfsemi leiðir í ljós að velta Símans og Mílu var samtals um 33.193 m.kr. á árinu 2008 en Vodafone um 13.441 m.kr. Var velta Símans og Mílu því vel ríflega tvöföld velta Vodafone. Mjög sambærilegur munur var á veltu þessara keppinauta á árinu 2009.

Um þýðingu almenns efnahagslegs styrkleika segir í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008, *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu*:

„Almennur efnahagslegur styrkleiki áfrýjanda skiptir einnig máli við mat á því hvort hann hafi verið í markaðsráðandi stöðu umrætt sinn. Fjárhagslegir og efnahagslegir yfirburðir umfram keppinauta skipta þar máli sem og staða tengdra félaga, skipulag og starfsemi. Við mat á almennri efnahagslegri stöðu Eimskips skiptir þó fjárhagsleg staða á hinum skilgreinda markaði mestu og má í því sambandi bæði líta til stöðu Eimskips með og án dótturfélaga. Því hefur ekki verið hnekkt að velta Eimskips var á viðmiðunarárunum að jafnaði tvöfalt meiri en helsta samkeppnisaðilans. Sviðuð er niðurstaðan ef samstæðuvelta fyrirtækjanna er borin saman. Munurinn er enn meiri ef bornar eru saman fyrirliggjandi upplýsingar um heildareignir og eigið fé félaganna að bókfærðu verðmæti á viðmiðunartímanum. Upplýsingar um stöðu fyrirtækja eftir viðmiðunartímann hafa hins vegar takmarkaða þýðingu. Með þessum athugasemdum og að öðru leyti með vísan til þeirra raka sem fram koma í hinni kærðu ákvörðun [...] má staðfesta þá niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins að almennur efnahagslegur styrkleiki áfrýjanda hafi verið með þeim hætti að hann styrki þá tilgátu að áfrýjandi hafi verið í markaðsráðandi stöðu á viðmiðunartímanum.“

Til samanburðar var EBITDA neikvæð um 947 m.kr. hjá Novator á árinu 2008 og hjá Nova neikvæð um 851 m.kr. Heildareign Novators var 7.063 m.kr. og Nova um 2.555 m.kr. og var eiginfjárhlutfall Novators neikvætt um 29,6% í lok ársins. Tekjuvelta Nova árið 2008 var um 1.268 m.kr. Á árinu 2009, sem var annað rekstrarár Nova, var veltan um 2.451 m.kr., EBITDA félagsins var neikvæð um 336 m.kr. og neikvæð um 487 m.kr. hjá móðurfélaginu Novator en EBITDA Símans var jákvæð um 4.232 m.kr. og Vodafone um 2.698 m.kr. Til viðbótar er rétt að geta þess að GSM farsímarekstur Símans, sem er að nokkru sambærilegur við rekstur Nova og gerður upp sem sérstök rekstrareining, var á árinu 2008 með tekjuveltu um [...] m.kr., jákvæða EBITDA um [...] m.kr. og heildareign einingarinnar í ársloka 2008 var skráð á um [...] m.kr.²⁰

Þessar tölur og þróun gefa til kynna rekstrar- og efnahagslega yfirburði Skipta samstæðunnar á árinu 2008 hvort heldur litið er til samstæðunnar í heild, Símans og/eða GSM rekstrareiningar Símans, gagnvart keppinautum á fjarskiptamarkaði. Er þessi staða samstæðunnar til þess fallin að styrkja stöðu Símans á skilgreindum markaði þessa máls. Þessar aðstæður gera þær kröfur til Símans að hann hegði sér með þeim hætti í

²⁰ Samkvæmt upplýsingum sem Samkeppniseftirlitið hefur fengið frá Símanum hf. GSM farsímarekstur er rekstrar- og efnahagsleg uppgjörseining í innra uppgjöri hjá Símanum. Aðrar upplýsingar af heimasíðum félaganna og úr ársreikningum hjá Lánstraust. Tölur innan hornklofa felldar niður vegna trúnaðar.



markaðsaðgerðum að þær hindri ekki með alvarlegum hætti að mun veikari keppinautur eigi möguleika að ná fótfestu á markaði.

Síminn segir í athugasemdum við andmælskjalið að meginröksemd Samkeppniseftirlitsins lúti að því að Síminn hafi þegar atvik málsins áttu sér stað búið yfir það miklum efnahagslegum styrkleika að félagið hafi verið í markaðsráðandi stöðu á markaði málsins. Síminn telji þessa ályktun algjörlega í andstöðu við þá viðurkenndu framkvæmd í samkeppnisrétti á EES-svæðinu að líta eigi á hvern aðskilinn markað fyrir sig. Segir Síminn að dómur dómstóls ESB frá 1979 í Hoffman La Roche málinu undirstriki þetta. Þar hafnaði dómstóllinn rökum framkvæmdastjórnarinnar í þá veru að staða fyrirtækisins sem það stærsta á heimsvísu styrkti stöðu þess á öðrum skilgreindum vítamínörkuðum. Síminn telji með vísan í Hoffman La Roche málið að mögulega sterk staða Símans á öðrum fjarskiptamörkuðum og heildarvelta Skiptasamstæðunnar geti ekki talist grundvöllur fyrir því að Síminn sé í markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir 3G gagnaflutningsþjónustu með netlykli. Nova reki eigið 3G farsímanet óháð farsímaneti Símans og hafi öll tók á því að standa jafnfætis Símanum í samkeppninni. Þá hafni Síminn því alfarið að á þeim tíma sem atvik áttu sér stað hafi Síminn haft greiðari aðgang að fjármagni en keppinautar félagsins. Mun nærtækara sé að halda því fram að aðgangur félagsins væri torveldari en keppinautanna vegna verri skuldastöðu. Samkeppniseftirlitið hafi raunar enga rannsókn framkvæmt á því hvort Síminn hefði greiðari aðgang að fjármagni en keppinautar hans.

Samkeppniseftirlitið fellst ekki á það mat Símans að staða félagsins á öðrum undirmörkuðum fjarskiptaþjónustu komi ekki til álita við skoðun á því hvort Síminn sé í markaðsráðandi stöðu á markaði þessa máls. Og einnig er því hafnað að fjárhagslegur styrkur og heildarvelta Skiptasamstæðunnar skipti ekki máli. Er í því sambandi ekki eingöngu verið að vísa til þess að Skiptasamstæðan hafi auðveldan aðgang að fjármagni (lánsfé) heldur frekar horft til efnahagsreiknings samstæðunnar. Er sá styrkur bakgrunnur fyrir Símann og grundvöllur sem veitti félaginu styrk til markaðsaðgerða gagnvart Nova sem ekki byggðust á eðlilegum rekstrarlegum sjónarmiðum. Má í því sambandi benda á að í lok árs 2008 voru veltufjármunir Skiptasamstæðunnar 39.671 m.kr. og veltufjárhlutfall 2,7 en hjá Novator, móðurfélagi Nova, voru veltufjármunir 3.264 m.kr. og veltufjárhlutfall 0,4. Sýnir þetta með öðru að Síminn hafði langtum meiri getu til tímabundinna eða jafnvel langvarandi markaðsaðgerða en Nova.

Að framansögðu virtu er það mat Samkeppniseftirlitsins að rekstrar- og efnahagslegur styrkur Skiptasamstæðunnar umfram keppinauta ásamt mögulegum hindrunum, afkastagetu kerfa, netáhrifum og forsögu styrki stöðu Símans umfram keppinauta á skilgreindum markaði þessa máls. Á þetta sérstaklega við um stöðu Símans gagnvart Nova. Þá er rétt að áréttta að skýrt hefur komið fram í úrskurðum áfrýjunarnefndar samkeppnismála að efnahagslegur styrkleiki og staða á tengdum markaði/mörkuðum hefur þýðingu í heildarmati á því hvort fyrirtæki er í markaðsráðandi stöðu. Þetta er í samræmi við framkvæmd í EES/ESB-samkeppnisrétti.²¹

²¹ Sjá t.d. dóm dómstóls ESB í máli nr. 322/81 Michelin v Commission [1983] ECR 461. Sjá einnig ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB í Michelin II málinu, OJ 2002 L143/1. Til stuðnings markaðsráðandi stöðu Michelin var m.a. bent á styrka stöðu fyrirtækisins á tengdum mörkuðum („*Michelin's strong presence in adjacent markets*”). Sjá jafnframt Bellamy & Child, European Community Law of Competitin, sjötta útgáfa 2008 bls. 929:



2.2.3 Markaðshlutdeild á öðrum fjarskiptamörkuðum

Eins og fram hefur komið telur Samkeppniseftirlitið rétt að skoða stöðu Skipta, móðurfélags Símans, og annarra aðila á fjarskiptamarkaði í heild og á helstu einstökum undirmörkuðum fjarskipta. Til grundvallar töflu 1 eru teknar saman tekjur Símans og Mílu sem tekjur Skipta bæði árin og teknar eru saman tekjur Vodafone og SKO sem tekjur Teymis árið 2007 en aðeins Vodafone árið 2008. Er það gert með vísan í skilyrði í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 36/2008 um algert rekstrar- og stjórnunarlegt sjálfstæði Tals (áður Hive og SKO) og skilyrði í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 27/2009 um sölu Tals.²² Því er ekki litið á Vodafone og Tal sem efnahagslega einingu á árinu 2008 í þessu máli. Samkeppniseftirlitið telur eðlilegt þegar staða aðila er metin á fjarskiptamarkaði og helstu undirmörkuðum að miðað sé við tekjur síðasta almanaksárs áður en meint brot er talið hafa átt sér stað. Frá því að markaðshlutdeild í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins var metin hefur verið tekið tillit til leiðréttinga sem bárust frá Símanum varðandi tekjur félagsins á árinu 2008. Eftirfarandi töflur taka mið af því.

Tafla 3 Markaðshlutdeild á heildarfjarskiptamörkuðum 2007 og 2008 miðað við tekjur²³

	Skipti	Skipti	Teymi	Vodafone	Aðrir	Aðrir
Ár	2007	2008	2007	2008	2007	2008
Fastlínakerfi ²⁴	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%
-þar af ADSL tengingar	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%
Farsímaþjónusta GSM	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%
Internetþjónusta ²⁵	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%
Önnur þjónusta ²⁶	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%
Fjarskiptatekjur alls:	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%

Eins og fram kemur í þessari töflu var markaðshlutdeild Skiptasamstæðunnar hæst á fjarskiptamarkaði í heild sinni eða 60-65% og einnig á öllum undirmörkuðum hans. Voru Skipti með meira en tvöfalda markaðshlutdeild Teymis, sem næst kom, á heildarfjarskiptamarkaði og afgerandi hæsta hlutdeild á öllum undirmörkuðum á þessum árum. Þar sem skilgreindur markaður þessa máls, 3G nettenging með netlykli, er þjónusta sem fer um farsímakerfi er rétt að hafa hliðsjón af markaðshlutdeild Símans/Skipta á GSM farsímamarkaði í heild. Eins og hér kemur fram þá var Síminn með afgerandi hæstu markaðshlutdeildina árið 2008 á þeim markaði, 50-55%, þó hún hafi minnkað lítillega frá árinu 2007. Jafnframt hefur Síminn yfirburði á tengdum mörkuðum þ.e. á markaði fyrir ADSL tengingar 55-60% og á markaði fyrir Internetþjónustu 45-50%.

„It may be relevant also to consider the overall economic and commercial strengths of the undertaking alleged to be dominant and those of its competitors.“

²² Þess má geta að Tal hefur verið selt til óskylds aðila.

²³ Tölur og texti innan hornklofa í þessu skjali eru felldar út vegna trúnaðar.

²⁴ Tekjur af almenna talsímakerfinu, leigulínum, gagnaflutningi og samtengingum þess við önnur kerfi.

²⁵ Internetþjónusta án tenginga t.d. ADSL.

²⁶ Meðtaldar eru tekjur af NMT farsímakerfi hjá Skiptum/Símanum.



Ef markaðshlutdeild er metin eingöngu út frá tekjum af smásöllumarkaði fjarskipta, þ.e. ef tekjur af samtengingu fjarskiptakerfa og reiki eru ekki teknar með, var markaðshlutdeild aðila eins og fram kemur í töflu 2.

Tafla 4 Markaðshlutdeild á smásöllumfjarskiptamörkuðum 2007 og 2008 miðað við tekjur²⁷

	Skipti	Skipti	Teymi	Vodafone	Aðrir	Aðrir
Ár	2007	2008	2007	2008	2007	2008
Fastlínukerfi ²⁸	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%
-þar af ADSL tengingar	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%
Farsímaþjónusta GSM	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%
Internetþjónusta ²⁹	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%
Önnur þjónusta ³⁰	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%
Fjarskiptatekjur alls:	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%

Eins og í fyrri töflunni var markaðshlutdeild Skiptasamstæðunnar hæst á fjarskiptamarkaði í heild sinni eða 60-65%. Voru Skipti með meira en tvöfalda markaðshlutdeild Teymis, sem næst kom, á heildarfjarskiptamarkaði og eykst munurinn verulega frá fyrri samanburði. Metið á þessum forsendum voru Skipti/Síminn með afgerandi hæstu markaðshlutdeildina árið 2008 á farsímaamarkaði eða 55-60%. Skýrist þetta af því að Vodafone og Nova höfðu hlutfallslega meiri tekjur en Síminn af samtengisamningum og reiki sem teljast til heildsölu. Jafnframt hefur Síminn yfirburði á öðrum tengdum mörkuðum, þ.e. á markaði fyrir ADSL tengingar 55-60% og á markaði fyrir Internetþjónustu 45-50%.

Er þessi niðurstaða í fullu samræmi við útreikninga Símans sjálfs um markaðshlutdeild félagsins á farsímaamarkaði. Í minnisblaði frá starfsmanni Símans til sérfræðings utan fyrirtækisins kemur fram að Síminn hafi á árunum 2003 til og með 2008 verið með markaðshlutdeild á farsímaamarkaði á Íslandi á bilinu 61,6 til 64,5%.³¹ Í tölvupósti um markaðshlutdeild sem er á ensku og heitir „Market share“ segir m.a.:

„Síminn has a strong market position and has managed to retain a significant market share in all major segments which is a testament to Síminn's technology, product development, as well as its sales and marketing abilities.“

²⁷ Tölur og texti innan hornklofa í þessu skjali eru felldar út vegna trúnaðar.

²⁸ Tekjur af almenna talsímakerfinu, leigulínum, gagnaflutningi og samtengingum þess við önnur kerfi.

²⁹ Internetþjónusta án tenginga t.d. ADSL.

³⁰ Meðtaldar eru tekjur af NMT farsímakerfi hjá Skiptum/Símanum.

³¹ Minnisblað frá Ásu Rún Björnsdóttur til Jóns Þórs Sturlussonar, dags. 12.06.2009. Haldlagt í húsleit hjá Símanum þann 21. apríl 2010.



Með tölvupóstinum fylgir skífurit þar sem fram kemur að á árinu 2007 hafi markaðshlutdeild Símans, þ.e. „Market share Mobile Residential 2007“ verið 64,4%.³²

Gefur þessi tölvupóstur sem er sendur af framkvæmdastjóra samskiptasviðs Skipta til kynna að samstæðan hefur metið stöðu Símans mjög sterka á farsímamarkaði og hafi tekist að viðhalda henni og sama eigi einnig við á öðrum helstu undirmörkuðum fjarskipta á Íslandi.

2.2 Styrkur keppinauta

Um styrk keppinauta og þýðingu hans á mat á markaðsráðandi stöðu vísar Síminn í úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 3/2008 þar sem segir:

„Eins og áður greinir er há markaðshlutdeild keppinauta á skilgreindum mörkuðum ekki eina atriðið sem leggja ber til grundvallar þegar það er metið hvort fyrirtæki sé í markaðsráðandi stöðu. Í því sambandi skiptir einnig máli hver sé staða keppinautanna. Segja má að almenna reglan sé sú að eftir því sem þeir eru smærri og fleiri séu þeir almennt veikari fyrir áhrifum heldur en ef þeir eru færri með talsverða markaðshlutdeild. Í máli þessu er alveg ljóst að áfrýjandi er með verulega hærri hlutdeild heldur en næst stærsta félagið á markaðnum, Samskip ehf.“

Síðan segir Síminn að í þessu máli séu þrír keppinautar á markaðnum þar sem Nova hafi hæstu markaðshlutdeild. Allir aðilar hafi haft talsverða markaðshlutdeild og Síminn ekki mestu hlutdeildina. Þetta sé augljós vísbending, og allt að því nægilegur vitnisburður, um að markaðsráðandi staða Símans sé ekki fyrir hendi.

Af þessu tilefni vill Samkeppniseftirlitið árétta, það sem áður hefur verið benti á, að hlutdeild þessarar þriggja keppinauta á hinum skilgreinda markaði segir ekki ein og sér til um styrk aðilanna. Er hér um að ræða lítinn undirmarkað í fjarskiptaþjónustu sem er í uppbyggingu. Á fyrri helmingi árs 2009 nam hann um 0,6% af heildarveltu fjarskiptamarkaða og um 1,6% af heildarveltu GSM farsímaþjónustu. Við aðstæður eins og eru í þessu máli er það fjárhagslegur styrkur aðila sem skiptir miklu máli auk stöðu á tengdum mörkuðum. Þar sem markaðshlutdeild gefur ekki skýra vísbendingu ber að líta til „fjárhagslegra og efnahagslegra yfirburða umfram keppinauta“ auk skipulags og starfsemi viðkomandi fyrirtækis, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008, Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu. Ekki verður séð að talsverð markaðshlutdeild Nova á þessum litla markaði gefi vísbendingu um efnahagslegan styrk þess fyrirtækis.

Árið 2008 var fyrsta heila starfsár Nova í fjarskiptarekstri. Á því ári var markaðshlutdeild félagsins um [...] % á farsímamarkaði og um [...] % á heildarmarkaði fjarskipta. Þó svo að 3G netlykill sé eingöngu virkur í 3G farsímakerfi og takmarkist því við útbreiðslu þess kerfis þá verður að mati Samkeppniseftirlitsins að horfa til fleiri þátta en eingöngu þjónustu í þeirri tegund farsímakerfa. Staða fyrirtækja á öðrum undirmörkuðum

³² Tölvupóstur, dags. 29. mars 2010 kl. 09:46, frá Pétri Þorsteini Óskarssyni til Ásu Rúnar Björnsdóttur. Haldlagt í húsleit hjá Símanum þann 21. apríl 2010.



fjarskipta hefur að mati Samkeppniseftirlitsins mikil áhrif á möguleika þeirra til þróunar í rekstri og starfsemi á viðkomandi mörkuðum. Upplýsingar frá fjarskiptafyrirtækjum sem bjóða skilgreinda þjónustu með 3G netlykli gefa til kynna að útbreiðsla þjónustunnar sé ekki mjög víðtæk. Því má ætla að þjónustan sé ekki með öllu sjálfbær hvað varðar tekjur og því getur efnahagslegur styrkur og markaðslega sterk staða einstakra fyrirtækja á skyldum og tengdum mörkuðum skipt miklu máli varðandi möguleika þeirra til að ná varanlegri fótfestu á markaðnum.

Síminn er sem hluti af Skiptasamstæðunni með yfirburðastöðu sem getur gert félaginu kleift að beita sér í markaðsaðgerðum sem mun veikari keppinautar geta ekki jafnað eða bætt án verulegrar áhættu um afkomu. Er þessi fjárhagslegi styrkur Símans til þess fallinn að mati Samkeppniseftirlitsins að skapa félaginu stöðu sem markaðsráðandi aðili þrátt fyrir það að hafa ekki haft hæstu markaðshlutdeild á skilgreindum markaði.

2.3 Aðgangshindranir o.fl.

Við mat á því hvort fyrirtæki telst vera í markaðsráðandi stöðu verður 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 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.

Í athugasemdum sínum segir Síminn að árangur Nova á 3G gagnaflutningsmarkaði með 51,9% af öllum áskrifendum sýni að ekki sé um að ræða aðgangshindranir. Síminn telur að úrskurður áfrýjunarnefndar nr. 3/2008 styðji þessa niðurstöðu. Innkoma Nova hafi verið sérlega árangursrík.

Hvað þetta sjónarmið varðar bendir Samkeppniseftirlitið á að umrædd þjónusta er veitt um eigið 3G farsímakerfi eða með samningi í kerfi annarra. Nova hefur byggt upp eigið 3G farsímakerfi og hóf starfsemi um áramótin 2007 og 2008. Þróun í uppbyggingu og rekstri fjarskiptakerfa á Íslandi og árangur nýrra aðila í gegnum tíðina sýnir að um verulegar hindranir hefur verið að ræða. Á það sérstaklega við um háan stofnkostnað kerfa sem ætlað er að hafa víðtæka landfræðilega útbreiðslu. Á tímabili þessa máls voru það einungis þrjú aðilar sem buðu 3G gagnaflutningsþjónustu, tveir í eigin farsímakerfi og einn þ.e. Vodafone í kerfi annarra (Nova). Að þessu leyti hefur Vodafone sérstöðu en þess ber að gæta að það félag veitir nokkuð víðtæka fjarskiptaþjónustu hér á landi og meðal annars farsímabjónustu í eigin kerfi og í 3G farsímakerfi Nova. Í ljósi þessa er eðlilegt að félagið hafi í boði umrædda þjónustu til viðbótar við aðra fjarskiptaþjónustu.



Að mati Samkeppniseftirlitsins er 51,9% markaðshlutdeild Nova, mæld eftir fjölda viðskiptavina með 3G netlykil, ekki til marks um að aðgangshindranir séu ekki til staðar.³³ Þessi þjónusta Nova grundvallast á uppbyggingu eigin 3G farsímakerfis og eins og hér að framan greinir er reynslan sú á Íslandi að nýir aðilar hafi átt erfitt uppdráttar í þeirri starfsemi. Hlutdeild Nova í fjölda viðskiptavina í 3G gagnaflutningi með netlykli, sem á þessum tíma voru alls 12-13 þúsund, og sem telst vera örmarkaður ef mælt er í tekjum, getur ekki talist sönnun þess að ekki sé um aðgangshindranir að ræða.

Að mati Samkeppniseftirlitsins verður ekki annað ráðið en að allar aðstæður séu með þeim hætti að um verulega hindrun sé að ræða fyrir nýjan aðila inn á markað fyrir farsímaþjónustu. Um tilvist aðgangshindrana á farsímaþjónustu og í raun á fjarskiptamörkuðum er rétt að líta til forsögunnar. Fljótlega eftir að einkarétti forvera Símans á rekstri fjarskiptakerfa var aflétt reyndu tvö fyrirtæki að hasla sér völl, Íslandssími hf. og Tal hf. Í lok árs 2002 var svo komið að þessi félög töldu sér nauðsynlegt að sameinast. Í samrunatilkynningu segir m.a. um aðstæður á markaðnum og markmið samrunans:

„Markmið samrunans er að styrkja Íslandssíma hf. í samkeppni við Landssíma Íslands hf. á fjarskiptamarkaði. Það er álit stjórnar Íslandssíma hf. og viðsemjenda þeirra, að óbreytt ástand á fjarskiptamarkaði (svo), muni um ókomna tíð viðhalda algerrri yfirburðastöðu Landssíma Íslands hf. á markaðinum og að ekkert annarra símafyrirtækja hafi möguleika til þess að ná þeirri markaðshlutdeild sem nauðsynleg er til að rekstur þeirra geti skilað ásættanlegum arði til lengri tíma.

Íslandssími hf. og Tal hf. hafa fram til þessa verið rekin með tapi. Íslandssími hf. er í þróunarferli þar sem gert hefur verið ráð fyrir tapi af rekstrinum en tekjur hafa ekki skilað sér með þeim hætti sem áætlanir gerðu ráð fyrir í upphafi og ekki er að sjá að hagnaður geti orðið af starfseminni á næstunni. Áætlanir Tals hf. um rekstrarhagnað hafa heldur ekki gengið eftir.“

Ekki er hér að sjá að framangreind lýsing á markaðsaðstæðum í samrunatilkynningu Íslandssíma hf. og Tals hf. bendi til þess að fyrirtækin hafi ekki talið að þau hafi mætt aðgangshindrunum við tilraunir sínar til að komast inn á markaðinn. Um þessa niðurstöðu um aðgangshindranir er einnig vert að vísa sérstaklega til þróunar á markaði fyrir Internetsþjónustu í almenna símakerfinu. Þar hafa litlir aðilar með takmarkað þjónustuframboð átt afar erfitt uppdráttar í samkeppni við fyrirtæki með víðtækara þjónustuframboð. Hafa þeir flestir horfið af markaði með einum eða öðrum hætti.

2.3.1 Um þýðingu afkastagetu og kaupendastyrk

Í athugasemdum sínum segir Síminn að ekki verði séð að afkastageta í 3G farsímaakerfi Nova hamli vexti og framgangi félagsins á markaðnum. Að sama skapi telji Síminn að notendur þjónustunnar séu vel upplýstir um verð og gæði og að það veiti nægilegt samkeppnislegt aðhald þannig að um kaupendastyrk sé að ræða. Skiptikostnaður sé einnig óverulegur. Gefi þetta til kynna að Síminn teljist ekki í ráðandi stöðu á markaðnum.

³³ Þann 30. júní 2009 samkvæmt tölvfræðiskýrslu Póst- og fjarskiptastofnunar.



Samkeppniseftirlitið getur tekið undir að afkastageta 3G gagnaflutningskerfa beggja félaganna, Símans og Nova, hamli ekki ein og sér útbreiðslu þjónustunnar hjá hvoru félagi. Frekar beri að líta á efnahagslegan styrk og getu Símans og mögulegt takmarkað úthald veikari keppinauta, til að bregðast við markaðsaðgerðum Símans sem ekki byggja á málefnalegum rekstrarlegum forsendum. Þær aðstæður veita Símanum forskot til að nýta afkastagetu síns kerfis umfram veikari keppinaut. Sama á við um lítinn skiptikostnað. Einmitt vegna lítils skiptikostnaðar er líklegt að allar ómálefnalegar markaðsaðgerðir efnahagslega sterks fyrirtækis séu líklegar til þess að skaða samkeppni og hrekja veika keppinauta af markaðnum. Viðskiptavinir Nova, sem bjóðast hagkvæm tilboð frá Símanum, eiga auðvelt með að skipta um þjónustuveitanda til skaða fyrir Nova jafnvel þó það fyrirtæki teljist hagkvæmt rekið miðað við aðstæður. Yfir þessum styrk bjó Síminn umfram Nova, sem styður það að Síminn hafi haft markaðslega yfirburði að þessu leyti þegar tilboðið var sett á markað.

2.3.2 Um þýðingu netáhrifa

Í athugasemdum Símans við andmælaskjalið segir að netáhrif (e. network effect) geti haft áhrif á markaðsráðandi stöðu fyrirtækja þar sem þau geti ýtt undir að viðskiptavinir kaupi frekar þjónustu af þeim aðila á markaði sem hafi mestan markaðsstyrk. Skilgreindur markaður þessa máls sé þess eðlis að viðskiptavinir hafi af því engan ávinning að skipta við það fyrirtæki sem hafi flesta viðskiptavini í 3G gagnaflutningsþjónustu með netlykli. Netáhrif séu því ekki til stuðnings því að Síminn verði talinn í markaðsráðandi stöðu á markaðnum.

Samkeppniseftirlitið getur tekið undir það með Símanum að um augljós bein netáhrif er ekki að ræða. Í þjónustunni felst ekki bein tenging milli tveggja aðila eins og augljóst er þegar talsamskipti eiga í hlut og fjöldi viðskiptavina í hverju neti skiptir máli. Hins vegar er mögulegt að áhrifin séu óbein og tengist þá útbreiðslu viðkomandi kerfis, úrvali þjónustu sem viðkomandi aðilar bjóða, útbreiðslu söluneta þeirra og fyrri viðskiptasögu. Annað sem hefur styrkt mjög stöðu Símans á fjarskiptamarkaði að mati Samkeppniseftirlitsins er aðkoma félagsins að upplýsingatæknimarkaði og tengsl Símans við systurfélög á þeim markaði. Sama gildir um stöðu Símans í flutningi á sjónvarpsmerki um kerfi Símans og tengsl félagsins við efnisveitur sem því tengjast. Fram kemur í gögnum sem Samkeppniseftirlitið hefur undir höndum að Síminn leggur mikið upp úr því mikla þjónustuframboði sem félagið býr yfir og metur það sem samkeppnislegt forskot á aðra keppinauta.³⁴ Í sama skjali kemur fram það mat Símans að farsímanet félagsins hafi samkeppnislega yfirburði á grundvelli mikillar útbreiðslu, langdrægni og fjölda alþjóðalegra samtengisamninga. Er auk þess vísað til að 3G farsímakerfi félagsins sé háhraðanet í dreifbýli sem sé fjármagnað af yfirvöldum. Hafi þessar aðstæður verið til staðar í upphafi árs 2010 þá áttu flestar þeirra ekki síður við á þeim tíma sem Síminn markaðssetti það tilboð sem um er rætt í þessu máli. Í þessu felst þá m.a. að einstaka viðskiptavinir séu líklegir til þess að eiga viðskipti á einum stað ef það er mögulegt. Slíkum möguleika má að einhverju leyti jafna við netáhrif og um leið sem hindrun að markaði að mati Samkeppniseftirlitsins. Einnig eru þessi atriði þess eðlis að um tengda

³⁴ Sjá skjal Síminn_aðalkynning_English, mars 2010, sem var í afrituðum tölvugögnum sem haldlögð voru í húsleit hjá Símanum 21. apríl 2010. Var á heimasvæði Jensínu Kristínar Böðvarsdóttur/Kynningar.



markaði er að ræða. Þessi atriði öll, til viðbótar við aðra þætti sem raktir hafa verið, eru til þess fallin að styrkja stöðu Símans á markaði.

2.4 Niðurstaða um markaðsráðandi stöðu

Að mati Samkeppniseftirlitsins er sterk markaðsstaða Símans og Mílu á öllum helstu mörkuðum fjarskiptapjónustu til stuðnings því að meta Skiptasamstæðuna með yfirburða stöðu á umræddum mörkuðum á rannsóknartímabilinu. Ekkert eitt annað félag hefur sambærilega stöðu. Að sama skapi verður ekki annað séð en að markaðsstaða Nova í heild sé mjög óveruleg í þessum samanburði.

Í framhaldi af athugasemdum Símans við andmælaskjalið þá óskaði Samkeppniseftirlitið eftir upplýsingum frá Símanum, Nova og Vodafone um tekjur á skilgreindum markaði og framsetningu þeirra í bókhalda ásamt fjölda viðskiptavina bæði fyrir gildistöku tilboðs Símans 1. júní 2009 og frá þeim tíma til loka árs 2009. Þessar nýju upplýsingar leiddu í ljós, eins og að framan greinir, að Nova var með hæstu markaðshlutdeild á fyrra tímabilinu, síðan Síminn og Vodafone með minnstu hlutdeildina. Er það breyting frá því sem stuðst var við í andmælaskjalinu. Hins vegar jók Síminn markaðshlutdeild sína talsvert eftir gildistöku tilboðsins til loka árs 2009 og sama gerði Vodafone. Í töflu 2 hér að framan er þróunin rakin ef tölfræðigöng Póst- og fjarskiptastofnunar eru lögð til grundvallar eins og Síminn gerir kröfu um að sé gert.

Telja verður að Síminn njóti þess að vera rótgróið og öflugt fjarskiptafyrirtæki með víðtækt og alhliða þjónustuframboð þegar kemur að ákvörðun viðskiptavina um val á þjónustuaðila fyrir 3G gagnaflutningsþjónustu með netlykli. Á þetta sérstaklega við ef félagið beitir sér með víðtækum almennum markaðsaðgerðum og tilheyrandi auglýsingum. Geta og úthald til slíkra aðgerða er meiri því efnahagslega sterkara sem fyrirtækið er og eykur möguleika þess að hindra að veikari keppinautar nái fótfestu á markaðnum.

Í ljósi allra aðstæðna á markaðnum er það mat Samkeppniseftirlitsins að þessi sterka staða Símans hafi verið ein af forsendum þess að félagið hafi viðhaft umrædda háttsemi sem í tilboðinu fólst. Það er ekki málefnalegt að gera ráð fyrir því að mun veikari keppinautar hafi getað brugðist við með sambærilegu tilboði. Viðurkennt er í samkeppniserétti að háttsemi fyrirtækis á markaði getur verið vísbending um markaðsráðandi stöðu þess.³⁵ Er þessi háttsemi Símans að mati Samkeppniseftirlitsins meðal annars til marks um að félagið hafi getað hegðað sér á markaði án tillits til keppinauta sinna og sé sterk vísbending um að Síminn hafi verið í markaðsráðandi stöðu þegar tilboðið var sett fram.

³⁵ Sjá t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar EB frá 20. júní 2001 í Michelin II málinu (mál nr. Comp/36.041): „The business practice of granting a wide range of loyalty rebates that are paid very late is also a clear indication of Michelin's dominant position. ... This practice will be examined in more detail later from the point of view of its being such as to constitute an abuse in itself. However, it is appropriate to mention it here as evidence of the dominant position. In its judgment in Case 27/76 United Brands v Commission the Court stressed the need, in order to determine whether a company is in a dominant position, to analyse the competitive situation on the relevant market, specifying that 'in doing so it may be advisable to take account if need be of the facts put forward as acts amounting to abuses without necessarily having to acknowledge that they are abuses'”.



Á grundvelli þess sem að framan er rakið er það mat Samkeppniseftirlitsins að markaðshlutdeild Símans á fjarskiptamörkuðum, rekstrar- og efnahagslegur styrkur Skiptasamstæðunnar umfram keppinauta ásamt mögulegum hindrunum, afkastagetu kerfa, netáhrifa og forsögu skapi Símanum yfirburðastöðu umfram keppinauta á skilgreindum markaði þessa máls. Þessar aðstæður gera þær kröfur til Símans að hann hegði sér með þeim hætti í markaðsaðgerðum að það hindri ekki með alvarlegum hætti að mun veikari keppinautur eigi möguleika að ná fótfestu á markaði.

Af gögnum sem Samkeppniseftirlitið aflaði við húsleit hjá Símanum 21. apríl 2010 verður ekki annað ráðið en að Síminn meti styrkleika félagsins umfram keppinauta með sambærilegum hætti. Í afrituðum tölvugögnum er skjal um kynningu í tengslum við áætlanagerð fyrir árið 2009.³⁶ Í því segir m.a. um styrkleika Símans umfram samkeppnina (þ.e. keppinautana, innskot Samkeppniseftirlitsins):

• Fjárhagslegur styrkleiki/afkoma	• Fjöldi viðskiptavina
• Dreifikerfið, reynsla í rekstri	• Markaðssetning
• Öflugt sölunet	• Allt á sama stað
• Vörumerki Símans	• Breytt vöruframboð
• 3G netið	• Sjónvarp Símans
• Ráðgjöf við viðskiptavini	• Traust/stöðugleiki
• IP netið	• Fleiri reikisamningar
• Þjónusta	• Þjónustuvefurinn
• Öflug fjarvinnsla	• Öryggi
• Viðskiptastýring FM	• Þjónusta erlendis

Með þessari upptalningu Símans á eigin styrkleikabáttum er félagið í raun að taka undir sjónarmið Samkeppniseftirlitsins um yfirburði Símans gagnvart keppinautum sem raktir hafa verið hér að framan og koma til viðbótar við háa markaðshlutdeild á einstaka undirmörkuðum og á fjarskiptamarkaði í heild. Þessu til viðbótar er að finna gögn þar sem Síminn beinlínis lýsir því yfir að hann sé í markaðsráðandi stöðu og ýmsir yfirburðir félagsins eru tilteknir. Þannig er í glærुकynningu „Markaðs- og samkeppnisgreining. Áætlun 2010“ vísað til þess að Síminn búi við „afmarkanir af markaðsráðandi stöðu“ og styrkleiki Símans talinn felast m.a. í markaðshlutdeild og breidd í vöruframboði.³⁷ Í glærुकynningu „Síminn í sókn – helstu verkefni í gangi“ er gerð grein fyrir forskoti Símans gagnvart Vodafone, Tal og Nova. Sterku vörumerki og öðrum yfirburðum Símans er lýst og bent á að hafa verði í huga að „Síminn er í markaðsráðandi stöðu“ sem þýði að fyrirtækið megi ekki grípa til tiltekinna ráðstafana.³⁸ Slíkar yfirlýsingar hafa þýðingu í samkeppnisrétti við mat á því hvort fyrirtæki sé í markaðsráðandi stöðu, sbr. dóm Hæstaréttar Íslands 19. febrúar 2004 í máli nr. 323/2003 *Skífan hf. gegn samkeppnisráði* og úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008 *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu* og í máli nr. 5/2010, *Lyf og heilsa hf. gegn*

³⁶ Sjá skjal Umhverfis- og samkeppnisgreining, sem var í afrituðum tölvugögnum sem haldlögð voru í húsleit hjá Símanum 21. apríl 2010. Var á heimasvæði Jensínu Kristínar Böðvarsdóttur/Kynningar.

³⁷ Tölvupóstur frá Kristínu Huld Þorvaldsdóttir til Ásu Rún Björnsdóttir, dags. 2. mars 2010 og meðfylgjandi glærुकynning.

³⁸ Sjá skjal Síminn í sókn – helstu verkefni í gangi sem var í afrituðum tölvugögnum sem haldlögð voru í húsleit hjá Símanum 21. apríl 2010. Var á heimasvæði Jensínu Kristínar Böðvarsdóttur/Sala



Samkeppniseftirlitinu.³⁹ Þessi gögn styðja þá niðurstöðu að Síminn hafi verið í markaðsráðandi stöðu í máli þessu.

Að öllu framansögðu virtu er það mat Samkeppniseftirlitsins í þessu máli að Síminn hafi verið í markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir gagnaflutningsþjónustu með 3G netlykli á Íslandi. Þó markaðshlutdeild félagsins á skilgreindum markaði ein og sér veiti ekki skýra vísbendingu um markaðsyferráð er það mat eftirlitsins að önnur mikilvæg atriði, sem hér hafa verið reifuð og hafa verulega þýðingu við mat á markaðsráðandi stöðu, geri það að verkum að um markaðsyferráð hafi verið að ræða. Hér skiptir miklu rekstrar- og fjárhagslegur styrkur sem Síminn og samstæðan sem hann tilheyrir bjó yfir á þeim tíma sem háttsemin átti sér stað. Einnig skiptir máli hin mikla breiddarhagkvæmni sem felst í stöðu samstæðunnar sem eina alhliða fjarskiptafélagið á Íslandi. Um hafi verið að ræða einstakar kringumstæður. Hafi Síminn, að teknu tilliti til allra fyrrnefndra atriða, ótvírætt haft mikla og afgerandi yfirburði gagnvart keppinautum sínum og þá sérstaklega gagnvart Nova.

2.4.1 Nánar um sjónarmið Símans

Síminn telur að það gangi þvert á viðurkennd viðhorf um markaðsráðandi stöðu að fyrirtæki teljist ráðandi þegar markaðshlutdeild sé undir 40% og annar keppinautur hafi hærri hlutdeild og þar með sterkari stöðu á markaðnum. Það sé samhljómur í umfjöllun fræðimanna að til þess að mögulegt sé að markaðsráðandi staða sé fyrir hendi, þrátt fyrir markaðshlutdeild undir 40%, sé nauðsynlegt að mikið bil sé á milli hins ráðandi fyrirtækis og næsta keppinautar á markaðnum. Þá vilji Síminn vísa í úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 5/2010 þar sem fram komi að há markaðshlutdeild eða mikill styrkleiki að öðru leyti geti því aðeins haft áhrif á stöðu fyrirtækis sem markaðsráðandi aðila, að slíkur styrkleiki hafi staðið í það langan tíma að fyrirtækið hafi starfað án þess að taka tillit til keppinauta, viðskiptavina og neytenda.

Þá vísar Síminn í leiðbeiningar framkvæmdastjórnar ESB frá því í desember 2008 um beitingu 102. gr. Rómarsáttmálans sem sé samsvarandi 11. gr. samkeppnislaga og 54. gr. EES-samningsins. Þar sé lögð áhersla á að lág markaðshlutdeild sé almennt góð vísbending um að markaðsráðandi staða sé ekki fyrir hendi. Markaðsyferráð séu ekki líkleg ef markaðshlutdeild sé undir 40% á markaðnum sem máli skipti. Það kunni hins vegar að vera sérstök mál þar sem gera megi undantekningu á þessu þar sem aðrir keppinautar á markaði séu ekki í stöðu til að veita nægilegt samkeppnislegt aðhald. Því fari fjarri að þetta eigi við um Nova. Fyrirtækið sé vel í stakk búið til að veita Símanum harða samkeppni á hinum skilgreinda markaði. Síminn árétti að ekki geti verið um að ræða markaðsráðandi stöðu þegar markaðshlutdeild sé undir 40% nema við algjörlega einstakar kringumstæður. Beri Samkeppniseftirlitinu að taka mið af leiðbeiningum framkvæmdastjórnar EB um beitingu 102. gr. Rómarsáttmálans.

Hvað varðar niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins um stöðu Símans á fjarskiptamörkuðum þá gagnrýnir Síminn að eftirlitið vísi til eigin gagna frá félaginu sem voru haldlögð í húsrannsókn hjá Símanum árið 2010. Síminn fái ekki séð hvernig þau gögn geti stutt

³⁹Sjá t.d. O'Donoghue & Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, 2006 bls. 128: „*The undertaking's own assessment of its position as evidenced by internal documentation may be taken into account when considering dominance.*“ Sjá jafnframt Whish, *Competition Law*, 6. útgáfa 2009, bls. 183.



málatilbúnað Samkeppniseftirlitsins. Hvergi komi fram í gögnunum að Síminn hafi talið sig í markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir 3G gagnflutningsþjónustu með netlykli. Sé tilvísun í þessi gögn hafnað.

Áður hefur því verið lýst að fyrirtæki með markaðshlutdeild undir 40% geti verið skilgreint með markaðsráðandi stöðu jafnvel þó keppinautur hafi hærri markaðshlutdeild. Aðstæður geta verið með þeim hætti að sú niðurstaða fái st. Samkeppniseftirlitið telur að um sé að ræða sérstakar kringumstæður í þessu máli. Áður hefur verið bent á að umræddur markaður sem er 3G gagnflutningsþjónusta með netlykli hafi verið örmarkaður þegar atvik áttu sér stað. Um var að ræða tiltölulega nýja þjónustu sem veitt er í 3G farsímaneti og gat það skipt miklu máli fyrir Nova sem nýr farsímkerfisrekandi að geta starfað á markaðnum án ómálefnanlegra og samkeppnishamlandi aðgerða miklu stærri keppinautar. Ef árið 2009 er lagt til grundvallar þá nam veltan á þessum markaði um 0,7% af heildar fjarskiptamarkaði á Íslandi. Nam þessi tekjuvelta um 1,2% af heildarveltu Skiptasamstæðunnar en um 15,3% af veltu Nova á árinu 2009. Eru þessi hlutföll til marks um að hér hafi verið um að ræða örsmáan undirmarkað á markaði fyrir fjarskiptapjónustu og eins í samhengi við veltu Skiptasamstæðunnar. Hins vegar var um að ræðan allstóran markað í samhengi heildarveltu Nova sem gat skipt það félag talsverðu máli. Þessi staðreynd ásamt því að Skiptasamstæðan er eini aðilinn sem veitti og veitir allar tegundir fjarskiptapjónustu á Íslandi skiptir máli. Á tímabili þessa máls bauð Nova eingöngu hefðbundna farsímapjónustu.

Þó svo að Nova hafi byggt upp og reki 3G farsímakerfi og hafi haft meiri markaðshlutdeild en Síminn á þessum skilgreinda örmarkaði í fjarskiptum kemur það ekki í veg fyrir að Síminn geti talist markaðsráðandi þegar allar aðstæður eru skoðaðar og metnar. Í því sambandi er rétt að áréttta að á þessum tíma bauð Nova eingöngu fram þjónustu í GSM farsímakerfum og kom inn á markaðinn í lok árs 2007. Það verður ekki staðfest, enda ekki rökstutt af hálfu Símans, að Nova hafi haft þá stöðu að geta á eðlilegum rekstrarlegum forsendum brugðist við og jafnað eða bætt tilboð stærsta og öflugasta aðilans á fjarskiptamarkaði. Síminn og systurfélag hans, og forverar þeirra, hafa verið í rekstri fjarskiptapjónustu í meira en eina öld og veita ein fyrirtækja saman alla mögulega þjónustu sem tengist fjarskiptum hér á landi. Af þessu leiðir, auk annarra þátta og aðstæðna á fjarskiptamörkuðum, að um er að ræða sérstakar kringumstæður í þessu máli.

Því hefur að mati Samkeppniseftirlitsins ekki verið haldið fram með haldbærum rökum af hálfu Símans, að við mat á því hvort Síminn hafi verið í markaðsráðandi stöðu, skuli ekki horft til fjárhagslegs styrks Skiptasamstæðunnar, veltu og stöðu hennar á öðrum undirmörkuðum fjarskiptapjónustu og á aðrar aðstæður og fyrirkomulag á fjarskiptamarkaði á Íslandi. Auk þess er ljóst að fjárhagslegur styrkur Símans og Skiptasamstæðunnar hefur um langt árabíl verið mjög mikill og í því ljósi verður að meta áhrif þess á stöðu Símans í þessu máli. Það stenst ekki að mati Samkeppniseftirlitsins að horfa beri aðeins til markaðshlutdeildar á þessum nýja skilgreinda örmarkaði þessa máls og styrkleika sem af þeirri starfsemi leiði. Það er markaðshlutdeild Símans á öllum undirmörkuðum fjarskipta og uppsafnaður rekstralegur- og efnahagslegur styrkur hans og tengdra félaga sem hefur áhrif á mat á stöðu Símans. Yfirburðir Símans og tengdra félaga að þessu leyti hafa varað í langan tíma.



Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á að framangreind gögn Símans sem aflað var í húsleit á árinu 2010 hafi ekki þýðingu í málinu. Þessi gögn sýna að Síminn var meðvitaður um styrk sinn og yfirburði á fjarskiptamarkaði á Íslandi og virtist gera sér grein fyrir þeim takmörkunum sem sú staða setti félaginu í markaðsaðgerðum. Í þessum gögnum kemur fram að Síminn taldi mörg þau atriði og aðstæður sem Samkeppniseftirlitið hefur lýst hér að framan sýna sterka stöðu félagsins og til marks um yfirburði Símans yfir keppinautum á íslenskum fjarskiptamörkuðum. Að mati Samkeppniseftirlitsins undirstrika þessi gögn að niðurstaðan um markaðsráðandi stöðu Símans, á þeim tíma sem atvik þessa máls áttu sér stað, er rétt og að Símanum hafi hún verið ljós.

Það er misskilningur hjá Símanum að Samkeppniseftirlitinu sé skylt að fara eftir leiðbeiningum framkvæmdastjórnar ESB frá 2008. Þessar leiðbeiningar fela í sér lýsingu á því hvernig framkvæmdastjórnin hyggst forgangsraða í framkvæmd hennar á banni við misnotkun á markaðsráðandi stöðu.⁴⁰ Er tekið sérstaklega fram í leiðbeiningunum að þeim sé ekki ætlað að fela í sér lýsingu á gildandi rétti.⁴¹ Þetta skjal felur því eðli málsins samkvæmt ekki í sér leiðbeiningar til handa samkeppnisyfirvöldum aðildarríkja ESB um efni og inntak bannsins við misnotkun á markaðsráðandi stöðu.⁴² Í fræðilegri umræðu hefur verið rökstutt að ekki sé líklegt að dómstólar og samkeppnisyfirvöld í aðildarríkjum ESB muni fylgja framangreindri stefnumörkun framkvæmdastjórnarinnar fyrr en ljóst sé orðið hvort dómstólar ESB séu sama sinnis.⁴³ Hvað sem þessu líður felst í leiðbeiningunum það viðhorf framkvæmdastjórnarinnar að heildarmat á aðstæðum geti leitt til þeirrar niðurstöðu að fyrirtæki teljist vera markaðsráðandi þrátt fyrir að hafa minna en 40% markaðshlutdeild.

3. Bann 11. gr. samkeppnislaga

Í 11. gr. samkeppnislaga er lagt bann við hvers konar misnotkun fyrirtækis á markaðsráðandi stöðu þess. Ákvæði 11. gr. samkeppnislaga hljóðar svo:

„Misnotkun eins eða fleiri fyrirtækja á markaðsráðandi stöðu er bönnuð.

Misnotkun skv. 1. mgr. getur m.a. falist í því að:

- a. beint eða óbeint sé krafist ósanngjarns kaup- eða söluverðs eða aðrir ósanngjarnir viðskiptaskilmálar settir,*

⁴⁰ Communication from the Commission — Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, 2009/C 45/02. Í II. kafla er tilgangi leiðbeininganna lýst: „*This document sets out the enforcement priorities that will guide the Commission's action in applying Article 82 to exclusionary conduct by dominant undertakings.*”

⁴¹ „*This document is not intended to constitute a statement of the law and is without prejudice to the interpretation of Article 82 by the Court of Justice or the Court of First Instance of the European Communities.*”

⁴² Sjá Van Bael & Bellis, *Competition Law of the European Community*, fimmta útgáfa 2010 bls. 806: „*Rather than providing genuine guidance to undertakings, National Competition Authorities and Member State Courts on the meaning of Article 82, the Guidance on Abusive Exclusionary Conduct consists only a description of the Commission's enforcement priorities; it is expressly „not intended to constitute a statement of the law.*”

⁴³ „*Manuel Kellerbauer, The Commission's new enforcement priorities in applying article 82 EC to dominant companies exclusionary conduct: A shift towards a more economic approach?*, [2010] *European Competition Law Review*, vol. 31, bls. 175-186: „*National Competition authorities and courts are therefore likely fully to align their practice of applying art. 82 EC to the Guidance only if the Community courts' case law evolves by establishing effects-based requirements for finding abusive behaviour.*”



- b. settar séu takmarkanir á framleiðslu, markaði eða tækniþróun, neytendum til tjóns,
- c. 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."

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 og 4/2007, 3/2008 og dóma dómstóla ESB.⁴⁴

Framangreint þýðir óhjákvæmilega að möguleikar markaðsráðandi fyrirtækja til að taka þátt í samkeppni eru takmarkaðri heldur en almennt er heimilt í viðskiptum. Hugtakið

⁴⁴. Í dómi undirréttar ESB í máli nr. í máli nr. T-301/04 *Clearstream Banking AG v Commission* [2009] 5 CMLR 24 er dómaframkvæmdin að þessu leyti dregin saman með eftirfarandi hætti: „According to settled case-law, the concept of abuse is an objective concept relating to the behaviour of an undertaking in a dominant position which is such as to influence the structure of a market where, as a result of the very presence of the undertaking in question, the degree of competition is weakened and which, through recourse to methods different from those which condition 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 on the market or the growth of that competition.“



eðlileg samkeppni í framangreindum skilningi hefur því þrengri merkingu en sú samkeppni sem fyrirtæki geta stundað sem ekki eru í ráðandi stöðu.⁴⁵ Markaðsráðandi fyrirtæki er þannig ekki heimilt að keppa í verði nema sú samkeppni byggist á eðlilegum efnahagslegum grunni.⁴⁶ 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 málum nr. 3/2008 *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu*.⁴⁷ Þessi sérstaka skylda helgast m.a. af þeirri staðreynd að samkeppni á viðkomandi markaði er þegar mjög takmörkuð vegna tilvistar hins markaðsráðandi fyrirtækis. Sökum efnahagslegs styrks markaðsráðandi fyrirtækja geta tilteknað aðgerðir þeirra haft skaðleg áhrif á samkeppni og hagsmuni viðskiptavina og neytenda. Umfang hinnar sérstöku skyldu sem hvílir á markaðsráðandi fyrirtækjum um að raska ekki samkeppni ræðst af atvikum í hverju máli fyrir sig.⁴⁸ 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*.

Má telja að skyldur fyrirtækja nái m.a. til þess að vinna ekki gegn framangreindum markmiðum samkeppnislaga, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2006. Þá ber að horfa til þess að skyldur markaðsráðandi fyrirtækja geta að öðru jöfnu verið því ríkari þeim mun sterkari sem staða þeirra á markaðnum er enda má ætla að samkeppni veikist þá að sama skapi meira, sbr. nefnda úrskurði áfrýjunarnefndar í málum nr. 17-18/2003 og 4/2007. Af þessari skyldu leiðir m.a. að markaðsráðandi

⁴⁵ Sjá hér t.d. John Ratliff, Abuse of Dominant Position and Pricing Practices- A Practitioner's Viewpoint. Birt m.a. í: Claus-Dieter Ehlermann and Isabela Atanasiu: *European Competition Law Annual 2003 - What Is An Abuse of A Dominant Position?: „... the focus in the definition of abuse on the term „normal competition“ can be difficult for some. Many companies argue that all they are doing is competing as hard as they can and that all the methods they use to that end are „normal competition“. They do not readily accept the narrower definition of „competition by trading performance“, which is permitted for the dominant. Often therefore we have to explain that, even though there may be types of competition which appear normal, nevertheless, the dominant company may not use them because of their perceived effects on the „weakened“ competition in the market. "*

⁴⁶ 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. "

⁴⁷ Sjá einnig t.d. dóm dómstóls ESB í máli nr. 322/81 *Michelin v. Commission* [1983] ECR 3461.

⁴⁸ Sjá t.d. dóm dómstóls EB í máli nr. C-333/94P, *Tetra Pak v. Commission* [1996] ECR I-5951.



fyrirtæki geta brotið 11. gr. samkeppnislaga með aðgerðum sem einar og sér fela ekki í sér misnotkun, t.d. gerð samninga.⁴⁹

Misnotkun á markaðsráðandi stöðu getur falist í hvers konar aðgerðum sem miða að því að styrkja eða verja hina ráðandi stöðu. 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.⁵⁰ 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.⁵¹ Markaðsráðandi fyrirtæki mega þannig ekki grípa til óeðlilegra aðgerða sem miða að því að styrkja eða verja stöðu sína á markaðnum, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í málum nr. 17-18/2003.

Samkvæmt t.d. úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2007 *Icelandair ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu* verður að skýra 11. gr. samkeppnislaga þannig „...að sú staðreynd að misnotkun hafi verið beitt af hálfu markaðsráðandi fyrirtækis sé nægjanleg til að aðferðin teljist ólögumæt.“ sbr. einnig úrskurð nefndarinnar í máli nr. 3/2008. Í þessu felst að það er ekki skilyrði fyrir beitingu ákvæðisins að misnotkun hafi tiltekin áhrif eða að ákveðinn skilgreindur tilgangur hafi verið með aðgerðunum. Samkvæmt þessu er brot á 11. gr. ekki háð því að sýnt sé fram á skaðleg áhrif á samkeppni eða ásetning til þess að raska samkeppni. Af þessu leiðir einnig að ekki skiptir t.d. máli í þessu sambandi þó markaðshlutdeild hins markaðsráðandi fyrirtækis minnki eða verð þess hafi lækkað á því tímabili sem misnotkun átti sér stað.⁵² Þá ber auk þess að hafa í huga að það hefur þýðingu varðandi skyldur markaðsráðandi fyrirtækis hvort keppinautur þess er veikburða eða öflugur. Kemur þetta fram í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 8/2008 *Fiskmarkaður Íslands hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*:

⁴⁹ Sjá hér t.d. dóm undirréttar EB í máli nr. T-111/96 *ITT Promedia NV. v Commission* [1998] ECR II-2937: „It follows from the nature of the obligations imposed by Article 86 [nú 82. gr.] of the Treaty that, in specific circumstances, undertakings in a dominant position may be deprived of the right to adopt a course of conduct or take measures which are not in themselves abuses and which would even be unobjectionable if adopted or taken by non-dominant undertakings ... Thus, the conclusion of a contract or the acquisition of a right may amount to abuse for the purposes of Article 86 of the Treaty if that contract is concluded or that right is acquired by an undertaking in a dominant position.“ Sjá einnig t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB frá 15. júní 2005 í máli nr. COMP/A.37.507 *AstraZeneca*: „... conduct which may be permissible in a normal competitive situation may amount to an abuse if carried out by dominant firms. Undertakings in a dominant position may be deprived of the right to adopt a course of conduct or take measures which are not in themselves abuses and which would even be unobjectionable if adopted or taken by non-dominant undertakings.“

⁵⁰ Sjá hér mál 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, ...“

⁵¹ Sjá hér dóm dómstóls EB í máli nr. 85/76 *Hoffman-La Roche v Commission* [1979] ECR 461.

⁵² Sjá t.d. Sjá t.d. dóm undirréttar EB í máli nr. T-203/01 *Michelin v Commission* [2003] ECR II-4071: „The applicant cannot base an argument on the fact that its market shares and prices fell during the period in question.“



„Hafa ber 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 sterkum samkeppnisaðila af markaðinum eða veikja hann verulega.“

3.1 Undirverðlagning

Samkeppnislög banna ekki markaðsráðandi fyrirtækjum að bregðast við samkeppni með því að lækka verð ef sú verðlækkun byggir á hlutlægum og málefnalegum sjónarmiðum eða að bregðast við samkeppni á annan hátt. Þvert á móti er það í samræmi við markmið samkeppnislaga og hagstætt neytendum að markaðsráðandi fyrirtæki taki með virkum hætti þátt í heilbrigðri verðsamkeppni eða bæti og auki vöru- eða þjónustuframboð. Á hinn bóginn verður að líta til þess sem fyrr sagði að ákvæði 11. gr. samkeppnislaga banna markaðsráðandi fyrirtæki að veikja keppinaut með því að beita öðrum aðferðum en þeim sem teljast til eðlilegrar samkeppni í skilningi samkeppnisréttarins.⁵³ Af þessu leiðir að ekki er öll verðlækkun eða verðsamkeppni af hálfu markaðsráðandi fyrirtækja lögmæt, sbr. m.a. dóm Hæstaréttar í máli nr. 120/2001 *Landssími Íslands hf. gegn samkeppnisráði*. Í dómi Héraðsdóms Reykjavíkur, sem staðfestur var með vísan til forsendna í dómi Hæstaréttar í máli nr. 188/2010 ber bent á að 11. gr. samkeppnislaga sé vísiregla sem banni markaðsráðandi fyrirtæki m.a. að selja vöru undir breytilegum kostnaði. Í því máli þótti engu breyta m.a. þau rök Haga að keppinautar hafi átt frumkvæði að verðlækkun og að hún hafi aðeins tekið til þeirra vörutegunda sem keppinautarnir hefðu lækkað verð á. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008 segir:

„Líta ber til þess að markaðsráðandi fyrirtæki væri unnt á grundvelli styrks síns að grípa til verðlækkana eða annarra aðgerða sem miða að því að koma keppinautum út af markaðinum eða hindra að nýr keppinautur geti haslað sér völl á honum. Slíkar aðgerðir geta verið margvíslegar en almennt má segja að megintilgangur þeirra sé að draga úr mætti þess keppinautar sem þeim er beint gegn þannig að stuðlað sé að því að hann neyðist til þess að hverfa af markaðinum er tímar líða. Þá geta samkeppnishamlandi aðgerðir markaðsráðandi fyrirtækis leitt til þess að nýr aðili skirrist við að hefja samkeppni á markaðinum þar sem sú samkeppni yrði of kostnaðarsöm og reksturinn því óarðbær. Frá sjónarhóli hins markaðsráðandi fyrirtækis geta slíkar aðgerðir verið rökréttar þar sem fyrirtækið getur búist við því að geta hækkað verð aftur eftir að hafa eytt eða raskað samkeppni á viðkomandi markaði. Byggt er á þeirri forsendu í samkeppnisrétti að ólögmætt sé að markaðsráðandi fyrirtæki bjóði í skjóli efnahagslegs styrkleika fram vöru eða þjónustu á óhæfilega lágu verði eða grípi til annarra sértækra aðgerða sem raska eðlilegri samkeppni. Litið er til þess að þótt neytendur njóti þess til skamms tíma að fá vöru eða þjónustu á lágu verði í kjölfar slíkra aðgerða er talið að sú röskun á samkeppni sem óeðlileg verðlækkun af hálfu markaðsráðandi fyrirtækis valdi leiði, þegar til lengri tíma er litið, til hærra verðs til neytenda, minni gæða og til þess að valkostum neytenda fækki.

⁵³ Sjá t.d. dóm dómstóls EB í Akzo málinu, mál nr. C-62/86 [1991] ECR-3359.



Svonefnd undirverðlagning af hálfu markaðsráðandi fyrirtækis er dæmi um aðgerð sem getur falið í sér misnotkun markaðsráðandi stöðu, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndarinnar í máli 4/2007, Icelandair ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu."

Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2007 er nánar útskýrt í hvaða tilvikum verðlækkun markaðsráðandi fyrirtækis telst vera ólöglegt undirverðlagning:

„Svonefnd undirverðlagning af hálfu markaðsráðandi fyrirtækis er dæmi um aðgerð sem getur falið í sér misnotkun markaðsráðandi stöðu. Í því sambandi ber helst að nefna að verðlagning af hálfu markaðsráðandi fyrirtækis sem stendur ekki undir breytilegum kostnaði getur að öðru jöfnu falið í sér slíka misnotkun. Ástæðan er sú að verðlagning af þessu tagi verður vart skýrð út frá eðlilegum rekstrarsjónarmiðum viðkomandi fyrirtækis. Er þá haft í huga að verðákvarðanir framleiðslu- og þjónustufyrirtækja eru að öllum jafnaði byggðar á þessum grunni. Verðákvörðun markaðsráðandi fyrirtækis sem er lægri en þetta er því að öllum jafnaði til þess fallin að raska samkeppni með ólöglegum hætti. Því má ætla að slíkar aðgerðir af hálfu markaðsráðandi fyrirtækis brjóti í bága við 11., sbr. 1. gr. samkeppnislaga, nema unnt sé að sýna fram á sérstakar ástæður sem réttlæti hana."

Í úrskurðinum kemur einnig fram að verðlagning markaðsráðandi fyrirtækis sem er undir meðaltali heildarkostnaðar en yfir meðaltali breytilegs kostnaðar geti falið í sér misnotkun. Viðmiðanir í þessum flokki séu ógleggri þar sem slík aðgerð markaðsráðandi fyrirtækis geti verið skýrð út frá eðlilegum rekstrarlegum og samkeppnislegum forsendum og með stoð í eðlilegri sjálfsbjargarviðleitni fyrirtækisins „að teknu tilliti til sérkenna þeirra markaða sem við er að glíma hverju sinni." Við mat á þessu er í fyrsta lagi nauðsynlegt að líta til þess hversu mikið frávík frá meðaltali breytilegs kostnaðar verðlagningin felur í sér. Ef verð er lítið yfir meðaltali breytilegs kostnaðar er almennt meiri ástæða til íhlutunar en ef það er mikið hærra en breytilegur kostnaður. Í öðru lagi þarf að meta hversu sérhæfð aðgerð felst í verðlagningunni. Ef verðlagningaraðgerðinni er eingöngu beitt á þeim mörkuðum þar sem keppinautur starfar en ekki á sambærilegum mörkuðum þar sem ekki gætir samkeppni getur það verið vísbending um misnotkun hins markaðsráðandi aðila á stöðu sinni á markaðnum. Sambærilegum viðmiðum er einnig beitt í EES/EB-samkeppnisrétti, sbr. t.d. dóm dómstóls ESB í svonefndu AKZO máli.⁵⁴

Aðrir þættir sem þarf að hafa í huga þegar bera á saman verð og kostnað er t.a.m. lengd tímabilsins sem miðað er við, þar sem kostnaður sem telst fastur til mjög skamms tíma getur verið breytilegur þegar lengri tímabil eru skoðuð. Unnt er að miða við það hversu lengi hin meinta undirverðlagning hefur staðið yfir, eða hve lengi hún muni vara ef henni er ekki lokið þegar rannsókn hefst.

Óeðlileg verðlagning markaðsráðandi fyrirtækja af þeim toga sem hér hefur verið lýst getur leitt til þess að önnur fyrirtæki sem ekki hafa sambærilegan efnahagslegan styrkleika hrökklist af markaðnum. Verðlagningin kann því að stuðla að fákeppni sem er

⁵⁴ Sjá mál nr. C-62/86 [1991] ECR-3359..



andstæð markmiði samkeppnislaga. Í þessu sambandi ber einnig að hafa í huga að markaðsráðandi fyrirtæki er oft í þeirri stöðu að geta boðið mun meira úrval af þjónustu en smærri keppinautar. Markaðsráðandi fyrirtæki getur því í aðalatriðum mætt samkeppni með lágu verði. Sé verð keppinautarins jafnað getur þó í raun verið um að ræða aðgerð sem ekki samrýmist markmiði samkeppnislaga og þar með eðlilegri samkeppni þar sem ekki er um einsleitir vörur að ræða, sbr. framangreindan úrskurð áfrýjunarnefndar.

Markaðsráðandi fyrirtækjum er heimilt að mæta samkeppni af afli, með hliðsjón af hagrænum aðstæðum hverju sinni, og ná skyldur markaðsráðandi fyrirtækja ekki til þess að hlífa fyrirtækjum á viðkomandi markaði sem ekki geta staðist eðlilega samkeppni, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndarinnar í málum nr. 17-18/2003. Ef aftur á móti markaðsráðandi fyrirtæki mætir aukinni samkeppni með verðlækkunum sem ekki byggja á hlutlægum og málefnalegum sjónarmiðum getur það gert það að verkum að skilvirkari fyrirtæki, sem hafa ekki nægilegan fjárhagsstyrk til þess að standa af sér slíkt verðstríð, neyðist til þess að yfirgefa markaðinn. Verð mun þar af leiðandi haldast hátt eða jafnvel hækka og kemur slíkt að sjálfsögðu engum til góða nema hugsanlega þeim fyrirtækjum er leggja stund á ólögmetta undirverðlagningu.

Hér ber einnig að líta til þess að fræðilega séð eru ákveðin tilvik þar sem fyrirtæki gætu hagnast á því að bjóða verð undir kostnaði án þess að það hafi neikvæð samkeppnisleg áhrif, t.d. með sölu á gömlum birgðum, og fellur það almennt í hlut fyrirtækisins að færa sannfærandi málefnaleg rök fyrir því.⁵⁵ Með öðrum orðum þarf fyrirtækið að geta sýnt fram á að verðlagning þess hefði verið sú sama jafnvel þó enginn möguleiki hefði verið á því að skaða samkeppnina. Sem dæmi um hugsanlega réttlætningu á undirverðlagningu er t.a.m. sala á birgðum sem eru að nálgast, eða komnar rétt yfir, síðasta sölundag.

Framangreint þýðir óhjákvæmilega að möguleikar markaðsráðandi fyrirtækja til að taka þátt í samkeppni eru takmarkaðri heldur en almennt er heimilt í viðskiptum. Þýðir þetta m.a. að ekki er öll verðsamkeppni af hálfu markaðsráðandi fyrirtækis lögmet.⁵⁶

Í dómi Héraðsdóms Reykjavíkur í máli nr. E-7649/2009 *Hagar hf. gegn Samkeppniseftirlitinu og íslenska ríkinu* segir um ólögmetar aðgerðir fyrirtækja:

„Markaðsráðandi fyrirtæki má því ekki grípa til aðgerða sem raskað geta með óeðlilegum hætti þeirri samkeppni sem er á markaði. Við mat á því hvort aðgerð verði talin ólögmet getur markaðshlutdeild viðkomandi fyrirtækis skipt verulegu máli, enda liggur í hlutarins eðli að oft þarf lítið til að aðgerðir fyrirtækis með mikla markaðshlutdeild teljist samkeppnishamlandi. Þannig kann að vera ólögmett ef markaðsráðandi fyrirtæki grípur til ráðstafana, sem alla jafna þykja eðlilegar á samkeppnismarkaði, t.d. bjóða viðskiptavinum sínum lægra verð en keppinautarnir.“

⁵⁵ Sjá t.d. Richard Whish, Competition Law bls. 649.

⁵⁶ Sjá t.d. dóm dómstóls EB frá 2. apríl 2009 í máli nr. C-202/07P France Telecom v Commission: „... 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 basis of quality. From that point of view, not all competition by means of price can be regarded as legitimate ...“



Héraðsdómurinn var staðfestur í Hæstarétti Íslands í máli nr. 188/2010 með vísan til forsendna hans.

4. Helstu sjónarmið aðila

Eins og fram hefur komið heldur Nova því fram að Síminn hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með umræddu tilboði en Síminn mótmælir því. Áður en lagt er mat á lögmæti aðgerða Símans er rétt að reifa stuttlega helstu sjónarmiðum fyrirtækjanna að þessu leyti.

4.1 Sjónarmið Nova

Nova telur að yfirgnæfandi fjöldi viðskiptavina velji jafnan ódýrustu áskriftarleiðina sem sé kr. 990 á mánuði í tilboðinu sem um ræðir í þessu máli. Viðskiptavinur sem hefði tekið ódýrustu áskriftina hefði þá fengið afhentan 3G netlykil til eignar en greitt aðeins kr. 2.970 yfir allt samningstímabilið. Þar að auki bendir Nova á að í ódýrustu áskriftinni hafi innifalið gagnamagn verið aukið verulega en það henti stórum hópi Internetnotenda. Þá segir að enginn íslenskur þjónustuveitandi hafi áður boðið Internetþjónustu fyrir aðeins kr. 990 á mánuði, sem sé 50% lægra verð en lægst hafi verið á markaðnum til þessa. Telur Nova að útlagður kostnaður Símans, án tillits til kostnaðar vegna eigin fjarskiptakerfis hans, hafi verið verulega hærri en þær tekjur sem Síminn hafi verið líklegur til að innheimta á samningstímabilinu, auk þess sem mjög langan tíma hefði tekið að innheimta raunkostnað vegna þjónustunnar. Því sé einsýnt að með 3G tilboði sínu hafi Síminn beitt skaðlegri undirverðlagningu með það að markmiði að framlegð af þessari þjónustu hefði verið óviðunandi og að samkeppnisaðilar, þar með Nova, flæmst af þessum markaði.

Nova telur auðsýnt að Síminn hafi verið að misnota markaðsráðandi stöðu sína á ADSL nettengingarmarkaði sem og á öðrum undirmörkuðum fjarskiptaþjónustu, til þess að styrkja stöðu sína í þjónustu með 3G nettengingar. Markaðsráðandi fyrirtæki sé þannig óheimilt að styrkja stöðu sína á markaði með öðrum aðgerðum en samkeppni á grundvelli rekstrarlegrar frammistöðu fyrirtækisins. Markaðsráðandi fyrirtæki sé þannig ekki heimilt að keppa í verði nema sú samkeppni byggist á eðlilegum rekstrarlegum grunni. Bent er á að brot á 11. gr. sé ekki háð því að sýnt sé fram á að markaðshegðun sem um ræði hafi haft skaðleg áhrif á samkeppni, heldur sé nægjanlegt að líklegt sé að hún geti haft slík áhrif.

Burtséð frá því hvaða kostnaðarviðmið verði talið rétt að nota í tengslum við þetta mál telur Nova engan vafa leika á því að í tilboði Símans felist skaðleg undirverðlagning. Með því að bjóða viðskiptavinum upp á 3G netlykla endurgjaldslaust, ásamt því að þeir fái allt að þrjá mánuði í áskrift á kr. 0,-, sé Síminn að niðurgreiða verulega þann kostnað sem félagið hljóti að bera af umræddu tilboði. Til að sýna fram á umfang þess kostnaðar sem leggist á Símann af hverjum viðskiptavini sem taki tilboðinu hafi Nova gert kostnaðarathugun. Miðast athugunin við þau kjör sem Nova bjóðist við innkaup á sambærilegum 3G netlyklum, gengi Evru kr. 170,- og útlagðan kostnað sem miðist við áskriftarleið 1 og 40% meðalnotkun viðskiptavinar.



Tafla 5: Afkoma áskriftaleiða fyrir 3G netlykil hjá Símanum á binditíma tilboðs að mati Nova.⁵⁷

Í krónum án vsk.

Áskriftarleið	Mán.gjald	Kostnaður	Tekjur	Mismunur
Áskrift 1	990	10.310	2.386	- 7.924
Áskrift 2	2.990	12.710	7.205	- 5.505
Áskrift 3	4.990	16.550	12.024	- 4.526

Nova bendir á að í þessum útreikningum hafi ekki verið tekið tillit til kostnaðar Símans af sjálfu fjarskiptakerfinu, fjárfestingu og rekstri. Þó svo að Síminn hafi keypt 3G netlyklana á gengi Evru kr. 100,- þá sé neikvæð afkoma í öllum áskriftarleiðum. Í ljósi þessa telur Nova fullljóst að félagið geti ekki svarað tilboði Símans með sambærilegum hætti án þess að taka á sig gífurlegt tap af hverjum viðskiptavini sem gengi að slíku tilboði. Tilgangur Símans með þessari verðlagningu hljóti að vera sá að laða til sín sem stærstan hluta markaðarins og útiloka jafnframt samkeppni, m.a. frá Nova. Þannig verði Síminn í þeirri stöðu, á síðari stigum, að geta hækkað verð þjónustunnar án tillits til samkeppni, sem verði þá að öllum líkindum lítil sem engin.

4.2 **Sjónarmið Símans**

Síminn segir að komist Samkeppniseftirlitið að þeirri niðurstöðu að markaðsráðandi staða sé fyrir hendi verði að sýna fram á að háttsemi Símans hafi verið skaðleg samkeppni eða að minnsta kosti að hún sé til þess fallin. Verðlagningu sem hægt sé að skýra út frá eðlilegum rekstarsjónarmiðum beri almennt ekki að fordæma. Þótt 11. gr. samkeppnislaga feli í sér að ákveðnar kvaðir séu lagðar á markaðsráðandi fyrirtæki sem hvíli ekki á öðrum fyrirtækjum þá fari það eftir viðkomandi markaði hversu ríkar þær séu. Þannig geti slíkar kvaðir verið takmarkaðar þegar helsti keppinauturinn sé með mikinn efnahagslegan styrkleika.

Þá telur Síminn að með breyttri nálgun framkvæmdastjórnar ESB varðandi túlkun 82. gr. Rómarsáttmálans megi álykta að við greiningu á inntaki 11. gr. samkeppnislaga í dag beri að leggja aukna áherslu á að meta áhrif háttsemi og greina efnahagsleg rök í stað þess að fordæma tiltekna aðgerð fyrir það eitt að henni hafi verið beitt af markaðsráðandi fyrirtæki. Beri því að mati Símans að leggja ríkari áherslu á að meta raunveruleg áhrif af háttsemi markaðsráðandi fyrirtækja og greina hvort hún hafi haft skaðleg áhrif. Í þessu máli hafi ekki verið sýnt fram á að aðgerðir Símans hafi haft skaðleg áhrif á samkeppni á þeim markaði sem málið fjalli um. Nauðsynlegt sé að minna á að markmið samkeppnisreglna sé ekki að vernda samkeppnisaðila heldur samkeppnina sjálfa með velferð neytenda að leiðarljósi. Ef samkeppnisaðilar fá of mikla vernd fyrir samkeppni kunnir verðlagning að verða of há og því hætta á að markmiði samkeppnislaga um hagkvæma nýtingu framleiðsluþátta verði ekki náð.

Síminn staðhæfir að umrætt tilboð félagsins samræmist samkeppnislögum þar sem það byggi á eðlilegum viðskiptaforsendum. Þá sé í samkeppnisrétti almennt litið svo á að

⁵⁷ Unnið úr fylgiskjali með erindi Nova.



fyrirtæki í markaðsráðandi stöðu sé heimilt að verðleggja þjónustu á nýjum mörkuðum í örri þróun tímabundið undir kostnaði á meðan markaðurinn sé að taka við sér. Við undirbúning tilboðsins hafi verið gengið út frá því að um væri að ræða markað sem væri á vaxtarskeiði og að Síminn væri ekki í markaðsráðandi stöðu á markaðnum og sé því heimilt að taka þátt í samkeppni eins og hverjum öðrum keppinauti á markaði.

Síminn hafi fjárfest mikið í uppbyggingu á 3G farsímaneti félagsins. Þrátt fyrir að 3G farsímanet anni umtalsvert meiri afköstum í gagnaflutningi en 2G farsímanet hafi notkun á farsímanetinu verið mjög takmörkuð það sem af sé og ekki í samræmi við afkastagetu kerfisins. Því hafi verið ljóst að til þess að auka notkun á 3G farsímanetinu væri nauðsynlegt að gefa eftir tekjur til skamms tíma á meðan markaðurinn tæki við sér og notendur lærðu inn á notkunareiginleika hinnar nýju þjónustu sem skili sér í auknum tekjum til lengri tíma litið. Þetta sé alþekkt hérlandis sem erlendis. Í samkeppnisrétti sé almennt litið svo á að félagi í markaðsráðandi stöðu sé heimilt að verðleggja þjónustu á nýjum mörkuðum í örri þróun tímabundið undir kostnaði á meðan markaðurinn sé að taka við sér.

Markaðsráðandi fyrirtækjum sé þannig heimilt að verðleggja undir kostnaði á nýjum mörkuðum í örri þróun til að ná ákveðinni stærðar- og breiddarhagkvæmni o.fl. Aðeins í tveimur tilfellum geti verið um að ræða ólögmetan „fórnarkostnað“. Annars vegar ef fyrir liggja sönnun um ásetning um að koma keppinautum út af markaði. Hins vegar, ef slík gögn liggja ekki fyrir, að háttsemi markaðsráðandi fyrirtækis sé í svo miklu ósamræmi við eðlileg viðskiptasjónarmið að af henni megi ráða að um ásetning um að útiloka samkeppni sé að ræða. Hvorugt eigi við í tilviki Símans. Til grundvallar tilboðinu liggja fyrst og fremst sú viðleitni að fjölga viðskiptavinum í 3G gagnaflutningsþjónustu með netlykli svo þjónustan skili meiri arðsemi til lengri tíma litið og að áhættufjárfesting í 3G farsímaneti skili meiri árangri en verið hafi. Enginn ásetningur sé í þá veru að útiloka keppinaut frá markaðnum.

Síminn bendir á að gögn sýni að ekkert renni stoðum undir ásökun um tilburði til útilokunar. Tilboðið byggi á eðlilegum viðskiptaforsendum að öllu leyti og viðskiptaáætlunin sé í samræmi við það að Síminn vilji vera þátttakandi á fjarskiptamarkaði sem talið sé að muni vaxa hratt á næstu árum. Sé tilboð Símans ekki í samræmi við tilboð keppinauta sé ljóst að Síminn muni verða undir í samkeppni. Að þessu virtu telji Síminn ljóst að umrætt tilboð félagsins teljist lögmæt aðgerð í skilningi samkeppnislaga hvort sem Síminn teljist vera í markaðsráðandi stöðu eða ekki.

Verður nú tekið til athugunar hvort Síminn hafi með aðgerðum sínum á markaði fyrir 3G gagnaflutningsþjónustu með netlykli brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga.

5. Aðgerðir Símans

Í máli þessu er tilboð Símans, „3G netlykill og áskrift fyrir 0 kr. í allt sumar“, til skoðunar. Síminn kynnti þetta tilboð vorið 2009 og í því fólst að Síminn bauð nýjum viðskiptavinum frían 3G netlykil og áskrift að 3G gagnaflutningsþjónustu í allt að þrjá mánuði hjá félaginu með sex mánaða samningi. Eftir það skyldi áskrift greidd samkvæmt verðskrá. Tilboðið tók til þriggja mismunandi áskriftarleiða sem aðgreinast eftir mismunandi hraða tenginga og inniföldu gagnamagni. Fram kemur hjá Símanum að fullt smásöluverð hjá félaginu



fyrir 3G netlykil sé 17.900 krónur. Hér á eftir verða aðgerðir Símanns raktar og lagt mat á þær.

Í máli þessu hefur Nova fært fyrir því rök að með umræddu tilboði hafi Síminn stundað skaðlega undirverðlagningu. Segir Nova að með því að bjóða viðskiptavinum upp á 3G netlykla endurgjaldslaust, ásamt því að þeir fengju endurgjaldsloausa áskrift í allt að þrjá mánuði, væri Síminn að niðurgreiða með ólöglegum hætti þann kostnað sem félagið hljóti að hafa borið af umræddu tilboði. Síminn hefur sem fyrr sagði mótmælt þessu.

Að mati Samkeppniseftirlitsins er háhraðatenging við Internetið lykilatriði í þróun upplýsingasamfélagsins hér á landi sem víðar. Á þetta bæði við um t.d. ADSL tengingar um heimtaugar í fastlínukerfinu og þráðlausar tengingar í 3G farsímakerfinu. Með því að gera Internetið hraðvirkara, auðveldara og þægilegra í notkun og með því að víkka út það svið þar sem unnt er að hagnýta Internetið til ýmissa þarfa stuðla háhraða Internettengingar að framþróun í rafrænum viðskiptum (e. e-commerce) og innleiðingu rafrænna samskipta sem stuðlað geta að efnahagslegri uppbyggingu og auknu gagnsæi. Útbreiðsla háhraðatenginga fyrir Internet er í dag verulega háð útbreiðslu 3G farsímakerfa. Mál þetta varðar því mikilvægt svið viðskipta.

Í þessu máli ber að líta til þess að tilboð Símanns var bindandi fyrir viðskiptavinum í sex mánuði og fólst í því eins og fyrr sagði frír 3G netlykill og frí þjónustuáskrift í allt að þrjá mánuði. Í gögnum málsins kemur fram að binditími tilboðsins hófst við upphaf viðskiptanna. Viðskiptavinur sem byrjaði 1. júní í viðskiptum átti ekki að greiða nema í þrjá mánuði, þ.e. september, október og desember og sá sem byrjaði 1. ágúst átti að greiða í fimm mánuði, þ.e. september til janúar. Umrætt tilboð Símanns var að frumkvæði félagsins og telst vera róttækt og til þess fallið að gera fjárhagslega veikari keppinautum á markaðnum erfitt fyrir.

Þar sem um markaðsráðandi fyrirtæki er að ræða felst róttæknin ekki síst í tímasetningu tilboðsins, með tilliti til eðlis þess, og því að ákveðinn fjöldi mánaða í áskrift var í boði endurgjaldslaust. Samkvæmt uppgefnu kostnaðarverði 3G netlykils er það ljóst að í viðkomandi tilboði Símanns vantaði mikið upp á það að tekjur á binditíma tilboðsins væru nægilegar til að standa undir kostnaði af lyklinum einum, sem var breytilegur kostnaður, og á þá eftir að taka tillit til annars breytilegs kostnaðar sem varðar 3G gagnaflutningsþjónustuna með netlykli. Á grundvelli viðskiptaáætlunar Símanns voru áætlaðar tekjur og kostnaður af netlyklum einum og sér eftirfarandi á binditíma tilboðsins sem var sex mánuðir. Í áætlun sinni gerði Síminn ráð fyrir [...] nýjum viðskiptavinum (lyklum) á tilboðstímabilinu júní til ágúst 2009. Kostnaðarverð hvers lykils var áætlað kr. [...].

Tafla 6: Afkoma í þús. kr. á binditíma tilboðs umfram innkaupsverð lykila.

Þús. kr.	Júní – Ágúst 2009	Sept.	Okt.	Nóv.	Des.	Jan. 2010	Feb.	Samtals
Lykill 1, tekjur	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Lykill 2, tekjur	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Lykill 3, tekjur	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]



Tekjur alls:	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Innkaupsverð	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Afkoma:	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

Af þessu er ljóst að afkoma af áætluðum nýjum viðskiptavinum var neikvæð um [...] þús. kr. á binditímanum samkvæmt viðskiptaáætlun Símans. Í þessum útreikningum er ekki gert ráð fyrir öðrum breytilegum kostnaði af þjónustunni svo sem af gagnaflutningi og öðrum kostnaði af rekstri farsímakerfisins, kostnaði af sölu og þjónustustarfsemi, reikningagerð og markaðssetningu. Það var mat Samkeppniseftirlitsins í andmælaskjalinu að skili tilboð, sem markaðssett sé af markaðsráðandi fyrirtæki, ekki nægilegum tekjum til að dekkja lágmarks breytilegan kostnað á binditíma tilboðsins, sem er í þessu máli eingöngu kostnaðarverð 3G lykllanna, þá sé um undirverðlagningu að ræða. Var tilboð sem þetta af hálfu markaðsráðandi og fjárhagslega öflugs fyrirtækis talið til þess fallið að gera veikari keppinauti ómögulegt að bregðast við á rekstrarlegum forsendum og án fjárhagslegs skaða.

Í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins var bent á að Síminn hafi ekki aðeins boðið fría áskrift í allt að þrjá mánuði í tilboðinu heldur jök Síminn á sama tíma einnig innifalið gagnamagn verulega í tveimur áskriftarleiðum af þremur og þá sérstaklega í lægsta hraðanum. Þar að auki lækkaði Síminn verð fyrir umfram gagnamagn frá 10 til 40 kr. fyrir hvert MB eftir hraða tengingar, niður í tvær krónur fyrir hvert MB fyrir alla hraða. Að mati Samkeppniseftirlitsins var ekki hægt að segja að um hafi verið að ræða hóflegt tilboð af hálfu Símans þegar horft væri til aðstæðna á skilgreindum markaði. Tilboðið var ekki í samræmi við tilboð keppinauta félagsins og gerðu starfsmenn Símans sér grein fyrir því. Í tölvupósti starfsmanns Símans, dags. 18. maí 2009, segir m.a.:

„Það eru tvær breytingar sem við erum að gera. Breyta verðskrá 1. júní og svo sumartilboð....

*Svona til skemmtunar þá mun hún líta svona út eftir breytinga :)
Hér erum við með lægsta mánaðargjaldið á markaðnum sem er samt sem áður komið með ásætlanlegt gagnamagn núna í dag. Einnig erum við með stærstu leiðina á markaði sem þýðir að við ættum að ná að draga til okkar þá v v sem vilja fá mikið magn en samt vera með Netlykil. Við erum einnig að lækka verð fyrir umfram MB svo að v v ættu ekki lengur að fá crazy v v⁵⁸ sem eru að fara mikið yfir.“⁵⁹*

Að mati Samkeppniseftirlitsins skipti hér mestu máli að Síminn, með markaðsráðandi stöðu á skilgreindum markaði, hafði frumkvæði að því að bjóða fría áskrift í tiltekinn tíma sem var til þess fallin að laða að sér nýja viðskiptavini. Þessi aðgerð Símans, auk þess að gera aðrar breytingar á verðskrá og skilmálum, var einnig til þess fallin að laða að sér viðskiptavini frá keppinautum. Væri á það að líta að auðvelt væri fyrir viðskiptavini sem eiga 3G netlykil að færa sig á milli þjónustuaðila. Við mat á mögulegum áhrifum þessarar

⁵⁸ Hér vísað til þess að skv. tilboðinu fái viðskiptavinir ekki lengur óvænta háa reikninga vegna umframgagnamagns.

⁵⁹ Tölvupóstur frá Lilju Ósk Snorradóttur sérfræðingur Lausnir – Einstaklingssvið, dags. 18. maí 2009, kl. 23:14.



háttsemi var ekki síst horft til fjárhagslegs og efnahagslegs styrkleika keppinauta og raunhæfra möguleika þeirra til þess að svara umræddu tilboði. Leiddi framansagt til þess að gera verði kröfu um að tilboð sem þetta skilaði ásættanlegri arðsemi á stuttum tíma og væri ekki niðurgreitt í rekstri af annarri starfsemi markaðsráðandi fyrirtækis.

Á grundvelli viðskiptaáætlunar Símans og viðbótarupplýsinga frá Símanum var reiknað út í andmælaskjalinu hver væri áætluð afkoma tilboðsins frá upphafi þess og til loka binditímans, þ.e. sex mánuðum eftir að viðskiptavinir byrjuðu að greiða fyrir þjónustuna eða yfir átta mánaða tímabil. Í viðskiptaáætlun Símans fyrir gagnaflutningsþjónustu með 3G netlykli var byggt á áætluðum fjölda viðskiptavina með 3G netlykil við ákvörðun kostnaðar af 3G gagnaflutningi. Var það mat Samkeppniseftirlitsins að við aðstæður eins og voru í þessu máli, þ. m. t. markaðsráðandi stöðu Símans, hafi verið eðlilegt að gerð væri krafa um að þessi kostnaður⁶⁰, vegna nýrra viðskiptavina, væri dekkjaður að fullu þegar afkoma af tilboðinu væri metin. Hvað varðar eðlilega hlutdeild í kostnaði af gagnaflutningi þá væri það líka í samræmi við framsetningu Símans. Síminn gerði ráð fyrir að þessi kostnaður væri háður meðalfjölda 3G netlykla af 3G áskriftum. Hafi Síminn áætlað þennan kostnað á grundvelli meðalfjölda 3G netlykla á árunum 2009 og 2010. Að mati Samkeppniseftirlitsins bæri að gera kröfu til þess að þessi kostnaður væri tekinn með að fullu við mat á afkomu tilboðsins á því tímabili sem væri til skoðunar. Í útreikningunum hafi Samkeppniseftirlitið talið eðlilegra að finna og notast við meðalaverð hvers netlykils fyrir gagnaflutning yfir bæði árin 2009 og 2010 og byggja síðan á áætluðum fjölda sem Síminn gerði ráð fyrir í hverjum mánuði á athugunartímabili. Með þessu móti væri dreifingin innan og milli áranna eðlilegri og samfelld og þá sérstaklega vegna þess að skoðunartímabil tæki til beggja áranna að hluta. Síðan var gert ráð fyrir því að áætlaður markaðskostnaður í mánuðunum júní, júlí og ágúst 2009 væri alfarið vegna tilboðsins en enginn markaðskostnaður umfram það. Auglýsingar Símans hafi beinst mjög ákveðið að þessu tiltekna tilboði og vegna þess hve tímabundið tilboðið hafi verið þótti rétt að fara með þennan markaðskostnað sem breytilegan kostnað og dreifa honum á tímabilið. Að öðru leyti hafi verið gert ráð fyrir hlutfallslegri þátttöku nýrra viðskiptavina, sem áætlaðir var af Símanum vegna tilboðsins, af heildarfjölda viðskiptavina í þjónustunni, í öðrum breytilegum kostnaði en kostnaðarverði lykla og markaðskostnaði. Var byggt á gögnum frá Símanum yfir þann breytilega kostnað vegna gagnaflutningsþjónustu með 3G netlyklum sem tekur til þjónustu og reikningagerðar. Þar sem viðskiptavinir tilboðsins skiptast nánast eins í tilboðinu á milli hraða í gagnaflutningi og fyrir var hjá eldri viðskiptavinum var ekki horft til mismunandi hraða við skiptingu þessa kostnaðar (byggt á gögnum Símans). Miðað við þessar forsendur var í andmælaskjalinu áætlað að afkoma af tilboðinu, samkvæmt viðskiptaáætlun Símans og síðari gögnum, væri neikvæð um [...] þús. kr. á binditíma þess eða [...]% af tekjum af tilboðinu á tímabilinu.

Samkeppniseftirlitið taldi rétt að meta einnig áhrif tilboðsins og afkomu þess til lengri tíma en binditíma þess. Að mati Samkeppniseftirlitsins var talið málefnalegt, miðað við aðstæður, að gera lágmarks kröfu um að umrætt tilboð, einangrað, skilaði jákvæðri framlegð umfram breytilegan kostnað eftir 12 mánuði í síðasta lagi eftir að greiðslur hefjast eða á tvöföldum binditíma. Miðað við forsendur sem lýst er hér fyrir ofan var

⁶⁰ Sjá töflu (Kost 3G gagnaflutningur) fyrir árið 2009 í bréfi frá Símanum, dags. 25. september 2009, bls. 21.



áætlað að afkoma af tilboðinu, samkvæmt viðskiptaáætlun Símans og síðari gögnum, væri neikvæð um [...] þús. kr. á tvöföldum binditíma þess eða sem næmi um [...] % af tekjum tímabilsins.

Þær upplýsingar sem Síminn hafði látið Samkeppniseftirlitinu í té voru ekki þess eðlis að mati eftirlitsins að sýnt hefði verið fram á að tilboðið skilaði ásættanlegri arðsemi innan þess tíma sem eðlilegt væri að gera kröfu um. Þó svo að miðað hafi verið við tvöfaldan binditíma var það frummat Samkeppniseftirlitsins, miðað við fyrirliggjandi gögn, að tekjur af tilboðinu á þeim tíma myndu ekki skila þeirri arðsemi sem gera bæri kröfu um hjá markaðsráðandi fyrirtæki. Fyrirliggjandi gögn gáfu því til kynna að sennilegt væri að verðlagning Símans á umræddu tilboði hafi verið alvarleg, skaðleg undirverðlagning í skilningi samkeppnislaga.

Við mat á háttsemi Símans hvað þetta tilboð varðar taldi Samkeppniseftirlitið einnig rétt að áréttu stöðu Símans á fjarskiptamörkuðum og við hvaða aðstæður tilboðið var sett fram. Eins og fram kemur hér að framan var Síminn skilgreindur sem markaðsráðandi fyrirtæki á öllum helst mörkuðum fyrir fjarskiptaþjónustu hér á landi og hefur í flestum tilfellum afgerandi markaðshlutdeild og yfirburði yfir keppinauta sína. Á lang flestum þessara markaða er um að ræða þroskaða og mettaða markaði þar sem vaxtarmöguleikar eru takmarkaðir nema á kostnað keppinauta. Á þessum tiltekna markaði fyrir 3G gagnaflutning með netlykli er staðan með öðrum hætti. Þessi þjónusta er veitt í 3G farsímakerfum, sem fyrst voru tekin í notkun hér á landi í lok árs 2007. Þessi akur er því lítt plægður en gera má ráð fyrir því að hann bjóði upp á mikla vaxtarmöguleika. Það sem styður þetta mat er að 3G farsímakerfið er í útbreiðsluferli og möguleikar þess til aukinnar getu til gagnaflutnings eru líklegir til þess að auka vitund neytenda um notagildi og möguleika kerfisins og auka eftirspurn eftir 3G netlyklum. Annað sem styður þetta er að fartölvur, sem er sá búnaður sem lykillinn tengist, eru í notkun hjá mörgum og í vaxandi mæli. Fartölvur og útbreiðsla 3G farsímakerfa eru helstu forsendur fyrir eftirspurn eftir 3G gagnaflutningsþjónustu og þar með 3G netlyklum. Samkvæmt könnun Hagstofu Íslands var metið að á heimilum landsins hafi í apríl 2009 verið um 138.000 fartölvur og eru þá ótaldar fartölvur á vegum fyrirtækja sérstaklega. Er það til marks um mögulega þróun á þessum markaði. Í lok maí árið 2009 voru um 12.200 netlyklar tengdir farsímaþjónustu fyrirtækjanna þriggja. Annað atriði sem var talið líklegt til þess að efla og auka útbreiðslu þjónustunnar er að notkun 3G netlykils er óháð því hvar notandi er með sín farsímaviðskipti að öðru leyti. Að mati Samkeppniseftirlitsins voru þetta sterkar vísbendingar um góða vaxtarmöguleika á þessum markaði og því nauðsynlegt að gæta þess að markaðsráðandi fyrirtæki aðhafist ekkert það sem hindri samkeppni á markaðnum.

Síminn heldur því fram að í samkeppnisrétti sé almennt litið svo á að fyrirtæki í markaðsráðandi stöðu sé heimilt að verðleggja þjónustu á nýjum mörkuðum í örri þróun tímabundið undir kostnaði á meðan markaðurinn sé að taka við sér. Að mati Samkeppniseftirlitsins fæst ekki séð að um neina slíka almenna reglu sé að ræða.⁶¹ Þar

⁶¹ Sjá hér t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB í máli nr. COMP/38.233 Wanadoo Interactive: „ ... *nothing in Article 82 of the Treaty or in the Community case-law on the subject provides for an exception to the application of the competition rules to sectors which are not yet fully mature or which are considered to be emerging markets. To subordinate the application of the competition rules to a complete stabilisation of the*



að auki kom Síminn fram með umrætt tilboð um einu og hálfu ári eftir að þjónustan var fyrst í boði hjá félaginu og verður því með engu móti haldið fram að hægt sé að réttlæta tilboðið með því að um algjörlega nýja þjónustu hafi verið að ræða. Það sem mælir sérstaklega gegn þessari réttlætingu Símans er að samkvæmt gögnum félagsins var jákvæð framlegð af þjónustunni áður en tilboðið kom fram. Áhrif af tilboðinu eru þau að framlegð af þjónustunni í heild verður tímabundið neikvæð. Það er að mati Samkeppniseftirlitsins ekki ábyrg hegðun markaðsráðandi fyrirtækis að markaðsetja tilboð, þó tímabundið sé, með þeim hætti að jákvæð framlegð af tilgreindri þjónustu verði í heild sinni neikvæð. Það er ekki aðeins að afkoma tilboðsins sjálfs sé neikvæð á tímabilinu sem er skoðað heldur verður afkoma þjónustunnar í heild neikvæð í nokkra mánuði. Slíku er til að dreifa í þessu máli. Er hér um að ræða alvarlega háttsemi hjá markaðsráðandi fyrirtæki sem beinist gegn keppinautum og er það til þess fallið að skaða samkeppni. Á það ber að líta í þessu samhengi að næsta ólíklegt er að Nova hafi nokkur tók út frá rekstrarlegum forsendum að mæta tilboði Símans.

Hvað varðar ríkjandi aðstæður þegar Síminn kom fram með umrætt tilboð benti Samkeppniseftirlitið á, með vísan í framangreint, að upphaf sumars þegar neytendur væru að huga að ferðalögum, dvöl í sumarhúsum og að njóta útiveru þar sem 3G farsímasamband er, væri sá tími sem markaðslega væri best til þess fallinn að hafa mikil áhrif á ákvörðun væntanlegra viðskiptavina um val á þjónustuaðila. Kemur það fram í gögnum málsins að mikil áhersla hafi verið lögð á að markaðsetning tilboðsins hæfist fyrir sumarið. Í tölvupósti milli starfsmanna Símans, dags. 18. maí 2009, segir.

„Hæ, sjáið þið fram á að það sé einhver möguleiki að ná þessu fyrir miðvikudaginn. Það er mikil pressa á þessu og framkvæmdarstjórn vill byrja að auglýsa á miðvikud. Er þetta eitthvað sem næst fyrir þann tíma??“⁶²

Var þetta talið sýna glöggð að mikil áhersla hafi verið lögð á tímasetningu tilboðsins. Á það sama við um möguleika til þess að ná viðskiptavinum frá keppinautum. Getur óeðlilegt tilboð markaðsráðandi fyrirtækis haft verulega skaðleg og truflandi áhrif á uppbyggingu og samkeppnisaðstæður á svo viðkvæmum markaði. Var það frummat Samkeppniseftirlitsins að svo hafi verið í þessu tilfelli. Með þessu tilboði hafi Síminn gengið lengra og boðið mun betri kjör en þeir aðilar sem félagið keppir við. Þó svo að ekki hafi með fullri vissu verið hægt að spá fyrir um fjölgun viðskiptavina hjá Símanum án tilboðsins og mögulegar tekjur af þeim, var talið ljóst að Síminn hafi fórnað umtalsverðum áskriftar- og þjónustutekjum með þessu tilboði, sem fól í sér að ekki var greitt fyrir þjónustuna í allt að þrjá mánuði auk þess að viðskiptavinum var lagður til ókeypis 3G netlykil, aukið innifalið gagnamagn og lækkuð verðskrá fyrir umfram gagnamagn. Þá var ljóst að Síminn var með afgerandi stöðu á fjarskiptamarkaði á Íslandi og bjó að aldargamalli reynslu á þeim markaði og hafði um leið þá sérstöðu að vera hluti af þeirri fyrirtækjasamstæðu sem hafði yfir að ráða landsdekkandi fjarskiptakerfum sem öll önnur fjarskiptafélög þurfa með einum eða öðrum hætti að eiga viðskipti við. Á hinn bóginn var um að ræða fyrirtæki (Nova) sem í eitt og hálf ári hafði reynt að komast inn á

market would be to deprive the competition authorities of the power to act in time before the abuses established have exerted their full effect and the positions unduly acquired have thus been finally consolidated.” Sjá einnig dóma undirréttar og dómstóls ESB í málinu, sbr. hér að framan.

⁶² Tölvupóstur frá Lilju Ósk Snorradóttur, sérfræðingur Lausnir - Einstaklingssvið, dags. 18. maí 2009, kl. 22:21.



einn af undirmörkuðum fjarskipta, farsímaþjónustumarkaðinn, og naut þar af leiðandi ekki sambærilegrar stöðu og styrks og farsímakerfi Símans, sem hluti af öflugri fyrirtækjsamstæðu.

Í ljósi þess alls sem hér að framan hefur verið rakið var það frummat Samkeppniseftirlitsins að með umræddu tilboði, hvað varðar fría áskrift, aukningu í innföldu gagnamagni og lækkun á verði vegna umfram gagnamagns auk tímasetningar tilboðsins, hefði Síminn hegðað sér með þeim hætti að ekki geti talist til eðlilegrar samkeppni og að háttsemin hefði ekki verið í samræmi við þær skyldur sem hvíli á fyrirtæki í markaðsráðandi stöðu. Í ljósi þessa var það frummat Samkeppniseftirlitsins að Síminn hefði misnotað markaðsráðandi stöðu sína og brotið með því gegn 11. samkeppnislaga nr. 44/2005.

5.1 Athugasemdir Símans

Í athugasemdum við andmælaskjalið kemur fram að ef Samkeppniseftirlitið komist að þeirri niðurstöðu að Síminn hafi verið í markaðsráðandi stöðu þá hafni Síminn því að háttsemi félagsins hafi farið gegn samkeppnislögum nr. 44/2005. Gerir Síminn nokkrar athugasemdir við aðferðafræði og framsetningu Samkeppniseftirlitsins við mat á mögulegum rekstrarlegum áhrifum af tilboðinu fyrir félagið. Í fyrsta lagi tengist það lengd þess tímabils sem lagt er til grundvallar í matinu. Með því að miða við binditíma skilgreini Samkeppniseftirlitið tilboðið eins þröngt og mögulegt sé. Ætla verði að rekstrarlegra áhrifa af tilboðinu gæti lengur en sem nemur tilboðstímabilinu að mati Símans eða að lágmarki í [...] mánuði sem byggja á reynslutölum fyrir netlykla. Þá segir í athugasemdum Símans að í viðskiptaáætlun félagsins hafi verið gert ráð fyrir að viðskiptavinir sem taki tilboðinu séu í viðskiptum í tvö ár að meðaltali þar sem 10 mánaða rauntími byggði á mjög stuttri sögu netlykla. Rauntölur til dagsins í dag (september 2010) sýni brottfall um [...] % á mánuði sem þýði gróft reiknað að viðskiptavinir séu að meðaltali um [...] mánuði í viðskiptum. Því hafi tveggja ára viðskiptatími verið mjög hóflega áætlaður og í raun eigi að miða við [...] mánuði sem sé í samræmi við raunveruleikann. Til stuðnings þessu vísar Síminn í mál framkvæmdastjórnar ESB gegn Wanadoo þar sem eðlilegur viðskiptatími hafi þótt 48 mánuðir þrátt fyrir að binditími hafi verið aðeins eitt ár. Með vísan í þetta gerir Síminn alvarlegar athugasemdir við lengd þess tímabils sem Samkeppniseftirlitið hafi lagt til grundvallar niðurstöðu sinni.

Í öðru lagi gerir Síminn athugasemd við skilgreiningu Samkeppniseftirlitsins á þeim kostnaði sem tekjur af tilboðinu eigi að standa undir við mat á afkomu þess. Þar taki eftirlitið sér mjög víðtækar heimildir. Þrátt fyrir að mjög stutt tímabil sé tekið til skoðunar, þ.e. binditími tilboðsins, þá sé allur kostnaður þjónustunnar sem tilgreindur sé í viðskiptaáætlun Símans flokkaður sem breytilegur kostnaður. Þessu mótmælir Síminn. Alþekkt sé í samkeppniserétti sem og við gerð viðskiptaáætlana almennt að þegar svo stutt tímabil sé til skoðunar og svo afmarkaður fjöldi viðskiptavina eins og hér sé gert verði stór hluti kostnaðar fastur. Þá segir að augljóst sé að kostnaður smásölu Símans vegna gagnaflutnings á 3G neti hafi ekki aukist við það að setja fram umrætt tímabundið tilboð. Sá kostnaður hafi staðið óhaggaður en segja megi að sá kostnaður sem rekja megi til tilboðsins hafi verið vegna netlyklanna sjálfra, sölu- og þjónustukostnaður, kostnaður vegna aðgangs að gagnaflutningskerfinu og vegna reikningagerðar. Hluti þessa kostnaðar, svo sem vegna netlyklanna og sölukostnaðar sé einskiptiskostnaður sem beri



að afskrifa út frá meðallengd viðskiptavinar í viðskiptum. Því sé fráleitt að telja að allur kostnaður vegna gagnaflutnings sé í þessu tilviki breytilegur kostnaður. Smásala Símans kaupir gagnaflutning vegna 3G gagnaflutningsþjónustu af heildsölu Símans og greiði fyrir það fast verð á ári. Árin 2009 og 2010 greiddi [sic] 3G gagnaflutningsþjónustan [...] m.kr. árlega fyrir gagnaflutning. Eins og ítarlega hafi verið rakið í bréfum til eftirlitsins í ágúst og september 2009 hafi hlutur netlykla í 3G gagnaflutningi verið metinn [...] m.kr. fyrir hvort ár. Umrætt netlyklatilboð hafi því engin áhrif haft á þennan kostnað hjá 3G gagnaflutningsþjónustunni og sé því sannarlega um fastan kostnað þjónustunnar að ræða. Eini breytilegi kostnaður hvers netlykils við gagnaflutninginn sé [...] kr. á mánuði fyrir aðgang að gagnaflutningskerfinu.

Í þriðja lagi gerir Síminn athugasemd við þá staðhæfingu Samkeppniseftirlitsins að Síminn hafi haft frumkvæði að því að bjóða fría áskrift. Það sé rangt með farið hjá Samkeppniseftirlitinu að Síminn hafi haft frumkvæði að því að bjóða fría áskrift þar sem Nova hafi, á þeim tíma sem tilboðið kom fram, boðið fría áskrift í 12 mánuði gegn kaupum á netlykli.

Í fjórða lagi þá mótmælir Síminn að tilboðið hafi verið gert til þess að laða að sér viðskiptavinum frá keppinautum. Sú röksemd Samkeppniseftirlitsins standist ekki vegna þess að þeir viðskiptavinir hafi þegar verið eigendur að 3G netlykli og því lítill hagur fyrir þá að eignast annan lykil. Tilboðið hafi eingöngu haft það markmið að stækka markaðinn og megi gera ráð fyrir að slík markaðssetning myndi einnig nýtast samkeppnisaðilum.

Þá segir Síminn að Samkeppniseftirlitið hafi ekki sýnt fram á að háttsemi félagsins hafi raunverulega haft skaðleg áhrif á samkeppni og vísar í því sambandi til leiðbeininga framkvæmdastjórnar ESB. Þar komi fram að meta beri áhrif af háttsemi og greina efnahagsleg rök í stað þess að fordæma tiltekna aðgerð fyrir það eitt að henni hafi verið beitt af markaðsráðandi fyrirtæki. Samkeppniseftirlitinu beri að nota hagfræðilega nálgun á það hvort háttsemi Símans hafi haft skaðleg áhrif á samkeppni. Miðað við upplýsingar Símans þá hafi aðgerðir félagsins ekki leitt til verri þjónustu, takmörkunar á framboði eða til þess að velferð neytenda og viðskiptavina hafi minnkað. Þá sé ekki heldur sýnt fram á að rekstrarstaða Nova hafi veikst mjög alvarlega eða að líklegt sé að sú hefði orðið raunin. Því hafi inngríp Samkeppniseftirlitsins verið óeðlilegt. Bent sé á að markmið samkeppnisreglna sé ekki að vernda samkeppnisaðila heldur samkeppnina sjálfa með velferð neytenda að leiðarljósi. Afstaða Samkeppniseftirlitsins leiði til þess að Síminn geti ekki verið raunverulegur þátttakandi á nýjum fjarskiptamörkuðum á meðan félagið og félög innan sömu fyrirtækjasamstæðu séu talin vera markaðsráðandi á öðrum mörkuðum.

Þá hafni Síminn þeirri röksemd Samkeppniseftirlitsins að rík skylda hvíli á markaðsráðandi fyrirtæki að raska ekki samkeppni. Sú ríka skylda eigi fyrst og fremst við þegar fyrirtæki hafi það mikla yfirburði á markaðnum að það nálgist einokunarstöðu. Því fari fjarri að það eigi við í tilviki Símans.

5.2 Um sjónarmið Símans

Hvað varðar lengd þess tímabils sem gera eigi kröfu um að skilaði uppsafnaðri jákvæðri framlegð af tilboðinu þá taldi Samkeppniseftirlitið rétt miðað við stöðu aðila og aðstæður á skilgreindum markaði málsins og á öðrum mörkuðum fjarskiptaþjónustu að gera yrði



ríka kröfu um afkomu Símanum af tilboðinu. Fyrir það fyrsta var Síminn ásamt systurfélagi metinn með markaðsráðandi stöðu á umræddum mörkuðum. Í annan stað var samstæðan sem Síminn tilheyrir og Síminn sjálfur með rekstrar- og efnahagslega yfirburði umfram Nova sem var helsti keppinautur Símanum á skilgreindum markaði. Í þriðja lagi var um að ræða nýjan keppinaut sem var að reyna að hasla sér völl á farsímamarkaði á Íslandi og sem hafði ekki aðrar þjónustugreinar til að styðjast við. Í fjórða lagi var tímasetning tilboðs Símanum með þeim hætti að geta haft afgerandi áhrif á væntanlega notendur þjónustunnar um val á þjónustuaðila. Á þetta atriði var m.a. lögð rík áhersla af hálfu stjórnenda Símanum. Í fimmta lagi er það innihald tilboðsins og tengdar breytingar sem hafa áhrif á mat um eðlilegt viðmiðunartímabil þegar afkoma tengd tilboðinu er skoðuð. Öll þessi atriði, hvert fyrir sig og saman, gera kröfu um það að markaðsráðandi fyrirtæki eins og Síminn hegði sér ekki með þeim hætti að verulega veikari keppinautur geti ekki brugðist við markaðsaðgerðum Símanum á eðlilegum rekstrarlegum forsendum. Í háttseminni fólst ekki aðeins umtalsverð lækkun á verðskrá og breyting á skilmálum heldur einnig frí áskrift í tiltekinn tíma og frír netlykill. Það verður með engu móti sagt að jafnræði hafi verið með þessum tveimur keppinautum. Vegna mikillar hættu á samkeppnislegri röskun af tilboðinu var nauðsynlegt og málefnalegt að gera kröfu um að uppsöfnuð afkoma Símanum af tilboðinu væri jákvæð í síðasta lagi í lok tvöfalds binditímabils eða innan 12 mánaða.

Að mati Samkeppniseftirlitsins er umfjöllun Símanum um lengd tímabilsins sem félagið studdist við í þeirri viðskiptaáætlun sem tilboðið var sagt byggja á ósannfærandi. Í bréfi til Símanum, dags. 3. júní 2009, óskað Samkeppniseftirlitið eftir afriti af öllum gögnum frá Símanum sem tengdust undirbúningi tilboðsins og þar á meðal eftir viðskiptaáætlun sem lögð var til grundvallar tilboðinu. Í bréfi frá Símanum, dags. 22. júní 2009, er vísað til fylgiskjals nr. 1 (minnisblað) með bréfinu um forsendur að baki tilboðinu⁶³. Í þessu minnisblaði segir m.a. þetta.

„Meðallíftími vv (viðskiptavina, innskot Samkeppniseftirlitsins) með Netlykill hjá Símanum er [...] mánuðir, hér er gert ráð fyrir [...] mánuðum. Þar sem Netlykill er ný vara hjá símanum (svo) má gera ráð fyrir að líftími vörunnar muni lengjast enn frekar með tímanum.... Hér fyrir neðan eru tekjur af þeim vv sem gert er ráð fyrir að komi inn í sumartilboðið, en undir breytilegum kostnaði er kostnaður af Netlyklunum sem þeir fá. Hér er gert ráð fyrir að vv séu í [...] mánuði en gera má ráð fyrir að meðallíftími lengist eftir því sem varan verður eldri.“

Á eftir kemur yfirlit yfir breytilegan kostnað og tekjur fyrir 12 mánað tímabil sem tekur aðeins til kostnaðar af lyklunum og áætlaðar tekjur af þeim. Þar fyrir neðan kemur yfirlit „SAMTÖLUR GPRS“ sem tók til tekna af gagnaflutningsþjónustu á farsímakerfum Símanum í heild og kostnað smásölnunnar af gagnaflutningi (keypt af Tæknisviði Símanum) og kostnað af netlyklum. Náði það yfirlit yfir áætlun fyrir sama tímabil, júní 2009 til maí 2010. Af þessu verður ekki dregin önnur ályktun en að Síminn hafi í viðskiptaáætlun sinni gert ráð fyrir að áætlaður meðal viðskiptatími í þjónustunni væri [...] mánuðir og áréttaði Síminn síðar að þessi forsenda byggði á rauntölum af þjónustunni. Því verður ekki annað séð en

⁶³ Minnisblað, dags. 7. júní 2009, útskýring viðskiptaáætlunar. Fylgiskjal með bréfi Símanum, dags. 22. júní 2009.



að forsendur Símans um áætlaðan meðalviðskiptatíma viðskiptavina í þjónustunni hafi farið nærri þeirri kröfu um viðskiptatíma sem Samkeppniseftirlitið telur eðlilegt að gera í þessu máli. Vísar Síminn í þessu bréfi m.a. til þessara forsendna um lögmæti tilboðsins. Að halda því núna fram að viðskiptaáætlunin félagsins sem lögð var til grundvallar tilboðinu hafi verið til tveggja ára stenst því ekki. Það er ekki fyrr en Samkeppniseftirlitið óskar eftir frekari gögnum um forsendur tilboðsins, þar sem fyrri upplýsingar Símans þóttu ófullnægjandi, sem Síminn lengir tímabilið og þá í 19 mánuði, þ.e. frá júní 2009 til desember 2010.

Varðandi lengd umrædds tímabils er Wanadoo málið ekki sambærilegt þessu máli. Í Wanadoo málinu var um að ræða ADSL tengingar sem eru tengdar fastlínusímakerfi sem óumdeilanlega felur í sér mun meiri fjárbindingu en það kerfi sem hér er til umfjöllunar. Auk þess felst í ADSL tengingum mun meiri tregða viðskiptavina að skipta um þjónustuveitanda heldur en fyrir tengingu við Internetið með 3G netlykli. Þar er einfalt og auðvelt að skipta um þjónustuveitanda. Í athugasemdum við andmælaskjalið tekur Síminn undir þetta sjónarmið en þar segir: „Þegar netlykill hefur verið keyptur er skiptikostnaður óverulegur. Einungis er þörf á SIM-korti sem sett er í lykilinn til að þjónustan virki.“ Þessum hreyfanleika viðskiptavina er ekki til að dreifa þegar um ADSL tengingar er að ræða. Annað sem ekki síður greinir þessi mál að, er að í Wanadoo málinu var ekki um að ræða fría áskrift í tiltekinn tíma og frían notendabúnað. Í máli Wanadoo bendir framkvæmdastjórn ESB á að taka þurfi tillit til aðstæðna í hverju máli þegar ákveðin er tímalengd fyrir dreifingu á tilteknum byrjunarkostnaði við verkefni eða þjónustu. Þurfi sú tímalengd að vera sanngjörn og eðlileg (e. reasonable time). Í þessu máli gerði Síminn í upprunalegri viðskiptaáætlun ráð fyrir að meðallíftími viðskiptavina tengt tilboðinu væri [...] mánuðir og áréttaði síðar að þessi forsenda byggði á fengnum reynslutölum af þjónustu fyrir 3G netlykla.⁶⁴

Það er að mati Samkeppniseftirlitsins ekki eðlilegt að afskrifa stofnkostnað netlykla og kostnað við markaðsherferðina á lengri tíma en 12 mánuðum þar sem viðskiptavinir geta með mjög auðveldum hætti valið nýjan þjónustuveitanda eftir sex mánuði og Síminn geti nánast ekkert gert til að sporna við þeim skiptum. Þessi róttæka markaðsaðgerð Símans, sem felst í frírri áskrift og netlykli ásamt litlum erfiðleikum við að skipta um þjónustuveitanda og lágum skiptikostnaði, gerir ríkar kröfur til þess að umrætt tilboð skili eðlilegri afkomu á stuttum tíma. Einnig verður að horfa til þess að ákvörðun öflugs og markaðsráðandi fyrirtækis um tímalengd á endurheimtu útlagðs kostnaðar við einstaka þjónustu verður að vera sanngjörn og eðlileg þannig að ákvörðunin hindri ekki eða útiloki að veikari keppinautar geti lagt í sambærilega fjárfestingu með sanngjarnri arðsemi innan sanngjarns tíma. Þetta sjónarmið kemur meðal annars fram í rökum framkvæmdastjórnar ESB í máli Wanadoo. Að mati Samkeppniseftirlitsins er tvöfaldur binditími í þessu samhengi málefnaleg krafa.

Að öllu framansögðu virtu er það óbreytt mat Samkeppniseftirlitsins að miðað við aðstæður og stöðu aðila sé rétt að gera þá kröfu til Símans í þessu máli að umrætt tilboð skili jákvæðri uppsafnaðri afkomu í lok tvöfalds binditíma þess. Með því að gera þessar

⁶⁴ Sjá bréf frá Símanum, dags. 13. september 2010.



kröfur til Símans við þessar aðstæður verður með engu móti sagt að verið sé að vernda keppinaut heldur er verið að vernda samkeppnina sjálfa og þar með hag neytenda.

Hvað varðar gagnrýni Símans á aðferðafræði Samkeppniseftirlitsins varðandi skilgreiningu og meðferð kostnaðar við að veita 3G gagnaflutningsþjónustu með netlykli er rétt að vísa til umfjöllunar um það atriði hér að ofan. Helsta atriðið í gagnrýni Símans varðar kostnað af gagnaflutningi. Heldur Síminn því fram að þar sé um fastan kostnað að ræða en ekki breytilegan og skuli sá kostnaður því ekki koma til álita við mat á afkomu þjónustunnar á því stutta tímabili sem Samkeppniseftirlitið miði við. Meðal annars vísar Síminn til innra fyrirkomulags um gjaldfærslu vegna innbyrðis viðskipta milli deild eða sviða hjá Símanum. Er tiltekið að smásala Símans kaupi af heildsölu Símans (t.d. Tæknisviði) ákveðna flutningsgetu á ári vegna gagnaflutnings í farsímakerfum félagsins. Hafi umrætt tilboð ekki haft nein áhrif á þá flutningsgetu sem keypt var árin 2009 og 2010. Eins og áður hefur komið fram skilaði Síminn viðskiptaáætlun sem sögð var að hafi verið lögð til grundvallar og réttlætningar fyrir tilboðinu sem um er þrætt. Hefur þessari viðskiptaáætlun verið lýst hér að framan. Að mati Samkeppniseftirlitsins var þessi viðskiptaáætlun ekki fullnægjandi til þess að mögulegt væri að meta rekstrarlega afkomu af tilboðinu. Var óskað eftir nánari greiningu og viðbótar upplýsingum um 3G gagnaflutningsþjónustu með netlykli sérstaklega. Í nýjum gögnum sem bárust frá Símanum er sýndur útreiknaður og áætlaður hagnaður af 3G gagnaflutningsþjónustu með netlykli fyrir árin 2009 annars vegar og 2010 hins vegar skipt á mánuði bæði árin. Stærsti einstaki kostnaðarliður í rekstrinum er hlutur 3G gagnaflutnings með netlykli af heildarkostnaði vegna 3G gagnaflutnings í farsímakerfi Símans. Forsendur Símans fyrir útreikningi á þessum kostnaðarlið sem tengist aðeins 3G gagnaflutningsþjónustu með netlykli árið 2009 voru:

1. Reiknuð var út meðalnýting 3G netlykla af heildarmagni á 3G kerfum Símans út árið. Gert var ráð fyrir að 3G netlyklotkun muni samsvara um [...] % af heildarnotkun á 3G kerfi Símans.
2. Annar þáttur sem skoðaður var við útdelingu kostnaðar er hlutfall 3G netlyklaáskrifta af heildarfjölda 3G áskrifta hjá Símanum, þar sem fjöldi 3G viðskiptavina hefur áhrif á mögulega samnýtingu kerfisins og álagsdreifingu. Gert var ráð fyrir að meðaltali verði 3G netlyklaáskrift um [...] % af 3G áskriftum .
3. Þriðji þátturinn sem skoðaður var við útdelingu á 3G kostnaðinum er möguleg nýting á 3G kerfinu byggt á hraða gagnatengingar. Gert var ráð fyrir að nýtingarstuðull verði 1,41.⁶⁵

Samkvæmt þessum forsendum er ljóst að Síminn reiknaði þennan kostnað á grundvelli áætlaðs fjölda netlykla og notkunar á árinu 2009. Byggt var á meðalfjölda og meðalnotkun yfir árið sem þýðir jafna dreifingu ef kostnaðinum er skipt á mánuði innan ársins. Sama aðferð var notuð fyrir árið 2010 en með öðrum nýtingartölum, sbr. tl. 1-3 hér að ofan. Það er því augljóst að Síminn leit á þennan kostnað sem breytilegan.

⁶⁵ Bréf Símans, dags. 25. september 2009, bls. 20.



Það skýtur því skökku við að Síminn skuli gagnrýna Samkeppniseftirlitið fyrir að beita sömu aðferð. Það eina sem Samkeppniseftirlitið gerði með öðrum hætti í sínum útreikningum var að einangra þann fjölda netlykla sem Síminn áætlaði að myndu falla innan tilboðsins og miða við áætlaðan fjölda í hverjum mánuði (áætlun Símans) í stað þess að byggja á meðalfjölda innan hvors árs. Var það gert til þess að fá eðlilega samfellu innan og milli árána því tilboðið tók til þeirra beggja. Með þessu móti var hægt að meta áhrif og áætlaða fjárhagslega afkomu af tilboðinu sjálfu eins og rétt er að gera, en ekki afkomu af þjónustunni í heild. Með annan kostnað, eins og sölukostnað, reikningagerð og markaðskostnað, var farið eins og lýst er í umfjöllun hér að ofan um andmælaskjalið. Að mati Samkeppniseftirlitsins eru engin rök fyrir því að Síminn geti haldið því fram að umræddur kostnaður sé fastur þegar afkoma af tilboðinu er metin. Þá vill Samkeppniseftirlitið undirstrika að fyrirkomulag á innra uppgjöri milli deilda Símans innan sama kerfis (hér farsímakerfi) er ekki og getur ekki verið ráðandi um skilgreiningu á breytilegum og föstum kostnaði í þessu máli. Fyrirkomulag í innra bókhaldi Símans skapar félaginu ekki svigrúm til markaðsaðgerða sem eru til þess fallnar að hindra eðlilega samkeppni meðan félagið er í markaðsráðandi stöðu. Umrætt tilboð lýtur að sértækri þjónustu fyrir gagnaflutning innan GSM farsímarekstrar Símans sem er verðlögð sérstaklega og um gilda ákveðnir skilmálar. Því er ekki hægt að fallast á það að kostnaður af gagnaflutningi, sem er háður fjölda viðskiptavina og notkun, sé ekki tekinn með við mat á rekstrarlegri afkomu tilboðsins og réttmæti þess. Hvað varðar meðferð á kostnaði vegna 3G gagnaflutnings og annan kostnað í þessu máli er skoðun Samkeppniseftirlitsins óbreytt.

Í athugasemdum sínum segir Síminn að Samkeppniseftirlitið fari rangt með að Síminn hafi haft frumkvæði að því að bjóða fría áskrift. Nova hafi á sama tíma boðið fría áskrift í 12 mánuði gegn kaupum á netlykli. Ekki er unnt að fallast á þetta.

Í tilboði Símans fólst frí áskrift í allt að þrjá mánuði og frír netlykill gegn bindingu í sex mánuði í viðskiptum. Þetta gat þýtt það að viðskiptavinur sem tók tilboðinu strax í upphafi gat fengið þjónustu í sex mánuði og frían 3G netlykil gegn greiðslu áskriftar í þrjá mánuði. Í þessu fólst gjaldleysi viðskiptavinarins í þrjá mánuði þrátt fyrir fullan aðgang að þjónustunni. Var þetta tilboð því með öðrum hætti en tilboð Nova þar sem ekki var um gjaldlausu mánuði að ræða og binding í 12 mánuði. Tilboð eins og Síminn markaðsetti var ekki til staðar hjá öðrum og hafði ekki verið. Því var um frumkvæði og nýjung á markaðnum að ræða hjá Símanum þegar tilboðið kom fram.

Í athugasemdunum segir Síminn að í andmælaskjalinu sé því haldið fram að tilboðið hafi verið gert til þess að laða að sér viðskiptavini frá keppinautum Símans. Þetta er röng staðhæfing hjá Símanum. Í andmælaskjalinu er vísað til tilboðs Símans auk lækkunar á verðskrá félagsins fyrir umframgagnamagn og auknu inniföldu gagnamagni og sagt að háttsemin væri til þess fallin að laða til sín viðskiptavini frá keppinautum. Rökin fyrir því voru þau að auðvelt væri fyrir viðskiptavini sem eigi 3G netlykil að skipta milli þjónustuaðila. Undir þetta tekur Síminn, þó í öðru samhengi sé, en í athugasemdum Símans segir. „Þegar netlykill hefur verið keyptur er skiptikostnaður óverulegur. Einungis er þörf á SIM-korti sem sett er í lykilinn til að þjónustan virki.“ Þar sem Síminn bauð fría áskrift í allt að þrjá mánuði verður ekki annað séð en að það tilboð sé til þess fallið að hafa áhrif á viðskiptavini keppinauta Símans. Þau áhrif felast í frírri áskrift að þjónustunni



í allt að þrjá mánuði. Enda er vandséð hver tilgangur Símans með tilboðinu og öðrum aðgerðum hafi verið ef ekki að fá fleiri viðskiptavinum. Þar sem tilboðið var án skilyrða hvað þetta varðar hlýtur það að hafa beinst bæði að nýjum mögulegum viðskiptavinum og viðskiptavinum keppinautanna. Áhrif af tilboði sem þessu geta ekki einskorðast aðeins við einstaklinga og fyrirtæki sem ekki eru þegar notendur þjónustunnar.

Síminn heldur því fram að Samkeppniseftirlitið hafi ekki sýnt fram á að tilboðið hafi haft skaðleg áhrif á samkeppni og er í því sambandi vísað til ESB-samkeppnisréttar. Þá segir Síminn að ekki hafi verið sýnt fram á að rekstrarstaða Nova hafi veikt mjög alvarlega eða líklegt sé að sú hefði orðið raunin. Einnig gagnrýnir Síminn að Samkeppniseftirlitið hafi ekki beitt það sem fyrtekið nefnir hagfræðilega nálgun við mat á áhrifum af háttsemi Símans á samkeppni.

Samkeppniseftirlitið vísar hér til úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008 Hf. *Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu* en þar segir í umfjöllun um 11. gr. samkeppnislaga:

„Eðlilegt er að skýra þessi ákvæði þannig að sú staðreynd að misnotkun hafi verið beitt af hálfu markaðsráðandi fyrirtækis sé nægjanleg til að aðferðin teljist ólögumæt. Í þessu felst að það er ekki skilyrði fyrir beitingu ákvæðisins að misnotkun hafi tiltekin áhrif eða að ákveðin skilgreindur tilgangur hafi verið með aðgerðunum.“

Í þessu felst óhjákvæmilega að brot á 11. gr. samkeppnislaga er ekki háð því að sýnt sé fram á skaðleg áhrif á samkeppni. Hefur áfrýjunarnefnd ítrekað byggt á þessari túlkun í úrskurðum sínum og hefur hún verið staðfest af dómstólum, sbr. t.d. dóm Hæstaréttar í máli nr. 550/2007 *Árdegi hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Hafa dómstólar ESB lagt til grundvallar sömu túlkun og gert hefur verið í íslenskum rétti.⁶⁶ Þetta kom t.d. skýrt fram í dómi undirréttar ESB frá 9. september 2010 í máli nr. T-155/06. Í því máli lá fyrir að framkvæmdastjórn ESB hafði lagt sekt á norskt fyrirtæki, Tomra Systems, vegna misnotkunar á markaðsráðandi stöðu með gerð einkakaupasamninga og beitingu samkeppnishamlandi afsláttar.⁶⁷ Fyrir dómstólnum hélt fyrirtækið því m.a. fram að ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar stæðist ekki þar sem hún hefði ekki sýnt fram á samkeppnishamlandi áhrif. Dómstóllinn féllst ekki á það og áréttaði fordæmi þess efnis

⁶⁶ Sjá t.d. dóm undirréttar EB í máli nr. T-212/99 *British Airways v Commission* [2003] ECR II-5917: „...for the purposes of establishing an infringement of Article 82 EC, it is not necessary to demonstrate that the abuse in question had a concrete effect on the markets concerned.“ Þessi dómur undirréttarins var staðfestur með dómi dómstól EB frá 15. mars 2007 í máli nr. C-95/04P. Sjá einnig dóm undirréttar EB sem kveðinn var upp 9. september 2009 í máli nr. T-301/04 *Clearstream Banking AG v Commission* [2009] 5 CMLR 24: „The effect referred to in the case-law cited in paragraph 140 above does not necessarily relate to the actual effect of the abusive conduct complained of.“

⁶⁷ Áður en dómurinn féll fjölluðu fræðimenn um þennan þátt málsins. Sjá Richard Whish, *Competition Law*, sjötta útgáfa 2009, bls. 197: „It is ultimately for the Community Courts to determine whether per se rules are appropriate under Article 82. In a case currently before the CFI, *Tomra Systems v Commission*, one of Tomra's specific grounds of appeal against the Commission's decision is that the Commission committed a manifest error in holding that exclusivity arrangements, individualised quantity commitments, and individualised retroactive rebates were unlawful per se under Article 82.“



að brot á 102. gr. sé ekki háð því að sýnt sé fram á skaðleg áhrif.⁶⁸ Benti dómstóllinn einnig á það að jafnvel þótt framkvæmdastjórnin hefði ranglega byggt á því að aðgerðir Tomra hefðu í raun raskað samkeppni myndi það ekki breyta neinu um lögmæti ákvörðunarinnar.⁶⁹ Var ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar staðfest.

Samkeppniseftirlitið vill einnig benda á að lagt var bann við tilboði Símans með bráðabirgðaákvörðun Samkeppniseftirlitsins og möguleg skaðleg áhrif þess lágmarkuð. Virðist Síminn annars telja að svo fremi sem veikari keppinautur skaðist „ekki mjög alvarlega“ sé háttsemi félagsins ekki skaðleg samkeppni og að inngrip af þeim toga sem Samkeppniseftirlitið beitti sé óeðlilegt. Það er mat Samkeppniseftirlitsins, eins og fyrr hefur verið lýst, að háttsemi Símans hafi verið með þeim hætti sem markaðsráðandi fyrirtæki geti ekki leyft sér. Er þá ekki síður horft til yfirburðastöðu Símans gagnvart Nova hvað varðar allt rekstrarumfang og efnahagslegan styrk þegar tilboðið var sett á markað. Eins og áður hefur komið fram einskoraði Nova rekstur sinn við farsímaþjónustu. Þó svo að félagið hafi á þessum tíma náð talsverðum árangri í að fjölga hjá sér viðskiptavinum og náð nokkurri markaðshlutdeild samkvæmt þeim mælikvarða þá endurspeglar það ekki samsvarandi rekstrarlegan styrk sem er helsta forsenda þess að hafa úthald í samkeppni neytendum til góðs. Það er eðlilegt að nýr aðili, sem reynir að hasla sér völl á markaði þar sem sterkir þjónustuaðilar eru fyrir, komi inn á markaðinn með lágt verð. Því skiptir miklu máli að nýr keppinautur fái svigrúm og tækifæri til þess að ná fótfestu án þess að markaðsráðandi fyrirtæki, með yfirburði á öllum sviðum, grípi til óeðlilegra markaðsaðgerða sem nýr keppinautur getur ekki svarað á rekstrarlegu forsendum og takmarkar alvarlega úthald hans. Eðlilegt er að beiting samkeppnislaga skapi nýjum keppinaut þær aðstæður að hann hafi viðunandi möguleika til þess að ná fótfestu á markaði, sbr. c-liður 1. mgr. 1. gr. samkeppnislaga. Með þessu er ekki verið að verja keppinauta Símans heldur samkeppnina sjálfa.

6. Brot á 11. gr. samkeppnislaga

Í máli þessu hefur Samkeppniseftirlitið komist að þeirri niðurstöðu að Síminn hafi verið með markaðsráðandi stöðu á skilgreindum markaði. Í tilboði Símans fólst frír 3G netlykill og frí áskrift að þjónustunni í tiltekinn tíma, samtímis var aukið innfalið gagnamagn í áskriftarleiðunum og lækkun á verði fyrir umfram gagnamagn. Af hálfu Símans var lögð mikil áhersla á að aðgerðirnar kæmu til framkvæmda í byrjun sumars og beindist markaðssetningin að möguleikum notenda til að vera í Internetsambandi í sólinni utan dyra þar sem 3G farsímasamband Símans væri.

Eins og fram hefur komið var það mat Samkeppniseftirlitsins að tilboðið væri til þess fallið að hafa skaðleg samkeppnisleg áhrif. Þau skaðlegu áhrif gátu meðal annars falist í því að hindra viðgang og vöxt verulega veikari keppinauta. Símanum er eðlilega heimilt

⁶⁸ „It must also be stated that, for the purposes of establishing an infringement of Article 82 EC, it is not necessary to show that the abuse under consideration had an actual impact on the relevant markets. It is sufficient in that respect to show that the abusive conduct of the undertaking in a dominant position tends to restrict competition or, in other words, that the conduct is capable of having that effect (Michelin II, paragraph 239, and British Airways v Commission, paragraph 293).“

⁶⁹ „In fact, even if the Commission had made a manifest error of assessment, as the applicants allege, in holding that those agreements actually eliminated competition, the legality of the contested decision would not be affected.“



að taka að fullu þátt í samkeppni á öllum mörkuðum fjarskiptapjónustu. Til Símans er hins vegar gerð sú krafa að Síminn geri það á eðlilegum rekstrarlegum forsendum, í hverju tilfalli fyrir sig, og beiti ekki styrk sínum og yfirburðum t.d. með niðurgreiðslum sem minni og veikari keppinautar geta ekki mætt nema bíða af því rekstrar- og fjárhagslegt tjón til skaða fyrir samkeppni.

Það er ótvírætt að sé fyrirtæki í markaðsráðandi stöðu þá hvílir á því rík skylda að það raski ekki samkeppni með óeðlilegum hætti. Skyldan telst enn ríkari eftir því sem yfirburðir félagsins eru meiri. Í því sambandi má vísa í úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 8/2008 *Hf. Fiskmarkaður Íslands hf., gegn Samkeppniseftirlitinu.*

Viðskiptaáætlun sem Síminn sendi Samkeppniseftirlitinu og sögð var lögð til grundvallar tilboðinu stenst ekki þær kröfur sem gera verður til markaðsráðandi fyrirtækja. Símanum mátti vera ljóst, ekki síst í ljósi fyrri ákvarðana samkeppnisyfirvalda, hver staða félagsins var á fjarskiptamörkuðum þegar tilboðið var sett á markað. Sú staða leggur þær skyldur á félagið að grípa ekki til samkeppnislegra aðgerða nema þær byggji á rekstarlegri frammistöðu félagsins. Í þessu felst að félaginu ber að vanda undirbúning allra markaðsaðgerða og hafa fyrirliggjandi gögn sem sýna og styðja réttmæti viðkomandi aðgerða. Sé það ekki gert ber Síminn hallan af því, sbr. dóm Hæstaréttar Íslands í máli nr. 120/2001 *Landssími Íslands hf. gegn samkeppnisráði*

Af fyrirliggjandi gögnum í þessu máli og málflytningi Símans er það mat Samkeppniseftirlitsins að Síminn hafi ekki gengt þessari skyldu sinni. Upphafleg gögn frá Símanum, um forsendur tilboðsins og réttmæti þess, voru að mati Samkeppniseftirlitsins ekki fullnægjandi með tilliti til stöðu Símans og aðstæðna. Af innihaldi og framsetningu viðskiptaáætlunar Símans sem var grundvöllur tilboðsins virðist mega draga þá ályktun að viðskiptavinum væri ætlað að greiða áskrift í tiltekinn fjölda mánaða áður en þeir hefðu aðgang að þjónustunni. Samkvæmt forsendum Símans tæki þetta ástand yfir allt að tíu mánuði. Upphafleg viðskiptaáætlun vegna tilboðsins gerði aðeins ráð fyrir áætluðum kostnaði vegna þeirra 3G netlykla (innkaupsverð) og áætluðum tekjum af þeim.⁷⁰ Nú var raunin ekki sú heldur fengu viðskiptavinir aðgang að þjónustunni strax við undirritun samnings án þess að tilboðinu væri ætlað að taka þátt í nokkrum þeim kostnaði sem af sjálfri þjónustunni leiddi, hvorki breytilegum né föstum. Hins vegar fylgdi með áætlun fyrir allar GPRS tekjur Símans og kostnað sem smásala Símans þarf að greiða Tæknisviði Símans (heildsölu) fyrir GPRS kostnað auk kostnaðar vegna 3G netlykla. Gagnaflutningsþjónusta með 3G netlykli er aðeins hluti af þessum rekstri. Enginn annar rekstrarkostnaður var tekinn með.⁷¹ Að mati Samkeppniseftirlitsins er slík framsetning ekki fullnægjandi né í samræmi við skyldur sem á Símanum hvíla í ljósi markaðsstöðu félagsins. Þessi framsetning sýnir ekki áætlaða afkomu af tilboðinu en sú skylda hvílir ótvírætt á Símanum að það hefði átt að gera. Í ljósi athugasemda Símans við andmælaskjalið verður ekki séð að Síminn taki stöðu sína að þessu leyti alvarlega og telji sér fært að breyta og endurbæta forsendur sínar fyrir umræddu tilboði eftir hentugleikum

⁷⁰ Minnisblað, dags. 7. júní 2009, með bréfi frá Símanum, dags. 22. júní 2009.

⁷¹ GPRS rekstur Símans tekur til fleiri þjónustupátta sem Síminn býður en undir þetta fellur Netið í Símann, „BlackBerry“ auk 3G netlyklaþjónustu.



og það eftirá. Varðar þetta bæði gögn og umfjöllun Símans um viðmiðunartímabil tilboðsins og kostnað sem af tilboðinu leiðir og eðlilegt og nauðsynlegt er að taka tillit til við mat á afkomu tilboðsins. Þrátt fyrir það heldur Síminn því fram að tilboðið hafi verið byggt á eðlilegum viðskiptaforsendum. Á grundvelli fyrirliggjandi gagna og athugasemda Símans er það mat Samkeppniseftirlitsins að undirbúningi Símans varðandi umrætt tilboð hafi verið verulega ábótavant og ekki í samræmi við stöðu félagsins.

Í tilboði Símans „3G netlykill og áskrift fyrir 0 kr. í allt sumar“ vorið 2009 fólst að viðskiptavinir sem tilboðinu tóku fengu frían 3G netlykil og fría áskrift að þjónustunni í allt að þrjá mánuði gegn sex mánaði bindingu í viðskiptum. Eins og lýst hefur verið hér að framan er það mat Samkeppniseftirlitsins að umrætt tilboð hafi verið undirverðlagt á þeim tíma sem það var boðið. Á þeim tíma var Síminn með markaðsráðandi stöðu á skilgreindum markaði þessa máls. Markaðsráðandi fyrirtækjum er heimilt að mæta samkeppni af afli, með hliðsjón af hagrænum aðstæðum hverju sinni, og ná skyldur markaðsráðandi fyrirtækja ekki til þess að hlífa fyrirtækjum á viðkomandi markaði sem ekki geta staðist eðlilega samkeppni. Markaðsráðandi fyrirtækjum er hins vegar óheimilt að grípa til aðgerða sem fela í sér undirverðlagningu, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndarinnar í málum nr. 17-18/2003. Ef markaðsráðandi fyrirtæki mætir þannig samkeppni með verðlækkunum sem ekki byggja á hlutlægum og málefnalegum sjónarmiðum getur það gert það að verkum að skilvirkari fyrirtæki, sem hafa ekki nægilegan fjárhagsstyrk til þess að standa af sér slíkt verðstríð, neyðist til þess að yfirgefa markaðinn. Verð mun þar af leiðandi haldast hátt eða jafnvel hækka og kemur slíkt að engum til góða nema hugsanlega þeim fyrirtækjum er leggja stund á ólögmetu undirverðlagningu.

Eins og sýnt hefur verið fram á var tilboð Símans ekki reist á rekstrarlegri frammistöðu og því ekki málefnalegt. Símanum mátti vera ljóst að verulega veikari keppinautur gæti ekki jafnað eða bætt tilboðið án þess að bíða fjárhagslegan skaða. Samkeppniseftirlitið bannaði tilboðið með bráðabirgðaákvörðun nr. 2/2009 m.a. vegna þess að ekki væri réttlætanlegt að bíða endanlegarar ákvörðunar vegna mögulegra alvarlegra áhrifa tilboðsins á skilgreindum markaði. Megininntak þeirrar niðurstöðu var að vernda samkeppnina sjálfa en ekki keppinaut Símans. Hættan var sú að fengi háttsemi Símans að viðgangast myndi það skaða hag neytenda til lengri tíma litið. Háttsemi Símans fólst í aðgerðum sem ekki gátu talist til eðlilegrar samkeppni í skilningi samkeppnislaga. Ekkert hefur komið fram í athugasemdum Símans við andmælaskjalið sem breytir þessu efnislega frummati Samkeppniseftirlitsins og telst Síminn hafa brotið með alvarlegum hætti gegn 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 með tilboðinu „3G netlykill og áskrift fyrir 0 kr. í allt sumar“.

7. Brot á 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.:

„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, eða verulegum hluta þess, 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.

Landfræðilegur markaður þar sem Síminn er markaðsráðandi er Ísland. Ísland telst vera verulegur hluti af Evrópska efnahagssvæðinu.⁷²

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.“⁷³

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.⁷⁴

Síminn er í markaðsráðandi stöðu og markaður málsins tekur til landsins alls. Þau útilokunaráhrif sem stafa af misnotkun Símans á markaðsráðandi stöðu sinni eru til þess fallin að hindra mögulega keppinauta frá öðrum EES-ríkjum í því að ná fótfestu á íslenska markaðnum. Í ljósi þessa og með hliðsjón af atvikum þessa máls verður að telja að aðgerðir Símans 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 Síminn hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með umræddu tilboði. Með vísan til sömu raka er það einnig niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að aðgerðir Símans hafi farið gegn 54. gr. EES-samningsins.

8. Viðurlög

Í 37. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 segir að Samkeppniseftirlitið leggi stjórnvaldssektir á fyrirtæki sem brjóti m.a. 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

⁷² Sjá dóm dómstóls ESB í máli nr. 322/81 Michelin v Commission (Michelin I) [1983] ECR-3461; mál C-323/93 Centre d'Insemination de la Crespelle [1994] ECR I-5077; og mál T-228/97 Irish Sugar v Commission [1999] ECR II-2969.

⁷³ Birt í EES-viðbæti við Stjórnartíðindi Evrópusambandsins, 30.11.2006.

⁷⁴ 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.“



að stuðla að og efla virka samkeppni. Eins og leiðir af orðalagi 1. mgr. 37. gr. er tilgangur ákvæðisins sá að varnaðaráhrif sekta stuðli að framkvæmd samkeppnislaga og þar með að aukinni samkeppni. Með lögum nr. 107/2000, er breyttu eldri samkeppnislögum nr. 8/1993, var m.a. gerð sú breyting á 52. gr. eldri samkeppnislaga að í stað orðanna „getur lagt“ var tekið upp orðið „leggur“. Í athugasemdum með frumvarpi sem varð að lögum nr. 107/2000 kom fram að tilgangur þessa væri að tryggja að meginreglan yrði sú að stjórnvaldssektir yrðu lagðar á ef brot á bannreglum laganna ættu sér stað, sbr. einnig t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 8/2008 *Fiskmarkaður Íslands hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Var tekið fram að þetta myndi stuðla að því að markmið laganna næðu fram að ganga. Því er 37. gr. samkeppnislaga að þessu leyti samhljóða 52. gr. samkeppnislaga nr. 8/1993 eftir breytinguna með lögum nr. 107/2000. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 2/2002 *Landssími Íslands hf. gegn samkeppnisráði* kemur fram að ákvæðinu sé ætlað að skapa almenn og sérstök varnaðaráhrif. Eins og 37. gr. samkeppnislaga ber með sér felur ákvæðið 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 samkeppnishamlna og hvað þær hafa staðið lengi. Einnig skal horfa til þess hvort um ítrekað brot sé að ræða. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 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 úrskurð áfrýjunarnefndar í máli nr. 3/2008 *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu*. Eins og lögskýringargögn bera skýrlega með sér er eðlilegt að túlka ákvæðið með hliðsjón af EES/ESB-samkeppnisrétti.⁷⁵

Í athugasemdum Símans segir að telji Samkeppniseftirlitið að fyrirtækið hafi brotið gegn samkeppnislögum sé ekki um að ræða alvarlegt brot auk þess sem afleiðingar séu óverulegar á markaðnum og jafnvel engar. Verði að líta til þess að tilboð Símans stóð til boða í einn mánuð. Þá telji Síminn að Samkeppniseftirlitið geti ekki litið framhjá því hver staðan á markaði málsins hafi verið þegar tilboðið var sett fram. Eftir því sem Síminn komist næst hafi félagið verið í góðri trú um að vera ekki í markaðsráðandi stöðu. Sú skoðun hafi verið staðfest með tölfraðilegum upplýsingum frá Póst- og fjarskiptastofnun. Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins feli í sér nýja og fordæmalaus framkvæmd að því leyti að fyrirtæki sem hafi verið með lægri markaðshlutdeild en einn af keppinautum sé talið vera í markaðsráðandi stöðu. Telji Síminn að taka verði tillit til þess. Síminn bendir á að félagið hafi með samningum við Alterna og Tal örvað mögulega samkeppni á markaði

⁷⁵ 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 stjórnvaldssektir á fyrirtæki eða samtök fyrirtækja, við nánar tiltekna aðstæður. Byggist tillagan eins og núgildandi ákvæði á fyrirmyndum úr EES/EB-samkeppnisrétti.“



fyrir gagnaflutningsþjónustu yfir 3G net Símans og að meta ætti það Símanum til málsbóti komi til stjórnsluviðurlaga.

Í máli þessu liggur fyrir að Síminn er í markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir gagnaflutning með 3G netlykli sem og öllum öðrum helstu undirmörkuðum fjarskiptaþjónustu á Íslandi. Mál þetta varðar tilboð „3G netlykill og áskrift fyrir 0 kr. í allt sumar“, sem tók gildi 1. júní 2009. Athuganir Samkeppniseftirlitsins byggðar á gögnum og upplýsingum Símans sýna að verðlagning Símans á umræddu tilboði á gagnaflutningsþjónustu með 3G netlykli hefur ekki staðið undir kostnaði við þjónustuna. Markaðsaðgerðir og verðlagning Símans eins og að framan er lýst í þessari ákvörðun var til þess fallin að raska eðlilegri samkeppni og hindra vöxt minni keppinautar. Fela þessar aðgerðir í sér skýrt brot Símans á 11. gr. samkeppnislaga og 54. gr. EES-samningsins og er því tilefni til þess að beita viðurlögum í málinu.

Eins og áfrýjunarnefnd samkeppnismála hefur bent á getur huglæg afstaða þeirra sem hlut eiga að broti 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.⁷⁶ Skýr 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.⁷⁷ Hér er einnig rétt að líta til þess á að Hæstiréttur hefur talið að bannregla 11. gr. samkeppnislaga sé ekki of óljós til að ákvörðun viðurlaga verði reist á henni, sbr. dóm Hæstaréttar í máli nr. 323/2003 *Skífan hf. gegn samkeppnisráði*. Líta má einnig til þess að dómstólar ESB hafa talið að ætlað flókið eðli tiltekinnar misnotkunar á markaðsráðandi stöðu eða ætluð ný túlkun á samkeppnisreglum geti ekki leitt til lækkunar sekta.⁷⁸

Að mati Samkeppniseftirlitsins getur Síminn ekki borið fyrir sig reynslu- og þekkingarleysi. Fyrirtækið hefur áður brotið gegn samkeppnislögum og ætti því að þekkja vel inntak samkeppnislaga, sbr. t.d. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins 17/2007. Kemur þannig fram í innanhússgögnum fyrirtækisins að það geri sér ljóst að það sé markaðsráðandi á sviði

⁷⁶ 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.“

⁷⁷ Sjá t.d. dóm dómstóls ESB í máli nr. C-137/95P *SPO v Commission* [1996] ECR I-1611.

⁷⁸ Sjá dóm dómstóls ESB í máli nr. C-333/94P *Tetra Pak v Commission* [1996] ECR I-5951. Í því máli hélt fyrirtæki sem misnotað hafði markaðsráðandi stöðu sína því fram að lækka ætti sekt þess vegna þess að engin fordæmi væru fyrir túlkun framkvæmdastjórnar EB á samkeppnisreglum í málinu og að brotið byggði á flóknu mati. Hvorki dómstóll ESB né undirrétturinn féllst á þetta: „ ... the Court of First Instance weighed the seriousness of the infringement against the circumstances invoked by Tetra Pak. It considered that, even if in some respects defining the relevant product markets and the scope of Article 86 may have been a matter of some complexity, Tetra Pak could not have been unaware, given its quasi-monopoly on the aseptic markets and its leading position on the non-aseptic markets, that the practices in issue contravened the rules in the Treaty. The Court of First Instance concluded that the manifest nature and particular gravity of the restrictions on competition resulting from the abuses in question justified upholding the fine, notwithstanding the allegedly unprecedented nature of certain legal assessments in the contested decision. By that reasoning, the Court of First Instance dealt adequately with Tetra Pak's argument based on the mitigating circumstances on which it could rely. The fifth plea in law must therefore also be dismissed.“



fjarskipta. Hér skiptir og máli að Síminn er öflugt fyrirtæki á sínu sviði og hefur í samkeppnismálum notið ráðgjafar sérfræðinga. Símanum mátti einnig vera kunnugt um hvaða áhrif það getur haft að verðleggja þjónustu sína undir kostnaði. Í því sambandi má einnig benda á að tímasetning tilboðsins var til þess fallin að hafa áhrif á markaðnum og gera minni keppinautum erfitt fyrir. Með hliðsjón af lýsingu á brotinu í þessu máli er ekki hægt komast að annari niðurstöðu en þeirri að Símanum hafi mátt vera ljóst að tilboð félagsins væri til þess fallið að raska samkeppni. Samkeppniseftirlitið fær ekki sé að máli skipti vegna brots þessa máls að Síminn hafi gert samninga við önnur fyrirtæki um aðgang að 3G farsímaneti félagsins.

Samkeppniseftirlitið vísar einnig til þess að 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. 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*.⁷⁹ Er þetta sama regla og gildir í EES/ESB-samkeppnisrétti.⁸⁰ Hefur komið skýrt fram að ekki sé við mat á sektum 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.⁸¹ Ef hins vegar „*sýnt er fram á að ólögmaet aðgerð hafi komist til framkvæmda getur það haft*

⁷⁹ Í dómnum var staðfest niðurstaða áfrýjunarnefndar og Héraðsdóms Reykjavíkur um sektir með vísan m.a. til þess að brot Skífunnar hf. voru umfangsmikil, alvarleg og stóðu lengi. Í dómi héraðsdóms sagði: „*Þá er af hálfu stefnanda vísað til þess að ekkert bendi til þess að meint samkeppnisbrot stefnanda hafi haft í för með sér skaðlegar afleiðingar en líta verði meðal annars til áhrifa af broti þegar alvarleiki þess er metinn. Áhrifin í þessu tilviki verði að teljast óveruleg sem hljóti að draga úr alvarleika brotsins. Ummæli og framsetning í ákvörðun stefnda, sem áfrýjunarnefndin virtist staðfesta, að ósannað sé að meint brot hafi haft í för með sér beinar skaðlegar afleiðingar, verði að skilja þannig að stefndi og áfrýjunarnefndin líti svo á að meint brot hafi ekki haft nein skaðleg áhrif á markaðinn. Hér verður að telja að áfrýjunarnefndin hafi litið svo á að háttsemi stefnanda væri til þess fallin að hafa umtalsverð áhrif enda segir í úrskurði nefndarinnar að fyrirsvarsmönnum stefnanda hafi mátt vera ljóst að af samningunum kynni að leiða röskun á samkeppni og að umfang samkeppnishamla hafi verið verulegt, eins og áður er komið fram. Verður ekki fallist á að mat nefndarinnar á alvarleika brotanna hafi verið rangt, enda hefur ekki verið sýnt fram á það af hálfu stefnanda. Þegar litið er til þessa verður ekki fallist á framangreind rök stefnanda og er þessari málsástæðu hans því hafnað.*”

⁸⁰ Sjá hér t.d. 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.*”

⁸¹ 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*”



áhrif til hækkunar sekta“ eins og segir í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008. Skipta ber mati á áhrifum af samkeppnislaga broti í tvennt. Annars vegar hvort tiltekið brot hafi verið framkvæmt. Dæmi um þetta er ef ólögmetur samningur markaðsráðandi fyrirtækis kemst til framkvæmda, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 1/2002 *Skífan hf. gegn samkeppnisráði*. Hins vegar hvort framkvæmdin hafi leitt af sér bein áhrif á markaðnum, t.d. á verð vöru eða þjónustu eða á keppinaut.⁸² Báðar þessar tegundir af áhrifum af broti geta falið í sér rök til hækkunar á sektum.

Í máli þessu liggur fyrir að tilboði Símans var hrint í framkvæmd og hefur það áhrif á viðurlög í málinu. Horfa verður hins vegar til þess að sú framkvæmd stóð mjög stutt yfir. Við ákvörðun sekta í þessu máli er þannig rétt að hafa í huga fyrirhugaða lengd tilboðsins, sem var þrjú mánuðir, en raunverulegt brotatímabil var aðeins einn mánuður árið 2009.

Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 14/2009 *Hagar hf. gegn Samkeppniseftirlitinu* kemur fram að taka verði mið af efnahagslegum styrkleika brotlegs fyrirtækis og samstæðu sem það tilheyrir til að tryggja að sektir skv. samkeppnislögum hafi fullnægjandi varnaðaráhrif.

Síminn er markaðsráðandi á markaði sem skilgreindur hefur verið í máli þessu sem telst til farsímamarkaðar. Heildarvelta Skipta hf., móðurfélags Símans, var 33,6 milljarðar kr. á árinu 2010. Heildarvelta Símans á árinu 2010 var um 23,4 milljarðar kr. en þ. a. var velta Símans á GSM farsímamarkaði um [...] milljarðar kr. Velta Símans á hinum skilgreinda markaði þessa máls var [...] m.kr. árið 2010.

Við mat á sektum verður að horfa til þess um er að ræða afmarkað brot á markaði með litla heildarveltu og tiltölulega fáa viðskiptavinum þegar brotið var framið og brotatímabil var eins og áður sagði mjög stutt. Horfir þetta til mildunar viðurlaga.

Með vísan til alls framangreinds telur Samkeppniseftirlitið hæfilegt að leggja 60.000.000 kr. sekt á Símann vegna brots fyrirtækisins gegn 11. gr. samkeppnislaga og 54. gr. EES-samningsins.

IV. Ákvörðunarorð

„Með tilboði sínu „3G netlykill og áskrift fyrir 0 kr. í allt sumar“ braut Síminn hf. gegn 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 og 54. gr. EES-samningsins. Er Símanum hf. gert að greiða kr. 60.000.000 í stjórnvaldssekt.“

Samkeppniseftirlitið

⁸²Af 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.“



Páll Gunnar Pálsson