

Föstudagurinn 31. mars 2006

Ákvörðun nr. 10/2006

**Kvörtun Og fjarskipta hf. (Og Vodafone) um meinta misnotkun  
Landssíma Íslands hf. á markaðsráðandi stöðu sinni á markaði fyrir  
farsímaþjónustu**

**I.  
Málavextir**

Þann 12. apríl 2005 barst Samkeppnisstofnun erindi frá Og fjarskiptum hf.<sup>1</sup> (Og Vodafone). Í erindinu segir að Landssími Íslands hf. (Landssíminn) misnoti markaðsráðandi stöðu sína í tengslum við farsímaþjónustu. Þar sem um sé að ræða alvarlegt brot sem sé til þess fallið að raska samkeppni á markaði verulega er þess jafnframt farið á leit að Samkeppnisstofnun taki ákvörðun til bráðabirgða.

Í erindinu kemur fram að Og Vodafone hafi staðið að uppbyggingu farsímadreifikerfis félagsins í nágrenni Akraness, en í því skyni hafi verið teknir í notkun sendar í Hvalfjarðargöngunum og í Akranesbæ. Til þess að vekja athygli heimamanna á bættri þjónustu Og Vodafone á svæðinu hafi verið ákveðið að bjóða íbúum Akraness sérstakt kynningartilboð á farsímaþjónustu. Í tilboðinu felist að áskrifendur Og Vodafone sem búsettir séu á Akranesi greiði ekki aukalega fyrir símtöl sín á milli á Akranesi í allt að 120 mín. á dag. Gildi tilboðið til 1. september 2005. Jafnframt fái nýir viðskiptavinir í fyrirframgreiddri þjónustu 1990 kr. inneign og endurgjaldslaus smá- og myndskilaboð í einn mánuð. Segir að um sé að ræða sama tilboð og öllum nýjum viðskiptavinum í fyrirframgreiddri þjónustu standi til boða.

Segir að skömmu eftir að Og Vodafone hafi kynnt umrætt kynningartilboð hafi auglýsingu frá Landssímanum verið dreift í hús á Akranesi. Samkvæmt auglýsingunni geti áskrifendur farsímaþjónustu Landssímans og viðskiptavinir í fyrirframgreiddri þjónustu hringt endurgjaldslaus í 120 mín. á dag án aukakostnaðar. Til þess að tilboðið gildi verði sá sem hringir að vera staddur á Akranesi í póstnúmeri 300 og hafa búsetu þar. Tilboðið gildi frá 9. apríl til 31. maí 2005.

---

<sup>1</sup> Nú Dagsbrún hf.

Telur Og Vodafone tilboð Landssímans fela í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu í skilningi 11. gr. samkeppnislaga. Um sé að ræða sértæka afslætti (e. *selective pricing*) og mismunandi verðlagningu (e. *discriminatory pricing*) þar sem um sé að ræða kjör sem ekki standi öllum viðskiptavinum Landssímans til boða. Jafnframt feli þessar aðgerðir Landssímans í sér ólögmæta tryggðarafslætti í skilningi 11. gr. samkeppnislaga, sbr. 54. gr. EES-samningsins og 82. gr. Rómarsáttmálans. Raski þessi markaðshegðun samkeppni á fjarskiptamarkaðnum þar sem hún sé til þess fallin að útiloka keppinauta á markaði (e. *exclusionary abuse*). Þá segir að hafa verði í huga að brot á 11. gr. samkeppnislaga sé ekki háð því að sýnt sé fram á að sú markaðshegðun sem um ræði hafi haft skaðleg áhrif á samkeppni heldur sé nægilegt að líklegt sé að hún hafi slík áhrif.

Af hálfu Og Vodafone er því hafnað að unnt sé að réttlæta framangreindar markaðsaðgerðir Landssímans með því að verið sé að mæta samkeppni. Markaðsaðgerðir Landssímans beinist eingöngu að mögulegum viðskiptavinum keppinautar og um sé að ræða beinan ásetning til að beita markaðsráðandi stöðu Landssímans til að útiloka keppinauta á markaði. Þá verði ekki séð að umrædd sérkjör séu byggð á hlutlægum kostnaðarlegum forsendum eins og Landssímanum beri skylda til. Er í erindinu vísað til úrlausna EB-dómstólsins og ákvarðana framkvæmdarstjórnar EB sem að mati Og Vodafone koma til skoðunar í tengslum við mál þetta.

Til stuðnings beiðni um bráðabirgðaákvörðun vísar Og Vodafone til 4. gr. reglna um málsmeðferð samkeppnisyfirvalda nr. 922/2001. Er bent á að samkvæmt nefndu ákvæði verði bráðabirgðaákvörðun tekin ef sennilegt sé að háttsemi feli í sér brot á samkeppnislögum og sé skaðleg samkeppni. Þá verði að telja líklegt að bið eftir niðurstöðu samkeppnisráðs leiði til röskunar á samkeppni, sem ekki verði afstýrt með endanlegri niðurstöðu eða málið þoli að öðru leyti ekki bið. Að mati Og Vodafone séu bæði skilyrði greinarinnar uppfyllt. Er vísað til þess að sýnt hafi verið fram á að háttsemi Landssímans feli í sér brot á samkeppnislögum og sé skaðleg samkeppni. Þá kemur fram að ljóst sé að síðara skilyrði ákvæðisins sé uppfyllt í ljósi tímalengdar tilboðs Landssímans sem og alvarleika þess brots sem um sé að ræða.

Með erindi Og Vodafone fylgdi umrætt tilboð Landssímans.

## **II. Málsmeðferð**

### **1.**

Erindi Og Vodafone var sent Landssímanum til umsagnar með bréfi, dags. 22. apríl 2005. Enn fremur var athygli Landssímans vakin á beiðni Og Vodafone um bráðabirgðaákvörðun vegna málsins.

Umsögn Landssímans barst Samkeppnisstofnun með bréfi, dags. 29. apríl 2005. Í upphafi umsagnarinnar kemur fram það mat fyrirtækisins að tvíkeppni ríki á íslenskum farsímamarkaði sem hafi verið komið á með samruna Íslandssíma hf. og Tals hf. undir merkjum Og Vodafone. Hafi íslensk samkeppnisyfirvöld samþykkt fækkun farsímafyrirtækja úr þremur í tvö án skilyrða. Megi því telja að ekki hafi verið talin ástæða af hálfu samkeppnisfirvalda til að ætla að fækkun í tvö farsímakerfi myndi leiða til sameiginlegrar markaðsráðandi stöðu. Jafnframt megi ætla að samkeppnisyfirvöld hafi talið eðli farsímamarkaðarins vera með þeim hætti að þar gæti ríkt virk samkeppni neytendum til hagsbóta þrátt að þar væru aðeins tveir keppinautar. Sé unnt að færa fyrir því rök að á farsímamarkaði á Íslandi sé ekkert fyrirtæki ráðandi (e. *innovative market*).

Þá segir að rökrétt afleiðing þess að samkeppnisyfirvöld heimiluðu fækkun keppinauta á farsímamarkaði sé að þau tvö fyrirtæki sem eftir séu fái að keppa á markaði með virkum hætti, en annars hefði átt að banna samrunann vegna hættu á því að til yrði markaður tveggja félaga með sameiginlega markaðsráðandi stöðu. Af sömu ástæðu verði Landssímanum að vera mögulegt að mæta tilboðum samkeppnisaðila á afmörkuðum landsvæðum hafi samkeppnisaðilinn ákveðið að fara þá leið. Að öðrum kosti væri Og Vodafone unnt að bjóða tiltekin tilboð á afmörkuðum landsvæðum til ákveðinna hópa með vissu um að Landssíminn gæti ekkert aðhafst.

Í umsögninni segir að tilboð Landssímans sé ekki sértækt að öðru leyti en það afmarkist landfræðilega við þá sem hafi búsetu á Akranesi í póstnúmeri 300, en ekki í nágrennasveitum. Sé um að ræða almennt tilboð sem beinist að öllum þeim sem noti farsíma innan ákveðins póstnúmers. Þá er því hafnað að tilboði Landssímans sé beint sérstaklega að viðskiptavinum Og Vodafone.

Þá sé markaðsráðandi fyrirtæki heimilt að taka þátt í samkeppni og vernda lögmæta viðskiptahagsmunum sína og vísar Landssíminn til þess að um það sé löng og rík dómaframkvæmd í Evrópurétti. Enn fremur hafi íslensk samkeppnisyfirvöld staðfest heimildir Landssímans til að mæta samkeppni. Sé Landssíminn með hóflegum hætti að mæta tilboði keppinautarins en ekki að bæta það.

Að mati Landssímans verður að hafna kröfu Og Vodafone um bráðabirgðaákvörðun. Fjarstæðukennt sé að bið eftir niðurstöðu samkeppnisráðs leiði til röskunar á samkeppni sem verði ekki afstýrt með endanlegri niðurstöðu eða málið þoli að öðru leyti ekki bið. Í því sambandi er vísað til þess að hagsmunir þeir sem í húfi séu fyrir rekstrarafkomu fjölmiðla- og fjarskiptasamstæðu Og Vodafone séu óverulegir, en samstæðan velti um 14 milljörðum króna á ársgrundvelli. Þá sé aðeins vísað til

tímalengdar tilboðs Landssímans til stuðnings því að málið þoli ekki bið. Miði tímalengd tilboðsins að því að mæta keppinauti með hóflegum hætti, en ekki bæta það. Því sé um rökræna mótsögn að ræða ef grundvöllur bráðabirgðaákvörðunar væri sá að tímalengd tilboðs Landssímans væri skemmri en tilboðs Og Vodafone.

## **2.**

Með bréfi, dags. 6. maí 2005, var Og Vodafone tilkynnt að Samkeppnisstofnun teldi ekki efni til að taka bráðabirgðaákvörðun í málinu.

## **3.**

Með bréfi, dags. 9. maí 2005, var Og Vodafone gefinn kostur á að gera athugasemdir við bréf Landssímans.

Athugasemdir Og Vodafone bárust Samkeppnisstofnun með bréfi, dags. 23. maí 2005. Í upphafi bréfsins er því hafnað að fyrirtækið njóti sameiginlegra markaðsyferráða ásamt Landssímanum á farsímamarkaði. Þá eru ítrekuð sjónarmið fyrirtækisins um meinta ólögmæta háttsemi Landssímans sem og vísað til fordæma EB-dómstólsins.

## **4.**

Með bréfi Samkeppnisstofnunar, dags. 24. maí 2005, var Landssímanum gefinn kostur á að gera athugasemdir við bréf Og Vodafone.

Athugasemdir Landssímans bárust Samkeppnisstofnun með bréfi, dags. 3. júní 2005. Þar eru ítrekuð þau sjónarmið sem áður höfðu komið fram af hálfu fyrirtækisins. Enn fremur kemur fram sú skoðun Landssímans að þótt umræddir afslættir hefðu verið sértækir sé það umdeilt hvort slíkir afslættir feli í sér misbeitingu markaðsyferráða. Segir að ljóst sé að með tilboði á einstaklingsmarkaði á Akranesi hafi viðskiptaaðilum ekki verið mismunað með ólíkum skilmálum í sams konar viðskiptum og samkeppnisstaða þeirra veikt, sbr. c-liður 11. gr. samkeppnislaga og c-liður 2. mgr. 82. gr. Rómarsáttmálans.

## **5.**

Með bréfi, dags. 31. október 2005, var málsaðilum tilkynnt um lok gagnaöflunar í málinu og þeim sendur listi yfir gögn málsins.

### **III.**

#### **Niðurstöður**

Þann 1. júlí 2005 tóku gildi ný samkeppnislög nr. 44/2005. Með lögnum voru samkeppnisráð og Samkeppnisstofnun lögð niður, en við hlutverki þeirra tók ný stofnun, Samkeppniseftirlitið. Einnig voru settar nýjar reglur um málsmeðferð

Samkeppniseftirlitsins nr. 880/2005, en með þeim falla úr gildi reglur nr. 922/2001 um málsmeðferð samkeppnisfirvalda. Þessar breytingar hafa ekki áhrif á meðferð máls þessa. Verður eftirleiðis vísað til ákvæða hinna nýju laga.

## 1.

### Sjónarmið aðila

Í máli þessu liggur fyrir að Og Vodafone bauð íbúum Akraness sérstakt kynningartilboð á farsímaþjónustu. Í tilboðinu fólst að áskrifendur Og Vodafone sem búsettir væru á Akranesi greiddu ekki aukalega fyrir símtöl sín á milli á Akranesi í allt að 120 mín. á dag. Gilti tilboðið til 1. september 2005. Jafnframt myndu nýir viðskiptavinir í fyrirframgreiddri þjónustu (s.k. Frelsi) fá 1990 kr. inneign og endurgjaldslaus smá- og myndskilaboð í einn mánuð.<sup>2</sup> Skömmu síðar kynnti Landssíminn svohljóðandi tilboð: „Skagamenn með GSM hjá Símanum geta talað sín á milli í tvær klukkustundir á dag án aukakostnaðar. Til að tilboðið gildi þarf sá sem hringir að vera staddur á Akranesi (póstnúmer 300) og vera búsettur þar.“ Í neðanmálgrein tilboðsins segir m.a.: „Afsláttur gildir bæði fyrir frelsi og áskrift. Tilboðið gildir frá 9. apríl til 31. maí 2005.“

Af hálfu Og Vodafone er því haldið fram að tilboð Landssímans feli í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Um sé að ræða sértæka afslætti og mismunandi verðlagningu þar sem um sé að ræða kjör sem ekki standi öllum viðskiptavinum Landssímans til boða. Þá er því haldið fram að um sé að ræða ólögmæta tryggðarafslætti sem séu til þess fallnir að útiloka keppinauta á markaði.

Landssíminn hafnar því að umrætt tilboð feli í sér brot á samkeppnislögum eða sé skaðlegt samkeppni. Er því hafnað að tilboð fyrirtækisins sé sértækt afsláttartilboð sem beinist sérstaklega að viðskiptavinum Og Vodafone en í því sambandi er vísað til þess að um sé að ræða almennt tilboð til allra þeirra sem nota farsíma innan ákveðins póstnúmers. Enn fremur vísar Landssíminn til þess að markaðsráðandi fyrirtæki sé heimilt að taka þátt í samkeppni og vernda lögmæta viðskiptahagsmuni sína.

## 2.

### Markaðurinn

Til þess að fyrirtæki sé talið 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. Samkvæmt 5. tl. 1. mgr. 4. gr. samkeppnislaga er markaður sölusvæði vöru og staðgengdarvöru og/eða sölusvæði þjónustu og staðgengdarþjónustu.

---

<sup>2</sup> Í kynningartilboði Og Vodafone var einnig kynnt tilboð í GSM og ADSL þjónustu. Þá kemur þar fram að einfalt sé að skipta yfir til Og Vodafone en það sé án kostnaðar og viðskiptavinir geti haldið gsm-númeri sínu. Þá verði læstir farsímar opnaðir viðskiptavinum að kostnaðarlausu. Upplýsingar af heimasíðu Og Vodafone: [www.ogvodafone.is](http://www.ogvodafone.is).

Staðgengdarvara og staðgengdarþjónusta er vara eða þjónusta sem að fullu eða verulegu leyti getur komið í stað annarrar.

Hagfræðileg rök leiða því til þess að skoða verður viðkomandi markað út frá a.m.k. tveimur sjónarhornum, annars vegar vöru- eða þjónustumarkaðnum og hins vegar landfræðilega markaðnum.

### **2.1. Þjónustumarkaður**

Með vöru- eða þjónustumarkaði er átt við markað fyrir allar vörur eða þjónustu sem neytendur líta á sem staðgönguvörur eða staðgönguþjónustu vegna eiginleika sinna, verðs og áformaðrar notkunar.

Af hálfu málsaðila hefur ekki verið lögð fram ítarleg markaðsskilgreining í málinu. Af hálfu Og Vodafone er þó lagt til grundvallar að vörumarkaður málsins teljist markaður fyrir farsímaþjónustu fyrir einstaklinga. Ekki er gerð athugasemd við þessa skilgreiningu Og Vodafone af hálfu Landssímans.

Í ákvörðunum samkeppnisyfirvalda hefur aðallega verið miðað við einn heildarmarkað fyrir farsímaþjónustu, sbr. t.d. ákvörðun samkeppnisráðs nr. 17/1999 *Erindi Tals hf. um verðlagningu á GSM-þjónustu Landssíma Íslands hf.* Í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 20/2002 *Kvörtun Tals hf. og Íslandssíma hf. vegna hópáskriftar Landssíma Íslands hf.* var þó bent á að rök gætu staðið til þess að markaði fyrir farsímaþjónustu væri skipt upp í markaði fyrir farsímaþjónustu við einstaklinga annars vegar og við fyrirtæki hins vegar. Ekki var þó talin þörf á því að taka afstöðu til þessa álitafnis í því máli, sbr. einnig ákvörðun ráðsins nr. 40/2003 *Kvörtun Og fjarskipta hf. vegna hópáskriftar Landssíma Íslands hf.*

Erindi Vodafone beinist að markaðsaðgerð Landssímans sem fólst í því að bjóða einstaklingum á Akranesi kynningartilboð á farsímaþjónustu. Samkeppniseftirlitið getur fallist á að rétt sé að skoða atvik þessa máls með hliðsjón af stöðu aðila í farsímaþjónustu fyrir einstaklinga. Eins og umfjöllunin hér á eftir sýnir er Landssíminn í markaðsráðandi stöðu ef litið er á markaðinn með þessum þrengri hætti. Því er ekki þörf á því í þessu máli að taka fulla afstöðu til þess hvort skilgreina beri markaðinn með þrengri eða víðari hætti. Hér má og hafa í huga að Landssíminn hefur a.m.k. til skamms tíma haft hlutfallslega sterkari stöðu í farsímaþjónustu fyrir fyrirtækja heldur en þeirri þjónustu við einstaklinga, sbr. m.a. ákvörðun samkeppnisráðs nr. 40/2003.

### **2.2. Landfræðilegur markaður**

Til landfræðilegs markaðar telst það svæði þar sem hlutaðeigandi fyrirtæki eru viðriðin framboð og eftirspurn eftir viðkomandi vöru eða þjónustu, þar sem samkeppnisskilyrði eru nægilega lík og sem unnt er að greina frá nærliggjandi

svæðum, einkum vegna þess að samkeppnisskilyrði eru greinilega frábrugðin á þeim svæðum.

Í erindi Og Vodafone er lagt til grundvallar að til landfræðilegs markaðar teljist landið allt. Er því hafnað að í því sambandi skipti máli þótt tilboðin beinist aðeins að þeim sem búsettir séu á Akranesi. Telur Og Vodafone að Landssíminn verði að teljast markaðsráðandi á farsímamarkaði hvort sem miðað sé við landið allt eða Akranes sérstaklega. Að mati Landssímans hefur skilgreining landfræðilegs markaðar ekki úrslitabýðingu í málinu þar sem byggt er á því af hálfu fyrirtækisins að á tvíkeppnismarkaði sé ekkert fyrirtæki markaðsráðandi. Að öðru leyti gerir Landssíminn ekki athugasemdir við þá afstöðu Og Vodafone að til landfræðilegs markaðar teljist landið allt.

Í nær öllum ákvörðunum er varða markaði í fjarskiptamálum hafa samkeppnisyfirvöld talið að landfræðileg afmörkun þeirra ætti að miðast við landið allt.<sup>3</sup> Þannig hefur í fjarskiptamálum verið miðað við að landfræðilegur markaður sé þar sem viðkomandi fyrirtæki geta veitt þjónustu sína<sup>4</sup> en þjónustustarfssemi málsaðila máls þessa nær til landsins alls að telja.<sup>5</sup> Með hliðsjón af afstöðu málsaðila til skilgreiningar á landfræðilegum markaði málsins, fyrri ákvörðunum samkeppnisyfirvalda sem og að málsaðilum er unnt að bjóða farsímaþjónustu á landinu öllu telur Samkeppniseftirlitið að landfræðilegur markaður málsins sé landið allt, Ísland.

### 3.

#### Markaðshlutdeild

Í máli þessu telur Og Vodafone að háttsemi Landssímans sem lýst hefur verið fari gegn 11. gr. samkeppnislaga og feli því í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu.

Samkvæmt 4. tl. 1. mgr. 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

<sup>3</sup> Sjá t.d. ákvörðun samkeppnisráðs 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“*, ákvörðun nr. 40/2003 *Kvörtun Og fjarskipta hf. vegna hópáskriftar Landssíma Íslands hf.*, ákvörðun nr. 34/2001 *Kvörtun vegna misnotkunar Landssíma Íslands hf. á markaðsráðandi stöðu við gerð samnings við Hafnarfjarðarbæ um síma- og gagnaflutningsþjónustu* og ákvörðun nr. 17/1999 *Erindi Tals hf. um verðlagningu á GSM-þjónustu Landssíma Íslands hf.*

<sup>4</sup> Sjá t.d. ákvörðun samkeppnisráðs 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“* og ákvörðun nr. 40/2003 *Kvörtun Og fjarskipta hf. vegna Hópáskriftar Landssíma Íslands hf.* Sjá einnig *„Notice on the application of EEC competition rules to access agreements in the telecommunications sector OJ C 265/2, 22. ágúst 1998.“* Í lið 55 er landfræðilegi markaðurinn í fjarskiptamálum skilgreindur á eftirfarandi hátt: „[...] the relevant geographical market will be the area in which the objective conditions of competition applying to service providers are similar, and competitors are able to offer their services.“

<sup>5</sup> Farsímakerfi Og Vodafone nær til 97% landsmanna en dreifikerfi Landssímans til 98% landsmanna. Upplýsingar teknar af heimasíðu Og Vodafone ([www.ogvodafone.is](http://www.ogvodafone.is)) og Landssímans ([www.siminn.is](http://www.siminn.is)).

taka tillit til keppinauta, viðskiptavina og neytenda. Þessi skilgreining er efnislega samhljóða skilgreiningu EB-dómstólsins á markaðsráðandi stöðu sem fram kemur í máli Hoffman-La Roche.<sup>6</sup> Í dómnum segir einnig að markaðsráðandi stöðu megi ráða af mörgum atriðum sem ein og sér ráði ekki úrslitum en mikilvæg vísbending sé há markaðshlutdeild.<sup>7</sup> Í úrskurðum áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 17-18/2003 *Icelandair ehf. og Iceland Express ehf. gegn samkeppnisráði* kom einnig fram að við mat á stöðu fyrirtækja á markaði skipti mestu að huga að markaðshlutdeild og því skipulagi sem ríki á markaðnum. Þá er bent á að því hærrí sem hlutdeildin sé því sterkari vísbendingu gefi hún um markaðsráðandi stöðu. Önnur atriði sem haft geta áhrif eru t.d. fjárhagslegur styrkleiki viðkomandi fyrirtækis, hagkvæmni stærðar þess og mikið vöru- eða þjónustuúrval.

Um markaðshlutdeild málsaðila á þeim markaði sem á reynir í þessu máli hefur verið fjallað í nýlegum ákvörðunum samkeppnisyfirvalda. Þannig var í ákvörðun samkeppnisráðs 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“* lagt til grundvallar að markaðshlutdeild málsaðila á farsímamarkaði fyrir einstaklinga miðað við tekjur fyrirtækjanna á fyrstu sex mánuðum ársins 2004 væri með þeim hætti að Landssíminn hefði um [65-75]<sup>8</sup>% hlutdeild en Og Vodafone um [25-35]<sup>9</sup>% hlutdeild. Var niðurstaða samkeppnisyfirvalda að vegna hárrar hlutdeildar Landssímans á farsímamarkaði fyrir einstaklinga væri fyrirtæki ráðandi á þeim markaði.

Samkeppniseftirlitið telur að aðstæður á þeim markaði sem á reynir í máli þessu hafi ekki breyst með þeim hætti að Landssíminn teljist ekki enn ráðandi á þeim mörkuðum sem hér skipta máli. Verður því í máli þessu lagt til grundvallar að Landssíminn teljist markaðsráðandi í skilningi 11. gr. samkeppnislaga.

#### 4.

##### Misnotkun á markaðsráðandi stöðu

Í 1. mgr. 11. gr. samkeppnislaga er lagt bann við misnotkun eins eða fleiri fyrirtækja á markaðsráðandi stöðu. Ákvæðið er byggt á 54. gr. EES-samningsins og er því ljóst að við skýringu ákvæðisins verður að hafa hliðsjón af EES-samkeppnisrétti. Ummæli í lögskýringargögnum með samkeppnislögunum leiða til sömu niðurstöðu. Samkvæmt 2. mgr. 11. gr. getur misnotkun m.a. falist í því að:

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

<sup>6</sup> Dómur EB dómstólsins í máli nr. 85/76 Hoffman-La Roche v. commission [1979] ECR 3451.

<sup>7</sup> Í dómnum segir: „The existence of a dominant position may derive from several factors which, taken separately, are not necessarily determinative but among these factors a highly important one is the existence of very large market shares.“

<sup>8</sup> Í ákvörðuninni var nákvæm hlutdeild felld út vegna trúnaðar.

<sup>9</sup> Í ákvörðuninni var nákvæm hlutdeild felld út vegna trúnaðar.



- 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.“

Hefur Samkeppniseftirlitið heimild til að grípa til aðgerða vegna hvers konar athafna sem brjóta í bága við 11. gr. samkeppnislaga, sbr. 16. gr. laganna.

Upptalning í 11. gr. samkeppnislaga um það í hverju misnotkun geti verið fólgin er ekki tæmandi. Verður í máli þessu að hafa í huga að í samkeppnisrétti hvílir rík skylda á markaðsráðandi fyrirtækjum að grípa ekki 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 17-18/2003.<sup>10</sup> Þessi sérstaka skylda helgast m.a. af þeirri staðreynd að samkeppni á viðkomandi markaði er þegar mjög takmörkuð vegna tilvistar hins markaðsráðandi fyrirtækis. Af dómafordæmum EB-dómstólsins leiðir að skoða verður efni hinnar sérstöku skyldu sem hvílir á markaðsráðandi fyrirtækjum með hliðsjón af atvikum í hverju máli fyrir sig.<sup>11</sup>

Misnotkun á markaðsráðandi stöðu getur falist í hvers konar aðgerðum sem miða að því að styrkja eða verja hina ráðandi stöðu. 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.<sup>12</sup> Kjarni þeirrar misnotkunar á markaðsráðandi stöðu sem raskar samkeppni er að hegðun markaðsráðandi fyrirtækis hafi þau áhrif að hamlar þeirri takmörkuðu samkeppni sem er á markaðnum eða hindra vöxt hennar.<sup>13</sup> Þá verður að hafa í huga að brot á 11. gr. samkeppnislaga er ekki háð því að sýnt sé fram á að viðkomandi aðgerð markaðsráðandi fyrirtækis hafi í raun haft áhrif á samkeppni heldur er nægilegt að aðgerðin sé líkleg til að hafa umrædd áhrif.<sup>14</sup>

<sup>10</sup> Í máli T-83/91 [1994] Tetra Pak v. Commission orðaði undirréttur EB regluna á eftirfarandi hátt: „The special responsibility not to allow its conduct to impair genuine undistorted competition on the common market which Article 86 of the Treaty imposes on an undertaking in a dominant position on a given market must be understood as prohibiting it from engaging in any conduct which is such to hinder the maintenance or the growth of the degree of competition still existing in a market where, as a result of the very presence of that undertaking, competition is weakened.“ Sjá einnig t.d. dóm dómstóls EB í máli nr. 322/81 *Michelin v. Commission* [1983] ECR 3461.

<sup>11</sup> Sjá t.d. mál nr. 395/96P *Compagnie Maritime Belge SA v. Commission* [2000] 4 CLMR 1076.

<sup>12</sup> 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 [nú 82 .gr.] of the treaty, regardless of the means and procedure by which it is achieved...“

<sup>13</sup> Sjá hér dóm dómstóls EB í máli nr. 85/76 *Hoffman-La Roche v. Commission* [1979] ECR 461.

<sup>14</sup> Sjá t.d. dóm dómstóls EB í máli nr. 6-7/73 *Commercial Solvents v. Commission* [1974] ECR 223.

Markaðsráðandi fyrirtæki er að ákveðnu marki heimilt að bregðast við og verja viðskiptahagsmuni sína þegar á þá er ráðist, sbr. m.a. umfjöllun í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 9/2006 *Misnotkun Flugþjónustunnar á Keflavíkurflugvelli ehf. á markaðsráðandi stöðu sinni*.<sup>15</sup> Er þetta oft nefnt að markaðsráðandi fyrirtæki sé heimilt að mæta samkeppni til þess að verja viðskiptalega hagsmuni sína ef á þá er gerð atлага. Þannig er markaðsráðandi fyrirtæki með vissum hætti heimilt að mæta samkeppni í þeim tilvikum er keppinautur snýr sér til viðskiptavina þess og bíður þeim hagstætt verð. Getur þetta leitt til þess að aðgerð markaðsráðandi fyrirtækis sem ella teldist misnotkun á slíkri stöðu er álitin lögmæt viðbrögð við samkeppni. Slík varnarviðbrögð verða hins vegar að byggjast á efnahagslegri frammistöðu fyrirtækisins og vera í samræmi við hagsmuni neytenda.<sup>16</sup> Slík viðbrögð verða einnig að vera í samræmi við meðalhóf og hafa verður hliðsjón af efnahagslegum styrk viðkomandi fyrirtækja.<sup>17</sup> Taka verður hins vegar skýrt fram að þessi heimild til að mæta samkeppni nær aðeins til varnaraðgerða og á ekki við ef raunverulegur tilgangur aðgerða er að styrkja markaðsráðandi stöðu og misnota hana.<sup>18</sup> Því er ekki unnt að byggja á heimild til að mæta samkeppni þegar markaðsráðandi fyrirtækið undirbýr og framkvæmir tilboð að eigin frumkvæði til viðskiptavina keppinauta sinna.

Í máli þessu liggur fyrir að Landssíminn kynnti tilboð sitt skömmu eftir að Og Vodafone kynnti kynningartilboð sitt á Akranesi. Þegar tilboð Landssímans er borið saman við kynningartilboð Og Vodafone kemur í ljós að þau eru að ýmsu leyti ólík. Þannig er tilboð Landssímans t.a.m. takmarkað með beinum hætti við íbúa Akraness sem búsettir eru í póstnúmeri 300, en engin slík takmörkun er gerð í kynningartilboði Og Vodafone. Þá er gildistími tilboðs Landssímans styttri en gildistími kynningartilboðs Og Vodafone, þ.e. frá 9. apríl 2005 til 31. maí 2005. Af erindi Og Vodafone má hins vegar ráða að tilboð fyrirtækisins hafi a.m.k. tekið gildi í byrjun apríl 2005 og staðið til 30. september 2005. Jafnframt var tilboð Landsímans ekki eins víðtækt og kynningartilboð Og Vodafone, sem m.a. fól í sér að nýir viðskiptavinir í fyrirframgreiddri þjónustu myndu fá inneign að tiltekinni upphæð sem og endurgjaldslaus smá- og myndskilaboð í mánuð. Ekki er unnt að líta svo á að Landsíminn hafi með tilboði sínu undirboðið Og Vodafone.

<sup>15</sup> Sjá t.d. dóm dómstóls EB í máli nr. 27/76 *United Brands v Commission* [1978] ECR 207.

<sup>16</sup> Sjá dómur undirréttar EB í máli nr. T-228/97 *Irish Sugar v Commission* [1999] ECR II-2969.

<sup>17</sup> Sjá dóm dómstóls EB í máli nr. 27/76 *United Brands v Commission* [1978] ECR 207: „Even if the possibility of a counter-attack is acceptable that attack must still be proportionate to the threat taking into account the economic strength of the undertakings confronting each other. “

<sup>18</sup> Sjá t.d. dóm dómstóls EB í máli nr. 27/76 *United Brands v Commission* [1978] ECR 207: „Although it is true ... that the fact that an undertaking is in a dominant position cannot disentitle it from protecting its own commercial interests if they are attacked, and that such an undertaking must be conceded the right to take such responsible steps as it deems appropriate to protect its said interests, such behaviour cannot be countenanced if its actual purpose is to strengthen this dominant position and abuse it.“ Sjá einnig Ritter og Braun, *European Competition Law*, þriðja útgáfa (2004) bls. 418 „... even a dominant firm may take measures of defensive nature based on criteria of economic efficiency, provided it is consistent with the interest of consumers. “

Með samanburði á tilboðum Og Vodafone og Landssímans telur Samkeppniseftirlitið ekkert benda til þess að tilgangur tilboðs Landssímans hafi í þessu tilviki sem hér um ræðir verið að þröngva Og Vodafone út af markaði fyrir farsímaþjónustu við einstaklinga heldur hafi umrætt tilboð verið þáttur í viðbrögðum fyrirtækisins við kynningartilboði Og Vodafone. Þá má og hafa í huga að tilboð það sem um ræðir í máli þessu gildi aðeins að takmörkuðu leyti á því markaðssvæði sem fyrirtækin keppa á. Telur Samkeppniseftirlitið að viðbrögð Landssímans hafi í máli þessu verið hófleg og því ekki falið í sér brot af hálfu fyrirtækisins á 11. gr. samkeppnislaga. Samkeppniseftirlitið telur því ekki ástæðu til íhlutunar í máli þessu. Önnur atriði sem Og Vodafone heldur fram í málinu breyta ekki þessu mati Samkeppniseftirlitsins.

**IV.**  
**Ákvörðunarorð:**

**„Ekki er ástæða til aðgerða af hálfu Samkeppniseftirlitsins í máli þessu.“**

Samkeppniseftirlitið

Páll Gunnar Pálsson