



SAMKEPPNISEFTIRLITIÐ

Mánudagur, 23. apríl, 2007

Ákvörðun nr. 17/2007

**Erindi Og fjarskipta hf. vegna meintrar misnotkunar
Landssíma Íslands hf. á markaðsráðandi stöðu á farsímamarkaði**

I.

Erindið

Samkeppnisstofnun barst erindi frá Og fjarskiptum hf. (hér eftir Vodafone) með bréfi, dags. 8. nóvember 2004. Í bréfi Vodafone er þess farið á leit við Samkeppnisstofnun að hún láti til sín taka aðgerðir Landssíma Íslands hf. (hér eftir Síminn) á markaði fyrir farsímaþjónustu. Í bréfinu kemur fram að þann 1. október 2004 hafi tekið gildi reglur Póst- og fjarskiptastofnunar um númeraflutning í farsímakerfum, sbr. reglur um númeraflutning nr. 401/2001 með síðari breytingum. Til þess að tryggja sem best hnökralausa framkvæmd hafi félögin gert með sér samkomulag um verklag við númeraflutning sem hafi verið kynnt Póst- og fjarskiptastofnun. Samkvæmt reglunum væri fyrirtækjunum heimilt að hafa samband við viðskiptavinum til þess að fá staðfest hvort óskað hafi verið eftir númeraflutningi.

Þá segir að þegar beiðnir um númeraflutninga hafi tekið að berast hafi nokkuð verið um að viðskiptavinir óskuðu eftir flutningi til Símans vegna þess að þeir hefðu keypt GSM farsíma hjá Símanum á niðurgreiddu verði en þeir símar væru læstir í kerfi Símans. Í slíkum tilvikum hafi Vodafone brugðist við með því að bjóðast til að mæta kostnaði við opnun símanna með samsvarandi inneign hjá fyrirtækinu. Að öðru leyti hafi öllum viðskiptavinum verið boðin sömu kjör.

Síðan segir að Síminn hafi hringt í þá viðskiptavinum sína, sem óskað hafi eftir númeraflutningi til Vodafone, og boðið þeim ýmis sérkjör gegn því að þeir féllu frá númeraflutningi. Hafi viðskiptavinum í áskrift verið boðin 3.000 kr. inneign og ókeypis SMS sendingar í sex mánuði. Viðskiptavinum í fyrirfram greiddri þjónustu hafi verið boðnar 500 kr. inneign á mánuði í sex mánuði. Þá hafi Síminn einnig hafið úthringingar í viðskiptavinum Vodafone og reynt að fá þá í viðskipti við Símann.

Telur Vodafone að framangreindar markaðsaðgerðir Símans séu brot á banni 11. gr. samkeppnislaga við misnotkun á markaðsráðandi stöðu.

Til stuðnings þessu segir í erindinu að Síminn hafi einstaka yfirburðastöðu á fjarskiptamarkaði. Þetta mál varði farsímamarkað á Íslandi, og þar hafi Síminn



haft 63% markaðshlutdeild samkvæmt könnun Póst- og fjarskiptastofnunar. Því sé ljóst að Síminn hafi verið ráðandi á þeim markaði.

Með því að beina sérstökum tilboðum, sem feli í sér sértæka afslætti (e. selective pricing), til þeirra viðskiptavina sem óskað hafi eftir því að hefja viðskipti við keppinaut hafi Síminn misbeitt markaðsráðandi stöðu sinni. Þar sem ekki hafi verið um almenn kjör að ræða sé augljóst að tilgangur Símans hafi verið að útiloka samkeppni. Einnig telur Vodafone að umræddum sérkjörum megi jafna við tryggðarafslætti sem brjóti í bága við 11. gr. samkeppnislaga en slíkir afslættir séu til þess fallnir að hindra viðskipti við keppinauta hins markaðsráðandi fyrirtækis. Einnig feli sérkjör sem þessi í sér mismunandi verðlagningu (e. discriminatory pricing) sem brjóti gegn 11. gr. samkeppnislaga.

Vodafone hafnar því að framangreindar markaðsaðgerðir verði réttlættar með vísan til þess að Síminn hafi verið að bregðast við samkeppni. Í þessu máli hátti svo til að aðgerðirnar hafi eingöngu beinst að mögulegum viðskiptavinum eins tiltekkins keppinautar. Í þeim hafi falist beinn ásetningur um að beita markaðsráðandi stöðu Símans til þess að útiloka keppinautinn á markaði.

Með bréfi Vodafone fylgdi afrit af samkomulagi Vodafone og Símans um verklag vegna númeraflutnings í farsímanetum.

Samkeppnisstofnun barst annað erindi frá Og fjarskiptum hf. (hér eftir Vodafone) með bréfi, dags. 24. nóvember 2004. Í bréfinu er þess farið á leit að Samkeppnisstofnun láti til sín taka misnotkun Landssíma Íslands hf. (hér eftir Síminn) á markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir farsímaþjónustu. Í erindinu kemur fram að Síminn hafi um nokkurt skeið boðið til sölu GSM farsíma á niðurgreiddu verði sem séu læstir í farsímakerfi Símans. Telur Vodafone að niðurgreiðslur þessar feli í sér skaðlega undirverðlagningu og ólögmeða samvinnun sem brjóti í bága við 11. gr. samkeppnislaga nr. 8/1993.

Vodafone telur að um sé að ræða markað fyrir farsímaþjónustu og markað fyrir sölu á farsímum og að landfræðilegi markaðurinn sé landið allt. Síminn sé með 63% markaðshlutdeild á markaði fyrir farsímaþjónustu og að ætla megi að hlutdeild Símans á markaði fyrir sölu á farsímum sé umtalsverð.

Með erindinu fylgdi yfirlit sem Vodafone telur að sýni að í einstaka tilfellum hafi verið um verðlagningu undir kostnaði að ræða sem feli í sér skaðlega undirverðlagningu í skilningi samkeppnisréttar. Telur Vodafone að niðurgreiðslurnar verði ekki réttlættar með kostnaðarlegum rökum. Þá telur Vodafone að með því að læsa niðurgreiddum sínum í farsímakerfi Símans hafi verið um samvinnun (e. tie-in) að ræða sem koma eigi í veg fyrir að viðskiptavinir geti átt viðskipti við keppinauta og brjóti það í bága við 11. gr. samkeppnislaga.

Þá segir í erindinu að ekki skipti máli þó unnt sé að fá símtækin opnuð gegn greiðslu. Háttsemin verði að teljast sérstaklega alvarleg í ljósi reglna nr.



401/2001 um númeraflutning í farsímakerfum. Tekið er fram að Vodafone hafi látið af læsingum á farsímum vegna framangreindra reglna um númeraflutning.

Að lokum segir að brot á 11. gr. samkeppnislaga sé ekki háð því að sýnt sé fram á að markaðshæðun sem um ræðir hafi haft skaðleg áhrif á samkeppni heldur sé nægjanlegt að líklegt sé að hún geti haft slík áhrif. Þess er því farið á leit að Samkeppnisstofnun láti án tafar til sín taka umrædda háttsemi Símans.

Með erindinu fylgdu yfirlit um sölutölur apríl – ágúst 2004, reikningar frá Símanum fyrir opnun síma, reikningur frá Símanum vegna sölu á niðurgreiddum síma, yfirlýsing um verð GSM farsíma frá Hátækni ehf. og auglýsingar Símans á farsímum.

II.

Málsmeðferð

1.

Erindi Vodafone voru send til umsagnar Símans með bréfum, dags. 15. og 26. nóvember 2004.

Umsögn Símans barst í bréfi, dags. 13. desember 2004. Í upphafi er vísað til þessara tveggja erinda Vodafone og sagt að í báðum tilvikum hafi Síminn einfaldlega verið að bregðast við aðgerðum keppinautar á markaði. Í báðum tilvikum hafi viðbrögðin verið hófstilltari en hegðun Vodafone hefði gefið tilefni til. Þá segir að vegna mikilla breytinga sem orðið hafi á gerð fjarskiptamarkaðarins, síðast með kaupum Vodafone á Frétt ehf. og Íslenska útvarpfélaginu hf., telji Síminn komið að ákveðnum vatnaskilum hvað varði beitingu 11. gr. samkeppnislaga á einstökum undirmörkuðum fjarskipta. Einungis geti verið um að ræða brot á ákvæðum 11. gr. samkeppnislaga, þegar fyrirtæki sem um ræðir hafi markaðsráðandi stöðu á skilgreindum markaði og hafi misnotað þá stöðu.

Síminn telur að umrædd erindi Vodafone gefi ekki tilefni til andsvara fyrr en samkeppnisráð hefur skorið úr um hvort fyrirtækið hafi enn markaðsráðandi stöðu á einstaklingsmarkaði fyrir farsímaþjónustu.

Af hálfu Símans er gerð sú aðalkrafa að samkeppnisráð hafni erindum Vodafone alfarið þar sem Síminn hafi ekki markaðsráðandi stöðu á einstaklingsmarkaði fyrir farsímaþjónustu. Til vara er gerð sú krafa að Vodafone verði ásamt Símanum skilgreind sem fyrirtæki með „sameiginlega markaðsráðandi stöðu“ í skilningi samkeppnisréttar.

1.1 Aðalkrafa Símans

Síminn telur að í máli þessu sé þjónustumarkaðurinn einstaklingsmarkaður fyrir farsímaþjónustu.

Síminn færir ýmis rök fyrir því að fyrirtækið sé ekki í markaðsráðandi stöðu. Í fyrsta lagi telur Síminn að rétt sé að skilgreina landfræðilega markaðinn þrengra



en gert hafi verið til þessa. Því til stuðnings vísar Síminn í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 5/1998 varðandi yfirtöku Myllu-Brauðs á Samsölubakaríi, þar sem landfræðilegi markaðurinn var skilgreindur út frá þeim landssvæðum þar sem bæði fyrirtækin höfðu selt mestan hluta framleiðsluvöru sinnar. Síminn bendir á að Vodafone hafi selt yfirgnæfandi hluta þjónustu sinnar á þéttbýlissvæðum og helsti markhópur fyrirtækisins sé ungt fólk á höfuðborgarsvæðinu. Öll markaðsfærsla Vodafone hafi einkennst af þessari staðreynd. Þessu til staðfestingar vísar Síminn í kannanir Gallup þar sem fram komi að Síminn hafi haft um [...]% markaðshlutdeild í Reykjavík og nágrennasveitarfélögum og á bilinu [...]% til [...]% hjá ungu fólki á sömu svæðum.¹ Þetta telur Síminn undirstrika að samkeppnisskilyrði á þéttbýlissvæðum séu nægilega lík til þess að unnt sé að greina þau frá þeim sem ríki í dreifbýli.

Þá bendir Síminn á að samkvæmt nýlegum leiðbeiningarreglum framkvæmdastjórnar EB um markaðsgreiningu og mat á umtalsverðri markaðshlutdeild samkvæmt nýju regluverki fjarskipta, skuli við mat á staðgöngu eftirspurnarhliðar m.a. taka mið af „current patterns of purchase“ þegar landfræðilegi markaðurinn sé skilgreindur.

Í öðru lagi segir að við mat á markaðsráðandi stöðu skipti markaðshlutdeild verulegu máli svo og staða keppinauta. Samkeppnisráð hafi sérstaklega tekið fram að hlutfallsleg stærð viðkomandi fyrirtækis gagnvart keppinaut skipti máli. Síminn telur að fyrirtækið sé ekki með markaðsráðandi stöðu á umræddum markaði vegna sterkrar stöðu helsta keppinautar. Síminn geti ekki annað en tekið tillit til keppinautarins og brugðist við aðgerðum hans á markaði. Af sömu ástæðu geti Síminn ekki annað en tekið tillit til viðskiptavina enda sé ljóst að hækki félagið verð á farsímamarkaði muni hlutdeild þess á þeim markaði minnka. Með samruna Tals, Íslandssíma og Halló hafi öflugur og verðugur keppinautur á fjarskiptamarkaði orðið til. Keppinauturinn hafi síðan enn frekar styrkt stöðu sína með kaupum á Margmiðlun, Frétt og Íslenska útvarpsfélaginu auk þess að hafa gert umfangsmikinn samning við Orkuveitu Reykjavíkur um leigu og aðgang að ljósleiðaraneti Orkuveitunnar. Hér til viðbótar megi nefna „strategískt“ samstarf Vodafone við stærsta farsímarísa veraldar, Vodafone Group, sem leiði til aðgangs að markaðslegum og tæknilegum lausnum farsímarísans. Að mati úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála, sbr. úrskurð nr. 3/2003, frá 23. október 2003, muni þessi samningur styrkja fyrirtækið í markaðsfærslu í framtíðinni.

Í þriðja lagi bendir Síminn á að aðgangshindranir séu litlar. Fyrirtæki geti ekki varið markaðshlutdeild, sama hversu há hún kunni að vera, ef það hyggist nýta sér stöðu sína til að ná „einokunargröða“. Í því sambandi megi nefna að engum lagalegum hindrunum sé til að dreifa enda meginmarkmið gildandi fjarskiptalaga að efla virka samkeppni. Að mati Símans tryggi fyrirmæli fjarskiptalaga, um aðgang að dreifikerfum keppinauta, að mögulegur sokkinn kostnaður sé ekki aðgangshindrun á farsímaþjónustumarkaði. Þá telur Síminn að hann hafi ekki

¹ Upplýsingar innan hornklofa [...] eru trúnaðarupplýsingar og verða ekki birtar í ákvörðun þessari. Tölulegar upplýsingar kunna þó að vera birtar á tilteknu bili, t.d. [20-25]%.



tæknilega yfirburði gagnvart Vodafone og minnir á samstarfið við Vodafone Group. Gagnvart samkeppni frá mögulegum þriðja aðila er vísað til ákvæða 28. og 35. gr. fjarskiptalaga. Ekki telur Síminn að halli á Vodafone hvað varðar aðgang að fjármagni og vísar meðal annars í efnahagsstyrk Baugs Group sem fari með yfirráð í félaginu.

Að lokum segir að vegna umtalsverðs árangurs Vodafone og styrkingu félagsins á tvíkeppnismarkaði verði að telja útilokað fyrir samkeppnisráð, að komast að þeirri niðurstöðu að Síminn hafi enn, einn og sér, markaðsyfirráð á farsímamarkaði. Vísað er m.a. til dómaframkvæmdar um sameiginleg markaðsyfirráð, sbr. Vodafone/Airtouch málið. Í því máli hafi aðili með 50-60% (D2 og E-Plus) hlutdeild á farsímamarkaði í Þýskalandi ekki talist ráðandi einn og sér. Ástæðan hafi verið hlutdeild T-Mobile á markaði sem hafi verið á bilinu 35-45%.

1.2 Varakrafa Símans

Fyrir varakröfunni, sem er krafa um að félögin tvö, Síminn og Vodafone, verði skilgreind sem sameiginlega ráðandi á farsímamarkaði, færir Síminn fram sömu rök hvað varðar skilgreiningu á markaði og markaðshlutdeild og í aðalkröfunni.

Í öðru lagi segir að skv. 1. mgr. 11. gr. samkeppnislaga, eins og henni hafi verið breytt með 4. gr. laga nr. 107/2000, sé misnotkun eins eða fleiri fyrirtækja á markaðsráðandi stöðu bönnuð. Í athugasemd með frumvarpinu, sem varð að lögum nr. 107/2000, segi að svokölluð fákeppnis- eða sameiginleg markaðsráðandi staða falli undir ákvæðið. Með þessu sé átt við að tvö eða fleiri sjálfstæð fyrirtæki, sem hvert um sig hafi ekki markaðsráðandi stöðu, geti sameiginlega haft slíka stöðu ef það eru efnahagsleg tengsl milli þeirra sem leitt geti til þess að þau fyrirtæki hegði sér í aðalatriðum eins og eitt markaðsráðandi fyrirtæki. Í nýlegri dómaframkvæmd hafi Evrópudómstóllinn fallið frá skilyrðinu um efnahagsleg tengsl milli fyrirtækja sem starfi á fákeppnismarkaði til að um sameiginlega markaðsráðandi stöðu geti verið að ræða. Vísar Síminn í þessu sambandi til svokallaðra „Gencor“ og „Compagnie maritime belge“ mála. Af þessu leiði að þrátt fyrir að efnahagsleg tengsl milli fyrirtækja geti gefið til kynna sameiginleg markaðsyfirráð, geti markaðsgerðin á fákeppnismarkaði ein og sér einnig leitt til sömu niðurstöðu. Þessi breytta framkvæmd hafi nú þegar ratað inn í regluverk á sviði fjarskipta varðandi möguleika á sameiginlegum markaðsyfirráðum.

Þá hafi framkvæmdastjórnin tvisvar komist að þeirri niðurstöðu að um sameiginlega markaðsráðandi stöðu hafi verið að ræða á farsímaþjónustumarkaði. Hafi í báðum tilfellum verið um samrunamál að ræða, annars vegar Vodafone/Airtouch málið og hins vegar France Telecom/Orange málið, þar sem samruni hafi verið heimilaður gegn ákveðnum skilyrðum.

Í Vodafone/Airtouch málinu hafi framkvæmdastjórnin komist að þeirri niðurstöðu að vegna stöðu og markaðshlutdeildar T-Mobil á farsímamarkaði á bilinu 35-45%, myndi markaðshlutdeild samrunafélagsins á bilinu 50-60% ekki leiða til þess að samrunafélagið væri markaðsráðandi eitt og sér á farsímamarkaði í Þýskalandi. Þetta sé afar mikilsverð niðurstaða og styðji eindregið, að útilokað sé fyrir



samkeppnisráð að telja Símann markaðsráðandi einan og sér á íslenskum farsímamarkaði. Nægi í þessu samabandi að minna á að Vodafone byggði á að eigin markaðshlutdeild á farsímamarkaði á Íslandi sé 37%.

Í France Telecom/Orange málinu hafi framkvæmdastjórnin komist að þeirri niðurstöðu að fyrir innkomu þriðja aðilans, Orange, hafi Proximus og Mobistar verið í sameiginlega markaðsráðandi stöðu á farsímamarkaði í Belgíu. Proximus hafi ekki talist hafa verið ráðandi eitt og sér þrátt fyrir vel yfir 60% markaðshlutdeild. Teljist þetta í öllu falli mikilsvert fordæmi.

Að lokum segir í umsögninni að þessi umræddu erindi Vodafone endurspegli þann grundvallarmisskilning að markmið og tilgangur samkeppnislaga sé að vernda keppinaut, í þessu tilviki fjölmiðla- og fjarskiptarisann Vodafone, í samkeppni við Símann. Síminn ítrekar að samkeppnislög eigi að vernda virka samkeppni á markaði, neytendum til góða og nú sé svo komið að neytendur eigi óhindrað að fá að njóta afsláttarkjara og annarra tilboða Símans. Tími inngrípa frá samkeppnisyfirvöldum í kjölfar ítrekaðra kvartana frá verðugum keppinaut eigi að vera liðinn. *„Komi til tvíkeppnisverðhegðunar (e. duopolistic pricing behaviour) getur samkeppnisráð ávallt á síðari stigum gripið til aðgerða, gegn báðum fyrirtækjum, ef sameiginlegum markaðsyferráðum er misbeitt.“*

Fallist samkeppnisráð ekki á að létta beri skyldum og kvöðum samkeppnisréttarins af farsímarekstri Símans telur Síminn einsýnt að Vodafone deili þeim með Símanum.

Umsögn Símans var send Vodafone með bréfi, dags. 14. desember 2004, og óskað athugasemda ef einhverjar væru.

2.

Umsögn Vodafone barst í bréfi, dags. 12. janúar 2005. Í upphafi krefst Vodafone þess að kröfum Símans verði hafnað. Auk þess óskar félagið eftir því að umrædd tvö erindi verði sameinuð í eitt mál.

Vodafone telur það fjarstæðu að kaup félagsins á Íslenska útvarpfélaginu ehf. og Frétt ehf. komi til álita við mat á markaðsráðandi stöðu Símans á einstaklingsmarkaði fyrir farsímaþjónustu. Við mat á því hvort fyrirtæki hafi misnotað markaðsráðandi stöðu beri, samkvæmt hefðbundinni beitingu samkeppnislaga, að líta til þess sem þegar er orðið (ex post) en ekki til framtíðarstöðu á markaði (ex ante).

Um aðalkröfu Símans segist Vodafone vera sammála þeirri skilgreiningu Símans að þjónustumarkaður í máli þessu sé einstaklingsmarkaður fyrir farsímaþjónustu. Aftur á móti er Vodafone ósammála Símanum um skilgreiningu á landfræðilegum markaði og telur hann vera landið allt og styður það með því að bæði félögin þjóni landinu öllu, lagaleg skilyrði fyrir rekstur farsímakerfa séu þau sömu á landinu öllu og að félögin geri ekki greinarmun milli landshluta hvað varðar verðlagningu og framboð þjónustu.



Þá segir Vodafone það óhrakið af hálfu Símans að Síminn hafi um 63 – 65% markaðshlutdeild á farsímamarkaði ef miðað er við fjölda áskrifenda. Alkunna sé að almennt teljist fyrirtæki vera markaðsráðandi ef markaðshlutdeild þess sé 50% eða meiri. Fyrirtæki í slíkri stöðu beri sönnunarbyrði fyrir því að aðstæður á markaði séu svo sérstakar að slík markaðshlutdeild leiði ekki til ráðandi stöðu og það telur Vodafone að Síminn hafi ekki gert. Við þetta sé því að bæta að sterk staða fyrirtækis á einum markaði geti haft áhrif á stöðu þess á skyldum mörkuðum. Ekki sé nauðsynlegt að markaðsráðandi staða, misnotkun slíkrar stöðu og áhrif þeirrar misnotkunar eigi sér stað á sama markaði. Hafa beri í huga að Síminn sé með 80% markaðshlutdeild á markaði fyrir talsímabjónustu og 75% hlutdeild á almennum fjarskiptamarkaði.

Vodafone hafnar því að kaup félagsins á öðrum fjarskiptafélögum og fjölmiðlum og samstarfssamningur þess við Vodafone Group, breyti því að Síminn, með rúmlega 60% markaðshlutdeild, verði metinn með markaðsráðandi stöðu á umræddum markaði. Samkeppnisráð hafi áður hafnað þessum rökum og ekkert hafi nýtt komið fram sem breyta ætti þeirri afstöðu. Ekki verði heldur séð að niðurstaða úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála varðandi túlkun á eldri fjarskiptalögum skipti sköpum við mat samkeppnisráðs á markaðsyfirráðum Símans í ljósi samkeppnislaga.

Hvað varðar aðgang að fjarskiptamarkaði þá hafnar Vodafone alfarið rökum Símans. Í fyrsta lagi geti verið nokkrar lagalegar hindranir á því að koma á fót fjarskiptabjónustu sem felist í ýmsum skilyrðum sem Póst- og fjarskiptastofnun sé heimilt að setja. Skilyrðin geti varðað alþjónustukvaðir, samtengingu neta, umhverfisvernd og skipulag. Í öðru lagi telur Vodafone, að þrátt fyrir að í fjarskiptalögum sé réttur til reikis í kerfi annarra farsímafyrirtækja til staðar, sé alltaf um nokkurn sokkinn kostnað að ræða sem felist í lágmarksbúnaði til að geta veitt farsímabjónustu. Í þriðja lagi er því hafnað að samstarfssamningur við Vodafone Group veiti Vodafone tæknilega yfirburði gagnvart Símanum. Í fjórða lagi segir að við mat á aðgangi að fjármagni beri að líta til fjárhagslegrar afkomu félaganna og hlutfalls eigin fjár af skuldum. Í því ljósi sé augljóst að nokkur munur sé á milli Vodafone og Símans. Í fimmta lagi séu yfirburðir Símans í markaðsfærslu umtalsverðir í krafti fjármagnsstyrks fyrirtækisins og skipti þá engu máli samningurinn við Vodafone Group þar sem eingöngu sé um að ræða kaup á afnotum af vörumerki hins síðarnefnda með ærnum tilkostnaði.

Varakröfu Símans telur Vodafone vera fráleita bæði að því er varðar það mál sem hér sé til umfjöllunar og beitingu samkeppnisréttar almennt. Ekki verði séð að kröfugerð Símans sé tæk til efnisumfjöllunar í máli þessu. Málið snúist um hugsanlega misbeitingu Símans á markaðsráðandi stöðu á umræddum markaði. Það ætti því að vera augljóst að komist samkeppnisráð að þeirri niðurstöðu að Síminn njóti ekki slíkrar stöðu á skilgreindum markaði beri ráðinu ekkert að aðhafast frekar.

Þá segir að ekki sé hægt að komast að þeirri niðurstöðu að á tilteknum markaði sé til að dreifa bæði markaðsráðandi stöðu eins fyrirtækis (e. single dominance) og tveggja (e. collective dominance), eins og Síminn virðist að einhverju leyti



gera ráð fyrir. Einnig virðist Síminn rugla saman mati á markaðsráðandi stöðu við beitingu 11. gr. samkeppnislaga annars vegar og mati sem Póst- og fjarskiptastofnun beri að framkvæma samkvæmt fjarskiptalögum hins vegar. Beiting 11. gr. samkeppnislaga feli í sér mat á stöðu á markaði eins og hún liggja fyrir (ex post mat). Mat á stöðu fyrirtækja á fjarskiptamarkaði samkvæmt 16. og 17. gr. fjarskiptalaga feli hins vegar í sér að horft sé til framtíðar þegar markaðsyferráð eru metin (ex ante mat). Slíkt mat sé forsenda þess að unnt sé að leggja á fyrirtæki sérstakar kvaðir sem kveðið er á um í fjarskiptalögum.

Í umsögninni kemur fram að við mat á því hvort um sameiginleg markaðsyferráð sé að ræða sé grundvallaratriði, líkt og einnig þegar beita á samkeppnisreglum, að fyrir liggja greinargott hagfræðilegt mat á aðstæðum á tilteknum markaði. Ekki verði séð að Síminn hafi framkvæmt slíkt mat í máli þessu. Í þeim málum sem Síminn tilgreini að ákvarðanir framkvæmdastjórnar EB hafi leitt til niðurstöðu um sameiginleg markaðsyferráð hafi verið byggt á samrunareglugerðinni. Í þeim tilvikum feli ákvarðanirnar í sér mat á markaðsaðstæðum þar sem horft er til framtíðar (ex ante). Vodafone hafnar því alfarið að slíkar ákvarðanir geti verið fordæmisgefandi í því máli sem hér er til umfjöllunar.

Að lokum segir að Vodafone telji engar forsendur fyrir því að taka kröfugerð Símans til greina í máli þessu. Félagið áréttar ósk sína um að samkeppnisyfirlönd láti til sín taka markaðsaðgerðir Símans sem feli í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu.

Umsögn Vodafone var send Símanum með bréfi, dags. 13. janúar 2005, til umsagnar. Einnig var samþykkt af hálfu Samkeppnisstofnunar að sameina umrædd erindi í eitt mál.

3.

Umsögn Símans barst í bréfi, dags. 25. febrúar 2005, og er þar samþykkt að umrædd tvö erindi verði sameinuð.

Í umsögninni segir að þar sem hér sé um slíkt grundvallaratriði að ræða geri Síminn þá kröfu að samkeppnisráð taki rökstudda stjórnvaldsákvörðun um aðalkröfuna áður en félagið veiti efnisleg andsvör við þeim ávirðingum sem fram komi í upphaflegum erindum Vodafone. Þá segir að eðlilegt sé með tilliti til meðalhófssjónarmiða, að efnismeðferð málsins frestist þar til afstaða til aðalkröfu liggja fyrir, enda kunni íþyngjandi efnismeðferð að vera með öllu óþörf. Vegna þessa telur Síminn ekki ástæðu til að gera frekari grein fyrir varakröfu sinni að svo stöddu, en ítrekar öll sjónarmið sem fram hafa komið.

Síminn áréttar að á tvíkeppnismarkaði, sem eigi við í máli þessu, geti félög ekki hegðað sér án þess að taka tillit til hvors annars og á endanum neytenda. Því sé mótmælt að Síminn rugli saman mati á markaðsráðandi stöðu við beitingu samkeppnislaga annars vegar og fjarskiptalaga hins vegar. Stuðst sé við sama hugtakið í báðum tilfellum. Þá er því einnig mótmælt að greinarmunur sé á hugtakinu markaðsráðandi staða, eftir því hvort um sé að ræða samrunamál eða mál sem varða misbeitingu markaðsyferráða.



Til frekari rökstuðnings aðalkröfu sinni bendir Síminn á að í svokölluðu Meridian Communications máli hafi írskur dómstóll komist að þeirri niðurstöðu að Eircell (nú Vodafone) væri ekki með markaðsráðandi stöðu þrátt fyrir 60% markaðshlutdeild á farsímaþjónustumarkaði. Málið sé mikilsvert fordæmi enda sé írski dómstóllinn að túlka írskar samkeppnisreglur til samræmis við samkeppnisreglur EB.

Síminn rekur síðan þróun markaðshlutdeildar á farsímaþjónustumarkaði þar sem fram kemur að markaðshlutdeild Símans hafi lækkað mjög skarpt á fyrstu tveimur árum samkeppninnar eða niður í um 70% og sé á árinu 2004 áætluð um 63% og hlutdeild Vodafone um 37%.

Sé litið til þróunar verðlagningar fyrir farsímaþjónustu sé ljóst að hún hafi farið hratt lækkandi allt frá því að samkeppni kom til sögunnar að undanskildu verði milli farsímaþjónustuaðila. Ástæðan fyrir háu verði í farsímaþjónustu Vodafone sé sú að gjald fyrir lúkningu símtala í því farsímaneti sé um 50% hærra á dagtaxta en samsvarandi endagjald í farsímaneti Símans.

Þessi þróun skiptir máli að mati Símans og beri samkeppnisyfirlit að taka mið af henni. Helstu atriðin séu veruleg lækkun markaðshlutdeildar Símans, sterk staða keppinautar sem komi í veg fyrir að Síminn geti hegðað sér að verulegu leyti án þess að taka tillit til hans, aðgangshindranir hafi minni áhrif vegna þess að vaxtahindranir séu lágar og þó að verð á farsímaþjónustumarkaði sé enn tiltölulega hátt, þýði það ekki að Síminn hafi styrkleika til þess að beita sér án þess að taka tillit til keppinauta.

Að lokum segir að mikilvægt sé að fá þessa niðurstöðu staðfesta af samkeppnisráði þar sem núverandi staða aðila á tvíkeppnismarkaði fái ekki staðist og sé ekki til hagsbóta fyrir neytendur. Þvert á móti dragi núverandi staða úr hvata til áframhaldandi verðlækkana og annarra tilboða á þessum mikilvæga neytendamarkaði.

4.

Í bréfi Samkeppnisstofnunar til Símans, dags. 4. apríl 2005, segir í tilefni af ósk Símans um sérstaka stjórnsluákvörðun sem fjalli eingöngu um stöðu félagsins og Og fjarskipta ehf. á héraðsmarkaði, að samkeppnisyfirlit muni í þessu máli, eins og almennt gerist í samkeppnismálum, taka afstöðu til allra efnisþátta þess í einu lagi. Í ljósi þessa sé Símanum gefinn kostur á að gefa umsögn um efni málsins.

5.

Umsögn Símans barst í bréfi, dags. 14. apríl 2005, sem tekur til erinda Vodafone, annars vegar frá 8. nóvember 2004 um markaðsaðgerðir á farsímaþjónustumarkaði og hins vegar frá 24. nóvember 2004 um læsingu á farsímaþjónustu og meinta niðurgreiðslu.



5.1 Markaðsaðgerðir á farsímamarkaði

Í umsögn Símans er því haldið fram að lýsing Vodafone á málavöxtum dragi ekki upp rétta mynd af staðreyndum. Hið rétta sé að skömmu eftir að skyldu til númeraflutnings var komið á hafi Vodafone haft samband við viðskiptavini sem gert höfðu skriflegan samning við Símann um flutning farsímaviðskipta til hans, og gert þeim ýmis kostaboð til að halda þeim áfram í viðskiptum.

Síminn hafi ákveðið að bregðast ekki við þessum markaðsaðgerðum heldur óskað eftir því að Póst- og fjarskiptastofnun hlutaðist til um að banna Vodafone háttsemina enda væri hún ólögmat. Á fundi sem Póst- og fjarskiptastofnun boðaði til með aðilum hafi Vodafone lýst því yfir að félaginu væri þetta heimilt. Símann hafi krafist þess að stofnunin stöðvaði framgöngu Vodafone ella væri Símanum heimilt að mæta tilboðum keppinautarins. Síðan segir „*Afstaða PFS var ekki kynnt á fundinum en því var þó lýst yfir af hálfu fulltrúa stofnunarinnar að ekki fengist séð hvernig það kæmi niður á neytendum að slegist væri um þá.*“ Símann hafi áréttað afstöðu sína í tölvupósti til Póst- og fjarskiptastofnunar og sagst líta svo á, að ef stofnunin aðhefðist ekkert í málinu fyrir 8. nóvember 2004, þá teldi stofnunin háttsemi Vodafone lögmat og Símann áskildi sér þá rétt til þess að mæta tilboðum Vodafone. Þann sama dag hefði Vodafone sent umrætt erindi til Samkeppnisstofnunar.

Þá segir að á þessum tíma hafi Símanum borist ítrekaðar kvartanir þar sem númer viðskiptavina Símans hefðu verið flutt til Vodafone gegn vilja þeirra. Símann hafi því verið knúinn til þess að hringja í þá viðskiptavini, fyrir hverja beiðni um númeraflutning lá fyrir, til þess að fá staðfestingu þeirra á beiðninni. Í nokkrum tilvikum hafi komið í ljós að ekki hefði verið óskað eftir flutningi af þeirra hálfu og hafi númerflutningi því verið hafnað.

Síðan segir að Vodafone hafi haft samband við viðskiptavini Símans, með hringingum eða eftir öðrum leiðum, með ýmis tilboð. Í samtölum starfsmanna Símans og viðskiptavina hafi þeir síðarnefndu gjarnan, að fyrra bragði, beðið Símann um tilboð sem gæti að einhverju leyti komið til móts við tilboð Vodafone. Fyrst í stað hafi verið svarað að slíkt væri ekki í boði. Síðar hafi verið ákveðið að mæta tilboðum Vodafone upp að vissu marki enda hafi Póst- og fjarskiptastofnun ekki gert athugasemdir við aðgerðir Vodafone.

Tilboð Vodafone hafi m.a. verið 3.000 kr. í inneign, opnun læsts síma hjá Símanum, engin mánaðargjöld í tvo mánuði og frí simtöl í tvö GSM númer gegn samningi í 12 mánuði. Í skilmálum samnings hafi riftunargjald verið 5.000 kr. og áskilinn réttur til að gjaldfella þau mánaðargjöld sem ógreidd væru af samningstíma við riftun.

Tilboð Símans hafi verið 3.000 kr. í inneign, það hafi ekki verið samningsbundið og hafi því viðskiptavinir sem tóku tilboðinu getað hætt í viðskiptum við Símann þegar þeim hentaði. Það sé rangt sem fram komi í erindi Vodafone að viðskiptavinum hafi verið boðnar ókeypis SMS sendingar í sex mánuði. Eingöngu hafi verið um að ræða 3.000 kr. í inneign, nánar tiltekið 500 kr. á mánuði í sex mánuði.



Síminn telur að tilboði Vodafone hafi verið hóflega svarað með tilliti til þrýstings frá hópi viðskiptavina sem, vegna söluáttaks Vodafone, hafi óskað eftir viðbrögðum Símans. Síminn telji sér fullheimilt að mæta samkeppni á tvíkeppnismarkaði með þessum hætti, neytendum til hagsbóta.

Þá segir að kjör Vodafone hafi ekki verið almenn en því sé haldið fram í erindi félagsins.

Með vísan til þessa er því hafnað að aðgerðir Símans sem kvartað er yfir hafi falið í sér brot á 11. gr. samkeppnislaga.

5.2 Læsing á farsímum og meint niðurgreiðsla þeirra

Síminn kveður erindi Vodafone vera efnislega sama og erindi sem Samkeppnisstofnun tilkynnti Vodafone, með bréfi dags. 17. september 2004, að stofnunin væri hætt að rannsaka. Hafi Vodafone ekki gert athugasemd við þá ákvörðun.

Umrætt erindi hafi lotið að því að Símanum yrði bannað að beita viðskiptaháttum sem Tal hf. og síðan Vodafone stunduðu um árabíl. Síminn hefði með bréfi, dags. 11. apríl 2003, tilkynnt Samkeppnisstofnun þau áform sín að bjóða viðskiptavinum hjá Símanum þann valkost að kaupa GSM síma, sem væru læstir fyrir önnur kerfi en Símans, á lægra verði en ólæsta síma. Skilyrði fyrir kaupunum væri að viðskiptavinur bindi sig í 12 mánuði í viðskipti við Símann en eftir það væri hægt að fá símann opnaðan gegn greiðslu. Tekið hafi verið fram að þess yrði gætt að raska ekki samkeppni á notendabúnaðarmarkaði fyrir farsíma. Í júní 2003 var áformum Símans hrint í framkvæmd og 30. júní 2003 sendi Vodafone erindi til Samkeppnisstofnunar vegna læsinga og meintrar niðurgreiðslu Símans. Eins og að ofan greinir var hætt að rannsaka það mál í september 2004 án athugasemda frá Vodafone.

Af hálfu Símans er bent á að í bréfi til Samkeppnisstofnunar, dags. 15. apríl 2004, hafi Síminn gert þá kröfu, sem enn hafi ekki verið sinnt, að samkeppnisyfirvöld ljúki án frekari tafa rannsókn sem staðið hefur yfir allt frá árinu 2000 og lýtur að stórfelldum niðurgreiðslum og læsingu GSM farsíma af hálfu Tals og nú Vodafone. Það að samkeppnisyfirvöld ætlist til þess að Síminn tjái sig um enn eitt erindi frá Vodafone, áður en hinu fimm ára gamla máli ljúki, sé með öllu óásættanlegt. Komi nú til álita að málsmeðferð Samkeppnisstofnunar á málinu frá 2000 verði kærð til áfrýjunarnefndar samkeppnismála.

Síminn átelur Samkeppnisstofnun fyrir að hafa ekki vísað frá, að eigin frumkvæði, erindi Vodafone frá 24. nóvember 2004. Erindið hafi verið sent nákvæmlega tveimur mánuðum eftir að Samkeppnisstofnun hafi lokað hliðstæðu máli. Eina nýja málsástæða Vodafone væri vísun í reglur Póst- og fjarskiptastofnunar frá 1. október 2004 um númeraflutning í farsímakerfum. Vodafone telji að með kröfu um greiðslu fyrir opnun símtækis sé Síminn að binda viðskiptavini við fyrirtækið og þannig að hindra samkeppni. Þetta er að mati Símans óvenju fráleitt vegna



Þess að í 4. gr. samkomulags milli Símans og Vodafone um númeraflutning segi að samningsaðilar skuli opna fyrir læsta síma gegn hæfilegu gjaldi.

Í umsögn Símans er það sagt alrangt, sem haldið sé fram í erindi Vodafone, að Síminn stundi skaðlega undirverðlagningu á símtækjum. Þó svo að sannað verði að Síminn hafi verðlagt í einstaka tilfellum síma undir kostnaðarverði, t.d. með tímabundnum afmælistilboðum, sé engan veginn hægt að komast að þeirri niðurstöðu að um skaðlega undirverðlagningu hafi verið að ræða.

Í erindi Vodafone sé því haldið fram að „lágmarkshlutfall framlegðar“ af sölu farsíma eigi að vera 15%. Síminn hafnar því alfarið að eitthvert slíkt eitt viðmið sé algilt og vísar til viðurkenndrar framlegðar af sölu á tölvubúnaði. Sala á notendabúnaði sé ekki hluti af kjarnastarfsemi Símans og því sé ekki markmið Símans að ná sem hæstri framlegð af sölu á GSM símum. Síminn hafi á árinu 2004 selt um [...] þúsund GSM síma og því sé ljóst að hægt sé að komast af með mjög litla framlegð til þess að salan standi undir kostnaði.

Þá vísar Síminn í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 13/2004 vegna erindis eMax vegna ADSL tilboða Símans og Vodafone. Þar hafi verið fallist á þau sjónarmið Símans að framlegð af þjónustu geti staðið undir kostnaði vegna þess búnaðar sem fylgi þjónustunni.

Þá segir að mikillar ónákvæmni gæti í verðupplýsingum á farsímum sem fylgdu erindi Vodafone og því verði að leggja upplýsingar frá Símanum til grundvallar í málinu. Að teknu tilliti til þess þá hafi framlegð af sölu þeirra farsíma sem fjallað sé um í erindinu verið [...] % í nóvember 2004.

Með erindi Vodafone fylgdi einnig afrit af auglýsingu Símans í ágúst 2004. Tilboðin sem þar voru auglýst á svokallaðri Símahátíð voru í tilefni af 10 ára afmæli GSM þjónustu Símans. Um var að ræða tímabundin tilboð í takmörkuðu upplagi og af sérstöku tilefni. Auk þess fékk Síminn markaðsstyrk frá framleiðandanum SonyEricsson af sama tilefni og gat því lækkað verð á búnaðinum. Þessi tímabundnu tilboð eigi ekki við í máli þessu auk þess sem Síminn telji að þau hafi ekki falið í sér skaðlega undirverðlagningu í skilningi samkeppnisréttar.

Loks er bent á það að tilboð Símans raski ekki samkeppni á markaði fyrir notendabúnað þar sem öllum smásöluaðilum notendabúnaðar hafi staðið til boða að kaupa hina læstu og ólæstu síma af Tæknivörum ehf. á sama verði og Símanum.²

Fullyrðingu Vodafone um að læsing símtækja í farsímakerfi Símans teljist ólögsmæt samtíð er mótmælt sem rangri. Þetta sé rótgróin viðskiptavenja í velflestum EES ríkjum og teljist því ekki fara gegn ákvæðum EES samkeppnisréttar.

² Tæknivörur ehf. er dótturfélags Símans (100%) og annast innflutning á nánast öllum notendabúnaði fyrir Símans auk þess að selja öðrum smásöluaðilum notendabúnað í heildsölu.



Að lokum segir í umsögn Símans að staðan á farsímamarkaði á umræddu tímabili hafi verið með þeim hætti að Símanum hafi verið nauðsynlegt að taka tillit til keppinauta og neytenda. Ef Síminn hefði í engu brugðist við hinum sértæku tilboðum Vodafone til viðskiptavina, sem höfðu tekið um það ákvörðun að vera í viðskiptum við Símann, hefði slíkt aðgerðarleysi verið vísbending um markaðsráðandi stöðu Símans.

„Þar sem Síminn er ekki lengur ráðandi einn og sér á farsímamarkaði ber Samkeppnisstofnun þegar af þeirri ástæðu að láta af frekari rannsókn málsins enda verður ekki séð að það gangi upp miðað við núverandi markaðsaðstæður að annar aðilinn beri allar skyldurnar og hinn eigi öll réttindin. Raunar bar stofnuninni að vísa sim-lock málinu frá að eigin frumkvæði með vísan til forsögunnar“.

Umsögn Símans var send Vodafone til upplýsingar með bréfi, dags. 15. apríl 2005.

6.

Í bréfi, dags. 22. apríl 2005, til Vodafone óskaði Samkeppnisstofnun eftir nánari upplýsingum um tilboð félagsins til viðskiptavina sem óskað höfðu eftir númeraflutningi til Símans. Einnig var óskað eftir ýmsum upplýsingum um sölu á GSM farsímum.

Í bréfi, dags. 22. apríl 2005, til Símans óskaði Samkeppnisstofnun eftir nánari upplýsingum um tilboð félagsins sem svar við meintu tilboði Vodafone. Einnig var óskað eftir ýmsum upplýsingum um sölu á GSM farsímum, kostnaði við læsingu síma ásamt nánari upplýsingum um nefndan styrk frá SonyEricsson.

Í bréfum, dags. 22. apríl 2005, til fjögurra smásöluaðila farsímabúnaðar óskaði Samkeppnisstofnun eftir ýmsum upplýsingum um sölu á GSM farsímum.

Í bréfi, dags. 22. apríl 2005, til Póst- og fjarskiptastofnunar óskaði Samkeppnisstofnun eftir afstöðu stofnunarinnar til ágreinings, í tengslum við númeraflutninga í farsímakerfum, sem var til umræðu á fundi stofnunarinnar þann 28. október 2004 með Símanum og Vodafone.

7.

Svar barst frá Símanum í bréfi, dags. 13. maí 2005. Þar er áréttað að umrætt tilboð Símans hafi verið svar við tilboði Vodafone í tengslum við óskir viðskiptavina um númeraflutning og að það hafi fallið í sér 3.000 kr. í formi inneignar sem dreifðist jafnt á sex mánuði. Tilboðið hafi verið almennt, tímabundið og staðið öllum til boða. Um tilboðið hafi gilt almennir skilmálar Símans um farsímapjónustu og binditími verið enginn.

Hvað varði þann hluta erindisins sem snúi að sölu á læstum GSM farsímum þá hafi viðskiptavinum staðið til boða að fá ódýrari GSM síma gegn því að síminn væri læstur fyrir önnur þjónustukerfi en Símans. Ef viðskiptavinur kjósi þá sé hægt að fá símann opnaðan aftur gegn greiðslu 5.000 kr. Þá er lögð áhersla á það



að Síminn hafi ekki gert kröfu um lágmarksbinditíma um kaup á fjarskiptapjónustu hjá Símanum í tengslum við þetta tilboð.

Kostnaðarverð GSM farsíma sé skilgreint sem umboðssöluverð sem Síminn greiði Tæknivörum.

Kostnaður vegna læsingar á GSM sínum hafi ýmist verið innifalinn í verði frá birgja eða greitt hafi verið sérstaklega fyrir læsinguna.

Um markaðsstyrk frá SonyEricsson segir að hann hafi runnið til Tæknivara og tilgangurinn hafi verið að auka markaðshlutdeild SonyEricsson á Íslandi. Hann hafi verið ígildi afsláttar á búnaði og einu skilmálar hans hafi verið að hann ætti að nota til að lækka kostnaðarverð á búnaði. Tekið er fram að hér væri ekki um neitt einsdæmi að ræða á þessum markaði. Framleiðendur GSM síma tíðki að vera með söluhvetjandi aðgerðir sem feli t.d. í sér að endursöluaðilar markaðssetji þeirra síma gegn styrk eða afslætti á búnaði.

Að lokum er áréttað að Síminn hafi kappkostað að gæta jafnræðis milli eigin notendabúnaðarsölu og annarra notendabúnaðarsala til að valda ekki röskun á markaði fyrir notendabúnað. Tilboð á fjarskiptabúnaði í tengslum við fjarskiptapjónustu Símans hafi einnig boðist öðrum söluaðilum búnaðar.

8.

Svar barst frá Vodafone í bréfi, dags. 13. maí 2005. Þar er áréttað að tilefni umrædds tilboðs Vodafone hafi annars vegar verið að margir viðskiptavinir Símans sem hafi óskað eftir númeraflutningi til Vodafone hafi verið með læsta síma í kerfi Símans og hins vegar hafi verið viðskiptavinir Vodafone sem keypt hefðu læsta síma af Símanum og viljað fá númerflutning til Símans. Hefði þess verið óskað þá hafi Vodafone boðið viðkomandi að mæta kostnaði við opnun símanna. Tilboðið hafi staðið öllum til boða sem hafi verið með læsta síma í kerfi Símans. Ekki hafi verið um neina frekari skilmála að ræða. Jafnframt hafi Vodafone ákveðið að opna alla síma sem hafi verið læstir í kerfi félagsins.

Kostnaðarverð GSM farsíma hjá Vodafone miðaðist við afhendingu að dyrum, þ.e. innkaupsverð og flutningur. Annar umsýslukostnaður vegna lagerhalds sé ekki innifalinn í kostnaðarverði.

9.

Svör bárust frá öðrum smásöluaðilum GSM farsímabúnaðar, en eingöngu er þar um tölulegar upplýsingar að ræða, sem aðilar óskuðu trúnaðar um.

10.

Samkeppnisstofnun taldi nauðsynlegt að afla frekari upplýsinga frá Símanum í bréfi, dags. 25. maí 2005. Óskað var eftir nánari upplýsingum um sölu á GSM búnaði, um afkomu sölunnar, um kostnað við læsingar og um markaðsstyrk framleiðanda.



11.

Svar barst frá Póst- og fjarskiptastofnun í bréfi, dags. 30. maí 2005. Í svarinu er staðfest lýsing Símans á afstöðu deiluaðila sem fram kom á fundi sem haldinn var 28. október 2004. Stofnunin þvertækur ekki fyrir að tilvitnuð ummæli fulltrúa hennar séu rétt en ítrekar að málefnið hafi aðeins verið rætt almennt og að ekki hafi staðið til að kynna afstöðu stofnunarinnar til málsins á tilgreindum fundi. Póst- og fjarskiptastofnunin telur að almennt sé óheppilegt að fjarskiptafyrirtækin hafi samband við viðskiptavinum frá þeim tíma sem beiðni um númeraflutning berst frá keppinaut og þar til flutningur er framkvæmdur. Stofnuninni hafi hins vegar ekki borist formlegt erindi vegna umrædds ágreinings og því hafi ekki verið tekin afstaða til þess hvort hegðun fyrirtækjanna í því sambandi samræmist ákvæðum laga og reglna um fjarskipti.

12.

Svar barst frá Símanum við erindi stofnunarinnar frá 25. maí 2005 í bréfi, dags. 30. júní 2005. Með bréfinu var yfirlit um kostnaðar- og söluverð ákveðinna tegunda GSM farsíma í mars, september og desember 2004.

Þá kemur fram í bréfinu að kostnaður við læsingu/stillingu GSM síma, í þeim tilvikum sem hann hafi ekki verið innifalinn í kostnaðarverði símtækjanna hafi verið kr. [...] árið 2004, og verið borinn af GSM farsímaþjónustu Símans. Segir þar að læsingar og stillingar símatækjanna séu í þágu þjónustunnar en ekki búnaðarsölnunnar sem slíkrar.

Um markaðsstyrk frá SonyEricsson, sem greiddur hafi verið til Tæknivara, segir að skilyrði hans hafi verið að auka sölu á tilteknum GSM farsímum framleiðandans. Tæknivörur hafi gert það með þeim hætti að lækka verð á búnaðinum til endursöluaðila. Allir endursöluaðilar hafi fengið búnaðinn á sama verði hjá Tæknivörum.

13.

Með bréfi til Vodafone, dags. 4. ágúst 2005, óskaði Samkeppniseftirlitið eftir skýringu á mismuni í upplýsingum sem borist höfðu frá félaginu. Í bréfi frá Vodafone, dags. 8. ágúst 2005, voru umbeðnar skýringar veittar.

14.

Með bréfi til Vodafone, dags. 11. ágúst 2005, var óskað eftir athugasemdum, ef einhverjar væru, við lýsingu Símans á atburðarás og innihaldi meints tilboðs Vodafone á tímabilinu 1. október til 8. nóvember 2004, sem fram kemur í bréfi Símans frá 14. apríl 2005.

Athugasemdir bárust í bréfi frá Vodafone, dags. 16. ágúst 2005. Þar segir að um hafi verið að ræða svokallað inngöngutilboð ætlað nýjum viðskiptavinum í farsímaþjónustu. Í tilboðinu hafi falist kr. 3.000 kr. í inneign fyrir alla nýja áskrifendur óháð því hvort þeir hafi óskað eftir númeraflutningi eða ekki. Tilboðið hafi verið kynnt í verslunum og með úthringingum en ekki auglýst sérstaklega í fjölmiðlum.



Í nokkrum tilvikum hafi verið um það að ræða að viðskiptavinir Vodafone hafi óskað eftir númeraflutningi yfir til Símans, vegna kaupa á læstum sínum hjá Símanum, eða að viðskiptavinir Símans hættu við flutning á númeri til Vodafone vegna þess að þeir hafi verið með læsta síma hjá Símanum. Þá hafi Vodafone boðist til þess að mæta þeim kostnaði sem viðkomandi yrði fyrir vegna opunar símtækis. Um hafi verið að ræða kostnað sem hafi verið 5.000 kr. og a.m.k. tímabundið 10.000 kr.

Þá segir að þó að í verklagsreglum um númeraflutning sé kveðið á um að læstir símar skuli opnaðir gegn hæfilegu gjaldi geti það tæplega falið í sér heimild til handa Símanum að misnota markaðsráðandi stöðu. Og reyndar sé það svo að Síminn hafi tekið upp á því að neita viðskiptavinum um opnun niðurgreiddra símtækja í þrjá mánuði frá kaupdegi þrátt fyrir umrætt ákvæði í reglunum.

Að lokum er þess krafist að fullyrðingum Símans um að Vodafone hafi stundað það að neyða menn í viðskipti, með óumbeðnum númeraflutningi, verði vísað frá sem órókstuddum.

15.

Samkeppniseftirlitið sendi þremur smásöluaðilum GSM farsíma bréf, dags. 16. ágúst 2005, og óskaði eftir upplýsingum um selt magn GSM farsíma á árunum 2002, 2003 og 2004. Umbeðnar upplýsingar bárust frá þessum aðilum og var óskað eftir trúnaði um þær.

16.

Símanum var send umsögn Vodafone til umsagnar með bréfi, dags. 17. ágúst 2005, og veittur frestur til 31. ágúst 2005. Þann 1. september hafði engin umsögn borist og sendi þá Samkeppniseftirlitið tölvupóst til Símans með fyrirspurn um hvort umsagnar væri að vænta. Í tölvupósti 2. september svarar Síminn að engu væri við fyrri sjónarmið félagsins að bæta.

17.

Samkeppniseftirlitið sendi Símanum bréf, dags. 5. september 2005, og óskaði eftir ýmsum upplýsingum meðal annars hvað valdi lægra kostnaðarverði læstra GSM farsíma en ólæstra hjá Símanum. Einnig var óskað eftir staðfestingu á kostnaðarverði nokkurra GSM farsíma, upplýsingum um fjölda viðskiptavina með læsta farsíma hjá Símanum, hvað væri tekið fyrir að opna læstan síma og hver lágmarksbinditími í GSM farsímakerfi Símans hafi verið við kaup á læstum síma.

18.

Í bréfi frá Símanum, dags. 16. september 2005, bárust umbeðnar upplýsingar. Þar kemur fram að skýringin á því að kostnaðarverð læstra GSM farsíma sé lægra en ólæstra sé sú að markaðsstuðningur sé greiddur með læstum sínum. Sá markaðsstuðningur komi annars vegar frá framleiðendum símanna og hins vegar frá GSM farsímaþjónustu Símans. Þessi markaðsstuðningur sé greiddur til Tæknivara sem noti hann til þess að lækka kostnaðarverð til allra endurseljenda, hvort sem það séu verslanir Símans eða aðrir endurseljendur. Síminn hafi því gætt þess að valda ekki röskun á markaði fyrir notendabúnað.



Þann 1. október 2004 kostaði 5.000 kr. að opna síma ef liðnir voru minna en 12 mánuðir frá því að síminn var keyptur og 3.000 kr. ef það voru liðnir meira en 12 mánuðir frá kaupum. Þetta breyttist 15. nóvember 2004 þannig að það kostaði 5.000 kr. að opna alla síma óháð því hvað langt var liðið frá kaupum. Í júlí 2005 breyttist verðið í 3.000 kr. en nýir símar ekki opnaðir fyrr en eftir þrjá mánuði frá kaupdegi og frá 29. ágúst 2005 væru allir símar opnaðir gegn greiðslu 3.000 kr.

Þá segir að frá 31. október 2004 til 30. júní 2005 hafi enginn binditími verið við GSM farsímakerfi Símans við kaup á læstum símum.

19.

Samkeppniseftirlitið sendi Tæknivörum bréf, dags. 20. september 2005, og óskaði eftir ýmsum upplýsingum um innkaupsverð GSM farsíma, fenginn markaðsstuðning frá framleiðendum og frá Símanum og ráðstöfun hans.

20.

Í bréfi, dags. 6. október 2005, bárust umbeðnar upplýsingar frá Tæknivörum og var óskað eftir trúnaði um þær af hálfu félagsins. Í bréfinu segir meðal annars að Tæknivörur hafi fengið á árinu 2004 um [...] m.kr. markaðsstuðning frá framleiðendum GSM farsíma sem ætlaðar hafi verið til auglýsinga eða lækkunar á kostnaðarverði símanna. Frá Símanum hafi félagið fengið um [...] m.kr. sem notaðar hafi verið til lækkunar á læstum GSM farsímum í kerfi Símans. Tæknivörur sendu Símanum vikulega sérstakan reikning fyrir þessu. Allir endursöluaðilar sem selji læsta GSM farsíma í kerfi Símans frá Tæknivörum hafi notið þessarar lækkunar.

21.

Í bréfi til Símans, dags. 26. október 2005, óskaði Samkeppniseftirlitið eftir nánari upplýsingum. Í fyrsta lagi var óskað eftir upplýsingum um heildarafkomu af sölu GSM farsíma á árunum 2003 og 2004, í öðru lagi var óskað eftir upplýsingum um með hvaða hætti viðskiptavinir sem keypt hafi læsta GSM farsíma hafi verið upplýstir um möguleika á opnun þeirra og skilmálum þar að lútandi og afritum af tilheyrandi söluskjölum og í þriðja lagi var óskað eftir upplýsingum um fjölda GSM farsíma sem hafi verið opnaðir á vegum Símans árin 2003 og 2004 og hvaða tekjur Síminn hafi haft af því og hvar þær hafi verið bókfærðar.

22.

Í bréfi, dags. 17. nóvember 2005, bárust umbeðnar upplýsingar. Þar kemur fram að afkoman af sölu GSM farsíma hjá Símanum hafi verið [...] árið 2003 en hagnaður hafi verið [...] árið 2004. Þá segir að við þessa útreikninga hafi ekki verið tekið tillit til framlegðar af GSM farsímaþjónustunni á þessum árum og vísað er til fordæmis um það í svo kölluðu eMax máli.

Í bréfinu kemur fram að við sölu á GSM farsímum hafi ekki fylgt skriflegir skilmálar um opnun á símtækjunum eða lágmarkstíma sem þyrfti að vera liðinn frá kaupum þar til hægt hefði verið að fá tækin opnuð. Neytendur hafi þó að mati Símans verið upplýstir um þennan möguleika.



Þá kemur fram að greitt hafi verið fyrir opnun á 64 sínum á árinu 2003 og 708 sínum á árinu 2004 og hafi tekjurnar verið bókaðar á afkomueiningu farsímasviðs en þar hafi kostnaður við opnunina fallið til.

Að lokum er upplýst í bréfinu að Síminn hyggist hætta að læsa GSM farsímum og sé sú ákvörðun tekin af markaðslegum ástæðum. Sú staðreynd að annar keppinautur á tvíkeppnismarkaði sé hættur að læsa sínum valdi því að Síminn telji sér ekki fært að halda því áfram. Síminn geri ráð fyrir að upp úr næstu áramótum verði eingöngu pantaðir ólæstir símar.

23.

Með bréfi, dags. 15. desember 2005, sendi Samkeppniseftirlitið Landssíma Íslands hf. andmælaskjal með þeirri frumniðurstöðu Samkeppniseftirlitsins að Síminn hafi með athæfi sínu, að veita markaðsstyrk til þess að lækka kostnaðarverð á læstum GSM farsímum í kerfi Símans, valdið rökun á samkeppni og því brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga.

Samkeppniseftirlitinu barst bréf frá Símanum, dags. 16. febrúar 2006, með athugasemdum við andmælaskjalið. Sjónarmið Símans við því eru nánar rakin í niðurstöðum hér á eftir.

24.

Með bréfi til Símans, dags. 29. nóvember 2006, óskaði Samkeppniseftirlitið eftir afriti af samningum og/eða skilmálum sem gilt hafa og tengjast sölu á læstum GSM sínum og viðskiptum kaupanda símans við GSM farsímaþjónustu Símans. Um er að ræða tímabilið frá því í júní 2003 þegar Síminn hóf að selja læsta GSM síma og þar til hann hætti sölu læstra síma.

Í bréfi til Samkeppniseftirlitsins, dags. 5. desember 2006, svaraði Síminn því að við sölu á læstum GSM sínum hafi ekki fylgt skriflegir skilmálar um opnun símtækjanna. Læstir símar voru merktir "aðeins fyrir kerfi Símans", einnig komi það fram á reikningi að síminn væri læstur. Einnig kemur fram í bréfinu að Vodafone hafi opnað læsta síma frá Símanum.

25.

Með bréfi til Símans, dags. 6. desember 2006, óskaði Samkeppniseftirlitið eftir upplýsingum um hvaða fyrirkomulag hafi gilt varðandi lágmarksbinditíma við GSM farsímakerfi Símans og hvað greiða þurfti fyrir opnun síma á tímabilinu frá því í júní 2003 til 31. október 2004. Einnig var óskað eftir afriti af samningi við viðskiptavini sem um þetta gildi og samsvarandi afriti vegna tímabilsins 1. júlí 2005 til 28. ágúst 2005.

Með bréfi til Vodafone, dags. 6. desember 2006, óskaði Samkeppniseftirlitið eftir upplýsingum um hvort fyrirtækið hafi opnað læsta GSM farsíma í kerfi Símans, hvenær það hafi hafist, hvað margir slíkir GSM farsímar hafi verið opnaðir og gegn hvaða gjaldi hafi um það verið að ræða.



Í bréfi frá Símanum, dags. 11. desember 2006, er greint frá því að framkvæmdin við sölu á læstum GSM sínum hafi verið með þeim hætti að læstur GSM sími virkaði eingöngu með símkorti frá Símanum. Notkun símans gekk aðeins í kerfi Símans. Viðskiptavinurinn var að öðru leyti ekki bundinn í viðskiptum við Símann, enginn samningur var gerður um lágmarksbinditíma. Ekki voru gerðir samningar um lágmarksbinditíma í þjónustu né afhentir skilmálar um mögulega opnun símtækjanna.

Í bréfi frá Vodafone, dags. 12. desember 2006, kemur fram að aldrei hafi verið innheimt gjald af viðskiptavinum fyrir opnun GSM farsíma en ef til hefur komið kostnaður vegna þjónustu annarra aðila eins og Símans eða Tæknivara þá hefur fyrirtækið borið þann kostnað. Vodafone upplýsir að snemma árs 2005 hafi félagið byrjað sjálft að láta opna læsta GSM farsíma frá Símanum. Þá segir í bréfinu að Vodafone hafi ákveðið að hætta læsingum símtækja í lok árs 2004 í kjölfar þess að reglur um númeraflutning tóku gildi. Þetta var síðan leiðrétt í símtali 14. desember 2006 og upplýst að í lok árs 2005 byrjaði Vodafone að selja sérstaka GSM síma (Simply) sem eru læstir enda sérstaklega framleiddir fyrir farsímakerfi Vodafone.

26.

Í bréfi til Símans, dags. 16. janúar 2007, óskaði Samkeppniseftirlitið eftir upplýsingum um heildartekjur Símans af GSM farsímaþjónustu og af NMT farsímaþjónustu fyrir árin 2003, 2004 og 2005 skipt eftir einstaklingum annars vegar og fyrirtækjum hins vegar.

Í bréfi til Vodafone, dags. 16. janúar 2007, óskaði Samkeppniseftirlitið eftir upplýsingum um heildartekjur Vodafone af GSM farsímaþjónustu fyrir árin 2003, 2004 og 2005 skipt eftir einstaklingum annars vegar og fyrirtækjum hins vegar.

Í bréfi til Tæknivara, dags. 16. janúar 2007, óskaði Samkeppniseftirlitið eftir upplýsingum um markaðsstyrk sem félagið fékk frá einstaka framleiðendum GSM farsíma á árunum 2003 og 2005. Einnig var óskað upplýsinga um hvort Síminn hafi lagt Tæknivörum til markaðsstyrk vegna sölu á GSM farsímum á árunum 2003 og 2005.

27.

Í bréfi til Samkeppniseftirlitsins frá Vodafone, dags. 24. janúar 2007, bárust umbeðnar upplýsingar.

Í bréfi til Samkeppniseftirlitsins frá Símanum, dags. 26. janúar 2007, bárust umbeðnar upplýsingar. Í bréfi Símans eru einnig settar fram ýmsar efnislegar athugasemdir. Í fyrsta lagi er því haldið fram að engin fordæmi séu fyrir því í Evrópu að samkeppnisyfirvöld hafi talið markaðsráðandi fyrirtækjum óheimilt að niðurgreiða og læsa farsímum. Í öðru lagi segir í bréfinu að það sé viðurkennt sjónarmið að niðurgreiðsla og læsing farsíma auki eftirspurn og þar með útbreiðslu þjónustunnar. Eigi þetta við um Símann á árunum 2003-2005 sem bauð læsta síma á sérstöku verði sem studdu nýja tækni t.d. GPRS og MMS. Í þriðja lagi reifar Síminn ýmiss sjónarmið sem hann telur styðja það að ef hann



teljist vera í markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir farsímaþjónustu hér á landi þá sé sú staða sameiginleg með Vodafone.

Í ódagsettu bréfi til Samkeppniseftirlitsins frá Tæknivörum sem barst 26. janúar 2007 bárust umbeðnar upplýsingar. Þar kemur meðal annars fram að á árinu 2003 greiddi Síminn til Tæknivara vegna stillinga og læsinga kr. [...] og á árinu 2005 kr. [...]. Á fundi sem haldinn var í húsakynnum Samkeppniseftirlitsins með framkvæmdastjóra Tæknivara 19. febrúar 2007 upplýsti hann að greiðslurnar árin 2003 og 2005 hafi verið af sama toga og greiðslan árið 2004 til lækkunar á verði læstra síma, sbr. bréf Tæknivara 6. október 2005.

Með bréfi til Vodafone, dags. 7. febrúar 2007, sendi Samkeppniseftirlitið bréf Símans til upplýsinga.

28.

Athugasemdir bárust Samkeppniseftirlitinu frá Vodafone í bréfi, dags. 8. mars 2007. Í umsögninni áréttar Vodafone að Síminn hafi brotið gegn samkeppnislögum með aðgerðum sínum í tengslum við gildistöku reglna um númeraflutning og læsingu símtækja í kerfi Símans. Þá segir að vísanir í erlend gögn og framkvæmd erlendis hafi að mati Vodafone takmarkað ef nokkurt gildi í máli því sem hér er til meðferðar. Síminn hafi með læsingum símtækja og t.d. hækkun á greiðslum vegna aflæsingar úr kr. 3.000 í kr. 10.000 misnotað markaðsráðandi stöðu á hinum tilgreindu mörkuðum. Hvort niðurgreiðslur á símtækjum fyrir þriðju kynslóð farsíma séu almennt tíðkaðar í Evrópu og eigi við góð samkeppnisleg rök að styðjast kemur þannig málinu ekki við að mati Vodafone.

Þá hafnar Vodafone því alfarið að um sameiginlega markaðsráðandi stöðu Símans og Vodafone sé að ræða í máli þessu og vísar í því sambandi til fyrri athugasemda sinna. Þá segir að það vekji athygli að Síminn virðist ekki hafna því að framferði fyrirtækisins feli í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu en haldi því einvörðungu fram að hin markaðsráðandi staða sé sameiginleg með Vodafone.

29.

Með bréfi, dags. 12. mars 2007, var Símanum og Vodafone sendur listi yfir gögn málsins.

III.

Niðurstaða

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. Í máli þessu reynir á 11. gr. samkeppnislaga. Rétt er að taka fram að 11. gr. laga nr. 8/1993 og 11. gr. laga nr. 44/2005 eru samhljóða og eins er um 52. gr. laga nr. 8/1993 og 37. gr. laga nr. 44/2005.



1.

Inngangur

Í máli þessu er til athugunar hvort Síminn hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með aðgerðum á markaði fyrir GSM þjónustu fyrir einstaklinga og á markaði fyrir sölu á GSM farsímum.

Síminn heldur því aðallega fram að fyrirtækið hafi ekki verið í markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir GSM þjónustu fyrir einstaklinga. Til vara heldur fyrirtækið því fram að það sé ásamt Vodafone í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu á umræddum markaði. Síminn telur að fyrirtækið hafi með aðgerðum og tilboði sínu einungis verið að mæta háttarlagi og tilboði Vodafone. Slíkt hafi Símanum verið heimilt m.a. þar sem fyrirtækin starfi á tvíkeppnismarkaði og þar sem fyrri ákvarðanir samkeppnisyfirvalda heimili slíkt. Tilboðið hafi haft takmörkuð áhrif, verið almennt og ekki gengið lengra en tilboð Vodafone.

Af hálfu Símans er því hafnað að fyrirtækið hafi stundað skaðlega undirverðlagningu á símtækjum. Þó svo upplýst verði að Síminn hafi verðlagt síma undir kostnaðarverði í einstökum tilvikum, t.d. með tímabundnum afmælistilboðum, sé engan veginn hægt að komast að þeirri niðurstöðu að um skaðlega undirverðlagningu hafi verið að ræða.

Hvað varðar sölu á læstum GSM farsímum á lægra verði en ólæstum sínum bendir Síminn á ákvörðun samkeppnisráðs í svokölluðu eMax máli þar sem samkeppnisráð hafi talið að með framlegð af þjónustu sé heimilt að greiða niður notendabúnað sem þjónustunni fylgi. Loks er bent á það að markaðsstyrkur Símans til Tæknivara vegna læstra GSM farsíma hafi ekki raskað samkeppni á markaði fyrir notendabúnað þar sem öllum smásöluaðilum notendabúnaðar hafi staðið til boða að kaupa hina læstu GSM síma af Tæknivörum á sama verði og Símanum.

Fullyrðingu Vodafone um að læsing símtækja í farsímakerfi Símans teljist ólöglegt samtíð er mótmælt sem rangri. Með aðgerðum sínum, sem hófust um mitt ár 2003, hafi Síminn brugðist við framkvæmd sem Vodafone hafði ástundað frá árinu 2000. Þetta hafi verið rötgróin viðskiptavenja í velflestum EES ríkjum og teljist því ekki fara gegn ákvæðum EES samkeppnisréttar.

2.

Skilgreining markaða

Í máli þessu er því haldið fram að Síminn hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga. Samkvæmt því ákvæði 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 er nauðsynlegt að skilgreina viðkomandi markað og kanna stöðu einstakra fyrirtækja á honum.

Samkvæmt 4. gr. laganna er markaður sölusvæði vöru og staðgengdarvöru og/eða sölusvæði þjónustu og staðgengdarþjónustu. 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.

Með viðkomandi vörumarkaði er átt við markað fyrir allar vörur og þjónustu sem neytendur líta á sem staðgengdarvörur eða staðgengdarþjónustu vegna eiginleika sinna, verðs og áformaðrar notkunar, sbr. 4. gr. samkeppnislaga. Staðgengdarvara og staðgengdarþjónusta eru vara eða þjónusta sem að fullu eða verulegu leyti geta komið í stað annarrar vöru eða þjónustu.

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.

2.1 Þjónustumarkaðir

Í máli þessu er um að ræða tvo aðgreinda þjónustumarkaði, þ.e. annars vegar markað fyrir GSM þjónustu fyrir einstaklinga og hins vegar markað fyrir sölu á GSM farsímum.

Í ákvörðunum samkeppnisyrivalda hefur almennt verið miðað við að hér á landi sé einn heildarmarkaður 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 skipta markaði fyrir farsímaþjónustu upp í markaði fyrir farsímaþjónustu við einstaklinga annars vegar og fyrirtæki hins vegar. Ekki var þó talin þörf á því að taka afstöðu til þessa álitaefnis í því máli, sbr. einnig ákvörðun ráðsins nr. 40/2003.

Í fyrrgreindri ákvörðun samkeppnisráðs nr. 40/2003 kemur fram að Síminn hefur a.m.k. til skamms tíma haft hlutfallslega sterkari stöðu í farsímaþjónustu fyrir fyrirtæki heldur en þeirri þjónustu við einstaklinga.

Í máli þessu er til athugunar markaðsaðgerð Símans sem fólst í því að hringja í viðskiptavinum sem óskað höfðu eftir númeraflutningi til Vodafone og bjóða ýmis sérkjör gegn því að viðskiptavinirnir yrðu áfram í viðskiptum við Símann. Beindust þessar hringingar aðallega að einstaklingum. Jafnframt er til athugunar sala Símans á læstum GSM farsímum og samtíðun sem helst virðist hafa beinst að einstaklingum. Með hliðsjón af þessu telur Samkeppniseftirlitið rétt að skoða viðskiptahætti Símans með hliðsjón af stöðu aðila á markaði fyrir GSM þjónustu fyrir einstaklinga og á markaði fyrir sölu á GSM farsímum.

2.2 Landfræðilegi markaðurinn

Að mati Vodafone er landið allt landfræðilegi markaðurinn fyrir GSM farsímaþjónustu í máli þessu. Rök Vodafone eru þau að GSM farsímaþjónusta beggja aðilanna nái til landsins alls enda hafi félögin gert reikisamninga um þau svæði sem eigin dreifikerfi nái ekki til. Annað sem styðji þessa skilgreiningu sé að



lagaleg skilyrði til reksturs farsímakerfa séu þau sömu á landinu öllu og að hvorugt félagið hafi gert greinarmun milli svæða við verðlagningu eða framboð á þjónustu. Að mati Vodafone gildi sama skilgreining fyrir markaðinn fyrir sölu á GSM farsímum.

Ekki verður af gögnum málsins greint að Síminn skilgreini með skýrum hætti landfræðilegan markað málsins. Helst verður skilið að Síminn telji að markaður fyrir GSM farsímabjónustu sé höfuðborgarsvæðið og nágrannasveitarfélög. Rökin eru þau að Vodafone selji yfirgnæfandi hluta þjónustu sinnar á þéttbýlissvæðum og beini markaðsfærslu sinni að þeim svæðum en að mjög takmörkuðu leyti að dreifbýlinu. Er það mat fyrirtækisins að skilgreina beri hinn landfræðilega markað út frá þeim landssvæðum þar sem Síminn og Vodafone selji mestan hluta þjónustu sinnar og vísar Síminn til ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 5/1998 *Yfirtaka Mylla-Brauðs á Samsölubakaríi* hvað þessa aðferð varðar. Ljóst sé að Vodafone markaðssetji þjónustu sína einkum í þéttbýli en ekki í dreifbýli. Sé þessari aðferð fylgt sé markaðshlutdeild Símans um [...] % í Reykjavík og nágrannasveitarfélögum. Bendir Síminn einnig á að tæp 80% beiðna um númeraflutning frá fyrirtækinu til Vodafone hafi verið vegna viðskiptavina á höfuðborgarsvæðinu.

Ekki kemur fram í umfjöllun Símans skilgreining á landfræðilegum markaði fyrir þjónustumarkaðinn sem tekur til sölu á GSM farsímum og gerir Síminn ekki athugasemdir við þá skilgreiningu Vodafone að viðkomandi markaður taki til landsins alls.

Í andmælaskjali því sem var sent Símanum benti Samkeppniseftirlitið á að sama verðskrá gilti fyrir viðskiptavinum félaganna og að sama framboð væri á þjónustu, hvort sem þeir væru staðsettir í helstu þéttbýliskjörnum landsins eða í dreifbýli. Með vísan til ofangreindra atriða taldi Samkeppniseftirlitið unnt að staðhæfa að aðstæður til samkeppni væru nægilega svipaðar á landinu á þeim tveimur þjónustu- og vörumörkuðum sem skilgreindir væru í máli þessu þannig að landfræðilegi markaðurinn næði til landsins alls.

Í athugasemdum Símans við andmælaskjalið er því haldið fram að skilgreina beri landfræðilega markaðinn þannig að hann nái til höfuðborgarsvæðisins og eftir atvikum Eyjafjarðarsvæðis með þeim rökum að á þeim svæðum hafi bæði félögin byggt upp eigin dreifikerfi og að þar sé samkeppnin hörðust milli þeirra um viðskipti við neytendur. Í dreifbýlinu bjóði Vodafone þjónustu sína á grundvelli reikisamnings við Símann. Síminn telur regin mun á þessum svæðum og dreifbýlinu þar sem Vodafone bjóði viðskiptavinum enga valkosti í þjónustu umfram það sem felst í reikisamningi við Símann. Það breyti engu í þessu sambandi þótt báðir keppinautar geti út af fyrir sig boðið þjónustu sína á landinu öllu, það gerist með afar mismunandi hætti eftir því hvort það er gert á grundvelli reikisamnings við annan þjónustuveitanda eða í gegnum eigin dreifikerfi.

Þá bendir Síminn á að ástæða þess að Vodafone byggi ekki upp sitt eigið dreifikerfi utan þéttbýlisins sé sú að félagið telji það ekki hagkvæman kost og að hag sínum sé betur borgið með reikisamningi við Símann.



Samkeppnisyfírvöld hafa í nær öllum ákvörðunum, er varða þá markaði er falla undir fjarskiptamarkaðinn, talið að landfræðileg afmörkun þeirra ætti að miðast við landið allt.³ Í EES/EB-samkeppnisrétti er einnig lagt til grundvallar að markaðir fyrir farsímaþjónustu taki til landssvæða einstakra ríkja.⁴ Er í því sambandi m.a. vísað til þess þess að verðskrá farsímafyrirtækja sé sú sama í viðkomandi ríki.

Eins og fram hefur komið hér að ofan fer skilgreining landfræðilegs markaðar eftir því hvar aðstæður til samkeppni eru nægilega svipaðar til að keppinautar geti keppt á jafnræðisgrundvelli. Upplýst er að Vodafone veitir GSM farsímaþjónustu á landinu öllu og það gerir Síminn einnig.

Í málinu hefur ekkert komið fram um að viðskiptavinum Vodafone hafi á umræddum tíma staðið til boða mismunandi þjónusta eftir því hvar þeir voru búsettir. Það er sjálfstæð ákvörðun Vodafone að gera reikisamning við Símann á þeim landsvæðum sem félagið rekur ekki sitt eigið dreifikerfi. Í þeirri ákvörðun hlýtur að felast að félagið telji sig með því móti geta keppt við Símann um hylli viðskiptavina á jafnari grundvelli en ella. Á það jafnt við um það svæði sem reikisamningur tekur til og þess svæðis þar sem félagið notar sitt eigið dreifikerfi. Notandinn er viðskiptavinur Vodafone þó svo að hann reiki í kerfi Símans á ákveðnum svæðum. Gagnvart viðskiptavinum Vodafone skiptir það ekki máli hvort þjónustan er veitt í einu kerfi eða fleiri svo fremi að þjónusta félagsins, gæði og verðskrá séu í samræmi við væntingar þeirra. Báðir aðilar buðu umrædda þjónustu á landinu öllu og verðlögðu hana með sama hætti á landinu öllu. Samkvæmt þessu telur Samkeppniseftirlitið að samkeppnisskilyrði séu nægilega lík til þess að landfræðilegi markaðurinn taki til landsins alls.

3.

Staða fyrirtækja á umræddum mörkuðum

Eins og fram hefur komið telur Vodafone 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 úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í málum nr. 17–18/2003 *Icelandair ehf. og Iceland Express ehf. gegn samkeppnisráði* 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

³ 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“.*

⁴ Sjá t.d. Faull & Nikpay, *The EC Law of Competition*, önnur útgáfa 2007, bls. 1562: *„...mobile markets are generally considered national in scope.“*



nr. 4/2006 *Dagur Group hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Eins og fram kemur í þessum úrskurði áfrýjunarnefndarinnar leiðir af eðli málsins að því hærrí sem markaðshlutdeildin er því sterkari vísbendingu gefur hún um markaðsráðandi stöðu. Má hér einnig vísa til dóms Hæstaréttar frá 19. febrúar 2004 í máli nr. 323/2003 *Skífan hf. gegn samkeppnisráði*.

Skilgreining 4. gr. samkeppnislaga á markaðsráðandi stöðu sækir fyrirmynd sína til EES/EB-samkeppnisréttar og er efnislega samhljóða skilgreiningu dómstóls EB á markaðsráðandi stöðu sem fram kemur m.a. í Hoffman-La Roche málinu.⁵ Ítrekað hefur komið fram hjá dómstólum EB að mjög há markaðshlutdeild feli, ein og sér, í sér sönnun á 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.⁶ Ályktunin um markaðsráðandi stöðu sem draga má af markaðshlutdeild er enn sterkari ef fyrirtæki hafa meira en 50% markaðshlutdeild.⁷ Hefur undirréttur EB t.d. sagt að 60% markaðshlutdeild gæfi sterkt til kynna markaðsráðandi stöðu.⁸

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. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 5/1999 *Landssími Íslands hf. og Skíma ehf. gegn samkeppnisráði* var litið svo á að Landssíminn væri markaðsráðandi á Internetmarkaðnum með 37% markaðshlutdeild. Var í því sambandi einnig horft m.a. til styrkrar stöðu Símans á tengdum mörkuðum. Dómstólar EB hafa einnig talið fyrirtæki sem hafa innan við 40% markaðshlutdeild vera í markaðsráðandi stöðu.⁹ Framkvæmdastjórn EB lítur almennt svo á að markaðsráðandi staða verði til þegar fyrirtæki hafi náð á milli 40–45% hlutdeild á viðkomandi markaði að uppfylltum ákveðnum skilyrðum.¹⁰

Með viðmiðinu skipulag á markaðnum er vísað til ýmissa ólíkra atriða sem talin eru geta gefið vísbendingar um markaðsráðandi stöðu, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2006 *Dagur Group hf. gegn*

⁵ Mál nr. 85/76 *Hoffman-La Roche v Commission* [1979] ECR 3451.

⁶ Sjá hér t.d. dóm undirréttar EB frá 30. janúar 2007 í máli nr. T-340/03 *France Télécom v Commission*: „... although the importance of market shares may vary from one market to another, very large shares are in themselves, and save in exceptional circumstances, evidence of the existence of a dominant position (*Hoffmann-La Roche v Commission*, paragraph 80 above, paragraph 41, and Case T-221/95 *Endemol v Commission* [1999] ECR II-1299, paragraph 134). The Court of Justice held in Case C-62/86 *AKZO v Commission* [1991] ECR I-3359, paragraph 60, that this was so in the case of a 50% market share.“ Sjá ennfremur Whish, *Competition Law*, fimmta útgáfa 2003, bls. 48: „There is a legal presumption that, with 50% of the market, you have a dominant position.“ Sjá einnig Faull & Nikpay, *The EC Law of Competition*, önnur útgáfa 2007, bls. 324: „Very high market shares provide in themselves virtually conclusive proof that a firm is dominant.“

⁷ Sjá t.d. dóm undirréttar í máli nr. T-30/89 *Hilti AG v Commission* [1991] ECR II-1439 og dóm dómstól EB í máli nr. C-53/92P *Hilti AG v Commission* [1994] ECR I-667. Í dómum þessum var staðfest sú niðurstaða framkvæmdastjórnar EB að markaðshlutdeild milli 70–80% væri það há að engar frekari rannsóknar væri þörf til þess að sýna fram á viðkomandi fyrirtæki væri markaðsráðandi.

⁸ Sjá dóm undirréttar EB í sameinuðum málum nr. m.a. T-191/98 *Atlantic Container Lines v Commission* [2003] ECR II-3257: „... a market share of 60% on the trade in question gave rise to a strong presumption of a dominant position.“

⁹ Sjá dóm undirréttar EB frá 17. desember 2003 í máli nr. T-219/99 *British Airways plc v Commission*.
¹⁰ Í tíundu skýrslu framkvæmdastjórnarinnar um samkeppnismál segir m.a.: „A dominant position can generally be said to exist once a market share to the order of 40% to 45% is reached. Although this share does not in itself automatically give control of the market, if there are large gaps between the position of the firm concerned and those of its closest competitors and also other factors likely to place it at an advantage as regards competition, a dominant position may well exist.“



Samkeppniseftirlitinu. Dæmi um þetta er hvort aðgangur að markaðnum sé auðveldur, hvort viðkomandi fyrirtæki sé almennt öflugt með hliðsjón af fjármagni, tækjum og framboði af vöru eða þjónustu. Einnig er horft til fjölda og styrks keppnauta auk þess sem fleiri atriði geta komið til skoðunar, sbr. umræddan úrskurð áfrýjunarnefndarinnar. Varðandi styrk keppnauta ber að hafa í huga að í EES/EB-samkeppnisrétti er litið svo á að það sé vísbending um markaðsráðandi stöðu ef talsverður munur er á markaðshlutdeild viðkomandi fyrirtækis og keppnauta þess.¹¹ Litið er svo á að meira en 20% munur á markaðshlutdeild hins ætlaða ráðandi fyrirtækis og næst stærsta keppnautarins sé sterk vísbending um ráðandi stöðu, sérstaklega ef sá munur hefur verið fyrir hendi um nokkurn tíma.¹²

Hafa ber í huga að í hugtakinu markaðsráðandi staða felst ekki krafa um að engin samkeppni ríki á viðkomandi markaði.¹³ Um markaðsráðandi stöðu getur þannig verið að ræða þrátt fyrir líflega samkeppni á viðkomandi markaði.¹⁴ Jafnvel þótt markaðshlutdeild viðkomandi fyrirtækis minnki á því tímabili sem til skoðunar er telst það markaðsráðandi ef hlutdeildin er eftir sem áður há.¹⁵

3.1 Markaðshlutdeild

Eins og fram hefur komið eru það aðeins Síminn og Vodafone sem veita GSM farsímaþjónustu hér á landi. Auk þess eru bæði fyrirtækin umsvifamestu seljendur GSM farsíma hér á landi en aðrir aðilar á þeim þjónustumarkaði eru hver um sig með litla markaðshlutdeild. Verður nú litið á stöðu fyrirtækjanna á þessum mörkuðum.

3.1.1 Markaður fyrir farsímaþjónustu

Í athugasemdum Símans í máli þessu kemur fram að fyrirtækið hafi haft um [...]% markaðshlutdeild í farsímaþjónustu áður en hann hóf sölu á læstum GSM símum en um [...]% hlutdeild á árinu 2005.

Samkeppniseftirlitið bendir á að markaðshlutdeild er að jafnaði ákvörðuð með hliðsjón af tekjum af þeirri þjónustu sem um ræðir, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2006 *Dagur Group hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Samkvæmt upplýsingum sem bárust frá félögunum voru heildartekjur og markaðshlutdeild þeirra á árunum 2003 og 2004 eins og fram kemur í töflu 1.

¹¹ Sjá t.d. Van Bael & Bellis, *Competition Law of the European Community*, fjórða útgáfa 2005 bls. 125: „When there is a significant gap between the market share of the potentially dominant undertaking and the market shares of its competitors, this element may be considered as confirmation of the existence of a dominant position.”

¹² Sjá t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar EB í máli nr. COMP/M.1741 *MCI/WorldCom/Sprint*. Sjá einnig ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar í Tetra Pak II málinu, OJ 1992 L72/1. Til stuðnings því að Tetra Pak væri markaðsráðandi var m.a. vísað til þess að Tetra Pak hefði 55% markaðshlutdeild en helstu keppnautarnir höfðu hins vegar 27% og 11% markaðshlutdeild.

¹³ Sjá t.d. dóm dómstóls EB í máli nr. 85/76 *Hoffman-La Roche v Commission* [1979] ECR 3451.

¹⁴ Sjá dóm dómstóls EB í máli nr. 27/6 *United Brands v Commission* [1978] ECR 207. Sjá einnig dóm undirréttar EB frá 30. janúar 2007 í máli nr. T-340/03 *France Télécom v Commission*: „Even the existence of lively competition on a particular market does not rule out the possibility that there is a dominant position on that market ...”

¹⁵ Sjá t.d. dóm undirréttar EB í sameinuðum málum nr. m.a. T-24/93 *Compagnie Maritime Belge v Commission* [1996] ECR II-1201.



Tafla 1: Tekjur Símans og Vodafone af GSM farsímaþjónustu fyrir einstaklinga á árunum 2003 til 2004.

	2003		2004	
Í m.kr.	Tekjur	%	Tekjur	%
Síminn	[...]	[65-70]	[...]	[65-70]
Vodafone	[...]	[30-35]	[...]	[30-35]
Samtals:	[...]	100	[...]	100

Samkvæmt þessu hefur markaðshlutdeild Símans og Vodafone í GSM farsímaþjónustu við einstaklinga verið stöðug þessi ár, Símans um [65-70]% og Vodafone um [30-35].

Í þessu máli getur verið gagnlegt að meta markaðshlutdeild einnig miðað við fjölda viðskiptavina. Gögn málsins sýna að markaðshlutdeild Símans skv. þessu viðmiði var einnig veruleg á árinu 2004 eða [60-65].

Síminn hefur einnig vísað til markaðshlutdeildar félagsins á árinu 2005. Hér verður að hafa í huga að mál þetta tekur til aðgerða Símans á árunum 2003 og 2004. Hvað sem því líður sýna gögn málsins að markaðshlutdeild Símans á árinu 2005 var hærri en árinu 2004.

3.1.2 Markaður fyrir GSM farsíma

Í málinu liggja fyrir upplýsingar frá helstu smásöluaðilum GSM farsíma um fjölda seldra síma og sölutekjur á árunum 2003 og 2004. Aflað var upplýsinga frá sjö söluaðilum auk Símans og Vodafone. Auk þessara aðila er nokkur fjöldi smærri aðila sem selja GSM farsíma. Samkvæmt upplýsingum sem Samkeppniseftirlitið aflaði seldu þeir um 5% af öllum seldum sínum á landinu árið 2003. Að teknu tilliti til þessa var fjöldi seldra síma og tekjur af sölunni fyrir árið 2003 eftirfarandi:

Tafla 2: Fjöldi seldra GSM farsíma og sölutekjur árið 2003.

	Fjöldi	%	Upphæð þús.kr.	%
Síminn	[...]	[40-45]	[...]	[40-45]
Vodafone	[...]	[20-25]	[...]	[25-30]
Aðrir	[...]	[30-35]	[...]	[30-35]
Samtals:	[...]	100	[...]	100

Samkvæmt þessum upplýsingum var Síminn með um [40-45]% markaðshlutdeild miðað við tekjur af seldum GSM farsínum árið 2003, Vodafone með um [25-30]% og aðrir söluaðilar með samtals um [30-35]% markaðshlutdeild.

Í júní 2003 byrjaði Síminn að selja læsta GSM farsíma á betri kjörum en ólæsta síma. Samkvæmt upplýsingum sem Samkeppniseftirlitið aflaði var markaðshlutdeild einstakra aðila á árinu 2004 eftirfarandi:



Tafla 3: Fjöldi seldra GSM farsíma og sölutekjur árið 2004.

	Fjöldi	%	Upphæð þús.kr.	%
Síminn	[...]	[45-50]	[...]	[45-50]
Vodafone	[...]	[25-30]	[...]	[25-30]
Aðrir	[...]	[25-30]	[...]	[25-30]
Samtals:	[...]	100	[...]	100

Sé tekið mið af tekjum af seldum GSM farsímum árið 2004 hefur markaðshlutdeild Símans aukist um fimm prósentustig milli ára meðan markaðshlutdeild Vodafone hefur aukist um tvö prósentustig. Markaðshlutdeild annarra söluaðila hefur minnkað samtals um sjö prósentustig á sama tíma. Sé tekið mið af fjölda seldra GSM farsíma eykst markaðshlutdeild Símans um þrjú prósentustig og Vodafone um fjögur meðan markaðshlutdeild annarra minnkar samtals um sjö prósentustig.

3.2 Aðrir þættir sem máli skipta við mat á stöðu Símans

Þegar framangreind markaðshlutdeild fyrirtækjanna er metin er jafnframt nauðsynlegt að líta til skipulags og þróunar á þeim mörkuðum sem um ræðir. Að mati Samkeppniseftirlitsins verður að líta sérstaklega til þess að íslenska ríkið 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 annaðist Póst- og símamálastofnun framkvæmd þessa. Með lögum nr. 103/1996 var Póst- og símamálastofnun breytt í hlutafélag í eigu ríkisins. Póstur og sími hf. (nú Landssími Íslands hf./Síminn hf. og Íslandspóstur hf.) tók yfir rekstur stofnunarinnar þann 1. janúar 1997. Síminn og forverar hans höfðu því um árabíl lögbundið einkaleyfi til að veita fjarskiptaþjónustu 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. Auk þessa er Síminn eina fyrirtækið sem starfar á öllum sviðum fjarskiptamarkaðarins og hefur markaðsráðandi stöðu á öllum helstu undirmörkuðum fjarskiptaþjónustu.¹⁶ Síminn er eigandi og rekstraraðili grunnfjarskiptakerfisins og er þar af leiðandi óumflýjanlegur viðskiptavinur keppinauta sinna og hefur tekjur af starfsemi þeirra.

Í bréfi sínu frá desember 2004 hélt Síminn því fram að fyrirtækið væri ekki markaðsráðandi í farsímaþjónustu m.a. með vísan til þess að litlar aðgangshindranir séu að þessum markaði. Í bréfi félagsins frá janúar 2007 er hins vegar á því byggt að aðgangshindranir séu að markaðnum og er í því sambandi vísað til þess að nýr keppinautur þurfi að koma sér upp fjarskiptakerfi eða gera samning um aðgang að kerfum Símans eða Vodafone. Er að þessu leyti ósamræmi í málflutningi Símans. Samkeppniseftirlitið telur ljóst að töluverðar aðgangshindranir eru fyrir nýja aðila á flesta undirmarkaði fjarskiptamarkaðar, þ.m.t. markaðinn fyrir farsímaþjónustu, einkum í formi óendurkræfs kostnaðar (e. *sunk cost*) við uppbyggingu fjarskiptakerfa.

¹⁶ Sjá t.d. ákvörðun samkeppnisráðs nr. 21/2005.



Samkvæmt framansögðu er það mat Samkeppniseftirlitsins að aðgangshindranir og yfirburðastaða Símans á öllum helstu undirmörkuðum fjarskipta hafi þýðingu við mat á markaðsstöðu félagsins í þessu máli.

Í þeim tilgangi að meta stöðu Símans á íslenskum fjarskiptamarkaði almennt er einnig unnt að líta til heildarrekstrartekna Símans og Vodafone, næst stærsta fyrirtækisins á hérlendum fjarskiptamarkaði á árunum 2003 og 2004.

Tafla 4: Heildarrekstrartekjur Símans og Vodafone árin 2003 og 2004.¹⁷

	2003		2004	
Í m. kr.	Tekjur	%	Tekjur	%
Síminn	18.762	75	19.806	74
Vodafone	6.205	25	6.927	26
Samtals:	24.967	100	26.733	100

Samkvæmt ofangreindu námu heildarrekstrartekjur Símans um þreföldum rekstrartekjum Vodafone á árunum 2003 og 2004.¹⁸ Rekstrarhagnaður Símans fyrir afskriftir (EBITDA) var um 7.381 m.kr. árið 2003 og um 7.545 m.kr. árið 2004 samkvæmt ársuppgjörum fyrirtækisins. Rekstrarhagnaður Vodafone fyrir afskriftir af reglulegri starfsemi var um 1.611 m.kr. árið 2003 og um 1.930 m.kr. á árinu 2004. Rekstrarhagnaður Símans var árið 2003 um 2.145 m.kr. og um 3.070 m.kr. árið 2004 en hjá Vodafone var tap á rekstrinum 2003 sem nam um 445 m.kr. en hagnaður um 416 m.kr. árið 2004. Samkeppniseftirlitið bendir þó að á fyrirtækin beittu mismunandi uppgjörsaðferðum á þessu tímabili og því eru reikningar fyrirtækjanna ekki sambærilegir að öllu leyti.

3.3 Niðurstaða

3.3.1 Markaður fyrir GSM farsímaþjónustu

Samkeppnisyfirlönd hafa áður komist að þeirri niðurstöðu að Síminn sé í yfirburðastöðu á markaði fyrir farsímaþjónustu. Má hér t.d. vísa til úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 11/1999 *Landssími Íslands hf. gegn samkeppnisráði*, ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 34/2001 *Kvörtun vegna misnotkunar Landssíma Íslands hf. á markaðsráðandi stöðu við gerð samnings við Hafnarfjarðarbæ um síma- og gagnaflutningsþjónustu*, ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 20/2002 *Kvörtun Tals hf. og Íslandssíma hf. vegna hópáskriftar Landssíma Íslands hf.*, ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 40/2003 *Kvörtun Og fjarskipta hf. vegna hópáskriftar Landssíma Íslands hf.*, og ákvörðunar 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“*.

¹⁷ Upplýsingar á heimasíðu félaganna.

¹⁸ Vodafone hefur samkvæmt samningi, dags. 9. desember 2004 fest kaup á fyrirtækjunum Íslenska útvarpsfélagið hf. og Frétt ehf. (nú nefnd 365 ljósvaka- og prent miðlar). Samkvæmt fréttatilkyningu á heimasíðu Vodafone (www.ovvodafone.is) er gert ráð fyrir því að heildarvelta fyrirtækjanna eftir kaupin verði um 13 milljarðar króna á ári.



Er því ljóst að Síminn hefur um langt skeið haft yfirburðastöðu á þessu sviði fjarskipta.

Ekkert hefur komið fram í þessu máli sem bendir til þess að staða Símans hafi breyst verulega og félagið því ekki verið í ráðandi stöðu á umræddum markaði. Samkvæmt því sem kom fram í kafla 3.1 var markaðshlutdeild Símans um [65-70]% á árunum 2003 og 2004 þ.e. á þeim tíma sem háttsemin, sem er til athugunar, átti sér stað. Þessi háa markaðshlutdeild gefur, ein og sér, ótvíræða vísbendingu um markaðsráðandi stöðu Símans, sbr. umfjöllun hér að framan.

Líta ber einnig til þess að samkeppni hefur verið heimil að lögum frá 1998 og keppinautur Símans hefur náð nokkurri markaðshlutdeild. Þrátt fyrir þetta hefur Símanum tekist að viðhalda mjög öflugri stöðu á farsímamarkaðnum. Há markaðshlutdeild Símans veitir því sterka vísbendingu um að fyrirtækið hafi verið í markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir GSM farsímaþjónustu. Þegar við bætist fjárhagslegur styrkur fyrirtækisins og sú staðreynd að það var jafnframt með ráðandi og/eða yfirburðastöðu á öllum helstu undirmörkuðum fjarskiptamarkaðar er það mat Samkeppniseftirlitsins að fyrirtækið hafi verið með markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir GSM farsímaþjónustu við einstaklinga.¹⁹

Það er mat Samkeppniseftirlitsins að þrátt fyrir möguleika sem samstarfssamningur Vodafone við Vodafone Group hefur í för með sér, með aðgangi að tæknilegum lausnum og þó sérstaklega að atriðum sem lúta að markaðsfærslu, þá séu þeir möguleikar ekki þess eðlis að það jafnist á við sterka stöðu Símans á einstaka fjarskiptamörkuðum og þar með á fjarskiptamarkaðnum í heild.

Í athugasemdum sínum við andmælskjalið vísar Síminn til sterkrar stöðu Vodafone í dag bæði í fjarskiptaþjónustu og á fjölmiðlamarkaði sem hafi þýðingu við mat á markaðsráðandi stöðu í málinu. Samkeppniseftirlitið bendir á að við mat á markaðsráðandi stöðu verður að líta til aðstæðna á markaði þegar ætluð brot áttu sér stað, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2006 *Flugþjónustan á Keflavíkurlugvelli ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Mál þetta varðar atvik sem áttu sér stað á árunum 2003 og 2004. Umfjöllun Símans um núverandi stöðu Vodafone hefur í því sambandi ekki þýðingu.

3.3.2 Markaður fyrir sölu GSM farsíma

Eins og fram kemur í kafla 3.1 var markaðshlutdeild Símans í sölu á GSM farsímum árið 2003 um [40-45]%. Á sama tíma var markaðshlutdeild Vodafone [25-30]% og annarra aðila samtals um [30-35]%, þar af voru tveir stærstu aðilar samanlegt með um [15-20]% hlutdeild.

Í gögnum málsins kemur fram að fyrirtækið Tæknivörur, sem er dótturfélag Símans og lang stærsti birgir félagsins fyrir GSM farsíma, fékk á árinu 2004

¹⁹ Sbr. t.d. ákvörðun 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“* (markaðir fyrir sitengda Internettengingu, Internetþjónustu, GSM farsímaþjónustu fyrir einstaklinga og talsímaþjónustu).



markaðsstyrki frá framleiðendum símanna og frá GSM farsímaþjónustu Símans að upphæð samtals [...] m.kr., sbr. nánari umfjöllun hér á eftir. Í málinu er upplýst að Tæknivörur ráðstöfuðu þessum styrkjum til lækkunar á kostnaðarverði læstra GSM farsíma í kerfi Símans. Fram kemur að öllum endurseljendum GSM farsíma hafi staðið til boða þessir læstu farsímar á sama verði.

Upplýsingar um breytingu á markaðshlutdeild Símans í sölu á GSM farsímum milli árana 2003 og 2004 leiða í ljós að hlutdeild Símans jókst um fimm prósentusig árið 2004 sé miðað við tekjur og var það á kostnað minni smásöluaðila.

Af þessu er dregin sú ályktun í andmælaskjalinu að sú háttsemi Símans að selja læsta GSM farsíma, sem sannanlega voru niðurgreiddir af framleiðendum og GSM farsímaþjónustu Símans, hafi leitt til þess að markaðshlutdeild félagsins jókst verulega á þessum markaði.

Einnig er það mat Samkeppniseftirlitsins að mjög sterkt samband sé á milli GSM farsímaþjónustu einstakra aðila og sölu á viðeigandi notendabúnaði, í þessu tilviki, GSM farsímum. Samkvæmt því eru miklar líkur á því að sá sem kaupir GSM farsímaþjónustu af Símanum kaupi jafnframt GSM farsíma hjá fyrirtækinu og öfugt. Fjárhagslegur styrkur Símans er mikill og fyrirtækið hefur í nýlegum málum verið skilgreint með ráðandi og/eða yfirburðastöðu á öllum helstu undirmörkuðum fjarskiptamarkaðarins og þá sérstaklega á markaði fyrir GSM farsímaþjónustu.²⁰ Líta ber einnig til þess að á tímabilinu var Síminn með 60-65% meiri markaðshlutdeild en Vodafone á markaði fyrir sölu á GSM farsímum. Í því sambandi má og hafa í huga að í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 41/1997 *Tilboð Pósts og síma hf. á farsímum og farsímaþjónustu til félaga í FÍB* var forveri Símans talin vera í markaðsráðandi í sölu á farsímum.

Hegðun fyrirtækis á markaði getur gefið vísbendingu um markaðsráðandi stöðu þess.²¹ Gögn málsins sýna að Síminn beitti fjárhagslegum styrk félagsins til þess að niðurgreiða GSM farsíma og styrkti með því stöðu félagsins á þeim markaði. Sú hegðun sem felst í þeirri niðurgreiðslu sýnir að Síminn getur starfað á þessum markaði án þess að þurfa að verulegu leyti að taka tillit til annarra og styður því það að Síminn teljist vera í ráðandi stöðu.

Í athugasemdum við andmælaskjalið er því mótmælt að Síminn hafi styrkt stöðu sína á markaði með því að niðurgreiða farsíma. Er á það bent að öllum endursöluaðilum GSM farsíma hafi staðið til boða að kaupa GSM farsíma á sama verði og verslunum Símans. Því hafi ekki verið um að ræða niðurgreiðslur sem hefðu áhrif á samkeppni á umræddum markaði.

²⁰ Sbr. t.d. ákvörðun 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“* (markaðir fyrir sitengda Internettengingu, Internetþjónustu, GSM farsímaþjónustu fyrir einstaklinga og talsímaþjónustu).

²¹ Sjá t.d. Ritter & Braun, *European Competition Law*, þriðja útgáfa 2004, bls. 406: „... conduct that shows that a firm can act largely in disregard of competitors on the market may confirm that a firm holds a dominant position.“



Enda þótt öðrum endursöluaðilum hafi boðist GSM farsímar frá Tæknivörum á sama verði og verslunum Símans verður ekki horft fram hjá ólíkum hagsmunum Símans annars vegar og annarra söluaðila hins vegar af sölu á GSM farsímum sem eru læstir í kerfi Símans. Auglýsingar Símans á þessum tíma bera þess enda merki að fyrirtækið beindi athygli viðskiptavina að læstum GSM farsímum á lægra verði í verslunum Símans en ekki hjá öðrum söluaðilum. Er sú framkvæmd til þess fallin að auka hlutdeild Símans á markaði fyrir sölu GSM farsíma. Samkeppniseftirlitið telur fyrrnefnda ályktun eðlilega og augljósa.

Í athugasemdum sínum við andmælaskjalið hafnar Síminn því að niðurgreiðsla á læstum sínum hafi leitt til aukinnar markaðshlutdeildar. Hér vísar Síminn einnig í ótímasetta könnun sem fyrirtækið telur sýna að viðskiptavinir Vodafone kaupir GSM farsíma í verslunum Símans. Þá telur Síminn að skýringin á aukningu á markaðshlutdeild milli árána 2003 og 2004 sé aukið aðgengi viðskiptavina að GSM farsímum og aukið markaðsáreiti og auglýsingar.

Af þessu tilefni er rétt að benda á að það hefur ekki áhrif á mat á markaðshlutdeild hvaða aðilar kaupa GSM farsíma í verslunum Símans enda voru ekki aðeins seldir læstir GSM farsímar í verslunum fyrirtækisins. Ótvírátt er, enda ekki mótmælt af hálfu Símans, að markaðshlutdeild félagsins í sölu á GSM farsímum jókst um 5 prósentustig milli árána 2003 og 2004. Að mati Samkeppniseftirlitsins má rekja aukninguna til þeirrar verulegu niðurgreiðslu sem hófst á árinu 2003. Eins og fram kemur í umsögn Símans þá beitti hann markaðsáreiti og auglýsingum í miklum mæli. Hvað þennan markað varðar þá var mikið um auglýsingar á læstum GSM farsímum í kerfi Símans á lægra verði. Það fer ekki á milli mála að markaðsáreitið varðaði niðurgreidda læsta GSM farsíma, í kerfi Símans, í verslunum Símans.

Að öllu framansögðu virtu er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að Síminn hafi haft markaðsráðandi stöðu á markaðnum fyrir sölu á GSM farsímum á umræddum tíma. Hins vegar hefur það ekki megin þýðingu í þessu máli hver markaðshlutdeild og staða Símans er á þessum markaði heldur er það markaðsráðandi staða hans á markaði fyrir GSM þjónustu fyrir einstaklinga.

3.3 Sameiginleg markaðsráðandi staða

Síminn hefur í máli þessu sett fram kröfu þess efnis að komist Samkeppniseftirlitið að þeirri niðurstöðu að Síminn hafi verið í ráðandi stöðu á markaði fyrir GSM þjónustu fyrir einstaklinga þá verði sú markaðsráðandi staða skilgreind sameiginleg með Vodafone. Síminn hefur í máli þessu einnig haldið því fram að vörn fyrirtækisins byggji einkum á sjónarmiðum um stöðu Símans á fákeppnismarkaði. Vísar Síminn m.a. til EES/EB-samkeppnisréttar máli sínu til stuðnings.

Síminn telur að fjarskiptamarkaður hér á landi sé fákeppnismarkaður þar sem Síminn og Vodafone séu keppinautar. Telur fyrirtækið að með kaupum Vodafone á Frétt og Íslenska útvarpsfélaginu, sbr. kaupsamning þar um, dags. 9. desember 2004, kaupum á Margmiðlun ásamt meðal annars samningum við Orkuveitu Reykjavíkur og Vodafone Group, sé komið að vatnaskilum hvað varðar beitingu



11. gr. samkeppnislaga á einstökum undirmörkuðum fjarskiptamarkaðar. Hin nýja staða valdi því að þrátt fyrir að Síminn sé hugsanlega markaðsráðandi þá veiti staðan á markaðnum fyrirtækinu þó rýmri heimildir en væru fleiri fyrirtæki á markaðnum. Síminn sé a.m.k. ekki einn markaðsráðandi þar sem fyrirtækið geti ekki starfað án þess að taka tillit til keppinautar síns. Með hliðsjón af eðli fákeppnismarkaða komist fyrirtækin því ekki hjá því að taka tillit hvort til annars. Á markaði fyrir farsímaþjónustu hér á landi séu eingöngu starfandi tvö fyrirtæki og markaðshlutdeild beggja há. Telur Síminn sig hafa 60-65% markaðshlutdeild en Vodafone hafi 35-40% hlutdeild. Að öðrum skilyrðum uppfylltum sé því um kjöraðstæður fyrir sameiginlega markaðsráðandi stöðu að ræða. Að mati Símans ber markaður þessa máls þessi einkenni. Markaðurinn er gagnsær og þjónustan einsleit. Á markaðnum eru hvatar fyrir samhæfða markaðsstefnu og líkur á að samkeppni verði svarað í sömu mynt og kostnaðaruppbygging beggja fyrirtækjanna er áþekkt. Takmarkaðar líkur eru á því að keppinautar eða neytendur geti ógnað samhæfingunni vegna aðgangshindrana að markaðnum í formi fjárfestinga og aðgans að öðrum kerfum og einnig vegna lítills kaupendastyrks. Þá vísar Síminn í nýlegan dóm undirréttar EB um að í sumum tilvikum sé nægilegt að sýna fram á að markaður uppfylli þau skilyrði eða beri þau einkenni sem að framan greinir með óbeinum hætti til þess að unnt sé að komast að þeirri niðurstöðu að sameiginleg markaðsráðandi staða sé fyrir hendi. Bendir Síminn í þessu sambandi á að verð hans og Vodafone hafi verið áþekkt frá 2003. Að öllu þessu virtu telur Síminn sig ekki vera einan í markaðsráðandi stöðu og telur því útilokað að hann hafi gerst sekur um misnotkun á markaðsráðandi stöðu gagnvart Vodafone. Bent er og á að almennt sé viðurkennt að mikilvægt sé að samkeppnisyfirlit hafi sem minnst afskipti af samkeppni á fákeppnismörkuðum. Þau geta alltaf gripið til aðgerða ef fyrirtækin verði uppvís af „tvíkeppnisverðhegðun“ og misbeiti markaðsráðandi stöðu sinni. Telur Síminn því að fyrirtækinu hafi verið heimilt að mæta tilboðum Vodafone sem um er fjallað í máli þessu.

Vodafone hafnar sjónarmiðum Símans enda varði þau fordæmi og heimildir sem Síminn vísi til ekki mál sem svipi til þess sem hér sé til umfjöllunar.

Samkeppniseftirlitið vill í fyrsta lagi taka fram að ljóst er af málflutningi Símans að félagið telur að kaup Vodafone á Frétt og Íslenska útvarpsfélaginu (nú 365 hf.) hafi breytt miklu um stöðu fyrirtækja á markaðnum fyrir farsímaþjónustu. Sú háttsemi sem kvartað er yfir í máli þessu átti sér stað á árinum 2003 og 2004 en umrædd kaup Vodafone áttu sér stað með samningi, dags. 9. desember 2004, eða í lok þess tímabils. Í samkeppnisrétti verður að miða við þá stöðu sem uppi var á hinum skilgreindu mörkuðum þegar háttsemin sem til skoðunar er átti sér stað, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2006 *Flugþjónustan á Keflavíkurlugvelli ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.²² Í þessu samhengi má og horfa til ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 21/2005 *Erindi Og Fjarskipta hf. vegna misnotkunar Landssíma Íslands hf. á markaðsráðandi stöðu*

²² Sjá einnig t.d. dóm undirréttar EB frá 30. janúar 2007 í máli nr. T-340/03 *France Télécom v Commission: „According to the case-law, Article 82 EC refers to the position occupied by the undertaking concerned on the common market at the time when it acted in a way which is alleged to amount to an abuse ... “*



við kynningu og markaðssetningu á tilboði fyrirtækisins undir heitinu „Allt saman hjá Símanum“. Mál það varðaði atvik sem áttu sér stað á árinu 2004. Í málinu hélt Síminn fram samskonar sjónarmiðum varðandi sameiginlega markaðsráðandi stöðu og félagið gerir í þessu máli. Þegar af þeirri ástæðu að kaup Vodafone á Frétt og Íslenska útvarpsfélaginu áttu sér stað í lok árs 2004 taldi samkeppnisráð að ekki hafi verið um sameiginlega markaðsráðandi stöðu að ræða á árinu 2004. Þessari ákvörðun var ekki skotið til áfrýjunarnefndar samkeppnismála.

Með vísan til alls þessa og með hliðsjón af því hvernig mál þetta er vaxið kemur ekki til álita að um sameiginlega markaðsráðandi stöðu málsaðila hafi verið að ræða þegar atvik málsins urðu.²³ Þar fyrir utan má nefna að til þess að tvö eða fleiri sjálfstæð fyrirtæki hafi sameiginlega markaðsráðandi stöðu samkvæmt 11. gr. samkeppnislaga þurfa þau í efnahagslegum skilningi að koma fram eða starfa saman á tilteknum markaði eins og einn aðili eða eining.²⁴ Þarf í því sambandi að horfa til þriggja þátta, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 6/2006 *DAC ehf. og Lyfjaver ehf. og Lyf og heilsa ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.²⁵ Í fyrsta lagi að sýna fram á að fyrirtæki sem kunna að vera í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu eigi þess kost að fylgjast með hegðun annarra fyrirtækja sem deila slíkri stöðu til þess að geta áttað sig á því hvort þau fylgja samhæfðri stefnu á markaðnum. Í öðru lagi verður að vera hvati fyrir fyrirtæki í þessari stöðu til að viðhalda en víkja ekki frá hinni samhæfðu stefnu. Í þriðja lagi verða að vera takmarkaðar líkur á því að núverandi eða mögulegir keppinautar viðkomandi fyrirtækja eða neytendur geti ógnað hinni samhæfðu hegðun. Ekkert hefur komið fram í málinu sem gefur til kynna að þessi skilyrði hafi verið uppfyllt á farsímamarkaðnum á árinu 2004. Má í því sambandi sérstaklega hafa í huga þann umtalsverða mun sem var á markaðshlutdeild Símans og Vodafone á þessum tíma. Markaðshlutdeild Símans var þannig meira en tvöfalt stærri en Vodafone. Þekkt er í samkeppnisrétti að mikill munur á markaðshlutdeild getur dregið úr hvata til samhæfingar.²⁶ Stafar þetta m.a. af því að fyrirtæki með mun lægri markaðshlutdeild hefur talsverðan hvata til að víkja frá mögulegri samhæfðri hegðun í því skyni að efla stöðu sína á markaðnum. Ekki hefur heldur verið rökstutt með nægjanlega sannfærandi hætti af hálfu Símans að hvaða leyti umrædd skilyrði hafi verið uppfyllt á umræddum tíma. Gögn málsins gefa því ekki tilefni til að ætla að rétt sé að líta svo á að Síminn og Vodafone hafi

²³ Sjá ákvörðun 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“*.

²⁴ Sjá hér t.d. dóm dómstóls EB í sameinuðum málum nr. C-395/96P og C-396/96P *Compagnie Maritime Belge Transports v Commission* [2000] ECR I-1365: *“In terms of Article 86 of the Treaty, a dominant position may be held by several ‘undertakings. The Court of Justice has held, on many occasions, that the concept of ‘undertaking in the chapter of the Treaty devoted to the rules on competition presupposes the economic independence of the entity concerned ... It follows that the expression ‘one or more undertakings in Article 86 of the Treaty implies that a dominant position may be held by two or more economic entities legally independent of each other, provided that from an economic point of view they present themselves or act together on a particular market as a collective entity. That is how the expression ‘collective dominant position, as used in the remainder of this judgment, should be understood.”*

²⁵ Sjá einnig t.d. dóm undirréttar EB frá 13. júlí 2006 í máli nr. T-464/04. *Independent Music Publishers and Labels Association (Impala) v Commission*.

²⁶ Sjá t.d. Van Bael & Bellis, *Competition Law of the European Community*, fjórða útgáfa 2005 bls. 827-828: *“...lack of symmetry of market shares among the major firms on a market can lead to decreased incentives for the firms to coordinate their behaviour.”*



komið fram eða starfað saman á hinum skilgreinda markaði í framangreindum skilningi á umræddu tímabili.

4.

Bann 11. gr. samkeppnislaga

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 við skýringu ákvæðisins eðlilegt að hafa hliðsjón af EES-samkeppnisrétti. Ummæli í lögskýringargögnum með samkeppnislögum 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,*
- 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.

Eins og ákvæðið ber með sér er upptalning á því í hverju misnotkun geti verið fólgin ekki tæmandi. 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 áfrýjunarnefnd samkeppnismála í máli nr. 3/2006 *Flugþjónustan á Keflavíkurflugvelli ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu* segir:

„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 styrkja stöðu sína á markaði með öðrum aðgerðum en samkeppni á grundvelli rekstrarlegrar frammistöðu fyrirtækisins (e. *competition on the merits*). Hér má einnig vísa til úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 17-18/2003 og dóma dómstóla EB.²⁷

²⁷ Í dómi undirréttar EB máli nr. T-228/97 *Irish Sugar v Commission* [1999] ECR II-2969 er dómaframkvæmdin að þessu leyti dregin saman með eftirfarandi hætti: „*The case-law shows that an*



Framangreint þýðir óhjákvæmilega að möguleikar markaðsráðandi fyrirtækja til að taka þátt í samkeppni eru takmarkaðari heldur en almennt er heimilt í viðskiptum. Hugtakið eðlileg samkeppni í framangreindum skilningi hefur því þrengri merkingu en sú samkeppni sem fyrirtæki geta stundað sem ekki eru í ráðandi stöðu.²⁸ Markaðsráðandi fyrirtæki er þannig ekki heimilt að keppa í verði nema sú samkeppni byggist á eðlilegum efnahagslegum grunni.²⁹ Það getur því verið ólöglegt fyrir markaðsráðandi fyrirtækji að grípa til ráðstafana sem almennt þykja sjálfsgöðar 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.³⁰

Í hinna ríku skyldu sem hvílir í samkeppnisrétti á markaðsráðandi fyrirtækjum felst að þau mega ekki grípa til neinna ráðstafana sem raskað geta með eðlilegum hætti þeirri samkeppni sem ríkir á markaðnum eða misbeita með öðrum hætti stöðu sinni, sbr. m.a. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 17–18/2003.³¹ 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 tilteknar 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.³² Við nánari skilgreiningu á umræddri skyldu ber að líta til ákvæðis 1. gr. samkeppnislaga en samkvæmt því skal markmiði laganna náð með

'abuse is an objective concept referring 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 already weakened and which, through recourse to methods different from those governing normal competition in products or services on the basis of the transactions of commercial operators, has the effect of hindering the maintenance of the degree of competition still existing in the market or the growth of that competition ... It follows that Article 86 of the Treaty prohibits a dominant undertaking from eliminating a competitor and thereby reinforcing its position by having recourse to means other than those within the scope of competition on the merits. From that point of view, not all competition on price can be regarded as legitimate ... The prohibition laid down in Article 86 is also justified by the consideration that harm should not be caused to consumers. "

²⁸ 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. "

²⁹ 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. "

³⁰ Sjá t.d. Ritter og Braun, *European Competition Law*, þriðja útgáfa (2004) bls. 423: „While some kinds of conduct, such as excessive pricing, are easier to practice for a firm in a dominant position, others may be not only perfectly compatible with but indeed a normal expression of competition, such as undercutting a competitor's price in order to win customers from it and gain market share. However, such conduct may become abusive if engaged in by a dominant enterprise with the effect of appreciably restricting or distorting competition in the marketplace. This is not to be seen as penalizing the dominant firm for the superior quality of its product which may have contributed to its achieving dominance, but mainly reflects the special responsibility incumbent on it not to reduce competition on the market even further from the reduced level remaining, as a result of its position of dominance. "

³¹ Sjá einnig t.d. dóm dómstóls EB í máli nr. 322/81 *Michelin v. Commission* [1983] ECR 3461.

³² Sjá t.d. dóm dómstóls EB í máli nr. C-333/94P, *Tetra Pak v. Commission* [1996] ECR I-5951.



því m.a. að vinna gegn skaðlegri fákeppni og samkeppnishömlum og að auðvelda nýjum keppinautum aðgengi að markaðnum. Þá ber að horfa til þess að skyldur markaðsráðandi fyrirtækja geti að öðru jöfnu verið því ríkari þeim mun sterkari sem staða þeirra á markaðnum er, sbr. nefndan úrskurð áfrýjunarnefndar. Af þessari skyldu leiðir að markaðsráðandi fyrirtæki geta brotið 11. gr. samkeppnislaga með aðgerðum sem einar og sér fela ekki í sér misnotkun, t.d. gerð samninga.³³

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 fölginn í því að vinna gegn framangreindum markmiðum 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.³⁴ Kjarni þeirrar misnotkunar á markaðsráðandi stöðu sem raskar samkeppni er að hegðun markaðsráðandi fyrirtækis sé til þess fallin að hamlar þeirri takmörkuðu samkeppni sem er á markaðnum eða hindra vöxt hennar.³⁵ Markaðsráðandi fyrirtæki mega þannig ekki grípa til óeðlilegra aðgerða sem miða að því að styrkja eða verja stöðu sína á markaðnum, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 17-18/2003.

Samkvæmt nefndum úrskurði áfrýjunarnefndar 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 ólögmat. 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.“* 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.³⁶ Af þessu leiðir einnig að ekki skiptir t.d. máli þó markaðshlutdeild hins markaðsráðandi fyrirtækis minnki eða verð þess hafi lækkað á því tímabili sem misnotkun átti sér stað.³⁷

Eins og nefnt var banna ákvæði 11. gr. samkeppnislaga markaðsráðandi fyrirtæki að veikja keppinaut með því að beita öðrum aðferðum en þeim sem teljast til eðlilegrar samkeppni.³⁸ Af þessu leiðir að ekki er öll verðlækkun af hálfu markaðsráðandi fyrirtækja lögmat, sbr. m.a. úrskurð áfrýjunarnefndar nr. 17-

³³ 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.“*

³⁴ 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, ...“*

³⁵ Sjá hér dóm dómstóls EB í máli nr. 85/76 *Hoffman-La Roche v Commission* [1979] ECR 461.

³⁶ Er þetta sama túlkun og gildir í EES/EB-samkeppnisrétti. Sjá t.d. dóm undirréttar EB frá 17. desember 2003 í máli nr. T-212/99 *British Airways v Commission*.

³⁷ Sjá t.d. dóm undirréttar EB frá 30. september 2003 í máli nr. T-203/01 *Michelin v Commission*.

³⁸ Sjá t.d. dóm dómstóls EB í Akzo málinu, mál nr. C-62/86 [1991] ECR-3359.



18/2003 og dóm Hæstaréttar nr. 120/2001 *Landssími Íslands hf. gegn samkeppnisráði*. Að mati Samkeppniseftirlitsins felur það í sér brot á 11. gr. samkeppnislaga ef markaðsráðandi fyrirtæki grípa til sértækra verðlækkunar eða tilboða sem eru til þess fallin að raska samkeppni frá smærri keppinautum, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefnd samkeppnismála í máli nr. 3/2006.³⁹ Þegar um slíka háttsemi er að ræða skiptir ekki máli að lögum hvort viðkomandi tilboð hafi verið undir kostnaði hins markaðsráðandi fyrirtækis.⁴⁰

Svonefnd samtvinnun getur farið gegn 11. gr. samkeppnislaga, sbr. t.d. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 10/2005 *Erindi Skýrr hf. vegna misnotkunar Umferðarstofu á markaðsráðandi stöðu*. Einnig geta ýmiskonar aðgerðir markaðsráðandi fyrirtækja sem ætlað er að takmarka möguleika viðskiptavina á því að skipta um fyrirtæki sem þeir eiga viðskipti við brotið gegn 11. gr. laganna.⁴¹

Markaðsráðandi fyrirtæki er að ákveðnu marki heimilt að bregðast við og verja viðskiptahagsmunum 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*.⁴² Er þetta oft nefnt að markaðsráðandi fyrirtæki sé heimilt að mæta samkeppni til þess að verja viðskiptalega hagsmunum sína ef að því er gerð atlagen. Þannig er markaðsráðandi fyrirtæki með vissum hætti heimilt að mæta samkeppni í þeim tilvikum er keppinautur snýr sér til viðskiptavina þess og biður 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 ávallt að byggjast á rekstrarlegri frammistöðu fyrirtækisins og vera í samræmi við hagsmunum neytenda.⁴³ Slík viðbrögð verða einnig að vera í samræmi við meðalhóf og hafa verður hliðsjón af efnahagslegum styrk viðkomandi fyrirtækja.⁴⁴ 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.⁴⁵ Því er ekki unnt að byggja á heimild til að mæta samkeppni þegar markaðsráðandi fyrirtæki undirbyr og framkvæmir tilboð að eigin frumkvæði til viðskiptavina keppinauta sinna. Heimild Símans að þessu leyti verður einnig að skoðast með hliðsjón af þeim sérstaklega ríku skyldum sem hvíla á fyrirtækinu vegna yfirburðastöðu þess,

³⁹ Sjá einnig t.d. dóma undirréttar EB í máli nr. T-65/89 *BPB Industries and British Gypsum v Commission* [1993] ECR II-389 og í máli nr. T-228/97 *Irish Sugar v Commission* [1999] ECR II-2969.

⁴⁰ Sjá t.d. dóm undirréttar EB í máli nr. T-30/89 *Hilti v Commission* [1992] ECR II-1439.

⁴¹ Sjá t.d. dóm undirréttar EB frá 23. október 2003 í máli nr. T-65/98 *Van den Bergh Foods Ltd v Commission*.

⁴² Sjá t.d. dóm dómstóls EB í máli nr. 27/76 *United Brands v Commission* [1978] ECR 207.

⁴³ Sjá dómur undirréttar EB í máli nr. T-228/97 *Irish Sugar v Commission* [1999] ECR II-2969.

⁴⁴ 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. “

⁴⁵ 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. “



sbr. m.a. ákvörðun samkeppnissráðs nr. 40/2003 *Kvörtun Og fjarskipta hf. vegna hópáskriftar Landssíma Íslands hf.*

5.

Aðgerðir Símans

Eins og fram hefur komið eru hér til skoðunar annars vegar markaðsaðgerðir Símans í tengslum við skyldu til númeraflutnings í GSM farsímaþjónustu haustið 2004 og hins vegar sala Símans á læstum GSM farsímum og samvinnun í því sambandi. Hér verða nú raktir helstu þættir sem máli skipta við mat á því hvort háttsemi Símans feli í sér brot gegn 11. gr. samkeppnislaga. Fyrst verður fjallað um þann þátt erindis Vodafone sem lýtur að beinum markaðsaðgerðum Símans á markaði fyrir GSM þjónustu fyrir einstaklinga og síðan um sölu á læstum GSM farsímum.

5.1 Markaðsaðgerðir Símans á GSM farsímamarkaði fyrir einstaklinga

Erindi Vodafone lýtur í fyrra lagi að meintum ólögætum aðgerðum Símans á einstaklingsmarkaði fyrir GSM farsímaþjónustu. Því hefur ekki verið mótmælt af hálfu Vodafone að atburðarásin í tengslum við númeraflutningsskylduna sem gekk í gildi í október 2004 hafi verið í aðalatriðum eins og Síminn lýsir henni. Er sú niðurstaða meðal annars studd af upplýsingum frá Póst- og fjarskiptastofnun af fundi sem stofnunin hélt með aðilum í október 2004.

Að mati Samkeppniseftirlitsins benda gögn og upplýsingar, sem aflað hefur verið, til þess að tilboð Símans hafi verið viðbrögð við aðgerðum Vodafone. Ekki verður annað séð en að umrætt tilboð hafi verið hóflegt auk þess að vera tímabundið. Tilboðið gekk mun skemur en tilboð Vodafone og ber ekki með sér að því hafi verið ætlað að bola Vodafone út af markaði fyrir GSM farsímaþjónustu fyrir einstaklinga. Verður að leggja til grundvallar að tilboðið hafi verið eðlileg viðbrögð fyrirtækisins við tilboði Vodafone. Er því ekki unnt að líta svo á að aðgerðir Símans hafi að þess leyti brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga.

5.2 Sala Símans á læstum GSM farsímum

Erindi Vodafone snýr í öðru lagi að ætluðum brotum Símans í tengslum við sölu á læstum GSM farsímum. Er því haldið fram að símarnir hafi verið seldir á óeðlilega lágu verði og að um ólögmetta samvinnun hafi verið að ræða. Síminn mótmælir því að hafa farið gegn 11. gr. samkeppnislaga að þessu leyti.

Við mat á lögmæti þessa verður í upphafi að líta til þess að í málinu liggur fyrir að Síminn hóf að selja læsta GSM farsíma á árinu 2003. Með læsingu er átt við að ekki er unnt að nota umrædda síma fyrir önnur GSM kerfi en Símans nema að framkvæmd sé tiltekin aðgerð á símanum í því skyni að unnt sé að nota hann í öðrum kerfum. Síminn krefst greiðslu ef viðskiptavinur óskar þess að GSM farsími hans verði opnaður, sbr. nánar hér á eftir.

Sala Símans á GSM farsímum fer fram í verslunum fyrirtækisins og er í formi umboðssölu. Samkvæmt því eru birgjar eigendur að þeim símunum sem eru á lager í verslunum Símans og bera áhættu af seljanleika þeirra, tæknilegri úreldingu og



eigin lagerkostnaði. Þessir þættir eru innifaldir í kostnaðarverði til Símans og valda því ekki óvissu og áhættu í rekstri hans.

Í þeim tilgangi að meta afkomu Símans af umboðssölu GSM farsíma var óskað eftir ítarlegum upplýsingum. Samkvæmt þeim upplýsingum var umfang sölunnar og framlegð sem hér segir.

Tafla 5: Sala Símans á GSM farsímum árin 2002, 2003, og 2004.

Ár	Fjöldi	Hlutfall læstra síma	Sölutekjur í þús. kr.	Kostnaðarverð í þús. kr.	Framlegð m.v. kostnað
2002	[...]	-	[...]	[...]	[...%]
2003	[...]	[...%]	[...]	[...]	[...%]
2004	[...]	[...%]	[...]	[...]	[...%]

Kostnaðarverð í þessari töflu er skilgreint af hálfu Símans sem umboðssöluverð frá birgja. Eins og að ofan greinir þá er lager í verslunum Símans í eigu birgja og þar með öll áhætta tengd lagernum. Samkvæmt þessum upplýsingum frá Símanum var framlegð, þ.e. söluverð umfram kostnaðarverð frá birgja, af sölu GSM farsíma um [...] m.kr. árið 2003 og um [...] m.kr. árið 2004. Á árinu 2003 voru um [...]% seldra GSM farsíma hjá Símanum læstir og um [...]% árið 2004.

Þegar framlegð af umboðssölu Símans á GSM farsímum sem árið 2003 var um [...] m.kr. og árið 2004 um [...] m.kr. er reiknuð á eftir að taka tillit til þátttöku starfseminnar í rekstri verslana Símans, öðrum sölu- og markaðskostnaði ásamt þátttöku í kostnaði við stoðdeildir og yfirstjórn félagsins. Að teknu tilliti til þessa kostnaðar var samkvæmt upplýsingum frá Símanum enginn hagnaður árið 2003 af sölu GSM farsíma en árið 2004 var hagnaður [...] þús.kr. eða [...]% af veltu.

Hér ber hins vegar að líta til þess að helsti birgji Símans fyrir GSM farsíma er fyrirtækið Tæknivörur, sem er eins og áður segir í 100% í eigu Símans. Fyrir liggur í málinu að GSM farsímaþjónusta Símans greiddi [...] m.kr. í svonefndan „markaðsstyrk“ til Tæknivara árið 2004. Gögn málsins bera með sér að Tæknivörur hafi ráðstafað þessum styrk til lækkunar á kostnaðarverði læstra GSM farsíma í kerfi Símans. Í þessu felst að GSM farsímaþjónusta Símans, sem er á sérstökum þjónustumarkaði, veitti öðrum lögaðila fjárhagsstuðning sem skilyrtur var til niðurgreiðslu á kostnaðarverði læstra GSM farsíma í farsímakerfi Símans, sem er á öðrum markaði. Af þessu leiddi að allir endurseljendur umræddra GSM farsíma, þar með taldar verslanir Símans, voru að afla GSM farsímaþjónustu Símans viðskiptavina með sölu hinna niðurgreiddu símtækja. Gögn málsins bera einnig með sér að Tæknivörur hafi fengið „markaðsstyrk“ frá tveimur erlendum framleiðendum á farsímum. Þessir fjármunir voru einnig alfarið notaðir til að lækka verð á læstum sínum í farsímakerfi Símans. Fullyrt er í málinu að öllum endurseljendum GSM farsíma hafi staðið til boða þessir læstu farsímar fyrir kerfi Símans á sama verði.

Eins og fram hefur komið er fyrirtækið Tæknivörur dótturfélag Símans og alfarið í eigu þess. Verður því að ganga út frá því að Síminn hafi fulla stjórn yfir



fyrirtækinu. Samkvæmt því mynda fyrirtækin eina efnahagslega einingu í skilningi samkeppnisréttarins.⁴⁶ Með öðrum orðum teljast Síminn og Tæknivörur sami aðili á markaði. Háttsemi félaganna verður að skoða í því ljósi.

Framangreinda afkomu Símans af umboðssölu á GSM farsímum verður því að virða í samhengi við greiðsluna til Tæknivara. Af þessum gögnum er því ljóst að Síminn hefur niðurgreitt selda GSM farsíma á árinu 2004 um [...] m.kr. Leiddi niðurgreiðslan til þess að í sumum tilvikum seldi Tæknivörur þessa læstu síma á lægra verði en kaupverði frá birgja.⁴⁷ Samkvæmt þessu seldi Tæknivörur þessa síma á verði sem var undir kostnaðarverði þeirra. Einnig er ljóst að innan samstæðunnar var ákveðið að markaðsstyrkir frá erlendum framleiðendum að upphæð [...] m.kr. árið 2004 yrðu einungis notaðir til að lækka verð á læstum GSM sínum í farsímakerfi Símans án þess að séð verði að það hafi verið tilgangur framleiðendanna. Verður þvert á móti að telja að það hefði verið hagfelldara fyrir hina erlendu framleiðendur ef fjárstuðningur þeirra hefði verið notaður til almennra markaðsaðgerða sem eflt hefðu sölu á öllum sínum þeirra en ekki einungis til niðurgreiðslu á þeim sínum sem læstir voru fyrir kerfi Símans.

Samkvæmt þessu er ljóst að fjármunir frá Símanum og erlendum símtækjaframleiðendum voru nýttir til þess að lækka kostnaðarverð á GSM farsímum og þá eingöngu á læstum farsímum í farsímakerfi Símans en ekki til lækkunar á kostnaðarverði ólæstra farsíma eða annars notendabúnaðar. Sú háttsemi getur ekki haft annan rekstrarlegan tilgang en að viðhalda eða efla stöðu Símans á markaði fyrir GSM farsímaþjónustu. Í því sambandi er bent á að hagnaður Símans á smásölustigi GSM farsíma var aðeins [...] þús. kr. árið 2004 og er því ljóst að sú afkoma ein og sér fjármagnar með engu móti hinn svonefnda markaðsstyrk. Niðurstaðan af þessu er sú að afkoma Símans af smásölu GSM farsíma að teknu tilliti til niðurgreiðslunnar í formi markaðsstyrks var neikvæð um tæpar [...] m.kr. á árinu 2004. Þessi útgjöld voru fjármögnuð af GSM farsímaþjónustu Símans enda viðurkennt af hálfu Símans að læsingar símanna voru í hennar þágu. Á það skal bent að rekstrarhagnaður Tæknivara árið 2004 nam 20,2 m.kr. og er þá um að ræða afkomu Tæknivara af allri sinni starfsemi.⁴⁸ Félagið annast innflutning á fjölbreyttum notendabúnaði fyrir fjarskiptaþjónustu og aukahlutum bæði fyrir almenna talsímakerfið og farsímakerfin. Þar sem innflutningur og heildsala á GSM farsímum er aðeins einn þáttur í starfsemi félagsins má draga þá ályktun að hagnaður Tæknivara af sölu GSM farsíma eingöngu hafi verið innan við 20,2 m.kr. á árinu 2004.

Samkeppniseftirlitið telur að framangreindar aðgerðir hafi ekki falið í sér eðlilega samkeppni sem markaðsráðandi fyrirtæki er leyfilegt að stunda. Þvert á móti var um að ræða sértæka aðgerð sem eingöngu var beint gegn eina keppinauti Símans á markaði fyrir GSM farsímaþjónustu fyrir einstaklinga. Með þessum aðgerðum var Síminn að viðhalda og styrkja ráðandi stöðu sína á umræddum markaði. Með því að verja umtalsverðum fjármunum til þess að niðurgreiða læsta farsíma og selja þá þar með ódýrara en ólæsta farsíma var Síminn markvisst með óeðlilegum

⁴⁶ Sjá hér t.d. dóm dómstols EB í máli nr. C-73/95P *Viho v Commission* [1996] ECR I-5457.

⁴⁷ Sjá t.d. bréf frá Símanum frá 16. september 2005.

⁴⁸ Samkvæmt ársreikningi Tæknivara ehf. fyrir árið 2004 hjá Fyrirtækjaskrá ríkisskattstjóra.



aðgerðum að sækja til sín nýja viðskiptavini í GSM farsímaþjónustu auk þess að auka möguleika sína á að halda þeim viðskiptavinum sínum sem voru að endurnýja sína farsíma. Að teknu tilliti til umræddrar niðurgreiðslu var afkoma Símans af smásölu GSM síma neikvæð. Þessi verðlækkun á farsímum var því ekki byggð á rekstrarlegri frammistöðu Símasamstæðunnar í sölu á þessum tækjum heldur var verðlækkunin fjármögnuð af GSM farsímaþjónustu Símans í því skyni að viðhalda eða efla stöðu fyrirtækisins á þeim markaði. Gögn málsins gefa til kynna að þetta hafi gengið eftir.

Síminn jók markaðshlutdeild sína á markaði fyrir sölu GSM farsíma milli áronna 2003 og 2004. Það má draga þá ályktun að sú aukning sé meðal annars afleiðing þess að félagið byrjaði að selja læsta GSM farsíma á lægra verði á árinu 2003. Fram hefur komið að Síminn hafi varið rúmlega [...] m.kr. á árinu 2003 til niðurgreiðslu á verði læstra síma. Þar sem um [...] % af seldum GSM farsímum hjá Símanum á árinu 2004 voru læstir verður að telja að félagið hafi einnig með þessari háttsemi viðhaldið eða styrkt stöðu sína á markaði fyrir GSM farsímaþjónustu á árunum 2003 og 2004. Hér verður einnig að líta til þess að með sölu á læstum GSM símum er Síminn eðli málsins samkvæmt að binda viðkomandi kaupendur GSM síma í viðskipti hjá sér og sú binding varir meðan viðkomandi sími er læstur. Jafnframt er ljóst að í þessum tilboðum Símans felst að viðskiptavini er boðin niðurgreidd vara gegn því að þurfa í raun að kaupa aðra þjónustu af Símanum. Er þetta til þess fallið að hafa samkeppnishamlandi samtvinnunaráhrif. Þessi háttsemi felur því í sér röskun á þeirri samkeppni sem Vodafone getur veitt á markaðnum fyrir GSM þjónustu.

Til þess að vinna gegn bindingaráhrifum af sölu læstra síma verður að gera þá kröfu til markaðsráðandi fyrirtækja að viðskiptavinur sé með skýrum og sannanlegum hætti upplýstur um skilmála og mögulega útgönguleið úr viðskiptum. Samkvæmt upplýsingum frá Símanum hafa slík skrifleg gögn ekki verið afhent við sölu læstra GSM farsíma. Hér ber einnig að líta til þess að þegar Síminn byrjaði að selja læsta GSM farsíma á árinu 2003 var gengið út frá tímabindingu í farsímakerfi Símans til 12 mánaða, Eftir það gat viðskiptavinur fengið símann opnaðan gegn greiðslu. Síðan var þessu breytt þannig að opnun síma kostaði 5.000 kr. ef hún var framkvæmd innan 12 mánaða frá kaupum en 3.000 kr. eftir það. Þetta breyttist 15. nóvember 2004 þannig að það kostaði kr. 5.000 að opna alla síma óháð því hvað langt var liðið frá kaupum. Hafa má einnig í huga að í júlí 2005 breyttist verðið í 3.000 kr. en nýir símar ekki opnaðir fyrr en eftir þrjú mánuði frá kaupdegi og frá 29. ágúst 2005 eru allir símar opnaðir gegn greiðslu 3.000 kr. Telur Samkeppniseftirlitið að þessir viðskiptahættir séu til þess fallnir að hamla því að viðskiptavinir skipti um þjónustuveitanda, ekki síst eins og þeir voru tíðkaðir fyrir 29. ágúst 2005. Framangreind atriði leiða til þess að aðgerðir Símans voru til þess fallnar að hafa enn skaðlegri áhrif en ella.

Líta ber til þess að fyrirtækið Tæknivörur annast innflutning og heildsölu á m.a. GSM farsímum. Með því að veita Tæknivörum „markaðsstyrk“ sem ætlaður var til þess að lækka kostnaðarverð á læstum GSM farsímum hjá Tæknivörum var Síminn í nafni eigin GSM farsímaþjónustu að færa fjármuni milli tveggja rekstrarlega sjálfstæðra en efnahagslega tengdra lögaðila. Það verður að teljast



óeðlilegt að Síminn sem er markaðsráðandi á tilteknum þjónustumarkaði veiti fjármunum til eins tiltekins lögaðila gegn því skilyrði að viðkomandi veiti fjármagninu eingöngu til lækkunar á notendabúnaði sem aðeins verður notaður í þjónustukerfi Símans. Það er mat Samkeppniseftirlitsins að Síminn hafi með þessu stuðlað að því að aðrir smásöluaðilar selji læsta GSM farsíma í farsímakerfi Símans. Þessi háttsemi Símans verður til þess að stækka og breikka framboðið fyrir læsta GSM farsíma eingöngu til hagsbóta fyrir GSM farsímaþjónustu Símans. Síminn var ekki að lækka verð búnaðarins í eigin verslunum heldur færði umrædda fjárhæð til eins innflutningsaðila GSM farsíma, sem er líklegt til þess að valda enn meiri samkeppnislegri röskun en ella, á öðrum samkeppnismarkaði.

Hér verður og að hafa í huga að markaðurinn fyrir GSM farsímaþjónustu fyrir einstaklinga er fákeppnismarkaður þar sem aðeins tvö fyrirtæki keppa. Á þessum markaði hefur Síminn yfirburðastöðu og mögulegar skaðlegar afleiðingar af samkeppnishamlandi hegðun Símans geta því verið miklar. Því verður á grundvelli 11. gr. samkeppnislaga að gera í þessu máli ríkar kröfur til allra aðgerða Símans.

Líta ber hér einnig til ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 41/1997 *Tilboð Pósts og síma hf. á farsímum og farsímaþjónustu til félaga í FÍB*. Í því máli gerði Póstur og Sími samning við FÍB um s.k. pakkatilboð á farsímum og farsímaþjónustu. Boðnir voru til kaups niðurgreiddir símar og var talið í málinu að halli af sölu símanna skv. tilboðinu hefði getað numið allt að átta milljónir króna. Var upplýst að Póstur og sími horfði til þeirra tekna sem fengjust af afnotagjöldum sem myndast við símanotkun, þegar hagur Pósts og síma af tilboðinu væri metinn. Samkvæmt tilboðinu var ekki heimilt að nota hina niðurgreiddu síma í öðru farsímakerfi en því sem Póstur og sími rak. Samkeppnisráð taldi að málið varðaði markaðinn fyrir farsímaþjónustu og markaðinn fyrir sölu á farsímum og að Póstur og sími væri markaðsráðandi á báðum þessum mörkuðum. Var það niðurstaða ráðsins að samtvinnum Pósts og síma á GSM farsímaþjónustu og símtækjum til meðlima Félags íslenskra bifreiðaeigenda með bindingu til tveggja ára fela í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Vísað var til þess að félagsmönnum FÍB var bannað að nota annað kerfi en kerfi Landssímans og að símtækin væru niðurgreidd. Var Landssímanum framvegis bannað að tvinna saman í viðskiptum fjarskiptaþjónustu og aðra þjónustu fyrirtækisins. Einnig var fyrirtækinu bannað að hafast nokkuð það að sem skaðað gæti samkeppni á markaðnum fyrir fjarskiptaþjónustu og tengda þjónustu. Máli þessu var ekki skotið til áfryjunarnefndar samkeppnismála.

Eins og nánar verður gerð grein fyrir getur Samkeppniseftirlitið ekki fallist á þau sjónarmið sem Síminn hefur sett fram í málinu. Með vísan til alls framangreinds er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að Síminn hafi misnotað markaðsráðandi stöðu sína með því að niðurgreiða læsta GSM farsíma í sitt eigið farsímakerfi. Aðgerðir þessar voru til þess fallnar að viðhalda eða styrkja stöðu Símans með óeðlilegum hætti á markaðnum fyrir GSM farsímaþjónustu. Einnig er ljóst að aðgerðirnar styrktu stöðu Símans í sölu á farsímum. Samkvæmt framansögðu er það því mat Samkeppniseftirlitsins að Síminn hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með framangreindum aðgerðum.



5.2.1 Um sjónarmið Símans

Síminn hefur í málflutningi sínum vísað til fordæmis sem hann telur að hafi skapast í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 13/2004 *Erindi eMax ehf. vegna ADSL-tilboða Og Fjarskipta hf. og Landssíma Íslands hf.* Að mati Símans hafi samkeppnisráð lagt blessun sína yfir að framlegð af þjónustu geti staðið undir kostnaði vegna þessa búnaðar sem fylgi þjónustunni.

Að mati Samkeppniseftirlitsins er ákvörðun nr. 13/2004 ekki reist á slíkri almennri reglu heldur þeim sérstöku atvikum sem um var að ræða í málinu. Atvik í því máli sem hér er til athugunar eru ekki sambærileg. Aðstæður í eMax-málinu voru metnar þannig, meðal annars af Símanum sjálfum, að keppinautar Símans á markaði fyrir Internetþjónustu gætu sett saman sambærileg tilboð og Síminn og aflað sér þannig viðskipta í eigin Internetþjónustu. Þetta mál er ekki sambærilegt. Ef keppinautur Símans í farsímaþjónustu selur læsta síma frá Tæknivörum, sem honum stendur til boða, þá er hann um leið að afla viðvarandi viðskiptavina í farsímakerfi Símans en ekki í eigið kerfi. Með sölu á læstum sínum í farsímakerfi Símans eru þeir þannig að afla Símanum viðskipta í farsímaþjónustu. Augljóst er að það er ekki raunhæfur valkostur fyrir keppinaut Símans á markaði fyrir farsímaþjónustu að selja læsta GSM farsíma í kerfi Símans og styrkja þar með markaðsráðandi stöðu fyrirtækisins.

Það er þannig megin munur á því hvort keppinautur geti boðið samsett tilboð þar sem hluti þess er vara og þjónusta viðkomandi fyrirtækis eða þar sem seldri vöru fylgir binding í tiltekna þjónustu hjá óskyldum aðila. Ekki verður annað séð en að öðrum smásöluáðilum hafi staðið til boða að fá læsta GSM farsíma hjá Tæknivörum á sama verði og verslunum Símans. Augljóst er að með þessu fyrirkomulagi var Síminn markvisst að auka dreifingu á sölu læstra GSM farsíma í sitt kerfi sem af rekstrarlegum ástæðum getur ekki verið ætlað annað hlutverk en að tryggja eða efla stöðu hans enn betur á markaði fyrir GSM farsímaþjónustu. Það geta ekki verið eðlilegar rekstrarlegar forsendur fyrir því að niðurgreiða GSM farsíma á heildsölustigi sem nemur [...] m.kr. og hafa lítinn sem engan hagnað af sölnunni á smásölustigi. Frá sjónarhóli Símans getur þessi ráðstöfun aðeins verið rökrétt ef félaginu tekst með þessu að viðhalda eða efla stöðu sína á markaði fyrir GSM farsímaþjónustu sem er félaginu mjög arðsamur. Þessi staða var ekki uppi í málinu sem leiddi til umræddrar ákvörðunar samkeppnisráðs.

Varðandi ákvörðun samkeppnisráðs nr. 13/2004 verður einnig að horfa til þess að staða Símans er önnur á markaði fyrir farsímaþjónustu en á markaði fyrir Internetþjónustu. Er markaðshlutdeild Símans mun meiri í farsímaþjónustu auk þess sem starfsemin í farsímaþjónustu er á grundvelli rekstrarleyfis frá Póst- og fjarskiptastofnun. Þetta gerir stöðu Símans sterkari á þeim markaði og skapar meiri sérstöðu en þar sem starfsemin er ekki háð rekstrarleyfi. Í starfsemi á grundvelli rekstrarleyfis felast meiri réttindi og um leið meiri skyldur en í virðisaukandi starfsemi. Eins og fram kemur í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2006 *Dagur Group hf. gegn Samkeppniseftirlitinu* eru skyldur markaðsráðandi fyrirtækja að öðru jöfnu ríkari þeim mun sterkari sem þau eru á viðkomandi markaði. Síminn getur því ekki með réttu dregið almenna reglu af niðurstöðu samkeppnisráðs í ákvörðun nr. 13/2004.



Hvað varðar áhrif aðgerða Símans á markaðinn fyrir sölu á farsímum þá er í greinargerðum fyrirtækisins í máli þessu margoft áréttað að það hafi gætt þess að niðurgreiðslan raskaði ekki samkeppni á markaði fyrir sölu á GSM farsímum. Ætla má að þessarar háttsemi Símans hafi gætt á þessum markaði, með neikvæðum hætti, því markaðshlutdeild smærri keppnauta lækkaði milli áranna 2003 og 2004 um sjö prósentustig. Er ljóst að háttsemin hafði hvort tveggja áhrif á einstaklingsmarkaðinn fyrir GSM farsímapjónustu og markaðinn fyrir sölu GSM farsíma.

Í athugasemdum sínum við andmælskjalið hafnar Síminn því alfarið að í tilboði Símans felist að viðskiptavinum sé boðin niðurgreidd vara gegn því að þurfa í raun að kaupa aðra þjónustu af Símanum og að það sé til þess fallið að hafa samkeppnishamlandi samvinnunaráhrif. Síðan segir að það fái ekki staðist, að samvinnun kaupa á símanum sjálfum og þeirri þjónustu að geta notað hann á þann eina hátt sem mögulegt er, teljist ólöglegt samvinnun. Að eiga GSM síma annars vegar og nota hann hins vegar sé eins náskýlt og hugsast getur.

Hvað þessa röksemdafærslu varðar vill Samkeppniseftirlitið ítreka að ef GSM farsími er læstur fyrir önnur farsímakerfi en Símans þá verður hann ekki notaður nema í kerfi Símans. Í þessum viðskiptum felst samkomulag milli seljanda og kaupanda um að síminn verði aðeins notaður í GSM farsímapjónustu Símans. Til að hafa not af símanum verður eigandi hans að vera í viðskiptum við GSM farsímakerfi Símans og það var á þeim grundvelli sem eigandi fékk hinn niðurgreidda síma. Að öðrum kosti verður hann að gera ráðstafanir með tilheyrandi fyrirhöfn og eftir atvikum kostnaði. Af gögnum málsins verður ekki ráðið að Síminn hafi með einhverjum hætti reynt að sporna við þessum áhrifum, en félaginu var í lófa lagið að kynna viðskiptavinum sínum með skýrum og sannanlegum hætti umrædda skilmála og mögulega útgönguleið úr viðskiptum. Þessi framkvæmd Símans er líkleg til þess að valda því að samkeppnisleg áhrif af sölu niðurgreiddra læstra GSM síma hafi verið enn alvarlegri fyrir vikið. Með hliðsjón af framansögðu er það mat Samkeppniseftirlitsins að með [...] m.kr. markaðsstyrk frá GSM farsímapjónustu Símans, sem ráðstafað var til niðurgreiðslu á læstum GSM farsímum, hafi fyrirtækið stefnt að því að viðhalda eða styrkja sína eigin stöðu á aðallega markaði fyrir farsímapjónustu. Annað fær ekki staðist. Það er ljóst að hagsmunir Símans felast fremur í því að viðhalda og styrkja stöðu sína á markaði fyrir GSM farsímapjónustu heldur en á markaði fyrir sölu á farsímum. Framlegðin af GSM þjónustunni er langtum meiri en framlegð af sölu GSM farsíma. Þetta sýna tölur úr rekstri Símans.

Í athugasemdum Símans segir að við mat á afkomu við sölu á GSM farsímum beri að hafa hliðsjón af afkomu þeirrar efnahagslegu einingar sem þar um ræðir. Síðan segir að það sé rangt sem fram komi í andmælskjalinu að markaðsstyrkur Símans til Tæknivara jafngildi beinni niðurgreiðslu á símtækjum. Þá segir að framangreint framlag Símans, að fjárhæð [...] m.kr. á árinu 2004, komi í stað greiðslu Símans til Tæknivara fyrir tvenns konar þjónustu. Annars vegar vegna læsinga og hins vegar vegna stillinga á GSM sínum og skiptist greiðslan jafnt vegna þessara þátta. Kostnaður vegna stillinga hafi ekki áhrif á kostnaðarverð



símtækjanna heldur sé hluti af sölukostnaði GSM þjónustunnar. Að teknu tilliti til þessa sé afkoma Símans af sölu GSM farsíma árið 2004 neikvæð um [...] m.kr. en á móti var framlegð Tæknivara af sölu GSM símtækja hins vegar [...] m.kr. það ár. Má skilja á athugasemdunum að líta beri á þessar niðurstöður í samhengi vegna efnahagslegra tengsla félaganna.

Samkeppniseftirlitið telur þessar skýringar ótrúverðugar og stangast á við fyrri upplýsingar sem aflað var bæði hjá Símanum og Tæknivörum.

Hér ber fyrst að líta til þess að í bréfi Samkeppniseftirlitsins til Símans, dags. 5. september 2005, var óskað eftir skýringu á mismunandi kostnaðarverði sömu GSM farsímategunda hjá Símanum eftir því hvort símarnir voru læstir eða ólæstir. Í bréfi frá Símanum, dags. 16. september 2005, segir:

„Mismunur á kostnaðarverði liggur í því að það er greiddur markaðsstuðningur með læstum sínum. Markaðsstuðningurinn kemur annars vegar frá framleiðanda og einnig er um að ræða markaðsstuðning frá GSM þjónustu Símans. Markaðsstuðningur GSM þjónustu og framleiðanda rennur til Tæknivara sem notar hann til að lækka kostnaðarverð til allra endurseljenda, hvort sem það eru verslanir Símans eða aðrir endurseljendur. ... Tæknivörur setur markaðsstuðninginn inn á vörunúmerið og það leiðir til lækkunar á kostnaðarverði frá Tæknivörum til endursala. Það skýrir lægra kostnaðarverð í sumum tilvikum til endursala en upphaflegt kaupverð frá framleiðanda/birgja.“

Þetta bréf er í mótsögn við það sem Síminn heldur nú fram. Líta ber einnig til þess að í fylgiskjöllum með bréfinu kemur skýrt fram að í reikningum Tæknivara til Símans er veittur sérstakur afsláttur vegna læstra síma en aðeins hóflegur og hefðbundinn afsláttur (5%) vegna ólæstra síma. Það verður með engu móti séð, hvorki af svari Símans eða fylgiskjöllum, að markaðsstuðningurinn sé greiðsla fyrir læsingu eða stillingu símanna. Fyrir þá þjónustu voru gerðir sérstakir reikningar eins og nánar verður nú vikið að.

Í bréfi, dags. 22. apríl 2005, óskaði Samkeppnisstofnun eftir upplýsingum um kostnað Símans af læsingu síma og meðferð hans í bókhaldi Símans. Í svari Símans í bréfi, dags. 13. maí 2005, er sagt að kostnaður vegna læsinga á GSM sínum sé ýmist innifalinn í verði frá birgja eða greitt sérstaklega fyrir læsinguna. Þá segir einnig að varðandi kostnað við læsinguna þá sé hann í lang flestum tilvikum sameiginlegur kostnaði við stillingar á símunum. Greiðsla á sér síðan stað samkvæmt reikningum sem berast frá Tæknivörum. Samkvæmt þessu leit Síminn ekki á umræddan markaðsstyrk sem framlag á móti þessari þjónustu. Með þessu bréfi voru nokkur fylgiskjöl sem meðal annars sýna kostnaðarverð (umboðsverð) GSM farsíma hjá Símanum og kemur þar fram að kostnaðarverð læstra GSM farsíma er lægra en ólæstra síma af sömu gerð. Mismunur á verði getur verið frá um [...] kr. til yfir [...] kr. á símtæki.



Í bréfi Samkeppnisstofnunar, dags. 25. maí 2005, til Símans var óskað eftir upplýsingum um meðferð kostnaðar af læsingum í bókhaldi Símans í þeim tilfellum þegar hann er ekki innifalinn í kostnaðarverði símanna. Einnig var óskað eftir upplýsingum um hvort og þá með hvaða hætti markaðsstyrkur erlendra framleiðenda GSM farsíma hefði runnið til Símans. Í bréfi frá Símanum, dags. 30. júní 2005, segir:

„Kostnaður af læsingum/stillingum síma í þeim tilvikum þegar sá kostnaður var ekki innifalinn í kostnaðarverði símtækjanna var kr. [...] án VSK á árinu 2004. Sú deild eða rekstrareining sem bar þennan kostnað er GSM deild Símans. Stillingar og læsingar eru enda í hag þjónustunnar en ekki búnaðarsölnunnar sem slíkrar. Það að símar eru stilltir fyrir fram er til að auka notkun á ákveðnum þáttum í þjónustu og draga úr kostnaði við að hjálpa viðskiptavinum við að stilla sig inn eftir á. Af þessu stafar mikið hagræði, því annars þyrfti að kosta miklu meira til að þjóna viðskiptavinum eftir á.“

Í þessu svari eins og hinu fyrra er ekkert rætt um markaðsstyrk sem framlag Símans á móti kostnaði við læsingar eða stillingar. Í svarinu kemur fram með skýrum hætti að kostnaður við læsingar og stillingar er tengdur saman. Hvort tveggja er sagt til hagsbóta fyrir þjónustuna þannig að ljóst má vera hver tilgangur Símans var með læsingum GSM farsíma. Hann var sá einn að binda viðskiptavini í þjónustu og viðhalda eða efla þannig stöðu félagsins á markaði fyrir GSM farsímaþjónustu. Um markaðsstyrk erlendra framleiðenda segir að hann hafi runnið beint til Tæknivara með því skilyrði að hann væri notaður til að örva sölu á tilteknum sínum framleiðanda. Ekkert er tiltekið um að styrknum skuli verja eingöngu til lækkunar á læstum GSM farsímum í kerfi Símans.

Eins og áður greinir heldur Síminn því nú fram að markaðsstyrkurinn að upphæð [...] m.kr. á árinu 2004 hafi verið framlag Símans til Tæknivara gegn þjónustu við læsingar annars vegar og stillingar símanna hins vegar og skiptist til helminga. Þessi skýring getur ekki átt við rök að styðjast. Í gögnum málsins kemur fram að meðalkostnaður sem Síminn greiddi Tæknivörum í nóvember 2004 fyrir læsingu og stillingu var um [...] kr. á hvern síma. Síminn seldi á árinu 2004 um [...] þúsund GSM farsíma og ef gert er ráð fyrir að allir hafi verið læstir [...] %] þá má áætla að kostnaður við læsingu þeirra og stillingu hafi verið rúmlega [...] m.kr. á árinu. Síminn greiddi samkvæmt reikningum rúmlega [...] m.kr. fyrir þessa þjónustu árið 2004. Þó að tekið sé tillit til læstra síma sem aðrir endurseljendur seldu þá hefur það óveruleg áhrif. Samkvæmt framansögðu er útilokað að kostnaður Símans af þessari þjónustu hafi í raun verið um [...] m.kr. á árinu 2004 til viðbótar við þær [...] m.kr. sem voru greiddar samkvæmt reikningum.

Í ljósi framangreinds er ekki unnt að fallast á síðar tilkomnar skýringar Símans á umræddum markaðsstyrk.

Hvað varðar markaðsstyrki sem veittir eru af erlendum framleiðendum segir í athugasemdum Símans að þeir hafi verið veittir með því fororði að þeir gengju fremur til sölu á læstum sínum. Ástæðan er sögð sú að framleiðendur símtækja



vilji koma í veg fyrir að símar sem fylgt hefur markaðsstyrkur, séu sendir til annarra markaðssvæða og seldir þar á niðurgreiddu verði. Er í þessu sambandi vísað til athugasemda Símans í bréfi, dags. 15. september 2005. Af þessu tilefni bendir Samkeppniseftirlitið á, hvað varðar þessa ætluðu breyttu framkvæmd framleiðanda, að í umræddu bréfi kemur fram að einn hinna erlendu framleiðenda hafi á árinu 2005 byrjað að selja farsímafyrirtækjum læsta síma á lægra verði. Fram til þess tíma verður ekki séð af gögnum málsins að framleiðendur hafi skilyrt veittan markaðsstyrk þannig að honum skuli eingöngu ráðstafað til lækkunar á læstum sínum í kerfi Símans. Einnig er það ljóst að ef framleiðandi GSM farsíma selur heildsala læsta síma á lægra verði en ólæsta að þá er ekki lengur um markaðsstyrk að ræða heldur beina lækkun á verði búnaðarins. Af þessu er ljóst að þessi athugasemd á ekki við um atvik þessa máls sem áttu sér stað fyrir 2005.

Horfa ber einnig til þess að í bréfi Samkeppniseftirlitsins, dags. 20. september 2005, til Tæknivara var óskað eftir upplýsingum um markaðsstyrk sem félagið fékk frá framleiðendum GSM farsíma árið 2004 og hvaða skilyrði, ef einhver, fylgdu þessum styrkjum. Einnig var óskað eftir upplýsingum um hvort Síminn hafi lagt Tæknivörum til markaðsstuðning vegna sölu á GSM farsímum árið 2004, hvaða upphæð og hvaða skilyrði, ef einhver, fylgdu stuðningnum.

Í svari frá Tæknivörum, dags. 6. október 2005, kemur fram að framleiðendur GSM farsíma hefðu veitt Tæknivörum markaðsstyrk að upphæð [...] m.kr. á árinu 2004 með því skilyrði að hann væri notaður til auglýsinga eða lækkunar á kostnaðarverði á búnaði. Tæknivörur auglýstu fyrir [...] þús.kr. á árinu 2004. Síðan segir að Tæknivörur hafi fengið [...] m.kr. frá Símanum til að lækka verð á læstum sínum sem samsvaraði að meðaltali kr. [...] á hvern seldan síma. Þessi upphæð var mismunandi eftir tegund tækis. Tæknivörur gerðu Símanum sérstakan reikning fyrir þessu í lok hverrar viku og tók hann eingöngu til læstra síma en ekki til þeirra sem aðeins voru stilltir. Staðfestir þetta að markaðsstuðningurinn var ekki ætlaður til greiðslu fyrir veitta þjónustu fyrir stillingu. Það er því niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að markaðsstyrkur Símans og framleiðenda hafi verið notaður til niðurgreiðslu á læstum GSM farsímum í kerfi Símans. Var þetta gert á ábyrgð Símans og í skjóli efnahaglegs styrks félagsins og til þess að viðhalda eða styrkja markaðsráðandi stöðu félagsins.

Í ódagsettu bréfi til Samkeppniseftirlitsins frá Tæknivörum sem barst 26. janúar 2007 kemur meðal annars fram að á árinu 2003 greiddi Síminn til Tæknivara vegna stillinga og læsinga kr. [...] og á árinu 2005 kr. [...]. Á fundi sem haldinn var í húsakynnum Samkeppniseftirlitsins með framkvæmdastjóra Tæknivara 19. febrúar 2007 upplýsti hann að greiðslurnar árin 2003 og 2005 hafi verið af sama toga og greiðslan árið 2004 þ.e. til lækkunar á verði læstra síma, sbr. bréf Tæknivara 6. október 2005.

Síminn hefur einnig bent á að læsing á sínum sé alþekkt fyrirbæri í Evrópu. Með umsögninni fylgir yfirlit sem sagt er sýna framkvæmd símalæsinga í einstökum Evrópulöndum. Umræddu yfirliti er ætlað að sýna hvort læsing síma er undir eftirliti Fjarskiptaeftirlits (NRA) í hverju landanna fyrir sig. Í bréfi Símans til



Samkeppniseftirlitsins, dags. 29. janúar 2007, kemur félagið fram með viðbótarathugasemdir um erlenda framkvæmd og fræðilegar rannsóknir á þeim vettvangi sem Síminn telur að lúti að þessu máli. Er í því sambandi vísað til sjónarmiða eða framkvæmdar í Noregi, Bretlandi, Hollandi, Portúgal og Slóveníu.

Samkeppniseftirlitið tekur hér fyrst fram að mál þetta tekur til lögmætis sölu Símans á niðurgreiddum læstum GSM farsímum. Þær aðgerðir virtar í einu lagi fela í sér brot Símans í málinu. Ekki er í þessu máli tekin afstaða til þess hvort læsingin, ein og sér, hafi farið gegn 11. gr. samkeppnislaga. Jafnframt breytir það engu um lögmæti aðgerða sem fara gegn 11. gr. samkeppnislaga sú staðreynd ein að slíkar aðgerðir séu algengar eða viðskiptavenja í viðkomandi atvinnustarfsemi.⁴⁹ Þar fyrir utan hefur Síminn ekki bent á nein tilvik þar sem svipaðar aðgerðir markaðsráðandi símafyrirtækja hafa verið taldar lögmætar, sbr. nánar hér á eftir.

Af framlögðu yfirliti Símans, sem er frá júlí 2005, er ljóst að allur gangur er á því hvort læsingar farsíma eru heimilar eða ekki í umræddum löndum. Víðast hvar þar sem læsing er heimil þá skulu samningsbundnir skilmálar gilda um læsinguna. Fyrirkomulag þessara mála í öðrum Evrópulöndum bindur ekki hendur samkeppnisyrvalda hér á landi þegar kemur að aðgerðum markaðsráðandi fyrirtækis.

Síminn vísar einnig til könnunar sem ráðgjafafyrirtækið Cullen gerði fyrir Símann í Noregi en í Noregi hafa farsímafyrirtæki meðal annars Telenor selt niðurgreidda læsta GSM farsíma. Segir þar að Cullen hafi aflað þeirra upplýsinga hjá norskum samkeppnisyrvaldum, að þau gerðu engar athugasemdir við niðurgreiðslu Telenor á farsímum. Samkeppniseftirlitið telur þetta villandi framsetningu. Norska Samkeppniseftirlitið hefur ekki haft neitt mál til skoðunar sem varðar niðurgreidda farsíma. Engin efnisleg afstaða hefur því verið tekin til háttsemi af þessum toga.

Í athugasemdum Símans er í öðru lagi vakin athygli á afstöðu hollenskra samkeppnisyrvalda og vísað í ákvörðun því til stuðnings. Þá segir að í þeirri ákvörðun komi fram að farsímafyrirtæki í Hollandi hafi verið sektuð árið 2001 fyrir samráð um að láta af niðurgreiðslu og læsingu farsíma. Þá segir að það hafi verið mat hollenskra samkeppnisyrvalda að samráð fyrirtækjanna um að láta af niðurgreiðslum hafi leitt til hærri verðlagningar á farsímabúnaði og farsímaþjónustu með tilheyrandi skaða fyrir neytendur. Þau hafi talið að niðurgreiðsla á farsímum af hálfu fyrirtækis með áþekka markaðshlutdeild og Síminn hafi þannig verið til þess fallin að auka virka samkeppni.

Samkeppniseftirlitið bendir á að umrætt mál fjallaði ekki um hugsanlegt brot á sambærilegu ákvæði og 11. gr. íslenskra samkeppnislaga heldur um ólögmætt samráð. Samráðið fólst í því að draga úr greiðslum farsímafyrirtækjanna til

⁴⁹ Sjá t.d. dóm undirréttar EB frá 30. september 2003 í sameinuðum málum nr. m.a. T-191/98 *Atlantic Container Line AB and others v Commission*: „... conduct cannot cease to be abusive merely because it is the standard practice in a particular sector; to hold otherwise would deprive Article 86 of the Treaty of any effect. “



sjálfstæðra endurseljenda farsímaþjónustu fyrir hvern nýjan viðskiptavin sem þeir öfluðu hverju farsímafélagi. Var útfærslan mismunandi eftir því hvort um var að ræða viðskiptavini í fastri áskrift (e. postpaid) eða viðskiptavini sem greiða fyrirfram (e. prepaid). Var þessi háttsemi félaganna talin hafa það að markmiði að takmarka samkeppni með samhæfingu á verðlagningu og öðrum samningsbundnum skilyrðum. Í öðru lagi var markaðsgerðin á farsímaþjónustu á þessum tíma í Hollandi verulega frábrugðin þeirri á Íslandi. Í Hollandi voru fimm farsímafyriræki, það stærsta var með um 42% markaðshlutdeild, það næststærsta með um 26% og hin þrjú með um 10% hvert. Ekki er unnt að draga þá ályktun af þessu hollenska máli að hegðun Símans sem hér er til umfjöllunar geti verið samkeppnishvetjandi.

Í athugasemdunum er í þriðja lagi staðhæft að það sé viðurkennt sjónarmið að niðurgreiðsla og læsing farsíma auki eftirspurn og þar með útbreiðslu þjónustunnar. Þannig hafi verið talið sérstaklega mikilvægt að heimila slíka háttsemi þegar um er að ræða nýja tækni í örri þróun. Þeir símar sem voru til skamms tíma læstir og á sérstöku verði hjá Símanum á árunum 2003 – 2005 voru að mestu leyti símar sem studdu nýja tækni sem þá var að ryðja sér til rúms (GPRS, MMS, EDGE). Þá segir að um allan heim séu fyrirtæki, stór og smá, sum hver markaðsráðandi, að niðurgreiða símtæki í stórum stíl, til þess að örva upptöku tækninýjunga meðal annars þriðju kynslóðar farsímaþjónustu. Í því sambandi vísar Síminn í skýrslu fjarskiptaeftirlitsins í Portúgal þar sem því er lýst að niðurgreiðsla farsímabúnaðar í þessum tilgangi sé viðtekin venja í Portúgal og víðar í Evrópu.⁵⁰ Einnig vísar Síminn til þess að OFTEL, enska fjarskiptaeftirlitið, hafi talið á árinu 2002 að efnahagsleg rök mæli með því að leyfa læsingar á símum. Hafi OFTEL bent á að bann við læsingum á símum myndi að líkindum hafa áhrif á verðlagningu símtækja til hækkunar.

Að þessu tilefni vill Samkeppniseftirlitið benda á að umræddar tilvitnanir Símans tengjast allar umfjöllun út frá aðallega tæknilegri nálgun sem varðar útbreiðslu þjónustunnar almennt og örvun á útbreiðslu tækninýjunga í notendabúnaði og þjónustu en ekki út frá sjónarhóli banns við misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Fram til janúar 2007 hefur Síminn ekki haldið því fram að læsing og niðurgreiðsla félagsins á farsímum hafi verið nauðsynleg til útbreiðslu á farsímaþjónustu hér á landi og/eða til að auðvelda nýrri farsímatækni að ná hér fótfestu. Helst hefur mátt ráða af málflutningi Símans til janúar 2007 að umræddar aðgerðir hafi verið svar við samkeppni frá Vodafone. Dregur þetta ósamræmi úr trúverðugleika þessara nýju sjónarmiða Símans. Hér verður og að horfa til þess að aðstæður á íslenskum farsímaþjónustu á árinu 2003 þegar Síminn hóf að selja niðurgreidda læsta farsíma var þannig að markaðurinn var nánast mettaður (96%) og því verður ekki séð að tilraun til aukinnar útbreiðslu þjónustunnar réttlæti niðurgreiðsluna.⁵¹ Einnig verður ekki séð af gögnum málsins að niðurgreiðslan og læsing hafi einskorðast eingöngu við GSM farsíma sem studdu við nýja þjónustu heldur var um breiða línu farsíma að ræða. Heldur á það ekki við í máli þessu að

⁵⁰ Handset Subsidies – an Empirical Investigation (2006).

⁵¹ Sjá skýrslu norræna Póst- og fjarskiptaeftirlita *Competition and regulation in the Nordic mobile markets* (2006).



tilefni háttseminnar hafi tengst innleiðingu þriðju kynslóðar farsímakerfis því sú innleiðing er ekki enn hafin hér á landi.

Hjá fyrrnefndum aðilum, eins og t.d. OFTEL, kemur fram að sala á læstum farsímum væri mjög líkleg til þess að hamlar því að viðskiptavinir skiptu um farsímafyrirtæki og hamlaði þannig hreyfanleika þeirra. Í skýrslu sem unnin var fyrir portúgalska fjarskiptaeftirlitið kemur einnig fram að þar sem niðurgreiðslu farsíma fylgi yfirleitt samvinnun við þjónustu skapist möguleiki á því að háttsemin hafi neikvæð samkeppnisleg áhrif.⁵²

Síminn segir einnig að samkeppnisyfirvöld í Slóveníu hafi hafnað því að niðurgreiðslur og læsingar tveggja stóru farsímafyrirtækjanna þar feli í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Hins vegar hafi samkeppnisyfirvöld í Slóveníu talið rétt að afnema læsingar farsíma í áföngum.

Samkeppnisyfirvöld í Slóveníu hófu á árinu 2003 rannsókn vegna kvörtunar á hendur Mobitel fyrir misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Mobitel er farsímafyrirtæki sem var fyrst á markaðinn í Slóveníu (e. incumbent). Ætluð misnotkun var m.a. talin felast í læsingu farsíma og óeðlilegri verðlagningu. Meðan á rannsókn málsins stóð lýsti Mobitel sig tilbúið til að undirgangast tiltekin skilyrði (e. *commitments*) sem komið gætu til móts við áhyggjur samkeppnisyfirvalda. Samkeppnisyfirvöld tóku ákvörðun þar sem fallist var á tillögur Mobitel. Í því fólst m.a. að hætta að læsa sínum og að opna læsta síma án greiðslu. Þetta mál er því ekki til stuðnings þeim sjónarmiðum sem Síminn heldur fram.

6.

Viðurlög

Í 1. mgr. 37. gr. samkeppnislaga segir m.a.:

„Samkeppniseftirlitið leggur stjórnvaldssektir á fyrirtæki eða samtök fyrirtækja sem brjóta gegn 53. og 54. gr. EES-samningsins eða bannákvæðum laga þessara eða ákvörðunum sem teknar hafa verið samkvæmt þeim, sbr. IV. og V. kafla laga þessara, nema brotið teljist óverulegt eða af öðrum ástæðum sé ekki talin þörf á slíkum sektum til að stuðla að og efla virka samkeppni. Við ákvörðun sekta skal hafa hliðsjón af eðli og umfangi samkeppnishamlna og hvað þær hafa staðið lengi. ...“

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 var m.a. gerð sú breyting á 52. gr. samkeppnislaga nr. 8/1993 að í stað orðanna „getur lagt“ var tekið upp orðið „leggur“. Í athugasemdum með frumvarpi sem varð að lögum nr. 107/2000 kemur fram að tilgangur þessa sé að tryggja að meginreglan verði sú að stjórnvaldssektir verði lagðar á ef brot á bannreglum laganna eiga sér stað. Er

⁵² Handset Subsidies – an Empirical Investigation (2006), bls. 4.



tekið fram að þetta muni stuðla að því að markmið laganna nái fram að ganga. Er 37. gr. núgildandi 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, sbr. einnig úrskurð áfrýjunarnefndar í máli nr. 2/2002. Einnig er við ákvörðun um viðurlög unnt að horfa til huglægrar afstöðu stjórnenda, sbr. m.a. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 4/2006 *Dagur Group hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

Síminn hefur vísað til þess að samkeppnisyfirvöld hafi fellt niður á árinu 2004 mál sem varðaði þessa sömu viðskiptahætti félagsins. Samkeppniseftirlitið bendir á að Vodafone kvartaði í júní 2003 yfir sölu Símans á læstum sínum á undirverði. Í júlí sama ár var Vodafone og Símanum greint frá því að samkeppnisráð hefði ákveðið að beita heimildum 3. mgr. 5. gr. samkeppnislaga og raða málum í forgangsröð og einbeita sér m.a. að rannsókn á samráði olíufélaganna. Hófst málsmeðferð að nýju í apríl 2004 og var þá erindi Vodafone sent Símanum til umsagnar. Síðan var óskað eftir því að Vodafone gæfi umsögn um athugasemdir Símans og að hún myndi berast eigi síðar en 14. maí 2004. Engin umsögn barst hins vegar frá Vodafone. Í ljósi þessa athafnaleysis Vodafone var meðferð málsins hætt og það fellt niður með bréfi Samkeppnisstofnunar frá 17. september 2004. Hreyfði Vodafone ekki andmælum við þeirri niðurstöðu. Sökum þessara sérstöku aðstæðna gat Síminn verið í góðri trú um að ekki kæmi til eftirmála vegna þeirra aðgerða félagsins tengdum læstum sínum sem mál þetta tekur til. Í ljósi þessa er ekki rétt að beita heimildum 37. gr. samkeppnislaga í máli þessu.

Ákvörðunarorð:

„Síminn hf. hefur brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 með þeim aðgerðum sem lýst er í ákvörðun þessari.“

Samkeppniseftirlitið

Páll Gunnar Pálsson