

Þriðjudagurinn, 4. desember 2001

174. fundur samkeppnisráðs

Ákvörðun nr. 34/2001

Kvörtun vegna misnotkunar Landssíma Íslands hf. á markaðsráðandi stöðu við gerð samnings við Hafnarfjarðarbæ um síma- og gagnaflutningsþjónustu.

I.

Erindið

Samkeppnisstofnun barst erindi, dags. 7. febrúar 2001, frá Helgu M. Óttarsdóttur hdl., f.h. Fjarskiptafélagsins Títans hf. (hér eftir nefnt Títan) þar sem því er haldið fram að Landssími Íslands hf. hafi misnotað markaðsráðandi stöðu sína með gerð samnings við Hafnarfjarðarbæ um fjarskiptaþjónustu.

Í erindinu kemur fram að undir lok ársins 2000 hafi Títan átt í viðræðum við Hafnarfjarðarbæ um samninga um kaup á talsímaþjónustu, innanlands og utanlands, og Internetþjónustu. Í framhaldi af því sendi Títan Hafnarfjarðarbæ formlegt tilboð þann 12. desember 2000¹ um símaþjónustu og ljósleiðaratengingu. Eftir það heyrði Títan ekkert frekar frá Hafnarfjarðarbæ.

Þá kemur fram að Hafnarfjarðarbær og Landssími Íslands hafi undirritað samning þann 28. desember 2000 um síma- og gagnaflutninga. Samningurinn gildir til loka árs 2001 og sé afturvirkur til 1. apríl 2000. Samkvæmt samningnum veitir Landssíminn Hafnarfjarðarbæ eftirfarandi kjör:

- 10% afslátt af talsímagjaldi ef reikningur hvers mánaðar er yfir kr. 562.249 og gildir sú verðskrá 9 mánuði aftur í tímann.
- 7% afslátt frá verðskrá fyrir Frame Relay þjónustu og ATM þjónustu.
- Ótilgreindur magnafsláttur af ADSL þjónustu og NMT þjónustu.
- Fast verð að upphæð 9 kr. /mín. fyrir símtöl milli GSM síma skráðra á kennitölu kaupanda.
- 2 mb/s þverlínusamband á milli einkasímstöðva (leigulína) er skilgreint sem talsímanotkun og afsláttarkjör samningsins eru þar með látin ná til þverlínusambanda.

¹Í erindi Títan kemur fram að tilboð þeirra hafi verið gert 13. desember 2000, en tilboðsskjalið sjálf er dagsett 12. desember og verður miðað við þá dagsetningu.

Síðan segir í erindinu:

„Umbjóðandi okkar telur að með samningi sínum hafi Landssíminn gerst brotlegur við ákvæði samkeppnislaga. Landssími Íslands hf. er markaðsráðandi fyrirtæki hérlendis á sviði talsímaþjónustu og gagnaflutninga. Samkeppnisráð skilgreindi stöðu Landssímans árið 1999 sem einstaka yfirburðastöðu á fjarskiptamarkaði hérlendis (ákvörðun nr. 4/1999). Þó breytingar hafi orðið á fjarskiptamarkaði frá þeim tíma er staða Landssímans enn mjög sterk og óumdeilt er að fyrirtækið nýtur markaðsráðandi stöðu á fjarskiptamarkaði hérlendis.

[...]

Með samningi sínum við Hafnarfjarðarbæ sem kveður á um 10% lækkun á reikningum fyrir fjarskiptaþjónustu, samningi sem látinn er gilda 9 mánuði aftur í tímann, hefur Landssíminn sem markaðsráðandi fyrirtæki skaðleg áhrif á samkeppni og þrengir mjög möguleika nýrra fyrirtækja til að komast inn á markaðinn. Augljóst er að tilurð samningsins má rekja til tilboðs Títans í desembermánuði sl.

Í ljósi þess að samningurinn er afturvirkur er til þess að líta að veittan afslátt þarf að skoða í ljósi afturvirkinnar. Það tíðkast almennt ekki í viðskiptum að gera samninga aftur í tímann, ekki síst þegar um er að ræða samninga með svo stuttan samningstíma. Ekki hafa komið fram neinar ástæður fyrir afturvirkni samningsins og liggur ljóst fyrir að með því eru taxtaverð eins og hér um ræðir samkvæmt samningnum lækkuð verulega.“

Í erindinu er þess farið á leit með vísan til a-liðar 1. mgr. 17. gr. samkeppnislaga, sbr. 11. gr., og markmiðs 1. gr. samkeppnislaga um að efla virka samkeppni í viðskiptum, að samningur Hafnarfjarðarbæjar við Landssímamann um talsíma- og gagnaflutningsþjónustu verði skoðaður og gripið verði til viðeigandi ráðstafana í ljósi niðurstöðu þeirrar skoðunar.

II.

Málsmeðferð

1.

Erindi Títans var sent Landssímanum til umsagnar með bréfi Samkeppnisstofnunar, dags. 16. febrúar 2001. Svar Landssímans barst 5. mars 2001.

Í svarinu kemur fram að það hafi verið að frumkvæði Hafnarfjarðarbæjar að viðræður hófust í október á árinu 2000 fyrir milligöngu ráðgjafa bæjarins. Markmið bæjaryfirvalda hafi væntanlega verið að leita leiða til að lækka fjarskiptakostnað bæjarins. Markmið Landssímans hafi verið að koma til móts við þessar þarfir.

Samningur sá sem gerður hafi verið hafi falið í sér frávík frá venjulegum samningsskilmálum Landssímans og hafi ekki farið í hefðbundna umfjöllun í viðeigandi deildum fyrirtækisins. Í ljós hafi komið að vegna mistaka starfsmanns á sölusviði sé að finna í samningnum ákvæði sem ekki eru venjubundin og eigi sér ekki hliðstæðu, enda hafi þau ekki og muni ekki koma til framkvæmda af hálfu Landssímans.

Þá segir:

„Þar er fyrst til að taka ákvæði í samningnum um afturvirka afslætti. Síminn hefur verið í sambandi við Hafnarfjarðarbæ vegna þessa og kynnt þeim að ákvæðið hafi komið til fyrir mistök og að ekki verði unnt að efna þetta samningsákvæði. Af hálfu Símans var einungis að því stefnt að fella niður og endurgreiða Hafnarfjarðarbæ tiltekna fjárhæðir vegna sambanda sem Hafnarfjarðarbæ hafði láðst að segja upp og ekki höfðu verið í notkun, sbr. gr. 2.0. í samningnum.

Í annan stað tíðkast ekki af hálfu Símans að semja um einkarétt á fjarskiptaþjónustu með þeim hætti sem gert er í gr. 4.0. í þessum tiltekna samningi, en ákvæðið mun vera að rekja til draga sem komu frá Hafnarfjarðarbæ. Hefur Hafnarfjarðarbæ verið tilkynnt að Síminn muni ekki bera fyrir sig slíkt ákvæði og að Hafnarfjarðarbæ sé fullheimilt að kaupa sambærilega fjarskiptaþjónustu af öðrum fjarskiptafyrirtækjum á samningstímanum.“

Í samningnum var einnig samið um stighækkandi afslætti fyrir talsímanotkun. Í athugasemdum Landssímans segir að þar sé um að ræða magnafslætti sem boðnir hafa verið með almennum hætti frá 1. apríl 2000. Þessi afsláttarkjör hafi nú verið kynnt viðskiptamönnum með venjubundnum hætti.

Í athugasemdunum segir svo:

„Við eftirgrennslan hefur nú komið í ljós að svo virðist sem stigvaxandi afsláttur af símtölum innanlands hafi á endanum ekki verið formlega tilkynntur til Póst- og fjarskiptastofnunar, sem er þvert gegn þeirri stefnu sem talsímaþjónustan vinnur eftir. Reglan er sú að allar verðbreytingar eru sendar til stofnunarinnar. Hugsanlegt sé að pakkinn hafi týnst í öllum þeim aragrúa af málefnum sem tilkynnt voru þann 27. mars 2000. Því mun póst- og fjarskiptastofnun verða tilkynnt um þessa afslætti og gerð grein fyrir að þeir hafi verið framkvæmdir frá 1. apríl sl.“

2.

Samkeppnisstofnun sendi Títan umsögn Landssímans með bréfi, dags. 7. mars 2001, þar sem Títan var gefinn kostur á að gera athugasemdir við umsögnina.

Athugasemdir Títans bárust með bréfi, dags. 22. mars 2001. Þar gerir Títan ákveðnar athugasemdir við skýringar Landssímans. Títan vill að Landssíminn verði krafinn

upplýsinga um það hvort Landssíminn hyggist endurkrefja Hafnarfjarðarbæ um þá upphæð sem Landssíminn greiddi til bæjarins samkvæmt samningnum. Sú skýring að um hafi verið að ræða endurgreiðslu vegna sambanda sem Hafnarfjarðarbæ hafi láðst að segja upp sé samningnum sjálfum óviðkomandi.

Þá gerir Títan athugasemdir við þá yfirlýsingu Landssímans að hann telji Hafnarfjarðarbæ ekki bundinn af samningsákvæðinu um bann við samningum við önnur fjarskiptafyrirtæki á samningstímanum og vill Títan fá upplýsingar um það hvort Landssíminn telji sig og /eða Hafnarfjarðarbæ skuldbundinn samkvæmt samningnum í heild, þ.e. hvort í gildi sé bindandi samningur.

Einnig gerir Títan athugasemdir við það að stigvaxandi afslættir hafi ekki verið tilkynntir Póst- og fjarskiptastofnun og fer fram á það, með vísan til 29. gr. laga um fjarskipti, að skoðað verði í samvinnu við Póst- og fjarskiptastofnun hvort umræddir afslættir séu í samræmi við samkeppnislög og lög um fjarskipti.

Loks gerir Títan athugasemd við að Landssíminn hafi ekki gefið skýringar á því hvers vegna 2 Mb/s þverlínusamband á milli einkasímstöðva sé ekki skilgreint sem leigulínur heldur talsímanotkun, sbr. 3. mgr. 1. gr. samningsins, enda gildi aðrar reglur um verðlagningu leigulína og talsímanotkunar.

3.

Athugasemdir Títans voru sendar Landssímanum með bréfi Samkeppnisstofnunar, dags. 2. maí 2001, þar sem leitað var svara við spurningum Títans og fyrirtækinu gefinn kostur á að tjá sig frekar um málið. Svar Landssímans barst með bréfi, dags. 28. maí 2001.

Þar kemur fram að fyrirhugaðar endurgreiðslur til Hafnarfjarðarbæjar vegna sambanda, sem bænum hafi láðst að segja upp, hafi ekki átt sér stað. Landssíminn telji hins vegar að um bindandi samning sé að ræða í skilningi samningaréttar en eins og Landssíminn hafi lýst yfir þá muni hann ekki framkvæma þau ákvæði sem orki tvímælis, þ.e. ákvæði um afturvirka afslætti og einkarétt til viðskipta.

Einnig er svarað spurningu um 2 Mb/s þverlínusamband milli einkasímstöðva sem að mati Títan hefur ekki verið skilgreint sem leigulínur heldur talsímanotkun í samningnum. Í svari Landssímans kemur fram að í 3. mgr. 1. gr. samningsins sé eingöngu fjallað um notkunina sem slíka. Þ.e. umferðargjöld. Í samningnum sé ekki fjallað um föst leigugjöld fyrir slík sambönd, enda gilda um föst leigugjöld ákvæði leigulínugjaldskrár, sem skýrt er tekið fram í 4. mgr. 1. gr. samningsins að ekki verði vikið frá. Hafnarfjarðarbær greiðir því annars vegar notkunargjöld fyrir talsímaþjónustu, sem m.a. getur átt sér stað yfir 2 Mb/s þverlínusamband milli

einkasímstöðva, og nýtur afsláttarkjara af þeirri notkun, og hins vegar föst leigulínugjöld skv. gjaldskrá þar að lútandi.

Loks kemur fram að samningur Landssímans við Hafnarfjarðarbæ feli í sér frávik frá venjulegum samningsskilmálum Landssímans. Í honum séu ákvæði sem ekki séu venjubundin og eigi sér enga hliðstæðu. Engir samhljóða samningar hafi verið gerðir.

4.

Með bréfi dags. 19. mars 2000 óskaði Samkeppnisstofnun eftir umsögn Hafnarfjarðarbæjar um samninginn sem hér er til umfjöllunar og barst umsögnin þann 4. apríl 2001.

Þar segir:

„Tildrög samningsins eru þau að Hafnarfjarðarbær hefur unnið að því að marka sér stefnu í fjarskiptamálum. Þann 4. nóvember 1999 var undirritaður samningur við Símvirkjan-Símtæki hf. um kaup á nýjum símstöðvum ásamt búnaði að undangenginni verðkönnun meðal 7 fyrirtækja.

Hafnarfjarðarbær hefur í hyggju að bjóða út síma- og fjarskiptaþjónustuna í heild og er Internetþjónustan þar með talin. Reiknað er með að verðkönnunargögn eða útboðsgögn verði afhent síðla sumars 2001 til allra þeirra aðila er veita fjarskiptaþjónustu. Hafnarfjarðarbær mun taka hagstæðasta tilboði sem markast af rekstraröryggi, verðum og þjónustu. Gildistíminn er frá og með áramótum 2001-2002.

Við uppsetningu hinnar nýju símstöðvar var lögð mikil vinna í endurskoðun á samböndum o.fl. frá LÍ og að áætlanagerð fyrir fyrirtæki og stofnanir. Frágangur gagna var með þeim hætti að auðvelt yrði að bjóða út alla síma- og gagnaflutningaþjónustu Hafnarfjarðarbæjar.

Í árslok 2000 var gerður samningur við Landssíma Íslands hf. til áramóta 2001/2002 á eftirfarandi forsendum:

- *Viðskiptin hafa verið hjá þeim.*
- *Ekki var tímabært að gera með formlegum hætti verðkönnun eða útboð til fyrirtækja sem veita fjarskiptaþjónustu fyrr en endurskipulagningu er lokið.*
- *L. Í. var kunnugt um endurskipulagningu á fjarskiptamálunum og að þeir gengju ekki fyrir viðskiptum eftir árið 2001.*
- *Ekki var hægt að fara í samningaviðræður við fyrirtækið Títan hf. af þeirri ástæðu að önnur fjarskiptafyrirtæki voru ekki með. Með tilboð Títans hf. var farið sem trúnaðarmál.“*

Í bréfi Hafnarfjarðarbæjar kemur ennfremur fram að samningaviðræður við fyrirtækið Títan hafi aldrei farið fram um fjarskiptamál Hafnarfjarðarbæjar í heild. Haldinn hafi verið fundur með fulltrúum frá Títan í desember sl. um Internetsþjónustu þar sem þeir væru nýir eigendur fyrirtækisins INTÍS sem veitt hafði Hafnarfjarðarbæ þjónustu. Á þeim fundi kom fram að Hafnarfjarðarbær myndi gera samning við Landssímann til loka árs 2001 og af hálfu Hafnarfjarðarbæjar var lögð áhersla á að samningur við Títan yrði til jafnlangs tíma þar sem útboð á allri fjarskiptaþjónustu væri í undirbúningi. Segja megi að vitneskja Títan um fyrirætlanir Hafnarfjarðar hafi verið umfram aðra aðila er bjóða fjarskiptaþjónustu.

Þá segir:

„Fulltrúar Títan óskuðu þá eftir að fá að skila inn tilboði í þá þjónustu sem verið var að semja við Landssímann um og sendu þann [12. desember] inn tilboð í fjarskiptaþjónustu fyrir Hafnarfjarðarbæ. Títan hf. hafði þá þegar vitneskju um fyrirætlanir Hafnarfjarðarbæjar er varða fjarskiptamál, með verðkönnun eða útboði síðla sumars 2001. Það var áréttað í svarbréfi til fyrirtækisins um Internetsþjónustu frá 24. janúar 2001.

Samskipti Hafnarfjarðarbæjar og Títans hf. um Internetsþjónustu í byrjun árs 2001 snerust meðal annars um að breyta 2 Mb/s sambandi frá LÍ yfir í leigu á sambandi frá þeim með meiri flutningsgetu. Um þetta samband auk fleiri atriða sendi Títan hf. tilboð. Farið var yfir tilboðið sem var hagstætt Hafnarfjarðarbæ ef samið yrði til 3 ára. Hafnarfjarðarbær svaraði Títan hf. að ekki væri hægt að gera samning til lengri tíma en áramóta 2001/2002 og ekki ásættanlegt að greiða uppsettan stofnkostnað fyrir þetta tímabil.“

Í framhaldi af þessu var undirritaður samningur við Títan dags. 31. janúar 2001 um Internetsþjónustu ásamt nýrri tengingu við INTÍS. Samningurinn gildir í þrjú ár frá undirritun samningsins en er uppsegjanlegur á samningstímanum með mánaðar fyrirvara.

Loks tekur Hafnarfjarðarbær það fram að hann telji sig ekki vera bundinn af samningnum við Landssímann en muni halda honum til ársloka 2001-2002.

5.

Samkeppnisstofnun óskaði eftir frekari upplýsingum frá Landssímanum með bréfi þann 17. júlí 2001, um ótilgreinda magnafslætti frá verðskrá í ADSL og NMT þjónustu sem var vísað til í samningnum við Hafnarfjarðarbæ. Þá var Landssímanum enn fremur gerð grein fyrir því að til álita kæmi að beita sektarákvæðum 52. gr. samkeppnislaga í máli þessu og fyrirtækinu boðið að koma sínum sjónarmiðum á framfæri um það atriði.

Svar Landssímans barst þann 9. ágúst 2001. Þar kemur fram að frá 1. júlí 1998 hafi Landssíminn veitt fyrirtækjum stigvaxandi magnafslátt af NMT þjónustu sem nemur 3% vegna notkunar á bilinu 100.000 til 299.999 og 5% vegna notkunar yfir kr. 300.000. Frá 20. mars 2001 hafi afsláttarþrepunum verið breytt þannig að nú sé veittur 2-10% afsláttur í fjórum þrepum. 2% af notkun á bilinu 10.001 til 50.000, 4% af notkun á bilinu 50.001 – 100.000, 6% af notkun á bilinu 100.001- 200.000 og 10% af notkun frá 200.001 kr.

Af ADSL þjónustu hafi verið veittur afsláttur frá 19. mars 2001 og miðist afslátturinn við fjölda tenginga og sé frá 5% - 25%.

Varðandi möguleg sektarúrræði þá heldur Landssíminn því fram að í bréfi Samkeppnisstofnunar hafi verið svo almenn tilvísun í möguleg sektarúrræði að fyrirtækinu hafi ekki verið gefinn raunverulegur kostur á að njóta andmælaréttar. Til þess hefði þurft að upplýsa fyrirtækið nákvæmar um hvaða þættir málsins teljist þess eðlis að stjórnvaldssektir komi til álita.

Samkeppnislög banni ekki að markaðsráðandi fyrirtæki veiti afslátt ef hann byggir á hlutlægum og málefnalegum sjónarmiðum, sbr. dóm Héraðsdóms Reykjavíkur í máli nr. E-893/2000. Þá leggur Landssíminn áherslu á að hann telji sig í engu hafa gerst brotlegan við ákvæði samkeppnislaga í máli þessu. Allar þjónustur skili góðri framlegð þrátt fyrir afslættina og afsláttarkjörin séu almenn. Þá er vísað til umfjöllunar um 4. gr. frumvarps til laga um breytingar á samkeppnislögum, varðandi breytingar á 11. grein laganna, þar sem kemur fram að afsláttarfyrirkomulag sem byggist á kostnaðarlegum forsendum sé almennt leyfilegt.

Þá er áréttað að enginn ásetningur hafi legið fyrir af hálfu forsvarsmanna Landssímans um að misbeita markaðsyfirráðum til að ná samningi við Hafnarfjarðarbæ. Landssímanum hafi verið kunnugt um að til stæði að bjóða út fjarskiptaþjónustu bæjarins eftir árið 2001 og miðist gildistími samningsins við það. Títan hafi því ekki orðið af neinum viðskiptum vegna samningsins frekar en önnur fjarskiptafyrirtæki.

Landssíminn hafi á hinn bóginn upplýst að vegna mistaka við samningsgerð hafi ákvæði um afturvirka afslætti og einkarétt til viðskipta verið að finna í samningnum. Viðurkennt hafi verið að þessi ákvæði kunni að orka tvímælis og verði því ekki látin halda gildi sínu.

Landssíminn telur ekki vera forsendur til að leggja stjórnvaldssekt á fyrirtækið þar sem í fyrsta lagi teljist fyrrgreind mistök óveruleg yfirsjón sem hafi verið leiðrétt strax og þau komu í ljós. Í öðru lagi verði við ákvörðun viðurlaga að hafa í huga hversu alvarleg brot eru og taka verði tillit til þess skaða sem samkeppnishömlur hafi haft í för með sér. Í þessu tilviki hafi ekkert fjarskiptafyrirtæki orðið af viðskiptum vegna

samningsins og því hafi enginn skaði í skilningi samkeppnisréttar orðið. Í þriðja lagi beri að líta til þess tíma sem brot hefur staðið. Umrædd ákvæði komu hins vegar aldrei til framkvæmda og því hafi ekkert brot átt sér stað. Í fjórða lagi beri að líta til huglægrar afstöðu stjórnenda, en mistök starfsmanns á sölusviði við frágang samningsins geti með engu móti talist vísbending um huglæga afstöðu stjórnenda.

III.

Niðurstöður

Á fundi samkeppnisráðs þann 4. desember 2001, var ákvörðun tekin í þessu máli. Þátt í fundinum tóku Atli Freyr Guðmundsson, Karitas Pálsdóttir, Ólafur Björnsson, Sigurbjörn Magnússon og Þórólfur Matthíasson.

1.

Kröfur aðila

Í máli þessu heldur Títan því fram að Landssíminn hafi misnotað markaðsráðandi stöðu sína með gerð samnings við Hafnarfjarðarbæ um síma- og gagnaflutningsþjónustu. Í erindinu er vísað til 11. gr. samkeppnislaga, sbr. a-lið 1. mgr. 17. gr. og markmiðs 1. gr. um að efla virka samkeppni í viðskiptum. Einkum er kvartað yfir því að samningurinn skuli eiga að gilda frá 1. apríl 2000 eða níu mánuði aftur í tímann og að Hafnarfjarðarbær skuli eiga að fá endurgreiðslu sem nemi afslætti fyrir tímabilið 1. apríl 2000 og þar til samningurinn er gerður auk endurgreiðslu fyrir uppsagnir tiltekinna ónotaðra sambanda fyrir sama tímabil. Einnig er kvartað yfir því að 2 Mb/s þverlínusamband milli einkasímstöðva sé skilgreint sem talsímanotkun en ekki leigulínur og því nái afsláttarkjörin til þeirra en óheimilt sé að veita afslátt af leigulínunum.

Landssíminn viðurkennir að í samningi sínum við Hafnarfjarðarbæ hafi falist óhefðbundin ákvæði sem ekki verði látin halda gildi sínu. Þessi ákvæði varða afturvirknan afslátt og bann við því að Hafnarfjarðarbær megi kaupa sambærilega þjónustu af öðrum aðila á samningstímabilinu. Að öðru leyti sé samningurinn í samræmi við samkeppnislög. Þá mótmælir Landssíminn því að stjórnvaldssektir verði lagðar á þar sem um smávægilega handvömm sé að ræða.

Landssíminn heldur því fram að fyrirtækinu hafi ekki gefist raunverulegt tækifæri á því að gæta andmælaréttar vegna hugsanlegrar beitingar stjórnvaldssekta í máli þessu. Telur fyrirtækið að ekki dugi að samkeppnisyfirvöld vísi almennt í möguleg sektarúrræði heldur verði að upplýsa nákvæmar hvaða þættir málsins teljist þess eðlis að stjórnvaldssektir komi til álita. Að mati samkeppnisráðs verður hér fyrst að hafa í huga að af úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 8/1997 *Flugleiðir hf. gegn samkeppnisráði* leiðir að ekki er skylt að gefa aðilum að málum fyrir samkeppnisráði

kost á því að tjá sig um þær ráðstafanir sem samkeppnisráð kann að grípa til í einstökum málum. Andmælaréttur í samkeppnismálum felst í því að geta tjáð sig um gögn málsins og komið að almennum athugasemdum um efni þess. Erindi Títans markar grundvöll þessa máls og í því er haldið fram að Landssíminn hafi brotið 11. gr. samkeppnislaga með gerð umrædds samnings við Hafnarfjarðarbæ. Landssíminn hefur ítrekað getað tjáð sig almennt um efni þessa máls og fyrirtækið látið samkeppnisyfirvöldum í té umsagnir og gögn. Þegar af þessum ástæðum hefur fyrirtækið notið fullnægjandi andmælaréttar í málinu. Samkeppnisyfirvöld telja hins vegar gagnlegt í málum þar sem til álita getur komið að beita stjórnvaldssektum að vekja athygli aðila á því og gefa þeim kost á því að koma sínum sjónarmiðum að, sérstaklega í ljósi þess að þessu viðurlagaúrræði samkeppnislaga hefur hingað til ekki mikið verið beitt. Þegar gögn málsins bera skýrlega með sér hvert efni þess sé er að mati samkeppnisráðs fullnægjandi í þessu skyni að tilkynna viðkomandi aðila að sektir komi til álita í málinu. Athugasemdir Landssímans um þennan þátt málsins sýna einnig að fyrirtækinu var fulljóst hvaða atriði málsins kynnu að leiða til sekta.

2.

Samningurinn við Hafnarfjarðarbæ og aðdragandi hans

Í máli þessu er því haldið fram að Landssími Íslands hafi brotið 11. gr. samkeppnislaga með gerð samnings við Hafnarfjarðarbæ um tiltekna fjarskiptaþjónustu. Samkeppnisráð telur í upphafi gagnlegt að lýsa þessum samningi og aðdraganda hans.

Gögn málsins gefa til kynna að á árinu 2000 hafi Hafnarfjarðarbær unnið að því að marka sér stefnu í fjarskiptamálum og að bærinn hefði í hyggju að bjóða út alla síma- og fjarskiptaþjónustu. Af hálfu Hafnarfjarðarbæjar var Landssímanum sent bréf 10. nóvember 2000 þar sem óskað var m.a. eftir verðlækkun á fjarskiptaþjónustu Landssímans. Í bréfinu er tekið fram að áhugi sé að skipta áfram við Landssímamann en rekstur bæjarins verði að vera eins hagstæður eins og kostur er á hverjum tíma. Síðan segir: „Í dag er mikil samkeppni á fjarskiptamarkaði og eru ýmis tilboð í gangi bæði raunhæf og óraunhæf.“ Títan hefur upplýst að fyrirtækið hafi í lok ársins átt í viðræðum við Hafnarfjarðarbæ um samninga um kaup á talsímaþjónustu og Internetþjónustu.

Þann 30. nóvember 2000 sendi forstöðumaður hjá Landssímanum fulltrúa Hafnarfjarðarbæjar tölvupóst þar sem fram kemur að viðskipti Hafnarfjarðarbæjar við Landssímamann séu á ársgrundvelli [...] mkr. og að miðað við þær forsendur sem fram hafi komið í viðræðum aðilanna muni kostnaður bæjarins fara lækkandi. Síðan segir:

² Fellt niður vegna trúnaðar.

„Auk þess liggur fyrir að endurgreiðsla og niðurfelling frá 1. apríl er á bilinu 500-600 þúsund fyrir þetta ár. Við komum okkur saman um nánari útfærslur á því með Hafnarfjarðarbæ á næstu dögum.

Samtals prósentu verður þó nokkur en tína þarf til nokkra þætti. Þar sem að mörgu þarf að huga í þessu sambandi þá liggur nákvæmur útreikningur ekki fyrir. Þar sem Landssíminn er bundinn með afslætti t.d. vegna grunnlína skv. reglugerð þá er þessi prósentu opin. Hún verður samansett af nokkrum þáttum. Ég læt fylgja með magnafsláttarfyrirkomulag af talsímaþjónustu. Hún myndi gefa Hafnarfjarðarbæ 10% afslátt m.v. útreikninga þína skv. áðurgreindum forsendum. Aðrir afslættir verða ákvarðaðir síðar og þá vonandi gengið frá samkomulagi þar um.“

Í byrjun desember 2000 eiga Hafnarfjarðarbær og fjarskiptafyrirtækið Títan fund um tiltekna fjarskiptaþjónustu. Á þeim fundi greindi Hafnarfjarðarbær frá því að til stæði að gera samning við Landssímamann um fjarskiptaþjónustu til ársloka 2001. Títan óskaði eftir því á fundinum að gera tilboð í þá þjónustu sem verið var að semja við Landssímamann um og sendi Hafnarfjarðarbæ tilboð þann 12. desember 2001.

Þann 5. desember 2000 sendir viðskiptastjóri hjá Landssímanum tölvupóst til framangreinds forstöðumanns hjá Landssímanum og spyr hversu mikið sé búið að bjóða Hafnarfjarðarbæ í afslátt og greinir frá því að fulltrúi bæjarins vilji meiri afslátt. Í tölvupósti frá forstöðumanninum til viðskiptastjórans 7. desember 2000 segir:

„Varðandi afsláttinn u.þ.b. 500þ (sérð það í tölvupóstinum) sem ég sendi þér í síðustu viku þá er um að ræða sambönd sem þeir eru að segja upp og við ætlum að láta gilda afturvirkir frá 1. maí. Þetta er kynnt fyrir þeim af [fulltrúa Hafnarfjarðarbæjar] sem afsláttur.“

Í gögnum málsins er að finna bréf viðskiptastjóra Landssímans til Hafnarfjarðarbæjar, dags. 7. desember 2000. Þar segir:

„Það staðfestist hér með að þær uppsagnir, á línunum sem Hafnarfjarðarkaupstaður þarf að segja upp, verða afturvirkar frá og með 1. apríl 2000. Ljóst má þó vera að þessum línunum var ekki sagt upp á réttum tíma og Síminn getur ekki tekið á sig þá ábyrgð, þegar línunum er ekki sagt upp á réttum tíma.

Einnig mun Hafnarfjarðarkaupstaður njóta stigvaxandi stórnotendaafsláttar frá þeim degi sem hann tók gildi eða frá 1. apríl 2000.“

Fyrir liggur því að Landssíminn hafði á þessum tíma lýst vilja sínum til þess að fella niður með afturvirkum hætti og endurgreiða Hafnarfjarðarbæ fjárhæðir vegna „lína“ eða „sambanda“ sem bærinn hafði ekki notað en ekki sagt upp. Jafnframt hafði Landssíminn vilja til þess að láta bæinn njóta tiltekins afsláttar með afturvirkum hætti.

Af framangreindu bréfi viðskiptastjóra Landssímans má ráða að það sé óvenjuleg aðgerð hjá fyrirtækinu að endurgreiða viðskiptavini fyrir fjarskiptaþjónustu eða búnað sem viðkomandi aðili hefur haft á leigu. Þessi skilningur er staðfestur þegar tölvupóstur, dags. 13. desember 2000 frá starfsmanni innheimtu Landssímans til viðskiptastjórans er virtur. Tölvupósturinn varðar samskiptin við Hafnarfjarðarbæ og þar segir:

„Ég er hérna með lista yfir leigulínur sem [...] var að koma með til mín. Ertu til í að segja mér af hverju ég á að fella niður mánaðargjöldin á þessum númerum frá 01.04.2000???”

Viðskiptastjóri Landssímans svarar sama dag með þessum hætti;

„Þetta á að gerast svona samkvæmt samningi/tilmælum frá [forstöðumanni hjá Landssímanum]. Við erum að reyna að komast í að gera 3-5 ára samning við þá og þetta er ein leiðin að þeim.“

Á tímabilinu 18. til 22. desember 2000 fara á milli Landssímans og Hafnarfjarðarbæjar drög að samningi fyrirtækjanna. Í fyrstu útgáfu draganna er miðað við tiltekinn afslátt á fjarskiptaþjónustu og að uppsagnir á línunum verði afturvirkar frá 1. apríl 2000. Í seinni útgáfum er við það miðað að uppsagnir verði afturvirkar frá 1. mars 2000 og allur afsláttur verði afturvirkur frá 1. apríl s.á. Þann 21. desember 2000 sendir framangreindur forstöðumaður hjá Landssímanum tölvupóst til viðskiptastjórans og annars forstöðumanns hjá fyrirtækinu. Í honum segir:

„Varðandi afturvirknina frá 1. apríl þá tel ég það vera mjög hæpið að afsláttarkjörin öll gildi afturvirkt. Hins vegar var búið að skilgreina ákveðna fjárhæð sem var afturvirk“.

Þann 28. desember 2000 var samningurinn undirritaður af bæjarstjóra Hafnarfjarðarbæjar og framkvæmdastjóra sölu og markaðssviðs Landssímans.

Í gr. 1.0. í samningnum segir að uppsagnir á númerum í grunnáskrift, leigulínum ásamt fleiri atriðum skuli gilda frá 1. mars 2000. Síðan segir:

„2. Allir afslættir frá verðskrá seljanda sem tilgreindir eru í þessum kafla frá og með lið 3 skulu gilda frá 1. apríl 2000. Leiðréttingar séu gerðar í samræmi við þá dagsetningu. Sjá nánar fylgiskjal 3.

3. Talsímanotkun skal miðast við afsláttarkjör samkvæmt meðfylgjandi töflu.

Notkun pr. mán	afsláttur
Frá 0 kr. til 40.161 kr	0%
40.161 kr til 160.643 kr	5%
160.643 kr til 562.249 kr	7%
562.249 kr og yfir	10%

[...]

4. Leigulínur-Gagnaflutningslínur. Ekki er hægt að bjóða afslætti í dag frá verðskrá af leigulínur-gagnaflutningslínur ásamt endabúnaði vegna ákvæða frá Póst- og fjarskiptastofnun.

5. ATM þjónusta. Boðinn er 7% afsláttur frá verðskrá af ATM þjónustu.

6. Frame Relay þjónusta. Boðinn er 7% afsláttur frá verðskrá af FR þjónustu.

7. ADSL þjónusta. Boðinn er magnafsláttur frá verðskrá ADSL þjónustu.

8. GSM þjónusta. Boðið er fast verð þ.e. 9 kr. pr. mín. milli GSM síma á kennitölu kaupanda.

9. NMT þjónusta. Boðinn er magnafsláttur frá verðskrá af NMT þjónustu miðað við notkun.

Ath. Afslættir reiknast frá verðskrá eins og hún er í hverjum mánuði.

Í grein 2.0. kemur fram að Landssíminn endurgreiði Hafnarfjarðarbæ tiltekna upphæðir vegna afturvirkra uppsagna á m.a. númerum og leigulínur. Í grein 3.0. segir að samningurinn skuli vera afturvirkur til apríl 2000 og gildistími sé til 31. desember 2001. Í grein 4.0. segir:

„Kaupandi skuldbindur sig við undirritun samnings og til loka samningstímabilsins að kaupa ekki sambærilega fjarskiptaþjónustu frá öðrum fjarskiptafyrirtækjum.

Seljandi skuldbindur sig til þess að bjóða kaupanda bestu kjör á samningstímabilinu auk þjónustu.“

3.

Skilgreining markaðarins

Í máli þessu er því haldið fram að Landssíminn hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga. Í því ákvæði samkeppnislaga er lagt bann við misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Til þess að fyrirtæki geti fallið undir bann 11. gr. verður það að vera markaðsráðandi. Í því skyni að meta hvort fyrirtæki er ráðandi þarf að skilgreina viðkomandi markað og kanna stöðu viðkomandi fyrirtækis á honum.

Samkvæmt 4. gr. samkeppnislaga er markaður sölusvæði vöru og staðgengdarvöru og/eða sölusvæði þjónustu og staðgengdarþjónustu. Hagfræðileg rök leiða til þess að skoða verður viðkomandi markað út frá a.m.k. tveimur sjónarhornum, vöru- eða þjónustumarkaðnum og landfræðilega markaðnum.

3.1. Þjónustumarkaður

Samningurinn sem deilt er um í máli þessu er mjög víðtækur og nær til almennrar talsímanotkunar, leigulína, ATM-, Frame Relay- og ADSL þjónustu, GSM- og NMT þjónustu. Miðað við fyrirliggjandi fordæmi samkeppnisyfirvalda hefur samningurinn áhrif á a.m.k. eftirfarandi undirmarkaði heildarfjarskiptamarkaðarins:

- Markaðinn fyrir talsímaþjónustu, sbr. ákvörðun samkeppnisráðs nr. 17/1999, *Erindi Tals hf. um verðlagningu á GSM-þjónustu Landssíma Íslands hf.*³ Í því máli komst samkeppnisráð að þeirri niðurstöðu að almenn talsímaþjónusta og farsímaþjónusta tilheyri ekki sama markaði.⁴ Var í því sambandi vísað til mismunandi verðlagningar þessarar þjónustu og ólíkra eiginleika. Ekki er þörf á því í þessu máli að taka afstöðu til þess hvort þessi markaður greinist í frekari undirmarkaði.⁵
- Markaðinn fyrir GSM-farsímaþjónustu, sbr. ákvörðun samkeppnisráðs nr. 17/1999, *Erindi Tals hf. um verðlagningu á GSM-þjónustu Landssíma Íslands hf.* Samningurinn tekur einnig til NMT-farsímaþjónustu. NMT er ólíkt GSM hliðrænt kerfi og tilheyrir fyrstu kynslóð farsíma og er langdrægara. Ekki er þörf á því í þessu máli að ákvarða hvort GSM- og NMT-farsímaþjónusta tilheyri sama þjónustumarkaðnum.
- Markaðinn fyrir veitingu alhliða gagnaflutningsþjónustu, sbr. ákvörðun samkeppnisráðs nr. 7/2001, *Erindi Landssíma Íslands hf. vegna samnings*

³ Sjá einnig úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 11/1999.

⁴ Sjá einnig t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar EB *Telefónica de España/Airtel Móvil*, [1997] OJ L76/19.

⁵ Sjá t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar EB frá 13. október 1999 í samrunamáli Telia AB og Telenor AS [2001] O.J. L40/1.

*Fræðslumiðstöðvar Reykjavíkur við Línu.Net ehf.*⁶ Ekki er þörf á því í þessu máli að taka afstöðu til þess hvort þessi markaður greinist í frekari undirmarkaði.

Eins og áður sagði er umræddur samningur viðtækur og nær yfir mjög stórt svið síma- og gagnaflutningsþjónustu. Báðir málsaðilar telja sig geta veitt a.m.k. stóran hluta af þessari þjónustu og voru keppinautar um að veita Hafnarfjarðarbæ fjarskiptaþjónustu. Í ljósi þessa er einnig unnt að líta svo á að markaðurinn í þessu máli sé heildar fjarskiptamarkaðurinn. Í raun má segja að ekki skipti máli hvort staða Landssímans sé í þessu máli skoðuð með hliðsjón af stöðu fyrirtækisins á einstöku undirmörkuðum eða á heildar fjarskiptamarkaðnum. Ástæða þessa er hin almenna styrka staða fyrirtækisins á öllum sviðum fjarskipta.

3.2. Landfræðilegur markaður

Landfræðilegur markaður telst það svæði þar sem hlutaðeigandi fyrirtæki eru viðriðin framboð og eftirspurn eftir viðkomandi vöru eða þjónustu, þar sem samkeppnisskilyrði eru nægilega lík og sem unnt er að greina frá nærliggjandi svæðum, einkum vegna þess að samkeppnisskilyrði eru greinilega frábrugðin á þeim svæðum.

Í fjarskiptum má segja að landfræðilegi markaðurinn sé þar sem viðkomandi fyrirtæki geta veitt þjónustu sína. Að mati samkeppnisráðs er landfræðilegi markaðurinn í þessu máli a.m.k. höfuðborgarsvæðið, jafnvel allt Ísland. Ekki hefur þýðingu fyrir niðurstöðu málsins að taka afstöðu til þessa og því hin víðari skilgreining lögð hér til grundvallar.

4.

Staða Landssíma Íslands á markaðnum

Samkvæmt 4. gr. samkeppnislaga telst fyrirtæki hafa 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.

Af hálfu Títans er því haldið fram í þessu máli að Landssíminn sé markaðsráðandi á sviði talsíma- og gagnaflutningsþjónustu. Jafnframt að fyrirtækið hafi markaðsráðandi stöðu á heildarfjarskiptamarkaðnum. Þessu er ekki mótmælt af hálfu Landssímans og ríkir því ekki ágreiningur um þennan þátt málsins. Í því sambandi má benda á að í útboðs- og skráningarlýsingu Landssímans, dags. september 2001, er styrkri stöðu fyrirtækisins lýst. Þar er bent á að fyrirtækið hafi 92% markaðshlutdeild í tengingum við talsímanet og í innanlandssímtölum. Hlutdeild fyrirtækisins sé 75-80% í

⁶ Sjá einnig úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 12/2001.

millilandsímtölum, 70% í gagnaflutningsþjónustu á fyrirtækjamarkaði og fyrirtækið hafi markaðsráðandi stöðu á farsímamarkaði.

Samkeppnisráð bendir hér á að íslenska ríkið hafði áður fyrir einkarétt á að eiga og reka almennt fjarskiptanet á Íslandi. Jafnframt hafði íslenska ríkið einkarétt á að veita talsímaþjónustu og annaðist Póst- og símamálastofnun um framkvæmd einkaréttarins. Með lögum nr. 103/1996 var Póst- og símamálastofnun breytt í hlutafélag í eigu ríkisins. Póstur og sími hf. (nú Landssíminn og Íslandspóstur) tók yfir rekstur stofnunarinnar þann 1. janúar 1997. Landssíminn og forverar hans höfðu því um árabíl lögbundna einokun til að veita fjarskiptaþjónustu á Íslandi, eða allt til 1. janúar 1998. Landssíminn hefur því um áratugaskeið haft einokunaraðstöðu í fjarskiptarekstri og hefur í skjóli þeirrar einokunaraðstöðu byggt upp traust fjarskiptakerfi án þess að nokkur samkeppni ríkti.

Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 11/1999, *Landssími Íslands hf. gegn samkeppnisráði*, taldi nefndin ljóst að Landssíminn hafi einstæða yfirburðarstöðu í símaþjónustu hérlendis. Í nýlegu máli taldi samkeppnisráð að staða Landssímans væri enn að þessu leyti óbreytt. Í ákvörðun ráðsins segir „*Samkeppnisráð bendir á að Landssíminn naut, á þeim tíma er atvik máls þessa gerðust, og nýtur enn yfirburða markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir almenna fjarskiptaþjónustu.*”⁷

Jafnframt var á það bent að á flestum mörkuðum fyrir virðisaukandi þjónustu í gegnum grunnfjarskiptakerfi væri Landssíminn í einokunarstöðu eða markaðsráðandi stöðu. Til dæmis ætti það við um markað fyrir almenna talsímaþjónustu, bæði innanlands- og utan og GSM⁸- og NMT-farsímaþjónustu. Landssíminn hefur náð samskonar stöðu á markaði fyrir Internetþjónustu til einstaklinga og fyrirtækja gegn greiðslu.⁹ Einnig skipti máli við mat á stöðu Landssímans að fyrirtækið nýtur afar sterkrar fjárhagslegrar stöðu almennt.

⁷ *Kvörtun Snerpu ehf. gegn Landssíma Íslands hf. vegna Internetþjónustu á breiðbandi*, ákvörðun samkeppnisráðs nr. 14/2001. Sjá hér einnig ákvörðun samkeppnisráðs nr. 7/2001, *Erindi Landssíma Íslands hf. vegna samnings Fræðslumiðstöðvar Reykjavíkur við Linu.net*, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 12/2001.

⁸ Um stöðu Landssímans á GSM markaði hérlendis var fjallað í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 17/1999, sbr. einnig úrskurð áfrýjunarnefndar nr. 11/1999 og dóm héraðsdóms Reykjavíkur í máli nr. 893/2000. Þar var óumdeilt að Landssíminn hefði markaðsráðandi stöðu á GSM markaði og í dómi héraðsdóms kemur fram að rökstuðningur í ákvörðun samkeppnisráðs fyrir því að Landssíminn hefði yfirburðastöðu á markaðinum hafi verið mjög ítarlegur og var honum ekki hnekktt af Landssímanum. Dómur héraðsdóms var staðfestur með dómi Hæstaréttar frá 8. nóvember 2001.

⁹ Sjá hér ákvörðun samkeppnisráðs nr. 4/1999, *Erindi Islandia ehf. um endurgjaldslausu Internetþjónustu Landssíma Íslands hf. og Skímu ehf.*, ákvörðun samkeppnisráðs, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 5/1999. Sjá einnig t.d. ákvörðun samkeppnisráðs nr. 15/2001, *Erindi Íslandssíma hf. vegna tilboða Landssíma Íslands hf., Landsbanka Íslands hf. og Búnaðarbanka Íslands hf. á endurgjaldslausri Internetþjónustu.*

Í ljósi þessara úrlausna samkeppnisyfirvalda og nýlegra lýsinga Landssímans á stöðu sinni telur samkeppnisráð hafið yfir allan efa að fyrirtækið er í markaðsráðandi stöðu í skilningi 11. gr. samkeppnislaga. Gildir einu í því sambandi hvort litið er á fjarskiptamarkaðinn í heild sinni eða á einstök svið fjarskipta sem falla undir hinn umdeilda samning.

5.

Misnotkun Landssímans á stöðu sinni.

Samningur Landssímans við Hafnarfjarðarbæ var undirritaður 28. desember 2000. Samningurinn kemur því til skoðunar á grundvelli 11. gr. samkeppnislaga eins og ákvæðinu var breytt með lögum nr. 107/2000, en þær breytingar tóku gildi 6. desember 2000.

Í 11. gr. samkeppnislaga er eins og áður segir lagt bann við misnotkun fyrirtækis á markaðsráðandi stöðu sinni. Ákvæðið er byggt á 54. gr. EES-samningsins og er því ljóst að við skýringu ákvæðisins verður að hafa hliðsjón af EES-samkeppnisétti. Ummæli í lögskýringargögnum leiða til sömu niðurstöðu. Ákvæðið hljóðar svo:

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

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

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

Í samkeppnisrétti hvílir rík skylda á markaðsráðandi fyrirtækjum að grípa ekki til neinna ráðstafana sem raskað geta með óeðlilegum hætti þeirri samkeppni sem ríkir á markaðnum eða misbeita með öðrum hætti stöðu sinni, sbr. m.a. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 7/1999, *Flugfélag Íslands hf. gegn samkeppnisráði*.¹⁰ Þessi sérstaka skylda helgast m.a. af þeirri staðreynd að samkeppni á viðkomandi markaði er þegar mjög takmörkuð vegna tilvistar hins markaðsráðandi fyrirtækis. Misnotkun á markaðsráðandi stöðu getur falist í hvers konar aðgerðum sem

¹⁰ Sjá einnig t.d. dóm dómstóls EB í máli nr. 322/81 *Michelin v. Commission* [1983] ECR 3461.

miða að því styrkja eða verja hina ráðandi stöðu.¹¹ Af ákvæðum 11. gr. samkeppnislaga og hinni sérstöku skyldu sem felst í þeim leiðir að markaðsráðandi fyrirtæki er bæði óheimilt að grípa til aðgerða sem í eðli sínu eru óeðlilegar og til tiltekinna aðgerða sem í sjálfu sér eru eðlilegar og lögmætar þegar minni fyrirtæki grípa til þeirra. Þannig geta t.d. vissir samningar talist ólögmætir við það eitt að markaðsráðandi fyrirtæki stendur að þeim.¹²

Kjarni þeirrar misnotkunar á markaðsráðandi stöðu sem raskar samkeppni¹³ er að hegðun markaðsráðandi fyrirtækis hafi þau áhrif að hamla þeirri takmörkuðu samkeppni sem er á markaðnum eða vexti þeirrar samkeppni.¹⁴ Hafa verður hins vegar í huga að brot á 11. gr. er ekki háð því að sýnt sé fram á að viðkomandi aðgerð markaðsráðandi fyrirtækis hafi í raun haft áhrif á samkeppni. Það er nægjanlegt að aðgerðin sé líkleg til að hafa umrædd áhrif.¹⁵ Þetta er sama túlkun og lögð var til grundvallar við túlkun á eldra ákvæði 17. gr. samkeppnislaga. Hér má t.d. vísa til úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 11/1999, *Landssími Íslands hf. gegn samkeppnisráði*. Þessi áhrif sem leitt geta af hegðun markaðsráðandi fyrirtækis þurfa ekki að vera veruleg (e. *substantial*) til þess að um brot sé að ræða. Ástæða þessa er sú að þegar af þeirri ástæðu að fyrirtæki er markaðsráðandi er samkeppni mjög takmörkuð og öll frekari röskun á henni er álitin skaðleg.

Samkeppnisráð telur að gögn málsins gefi skýrt til kynna að Landssíminn hafi misnotað markaðsráðandi stöðu sína með gerð sammingsins við Hafnarfjarðarbæ. Fyrirtækið hafi með óeðlilegum aðgerðum náð þessum viðskiptum og skaðað stöðu keppinauta fyrirtækisins. Hér verður fyrst að horfa til þess að í samningnum er mælt fyrir um einkarétt á sölu Landssímans á hinni víðtæku fjarskiptaþjónustu til Hafnarfjarðarbæjar meðan á gildistíma sammingsins stendur. Eins og fram hefur komið er 11. gr. samkeppnislaga byggð á samskonar ákvæðum í EES/EB-samkeppnisrétti og ljóst að túlka verður ákvæðið í samræmi við þær fyrirmyndir. Samkvæmt skýrum dómafordæmum dómstóls EB felur ákvæði um einkakaup í samningum um kaup á vöru eða þjónustu í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Dómstóllinn hefur þannig bent á að fyrirtæki sem er í markaðsráðandi stöðu misnotar stöðu sína ef það bindur kaupendur, jafnvel að frumkvæði kaupenda, með skyldu eða

¹¹ Sjá hér mál nr. 6/72 *Europemballage and Continental Can v Commission* [1973] ECR 215: „*Such being the meaning and the scope of article 86 of the EEC treaty, the question of the link of causality [...] between the dominant position and its abuse, is of no consequence, for the strengthening of the position of an undertaking may be an abuse and prohibited under article 86 [nú 82. gr.] of the treaty, regardless of the means and procedure by which it is achieved, ...*“

¹² Sjá t.d. dóm undirréttar EB í máli nr. T-111/96 *ITT Promedia NV. v. Commission* [1998 ECR II-2937.

¹³ Nefnt á ensku *exclusionary abuse*. Einnig fellur undir 11. gr. samkeppnislaga annar höfuðflokkur misnotkunar sem nefndur er á ensku *exploitative abuse*. Hún felst aðallega í því að viðkomandi fyrirtæki nýtir sér með óhæfilegum hætti yfirburðastöðu sína gagnvart viðskiptavinum eða neytendum sem háðir eru fyrirtækinu.

¹⁴ Sjá hér dóm dómstóls EB í máli nr. 85/76 *Hoffmann-La Roche v Commission* [1979] ECR 461.

¹⁵ Sjá t.d. dóm dómstóls EB í máli nr. 6-7/73 *Commercial Solvents v Commission* [1974] ECR 223.

loforði af þeirra hálfu til að kaupa allar eða meginþorra af þeim vörum eða þjónustu sem þeir þarfnast einungis af viðkomandi fyrirtæki, án tillits til þess hvort skyldan er háð einhverjum fyrirvörum og án tillits til þess hvort hún er veitt gegn afslætti.¹⁶ Að mati samkeppnisráðs er ljóst að ákvæði sammingsins um að Hafnarfjarðarbær skuldbindi sig til þess að kaupa ekki sambærilega fjarskiptaþjónustu af keppinautum Landssímans á samningstímabilinu feli í sér einkakaup í framangreindum skilningi. Um er því að ræða alvarlegt brot Landssímans á 11. gr. samkeppnislaga.

Að hálfu Landssímans hefur verið bent á að umrætt ákvæði um einkarétt hafi stafað frá Hafnarfjarðarbæ. Að mati samkeppnisráðs hefur það atriði ekki þýðingu varðandi brot Landssímans á 11. gr. samkeppnislaga. Einkakaupasamningur markaðsráðandi fyrirtækis felur í sér misnotkun jafnvel þó slíkur samningur sé gerður að beiðni kaupandans eins og fyrr segir.¹⁷ Ástæða þessa er sú að samkeppni á viðkomandi markaði er þegar mjög takmörkuð vegna tilvistar hins markaðsráðandi fyrirtækis og einkakaupasamningar raska þeirri takmörkuðu samkeppni sem þó getur ríkt. Í því sambandi skiptir ekki máli hver á frumkvæði að gerð sammings af þessum toga.

Landssíminn beitti einnig óeðlilegum afsláttarkjörum til þess að ná fram umræddum samningi við Hafnarfjarðarbæ. Þannig fól samningurinn í sér afturvirk afsláttarákvæði sem gilda áttu níu mánuði aftur í tímann. Slík sammingsákvæði eru mjög óvenjuleg. Sú athöfn Landssímans sem fyrirtækis í yfirburðastöðu á fjarskiptamarkaði, að setja ákvæði um afturvirkkan afslátt í samning um sölu á fjarskiptaþjónustu, getur því tvímælalaust haft skaðleg áhrif á samkeppni og hindrað aðgang annarra að markaðnum.

Sama á við um það ákvæði sammingsins sem kveður á um endurgreiðslu sambanda sem Hafnarfjarðarbæ hafði láðst að segja upp. Það hlýtur að teljast óvenjuleg aðgerð að endurgreiða fyrirtæki einhverja þjónustu þegar því hefur láðst að segja upp samningi um hana. Í þessu tilviki er um að ræða gjöld fyrir línur sem Hafnarfjarðarbær hafði til eigin nota, en við endurskipulagningu fjarskiptaþjónustu bæjarins kom í ljós að ekki var þörf fyrir þessi númer. Gögn málsins gefa til kynna að innan Landssímans hefur þetta verið talin óvenjuleg ráðstöfun, sbr. umfjöllun í kafla 2 hér að framan.

¹⁶ Sjá hér dóm dómstóls EB í máli nr. 85/76 *Hoffmann-La Roche v Commission* [1979] ECR 461. Dómstóllinn sagði orðrétt þetta: „An undertaking which is in a dominant position on a market and ties purchasers - even if it does so at their request - by an obligation or promise on their part to obtain all or most of their requirements exclusively from the said undertaking abuses of the dominant position within the meaning of Article 86 of the Treaty, whether the obligation in question is stipulated without further qualification or whether it is undertaken in consideration of the grant of a rebate.“ Sjá einnig dóm dómstólsins í máli nr. C-62/86 *AKZO v Commission* [1991] ECR I-3359.

¹⁷ Sbr. dóm dómstóls EB í máli nr. 85/76 *Hoffman-La Roche v. Commission* [1979] ECR 461, sbr. orðlagið „even if it does so at their request“. Sjá einnig mál nr. C-393/1992 *Gemeente Almelo and others v. Energiebedrijf Ijsselmij* [1994] ECR I-1477.

Að mati samkeppnisráðs sýna gögn málsins að þessum óvenjulegu afsláttarkjörum var vísitandi beitt til þess að ná samningi við Hafnarfjarðarbæ. Eins og fram hefur komið er í fyrirspurn frá starfsmanni innheimtudeildar Landssímans¹⁸ dags. 13. desember 2000 óskað útskýringa á því af hverju fella eigi niður mánaðargjöld á ákveðnum númerum hjá Hafnarfjarðarbæ frá 1. apríl 2000. Í svari viðskiptastjóra¹⁹ kemur fram að það beri að fella niður þessi mánaðargjöld vegna þess að Landssíminn sé að reyna að komast í að gera 3-5 ára samning við Hafnarfjörð og þetta sé ein leið til þess. Þessi ummæli sýna fram á að millistjórnendur fyrirtækisins vissu af umræddum endurgreiðslum og sýna einnig að tilgangurinn með endurgreiðslunni var að ná samningi við Hafnarfjarðarbæ til lengri tíma.

Í umfjöllun í greinargerð með frumvarpi til breytinga á samkeppnislögum þar sem rætt er um c-lið 11. gr. laganna segir að almennt afsláttarfyrirkomulag sem byggist á kostnaðarlegum forsendum, þ.e. verðlækkun sem grundvallist á lægri kostnaði, sé ekki talið hafa skaðleg áhrif á samkeppni, heldur þvert á móti talið geta eflt virka samkeppni, byggist það á hlutlægum og sanngjörnum forsendum sem kaupendur þekkja. Afsláttur eða verðlækkun sem ekki byggist á slíkum sjónarmiðum geti hins vegar haft áhrif á samkeppni milli fyrirtækja og þar með á aðgang að markaðnum. Þetta á sérstaklega við þar sem samkeppni er þegar takmörkuð, t.d. vegna markaðsráðandi stöðu fyrirtækis á viðkomandi markaði. Afsláttur af þessum toga getur falið í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu, sbr. m.a. dóm Hæstaréttar í máli nr. 120/2001 *Landssími Íslands hf. gegn samkeppnisráði*.

Að mati samkeppnisráðs er ekki með nokkru móti unnt að líta svo á að þessi afturvirki afsláttur og endurgreiðslur byggji á hlutlægum og málefnalegum sjónarmiðum. Þessi kjör voru ekki hluti af almennum viðskiptaskilmálum Landssímans né stóðu þau viðskiptamönnum almennt til boða. Í þessum kjörum Landssímans fólst óvenjuleg og óeðlileg aðgerð sem miðaði að því að halda viðskiptum Hafnarfjarðarbæjar hjá fyrirtækinu og útiloka þar með keppinauta fyrirtækisins frá þeim viðskiptum. Yrði fyrirtæki í stöðu Landssímans talið heimilt að bjóða viðskiptavinum sínum viðlíka afturvirkan afslátt og endurgreiðslur hefði það mjög takmarkandi áhrif á möguleika nýrra keppinauta að hasla sér völl á viðkomandi markaði og á getu þeirra sem fyrir eru á markaðnum að auka umsvif sín. Þegar þetta er virt telur samkeppnisráð að hinn afturvirki afsláttur og endurgreiðslur í samningnum feli í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu Landssímans og brot á 11. gr. samkeppnislaga.

Með vísan til alls framangreinds telur samkeppnisráð tvímælalaust að umræddur samningur Landssímans og Hafnarfjarðarbæjar feli í sér misnotkun Landssímans á

¹⁸ Sjá í fylgiskjali með svari Landssímans dags. 5. mars 2001: Tölvupóstur frá 13. desember 2000 frá starfsmanni innheimtudeildar Landssímans til viðskiptastjóra.

¹⁹ Sjá í fylgiskjali með svari Landssímans dags. 5. mars 2001: Tölvupóstur frá 13. desember 2000, svar viðskiptastjóra við fyrrgreindri fyrirspurn starfsmanns innheimtudeildar.

markaðsráðandi stöðu sinni og teljist vera alvarlegt brot á 11. gr. samkeppnislaga. Við þær aðstæður sem ríkja á fjarskiptamarkaðnum, þar sem Landssíminn ber höfuð og herðar yfir keppinauta sína bar fyrirtækinu að gæta þess sérstaklega að aðgerðir þess myndu ekki raska samkeppni. Í því sambandi ber að hafa í huga að samkeppnin á hinum skilgreinda markaði er þá þegar takmörkuð sökum tilvistar hins markaðsráðandi fyrirtækis. Landssíminn gætti ekki að þessari skyldu sinni skv. 11. gr. samkeppnislaga heldur greip þvert á móti til aðgerða til að halda keppinautum frá markaðnum.

Landssíminn hefur lýst því yfir að ákvæðin í samningnum um einkarétt og afturvirkjan afslátt hafi komi til fyrir mistök starfsmanna á sölusviði fyrirtækisins og fyrirtækið hafi ekki haft ásetning til að misbeita markaðsráðandi stöðu sinni til að ná umræddum samningi. Í þessu sambandi verður að hafa í huga að hugtakið misnotkun í 11. gr. samkeppnislaga ber að virða hlutlægt. Brot á 11. gr. er því ekki háð því að sýnt sé fram á sök viðkomandi fyrirtækis. Hugsanleg mistök Landssímans hafa því enga lagalega þýðingu við mat á því hvort fyrirtækið hafi misnotað markaðsráðandi stöðu sína.²⁰ Hins vegar verður fjallað um huglæga afstöðu innan Landssímans í tengslum við viðurlagabátt þessa máls.

6.

Afslættir sem boðnir eru í samningnum

Landssíminn heldur því fram að afslættir sem samningurinn kveður á um séu almennt tíðkaðir að frátöldum afslætti vegna GSM þjónustu, en þar sé um að ræða hluta tilraunaverkefnis sem hefur verið tilkynnt til Póst- og fjarskiptastofnunar.

Af talsímaþjónustu var Hafnarfjarðarbæ boðinn stigvaxandi afsláttur, 5% af notkun frá 50.001-200.000, 7% af notkun frá 200.001-700.000 og 10% af notkun frá 700.001. Þessi afsláttarkjör eru almenn viðskiptakjör sem standa öllum viðskiptavinum Landssímans til boða. Afsláttur þessi hefur að sögn Landssímans staðið viðskiptavinum hans til boða frá 1. apríl 2000, en vegna mistaka láðist að tilkynna hann til Póst- og fjarskiptastofnunar fyrr en 21. mars 2001. Þá var einnig tilkynnt um breytingu á þessum afslætti frá og með 1. apríl 2001 og eftir þann tíma hefur verið boðinn 6% afsláttur af notkun frá 5.001-200.000, 7% af notkun frá 200.001-350.000, 8% af notkun frá 350.001-500.000 og 9% af notkun frá 500.001.

²⁰ Sjá hér t.d. dóm undirréttar EB í máli nr. T-65/89 BPB Industries and British Gypsum v. Commission [1993] ECR II-389. Í málinu benti dómtsóllinn á þetta: „*The Court further observes that the concept of abuse is an objective one ... and that, accordingly, the conduct of an undertaking in a dominant position may be regarded as abusive within the meaning of Article 86 of the EEC Treaty even in the absence of any fault. Consequently, the applicants' argument according to which BG never had any intention to discourage or weaken Iberian has no bearing on the legal classification of the facts.*“

Af ATM þjónustu er boðinn 7% afsláttur frá verðskrá, þessi afsláttur hefur ekki verið tilkynntur sérstaklega til Póst- og fjarskiptastofnunar. Í svari Landssímans frá 5. mars sl. kemur fram að um sé að ræða afsláttarkjör sem eru almennt tíðkuð.

Af Frame Relay þjónustu er boðinn 7% afsláttur frá verðskrá, þessi afsláttur hefur ekki verið tilkynntur sérstaklega til Póst- og fjarskiptastofnunar. Í svari Landssímans frá 5. mars sl. kemur fram að um sé að ræða afsláttarkjör sem eru almennt tíðkuð.

Af ADSL þjónustu er boðinn magnafsláttur frá verðskrá og miðast hann við fjölda tenginga. Póst- og fjarskiptastofnun var tilkynnt um þetta þann 20. mars 2001. Þessi afsláttur var hins vegar boðinn Hafnarfjarðarbæ frá desember 2000.

Af GSM þjónustu er boðið fast verð þ.e. 9 kr. á mínútu milli GSM síma á kennitölu kaupanda. Þetta er tilraunaverkefni sem Landssíminn tilkynnti Póst- og fjarskiptastofnun um þann 3. október 2000 og var samþykkt af stofnuninni með bréfi dags. 13. október 2000. Í tilkynningu Landssímans kemur fram að um sé að ræða tilraunaverkefni sem muni standa í 4 mánuði. Gildistími samningsins við Hafnarfjarðarbæ var hins vegar mun lengri eða allt til 31.12. 2001.

Síminn bauð Hafnarfjarðarbæ ótilgreindan magnafslátt frá verðskrá NMT þjónustu. Hér er um að ræða almennan afslátt sem stendur öllum notendum NMT þjónustu til boða. Um er að ræða stigvaxandi magnafslátt sem hefur verið í boði frá 1. júlí 1998 og nemur hann 3% af notkun á bilinu 100.000-299.000 og 5% af notkun frá 300.000 kr. Þann 20. mars 2001 var Póst- og fjarskiptastofnun tilkynnt um nýja og breytta stigvaxandi afslætti frá verðskrá NMT þjónustu og er nú veittur 2% afsláttur af notkun frá 10.001-50.000, 4% af notkun frá 50.001-100.000, 6% af notkun frá 100.001-200.000 og 10% af notkun frá 200.001 kr. Póst- og fjarskiptastofnun hefur ekki gert athugasemd við þessa afsláttarskilmála.

Samkeppnisráð telur að ýmislegt orki tvímælis varðandi þessi kjör Landssímans. Stigvaxandi afsláttur fyrirtækisins var ekki tilkynntur Póst- og fjarskiptastofnun. Tilraunaverkefnið um GSM þjónustu átti einungis að standa í 4 mánuði, en í samningi Landssímans við Hafnarfjarðarbæ kemur ekkert fram um þennan takmarkaða gildistíma þessa afsláttar. Það verður því að teljast ámælisvert að veita þennan afslátt mun lengur en tilkynnt hafði verið um til Póst- og fjarskiptastofnunar og hún hafði veitt samþykki sitt fyrir. Afsláttarkerfi vegna ATM og Frame Relay tenginga er að mati samkeppnisráðs óljóst.

Í ljósi þeirrar skýru niðurstöðu að samningurinn við Hafnarfjarðarbæ hafi falið í sér brot á 11. gr. samkeppnislaga vegna ákvæðisins um einkakaup og afturvirk kjör telur samkeppnisráð ekki þörf á því í þessu máli að taka afstöðu til þess hvort ofangreind afsláttarkjör í samningnum hafi einnig falið í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu.

Hafa verður einnig í huga að Póst- og fjarskiptastofnun hefur tekið til sjálfstæðrar skoðunar í samvinnu við Samkeppnisstofnun hvort umræddur stigvaxandi afsláttur af talsímanotkun sé í samræmi við lög um fjarskipti. Samkeppnisstofnun mun í því sambandi leggja mat á hvort afsláttarkerfi þetta standist almennt séð ákvæði samkeppnislaga, sbr. m.a. dóm Hæstaréttar í máli nr. 120/2001 *Landssími Íslands hf. gegn samkeppnisráði*. Jafnframt áskilja samkeppnisyfírvöld sér rétt að taka aðra afslætti Landssímans til skoðunar.

7.

Ákvæði samningsins um þverlínusamband

Leigulínuverðskrá Landssíma Íslands hf. er háð samþykki Póst- og fjarskiptastofnunar skv. 19. gr. laga um fjarskipti. Í tilskipun 92/44/EB er kveðið á um að verð fyrir leigulínur skuli taka mið af kostnaði. Póst- og fjarskiptastofnun hefur viðurkennt að hinar ýmsu þjónustudeildir Landssímans megi njóta heildsöluþjónu þegar þær fá leigulínur til afnota frá netdeild Landssímans. Það sé þó nauðsynlegt að aðrir rekstrarleyfishafar fái einnig sambærileg heildsöluþjónu þegar þeir taka á leigu línur hjá Landssímanum.

Póst- og fjarskiptastofnun hefur ekki bannað að veittir séu afslættir en gerir það að skilyrði að slíkir afslættir séu gagnsær og að gætt sé jafnræðis, sbr. ákvæði 8. og 10. gr. tilskipunar 92/44/EB sbr. 97/51/EB. Póst- og fjarskiptastofnun samþykkti t.d. haustið 2000 að boðinn yrði almennur afsláttur af leigulínunum í heildsölu skv. tillögum Landsímans sem gerðar voru til að mæta óskum stjórnvalda um bættu aðstöðu dreifbýlisins. Afsláttarkjörin sem hér um ræðir eiga við þegar vegalengd 155 Mb/s leigulínu fer fram úr 1800 km og má því vera ljóst að þessi kjör munu einungis taka gildi í fáum tilvikum.

Í samningi Landssímans við Hafnarfjarðarbæ er talsímanotkun nánar tilgreind í 3. mgr. 1. gr. og er 2 Mb/s þverlínusamband á milli einkasímstöðva látið falla þar undir. Samkvæmt upplýsingum frá Póst- og fjarskiptastofnun telst þverlínusamband ekki leigulína heldur hluti af talsímaþjónustu. Umræddur afsláttur er því aðeins veittur af notkuninni af leigulínunum en ekki af leiguverðinu sem slíku. Samkeppnisráð telur að þetta sé í samræmi við 8. og 10. gr. tilskipunar 92/41/EB sbr. 97/51/EB, og því er ekki tilefni til að gera athugasemdir við þetta atriði samningsins.

8.

Viðurlög

Í 1. mgr. 52. gr. samkeppnislaga segir m.a.:

„Samkeppnisráð leggur stjórnvaldssektir á fyrirtæki eða samtök fyrirtækja sem brjóta gegn 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 fram kemur í lögskýringargögnum er sektarákvæði samkeppnislaga sniðið eftir EES/EB-samkeppnisrétti. Eins og leiðir af orðalagi 1. mgr. 52. gr. er tilgangur ákvæðisins sá að almenn og sérstök varnaðaráhrif sekta stuðli að framkvæmd samkeppnislaga og þar með að aukinni samkeppni.²¹ Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 14/2001 kemur fram að ljóst sé að ákvæðum þágildandi 52. gr. samkeppnislaga sé fyrst og fremst ætlað að hafa varnaðaráhrif.

Af orðalagi 52. gr. má ráða að meginregla laganna sé að samkeppnisráð skuli leggja stjórnvaldssektir á fyrirtæki sem brjóta gegn bannákvæðum laganna. Er þetta sérstaklega skýrt eftir breytingar á samkeppnislögum með lögum nr. 107/2000. Í athugasemdum við breytingar á umræddu ákvæði laganna segir:

„Í ákvæðinu er lagt til að orðið „leggur“ verði tekið upp í stað orðanna „getur lagt“ til þess að tryggja að meginreglan verði sú að stjórnvaldssektir verði lagðar á ef umrædd brot eiga sér stað. Stuðlar þetta að því að markmið laganna nái fram að ganga því stjórnvaldssektum samkvæmt lögnum er ætlað með almennum og sérstökum varnaðaráhrifum að vinna gegn því að fyrirtæki brjóti löginn.“

Vilji löggjafans er því skýr hvað varðar álagningu sekta skv. samkeppnislögum; meginreglan skal vera sú að sektað sé fyrir brot gegn bannákvæðum laganna. Með þeirri breytingu sem gerð var á sektarákvæði samkeppnislaga með lögum nr. 107/2000 og fyrr er nefnd, var ákvæðið að fullu lagað að samsvarandi reglum sem gilda í EES-löggjöfnni og í EB. Samkvæmt ummælum í greinargerð með breytingunni var henni ætlað að stuðla að því að sektarákvarðanir hér á landi verði í samræmi við það sem tíðkast erlendis. Í leiðbeinandi reglum framkvæmdastjórnar EB hafa verið settar fram meginreglur sem líta skuli til þegar sektir eru ákveðnar í EB-samkeppnisrétti.²² Með vísan til fyrrgreinds tilgangs breytinga á sektarákvæðum samkeppnislaga þykir rétt að líta einnig til hinna leiðbeinandi reglna við ákvörðun sekta skv. samkeppnislögum, auk ákvæðis 52. gr. samkeppnislaga.

Í 2. mgr. 52. gr. samkeppnislaga er m.a. kveðið á um að sektir geti numið frá 50 þús. kr. til 40 millj. króna eða meira en sektir skulu þó ekki vera hærri en sem nemur 10% af veltu síðasta almanaksárs hjá því fyrirtæki sem að samkeppnishömlunum stendur.

²¹ Dómstóll EB hefur bent á að tilgangur samskonar sektarákvæða í EB samkeppnisrétti sé þessi: „to suppress illegal activities and to prevent any recurrence.“ Mál nr. 41, 44 & 45/69 *ACF Chemiefarma v. Commission* [1970] ECR 661.

²² Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 15(2) of Regulation No 17 and Article 65(5) of the ECSC Treaty.

Ýmsir þættir geta haft áhrif á fjárhæð sekta en samkvæmt 1. mgr. 52. gr. skal við ákvörðun sekta taka mið af eðli og umfangi samkeppnishamlna og hvað þær hafa staðið lengi. Á sama hátt skal skv. hinum leiðbeinandi reglum framkvæmdastjórnarinnar, sem vísað er til hér að framan, miða grunnfjárhæð sektar við eðli brotanna og hversu alvarleg þau teljast, sem og hve lengi þau hafa varað. Grunnfjárhæðin getur síðan tekið breytingum eftir því hvort aðrir þættir málsins skuli hafa íþyngjandi eða ívilnandi áhrif.

Í því máli sem hér um ræðir telur samkeppnisráð að sýnt hafi verið fram á að Landssími Íslands hafi misnotað markaðsráðandi stöðu sína með því að gera einkakaupasamning við Hafnarfjarðarbæ og með ákvæðum um afturvirknan afslátt og endurgreiðslur. Eðli brotsins, þ.e. misnotkun markaðsráðandi fyrirtækis á stöðu sinni með fyrrgreindum hætti er óhjákvæmilega alvarlegt í eðli sínu og því er að mati ráðsins nauðsynlegt að sekta fyrir umrætt brot í samræmi við ákvæði 52. gr. samkeppnislaga. Hér má hafa í huga að skv. hinum leiðbeinandi reglum framkvæmdastjórnar EB telst samskonar misnotkun á markaðsráðandi stöðu alvarlegt brot á samkeppnisreglum.

Við ákvörðun sekta í samkeppnismálum getur huglæg afstaða stjórnenda viðkomandi fyrirtækis haft áhrif. Landssíminn heldur því fram að enginn ásetningur hafi legið fyrir af hálfu fyrirtækisins til að misnota stöðu sína til ná samningnum við Hafnarfjarðarbæ. Ákvæðin í samningum um einkarétt og afturvirkni hafi komið til vegna mistaka starfsmanns á sölusviði við frágang samningsins. Slík óveruleg yfirsjón þessa starfsmanns geti með engu móti talist vera vísbending um huglæga afstöðu stjórnenda fyrirtækisins. Að mati samkeppnisráðs er ekki unnt að fallast á þessa skoðun Landssímans. Gögn málsins sýna að starfsmenn Landssímans ákváðu vísvitandi að umdræddar endurgreiðslur á samböndum yrðu afturvirkar til að tryggja viðskiptin við Hafnarfjarðarbæ. Þegar ákvæði um að öll afsláttarkjör yrðu afturvirk kom inn í drög að samningnum sendi forstöðumaður hjá Landssímanum viðskiptastjóra og öðrum forstöðumanni hjá fyrirtækinu tölvupóst og lýsti því yfir að þetta væri „mjög hæpið“. Þrátt fyrir þetta undirritaði einn af æðstu stjórnendum Landssímans samninginn með þessum ákvæðum. Ganga verður út frá þeirri forsendu að stjórnendur fyrirtækja kynni sér þá samninga sem þeir undirrita. Samkeppnisráð telur því að gögn málsins styðji ekki þá staðhæfingu Landssímans að umrædd ákvæði eigi rót sína að rekja til óverulegrar yfirsjónar tiltekins starfsmanns fyrirtækisins. Þvert á móti hafi verið um að ræða meðvitaða aðgerð til að halda viðskiptunum við Hafnarfjarðarbæ og þar með styrkja eða viðhalda ráðandi stöðu fyrirtækisins. Að mati samkeppnisráðs gat Landssímanum ekki dulist að þessar aðgerðir fælu í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu og brot á samkeppnislögum. Í því sambandi er óhjákvæmilega að horfa til þess að Landssíminn hefur margsinnis orðið uppvis að misnotkun á markaðsráðandi stöðu sinni og samkeppnisráð hefur í ákvörðunum sínum

ítrekað fjallað um þær skyldur sem samkeppnislög leggja á fyrirtækið vegna ráðandi stöðu þess.²³

Hvað varðar umfang brotsins þá er fyrst að líta til þess að Landssíminn heldur því fram að umrædd ákvæði samningsins hafi ekki komist til framkvæmda og því engin samkeppnislegur skaði orðið. Ljóst er að Landssíminn tilkynnti Hafnarfjarðarbæ um það eftir að mál þetta hófst að ekki yrði byggt á einkaréttarákvæðinu og ákvæðið um afturvirknan afslátt komi ekki til framkvæmda, sbr. tölvupóst fyrirtækisins til Hafnarfjarðarbæjar frá 2. mars 2001. Hins vegar telur samkeppnisráð að umræddur samningur hafi eftir sem áður haft þau áhrif að halda keppinautnum Títan frá viðskiptum við Hafnarfjarðarbæ og þar með haft takmarkandi áhrif á samkeppni. Í því sambandi verður að hafa í huga að Títan sendi Hafnarfjarðarbæ þann 12. desember 2000 tilboð í fjarskiptaþjónustu. Þegar gögn málsins eru virt telur samkeppnisráð að hin ólögsmætu ákvæði í samningnum hafi haft veruleg áhrif á þá ákvörðun Hafnarfjarðarbæjar að ganga til samninga við Landssímamann á sínum tíma. Brot Landssímans hafði því skaðleg áhrif á markaðnum. Á hinn bóginn verður að horfa til þess að samningurinn varðar hlutfallslega mjög lága upphæð af heildarverðmæti fjarskiptamarkaðarins. Verðmæti samningsins er [...] ²⁴ mkr. Í því samhengi verður að hafa í huga að á árinu 2000 voru rekstrartekjur Landssímans af almennri talsímaþjónustu að meðtöldum tekjum af innri viðskiptum tæpir 15 milljarðar kr., tæpir 6 milljarðar af farsímaþjónustu og rúmur 1 milljarður af gagnaflytninguþjónustu.²⁵ Umfang brotsins er því að þessu leyti takmarkað og verður að hafa það í huga við ákvörðun sekta.

Við mat á því hversu lengi samkeppnishömlurnar hafa staðið verður fyrst að líta til þess að gildistími umrædds samnings var frá 1. apríl 2000 til 31. desember 2001. Hins vegar voru hin samkeppnishamlandi ákvæði ekki framkvæmd. Með hliðsjón af atvikum þessa máls er því ekki ástæða til að hækka sektir vegna tímalengdar brotsins. Í þessu samhengi má hafa í huga að skv. hinum leiðbeinandi reglum framkvæmdastjórnar EB er grunnfjárhæð sektar ekki hækkuð ef brot hefur staðið yfir í skamman tíma en það er skilgreint sem almennt séð minna en eitt ár.

Við mat á fjárhæð sekta telur samkeppnisráð að hafa verði hliðsjón af fjárhagslegum styrkleika viðkomandi fyrirtækis til þess að tryggja að sekt hafi nægjanleg varnaðaráhrif. Hið sama er lagt til grundvallar í umræddum leiðbeiningareglum.²⁶ Landssíminn hefur yfirburðastöðu á fjarskiptamarkaðnum og gegnir einu hvort lítið er

²³ Sjá hér t.d. ákvarðanir samkeppnisráðs nr. 42/1996, nr. 11/1997, nr. 41/1997, nr. 21/1998, nr. 4/1999 og nr. 17/1999.

²⁴ Fellt niður vegna trúnaðar.

²⁵ Sjá Útboðs- og skráningarlýsing Landssíma Íslands hf., september 2001.

²⁶ Í lið 1A segir m.a.: „It will also be necessary to account of the effective economic capacity of offenders to cause significant damage to other operators, in particular consumers, and to set the fine at a level which ensures that it has a sufficiently deterrent effect.“

á markaðinn í heild sinni eða einstaka undirmarkaði hans. Rekstrartekjur fyrirtækisins voru á árinu 2000 rúmir 16 milljarðar kr. Hafa verður hliðsjón af þessari styrku stöðu Landssímans við mat á sektum.

Ljóst er að í samkeppnisrétti er heimilt að hækka sektir sérstaklega til að tryggja varnaðaráhrif þeirra.²⁷ Jafnframt liggur fyrir að samkvæmt umræddum leiðbeiningareglum framkvæmdastjórnar EB leiða endurtekin sambærileg brot til hækkunar sekta. Í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 41/1997 taldi ráðið að Landssíminn hefði misnotað markaðsráðandi stöðu á farsímamarkaði. Í ákvörðunarorði segir:

„IV. Pósti og síma hf. er, auk þess sem að framan greinir, óheimilt í krafti markaðslegrar og fjárhagslegrar stöðu fyrirtækisins að hafast nokkuð það að sem skaðað getur samkeppnina á markaðnum fyrir fjarskiptaþjónustu og tengdum mörkuðum. Skaðleg hegðun getur falist í :

a) að krefjast, beint eða óbeint, ósanngjarns kaup- eða söliverðs eða annarra ósanngjarna viðskiptaskilmála vegna vöru eða þjónustu sem fyrirtækið kaupir eða selur,

b) að takmarka framboð eða sölu til skaða fyrir neytendur,

c) að mismuna viðskiptaaðilum með ólíkum skilmálum í sambærilegum viðskiptum og rýra þannig samkeppnisstöðu þeirra.

V. Brjótí Póstur og sími hf. gegn ákvörðunarorðum þessarar ákvörðunar má félagið búast við því að samkeppnisráð beiti heimildum sínum til álagningu stjórnvaldssekta skv. 52. gr. samkeppnislaga nr. 8/1993.“

Með þessari ákvörðun lagði samkeppnisráð á grundvelli 17. gr. þágildandi samkeppnislaga almennt bann á Landssímann við að misnota markaðsráðandi stöðu sína. Ástæða þessa var hin alvarlega misnotkun sem málið fjallaði um, auk eldri brota Landssímans á 17. gr. samkeppnislaga, sbr. m.a. ákvarðanir ráðsins nr. 42/1996 *Erindi Póstdreifingar ehf. um meinta misnotkun Póst- og símamálastofnunar* og 30/1997 *Kvörtun Alnets yfir synjun um aðgang að gagnagrunni símaskrár Pósts og síma hf.* Samkeppnisráð taldi þannig á þessum tíma að hegðun Landssímans gerði það nauðsynlegt að beita þágildandi úrræðum samkeppnislaga til að hindra að fyrirtækið myndi á ný raska samkeppni með því að misnota markaðsráðandi stöðu sína. Þrátt fyrir þetta bann hefur Landssíminn síðar ítrekað misnotað markaðsráðandi stöðu sína. Hér má vísa til ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 21/1998 *Breiðband Landssíma Íslands hf.*, ákvörðun nr. 4/1999 *Erindi Íslandia ehf. um endurgjaldslausu Internetþjónustu Landssíma Íslands hf. og Skímu ehf.* og ákvörðun nr. 17/1999 *Erindi Tals hf. um verðlagningu á GSM-þjónustu Landssíma Íslands hf.* Samkeppnisráð hefur ekki kosið að beita sektarheimildum sínum í þessum málum heldur áfram brýnt fyrir fyrirtækinu að gæta að hinni sérstöku skyldu sem hvílir á fyrirtækinu skv. samkeppnislögum. Í

²⁷ Sjá t.d. dóm undirréttar EB í máli nr. T-311/94 *BPD de Eendracht NV v. Commission* [1998] ECR II-1129.

Þessu máli telur samkeppnisráð hins vegar nauðsynlegt að beita sektum til að tryggja að Landssíminn láti af lögbrotum. Þessi fyrri brot horfa til hækkunar á sektum.

Skömmu eftir að mál þetta hófst tilkynnti Landssíminn viðsemjanda sínum að ekki yrði byggt á umræddu einkaréttarákvæði og ákvæðið um afturvirkkan afslátt yrði ekki framkvæmt. Landssíminn lét þannig af eigin frumkvæði af hinni brotlegu háttsemi að þessu leyti og hefur það áhrif til lækkunar sekta.

Með vísan til alls framangreinds telur samkeppnisráð hæfilegt að leggja 40.000.000 kr. sekt á fyrirtækið Landssíma Íslands hf. vegna brots fyrirtækisins gegn 11. gr. samkeppnislaga nr. 8/1993. Samkvæmt 49. gr. samkeppnislaga eru samningar sem brjóta í bága við bannákvæði samkeppnislaga ógildir.

V.

Ákvörðunarorð:

„Landssími Íslands hf. hefur brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga nr. 8/1993 með gerð sannings við Hafnarfjarðarbæ um sölu á fjarskiptapjónustu, dags. 28. desember 2000. Samningurinn er ógildur, sbr. 1. mgr. 49. gr. samkeppnislaga.

Með heimild í 52. gr. samkeppnislaga skal Landssími Íslands hf. greiða stjórnvaldssekt að upphæð kr. fjörutíu milljónir, (40.000.000 kr.)

Sektin skal greiðast ríkissjóði eigi síðar en þremur mánuðum eftir dagsetningu þessarar ákvörðunar.“

[Máli þessu var áfrýjað; sjá Úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli [nr. 2/2002](#)]