

Miðvikudagur, 22. júní 2005

243. fundur samkeppnisráðs

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“

I.

Erindið

Samkeppnisstofnun barst erindi frá Og fjarskiptum hf. (hér eftir Vodafone) með bréfi, dags. 4. júní 2004. Í bréfi Vodafone er þess farið á leit við Samkeppnisstofnun að hún taki bráðabirgðaákvörðun vegna misnotkunar Landssíma Íslands hf. (hér eftir Landssíminn) á markaðsráðandi stöðu á fjarskiptamarkaði. Í bréfinu kemur fram að þann 2. júní 2004 hafi Landssíminn byrjað að auglýsa ýmsa afslætti og sértíloboð sem viðskiptamenn fyrirtækisins gætu nýtt sér ef þeir kysu að kaupa talsímaþjónustu, farsímaþjónustu og Internetþjónustu af Landssímanum. Tilboðið gangi undir heitinu „Allt saman hjá Símanum“ (hér eftir verður vísað til þess sem tilboðs Landssímans). Telur Vodafone að í framangreindu tilboði felist misnotkun á markaðsráðandi stöðu Landssímans í skilningi 11. gr. samkeppnislaga. Tilboðið feli í sér skaðlega undirverðlagningu með því að veita tryggðarafslætti og tvinna saman ólíkri þjónustu í því skyni að hamla samkeppni. Telur Vodafone að þessi markaðshegðun raski samkeppni á fjarskiptamarkaðnum þar sem hún sé til þess fallin að útiloka keppinauta á markaði.

Með bréfi Vodafone fylgdu afrit af auglýsingum vegna tilboðs Landssímans.

II.

Málsmeðferð

1.

Erindi Vodafone var sent Landssímanum og óskað umsagnar með bréfi, dags. 7. júní 2004, og var frestur veittur til 15. júní. Þann 9. júní s.á. barst Samkeppnisstofnun annað bréf frá Vodafone þar sem upphaflegt erindi er áréttað. Í bréfinu eru dómur EB dómstólsins í nokkrum samkeppnismálum reifaðir en því fylgdu einnig útreikningar Vodafone á verðmæti tilboðs Landssímans. Í bréfinu segir svo:

„Tilboðið nær til þriggja aðgreindra þjónustumarkaða, þ.e. markaðs fyrir farsímaþjónustu, markaðs fyrir talsímaþjónustu og markaðs fyrir Internetþjónustu.

Afsláttur hvernar þjónustu um sig er hins vegar skilyrtur við það að viðskiptavinurinn kaupir hinar þjónusturnar einnig af Landssímanum. Umræddir afslættir eru augljóslega tryggðarafslættir og ekki verður séð að hlutlæg kostnaðarrök búi þar að baki. Því má ljóst vera að tilgangur tilboðsins er að binda viðskiptavini við Landssímann og útiloka þannig keppinauta Landssímans.“

Síðara bréf Vodafone var sent Landssímanum með bréfi, dags. 14. júní 2004, og var fyrirtækinu gefin frestur til 21. júní til þess að skila athugasemdum við málið í heild sinni.

2.

Umsögn Landssímans barst með bréfi, dags. 15. júní 2004. Í bréfi Landssímans er þess krafist að kröfu Vodafone um bráðabirgðaákvörðun verði hafnað og að fyrirtækinu verði gert að færa efnisleg rök fyrir kvörtun sinni. Þá telur Landssíminn að erindi Vodafone sé á nokkrum misskilningi byggt. Fullyrt sé að viðskiptavinir Landssímans þurfi að kaupa talsímaþjónustu, farsímaþjónustu og internetþjónustu til að vera með „Allt saman hjá Símanum“. Hið rétta sé hins vegar að eina samvinnunin sem eigi sér stað sé sú að til þess að fá sérkjör í farsíma- og ADSL¹ þjónustu þurfi að vera með farsímann í áskrift hjá Landssímann jafnframt því að vera ADSL viðskiptavinur fyrirtækisins. Því sé það ekki gert að skilyrði að viðskiptavinurinn sé einnig með talsímaþjónustu. Jafnframt sé það ekki gert að skilyrði að viðskiptavinurinn sé með Internetþjónustu hjá Landssímanum, en fyrirtækið hafi tilkynnt Internetþjónustuveitum um tilboðið með nokkrum fyrirvara. Varðandi sérkjör vegna talsímaþjónustu þá bjóðist öllum viðskiptavinum Landssímans að njóta þeirra kjara, skrái þeir sig sérstaklega. Viðskiptavinir Landssímans í talsímaþjónustu þurfi því ekki að vera í öðrum viðskiptum við fyrirtækið til þess að njóta þeirra kjara.

Landssíminn telur skorta mjög á rökstuðning Vodafone fyrir því að skilyrði fyrir bráðabirgðaákvörðun séu uppfyllt, þ.e. að sennilegt sé að um brot á samkeppnislögum sé að ræða og að bið eftir niðurstöðu samkeppnisráðs leiði til röskunar á samkeppni sem ekki verði afstýrt með endanlegri niðurstöðu ráðsins. Að mati Landssímans er hvorugt skilyrðið uppfyllt enda hafi verið kappkostað að tilboðið stæðist samkeppnislög. Landssíminn telur enn fremur að það eitt að mæta tilboðum keppinauta geti aldrei talist sjálfkrafa brot á samkeppnislögum. Vodafone hafi nú um nokkurt skeið tvinnað saman ADSL, Internetþjónustu og farsímaþjónustu og sé Landssíminn einungis að mæta því tilboði á hóflegan hátt. Staðhæfingu Vodafone um skaðlega undirverðlagningu er mótmælt sem rangri enda sé hún ekki rökstudd. Að mati Landssímans er það skilyrði fyrir bráðabirgðaákvörðun, sem lýtur að því að mál þoli ekki bið, heldur ekki uppfyllt. Vodafone hafi ekki skýrt hvaða brýna hætta steðji að vegna tilboðsins.

¹ e. *Asymmetric Digital Subscriber Line*.

Umsögn Landssímans var send Vodafone með bréfi, dags. 24. júní 2004. Þar sem umsögn Landssímans gaf til kynna að tilboð fyrirtækisins væri annars eðlis en fram hafði komið í erindi Vodafone taldi stofnunin nauðsynlegt að leita frekari athugasemda frá kvartanda.

3.

Athugasemdir Vodafone bárust með bréfi, dags. 1. júlí 2004. Í bréfi Vodafone er því lýst að hvergi komi fram í auglýsingum Landssímans að viðskiptavinir þyrftu ekki að nýta sér alla þá þjónustuliði, sem nefndir væru, til þess að geta tekið tilboði Landssímans. Þvert á móti sé ítrekað vísað til þess að sérkjörin bjóðist þeim sem kjósi að vera með „allt saman“ hjá Landssímanum.

Að mati Vodafone varðar mál þetta þrjá undirmarkaði fjarskiptamarkaðar: markaði fyrir heimasíma, farsíma og Internetþjónustu. Telur Vodafone, af samanburði ársreikninga Landssímans og Vodafone að markaðshlutdeild Landssímans sé 80% á markaði fyrir heimasíma, 65% á markaði fyrir farsíma og 69% á markaði fyrir Internetþjónustu. Af þessu sé ljóst að Landssíminn sé markaðsráðandi á öllum þeim mörkuðum sem máli skipti í þessu tilviki. Vodafone bendir á að tilboð Landssímans feli í sér 50% afslátt vegna GSM símtala í þrjú númer innan kerfis fyrirtækisins. Jafnframt bendir Vodafone á að ekkert þak sé á þessum afslætti. Ekki verði því séð að afslátturinn geti verið byggður á kostnaðarlegum forsendum. Þessi afsláttur standi einungis þeim viðskiptavinum Landssímans til boða sem kaupi bæði GSM- og Internetþjónustu hjá fyrirtækinu.

Vodafone lítur svo á að í umsögn Landssímans felist staðfesting á því að tilboðið sem hér um ræðir feli í sér samtvinnun farsíma- og Internetþjónustu fyrirtækisins. Slík samtvinnun aðgreindrar þjónustu á vegum markaðsráðandi fyrirtækis sé óheimil ef hún er líkleg til þess að vera skaðleg samkeppni. Þessu til stuðnings vísar Vodafone til nýlegra fordæma. Að lokum áréttar fyrirtækið nauðsyn bráðabirgðaákvörðunar þar sem um umfangsmikla markaðsherferð sé að ræða sem líklega feli í sér brot gegn samkeppnislögum.

4.

Athugasemdir Landssímans bárust með bréfi, dags. 6. júlí 2004. Í bréfi Landssímans er þess krafist að kröfu Vodafone um bráðabirgðaákvörðun verði vísað frá eða hafnað. Kröfum sínum til stuðnings vísar Landssíminn til þess að markaðsherferðinni vegna tilboðs fyrirtækisins í prentmiðlum, sjónvarpi og útvarpi hafi lokið þann 23. júní 2004. Birting nýrra auglýsinga í þeim miðlum sé ekki ráðgerð fyrr en í fyrsta lagi á haustmánuðum. Telur Landssíminn að af þessum sökum sé ófrávíkjanlegt skilyrði fyrir bráðabirgðaákvörðun ekki uppfyllt, þ.e. að líklegt sé að bið eftir niðurstöðu samkeppnisráðs leiði til röskunar á samkeppni sem ekki verði afstýrt með endanlegri

niðurstöðu ráðsins. Þessu til stuðnings vísar Landssíminn einnig til málmeðferðar Samkeppnisstofnunar í s.k. hópáskriftarmáli, sbr. ákvörðun samkeppnisráðs nr. 40/2003 *Kvörtun Og fjarskipta hf. vegna Hópáskriftar Landssíma Íslands hf.* Í því máli hafi Samkeppnisstofnun ekki talið þörf á að taka til athugunar hvort skilyrði bráðabirgðaákvörðunar væru uppfyllt þar sem Landssíminn hefði hætt markaðssetningu hópáskriftar.

Í athugasemdum Landssímans er þeirri mynd sem Vodafone dregur upp af fjarskiptamarkaði hér á landi mótmælt. Telur fyrirtækið að við skilgreiningu á landfræðilegum markaði verði að líta til þess hvar Vodafone og Landssíminn keppi og bjóði þá þjónustu sem máli skipti, þ.e. ADSL tengingar og GSM þjónustu. Það sé einkum á Suðvesturlandi og á Eyjafjarðarsvæðinu, en á þeim svæðum hafi Vodafone komið fyrir ADSL búnaði í símsstöðvum. Telur Landssíminn að sé þessari landfræðilegu skilgreiningu beitt sé hlutdeild Vodafone fast að 50% á farsímamarkaði og staða fyrirtækisins á markaði fyrir ADSL- og Internetþjónustu sé sömuleiðis sterk. Jafnvel þótt miðað sé við landið allt sé Vodafone með t.d. um 40%² hlutdeild á farsímamarkaði. Einnig gagnrýnir Landssíminn að Vodafone aðskilji í erindi sínu ekki markaði fyrir ADSL tengingar og Internetþjónustu. Þetta skipti einnig máli vegna umfjöllunar um samtvinnun. Þannig nái samtvinnun Landssímans eingöngu til GSM þjónustu og ADSL tenginga. Internetþjónustan sé undanskilin enda geti viðskiptavinir annarra Internetveitna einnig nýtt sér tilboðið. Telur Landssíminn þessa samtvinnun ekki skaðlega. Í fyrsta lagi sé unnt að kaupa hvora tegund þjónustu fyrir sig. Í öðru lagi sé afsláttur hóflegur þegar bæði GSM þjónusta og ADSL tenging sé keypt. Í þriðja lagi hafi keppinautur Landssímans fulla tæknilega og fjárhagslega burði til þess að vera með hliðstæð tilboð. Þessu til stuðnings vísar Landssíminn til rökstuðnings samkeppnisráðs í ákvörðun nr. 2/2000 *Erindi Snerpu ehf. um ISDN-tilboð Landssíma Íslands hf.*

Landssíminn mótmælir því einnig að fyrirtækið stundi skaðlega undirverðlagningu. Með tilboðinu sé fyrirtækið eingöngu að mæta samkeppni með hóflegum hætti.

5.

Með bréfi, dags. 9. júlí 2004, var Landssímanum tilkynnt að Samkeppnisstofnun hefði tekið bráðabirgðaákvörðun í málinu. Samkvæmt ákvörðuninni var Landssímanum bannað að kynna áskriftartilboð sitt „Allt saman hjá Símanum“ og skrá nýja viðskiptavini í tilboðið frá birtingu ákvörðunarinnar.

Með bréfi, dags. 12. júlí 2004, óskaði Samkeppnisstofnun eftir upplýsingum frá Landssímanum og Vodafone um rekstrartekjur og fjölda viðskiptavina hjá

² Landssíminn virðist í þessu tilviki miða við ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar frá 16. júní 2003 *Ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar vegna erindis Landssíma Íslands hf. um markaðshlutdeild Og fjarskipta hf.*

fyrirtækjunum á fjórum þjónustumörkuðum, þ.e. talsíma-, GSM-, Internet- og ADSL þjónustu. Stofnunin óskaði jafnframt eftir tölvupóstum og öðrum vinnugögnum frá Landssímanum sem varpað gætu ljósi á rannsókn málsins. Að lokum var óskað athugasemda Landssímans að því er varðaði efnishlið málsins.

Umbeðnar upplýsingar bárust frá Vodafone með bréfi, dags. 21. júlí 2004, og frá Landssímanum með bréfi, dags. 27. júlí s.á.

6.

Athugasemdir Landssímans varðandi efnishlið málsins bárust með bréfi, dags. 27. júlí 2004. Landssíminn telur í fyrsta lagi að ákveðnir formannmarkar hafi verið á bráðabirgðaákvörðun Samkeppnisstofnunar. Ekki hafi verið rökstutt nægjanlega að bið eftir niðurstöðu samkeppnisráð myndi leiða til röskunar á samkeppni sem ekki yrði afstýrt með endanlegri niðurstöðu ráðsins. Í bréfi Landssímans er rökstuðningur fyrir bráðabirgðaákvörðun nr. 2/2004 því næst borinn saman við rökstuðning Samkeppnisstofnunar í öðru málum. Fyrirtækið áréttar að kynningu á tilboði Landssímans hafi verið lokið og því hafi ekki verið ástæða til að beita heimild 8. gr. samkeppnislaga um bráðabirgðaákvörðun. Samkeppnisstofnun hefði í stað þess getað beitt heimild 2. mgr. 4. gr. málsmeðferðareglna um að beina tilmælum til Landssímans um að láta af ákveðinni háttsemi þar sem sennilegt þætti að hún færi gegn ákvæðum samkeppnislaga. Telur fyrirtækið að Samkeppnisstofnun hafi því brotið gegn meðalhófsreglu stjórnarsýslulaga þar sem beitt hafi verið meira íþyngjandi úrræði en nauðsyn hafi borið til. Bráðabirgðaákvörðunin hafi einnig farið gegn jafnræðisreglu stjórnarsýslulaga þar sem Samkeppnisstofnun hafi beitt öðrum og vægari úrræðum í svipuðum málum.

Varðandi þann þátt málsins er varðar kynningu og framsetningu á tilboði Landssímans telur fyrirtækið að Samkeppnisstofnun byggji málið á röngum lagagrundvelli. IV. kafli samkeppnislaga fjalli um óréttmæta viðskiptahætti og 21. gr. fjalli sérstaklega um ófullnægjandi eða villandi upplýsingar í auglýsingum. Í 30. gr. samkeppnislaga séu samkeppnisyfirvöldum svo veittar heimildir til þess að grípa til aðgerða gegn athöfnum sem brjóta í bága við ákvæði VI. kafla. Kynning og framsetning á tilboði Landssímans falli því ekki undir 11. gr. samkeppnislaga eins og kveðið hafi verið á um í bráðabirgðaákvörðun nr. 2/2004. Að auki hefði fyrirtækið ekki haft tök á því að andmæla þessum sjónarmiðum enda málið ekki rekið á þeim forsendum af hálfu Vodafone.

Að mati Landssímans fela framangreindir formgallar í sér að ógilda verði bráðabirgðaákvörðun nr. 2/2004.

Að því er varðar efnisþátt málsins kverður Landssíminn málflutning sinn byggja á sjónarmiðum um eðli fákeppnismarkaða og heimildinni til að mæta samkeppni við

slíkar markaðsaðstæður. Landssíminn gerir þó fyrst athugasemdir við markaðsskilgreiningu Samkeppnisstofnunar í bráðabirgðaákvörðun hennar nr. 2/2004. Fyrirtækið gagnrýnir í fyrsta lagi að litið hafi verið til stöðu Landssímans á talsímamarkaði. Þar sem talsímaþjónusta hafi ekki verið hluti af tilboði fyrirtækisins skipti staða Landssímans á þeim markaði ekki höfuðmáli. Í öðru lagi hafi fyrirtækið fært fyrir því sterk rök að skilgreina bæri landfræðilega markaðinn miðað við það hvar staðganga væri sannanlega milli tilboða fyrirtækjanna. Telur Landssíminn að ef þessari aðferð yrði beitt kæmi í ljós sterkari staða Vodafone á markaði fyrir GSM þjónustu þar sem fyrirtækið væri með um 50% markaðshlutdeild. Sé landfræðilegi markaðurinn skilgreindur sem landið allt njóti Vodafone einnig mjög sterkrar stöðu eða um 40% markaðshlutdeildar á markaði fyrir GSM þjónustu.

Með hliðsjón af eðli fákeppnismarkaða kveður Landssíminn að fyrirtæki á fjarskiptamarkaðnum starfi á slíkum markaði. Á fákeppnismörkuðum komist fyrirtæki ekki hjá því að taka tillit hvert til annars. Því sé almennt viðurkennt að mikilvægt sé að samkeppnisyfirvöld hafi sem minnst afskipti af samkeppni á fákeppnismörkuðum. Vísar Landssíminn til ýmissa fræðikenninga þessu til stuðnings. Að því er varðar samtvinnun Landssímans á ADSL og GSM þjónustu telur Landssíminn því að fyrirtækinu sé full heimilt að mæta tilboðum Vodafone.

Landssíminn telur að í bráðabirgðaákvörðun Samkeppnisstofnunar sé á því byggt að tryggðarafslættir af hálfu markaðsráðandi fyrirtækja feli almennt í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Fyrirtækið kveður þessa framkvæmd fara gegn viðtekinni skoðun fræðimanna og almennri framkvæmd og vísar Landssíminn til fordæma máli sínu til stuðnings. Bendir Landssíminn á að við nákvæma skoðun og samanburð á tilboðum fyrirtækjanna komi í ljós að Landssíminn sé ekki að bæta tilboð Vodafone á nokkurn hátt. Jafnframt hafi áhrifin af tilboði Landssímans verið lítil og jafnvel ómerkjanleg þar sem 97,7% þeirra sem hafi skráð sig í tilboð Landssímans hafi þegar verið í talsímaviðskiptum við fyrirtækið, um 83,4% í GSM þjónustu og 70,1% í ADSL þjónustu. Bann samkeppnisyfirvalda við áskriftarleiðinni hefði því einungis þau áhrif að veita viðskiptavinum Landssímans lakari kjör, þvert á tilgang samkeppnislaga. Verði tryggðarafslættir Landssímans bannaðir séu samkeppnisyfirvöld búin að missa sjónar á markmiði samkeppnisréttarins, þ.e. að vernda samkeppni en ekki einstaka keppinauta.

7.

Vodafone var gefinn kostur á að gera athugasemdir við bréfi Landssímans með bréfi Samkeppnisstofnunar, dags. 30. júlí 2004.

Athugasemdir Vodafone bárust með bréfi, dags. 10. ágúst 2004. Vodafone telur að Landssíminn sé markaðsráðandi eða í yfirburðastöðu á þeim mörkuðum sem málið varðar og á fjarskiptamarkaðnum í heild. Telur fyrirtækið jafnframt að landfræðilegi

markaðurinn sé Ísland. Vodafone ítrekar að fyrirtækið telji að tilboð Landssímans feli í sér ólögmeta samtönnun í skilningi evrópsks samkeppnisréttar. Þar sem Landssíminn sé markaðsráðandi bæði á mörkuðum fyrir GSM þjónustu og ADSL tengingar sé slík samtönnun til þess fallin að hafa skaðleg áhrif á samkeppni þar sem reynt sé að binda viðskiptavinum við fyrirtækið og útiloka þannig keppinauta. Vísar Vodafone til erlendra fordæma máli sínu til stuðnings. Einnig kveður fyrirtækið þá afslætti sem Landssíminn veiti frá gjaldskrá með áskriftartilboði sínu fela í sér tryggðarafslætti og vísar til erlendra fordæma máli sínu til stuðnings.

Vodafone kveður málsvörn Landssímans byggja á því að þar sem um fákeppnismarkað sé að ræða beri Landssíminn ekki þær skyldur sem venjulega séu lagðar á fyrirtæki í markaðsráðandi stöðu. Þessu sjónarmiði hafni Vodafone enda varði þau fordæmi og heimildir sem Landssíminn vísi til ekki mál sem svipi til þess sem hér sé til umfjöllunar.

8.

Athugasemdir Vodafone voru sendar Landssímanum með bréfi, dags. 11. ágúst 2004, og var fyrirtækinu gefinn kostur á að skila frekari athugasemdum vegna málsins. Með bréfi, dags. 12. ágúst 2004, tilkynnti Samkeppnisstofnun að þar sem málið varðaði meint brot gegn 11. gr. samkeppnislaga kæmi beiting sektarheimilda skv. 52. gr. samkeppnislaga til greina.

Með bréfi frá Landssímanum, dags. 17. ágúst 2004 bárust athugasemdir fyrirtækisins. Með vísan til almennra málsforræðisreglna kveður fyrirtækið samkeppnisyfírvöld fara fram úr kröfugerð Vodafone vegna málsins með því að vísa til þess að til greina komi að beita sektarheimildum 52. gr. samkeppnislaga. Vodafone hafi ekki farið fram á beitingu sekta í málinu.

Að því er varðar kynningu og framsetningu tilboðs Landssímans telur fyrirtækið að 11. gr. samkeppnislaga geti ekki átt við um þessa háttsemi fyrirtækisins. Metur fyrirtækið það svo að samkeppnisyfírvöld geti ekki valið milli þess að beita 11. gr. eða VI. kafla laganna. Meint villandi kynning eigi eingöngu undir VI. kafla. Beiting 52. gr. komi hins vegar eingöngu til greina ef um brot er að ræða gegn IV. og V. kafla. Af þessari ástæðu komi beiting sekta skv. 52. gr. ekki til álita.

Landssíminn vísar til fyrri umfjöllunar að því er varðar samtönnun tilboðsins. Telur fyrirtækið að á grundvelli þess fordæmis sem fram kemur í ákvörðun samkeppnisráðs í s.k. Snerpumáli sé ekki unnt að banna fyrirtækinu að tvinna saman Internettengingar og GSM þjónustu. Vísar fyrirtækið einnig til þeirra gagna sem afhent hafi verið Samkeppnisstofnun en þau sýni að starfsmenn Landssímans hafi lagt sig fram um að gera áskriftartilboðið þannig úr garði að það samræmdest þeim skilyrðum sem samkeppnisráð hafi talið þurfa að uppfylla til að markaðsráðandi fyrirtæki sé heimiluð

samtvinnun. Önnur niðurstaða fæli í sér breytta stjórnsluframkvæmd og nýmæli. Telur Landssíminn að við slíkar aðstæður sé beiting sekta ósanngjörn. Vísar fyrirtækið m.a. til ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 22/2003 *Erindi Iceland Express ehf. vegna meintrar misnotkunar Icelandair ehf. á markaðsráðandi stöðu* og úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 17-18/2003 *Icelandair ehf. og Iceland Express ehf. gegn samkeppnisráði* þessu sjónarmiði til stuðnings.

Landssíminn rekur einnig sjónarmið fyrirtækisins að því er varðar meinta tryggðarafslætti sem felist í áskriftartilboðinu. Leggur fyrirtækið áherslu á að viðskiptavinir eigi þess kost að kaupa ADSL tengingar og GSM þjónustu aðskilið, á sama hátt og verið hafi í s.k. Snerpumáli. Í því máli hafi hins vegar ekki verið fjallað um meinta tryggðarafslætti. Verði talið að um tryggðarafslætti sé að ræða í máli þessu telur Landssíminn að um óútskýrða breytingu á stjórnsluframkvæmd sé að ræða og að af þeirri ástæðu sé beiting 52. gr. ekki tæk.

Landssíminn leggur að lokum áherslu á að samkeppnisráð verði að taka rökstudda afstöðu til varakröfu fyrirtækisins, þ.e. að verði Landssímanum gert að sæta ákveðnum skilyrðum sé eðlilegt að keppinauti fyrirtækisins verði gert að sæta þeim einnig.

Með bréfi, dags. 18. ágúst 2004, var málsaðilum sendur listi yfir gögn málsins.

9.

Með bréfi, dag. 8. september 2004, var óskað eftir frekari upplýsingum um tekjur Landssímans og Vodafone á farsíma-, talsíma- og Internettengingamarkaði.

Upplýsingar bárust frá Landssímanum með bréfi, dags. 20. september 2004 og tölvupósti, dags. 3. nóvember s.á. Upplýsingar bárust frá Vodafone með bréfi, dags. 15. september 2004 og tölvupósti, dags. 3. nóvember s.á.

Með bréfi, dags. 8. nóvember 2004, var málsaðilum sendur nýr listi yfir gögn málsins.

10.

Með bréfi, dags. 17. nóvember 2004, barst Samkeppnisstofnun bréfi frá Landssímanum þar sem vakin var athygli á því að Vodafone kynnti nú einnig tilboð sem tvinnnaði saman tal- og farsíma, auk ADSL þjónustu. Í bréfinu er einnig vísað til kaupa Vodafone á Frétt ehf. og Íslenska útvarpsfélaginu hf. (nú 365 prent- og ljósvakamiðlar). Hin nýja samstæða stefni að rúmlega 13 milljaða kr. rekstrartekjum árlega. Er það mat Landssímans að við slíkar tvíkeppnisaðstæður verði að telja báðum fyrirtækjum heimilt að bregðast við tilboðum hins. Landssíminn áréttar fyrri rök um þetta sjónarmið. Verði Landssímanum gert að sæta takmörkunum með ákvörðun

samkeppnisyfirvalda sé það krafa fyrirtækisins að Vodafone verði einnig gert að sæta sömu skilyrðum.

Landssíminn sendi annað bréfi til Samkeppnisstofnunar, dags. 13. desember 2004. Í bréfinu er vísað til tveggja mála vegna erinda frá Vodafone er varða háttsemi Landssímans á farsímamarkaði. Í svörum Landssímans vegna þeirra mála séu rakin innlend og erlend fordæmi fyrir því, að fyrirtæki með allt að 80% markaðshlutdeild teljist engu að síður ekki markaðsráðandi með vísan til sérstakra aðstæðna á markaði. Gerir Landssíminn þá kröfu að samkeppnisyfirvöld komist að rökstuddri niðurstöðu um það hvort fyrirtækið sé enn ráðandi á þeim fjarskiptamörkuðum er málið varðar. Verði það niðurstaða samkeppnisráðs að Landssíminn sé enn ráðandi er þess krafist að ráðið úrskurði að þau yfirráð teljist sameiginleg með Vodafone. Um rök og málsástæður vísar Landssíminn til svarbréfs vegna erinda Vodafone um háttsemi Landssímans á farsímamarkaði, dags. 13. desember 2004, og verður efnis þess og athugasemda Vodafone, dags. 12. janúar 2005, rakið í kafla III-4. hér að aftan.

III.

Niðurstaða

Á fundi samkeppnisráðs þann 16. júní 2005 var ákvörðun tekin í máli þessu. Þátt í fundinum tóku Kirstín Flygenring, Atli Freyr Guðmundsson, Ragnheiður Bragadóttir Karitas Pálsdóttir og Ólafur Björnsson.

1.

Sjónarmið aðila

Í máli þessu er því haldið fram af hálfu Vodafone að Landssíminn hafi misnotað markaðsráðandi stöðu sína og þar með brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með tilboði fyrirtækisins sem kallað hafi verið „Allt saman hjá Símanum“. Tilboðið feli í sér skaðlega undirverðlagningu, tryggðarafslætti og samtvinnun ólíkra þjónustubátta.

Af hálfu Landssímans er kröfum og málsástæðum Vodafone mótmælt. Með tilboði sínu hafi fyrirtækið einungis verið að mæta tilboði Vodafone. Slíkt sé Landssímanum heimilt m.a. þar sem fyrirtækin starfi á fákeppnismarkaði og þar sem fyrirliggjandi fordæmi samkeppnisyfirvalda heimili slíkt. Tilboðið hafi haft takmörkuð áhrif og það hafi ekki verið umfram tilboð Vodafone. Landssíminn hefur mótmælt boðaðri beitingu 11. gr. samkeppnislaga í máli þessu, sbr. bráðabirgðaákvörðun Samkeppnisstofnunar nr. 2/2004, m.a. vegna kynningar fyrirtækisins á tilboðinu. Þar sem um kynningu og auglýsingar fyrirtækisins á áskriftarleiðinni hafi verið að ræða telur Landssíminn að sú háttsemi sem fyrirtækinu sé gefin að sök falli undir VI. kafla samkeppnislaga, nánar til tekið undir 21. gr., en ekki IV. kafla laganna, sbr. 11. gr. þeirra. Kveður Landssíminn samkeppnisyfirvöld ekki hafa vald til þess að heimfæra háttsemi, sem greinilega eigi undir eina grein samkeppnislaga, undir aðra grein

laganna. Áður en tekin er afstaða til skilgreiningar markaða og málavaxta telur samkeppnisráð rétt að svara þessum sjónarmiðum Landssímans.

2.

Beiting 11. og 21. gr. samkeppnislaga

Ákvæði 11. gr. samkeppnislaga er byggt á 54. gr. EES-samningsins og er því ljóst að við skýringu ákvæðisins verður að hafa hliðsjón af EES/EB-samkeppnisrétti, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 17-18/2003 *Icelandair ehf. og Iceland Express ehf. gegn samkeppnisráði*. Ákvæði 11. gr. samkeppnislaga er eftirfarandi:

„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.“*

Eins og rakið verður síðar í ákvörðun þessari hvílir í samkeppnisrétti 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*. 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 miða að því styrkja eða verja hina ráðandi stöðu.³ 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 grípa til tiltekinnar 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.⁴ Kjarni þeirrar misnotkunar á markaðsráðandi stöðu sem raskar samkeppni er að hegðun markaðsráðandi fyrirtækis hafi þau áhrif að hamla þeirri takmörkuðu samkeppni sem

³ 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, [...]“

⁴ Sjá t.d. dóm undirréttar EB í máli nr. T-111/96 *ITT Promedia NV. v. Commission* [1998 ECR II-2937

er á markaðnum eða vexti þeirrar samkeppni. 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.⁵ 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.

Af orðalagi 11. gr. og þeim greinum evrópsks réttar sem hún byggir á ásamt athugasemdum sem fylgdu frumvarpi því er breytti þessari grein laganna⁶ er ljóst að upptalning í liðum a.-d. er ekki tæmandi og því ljóst að önnur tilvik en þau sem upp eru talin geti fallið undir ákvæðið. Þegar litið er til erlendrar framkvæmdar vegna samsvarandi ákvæða er ljóst að ýmis háttsemi getur fallið hér undir. Sem dæmi hefur framkvæmdastjórn EB lýst þeirri skoðun sinni að lögsókn af hálfu markaðsráðandi fyrirtækis gagnvart keppinauti sínum geti falið í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu þegar það er markmið hins markaðsráðandi fyrirtækis að skaða keppinaut sinn.⁷ Einnig hafa kaup markaðsráðandi fyrirtækis á keppinaut sínum⁸ og jafnvel kaup á framleiðslu keppinautar til þess eins að skipta henni út fyrir eigin framleiðslu hvort sem er á heildsölu- eða smásölu⁹ verið talin geta falið í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Eins má nefna þá háttsemi að lána frystiskápa undir ís til dagvöruverslana án endurgjalds gegn skuldbindingu um að einungis ís frá hinu markaðsráðandi fyrirtæki verði geymdur í þeim.¹⁰ Þessi dæmi sýna glögglega að 11. gr. samkeppnislaga og þau ákvæði sem hún byggir á hefur mjög víðtækt gildissvið sem getur tekið til fjölbreyttrar háttsemi af hálfu markaðsráðandi fyrirtækja.

21. gr. samkeppnislaga er eftirfarandi:

„Óheimilt er að veita rangar, ófullnægjandi eða villandi upplýsingar í auglýsingum eða með öðrum hætti eða beita öðrum slíkum viðskiptaaðferðum sem sama marki eru brenndar, enda séu upplýsingar þessar og viðskiptaaðferðir fallnar til að hafa áhrif á eftirspurn eða

⁵ Sjá t.d. dóm dómstóls EB í máli nr. 6-7/73 *Commercial Solvents v Commission* [1974] ECR 223.

⁶ Lög nr. 107/2000 um breytingar á samkeppnislögum.

⁷ Sjá aftur dóm undirréttar EB í máli nr. T-111/96 *ITT promedia NV v Commission* [1998] ECR II-2937. Dómurinn lagði ekki sérstakt mat á aðferðafræði framkvæmdastjórnarinnar við mat á því hvort lögsókn fæli í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu án þess þó að draga aðferðina í efa.

⁸ Sjá dóm EB dómstólsins í máli nr. 6/72 [1973] ECR 215 *Europemballage Corporation and Continental Can Co Inc v. Commission*.

⁹ Sjá dóm undirréttar EB í máli nr. T-228/97 *Irish Sugar v Commission* [1998] ECR II-2969.

¹⁰ Ákvörðun framkvæmdastjórnar EB í s.k. *Van den Bergh Foods*-máli (OJ [1998] L 246/1).

framboð vara, fasteigna, þjónustu eða annars þess sem haft er á boðstólum í atvinnustarfsemi sem lög þessi taka til.

Auglýsingar og aðrar viðskiptaaðferðir skulu ekki vera ósanngjarnar gagnvart keppinautum eða neytendum vegna forms þeirra eða sökum þess að skírskotað er til óviðkomandi mála.“

Þegar litið er til orðalags 21. gr. samkeppnislaga, ásamt athugasemdum með frumvarpi því er varð að samkeppnislögum nr. 8/1993, er ljóst að ákvæðið tekur til auglýsinga og annarra upplýsinga sem aðilar á markaði beina til neytenda til framdráttar starfsemi sinni. Í 21. gr. er lagt bann við því að slíkar upplýsingar megi vera villandi eða ófullnægjandi. Að mati samkeppnisráðs á ákvæðið þannig einungis við um kynningu eða upplýsingagjöf til neytenda af hálfu aðila á markaði, hvort sem um er að ræða markaðsráðandi aðila eða ekki.

Samkeppnisráð vill fyrst leggja áherslu á að háttsemi Landssímans felur ekki eingöngu í sér meinta villandi kynningu á tilboðinu. Tilboðið er margþætt og felur í sér samsetningu mismunandi þjónustupáttanna sem falla undir hugtakið samtvinnun (e. *bundling* eða *tying*), þ.e. háttsemi sem almennt felur í sér að kaup á tiltekinni vöru eða þjónustu geti ekki átt sér stað nema eitthvað annað sé selt með sem að öllu jöfnu tengist ekki sölu á viðkomandi vöru. Samtvinnun er sérstaklega nefnd sem dæmi um misnotkun á markaðsráðandi stöðu í d. lið 11. gr. samkeppnislaga. Jafnframt ber tilboð fyrirtækisins einkenni tryggðarafsláttar (e. *loyalty rebates*) en undir þetta hugtak samkeppnisréttarins fellur afsláttur sem fyrirtæki veitir viðskiptavinum sínum sem sýna því ákveðna tryggð, þ.e. kaupa sem mesta eða alla þá vöru eða þjónustu sem þeir þurfa á ákveðnum mörkuðum af fyrirtækinu.¹¹ Háttsemi sú sem undir þetta hugtak fellur er talin geta verið skaðleg samkeppni undir ákveðnum kringumstæðum ef hún er viðhöfð af markaðsráðandi fyrirtæki, einkum vegna útilokunaráhrifa háttseminnar gagnvart öðrum keppinautum. Háttsemi þessi er þannig talin geta falið í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu fyrirtækis og fellur sem slík undir 11. gr. samkeppnislaga.

Samkeppnisráð telur í máli þessu eðlilegast að líta á þá háttsemi Landssímans að bjóða og kynna áskriftartilboðið sem eina heild. 11. gr. samkeppnislaga er almennt ákvæði sem tekur til víðtækari og/eða fjölbreyttari háttsemi markaðsráðandi fyrirtækja en 21. gr. gerir, sbr. umfjöllun hér að framan. Síðari greinin hefur samkvæmt orðalagi sínu þrengra gildissvið og tekur einungis til mjög afmarkaðrar háttsemi keppinauta, eftir atvikum markaðsráðandi aðila, á markaði, þ.e. upplýsingagjöf til neytenda. Þrátt fyrir að hluti háttsemi Landssímans kunnist að falla undir 21. gr. er það mat samkeppnisráðs að þegar litið sé heildstætt til málavaxta, stöðu Landssímans á hinum

¹¹ Tryggðarafslættir hafa einnig verið nefndir *across the board rebates*, sbr. dóm EB dómstólsins í s.k. *Hoffman LaRoche* máli nr. 85/76 [1979] ECR 461.

skilgreindu mörkuðum og fjarskiptamarkaði almennt og hugsanlegra áhrifa áskriftartilboðsins sé rétt að meta háttsemi fyrirtækisins á grundvelli 11. gr. samkeppnislaga.

Eins og fram hefur komið í bráðabirgðaákvörðun Samkeppnisstofnunar nr. 2/2004 er áréttað að eftirfarandi umfjöllun varðar ekki aðskilda rannsókn Samkeppnisstofnunar á því hvort notkun Landssímans á hugtökunum „frítt“, „ókeypis“ og „gjaldfrítt“ í auglýsingum á tilboði fyrirtækisins „Allt saman hjá Símanum“ feli í sér sjálfstætt brot gegn ákvæðum VI. kafla samkeppnislaga, sbr. bréf Samkeppnisstofnunar til Landssímans, dags. 8. júní 2004. Lauk þeirri rannsókn með ákvörðun samkeppnisráðs nr. 28/2004 *Kvörtun Og fjarskipta hf. yfir notkun Landssíma Íslands hf. á orðunum frítt, ókeypis og gjaldfrjálst.*

3.

Skilgreining markaða

Samkvæmt 11. gr. samkeppnislaga nr. 8/1993, sbr. lög nr. 107/2000, er misnotkun eins eða fleiri fyrirtækja á markaðsráðandi stöðu bönnuð. Til þess að fyrirtæki geti verið brotlegt við 11. gr. samkeppnislaga verður það að vera markaðsráðandi. Í því skyni að meta hvort fyrirtæki er markaðsráðandi þarf að skilgreina viðkomandi markað og kanna stöðu einstakra fyrirtækja á honum. 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 staðgönguvörur eða staðgönguþjónustu vegna eiginleika sinna, verðs og áformaðrar notkunar, sbr. 4. gr. samkeppnislaga. Staðgönguvara og staðgönguþjónusta 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.

3.1. Þjónustumarkaðir

Vodafone kveður tilboð Landssímans sem hér er til umfjöllunar ná til þriggja aðgreindra þjónustumarkaða: markaðar fyrir farsímaþjónustu, markaðar fyrir talsímaþjónustu og markaðar fyrir Internetþjónustu.

Landssíminn telur markaði málsins hins vegar vera markað fyrir GSM farsímaþjónustu og markað fyrir ADSL tengingar þar sem samtvinnun fyrirtækisins nái til þessara markaða.

Erindi Vodafone beinist að „Allt saman hjá Símanum“ áskriftartilboði Landssímans. Samkvæmt tilboðinu nýtur viðskiptavinur fyrirtækisins, sem bæði er með GSM áskrift og kaupir ADSL tengingu, ákveðinna fríðinda, þ.e. hann getur hringt í þrjú GSM númer með 50% afslætti í stað tveggja og hann getur valið milli þess að fá auka 100 MB niðurhal án endurgjalds eða aukið hraða ADSL tengingar sinnar úr ADSL 1500 í ADSL 2000.¹² Samkvæmt upplýsingum Landssímans eru kaup á ADSL tengingu hjá Landssímanum eina skilyrði tilboðsins til þess að njóta fríðindanna. Viðskiptavinir geta því að sögn fyrirtækisins keypt Internetþjónustu af öðrum aðila en samt notið þess afsláttar sem tilboðið felur í sér. Viðskiptavinir Landssímans sem kaupa talsímaþjónustu af fyrirtækinu geta valið milli þess að fá 60 frímínútur á mánuði eða talhólf án endurgjalds en það afsláttarform er óhád því að kaup á annarri þjónustu fari fram.

Samkeppnisráð telur að þeir afslættir sem í tilboði Landssímans felast hafi áhrif á fjórum þjónustumörkuðum. Í fyrsta lagi er um að ræða markað fyrir ADSL tengingar, þar sem viðskiptavinir geta valið aukinn hraða á ADSL tengingum sínum á óbreyttu verði. Í öðru lagi er um að ræða markað fyrir Internetþjónustu, þar sem viðskiptavinir geta kosið að fá 100 MB niðurhal aukalega án endurgjalds.¹³ Í þriðja lagi er um að ræða markað fyrir GSM þjónustu, þar sem viðskiptavinir með GSM áskrift geta hringt í þrjú númer innan kerfis Landssímans með 50% afslætti.¹⁴ Að lokum er um að ræða markaðinn fyrir talsímaþjónustu, en viðskiptavinir geta valið á milli þess að fá 60 frímínútur á mánuði eða talhólf án endurgjalds ef þeir kaupa talsímaþjónustu hjá Landssímanum.

Markaðsherferð Landssímans vegna tilboðsins hefur einungis beinst að einstaklingum og/eða heimilum. Undirbúningsgögn Landssímans fyrir tilboðið sem Samkeppnisstofnun hefur aflað frá fyrirtækinu staðfesta þetta enda gildir það sem í tilboðinu felst ekki fyrir fyrirtæki eða stofnanir. Er það því mat samkeppnisráðs að markaðir þessa máls sem nánar eru skilgreindir hér á eftir taki aðeins til viðskipta einstaklinga.

¹² Talan á eftir ADSL, þ.e. 1500 og 2000, vísar til þess gagnahraða sem tengingin veitir.

¹³ Þessu til stuðnings er unnt að vísa til þess að Internetþjónustuveitur, sem kaupa ADSL tengingar, innheimta sérstaklega fyrir s.k. umframniðurhal, þ.e. niðurhal umfram það magn sem almennt er selt með Internetþjónustunni.

¹⁴ Viðskiptavinir sem kaupa almenna áskrift hjá Landssímanum gátu á þeim tíma er tilboðið var í gildi valið um tvö númer innan kerfis Landssímans sem þeir gátu hringt í með 50% afslætti.

3.1.1. Markaður fyrir sí tengda bandbreiða Internettengingu

Samkeppnisráð telur að markaður fyrir Internettengingu annars vegar og Internetþjónustu hins vegar séu með vísan til markaðsgerðar og framboðs aðskildir markaðir í skilningi samkeppnislaga. Sá fyrri, sem hér um ræðir, lýtur að aðgangi notenda að Internetþjónustu. Markaður fyrir Internettengingu, varðar viðskipti sem felast í að tengja viðskiptavinum með ákveðnum hætti við aðgang að Internetinu. Viðskiptavinir fjarskiptafyrirtækjanna verða þess í sumum tilvikum ekki varir að um tvenns konar þjónustu er að ræða þar sem verð eru almennt kynnt og auglýst fyrir báðar þjónustutegundir saman. Á reikningum Landssímans eru gjöld fyrir báðar þjónustutegundir sundurliðuð en Vodafone innheimtir eitt gjald fyrir báðar þjónustutengundir. Fjarskiptafyrirtækin Landssíminn og Vodafone eru þannig dæmi um fyrirtæki sem selja bæði Internettengingu og Internetþjónustu. Önnur Internetþjónustufyrirtæki (e. *Internet Service Provider*) selja einungis Internetþjónustu en kaupa Internettengingu fyrir notendur sína hjá Landssímanum, Vodafone eða öðrum.

Samkeppnisráð hefur í ákvörðun sinni nr. 13/2004 *Erindi eMax ehf. vegna ADSL-tilboða Og fjarskipta hf. og Landssíma Íslands hf.* skilgreint sérstakan markað fyrir sí tengda Internettengingu. Niðurstaða samkeppnisráðs í framangreindri ákvörðun var sú að aðgangur að annars vegar sí tengdri Internettengingu, t.d. um ADSL tengingu, og hins vegar mínútumældri aðgangsleið, t.d. með upphringisambandi, myndaði tvo sérstaka markaði. Var niðurstaðan rökstudd með eftirfarandi orðum:

„[...] að mati ráðsins [er] ekki [...] nægileg staðganga milli mínútumældra aðgangsleiða og sí tengdrar Internetþjónustu. Er í því sambandi einkum unnt að benda á að hraði sí tengdrar þjónustu er yfirleitt mun meiri, bæði hvað varðar tengingu og gagnaflæði. Að auki er unnt að vísa til þess að nokkur munur er á verði fyrir mínútumælta og sí tengda Internetþjónustu, bæði hvað varðar uppbyggingu gjaldskrár og gjald fyrir þjónustuna, en sú staðreynd gefur einnig sterka vísbendingu um að þessar tvær tegundir þjónustu séu ekki á sama markaði.“

Sí tengd Internettenging er almennt bandbreið, þ.e. hefur háa flutningsgetu í samanburði við innhringitengingu.¹⁵ Þessa tengingu er unnt að veita með mismunandi tækni, s.s. DSL og örbylgjutækni, um breiðband Landssímans og með s.k. fjöltengi Orkuveitu Reykjavíkur, en sú tækni nýtir flutningskerfi raforku til gagnaflutninga. Þrátt fyrir ákveðinn mun á þessum tegundum tenginga, bæði að því er varðar tæknilega útfærslu og afköst, skila þær viðskiptavinum svipaðri þjónustu, þ.e. sí tengdri bandbreiðri Internettengingu. Þessi staðreynd og sú staðreynd að

¹⁵ Með innhringitengingu er að hámarki unnt að ná 128 kb/s tengingu með ISDN tækni en sí tengda tenging nær a.m.k. 256 kb/s hraða og í flestum tilvikum mun meiri hraða.

yfirgnæfandi meirihluti sí tengdrar Internettengingu er á grundvelli s.k. DSL tækni¹⁶ veldur því að samkeppnisráð telur ekki nauðsynlegt að skilgreina markaðinn nánar eftir þeirri tækni sem beitt er.

Að mati samkeppnisráðs hafa markaðsaðstæður ekki breyst með þeim hætti að ástæða sé til þess að endurskoða framangreinda niðurstöðu. Samkvæmt þessu telur samkeppnisráð að einn markaðurinn í máli þessu sé markaðurinn fyrir sí tengda bandbreiða Internettengingu fyrir einstaklinga, þar með talin ADSL tenging.

3.1.2. Markaður fyrir Internetþjónustu

Þjónusta sem veitt er á þessum markaði gerir viðskiptavinum kleift að vafra á Internetinu þannig að þeir geti sótt og skoðað heimasíður, leitað upplýsinga og nýtt sér aðra fjölþætta þjónustu sem Internetið býður upp á. Landssíminn og Vodafone bjóða þessa þjónustu ásamt Internetþjónustufyrirtækjum en þau eru aftur á móti háð Landssímanum, Vodafone eða öðrum aðilum um tengingu viðskiptavina við þjónustuna. Eftir atvikum er innifalið ákveðið magn af niðurbætur í verði þjónustunnar og síðan er greitt sérstaklega fyrir niðurbætur umfram það. Samkvæmt þessu telur samkeppnisráð að einn markaðurinn í máli þessu sé Internetþjónusta fyrir einstaklinga.

3.1.3. Markaður fyrir farsímaþjónustu

Samkeppnisráð hefur áður skilgreint markað fyrir farsímaþjónustu.¹⁷ Í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 17/1999 *Erindi Tals hf. um verðlagningu GSM-þjónustu hjá Landssíma Íslands hf.* var skilgreindur sérstakur markaður fyrir farsímaþjónustu sem aðskilinn var markaði fyrir talsímaþjónustu. Var skilgreiningin einkum studd þeim rökum að mismunandi verðlagning þjónustunnar og ólíkir eiginleikar farsímaþjónustu í samanburði við talsímaþjónustu væru þess valdandi að um ólíka markaði væri að ræða. Taldi ráðið á þeim tíma að ekki væri þörf á að greina markað fyrir farsímaþjónustu sérstaklega eftir því hvaða tækni væri beitt, þ.e. GSM og NMT þar sem:

„[þ]ær aðgerðir sem mál þetta tekur til lúta í aðalatriðum að GSM-farsímaþjónustu. Þar fyrir utan rekur Landssíminn einu NMT-farsímaþjónustuna hér á landi. Því er ekki um að ræða samkeppni í þeirri þjónustu sem hugsanlega gæti haft áhrif á aðgerðir og stöðu Landssímans í GSM-farsímaþjónustu.“

¹⁶ Samkvæmt upplýsingum frá Póst- og fjarskiptastofnun eru yfir 95% þeirra sem hafa bandbreiða Internettengingu með ADSL tengingu.

¹⁷ Sbr. t.d. ákvörðun samkeppnisráðs nr. 34/2001 *Kvörtun vegna misnotkunar Landssíma Íslands hf. Á markaðsráðandi stöðu við gerð samnings við Hafnarfjarðarbæ um síma- og gagnaflytninguþjónustu*, ákvörðun samkeppnisráðs nr. 17/1999 *Erindi Tals hf. um verðlagningu á GSM-þjónustu Landssíma Íslands hf.* og ákvörðun samkeppnisráðs nr. 41/1997 *Tilboð Pósts og síma hf. á farsímu og farsímaþjónustu til félaga í FÍB.*

Í máli því sem hér er skoðunar er ljóst að háttsemi Landssímans sem um er deilt varðar eingöngu markað fyrir GSM farsímaþjónustu. Samkeppnisráð telur því ljóst með vísan til framanritaðs að markaður fyrir GSM farsímaþjónustu sé sérstakur samkeppnismarkaður.

3.1.4. Markaður fyrir talsímaþjónustu

Landssíminn hefur í bréfi til Samkeppnisstofnunar, dags. 27. júlí 2004, mótmælt því að markaður fyrir talsímaþjónustu verði talinn til markaða málsins þar sem samtvinnun fyrirtækisins taki einungis til GSM þjónustu og Internettenginga.

Hvað þetta varðar telur samkeppnisráð nauðsynlegt að benda á að talsímamarkaður er hluti af stærri markaði fyrir fjarskiptaþjónustu og Landssíminn og Vodafone eru keppinautar á þeim markaði, hvort sem hann er skilgreindur með víðum eða þröngum hætti. Staða Landssímans á talsímamarkaði mun af þessari ástæðu alltaf hafa áhrif á mat samkeppnisyfirvalda á stöðu fyrirtækisins á fjarskiptamarkaði almennt. Hvað það mál varðar sem nú er til skoðunar er augljóst að áskriftartilboð Landssímans gildir um þjónustu á talsímamarkaði og er því nauðsynlegt í máli þessu að taka tillit til stöðu fyrirtækisins á þeim markaði sérstaklega.

Í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 23/2002 *Kvörtun Halló! – Frjálsra fjarskipta ehf. vegna misnotkunar Landssíma Íslands hf. á markaðsráðandi stöðu*, sbr. og ákvörðun ráðsins nr. 39/2003 *Ósk Landssíma Íslands hf. um að fella niður skilyrði samkvæmt ákvörðun samkeppnisráðs nr. 23/2002, sem takmarkar beinar markaðsaðgerðir Landssímans gagnvart viðskiptavinum keppinauta fyrirtækisins*, var talsímamarkaðurinn skilgreindur á eftirfarandi hátt:

„Samkeppnisráð telur [...] að almennt sé um einn markað fyrir talsímaþjónustu að ræða frá sjónarhóli neytandans sem aðskilinn er frá farsímamarkaði og frá markaði fyrir veitingu alhliða gagnaflutningsþjónustu. Þessi niðurstaða er í samræmi við aðrar ákvarðanir samkeppnisráðs.“¹⁸

Að mati samkeppnisráðs hafa markaðsaðstæður ekki breyst með þeim hætti að ástæða sé til þess að endurskoða framangreinda niðurstöðu. Samkvæmt þessu telur samkeppnisráð að markaðurinn fyrir talsímaþjónustu fyrir einstaklinga sé einn þeirra markaða sem mál þetta varðar.

¹⁸ Var vísað til markaðsskilgreininga í ákvörðun nr. 21/1998 *Breiðband Landssíma Íslands*, nr. 17/1999 *Erindi Tals hf. um verðlagningu á GSM-þjónustu Landssíma Íslands hf.*, nr. 34/2001 *Kvörtun vegna misnotkunar Landssíma Íslands hf. á markaðsráðandi stöðu við gerð samnings við Hafnarfjarðarbæ um síma- og gagnaflutningsþjónustu* og nr. 7/2001 *Erindi Landssíma Íslands hf. vegna samnings Fræðslumiðstöðvar Reykjavíkur við Línu.net ehf.*

3.2. Landfræðilegi markaðurinn

Í bráðabirgðaákvörðun Samkeppnisstofnunar nr. 2/2004 var hinn landfræðilegi markaður skilgreindur sem landið allt og var því til stuðnings vísað til fyrri ákvarðana samkeppnisráðs. Samkeppnisáð hefur í nær öllum ákvörðunum er varða þá markaði er falla undir fjarskiptamarkaðinn talið að landfræðileg afmörkun þeirra ætti að miðast við landið allt, sbr. mál þau er tilgreind hafa verið hér að ofan.

Landssíminn hefur eins og fyrr segir gert athugasemdir við þessa skilgreiningu og telur að taka eigi tillit til þess hvar bæði fyrirtæki bjóði og markaðsfæri þá þjónustu sem máli skiptir. Vodafone bjóði einungis DSL tengingar á suðvesturhorni landsins og á Eyjafjarðarsvæðinu. Einungis á þessum svæðum geti viðskiptavinir Vodafone því nýtt sér tilboð Vodafone sem einnig feli í sér samtvinnun DSL tengingar, Internetþjónustu og GSM þjónustu.¹⁹ Þar sem Landssíminn mæti fyrirtækinu einungis á þessu svæðum að því er varðar bæði DSL tengingar og GSM þjónustu eigi því hinn landfræðilegi markaður að afmarkast við þessi svæði. Landssíminn bendir á að sé sú landfræðilega afmörkun sem fyrirtækið leggi til notuð verði hlutdeild Vodafone nálægt eða yfir 50% eftir svæðum eða aldurshópum. Landssíminn hefur einnig bent á að skilgreina beri hinn landfræðilega markað þrengra en áður hafi verið gert. Er það mat fyrirtækisins að skilgreina beri hinn landfræðilega markað út frá þeim landssvæðum þar sem Landssíminn og Vodafone selja mestan hluta þjónustu sinnar og vísar Landssíminn til ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 5/1998 *Yfirtaka Mylla-Brauðs á Samsölubakarí* hvað þessa aðferð varðar. Ljóst sé að Vodafone markaðsfæri þjónustu sína einkum á þéttbýlissvæðum en ekki í dreifbýli. Sé þessari aðferð fylgt minnki markaðshlutdeild Landssímans um tæplega 10%, úr rúmlega [...] % í [...] %.²⁰ Bendir Landsíminn einnig á að tæp 80% beiðna um númeraflutning frá fyrirtækinu til Vodafona séu vegna viðskiptavina á höfuðborgarsvæðinu.

EB dómstóllinn hefur í máli United Brands gegn framkvæmdastjórninni²¹ lagt fram almenn viðmið þegar landfræðilegi markaðurinn er skilgreindur. Í málinu hafði framkvæmdastjórn EB sektað United Brands m.a. fyrir að mismuna viðskiptavinum við sölu á banönum og vegna sölusynjunar í nokkrum Evrópusambandslöndum. Viðmið dómstólsins hvað varðaði hinn landfræðilega markað var eftirfarandi:

*„[...] The clear delimitation of the substantial part of the Common Market in which [the undertaking] may be able to engage in abuses which hinder effective competition and this is **an area where the objective conditions of***

¹⁹ Þegar þessi ákvörðun er tekin hefur Vodafone hætt að bjóða viðskiptavinum sem hafa bæði GSM og og ADSL Internettengingu og -þjónustu í áskrift hjá fyrirtækinu aukinn hraða á DSL tengingu.

²⁰ Fellt út vegna trúnaðar.

²¹ Mál nr. 27/76 *United Brands v. Commission* [1978].

competition applying to the product in question must be the same for all traders.“²²

Af þessari skilgreiningu má ráða að afmörkun landfræðilegs markaðar fer eftir því hvar aðstæður til samkeppni eru nægilega líkar til þess að hægt sé að segja að vörur og þjónusta keppi við svipaðar aðstæður.²³

Á heimasíðu Vodafone²⁴ er að finna upplýsingar um sölustaði og umboðsaðila fyrirtækisins hér á landi. Fyrirtækið rekur fimm verslanir, fjórar í Reykjavík og eina á Akureyri. Jafnframt starfa umboðsmenn á vegum fyrirtækisins sem selja alla þjónustu þess á Akranesi, á Selfossi, í Vestmannaeyjum og í Keflavík. Að lokum er fjöldi aðila um allt land sem selur fyrirframgreidda farsímaþjónustu²⁵ og s.k. hleðslukort. Af þessu má ráða að Vodafone leggur mesta áherslu á að markaðsfæra þjónustu fyrirtækisins einkum á þéttbýlustu svæðum landsins, s.s. á suðvesturhorni landsins og Akureyri ásamt nánasta umhverfi.

Fjarskiptafyrirtæki sem vilja veita viðskiptavinum sínum þá þjónustu sem felst í sítingdum Internettengingum geta almennt beitt tveimur aðferðum til þess. Fyrri aðferðin gerir ráð fyrir því að fjarskiptafyrirtæki kaupi DSL tengingu af Landssímanum eða Vodafone á einskona heildsölustigi. Með þessu móti þurfa fyrirtækin ekki að leggja í kostnað við uppbyggingu eigin DSL búnaðar og geta þannig selt t.d. Internetþjónustu á kerfi í eigu Landssímans eða Vodafone. Þessi aðferð veitir fjarskiptafyrirtækjum aðgang að öllu DSL kerfi eiganda þess. Síðari aðferðin gerir ráð fyrir að fjarskiptafyrirtæki kaupi aðgang að heimtaug, en það er sá koparþráður sem tengir einstök heimili og fyrirtæki við s.k. götuskáp sem svo aftur er tengdur símstöð. Þetta þýðir þó að fyrirtækin verða að leggja í kostnað við uppbyggingu eigin DSL kerfis, þ.e. búnaðar sem komið er fyrir í símstöðvum og notaður er til að veita t.d. Internetþjónustu. Landssíminn er eigandi að grunnfjarskiptanetinu hér á landi, þ.m.t. heimtaugum, og selur aðgang að heimtaugum skv. gjaldskrá. Póst- og fjarskiptastofnun hefur m.a. það hlutverk að samþykka gjaldskrá og gjaldskrárbreytingar heimtaugaleigu.²⁶ Gjaldskrá fyrir heimtaugaleigu er grundvölluð á þeim kostnaði sem Landssíminn hlýtur af rekstri þess hluta fjarskiptanetsins auk hæfilegrar álagningar. Aðgangur annarra fyrirtækja að heimtaug Landssímans getur verið fullur aðgangur (e. *full access*) eða takmarkaður aðgangur (e. *shared access*). Þegar um er að ræða takmarkaðan aðgang nær aðgangur þess sem

²² Áhersla samkeppnisráðs.

²³ EB dómstóllinn (CFI) hefur í s.k. Tetra Pak-máli (T-83/91 *Tetra Pak v. Commission*) jafnframt bent á að aðstæður þurfi ekki að vera fullkomlega sambærilegar til þess að svæði teljist til sama landfræðilega markaðar, sbr. eftirfarandi: „[It is] *not at all necessary for the objective conditions of competition between traders to be perfectly homogeneous. It is sufficient if they are ‘the same’ or ‘sufficiently homogeneous’.*“

²⁴ www.ogvodafone.is

²⁵ Vodafone markaðssetur fyrirframgreidda farsímaþjónustu sína undir heitinu Málfresli.

²⁶ Sbr. 28. gr. laga nr. 81/2003 um fjarskipti.

leigir heimtaugina einungis til þess að flytja merki á heimtauginni sem tekur til annars en talsímaþjónustu, má þar nefna t.d. Internettengingu. Fullur aðgangur veitir hins vegar aðgang að allri bandvídd heimtaugarinnar, þ.e. bæði fyrir Internettengingu og talsímaþjónustu. Með þessu móti er viðskiptavinum fjarskiptafyrirtækjanna unnt að kaupa talsíma og Internettengingu frá mismunandi fyrirtækjum. Heimtaugaleiga gildir á öllu landinu. Með öðrum orðum getur fjarskiptafyrirtæki keypt aðgang að heimtaug af Landssímanum hvar sem er á landinu.

Unnt er að taka dæmi um fjarskiptafyrirtæki sem staðsett er í Reykjavík og hefur hug á að bjóða viðskiptavini á Raufarhöfn DSL þjónustu. Þetta fyrirtæki getur þannig keypt aðgang að heimtaug viðskiptavinarins á Raufarhöfn af Landssímanum en áður verður fyrirtækið að hafa komið fyrir eigin búnaði í þeirri símastöð sem tengd er Raufarhöfn. Fjarskiptafyrirtækið verður hins vegar að flytja gagnamerki til og frá viðskiptavininum frá símastöð á Raufarhöfn til Reykjavíkur. Til þess að geta það þarf fyrirtækið að búa yfir flutningsleið milli Raufarhafnar og Reykjavíkur en ýmsir tæknilegir möguleikar eru opnir hvað það varðar, t.d. samband um gervihnött eða tenging um ljósleiðarahring Landssímans.²⁷ Á ákveðnum svæðum eru fleiri en einn möguleiki á ljósleiðaratengingum, sbr. t.d. býður Fjarski ehf. einnig upp á tengingar milli Reykjavíkur og Akureyrar. Ræður kostnaður og aðstæður á hverjum stað almennt því hvaða lausn verður fyrir valinu.

Vodafone hefur byggt upp eigið DSL-kerfi á suðvesturhorni landsins og á Eyjafjarðarsvæðinu. Samkvæmt heimasíðu Vodafone veitir fyrirtækið hins vegar DSL þjónustu alls staðar á landinu þar sem slíkt er mögulegt. Þau svæði sem DSL kerfi Vodafone nær ekki til getur fyrirtækið þjónustað á þann hátt sem lýst er að ofan með því að kaupa aðgang að DSL neti Landssímans. Annað og hærra verð á DSL þjónustu gildir hins vegar fyrir þessi svæði samkvæmt gjaldskrá Vodafone en á þeim svæðum sem Vodafone rekur eigið DSL kerfi.

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. Samkvæmt þeim upplýsingum sem samkeppnisráð býr yfir getur Vodafone veitt DSL-, talsíma- og farsímaþjónustu á landinu öllu. Tilboð Vodafone, sem Landssíminn telur sig mæta með tilboðinu sem hér er til skoðunar, gildi aðeins á þjónustusvæðum Vodafone á Suðvesturlandi og í Eyjafirði. Ekki hafa komið fram upplýsingar sem benda til þess að tæknilegar eða fjárhagslegar hindranir komi í veg að fyrirtækið bjóði slíkt tilboð á landinu öllu.

²⁷ Ljósleiðarahringurinn nær eins og nafnið gefur til kynna hringinn um landið. Hann var upphaflega lagður sem hluti af varnarkerfi NATO á Íslandi en Landssíminn á og rekur hluta hans.

Hvað sem öðru líður er að mati samkeppnisráðs ljóst að sama gjaldskrá gildir fyrir viðskiptavinum Landssímans, hvort sem þeir eru staðsettir í helstu þéttbýliskjörnum landsins eða í dreifbýli. Hið sama gildir um alla þjónustu Vodafone, utan bandbreiðrar Internetþjónustu. Með vísan til ofangreindra atriða telur samkeppnisráð unnt að staðhæfa að aðstæður til samkeppni sé nægilega svipaðar á landinu á þeim fjórum mörkuðum sem skilgreindir hafa verið í máli þessu til þess að telja landfræðilega markaði málsins ná til landsins alls.

4.

Staða fyrirtækja á mörkuðum málsins

Vodafone telur að háttsemi Landssímans sem lýst er í máli þessu fari gegn 11. gr. samkeppnislaga og feli því 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.“

Þessi skilgreining er efnislega samhljóða skilgreiningu EB dómstólsins á markaðsráðandi stöðu sem fram kemur í Hoffman-La Roche málinu.²⁸ Í dómmum segir einnig að markaðsráðandi stöðu megi ráða af mörgum atriðum sem, skoðuð ein og sér, ráði ekki úrslitum en ein mjög mikilvæg vísbending sé mjög há markaðshlutdeild.²⁹ Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 17-18/2003, *Icelandair ehf. og Iceland Express ehf. gegn samkeppnisráði*, kom einnig fram að við mat á stöðu fyrirtækja á markaði skipti mestu að huga að markaðshlutdeild og því skipulagi sem ríki á markaðnum. Varðandi markaðshlutdeild er bent á að því hærrí sem hlutdeildin sé því sterkari vísbendingu gefi hún um markaðsráðandi stöðu. Önnur atriði sem áhrif geta haft er t.d. fjárhagslegur styrkleiki viðkomandi fyrirtækis, hagkvæmni stærðar þess og mikið vöru- eða þjónustuúrval.

4.1. Markaðshlutdeild

Eins og fram hefur komið eru það í raun eingöngu Landssíminn og Vodafone sem bjóða upp á alla þá þjónustubætti fyrir einstaklinga sem um ræðir í máli þessu, þ.e. farsíma-, talsíma- og Internetþjónustu ásamt sí tengdri Internettengingu hér á landi. Þegar markaðshlutdeild er ákvörðuð er að jafnaði stuðst við upplýsingar um tekjur fyrirtækja á viðkomandi mörkuðum vegna sölu á þeirri vöru og/eða þjónustu sem um ræðir á síðasta heila almanaks ári, samkvæmt ársreikningum eða öðrum gögnum eftir

²⁸ Dómur EB dómstólsins í máli nr. 85/76 [1979] *Hoffman-La Roche v. commission* ECR 3451

²⁹ Í dóminum segir um þetta: „*The existence of a dominant position may derive from several factors which, taken separately, are not necessarily determinative but among these factors a highly important one is the existence of very large market shares.*“

Því sem við á í hverju máli. Hvað varðar fjarskiptamarkaði sérstaklega þá er ljóst að í felstum tilvikum er um að ræða markaði í hraðri þróun. Þetta á sérstaklega við í dag um markaði fyrir Internettengingu og Internetþjónustu. Telur samkeppnisráð því gagnlegt að líta til upplýsinga frá árinu 2004 þegar staða fyrirtækjanna á þeim fjórum mörkuðum sem skilgreindir hafa verið er metin.

4.1.1. Markaður fyrir Internetþjónustu

Samkeppnisstofnun hefur aflað upplýsinga um heildartekjur Landssímans og Vodafone af Internetþjónustu ásamt upplýsingum um heildarfjölda viðskiptavina sem kaupa þá þjónustu hjá fyrirtækjunum.³⁰

Tafla 1: Tekjur Landssímans og Vodafone vegna sölu á Internetþjónustu til einstaklinga á tímabilinu 1. janúar-1. september 2004.³¹

	Tekjur:%
Landssíminn:	[...][...]%
Vodafone:	[...][...]%
Samtals:	[...]100%

Fjöldi viðskiptavina er eftirfarandi:

Tafla 2: Fjöldi viðskiptavina Landssímans og Vodafone á einstaklingsmarkaði sem kaupa Internetþjónustu miðað við 1. september 2004.³²

	Fjöldi einst.áskr.m.v. 1. mars 2004:%
Landssíminn:	[...][...]%
Vodafone:	[...][...]%
Samtals:	[...]100%

Ef eingöngu tekjur Landssímans og Vodafone eru lagðar til grundvallar markaðshlutdeild þeirra á einstaklingsmarkaði fyrir Internetþjónustu er hlutdeild Landssímans skv. þessu um [54-59]% og hlutdeild Vodafone um [41-46]%.³³

4.1.2. Markaður fyrir sítengda Internettengingu

Samkeppnisstofnun hefur aflað upplýsinga um heildartekjur Landssímans og Vodafone af sítengdri bandbreiddi Internettengingu ásamt upplýsingum um

³⁰ Önnur fyrirtæki sem bjóða Internetþjónustu er t.d. Hringiðan ehf., Snerpa ehf., eMax ehf. o.fl. Ljóst er hins vegar að hlutdeild þessara fyrirtækja á markaði, t.d. miðað við fjölda viðskiptavina, er nokkuð innan við 10% af heildar markaðnum. Hefur hlutdeild þeirra á hinum skilgreinda markaði því ekki verið talin með.

³¹ Fellt út vegna trúnaðar.

³² Fellt út vegna trúnaðar.

³³ Fellt út vegna trúnaðar.

heildarfjölda viðskiptavina sem kaupa slíka tengingu hjá fyrirtækjunum.³⁴ Tekið skal fram að Vodafone hefur nýlega fest kaup á Internetþjónustuveitunni Margmiðlun hf. Nokkur hluti tenginga þess fyrirtækis fór um DSL-kerfi Landssímans en líklegt er að þær muni að mestu leyti færast yfir í kerfi Vodafone. Staða Vodafone á einstaklingsmarkaði fyrir sí tengdar Internettengingar hefur því styrkst nokkuð nýlega. Heildarfjöldi viðskiptavina Margmiðlunar var um [...] ³⁵ þegar samruninn átti sér stað og mun mestur hluti þeirra hafa verið einstaklingar. Eftirfarandi eru heildartekjur fjarskiptafyrirtækjanna af sí tengdri Internettengingu fyrir einstaklinga:

Tafla 3: Tekjur Landssímans og Vodafone vegna sölu á sí tengdum bandbreiðum Internettengingum til einstaklinga á tímabilinu 1. janúar-1. júlí 2004. ³⁶

	Tekjur:%
Landssíminn:	[...][...]%
Vodafone:	[...][...]%
Samtals:	[...]100%

Fjöldi viðskiptavina er eftirfarandi:

Tafla 4: Fjöldi viðskiptavina Landssímans og Vodafone á einstaklingsmarkaði sem kaupa sí tengdar bandbreiðar Internettengingar miðað við 1. júlí 2004. ³⁷

	Fjöldi:%
Landssíminn:	[...][...]%
Vodafone:	[...][...]%
Samtals:	[...]100%

Ef eingöngu tekjur Landssímans og Vodafone eru lagðar til grundvallar markaðshlutdeild þeirra á markaði fyrir sí tengda Internettengingu einstaklinga er hlutdeild Landssímans skv. þessu um [70-75]% og hlutdeild Vodafone um [25-30]%.³⁸ Eins og áður hefur verið rakið fara tengingar sjálfstæðra þjónustuaðila um DSL-kerfi Landssímans og/eða Vodafone. Við skoðun á hlutdeild á markaði fyrir DSL tengingar verður að hafa í huga að u.þ.b. [...] af tengingum Vodafone fóru um kerfi Landssímans á ofangreindu tímabili en sú tala er um [...] af heildarfjölda sí tengdrar Internettengingar Vodafone.³⁹ Tekjur vegna þessara tenginga skiptast á milli Landssímans og Vodafone en mestur hluti þeirra mun falla í hlut Landssímans.

³⁴ Önnur fyrirtæki sem bjóða sí tengdar Internettengingar eru t.d. eMax ehf. og Orkuveita Reykjavíkur. Ljóst er hins vegar að hlutdeild þessara fyrirtækja á markaði, t.d. miðað við fjölda viðskiptavina er vel innan við 5% af heildar markaðnum. Hafa tekjur þeirra því ekki verið taldar með í máli þessu. Sem dæmi má nefna að um [...] manns hafa s.k. fjöltengi frá Orkuveitunni [...]. Einnig má benda á fyrirtækið eMax ehf. í þessu samhengi en um [...] einstaklingar og fyrirtæki hafa örbylgjutengingu hjá fyrirtækinu.

³⁵ Fellt út vegna trúnaðar.

³⁶ Fellt út vegna trúnaðar.

³⁷ Fellt út vegna trúnaðar.

³⁸ Fellt út vegna trúnaðar.

³⁹ Fellt út vegna trúnaðar.

4.1.3. Markaður fyrir farsímaþjónustu

Landssíminn og Vodafone eru einu fyrirtækin sem bjóða farsímaþjónustu hér á landi. Heildartekjur fyrirtækjanna vegna farsímaþjónustu við einstaklinga⁴⁰ á fyrstu sex mánuðum ársins 2004 eru eftirfarandi:

Tafla 5: Tekjur Landssímans og Vodafone vegna sölu á farsímaþjónustu til einstaklinga á tímabilinu 1. janúar-1. júlí 2004.⁴¹

	Tekjur:%
Landssíminn:	[...][...]%
Vodafone:	[...][...]%
Samtals:	[...]100%

Fjöldi viðskiptavina er eftirfarandi:

Tafla 6: Fjöldi viðskiptavina Landssímans og Vodafone sem kaupa GSM farsímaþjónustu í á einstaklingsmarkaði miðað við 1. júlí 2004.⁴²

	Fjöldi:%
Landssíminn:	[...][...]%
Vodafone:	[...][...]%
Samtals:	[...]100%

Ef eingöngu tekjur Landssímans og Vodafone vegna GSM þjónustu við einstaklinga eru lagðar til grundvallar markaðshlutdeild þeirra á farsímamarkaði fyrir einstaklinga er hlutdeild Landssímans skv. þessu um [65-70]% og hlutdeild Vodafone u.þ.b. [30-35]%.⁴³

4.1.4. Markaður fyrir talsímaþjónustu

Hlutdeild annarra en Landssímans og Vodafone á talsímamarkaðnum er hverfandi.⁴⁴ Tekjur fyrirtækjanna vegna talsímaþjónustu eru birtar aðgreindar í árs- og árshlutareikningum Landssímans og Vodafone. Heildartekjur fyrirtækjanna vegna talsímaþjónustu við einstaklinga á fyrstu sex mánuðum ársins 2004 voru eftirfarandi:

Tafla 7: Tekjur Landssímans og Vodafone vegna sölu á talsímaþjónustu til einstaklinga á tímabilinu 1. janúar-1. júlí 2004.⁴⁵

	Tekjur:%
Landssíminn:	[...][...]%
Vodafone:	[...][...]%
Samtals:	[...]100%

⁴⁰ Miðað er eingöngu við tekjur einstaklinga með GSM farsímaþjónustu í áskrift.

⁴¹ Fellt út vegna trúnaðar.

⁴² Fellt út vegna trúnaðar.

⁴³ Fellt út vegna trúnaðar.

⁴⁴ Nokkur fyrirtæki bjóða einnig talsímaþjónustu, annað hvort með heimitaugaleigu eða á grundvelli sk. IP tækni (e. *Internet Protocol*, einnig nefnt *voice over IP*). Hlutdeild þessara fyrirtækja er þó mjög lítil og hafa tekjur þeirra af þjónustunni því ekki verið taldir með í máli þessu.

⁴⁵ Fellt út vegna trúnaðar.

Fjöldi viðskiptavina er eftirfarandi:

Tafla 8: Fjöldi viðskiptavina Landssímans og Vodafone sem kaupa talsímaþjónustu á einstaklingsmarkaði miðað við 1. júlí 2004.⁴⁶

Fjöldi::	%
Landssíminn:	[...][...]%
Vodafone: ⁴⁷	[...][...]%
Samtals:	[...]100%

Ef eingöngu tekjur Landssímans og Vodafone eru lagðar til grundvallar við mat á hlutdeild þeirra á markaði fyrir talsímaþjónustu fyrir einstaklinga er hlutdeild Landssímans skv. þessu um [85-90]% og hlutdeild Vodafone því um [10-15]%.⁴⁸ Almennt bjóða fjarskiptafyrirtæki, önnur en Landssíminn, talsímaþjónustu með tvennum hætti, með heimtaugaleigu og s.k. föstu forvali. Heimtaugaleiga felur í sér að fjarskiptafyrirtæki leigir heimtaug til viðskiptavinar af Landssímanum á sama hátt og lýst hefur verið að því er varðar Internettengingar hér að framan. Fyrirtækin verða því næst að koma fyrir búnaði í símsstöðvum til þess að geta veitt viðskiptavininum talsímaþjónustu. Fast forval fer hins vegar fram með þeim hætti að viðskiptavinurinn óskar eftir því við fjarskiptafyrirtækið, í þessu tilviki Vodafone, að öll innanlands og/eða utanlandssímtöl fari í gegnum búnað fjarskiptafyrirtækisins. Í þessu tilviki má segja að fyrirtækið selji þjónustu sína á kerfi Landssímans. Við skoðun hlutdeildar á markaði fyrir talsímaþjónustu verður þannig að hafa í huga að um [...]% viðskiptavina Vodafone eru í raun tengdir kerfi Landssímans með föstu forvali.⁴⁹ Tekjur vegna þessara viðskiptavina skiptast milli Landssímans og Vodafone.

4.2. Aðrir þættir er máli skipta við mat á stöðu Landssímans

Þegar framangreind markaðshlutdeild fyrirtækjanna er metin er jafnframt nauðsynlegt að líta til þróunar á þeim mörkuðum sem um ræðir. Að mati samkeppnisráðs verður að líta sérstaklega til þess 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 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 lögbundið einkaleyfi til að veita fjarskiptaþjónustu á Íslandi, eða allt til 1. janúar 1998. Landssíminn hafði því um áratugaskeið einokunaraðstöðu í fjarskiptarekstri og byggði í skjóli þeirrar stöðu upp traust fjarskiptakerfi án þess að

⁴⁶ Fellt út vegna trúnaðar.

⁴⁷ Uppgefinn fjöldi viðskiptavina miðar bæði við viðskiptavini þar sem Vodafone hefur yfirtekið heimtaugina og þá sem eru í viðskiptum við fyrirtækið í s.k. föstu forvali.

⁴⁸ Fellt út vegna trúnaðar.

⁴⁹ Fellt út vegna trúnaðar.

nokkur samkeppni ríkti. Auk þessa er Landssíminn eina fyrirtækið sem starfar á öllum sviðum fjarskiptamarkaðarins. Landssíminn er eigandi og rekstraraðili grunnfjarskiptakerfisins og er þar af leiðandi óumflýjanlegur viðskiptavinur keppinauta sinna og hagnast á starfsemi þeirra. Ljóst er einnig að töluverðar aðgangshindranir eru fyrir nýja aðila á flesta undirmarkaði fjarskiptamarkaðar, einkum í formi óendurkræfs kostnaðar (e. *sunk cost*) við uppbyggingu fjarskiptakerfa.

Í þeim tilgangi að meta stöðu Landssímans á íslenskum fjarskiptamarkaði almennt er einnig unnt að líta til heildarrekstrartekna Landssímans og Vodafone, næst stærsta fyrirtækisins á hérlendum fjarskiptamarkaði, á fyrstu sex mánuðum ársins 2004:

Tafla 9: Heildar rekstrartekjur Landssímans og Vodafone miðað við 30. júní 2004.

	Tekjur: %
Landssíminn:	9.702.696.000 74%
Vodafone:	3.366.020.000 26%
Samtals:	13.068.716.000 100%

Samkvæmt ofangreindu námu heildarrekstrartekjur Landssímans um þreföldum rekstrartekjum Vodafone á fyrri hluta árs 2004.⁵⁰ Rekstrarhagnaður Landssímans fyrir afskriftir (EBITDA), m.v. 30. júní 2004, var um 1.983 m.kr. samkvæmt árshlutauppgjöri fyrirtækisins. Rekstrarhagnaður Vodafone fyrir afskriftir og án þess að tekið sé tillit til samrunakostnaðar var um 401 m.kr. á sama tímabili. Samkeppnisráð bendir þó að á fyrirtækin beita mismunandi uppgjörsaðferðum og því eru reikningar fyrirtækjanna ekki sambærilegir að öllu leyti.

4.3. Sameiginleg markaðsráðandi staða

Landssíminn hefur í máli þessu sett fram kröfu þess efnis að komist samkeppnisráð að þeirri niðurstöðu að Landssíminn njóti ráðandi stöðu á hinum skilgreindu mörkuðum þá verði sú markaðsráðandi staða skilgreind sameiginleg með Vodafone. Landssíminn hefur í máli þessu einnig haldið því fram að vörn fyrirtækisins byggji einkum á sjónarmiðum um stöðu Landssímans á fákeppnismarkaði. Samkeppnisráð telur rétt áður en lengra er haldið að gera grein fyrir þessum sjónarmiðum Landssímans og athugasemdum Vodafone vegna þeirra.

Landssíminn telur að fjarskiptamarkaður hér á landi sé fákeppnismarkaður þar sem Landssíminn og Vodafone séu keppinautar. Telur fyrirtækið að með kaupum Vodafone á Frétt og Íslenska útvarpsfélaginu, sbr. kaupsamning þar um dags. 9. desember 2004, sé komið að vatnaskilum hvað varðar beitingu 11. gr. samkeppnislaga á einstökum undirmörkuðum fjarskiptamarkaðar. Hin nýja staða valdi því að þrátt

⁵⁰ 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 fréttatilkynningu á heimasíðu Vodafone (www.ogvodafone.is) er gert ráð fyrir því að heildarvelta fyrirtækjanna eftir kaupin verði um 13 milljarðar króna á ári.

fyrir að Landssíminn sé hugsanlega markaðsráðandi þá veiti staðan á markaðnum fyrirtækinu þó rýmri heimildir en ef fleiri fyrirtæki væru á markaðnum. Landssíminn 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 til hvors annars. Því sé almennt viðurkennt að mikilvægt sé að samkeppnisyfirvöld hafi sem minnst afskipti af samkeppni á fákeppnismörkuðum. Vísar Landssíminn til ýmissa fræðikenninga þessu til stuðnings. Telur Landssíminn því að fyrirtækinu sé full heimilt að mæta svipuðum tilboðum Vodafone og tvinna saman ADSL og GSM þjónustu.

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

Samkeppnisráð vill í fyrsta lagi taka fram að háttsemi sú sem kvartað er yfir í máli þessu, svonefnt „Allt saman hjá Símanum“ áskriftartilboð Landssímans, var auglýst á tímabilinu 2.-23. júní 2004. Landssíminn auglýsti umrætt tilboð ekki frekar í kjölfar bráðabrigðaákvörðunar Samkeppnisstofnunar, dags. 9. júlí 2004. Í öðru lagi áttu kaup Vodafone á Frétt og Íslenska útvarpsfélaginu (nú 365 prent- og ljósvakamiðlar) sér stað með samningi, dags. 9. desember 2004, eða um fimm mánuðum síðar. Að mati samkeppnisráðs er í ljósi þeirrar staðreyndar, að háttsemi Landssímans átti sér stað nær hálfu ári áður en samruni Vodafone og 365 prent- og ljósvakamiðla, óeðlilegt að bera saman rekstrartekjur Landssímans og væntanlegar rekstrartekjur Vodafone eftir samrunann. Miða verður háttsemi Landssímans við þá stöðu er uppi var á hinum skilgreindu mörkuðum þegar háttsemin átti sér stað. Með vísan til þessa og með hliðsjón af því hvernig mál þetta er vaxið að öðru leyti kemur ekki til álita að um sameiginlega markaðsráðandi stöðu málsaðila hafi verið að ræði þegar atvik málsins urðu.

4.4. Niðurstaða

Þegar tekið er tillit til alls þess sem að framan er rakið er að mati samkeppnisráðs ljóst að Landssíminn var ráðandi á þeim fjórum mörkuðum sem mál þetta snýr að, þ.e. markaði fyrir sí tengda Internettengingu, talsíma- og farsímaþjónustu og Internetþjónustu við einstaklinga hér á landi enda var hlutdeild fyrirtækisins yfir 70% á þremur fyrstu mörkuðunum og yfir 55% á þeim síðast nefnda, hvort sem litið er til tekna eða fjölda viðskiptavina, þegar háttsemin átti sér stað. Fjárhagslegur styrkur fyrirtækisins og sú staðreynd að fyrirtækið hafði til ársins 1998 einkaleyfi til fjarskiptastarfsemi hér á landi styðja enn fremur þá niðurstöðu. Landssíminn hefur í nýlegum málum einnig verið skilgreindur með ráðandi og/eða yfirburðastöðu á

ýmsum öðrum undirmörkuðum fjarskiptamarkaðarins.⁵¹ Samkeppnisráð vill þrátt fyrir framangreinda skilgreiningu benda á að væri tekið tillit til hugmynda Landssímans um landfræðilega skiptingu markaðanna og jafna hlutdeild fjarskiptafyrirtækjanna á GSM og DSL þjónustumörkuðum þýddi það ekki sjálfkrafa að Landssíminn væri ekki markaðsráðandi. Eins og fram hefur komið er staða fyrirtækja á markaði ekki eingöngu metin út frá markaðshlutdeild þeirra heldur er einnig litið til fjölmargra annarra þátta sem áhrif geta haft á mat samkeppnisyrivalda á stöðu fyrirtækja. Ekki er því einhlýtt að niðurstaða landfræðilegrar uppskiptingar markaðarins leiddi til þess að skilgreining Landssímans sem markaðsráðandi fyrirtækis breyttist.

Samkeppnisráð verður því næst að meta hvort háttsemi Landssímans að því er varðar áskriftartilboðið „Allt saman hjá Símanum“ feli í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu fyrirtækisins.

5.

Misnotkun á markaðsráðandi stöðu

Eins og fram hefur komið var tilboð Landssímans sem hér er deilt um margþætt og mun samkeppnisráð nú rekja helstu þætti er máli skipta við mat á því hvort háttsemi Landssímans feli í sér brot gegn 11. gr. samkeppnislaga. Í upphafi verður fjallað um þann þátt erindis Vodafone sem lýtur að meintri skaðlegri undirverðlagningu Landssímans en því næst verður fjallað um kynningu, samtvinnun og tryggðarafslætti.

5.1. Skaðleg undirverðlagning

Erindi Vodafone vegna tilboðs Landssímans lýtur sérstaklega að meintri skaðlegri undirverðlagningu Landssímans. Samkeppnislög banna ekki markaðsráðandi fyrirtækjum að bregðast við samkeppni með því að lækka verð ef sú verðlækkun byggir á hlutlægum og málefnalegum sjónarmiðum eða bregðast við samkeppni á annan hátt. Á hinn bóginn verður að líta til þess að vel þekkt er í samkeppnisrétti að markaðsráðandi fyrirtæki geta á grundvelli styrks síns gripið til verðlækkunar eða annarra aðgerða sem miða að því að koma keppinautum út af markaðnum eða hindra að nýr keppinautur geti haslað sér völl á honum. Slíkar aðgerðir geta verið margvíslegar en almennt má segja að megintilgangur þeirra sé að draga úr tekjum þess keppinautar sem þeim er beint gegn þannig að hann neyðist til þess að hverfa af markaðnum. Þá geta samkeppnishamlandi aðgerðir markaðsráðandi fyrirtækis leitt til þess að nýr aðili skirrist við að hefja samkeppni á markaðnum þar sem sú samkeppni yrði of kostnaðarsöm og reksturinn því óarðbær. Frá sjónarhóli hins markaðsráðandi

⁵¹ Sbr. t.d. ákvörðun nr. 13/2004 *Erindi eMax ehf. vegna ADSL-tilboða Og Fjarskipta hf. og Landssíma Íslands hf* (markaður fyrir bandbreiðar Internetþjónustu), nr. 40/2003 *Kvörtun Og fjarskipta hf. vegna Hópáskriftar Landssíma Íslands hf* (markaður fyrir GSM-þjónustu til fyrirtækja) og nr. 23/2002 *Kvörtun Halló! - Frjálsra fjarskipta ehf. vegna misnotkunar Landssíma Íslands hf. á markaðsráðandi stöðu* (talsímamarkaður).

fyrirtækis geta slíkar aðgerðir verið rökréttar þar sem fyrirtækið getur búist við því að geta hækkað verð aftur eftir að hafa eytt eða raskað samkeppni á viðkomandi markaði. Byggt er á þeirri forsendu í samkeppnisrétti að óæskilegt er að markaðsráðandi fyrirtæki geti í skjóli efnahagslegs styrkleika selt vöru eða þjónustu á óhæfilega lágu verði eða á annan hátt mætt samkeppni á ómálefnalegum forsendum í þeim tilgangi að raska heilbrigðri samkeppni. Jafnvel þó neytendur njóti þess til skamms tíma að fá vöru eða þjónustu á mjög lágu verði er talið að sú röskun á samkeppni sem óeðlileg verðlækkun veldur leiði þegar til lengri tíma er litið til herra verðs til neytenda, minni gæða og til þess að valkostum neytenda fækki.

Við mat á því hvort verðlagning markaðsráðandi fyrirtækis sé byggð á málefnalegum forsendum getur kostnaðarlegt hagræði skipt máli.⁵² Í samræmi við úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 17–18/2003 felur verðlagning undir meðaltali breytilegs kostnaðar að öðru jöfnu í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu þar sem verðlagningin verður vart skýrð með hliðsjón af eðlilegum rekstrarforsendum. Því má ætla að hún raski samkeppni og brjóti í bága við 11. gr. samkeppnislaga, sbr. 1. gr. laganna, nema unnt sé að sýna fram á sérstakar ástæður sem réttlæti hana. Þann fyrirvara verður þó að hafa að erfitt getur verið að flokka kostnað í fastan og breytilegan kostnað auk þess sem skipting hans er mismunandi eftir eðli rekstrarins.

Í úrskurði áfrýjunarnefndar kemur einnig fram að verðlagning markaðsráðandi fyrirtækis sem er lægri en meðaltal heildarkostnaðar en yfir meðaltali breytilegs kostnaðar geti einnig falið í sér misnotkun en viðmið í því sambandi séu ógleggri þar sem slíka verðlagningu megi oft skýra út frá eðlilegum rekstrarforsendum. Í því sambandi sé í fyrsta lagi nauðsynlegt að líta til þess hversu mikið frávík frá meðaltali breytilegs kostnaðar verðlagningin felur í sér. Ef verð sé lítið yfir meðaltali breytilegs kostnaðar sé almennt meiri ástæða til íhlutunar en ef það væri mikið herra en breytilegur kostnaður. Í öðru lagi þurfi að meta hversu sérhæfð aðgerð felist í verðlagningunni. Ef verðlagningaraðgerðinni sé eingöngu beitt á þeim mörkuðum þar sem keppinautur starfar en ekki á sambærilegum mörkuðum þar sem ekki gæti samkeppni geti það verið vísbending um misnotkun á markaðsráðandi stöðu.

Óeðlileg verðlagning markaðsráðandi fyrirtækja af þeim toga sem hér hefur verið lýst getur leitt til þess að önnur fyrirtæki sem ekki hafa sambærilegan efnahagslegan styrkleika hrökklist af markaðnum. Verðlagningin kann því að stuðla að fákeppni sem er andstæð markmiði samkeppnislaga. Í þessu sambandi ber einnig að hafa í huga að markaðsráðandi fyrirtæki er oft í þeirri stöðu að geta boðið mun meira úrval af þjónustu en smærri keppinautar. Markaðsráðandi fyrirtæki getur því í aðalatriðum mætt samkeppni með lágu verði. Ef markaðsráðandi fyrirtæki jafnar verð keppinautarins getur þar í raun verið um að ræða aðgerð sem ekki samrýmist

⁵² Sbr. dóm Hæstaréttar í máli nr. 120/2001, Landssími Íslands hf. gegn samkeppnisráði.

markmiðum samkeppnilaga og þar með eðlilegri samkeppni, sbr. framangreindan úrskurð áfrýjunarnefndar.

Vodafone hefur í málflutningi sínum lagt fram útreikninga máli sínu til stuðnings og telur fyrirtækið heildarafslátt sem felist í tilboði Landssímans nema frá 1.262 kr. til 8.102 kr. Afslátturinn geti hins vegar numið mun hærri upphæð þar sem ekkert þak sé á þeim hluta tilboðsins sem veiti 50% afslátt af símtölum úr GSM síma í þrjú númer innan kerfis Landssímans. Vodafone hefur í útreikningum sínum ekki metið hugsanlegan kostnað Landssímans af tilboðinu.

Vegna framangreindra athugasemda Vodafone hefur Landssíminn bent á að kostnaðarútreikningar fyrirtækisins sýni að framlegð sé af GSM viðskiptum í tilboðinu þrátt fyrir að veittur sé 50% afsláttur af símtölum í þrjú númer innan kerfis Landssímans. Þessi afsláttur kosti fyrirtækið minna en sá afsláttur sem Vodafone veiti, þ.e. að leyfa viðskiptavini að hringja og senda SMS skilaboð ókeypis í eitt GSM númer innan kerfis Vodafone. Framlegð sé einnig af öðrum þáttum tilboðsins. Landssíminn bendir auk þess á að staðhæfingar Vodafone séu órökstuddar.

Meðal þeirra gagna sem Samkeppnisstofnun aflaði voru m.a. ýmis vinnuskjöl og viðskiptaáætlanir Landssímans vegna tilboðsins. Að því er varðar þann hluta tilboðsins sem lýtur að auknum hraða á ADSL tengingu viðskiptavina eða viðbótar 100 Megabita (MB) fríu niðurhali (e. *download*) hefur Samkeppnisstofnun fengið afhent viðhengi við tölvupóst, dags. 6. júlí 2004, þar sem fjallað var um kostnað Landssímans af því að veita ADSL 2000 tengingu á sama verði og ADSL 1500 tengingu.⁵³ Í viðhenginu kemur í fyrsta lagi fram að [...] ⁵⁴ sé fyrir Landssímamann að veita ADSL 2000 tengingu á höfuðborgarsvæðinu en að veita ADSL 1500 tengingar annarsstaðar á landinu. Í öðru lagi kemur fram að einhver kostnaður sé fyrirsjáanlegur vegna uppfærslu á hraða tengingar á minni stöðum úti á landi en að öðru leyti sé kostnaður við að veita ADSL 2000 tengingu [...] ⁵⁵ kostnaðinum af því að veita ADSL 1500 tengingu. Þannig sé umframkostnaður Landssímans um [...] ⁵⁶ kr. á mánuði fyrir hverja tengingu. Útreikningar Landssímans sýni að hagnaður af hverri ADSL 2000 tengingu verði því [...] kr. á mánuði í stað [...] kr. en viðskiptavinir greiði 3.500 kr. fyrir tenginguna.⁵⁷

Hvað varðar þann þátt tilboðsins að veita viðbótar 100 MB frítt niðurhal frá útlöndum þá hefur samkeppnisráð í nýlegu máli, ákvörðun samkeppnisráðs nr. 13/2004 *Erindi eMax ehf. vegna ADSL-tilboða Og fjarskipta hf. og Landssíma Íslands hf.*, aflað

⁵³ Tölvupóstur frá starfsmanni Breiðbandsdeildar Landssímans til starfsmanns lögfræðideildar, dags. 6. júlí 2004, kl. 13:49.

⁵⁴ Fellt út vegna trúnaðar.

⁵⁵ Fellt út vegna trúnaðar.

⁵⁶ Fellt út vegna trúnaðar.

⁵⁷ Fellt út vegna trúnaðar.

upplýsinga um kostnað Landssímans af útländaniðurhali. Samkvæmt upplýsingum sem Samkeppnisstofnun aflaði þá er kostnaður við hvert MB um [...] kr. hjá Landssímanum eða samtals [...] kr. fyrir hver 100 MB.⁵⁸ Innifalið í ADSL Internetáskrift Landssímans eru 100 MB sem seld eru á 220 kr. Af þessu eru ljóst að t.d. framlegð af sölu 100 MB nægir til þess að greiða kostnað af 100 MB til viðbótar sem fylgja ókeypis í tilboði Landssímans.

Meðal annarra gagna sem Samkeppnisstofnun aflaði var minnisblað starfsmanns farsímaþjónustu⁵⁹ sem sýnir mat á afslætti af símtölum úr GSM síma í þrjú símanúmer hjá Landssímanum samkvæmt tilboði fyrirtækisins. Í minnisblaðinu kemur fram að meðalafsláttur vegna 50% afsláttar í þau þrjú númer sem oftast er hringt í úr GSM síma sé um [...] kr. en upplýsinganna hafi verið aflað úr gagnabanka fyrirtækisins.⁶¹ Minnisblaðið rekur einnig samanburð við tilboð Vodafone, en það fyrirtæki bjóði viðskiptavinum að hringja og senda SMS skilaboð gjaldfrjálst í eitt GSM númer innan kerfis Vodafone. Væri samskonar tilboð hjá Landssímanum og hjá Vodafone myndi sá afsláttur nema [...] kr. væri miðað við meðalnotkun á mánuði hjá GSM áskrifanda í kerfi Landssímans. Er það mat starfsmannsins að Landssíminn sé því ekki að jafna eða bæta tilboð Vodafone. Að því er varðar kostnað Landssímans af GSM hluta tilboðsins vísar samkeppnisráð til þess að hreinn rekstrarhagnaður af GSM þjónustu Landssímans var um 1,3 milljarðar kr. árið 2003 en árið áður var hann 1,4 milljarðar kr. en sú tala svarar til tæplega tveggja þriðju hluta heildarhagnaðar Landssímans. Í ljósi þess telur samkeppnisráð ekki ástæðu til þess að rannsaka nánar hvort GSM þjónusta Landssímans sé seld undir kostnaðarverði þegar veittur er 50% afsláttur af hringingum í þrjú símanúmer.

Að lokum hefur samkeppnisráð fengið afhenda viðskiptaáætlun talsímasviðs Landssímans vegna tilboðs fyrirtækisins. Afsláttur af talsímaþjónustu í tilboðinu fólst í því að viðskiptavinir á einstaklingsmarkaði gátu hringt endurgjaldslaust í 60 mínútur á mánuði ef hringt var í annan talsíma innan kerfis Landssímans. Niðurstaða viðskiptaáætlunarinnar er sú að tilboðið hafi [...] áhrif á tekjur og framlegð af símtölum innanlands.⁶² Áætlunin miðar við [...] og er það niðurstaða hennar að framlegð talsímasviðs [...] verði þessi afsláttur boðinn, þ.e. að meðaltali úr [...] kr. á mánuði fyrir meðal notanda í [...] kr.⁶³ Útreikningar Landssímans gera ráð fyrir [...] símtala í talsímakerfinu vegna tilboðsins.⁶⁴ Sé áætluð [...] dregin frá framlegðinni sýna útreikningar fyrirtækisins að framlegðin verði [...] kr. af hverjum meðal notanda.⁶⁵

⁵⁸ Fellt út vegna trúnaðar.

⁵⁹ Minnisblað starfsmanns farsímaþjónustu til starfsmanns lögfræðideildar, dags. 4. júlí 2004.

⁶⁰ Fellt út vegna trúnaðar.

⁶¹ Einnig nefnt vöruhús gagna (e. *data warehouse*) [...]

⁶² Fellt út vegna trúnaðar.

⁶³ Fellt út vegna trúnaðar.

⁶⁴ Fellt út vegna trúnaðar.

⁶⁵ Fellt út vegna trúnaðar.

Að mati samkeppnisráðs benda framangreind gögn og upplýsingar, ásamt skýringum Landssímans, til þess að tilboð fyrirtækisins lækki eingöngu framlegð fyrirtækisins og feli því ekki í sér sölu á þjónustu undir kostnaðarverði. Ráðið telur því að ekki sé um skaðlega undirverðlagningu í skilningi samkeppnisréttarins að ræða af hálfu Landssímans í máli þessu.

5.2. Kynning Landssímans á tilboði fyrirtækisins

Landssíminn birti auglýsingar á tilboði sínu í sjónvarpi, útvarpi, prentmiðlum, í kvikmyndahúsum og á Internetinu á tímabilinu 2. júní til 23. júní 2004. Allt kynningarefni bar yfirskriftina „Allt saman hjá Símanum“ og voru eftirfarandi atriði talin fram í flestum tilvikum:

- Heimasíminn: 60 fríar mínútur á mánuði á milli heimasíma hjá Símanum. Frítt talhólf.
- GSM: 50% afsláttur að hringja og senda SMS í þrjú önnur númer hjá Símanum.
- Internet: 100 MB frítt gagnamagn frá útlöndum eða ADSL 2000 á verði ADSL 1500.
- Regluleg sértíloboð á búnaði og þjónustu hjá Símanum ásamt tilboðum í bíó, tónleika, veitingahús, leikhús og fleira.

Frekari upplýsingar um tilboðið voru ekki gefnar í auglýsingunum en neytendur voru hvattir til þess að skrá sig í „Allt saman hjá Símanum“ á heimasíðu Landssímans eða með því að hringja í þjónustuver fyrirtækisins.

Samkeppnisráð telur ekki unnt að túlka framangreinda kynningu á annan hátt en að neytendur hafi verið hvattir til þess að kaupa talsíma-, GSM- og Internetþjónustu ásamt ADSL tengingu, þ.e. alla þá fjarskiptaþjónustu sem algengast er að einstaklingar eða heimili kaupi, hjá Landssímanum. Jafnframt hafi verið nauðsynlegt að kaupa alla framangreinda þjónustubætti til þess að njóta þess sem fólst í tilboðinu og kynnt var í auglýsingum fyrirtækisins. Heitið á áskriftartilboðinu, „Allt saman hjá Símanum“, ásamt textanum í auglýsingunum gefur ekkert annað til kynna.

Samkvæmt athugasemdum Landssímans í máli þessu var eingöngu nauðsynlegt að viðskiptavinir keyptu GSM þjónustu og ADSL tengingu⁶⁶ hjá fyrirtækinu til þess að þeir nytu hinna auglýstu kjara, þ.e. 50% afsláttar þegar hringt væri úr GSM síma í þrjú önnur númer hjá Landssímanum (sami afsláttur átti við um sendingar á SMS skilaboðum) og annað hvort 100 MB ókeypis gagnamagns frá útlöndum eða ADSL

⁶⁶ Hér er eingöngu átt við ADSL tenginguna sjálfa, en ekki Internetþjónustu, sbr. markaðsskilgreiningu hér að framan. Almenn er verð til neytenda hins vegar kynnt þannig að báðir þjónustubættir séu innifaldir og seldir saman sem ein heild.

2000 tengingar á verði ADSL 1500 tengingar. Hvorki kaup talsímaþjónustu hjá fyrirtækinu né Internetþjónustu væru þannig skilyrði þess að njóta þessara kjara. Jafnframt var í kynningunni ekki upplýst að viðskiptavinir sem eingöngu keyptu talsímaþjónustu af Landssímanum gætu einnig skráð sig í tilboðið og notið þannig þeirra kjara sem því fylgdu og tengdust talsímaþjónustu ss. 60 fríar mínútur á mánuði á milli heimasíma hjá Símanum og frítt talhólf. Samkeppnisráð telur framsetningu á áskriftartilboði Landssímans mjög villandi og líklega til þess að skapa alvarlegan misskilning á eðli tilboðsins. Í fyrsta lagi bar heiti áskriftartilboðsins óumdeilanlega með sér að viðskiptavinir þyrftu að kaupa allar helstu tegundir fjarskiptaþjónustu hjá Landssímanum til þess að njóta þeirra kjara sem tíunduð voru í auglýsingum fyrirtækisins. Í öðru lagi benti allur texti og framsetning í auglýsingunum til þess sama, sbr. t.d. eftirfarandi texta sem fylgdi flestum auglýsinganna:

„Vertu í góðu sambandi við þitt fólk og njóttu betri kjara og sértilboða. Heimasími, GSM og Internet – allt saman hjá Símanum“

Einnig er unnt að benda á eftirfarandi texta úr sömu auglýsingum:

„Þetta færðu aukalega fyrir að vera með allt saman hjá Símanum.“

Landssíminn hefur bent á að nánari upplýsingar um skilyrðin fyrir því að skrá sig í tilboðið fengju viðskiptavinir þegar þeir skráðu sig á heimasíðu fyrirtækisins. Þegar skráningarferlið var byrjað á heimasíðu fyrirtækisins birtist eftirfarandi texti efst á síðunni:

„Til að geta skráð þig í Allt saman hjá Símanum þá þarftu að vera skráður sem greiddandi að bæði:

- *Internetáskrift hjá Símanum og/eða ADSL áskrift hjá Símanum*
- *GSM áskrift hjá Símanum (frelsi undanskilið)“*

Það er því fyrst á þessu stigi sem viðskiptavinir Landssímans fengu þær upplýsingar að eingöngu hafi verið nauðsynlegt að vera með ADSL tengingu og GSM þjónustu til þess að njóta framangreindra kjara. Sömu upplýsingar birtust í fréttatilkynningu á heimasíðu Landssímans þann 4. júní 2004, sbr. eftirfarandi texta tilkynningarinnar:

„Frá og með 3. júní býður Síminn viðskiptavinum sínum nýjung sem nefnist Allt saman hjá Símanum. Í henni felast hagstæðari kjör og fjölbreytt sértilboð til þeirra viðskiptavina sem eru áskrifendur að tveimur eða fleiri þjónustuleiðum Símans. Einu grunnskilyrðin eru þau að sami greiddandi sé bæði að GSM og Internet- og/eða ADSL áskrift hjá Símanum. Með þessu vill Síminn treysta sambandið við viðskiptavini og láta þá njóta trygðar sinnar við fyrirtækið með hagstæðari kjörum en áður hafa

boðist. Eftir því sem áskrift viðskiptavinar Símans er viðtækari verða kjörin betri.“

Í textanum voru áður nefnd kjör tíunduð sem viðskiptavinir myndu njóta ef þeir skráðu sig í „Allt saman hjá Símanum“. Samkeppnisráð telur því ljóst að hvorki í fréttatilkynningu Landssímans né í upphafi skráningar í tilboðið hafi viðskiptavinum verið bent á að ekki væri nauðsynlegt að kaupa aðra þjónustu en talsímaþjónustu til þess að geta notið þeirra sérstöku kjara sem þjónustunni voru tengd.

Samkeppnisstofnun aflaði nokkurs magns gagna frá Landssímanum er varðaði undirbúning á áskriftartilboðinu, m.a. tölvupósta, minnisblaða og annarra undirbúningsgagna. Í þeim tilgangi að undirbúa tilboðið var í október 2003 settur saman fjölmennur hópur starfsmanna hinna ýmsu deilda Landssímans. Mikil samskipti áttu sér stað innan þessa hóps og gefa þau samskipti nokkuð skýra mynd af því þróunarferli sem lauk með kynningu á tilboði Landssímans sem hófst þann 2. júní 2004. Þessi gögn benda til þess að stefnt hafi verið að því frá upphafi undirbúnings að áskriftarleiðinni að gefið yrði í skyn í kynningu gagnvart viðskiptavinum að nauðsynlegt væri að kaupa alla þá fjóra þjónustuliði sem tilboðið tekur til, þ.e. Internetþjónustu, ADSL tengingu, talsímaþjónustu og GSM þjónustu. Þetta sést m.a. í eftirfarandi tölvupósti sem lýsir tilboðinu á frumstigi en taka verður fram að eðli tilboðsins breyttist mikið í þeirri vinnu sem fram fór innan fyrirtækisins.⁶⁷

„ADSL

Til að fá tilheyrandi ADSL tilboð, þarftu að vera með GSM númer hjá Símanum og vera í bein/boðgreiðslum m. debet/kreditkorti. Heimilissíminn ekki skylda en verður kynntur í sama pakka. Hingað til hefur það verið rætt sem kostur að [viðskiptavinur] verði að vera í bein- eða boðgreiðslum til að geta skráð sig í þessa heimilisáskrift svo ekkert er endanlegt með það.

GSM

Símavinir, þ.e. 50% afsl. í 2 eða 30% afsl. í 3 (þ.a. einn heimilissíma) – stendur öllum til boða. Til að fá þá afsláttarleið að geta hringt í 3 númer úr GSM (þ.m.t. einn heimilissíma) með 30% afslætti þarftu að vera með áskrift hjá Símanum Internet. Þeim sem vilja halda eða skrá sig í Símafini með 50% afslætti í tvo geta gert það þó við auglýsum það ekki sérstaklega.

Heimilissími

Pakkinn stendur öllum til boða.

⁶⁷ Tölvupóstur frá starfsmanni markaðsdeildar Landssímans til samstarfshóps innan fyrirtækisins um undirbúning tilboðsins, dags. 17. desember 2003 kl. 16:43.

Vildarklúbbur

*Til að fá inngöngu í Vildarklúbbinn, þarftu að vera með ADSL og GSM hjá Símanum & bein/boðgreiðslur. **Allar auglýsingar gefa til kynna að heimilssími sé líka skylda.** (Það hefur verið hugsunin að það fylgi með og verðið auglýst þannig að allir þeir sem skrá sig í heimilisáskriftina séu þannig sjálfkrafa meðlimir “Vildarklúbbs Símans”).“⁶⁸*

Sama sjónarmið kemur fram í tölvupósti innan samstarfshópsins tæpum hálfum mánuði síðar:⁶⁹

*„Meðfylgjandi skjal inniheldur upplýsingar um hvernig áskriftarpakkinn fyrir heimilið lítur út í dag.⁷⁰ [...] Viðskiptavinurinn mun geta valið á milli 50% afsláttar í tvo eða 30% í þrjá en munum við hætta að auglýsa 50% í tvo nema með þessum áskriftarleiðum sem í boði verða. **Með því móti munum við reyna að fá [viðskiptavin] Símans til að skynja það að hann þurfi að vera með “alla” sína þjónustu hjá fyrirtækinu til þess að fá allt það sem í boði er.**“⁷¹*

Sama sjónarmið kemur fram undir liðnum „annað“ í viðhengi með öðrum tölvupósti frá starfsmanni markaðsmála um mánuði áður en tilboðið var auglýst:⁷²

„Til að auglýsa ekki möguleika heimasímans um of til þeirra sem ekki eru með bæði GSM og Internet og/eða ADSL áskrift hjá okkur er hugmynd uppi um að skráningarformið sé þannig að heimasímakjörin birtist ekki nema að viðkomandi sé búinn að uppfylla Internet- og GSM skilyrðin. Söluæða framlínu verður einnig sett upp þannig – EN ef [viðskiptavinur] vill af fyrri bragði fá þau kjör verður að veita þeim þau.“

Samkeppnisráð telur framangreinda tölvupósta, ásamt allri kynningu Landssímans, benda til þess að fyrirtækið hafi viljandi og meðvitað viljað villa um fyrir viðskiptavinum með markaðsherferð þeirri sem fylgdi tilboðinu úr hlaði. Að mati samkeppnisráðs er framangreind háttsemi mjög líkleg til þess að hafa skaðleg áhrif á

⁶⁸ Áhersla samkeppnisráðs.

⁶⁹ Tölvupóstur frá starfsmanni markaðsdeildar Landssímans til samstarfshóps innan fyrirtækisins um undirbúning tilboðsins, dags. 9. janúar 2004 kl. 15:36.

⁷⁰ Upphaflegar áætlanir Landssímans gerðu ráð fyrir mismunandi gerðum áskriftartilboða sem höfðu áttu til mismunandi markhópa.

⁷¹ Áhersla samkeppnisráðs.

⁷² Skjalið ber heitið „Niðurstaða fundar þann 04.05 um samþættingu á þjónustu Símans sem hlotið hefur heitið “Allt saman hjá Símanum”“ og er viðhengi við tölvupóst frá starfsmanni markaðsdeildar Landssímans til samstarfshóps innan fyrirtækisins um undirbúning tilboðsins, dags. 4. maí 2004 kl. 15:09.

samkeppni á fjarskiptamarkaði sérstaklega þegar tekið er tillit til þess sem á eftir er rakið og höfð er hliðsjón af stöðu Landssímans á markaðnum.

5.3. Samtvinnun ólíkra þjónustubátta

Í þeim tilgangi að meta háttsemi Landssímans verður að mati samkeppnisráðs næst að líta til þess sem fólst í sjálfu áskriftartilboði Landssímans. Eins og áður hefur komið fram fólst í tilboði Landssímans að þeir viðskiptavinir sem hafa bæði GSM áskrift og ADSL tengingu hjá fyrirtækinu gætu fengið 50% afslátt vegna hringinga í þrjú símanúmer hjá Símanum og annað hvort ADSL 2000 tengingu á sama verði og ADSL 1500 tengingu eða 100 MB niðurhal frá útlöndum án þess að greiða aukalega fyrir það. Landssíminn hefur sérstaklega tekið fram að Internetþjónusta hafi ekki verið nauðsynlegur hluti þessa tilboðs, m.ö.o. að þeir sem hafi verið með ADSL tengingu hjá Landssímanum en keypt Internetþjónustu hjá annarri Internetveitu, hafi einnig getað notið framangreindra kjara. Með því að bjóða ákveðin fríðindi eða afslátt gegn því að viðskiptavinir keyptu tvo eða fleiri þjónustubætti hjá Landssímanum hafi fyrirtækið því verið að tvinna saman ólíka þjónustu.

Eins og áður er rakið er samtvinnun í skilningi samkeppnisréttarins háttsemi sem almennt felur í sér að kaup á tiltekinni vöru eða þjónustu geti ekki átt sér stað nema eitthvað annað sé selt með sem að öllu jöfnu tengist ekki sölu á viðkomandi vöru eða þjónustu. Í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 28/2000 *Kvörtun Neytendasamtakanna yfir samtvinnun Knattspyrnusambands Íslands við sölu á aðgöngumiðum að tveimur landsleikjum í knattspyrnu* var samtvinnun skilgreind á eftirfarandi hátt:

„Hegðunin felur það í sér að kaup á tiltekinni vöru eða þjónustu geta ekki átt sér stað nema kaup á annarri vöru eða þjónustu eigi sér jafnframt stað sem að öllu jöfnu tengist ekki sölu á fyrrnefndu vörunni eða þjónustunni. Slík hegðun kann að vera skaðleg ef markaðsráðandi fyrirtæki eða aðili sem er í einokunarstöðu við sölu á tiltekinni vöru eða þjónustu á í hlut. Þannig getur samtvinnun viðskipta t.d. haft skaðleg áhrif á hagsmuni neytenda vegna þess að hún getur leitt til þess að valkostum þeirra fækkar þar eð þeir geta ekki keypt tiltekna þjónustu eða vöru nema þeir jafnframt kaupi aðra þjónustu eða vöru. Jafnframt getur samtvinnun með beinum hætti dregið úr samkeppni á tilteknum markaði.“

Ákvörðunin var síðar staðfest af áfrýjunarnefnd samkeppnismála í úrskurði nr. 11/2000 *Knattspyrnusamband Íslands gegn samkeppnisráði*.

Vodafone telur að samtvinnun aðgreindrar þjónustu á vegum markaðsráðandi fyrirtækis sé óheimil ef hún er líkleg til þess að skaða samkeppni. Vísar Vodafone

m.a. til niðurstöðu framkvæmdastjórnar EB í máli hennar gegn Microsoft.⁷³ Samkvæmt þeirri niðurstöðu verði fjögur skilyrði að vera uppfyllt til þess að samtvinnun teljist skaðleg samkeppni:

- a) Um sé að ræða samtvinnun vöru eða þjónustu á mismunandi vöru- eða þjónustumörkuðum
- b) Fyrirtæki er markaðsráðandi á markaði fyrir þá vöru eða þjónustu sem samtvinnuð er
- c) Önnur þjónustu eða vara stendur neytanda ekki til boða nema að hann kaupir hina
- d) Samtvinnunin er til þess fallin að útiloka samkeppni

Telur Vodafone að öll þessi skilyrði séu uppfyllt í máli þessu. Að því er varðar þriðja skilyrðið sérstaklega þá sé það uppfyllt þar sem sá afsláttur, sem hafi falist í tilboðinu, hafi ekki staðið til boða ef viðskiptavinir keyptu einungis eina tegund þjónustu.

Landssíminn hefur í máli þessu haldið því fram að fyrirtækið hafi með tilboði sínu eingöngu verið að mæta samkeppni frá Vodafone. Þannig hafi Vodafone boðið GSM viðskiptavinum sínum ákveðin sérkjör, hafi þeir kosið að kaupa einnig ADSL tengingu og Internetþjónustu hjá fyrirtækinu.⁷⁴ Fyrirtækið bendir einnig á að samtvinnun vöru eða þjónustu feli ekki í sér *per se* brot gegn samkeppnislögum heldur verði að kanna hvert tilvik fyrir sig. Ljóst sé að það hafi ekki verið gert að skilyrði að viðskiptavinir keyptu allar tegundir þjónustunnar sem hafi falist í tilboði Landssímans. Unnt hafi verið að kaupa þær sína í hverju lagi. Jafnframt hafi afsláttur Landssímans, sem veittur hafi verið ef viðskiptavinir keyptu fleiri en eina tegund þjónustu, verið hóflegur. Keppinautum fyrirtækisins hafi verið bæði tæknilega og fjárhagslega kleift að bjóða svipuð kjör. Þessi sjónarmið hafi samkeppnisráð haft til hliðsjónar í ákvörðun nr. 2/2000 *Erindi Snerpu ehf um ISDN-tilboð Landssíma Íslands hf.* og eigi þau einnig við nú.

Samkeppnisráð hefur í öðrum málum þurft að taka afstöðu til samtvinnunar á fjarskiptamarkaði. Í ákvörðun ráðsins nr. 41/1997 *Tilboð Pósts og síma hf. á farsímum og farsímaþjónustu til félaga í FÍB* taldi samkeppnisráð að samtvinnun forvera Landssímans á GSM farsímaþjónustu, farsíma og símanúmeri auk ársfjórðungsgjalda til meðlima Félags íslenskra bifreiðaeigenda með bindingu til tveggja ára fela í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Í tilboðinu fólst einnig að félagsmönnum FÍB var bannað að nota annað kerfi en kerfi Landssímans og voru símtækin seld undir kostnaðarverði. Var Landssímanum framvegis bannað að tvinna saman sölu á ólíkri þjónustu.

⁷³ COMP/C-3/37.792 *Microsoft*, frá 24. mars 2004.

⁷⁴ Eins og fram hefur komið stendur tilboð Vodafone um hraðari ADSL tengingu ef viðskiptavinur kaupir einnig GSM þjónustu í áskrift viðskiptavinum fyrirtækisins ekki lengur til boða.

Í áðurnefndri ákvörðun samkeppnisráðs nr. 2/2000 *Erindi Snerpu ehf. um ISDN-tilboð Landssíma Íslands hf.* gerði Landssíminn neytendum tilboð sem fól í sér samtvinnun ISDN grunntengingar, ISDN símtækis og ISDN netspjalds fyrir tölvu auk þriggja mánaða áskriftar hjá Internetþjónustu Landssímans. Af hálfu samkeppnisráðs var tilboð Landssímans ekki talið hafa skaðleg áhrif á samkeppni og var vísað til þriggja atriða því til stuðnings: Í fyrsta lagi að unnt hafi verið að kaupa hvern þjónustulið fyrir sig. Í öðru lagi hafi sjálfstæðar Internetþjónustuveitur áfram haft möguleika á að bjóða ISDN tengingar og hefðu þannig getað útbúið svipuð tilboð. Í þriðja lagi hafi verðlagning tilboðsins hvorki verið undir kostnaðarverði né ósanngjörn. Samkeppnisráð taldi ennfremur að fordæmi ákvörðunar nr. 41/1997 ætti ekki við í ISDN málinu þar sem í því máli hefði forveri Landssímans selt vöru undir kostnaðarverði og bundið viðskiptavinum í 24 mánuði við GSM net sitt.

Samkeppnisráð vill í upphafi taka sérstaklega fram að hin almenna heimild markaðsráðandi fyrirtækja til þess að mæta og taka þátt í samkeppni getur aldrei falið í sér rétt til að misnota markaðsráðandi stöðu. Það að markaðsráðandi fyrirtæki telji sig með tiltekinni aðgerð vera að mæta tilboði keppinautar getur því ekki eitt og sér réttlætt aðgerðina. Skoða verður tilvik í hverju máli til þess að meta hvort sú háttsemi markaðsráðandi fyrirtækis að mæta tilboði keppinautar feli í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu.

Þegar framangreindar ákvarðanir samkeppnisráðs og helstu ákvarðanir framkvæmdastjórnar EB⁷⁵ og dóma EB dómstólsins⁷⁶ á sviði samtvinnunar eru skoðaðar er ljóst að almennt er gert ráð fyrir því að samtvinnun af hálfu markaðsráðandi fyrirtækis, sem gerir kaup á ákveðinni vöru eða þjónustu á einum markaði að skilyrði fyrir kaupum á annarri vöru eða þjónustu á öðrum markaði, felur í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu ef hún er talin takmarka samkeppni. Ef til eru hlutlæg rök sem réttlæta samtvinnunina, t.d. að því er varðar eðli þeirra vöruhegunda sem tvinnuðar eru saman, er ekki talið að um samtvinnun sé að ræða.⁷⁷ Samtvinnun af hálfu markaðsráðandi fyrirtækis er almennt talin hafa skaðleg áhrif á samkeppni þar sem hún útilokar keppinauta frá markaði. Í máli þessu er upplýst að Landssíminn er markaðsráðandi fyrirtæki á öllum þeim mörkuðum er málið varða, þ.e. á einstaklingsmörkuðum fyrir sí tengda Internettengingu, Internet-, talsíma- og GSM þjónustu. Óumdeilt er í málinu að Landssíminn hefur tvinnuð saman þjónustu á tveimur þessara markaða. Þrátt fyrir að kaup beggja þjónustubátta séu skilyrði þess að

⁷⁵ Sbr. t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar í máli vegna Microsoft (COMP/C-3/37.792 *Microsoft*, frá 24. mars 2004).

⁷⁶ Sbr. t.d. dóm EB dómstólsins í s.k. Tetra Pak II máli (C-333/94P *Tetra Pak v Commission*) og Hilti málinu (T-30/89 *Hilti v Commission*).

⁷⁷ Í fræðiritum á sviði samkeppnisréttar eru oft tekin dæmi um hnappa á skyrtum og dekk undir bíl. Þar sem það er almennt tilgangslaust í markaðslegu tilliti að selja skyrtur án hnappa eða bíla án dekkja er það almennt ekki talið til samtvinnunar að gera slíkt.

hljóta afslátt gerir Landssíminn hins vegar kaup þeirra ekki að skyldu, þ.e. viðskiptavinum stendur til boða að kaupa einungis aðra þjónustutegundina. Þar sem afslátturinn er skilyrtur við kaup á tveimur þjónustuliðum verður að mati samkeppnisráðs að líta til þess hvort afslátturinn sem fyrirtækið veitir geti talist ósanngjarn og til þess fallinn að hafa skaðleg áhrif á samkeppni. Upplýst er í málinu að hinir samvinnuðu þjónustuliðir í tilboðinu voru hvor um sig ekki seldir undir kostnaðarverði, sbr. kafla III. 4. Vodafone hefur í máli þessu ekki vísað til þess að það sé fyrirtækinu ómögulegt, hvorki tæknilega né fjárhagslega, að gera viðskiptavinum svipuð tilboð enda hefur fyrirtækið tvinnað saman svipaða þjónustuþætti og Landssíminn. Samkvæmt gögnum málsins tilkynnti Landssíminn sjálfstæðum Internetþjónustuveitum, sem kaupa ADSL tengingar af Landssímanum, um fyrirhugaða samvinnun ADSL tenginga og GSM þjónustu tæpri viku áður en tilboðið tók gildi.⁷⁸ Samkeppnisráði þykir hinn stutti frestur sem Internetþjónustuveitum var veittur til þess að undirbúa eigin tilboð gagnrýniverður. Í því samhengi er unnt að benda á að þær deildir Landssímans sem þátt tóku í tilboðinu höfðu mun lengri tíma til að undirbúa kynningu á því þar sem þær tóku þátt í undirbúningi tilboðsins sjálfs frá upphafi. Möguleikar keppinauta á því að taka þátt í tilboði Landssímans með einhverjum hætti voru þannig takmarkaðir. Á þetta sérstaklega við ef tekið er tillit til undirbúnings tilboða, kynningar á þeim og tilkynningu til viðskiptavina, sem einnig kaupa GSM þjónustu af Landssímanum í áskrift, um að tilboð Landssímans stæði þeim einnig til boða.

Samkeppnisráð telur að einnig verði að líta sérstaklega til Internetþjónustuaðila sem leigja heimtaugar af Landssímanum. Ljóst er að þessi fyrirtæki kaupa ekki ADSL tengingar af Landssímanum heldur leigja heimtaugar fyrirtækisins og nýta eigin búnað í símsstöðvum til þess að bjóða viðskiptavinum DSL þjónustu. Einungis einn keppinautur Landssímans sem leigir heimtaugar fyrirtækisins, þ.e. Vodafone, býr einnig yfir GSM kerfi. Það var því einungis stærsti keppinautur Landssímans sem hafði tæknilega burði til þess að gera viðskiptavinum sínum svipað tilboð en ekki aðrir, sbr. niðurstöðu samkeppnisráðs í framangreindri ákvörðun nr. 2/2000. Þegar litið er til málavaxta í heild sinni er það mat samkeppnisráðs að framangreind háttsemi sé líkleg til þess að hafa skaðleg áhrif á samkeppni á einstaklingsmarkaði fyrir fjarskiptaþjónustu.

5.4. Tryggðarafslættir

Kynning Landssímans á tilboðinu gaf til kynna að þeir viðskiptavinir Landssímans sem sýndu fyrirtækinu tryggð og keyptu því sem næst alla fjarskiptaþjónustu af fyrirtækinu myndu njóta þess í betri kjörum.

⁷⁸ Tölvupóstur var sendur til endursöluaðila ADSL þjónustu Landssímans þann 25. maí 2004 kl. 17:09 og tilkynnt um fyrirhugað tilboð. Kynning á „Allt saman hjá Símanum“ tilboði fyrirtækisins hófst 2. júní 2004.

Greint hefur verið frá því að tryggðarafslættir í skilningi samkeppnisréttarins eru þeir afslættir sem fyrirtæki veitir viðskiptavinum sínum sem sýna því ákveðna tryggð, þ.e. kaupa sem mesta eða alla þá vöru eða þjónustu sem þeir þurfa á ákveðnum mörkuðum af fyrirtækinu. Tryggðarafslættir eru taldir hafa sömu áhrif og einkakaupasamningar, þ.e. að viðskiptavinir kaupi eingöngu eða sem mest af vöru eða þjónustu af einum aðila á markaði.⁷⁹ Þetta hefur þau áhrif að útiloka aðra keppinauta frá viðskiptunum. Tryggðarafslætti verður einnig að skoða með tilliti til lengdar þess tíma sem þeir hafa áhrif á viðskiptavinina eða binda þá í viðskiptum. Eftir því sem áhrif afsláttar sem veldur tryggð hjá viðskiptavinum varir lengur þeim mun meiri líkur eru á því að afslátturinn útiloki aðra frá viðskiptum. Sé tímabilið stutt minnka útilokunaráhrifin og þar með líkurnar á því að afslættirnir verði taldir hafa skaðleg áhrif.⁸⁰ Tryggðarafslættir eru í mörgum tilvikum eftirágreiddir, þ.e. afslátturinn fæst fyrst greiddur eftir að viðskiptavinurinn hefur sýnt tryggð í ákveðinn tíma.

Vodafone telur að samkvæmt tilboði Landssímans sé gerð krafa um að viðskiptavinir beini viðskiptum sínum að öllu eða mestu leyti til Landssímans. Slíkt feli í sér tryggðarafslætti og sé ólöglegt háttsemi af hálfu markaðsráðandi fyrirtækis.

Landssíminn hefur í máli þessu hafnað því að um tryggðarafslætti sé að ræða í skilningi samkeppnisréttarins. Fyrirtækið hefur bent á að samkeppnisyfirvöld verði að sýna fram á skaðleg áhrif afsláttar og geti ekki byggt á e.k. *per se* banni við tryggðarafsláttum. Landssíminn bendir að lokum á að áhrif tilboðsins hafi verið mjög takmörkuð þar sem yfirgnæfandi meirihluti þeirra sem hafi skráð sig í tilboðið hafi þegar verið í viðskiptum við félagið. Um [...] %⁸¹ þeirra sem skráðu sig í „Allt saman hjá Símanum“ að því er varðar ADSL þjónustu hafi þegar verið í viðskiptum við Landssímamann. Það sama hafi gilt um [...] % viðskiptavina í GSM þjónustu og yfir [...] % í talsímaþjónustu.⁸²

Samkeppnisráð telur unnt að staðhæfa að þeir fjórir þjónustubættir sem tilboð Landssímans tók til, þ.e. GSM-, talsíma- og Internetþjónusta auk sítengdrar Internettengingar, feli í sér alla þá fjarskiptaþjónustu sem flest heimili og/eða einstaklingar, kunna að nýta sér. Yfirlýstur tilgangur tilboðs Landssímans var samkvæmt fréttatilkynningu fyrirtækisins, dags. 4. júní 2004, að verðlauna þá viðskiptavinum fyrirtækisins sem eiga í viðskiptum við fyrirtækið hvað varðar alla eða sem mesta fjarskiptaþjónustu. Eins og rakið hefur verið fól tilboð Landssímans hins

⁷⁹ Í ákvörðun framkvæmdastjórnar EB í máli *BPB Industries* (OJ [1989] L 10/50) var sú staða uppi að viðskiptavinir BPB Industries (móðurfyrirtæki British Gypsum) fengu sérstakan afslátt fyrir að endurselja eingöngu gifspöltur frá BPB.

⁸⁰ Sbr. ákvörðun framkvæmdastjórnar EB í *Coca Cola/San Pelligrino málinu* (OJ [1981] L353/33). Í því máli voru afslættirnir einnig magn-/árangurstengdir og miðuðust við þriggja mánaða tímabil. M.a. þar sem um stutt tímabil var að ræða gerði framkvæmdastjórnin ekki athugasemdir við samninginn.

⁸¹ Fellt úr vegna trúnaðar.

⁸² Fellt úr vegna trúnaðar.

vegar ekki í raun í sér að viðskiptavinir yrðu að kaupa alla þá fjóra þjónustuliði sem tilgreindir voru í tilboðinu til þess að njóta þeirra afslátta sem í því fólust, heldur eingöngu tvo. Í tilboði Landssímans og kynningu á því fólst hins vegar að viðskiptavinum var gefið í skyn að tryggð þeirra yrði verðlaunuð keyptu þeir alla fjarskiptaþjónustu af fyrirtækinu. Þegar tekið er tillit til háttsemi Landssímans í heild sinni og þeirra atriða sem lýst hefur verið hér að framan er það mat samkeppnisráðs að framangreind háttsemi hafi verið líkleg til þess að hafa útilokandi áhrif á mörkuðum fyrir fjarskiptaþjónustu til einstaklinga. Með áskriftartilboði Landssímans voru neytendur hvattir til þess að eiga eingöngu viðskipti við hið markaðsráðandi fyrirtæki á þeirri forsendu að tryggð þeirra yrði verðlaunuð. Þegar litið er til annarra þátta tilboðsins og málavaxta í heild sinni telur samkeppnisráð að slíkt hafi skaðleg áhrif á samkeppni.

6.

Niðurstöður dregnar saman – misnotkun á markaðsráðandi stöðu

Unnt er að draga saman niðurstöður úr 5. kafla þessarar ákvörðunar þannig að Landssíminn hafi viljandi og meðvitað villt um fyrir neytendum og viðskiptavinum sínum með kynningu á tilboði fyrirtækisins. Samtímis tvinnuði fyrirtækið saman ólíka þjónustubætti sem margir keppinauta þess áttu ekki möguleika á að gera og gaf í skyn að viðskiptavinir þyrftu að sýna fyrirtækinu meiri tryggð en í raun var nauðsynleg til þess að njóta hinna auglýstu tryggðarkjara. Þegar þetta er metið í heild sinni er það mat samkeppnisráðs að Landssíminn hafi á alvarlegan hátt skekkt samkeppnina á hinum skilgreindu mörkuðum málsins og þannig misnotað markaðsráðandi stöðu sína og brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga.

7.

Viðurlög

Landssíminn hefur gert athugasemdir vegna boðaðra hugsanlegra sekta í máli þessu. Er það skoðun Landssímans að það sé óvenjuleg og sérstæð túlkun samkeppnislaga að heimfæra háttsemi fyrirtækisins undir 11. gr. samkeppnislaga sem ekki eigi sér fordæmi. Verði slíkt gert sé eðlilegt að sektir falli niður og vísar fyrirtækið til fordæma í ákvörðunum samkeppnisráðs í slíkum tilvikum.

Eins og fram hefur komið er það ekki skoðun samkeppnisráðs að unnt sé að líta til kynningar á tilboði Landssímans sem einangraðs atriðis eða sérstaks brot gegn samkeppnislögum í máli þessu. Samkeppnisráð kys að líta til háttsemi Landssímans í heild sinni eins og hún birtist í áskriftartilboði fyrirtækisins og kynningu þess og markaðssetningu enda er það mat ráðsins að áhrif háttseminnar á samkeppni komi fram í öllum þáttum áskriftartilboðsins.

Með vísan til athugasemda Landssímans, að tiltölulega fáir einstaklingar skráðu sig í „Allt saman hjá Símanum“ á gildistíma tilboðsins, þ.e. einungis um [...] manns og að

tilboðið stóð einungis í þrjár vikur er það mat samkeppnisráðs að beiting heimildar samkvæmt 52. gr. samkeppnislaga sé óþörf í máli þessu.

Með heimild í 17. gr. samkeppnislaga ógildir samkeppnisráð „Allt saman hjá Símanum” áskriftartilboð Landssímans.

V.

Ákvörðunarorð:

„Landssími Íslands hf. hefur brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga nr. 8/1993 með því að bjóða og kynna áskriftartilboðið „Allt saman hjá Símanum”. Með vísan til 17. gr. samkeppnislaga er áskriftartilboðið ógilt.“