



SAMKEPPNISEFTIRLITIÐ

3. apríl, 2012
Ákvörðun nr. 7/2012

Ólögmatúr verðþrýstingur Símans hf. á farsímamarkaði

Efnisyfirlit

	Bls.
I. UPPHAF MÁLS OG MÁLSMEÐFERÐ	3
1. Aðdragandi að rannsókn Samkeppniseftirlitsins.....	3
2. Rannsókn Samkeppniseftirlitsins og umsagnir málsaðila.....	4
2.1 Útvíkkun málsins.....	5
2.1.1 Markaðsgreining PFS o.fl.	5
2.1.2 Misræmi í verðlagningu Símans.....	7
2.2 Nánari upplýsingar frá PFS	11
2.3 Fyrra andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins	13
2.4 Umsögn Símans og Nova.....	14
2.5 Nýjar upplýsingar Símans (kostnaðargreining)	16
2.9 Nýtt andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins.....	21
II. UM ATHUGASEMDIR SÍMANS VIÐ AÐILD NOVA O.FL.	22
1. Um aðild Nova	22
2. Um réttmætar væntingar	23
3. Um mannréttindi Símans.....	24
4. Um brot á rannsóknarreglunni	25
5. Um valdmörk.....	27
III. MARKAÐIR MÁLSINS OG STAÐA FYRIRTÆKJA Á ÞEIM	30
1. Skilgreining markaðarins.....	30
1.1 Sjónarmið Símans	30
1.2 Mat Samkeppniseftirlitsins	30
1.2.1 Þjónustumarkaðir	31
1.2.2 Landfræðilegur markaður	36
2. Staða Símans á skilgreindum mörkuðum	36
2.1 Sjónarmið Símans	37
2.2 Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins	38
2.2.1 Forsaga Símans, eldri mál	40
2.2.2 Markaðshlutdeild, tekjur o.fl.	43
2.2.3 Ætluð sameiginleg markaðsráðandi staða	47
2.2.4 Staða Vodafone á heildsölumarkaði o.fl.	49
IV. BROT SÍMANS.....	52
1. Almenn um ákvæði 11. gr. samkeppnislaga	52
2. Verðþrýstingur og 11. gr. samkeppnislaga	55
2.1 Deutsche Telekom málið	58
2.2 TeliaSonera málið.....	60



2.3	Telefónica málið	62
2.4	Proximus málið	62
2.5	Niðurstaða.....	64
3.	Aðgerðir Símans	64
3.1	Inngangur	65
3.2	Kostnaðargreining Símans í kjölfar fyrra andmælaskjals.....	67
3.3	Heildsölu- og smásöluverðlagning Símans	68
3.4	Verðþrýstingur Símans.....	69
3.4.1	Tímabilið 1. maí 2001 til 1. september 2006.....	71
3.4.2	Tímabilið frá 1. september 2006 til ársloka 2007.....	71
3.4.3	Möguleg áhrif áskriftartekna og innifalinnar notkunar.....	74
3.4.4	Niðurstaða um verðþrýsting.....	78
3.5	Samkeppnisleg áhrif	78
3.5.1	Aðgangur að farsímaneti Símans er nauðsynlegur fyrir keppinauta	79
3.5.2	Umfang verðþrýstings Símans.....	80
3.5.3	Aðstæður á markaðnum.....	82
3.5.3	Engin málefnaleg sjónarmið réttlæta verðlagningu Símans	84
3.6	Brot Símans.....	84
3.7.	Um sjónarmið Símans.....	84
3.7.1	Um heildsölu- og smásöluverðlagningu Símans	85
3.7.2	Um gjald vegna upphafs símtala	88
3.7.3	Horfa verði heildstætt á alla þjónustuliði	90
3.7.4	Um að Síminn hafi verið að mæta samkeppni	96
3.7.5	Ekki um að ræða sambærilegar vörur	97
3.7.6	Um að aðgangur að neti Símans sé ekki nauðsynlegur	99
3.7.7	Um að jafn skilvirkur keppinautur hafi getað keppt.....	101
3.7.8	Um eldri mál.....	102
4.	Brot á 54. gr. EES-samningsins.....	103
5.	Upplýsingagjöf Símans.....	104
V.	VIÐURLÖG	113
1.	Um fyrningu	113
2.	Viðurlög	115
VI.	ÁKVÖRÐUNARORÐ:	122



I. UPPHAF MÁLS OG MÁLSMEÐFERÐ

Ákvörðun þessi byggir á rannsókn Samkeppniseftirlitsins á verðlagningu Símans hf. (hér eftir Síminn) á farsímamarkaði eftir að hafa borist kvörtun frá Nova ehf. (hér eftir Nova) með bréfi, dags. 18. janúar 2008, um að Síminn hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 með verðlagningu sinni á viðkomandi markaði. Eftir að hafa aflað gagna frá m.a. Símanum birti Samkeppniseftirlitið fyrirtækinu andmælaskjal, dags. 28. mars 2008.

Í andmælaskjalinu var tekið til athugunar hvort Síminn hefði brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með undirverðlagningu símtala innankerfis í GSM farsímaneti fyrirtækisins og með því að hafa mismunað keppinautum með verðlagningu sinni á viðkomandi markaði.

Eftir að andmælaskjalið var birt lagði Síminn fram nýjar upplýsingar um kostnað við GSM símtöl í farsímaneti fyrirtækisins. Þessar upplýsingar breyttu grunni málsins. Vegna þessara nýju upplýsinga taldi Samkeppniseftirlitið nauðsynlegt að rannsaka málið enn frekar og rita nýtt andmælaskjal, dags. 5. febrúar 2010, sem kom í stað þess eldra og gaf málsaðilum kost á því að tjá sig um þá frumniðurstöðu sem þar kom fram.

Í nýju andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins var m.a. tekið til athugunar hvort Síminn hafi misnotað markaðsráðandi stöðu sína með svonefndum verðþrýstingi (e. „margin squeeze”). Verður tekin afstaða til þessa í ákvörðun þessari.

1. Aðdragandi að rannsókn Samkeppniseftirlitsins

Á liðnum árum hafa allnokkur mál sem varða fjarskiptamarkaðinn sætt íhlutun samkeppnisyrivalda, s.s. mál sem varða misnotkun Símans á markaðsráðandi stöðu, samkeppnishamlandi samráð auk samruna fyrirtækja.¹ Einnig hefur álitum verið beint til ráðherra um lög og reglur sem hafa þótt torveldu frjálsa samkeppni á fjarskiptamarkaði.² Auk framangreindra afskipta samkeppnisyrivalda vinnur Póst- og fjarskiptastofnun (hér eftir PFS) markaðsgreiningu á fjarskiptamarkaði samkvæmt tilskipunum Evrópusambandsins og leggur kvaðir á fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk í þeim tilgangi að móta til framtíðar samkeppnisaðstæður á fjarskiptamarkaði eftir því sem þörf er á.

¹ Sjá m.a. sátt Skipta hf., Símans hf. og Tæknivara ehf. vegna þátttöku í ólögmetu samráði, ákvörðun nr. 41/2010, brot Símans hf. á ákvörðun samkeppnisráðs nr. 10/2005 Samruni Landssíma Íslands hf. og Íslenska sjónvarpsfélagsins hf., ákvörðun nr. 17/2007, Erindi Og fjarskipta hf. vegna meintrar misnotkunar Landssíma Íslands hf. á markaðsráðandi stöðu á farsímamarkaði, nr. 6/2007, Ólögmett samráð Landsvirkjunar, Fjarska ehf. og Símans hf. vegna viðskipta tengdum Fjarska ehf., nr. 34/2006, Samruni Dagsbrúnar hf. og Securitas hf., 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”, nr. 10/2005, Samruni Símans og Íslenska sjónvarpsfélagsins hf., nr. 12/2005, Samruni Og fjarskipta og 365 ljósvaka- og prentmiðla ehf., nr. 1/2005, Ákvörðun til bráðabirgða: Ætluð brot Íslenska sjónvarpsfélagsins á ákvörðun samkeppnisráðs, nr. 2/2004, Ákvörðun til bráðabirgða: Krafa Og fjarskipta hf. um að beitt verði íhlutun gagnvart Landssíma Íslands hf. vegna tilboðs fyrirtækisins sem gengur undir nafninu „Allt saman hjá Símanum”, nr. 23/2002, Kvörtun Halló!-Frjálsra fjarskipta ehf. vegna misnotkunar Landssíma Íslands hf. á markaðsráðandi stöðu, nr. 34/2001, Kvörtun vegna misnotkunar Landssíma Íslands hf. á markaðsráðandi stöðu við gerð samnings við Hafnarfjarðarbæ um síma- og gagnaflutningsþjónustu, nr. 17/1999, Erindi Tals hf. um verðlagningu á GSM-þjónustu Landssíma Íslands hf., nr. 4/1999, Erindi Islandia ehf. um endurgjaldslausa Internetþjónustu Landssíma Íslands hf., nr. 21/1998, Breiðband Landssíma Íslands hf., nr. 41/1997, Tilboð Pósts og síma hf. á farsímunum og farsímaþjónustu til félaga í FBÍ., nr. 11/1997, Internetþjónusta Pósts og síma.

² Sjá m.a. álit nr. 6/1999, Erindi Tals hf. um GSM-þjónustu Landssíma Íslands hf., og nr. 8/1995, Erindi Samtaka seljenda fjarskiptabúnaðar og fleiri aðila vegna reglugerðar um Póst- og símamálastofnun.



Segja má að eftirlit með þessum markaði undirstriki mikilvægi fjarskiptamarkaðarins fyrir atvinnulíf og neytendur sem og mikilvægi þess að þar ríki virk samkeppni. Almennigur er lang stærstur hluti viðskiptavina á þessum markaði og þær vörur og þjónusta sem markaðurinn hefur upp á að bjóða eru að miklu leyti nauðsynjavörur. Því er mikilvægt að stjórnvöld hlúi vel að þessum markaði og tryggi að neytendur njóti góðs af virkri samkeppni.

Með bréfi, dags. 19. desember 2007, barst PFS fyrirspurn frá Nova um breytingu á gjaldskrá Símans á verði símtala til Nova. Í samræmi við 7. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993 var umrætt erindi Nova áframsent til Samkeppniseftirlitsins með þeirri ábendingu að eftirlitið tæki það til skoðunar hvort fyrrnefnd aðgerð Símans stæðist ákvæði samkeppnislaga nr. 44/2005. Í kjölfar þess barst Samkeppniseftirlitinu síðan erindi frá Nova með bréfi, dags. 18. janúar 2008, þar sem kvartað er yfir ætlaðri misnotkun Símans á markaðsráðandi stöðu félagsins á farsímamarkaði. Að mati Nova varðar háttsemi Símans verðlagningu á farsímaþjónustu á smásölumarkaði sem beinist að Nova með sértækum hætti. Í erindi Nova var gerð krafa um að Samkeppniseftirlitið beitti heimild sinni til að taka bráðabirgðaákvörðun í málinu.

Í erindi Nova til Samkeppniseftirlitsins var kvartað yfir því að Síminn hafi haft hærra verð á símtölum úr farsímaneti Símans í farsímanet Nova en á símtölum úr farsímaneti Símans í farsímanet Og fjarskipta ehf. (hér eftir Vodafone). Þannig kostaði hver mínúta úr farsímaneti Símans í farsímanet Nova 28,00 kr. en 22,00 kr. í farsímanet Vodafone. Nova benti jafnframt á að sama misræmi hafi verið í verðlagningu Símans á símtölum úr fastlínukerfi (talsímaneti) fyrirtækisins í farsímakerfi Nova annars vegar og Vodafone hins vegar. Þannig hafi mínútuverð símtala úr fastlínukerfi Símans í farsímakerfi Nova hækkað úr 21,00 kr. í 25,00 kr. samanborið við 21,00 kr. í farsímakerfi Vodafone. Nova tók fram að Síminn hafi aldrei áður viðhaft mismunandi smásöluverð á símtölum sem lokið hafi verið í kerfum annarra þótt heildsöluverð til Símans hafi verið misjafnt og/eða breytilegt.

Nova bendir á að í júlí árið 2006 hafi PFS birt markaðsgreiningu á markaði 16 sem er heildsölumarkaður fyrir lúkningu símtala í einstökum farsímanetum. Í greiningunni hafi PFS komist að þeirri niðurstöðu að bæði Síminn og Vodafone væru markaðsráðandi á viðkomandi markaði og hafi verið lagðar kvaðir á fyrirtækin um að samræma lúkningsverð til lækkunar þar til það væri eins hjá þeim báðum þann 1. júní 2008. Nova tekur fram að þrátt fyrir lækkun lúkningsverðs í heildsölu hafi Síminn ekki lækkað smásöluverð sitt í kjölfarið eins og væntingar PFS hefðu staðið til heldur eingöngu hækkað smásöluverð á símtölum sem lokið sé í kerfi Nova. Leiði það til þess að samkeppni sé hamlað og innkoma Nova gerð erfiðari fyrir vikið. Nova telur að með því að Síminn viðhafi ólíka verðlagningu gagnvart viðskiptavinum sínum þegar hringt sé í viðskiptavinum Nova annars vegar og Vodafone hins vegar, sé Síminn uppvís að mismunun á milli aðila á markaði sem ekki byggir á málefnalegum rökum. Nova telur að sú háttsemi Símans brjóti gegn 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005.

2. Rannsókn Samkeppniseftirlitsins og umsagnir málsaðila

Samkeppniseftirlitið sendi Símanum erindi Nova til umsagnar með bréfi, dags. 22. janúar 2008. Í bréfinu var Símanum gefinn kostur á því að koma fram með athugasemdir er lúti



sérstaklega að kröfu Nova um bráðabirgðaákvörðun í málinu og einnig um erindi Nova að öðru leyti.

Athugasemdir Símans bárust með bréfi, dags. 28. janúar 2008. Í bréfinu er því hafnað að háttsemi Símans fari gegn samkeppnislögum og mótmælir fyrirtækið því sérstaklega að skilyrði séu til að taka bráðabirgðaákvörðun samkvæmt 3. mgr. 16. gr. samkeppnislaga í málinu.

Er tekið fram að muninn á verðlagningu símtala úr farsímaneti fyrirtækisins í farsímanet Nova annars vegar og í farsímanet Vodafone hins vegar megi rekja til þess að lúkningargjöld Nova (kostnaður við að ljúka símtölum í neti Nova) séu mun hærrí en hjá Vodafone, þ.e. 12,50 kr. án virðisaukaskatts (hér eftir vsk.) hjá Nova en 8,64 kr. án vsk. hjá Vodafone. Síminn gæti þess að hafa hlutfallslega sömu álagningu á kostnaðarverð símtala úr farsímakerfi Símans í farsímakerfi Nova annars vegar og Vodafone hins vegar.

Í bréfinu hafnar Síminn því að hafa viðhaft háttsemi sem sé til þess fallin að hindra innkomu Nova á markaðinn. Tekið er fram að smásöluverðlagning Símans sé ekki til þess fallin að valda Nova ólögmætu samkeppnislegu tjóni heldur ætti verðlagningin að gera Símanum sjálfum erfiðara fyrir í samkeppni við Nova þar sem verð viðskiptavina Símans hafi hækkað. Þá er tekið fram að í kjölfar lækkunar á lúkningargjöldum hafi Síminn haft forsendu til að hafa innifaldar mínútur í smásöluverði án tillits til þess í hvaða farsímakerfi sé hringt. Með þeim hætti hafi lægra lúkningsarverð í kjölfar ákvörðunar PFS skilað sér í lægra smásöluverði til notenda.

2.1 Útvíkkun málsins

Samkeppniseftirlitið tilkynnti Símanum með bréfi, dags. 11. febrúar 2008, að við nánari skoðun á móttæknum gögnum teldi eftirlitið að rétt væri að útvíkka rannsóknarefnið í þessu máli. Athugun Samkeppniseftirlitsins myndi þannig einnig taka til þess hvort Síminn hefði hugsanlega farið gegn 11. gr. samkeppnislaga með undirverðlagningu símtala sem ættu sér bæði upphaf og lúkningu í farsímakerfi Símans. Óskað var sérstaklega eftir skýringum frá Símanum á mögulegu misræmi í smásöluverðlagningu félagsins og undirliggjandi kostnaði í GSM farsímaneti félagsins eftir því hvort símtalið væri innankerfis hjá Símanum eða endaði í farsímaneti Nova eða Vodafone.

Síminn óskaði eftir fundi með Samkeppniseftirlitinu í kjölfar móttöku bréfsins. Fundur var haldinn þann 14. febrúar 2008 og fór Síminn yfir sjónarmið fyrirtækisins í málinu sem koma einnig fram í tveimur bréfum fyrirtækisins til Samkeppniseftirlitsins sem bæði eru dagsett 15. febrúar 2008. Upplýst var m.a. á fundinum að mistök hafi verið gerð hjá Símanum með því að hafa sama smásöluverð 28,00 kr. úr farsímaneti Símans í farsímanet Nova án tillits til áskriftaleiða og frelsis eins og fram kemur í töflu 3 hér á eftir. Tilkynnt var á fundinum að það hafi verið leiðrétt þannig að mínútuverð símtala úr farsímakerfi Símans í farsímakerfi Nova fyrir áskrifta leiðina „Bestur“ færi í 27,50 kr. og áskriftina „Langbestur“ í 27,00 kr. að öðru óbreyttu.

2.1.1 Markaðsgreining PFS o.fl.

Við mat á lögmæti aðgerða Símans verður að líta til ákvörðunar PFS, dags. 20. júlí 2006, þar sem lagt var fyrir Símann og Vodafone að gæta jafnræðis við gerð samninga um



Lúkningu símtala í GSM farsímanetum fyrirtækjanna (markaður nr. 16). Í ákvörðuninni segir um þetta atriði:

„Með heimild í 30. gr. fjarskiptalaga er lögð kvöð á Símann og Vodafone að gæta jafnræðis við gerð samninga um lúkningu símtala í GSM farsímanetum sínum. Félögin skulu veita öllum kaupendum á lúkningu símtala í heildsölu, þ.m.t. eigin deildum, þjónustu með sambærilegum skilmálum, verðum og gæðum. Aðgang að netinu skal veita innan sambærilegs tíma. Síminn skal haga starfsemi sinni með þeim hætti að meðferð upplýsinga sem fram koma við gerð og framkvæmd samtengissamninga sé í samræmi við 26. gr. fjarskiptalaga. Óheimilt er að afhenda öðrum upplýsingar um viðskipti við önnur fyrirtæki um lúkningu símtala, þ.á.m. öðrum deildum fyrirtækisins, dótturfyrirtækjum eða samstarfsaðilum.“

Samkvæmt kvöðum PFS á heildsölumarkaði skulu Síminn og Vodafone veita öllum kaupendum á lúkningu símtala í heildsölu, þ.m.t. eigin deildum, þjónustu með sambærilegum skilmálum, verði og gæðum. Þá var auk þess lögð á kvöð um aðlögun lúkningargjalds og tengigjalds milli Símans og Vodafone eins og sjá má í töflu 1 og töflu 2:

Tafla 1. Lúkningargjald³ í farsímaneti Símans og Vodafone, fjárhæðir án vsk.

Lúkningargjald	1.6. 2003	1.9. 2006	1.6. 2007	1.12. 2007	1.6. 2008
Síminn	8,92	8,56	8,21	7,85	7,49
Vodafone	13,50	10,95	9,80	8,64	7,49

Tafla 2. Tengigjald milli farsímanet Símans og Vodafone, fjárhæðir án vsk.

Tengigjald	1.6. 2003	1.9. 2006	1.6. 2007	1.12. 2007	1.6. 2008
Síminn	0,68	0,51	0,34	0,17	0,00
Vodafone	0,99	0,74	0,50	0,25	0,00

Síminn kærði ákvörðun PFS um lækkun lúkningargjalds til úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála en í kæru fyrirtækisins, dags. 16. ágúst 2006, segir:

„Síminn byggir á að núverandi verðlagning, þ.e. 8,92 kr. að viðbættu 0,68 kr. tengigjaldi, endurspegli þau verð sem með sanngirni er hægt að ætlast til af hagkvæmt reknu farsímafyrirtæki í fámennu en strjálbýlu landi. Af þessu leiðir að Síminn hafnar sem röngum órökstuddum fullyrðingum PFS um að lúkningarverð Símans séu töluvert umfram raunverulegan kostnað fyrirtækisins.“⁴

Síminn hélt því fram í framangreindri kæru til úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála að 8,92 kr. endurspeglaði eðlilegt kostnaðarverð fyrir lúkningu símtala í farsímaneti

³ Með lúkningargjaldi í þessu skjali er átt við heildsöluverð fyrir lúkningu símtala í viðkomandi GSM farsímanet. Einnig er notast við orðatiltækið *verð fyrir lúkningu símtala í GSM farsímanet* sem þýðir það sama og lúkningargjald hér að framan. Lúkningargjald Símans var það sama á daginn og kvöldin en hjá Vodafone var það 13,50 kr. á daginn en 11,15 á kvöldin þann 1. júní 2003, sjá nánar í töflu 9.

⁴ Sjá bls. 24 í úrskurði úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála í ágreiningsmáli nr. 12/2006: [http://pfs.is/upload/files/Urskurdur%20nr%2012%202006_Siminn%20og%20OGF%20og%20PFS\(1\).pdf](http://pfs.is/upload/files/Urskurdur%20nr%2012%202006_Siminn%20og%20OGF%20og%20PFS(1).pdf)



fyrirtækisins. Þótt í kæru Símans sé fjallað um lúkningargjald þá eru rök og sjónarmið Símans á þá leið að kostnaður við upphaf og lúkningu símtala sé samsvarandi fjárhæð. Í því sambandi má m.a. nefna að í gildandi reikisamningi Símans við Nova er samsvarandi gjald innheimt fyrir upphaf símtals og lúkningu. Þar er kveðið á um mínútagjald fyrir uppruna símtala annars vegar og lúkningu hins vegar frá 7,70 kr. án vsk. til 9,20 kr. án vsk. fyrir hvorn legg eftir fjölda senda sem reikað er um.

PFS hefur einnig tekið til skoðunar heildsölumarkað fyrir upphaf og aðgang símtala í farsímanetum (markaður nr. 15). Ákvörðun PFS, dags. 5. febrúar 2007, hafði m.a. að geyma eftirfarandi kvöð um jafnræði:

„Með heimild í 30. gr. fjarskiptalaga er lögð kvöð á Símann um jafnræði bæði hvað varðar verð og önnur skilyrði. Jafnræðiskvöðin skal gilda fyrir allar tegundir af heildsöluaðgangi, þ.á.m. innanlandsreiki, endursölu, sýndarnet, samhýsingu og samnýtingu. Sú deild Símans sem sér um veitingu aðgangs skal vera aðgreind frá öðrum deildum fyrirtækisins og skal veita öllum sambærilega þjónustu. Miðlun upplýsinga frá deildinni skal vera með sambærilegum hætti til óskyldra aðila og til annarra deilda fyrirtækisins. Meðferð upplýsinga sem Síminn öðlast við gerð samninga um aðgang skal vera í samræmi við 26. gr. fjarskiptalaga.“

Samkvæmt ákvörðun PFS skal Síminn gæta jafnræðis á heildsölumarkaði fyrir upphaf og aðgang símtala í farsímaneti fyrirtækisins hvað varðar verð og önnur skilyrði.

2.1.2 Misræmi í verðlagningu Símans

Við athugun á verðlagningu Símans kom í ljós að sé jafnræðis gætt í samræmi við ákvarðanir PFS á farsíamarkaði fyrir upphaf og lúkningu símtala í farsímaneti fyrirtækisins stendur verðlagning Símans í smásölu ekki undir kostnaði fyrir innankerfissímtöl. Það misræmi í verðlagningu Símans má rekja til þess er Síminn ákvað að breyta verði á innankerfissímtölum til áskrifenda sinna úr 15 kr. í 11 kr. með vsk. á mínútu þann 1. maí 2001 á sama tíma og lúkningargjald í GSM farsímanet fyrirtækisins var 14,94 kr. með vsk. á mínútu. Í töflu 3 má sjá smásöluverð Símans samkvæmt gjaldskrá fyrirtækisins þann 11. desember 2007 fyrir símtöl sem eiga sér uppruna í farsímaneti Símans og enda í farsímaneti Nova, Vodafone eða eigin farsímaneti Símans.⁵ Fjórum dögum síðar hækkaði Síminn verð fyrir símtöl sem hófust í GSM farsímaneti fyrirtækisins og lauk í farsímaneti Nova samkvæmt fréttatilkynningu þess efnis þann 14. desember 2007.⁶ Verð Símans á mínútu í farsímanet Nova var 22 kr. á mínútu fyrir áskriftir og 23 kr. á mínútu fyrir Frelsi en hækkaði hvort tveggja í 28 kr. á mínútu á meðan önnur verð héldust óbreytt.

Tafla 3. Verð símtala á mínútu hjá Símanum þann 15. desember 2007.

⁵ Sjá verðskrá Símans, dags. 11. desember 2007: <http://wayback.vefsafn.is/wayback/20071211121359/http://www.siminn.is/forsida/einstaklingar/farsiminn/verd/nanar/store466/item31464/> og http://wayback.vefsafn.is/wayback/20071211110247/http://www.siminn.is/forsida/einstaklingar/farsiminn/frels_i_verd/nanar/store466/item31468/. Sjá bls. 1 í erindi Nova til Samkeppniseftirlitsins, dags. 18. janúar 2008.

⁶ Sjá erindi Nova til Samkeppniseftirlitsins, dags. 18. janúar 2008, bls. 1 og fskj. 1.



Hringt í farsímanet:	NOVA	VODAFONE				Símans (innankerfissímtöl)			
Áskriftir og frelsi hjá Símanum	Áskriftir/ Frelsi	Góður/ betri	Bestur	Lang- bestur	Frelsi	Góður/ betri	Bestur	Lang- bestur	Frelsi
Smás.verð m/vsk	28,00	22,00	21,50	21,00	23,00	11,00	10,50	10,00	11,00
-vsk	-5,51	-4,33	-4,23	-4,13	-4,53	-2,16	-2,07	-1,97	-2,16
Smás.verð án vsk	22,49	17,67	17,27	16,87	18,47	8,84	8,43	8,03	8,84
- Lúkningarverð	-12,50	-8,64	-8,64	-8,64	-8,64	-7,85	-7,85	-7,85	-7,85
Eftirst. án vsk.	9,99	9,03	8,63	8,23	9,83	0,99	0,58	0,18	0,99

Liðurinn „eftirstöðvar án vsk.“ í töflu 3 er sú fjárhæð sem eftir stendur af smásöluverði Símans þegar búið er að draga frá kostnað vegna lúkningar símtals en þá á eftir að gera ráð fyrir kostnaði vegna upphafs símtals og smásöluálagningu. Gengið er hér út frá því að sama kostnaðarverð sem þá var í gildi fyrir lúkningu símtals að fjárhæð 7,85 kr. á mínútu án vsk. gildi fyrir innankerfissímtöl hjá Símanum og fyrir símtöl úr öðrum farsímakerfum, sbr. ákvörðun PFS á markaði 16. Eins og sjá má af innankerfissímtölum Símans er einungis innan við ein króna (0,18 kr. – 0,99 kr.) eftir til að standa straum af kostnaði vegna upphafs símtala og fyrir smásöluálagningu. Ef stuðst er við lúkningarverð 8,92 kr. á mínútu án vsk. sem Síminn hefur sjálfur talið rétt og nauðsynlegt eru þessar eftirstöðvar enn lægri upphæð en fram kemur í töflunni.

Með því að engar upplýsingar lágu fyrir um að mismunur á smásöluverði símtala innan farsímanets og milli farsímaneta byggðist á hlutlægum kostnaðarlegum forsendum óskaði Samkeppniseftirlitið með bréfi, dags. 11. febrúar 2008, eftir skýringum Símans á því hvernig eftirstöðvar í töflu 3 skiptust á milli upphafsgjalda og smásöluálagningar. Einnig var óskað eftir skýringum Símans á því hvers vegna smásöluálagning fyrirtækisins væri hærri fyrir símtöl úr farsímaneti Símans í farsímanet Nova en áður hafði tíðkast í farsímanet Vodafone. Loks var óskað eftir skýringum á þeim mismun sem væri á eftirstöðvum af verði símtala í töflu 3 hjá Símanum eftir því hvort hringt væri úr farsímaneti Símans í farsímanet Nova eða farsímanet Vodafone.

Svar við bréfi Samkeppniseftirlitsins barst með tveimur bréfum Símans, dags. 15. febrúar 2008.

Í fyrra bréfi Símans er m.a. fjallað efnislega um kæru Nova til Samkeppniseftirlitsins. Í bréfinu kemur fram að Síminn telji að málið heyri undir valdsvið PFS, sbr. lög um PFS nr. 69/2003 og fjarskiptalög nr. 81/2003 með síðari breytingum. Þá mótmælir Síminn því að fyrirtækið hafi viðhaft samkeppnishamlandi háttsemi með smásöluverðlagningu símtala sem lýkur í farsímakerfi Nova og segir að verðlagning fyrirtækisins eigi sér eðlilegar skýringar út frá mismunandi kostnaði sem liggja til grundvallar. Síminn vísar einnig í fyrirsögn Samkeppniseftirlitsins í bréfi, dags. 11. febrúar 2008, þar sem óskað var eftir skýringum hjá Símanum um mögulegt misræmi í smásöluverðlagningu Símans og undirliggjandi kostnaði. Um þann þátt málsins tekur Síminn fram eftirfarandi:

„Í töflu sem fylgdi erindi PFS (svo, á að vera Samkeppniseftirlitsins), dags. 11. febrúar sl., kemur fram að PFS (svo) telur að Síminn eigi að heimta lúkningu af sjálfu sér á grundvelli ákvörðunar á fjarskiptamarkaði 16 fyrir símtöl innan kerfis. Hið rétta er að lúkning er einungis innheimt þegar hringt er í farsímanet Símans



úr neti annarra fyrirtækja. Um símtöl innan kerfis gildir hins vegar fjarskiptamarkaður 15 þar sem niðurstaða PFS var sú að gjald fyrir heildsöluáðgang þegar símtalið er innan nets Símans skuli vera 6,63 kr."

Síminn gerir síðan að umtalsefni réttmæti verðlagningar markaðsráðandi fyrirtækja og með hvaða hætti hún geti falið í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu.

Síminn heldur því fram að smásöluverðlagning fyrirtækisins sé í fullkomnu samræmi við verðmæti þjónustunnar og þann kostnað sem hljótist af því að veita hana. Til þess að hægt sé að meta hvort verðlagning sé óhófleg verða tvö atriði að liggja fyrir að mati Símans, þ.e. efnahagslegt verðmæti vörunnar og hvort verðlagning sé í skynsamlegum tengslum við það verðmæti. Síminn telur óumdeilt að verðlagning fyrirtækisins hafi ekki verið og sé ekki undir kostnaði heldur hafi verið kvartað yfir því að verðlagningin sé of há þegar kemur að símtölum inn í kerfi Nova. Síminn telur sig hafa sýnt fram á að hlutfallsleg framlegð af símtölum inn í kerfi Nova hafi verið heldur lægri en þegar hringt sé inn í kerfi Vodafone þó með áþekkingu hætti sé. Því telji Síminn ljóst að fyrirtækið hafi ekki brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með því að verðleggja símtöl inn í kerfi Nova með óeðlilega hárrí framlegð.

Varðandi mögulegar sektir segir Síminn að fyrirtækið hafi sýnt fram á að verðlagningin sé grundvölluð á þeim kostnaði sem fylgi þjónustunni. Þá telji Síminn að horfa verði til þess að háttsemi fyrirtækisins hafi takmörkuð, ef einhver, áhrif á viðskiptavinum Nova, starfsemi þess félags eða verðlagningu. Síminn tekur fram að einnig beri að líta til þess að verðlagningin hafi verið og sé í eðlilegu samræmi við kostnað. Þá segir Síminn að fyrirtækið hafi verið í góðri trú vegna verðlagningarinnar enda hafi ákvörðun um hana byggst á hærri kostnaði við að tengjast kerfi Nova miðað við kerfi Vodafone.

Í seinna bréfi Símans til Samkeppniseftirlitsins, dags. 15. febrúar 2008, kemur fram að Síminn telji óviðunandi og andstætt góðum stjórnsýsluháttum að félagið sé undir eftirliti tveggja stjórnvalda á sama tíma um sama efni og segir:

„PFS er sérstaklega komið á fót til að hafa eftirlit með fjarskiptamörkuðum og hefur tekið verulega íþyngjandi ákvarðanir á mörkuðum fyrir farsímaþjónustu. Fjarskiptaeftirlit SE [Samkeppniseftirlitsins] og framfylgd ákvarðana PFS getur því vart átt rétt á sér. Krefst Síminn þess að SE láti af frekari rannsókn málsins.“

Í bréfinu heldur Síminn því fram að Samkeppniseftirlitið rugli saman fjarskiptamarkaði 15 sem er heildsölumarkaður fyrir aðgang og upphaf símtala í farsímanetum og fjarskiptamarkaði 16 sem er heildsölumarkaður fyrir lúkningu símtala í einstökum farsímanetum og segir:

„Felst misskilningurinn í því að SE telur að þegar símtal er allt innan nets Símans skuli smásala Símans greiða heildsöluverð skv. ákvörðun um fjarskiptamarkað 16 eins og um millikerfasímtal væri að ræða og upphafsgjald, sbr. ákvörðun um fjarskiptamarkað 15. Hið rétta er að verð fyrir símtal þar sem allt símtalið er innan farsímanets Símans er ákveðið í ákvörðun um fjarskiptamarkað 15 og skal smásala Símans líkt og aðrir sem kaupa aðgang að farsímakerfi félagsins í heildsölu ekki greiða lúkningaverð á grundvelli ákvörðunar á fjarskiptamarkaði 16. Liggja þar að baki hlutlægar kostnaðarlegar



forsendur þar sem símtal milli farsímaneta er dýrara en símtal innan sama farsímanets, m.a. af þeirri ástæðu að símtal [sem] er allt innan sama farsímanets notast einungis við miðlægjan búnað þess fyrirtækis á meðan símtal sem fer á milli farsímaneta þarf að styðjast við miðlægjan búnað tveggja farsímafyrirtækja."

Varðandi fyrirspurn Samkeppniseftirlitsins um það hvernig eftirstöðvar í töflu 3 skiptist milli kostnaðar fyrir upphaf símtala og smásöluálagningu kemur fram að smásala Símans greiði heildsölu Símans heildsöluverð út frá svokallaðri „smásölu mínus“ aðferð þegar um innankerfissímtal sé að ræða. Þar sé gengið út frá tilteknu smásöluverði Símans að fjárhæð 8,84 kr. án vsk að frádræginni 25% álagningu sem geri 6,63 kr. án vsk. Síminn vísar þar í 403. mgr. í markaðsgreiningu PFS á heildsölumarkaði fyrir upphaf og aðgang símtala í farsímanetum (markaði 15). Síðan segir í bréfi Símans:

„Smásala Símans eða aðrir mögulegir smásalar greiða hins vegar ekki lúkningaverð til heildsölu Símans heldur kemur greiðsla lúkningaverðs einungis til þegar hringt er í önnur farsímanet eða þegar önnur farsímaþjónustufyrirtæki hringja inn í net Símans."

Samkvæmt upplýsingum sem Samkeppniseftirlitið hefur aflað frá PFS var sú málsgrein í markaðsgreiningu PFS sem Síminn vísar í sett fram í dæmaskyni út frá svokallaðri „smásölu mínus“ aðferð til að finna heildsöluverð fyrir sýndarnetsfyrirtæki en 403. mgr. í markaðsgreiningu PFS hljóðar svo:

„Í töflu 9 er tekið dæmi um smásölu mínus aðferðina við útreikning á heildsöluverði þar sem miðað er við 25% frádrátt. Um er að ræða verð fyrir símtal úr GSM neti Símans yfir í GSM net Vodafone. Tekið er mið af almennri áskrift hjá Símanum. Smásöluverð fyrir símtöl úr GSM neti Símans í GSM net Vodafone er 23,9 kr. Fyrst er dreginn frá virðisaukaskattur (4,7 kr.) og næst lúkningagjöld Vodafone (13,5 kr.) Neðanmálsskýring: Lúkningaverð GSM Vodafone er 13,2 kr. og ef umferð fer í gegnum fastanet fyrirtækisins bættist 0,3 kr. við. Eftir standa 5,7 kr. og ef 25% er tekið af 5,7 kr. þá væri heildsöluverð Símans fyrir aðgang og upphaf til endursölu 4,27 kr. á dagtaxta. Hins vegar væri heildsöluverð Símans fyrir innankerfis símtöl 6,63 kr. Neðanmálsskýring: Smásöluverð 11 kr. mínus vsk = 8,84 kr. þar sem allt símtalið er innan nets Símans. Sé 25% álagning tekin af 8,84 kr. þá væri heildsöluverðið 6,63 kr. "

Í þessu tilfalli var tekið gildandi smásöluverð Símans sem þá var 11,00 kr. og reiknað út frá því heildsöluverð 6,63 kr. án vsk. Röksemdir Símans eru þær að 6,63 kr. án vsk. gildi sem heildsöluverð fyrir innankerfissímtöl fyrirtækisins. Fyrirtækið sé þ.a.l. undanskilið jafnræðiskvöð PFS um 7,85 kr. lúkningargjald fyrir innankerfissímtöl samkvæmt ákvörðun PFS á heildsölumarkaði fyrir lúkningu símtala í einstökum farsímanetum (markaði 16). Í svari Símans kemur einnig fram að kostnaðarforsendur símtala sem eigi sér upphaf í farsímaneti fyrirtækisins og endi í öðrum farsímanetum séu þær að smásala Símans greiði heildsölu Símans upphafsgjald fyrir upphaf símtals í farsímaneti fyrirtækisins að fjárhæð



[...] ⁷ kr. án vsk. auk lúkningargjalds í farsímanet annarra fyrirtækja. Ofan á kostnaðarverðið sé síðan lögð álagning smásölu Símans. Fram kemur hjá Símanum að fyrirtækið telji sig hafa fylgt í einu og öllu tilmælum og skyldum PFS á sama tíma og ákvæðum 11. gr. samkeppnislaga hafi verið fylgt í hvívetna. Síminn bendir Samkeppniseftirlitinu á að leita upplýsinga hjá PFS um ástæður og forsendur kvaða sem lagðar hafi verið á Símann hvað varði markað 15 og 16, sem og forsendur og ástæður þess að ákverðið hafi verið að binda markaðinn slíkum kvöðum.

Í framangreindu bréfi Samkeppniseftirlitsins til Símans var einnig kannað hvaða ástæða væri fyrir því að 12,50 kr. lúkningargjald Nova krefðist nú 28,00 kr. smásöluverðs á mínútu hjá Símanum samanborið við 22,00 kr. smásöluverð á mínútu fyrir símtal í farsímanet Vodafone þegar lúkningarverð Vodafone hafi verið 12,10 kr. í byrjun árs 2006. Svar Símans var á þá leið að Síminn bjóði nú innifaldar talmínútur í nýjum áskriftarleiðum óháð því í hvaða farsímanet væri hringt. Þá bendir Síminn á að mismunur á eftirstöðvum annars vegar hjá Nova og hins vegar Vodafone í töflu 3 væri afleiðing af hlutfallsálagningu sem fyrirtækið teldi að væri hin viðurkennda aðferð við útreikning á smásöluverði í viðskiptum. Þá kom fram að Síminn hafi nú lækkað mínútuverð í áskrifaleiðinni „Bestur“ úr 28,00 kr. í 27,50 kr. og „Langbestur“ úr 28,00 kr. í 27,00 kr. sem kæmi til móts við mismun eftirstöðva í töflu 3 vegna símtala úr farsímaneti Símans í farsímanet Vodafone annars vegar og Nova hins vegar.

Síminn mótmælir því að hafa brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga hvort sem litið sé til ákvörðunar um smásöluverðlagningu á símtölum í farsímanet Nova eða smásöluverðlagningu á símtölum þar sem allt símtalið fari fram innan farsímanets Símans. Um sjónarmið Símans að öðru leyti er vísað í kafla 2.4 hér á eftir.

2.2 Nánari upplýsingar frá PFS

Framangeind afstaða Símans til niðurstöðu og kvaða PFS á farsímamarkaði var send PFS til umsagnar og bærust svör stofnunarinnar með bréfi, dags. 29. febrúar 2008. Í svari PFS um afstöðu stofnunarinnar til túlkunar Símans á heildsöluverði í innankerfissímtölum segir m.a.:

„PFS tók ekki ákvörðun um tiltekið heildsöluverð fyrir innankerfissímtöl Símans. Með því að leggja kvöð á Símann um smásölu mínús var PFS að búa til svigrúm til endursölu á farsímaþjónustu fyrirtækisins.

Á markaði 15 lagði PFS á kvöð um að notast verði fyrst um sinn við smásölu mínús aðferð til að reikna út heildsölugjaldskrá fyrir endursölu (þ.m.t. smásölu Símans) og sýndarnet, út frá þeirri smásölugjaldskrá sem í gildi er á hverjum tíma í farsímaneti Símans. Heildsöluverð eru þar með fljótandi og breytast í samræmi við breytingar á smásöluverðum.

Í 403. mgr. og neðanmálsgrein nr. 129 á bls 99 sýnir PFS dæmi um útreikning á heildsöluverði til endursala skv. smásölu mínús aðferð m.v. 25% afslátt. Miðaðist dæmi PFS við gildandi smásöluverðskrá Símans á þeim tíma, en var ekki ákvörðun um tiltekið heildsöluverð. Þannig var niðurstaðan í dæmi PFS,

⁷ Upplýsingar í hornklofa sem hafa verið fjarlægðar í þessu skjali eru trúnaðarupplýsingar.



p.e. heildsöluverðið 6,63 kr./mín. fyrir innannetssímtöl afleiðing smásöluverðlagningar Símans á slíku símtali en ekki orsök. Heildsölugjaldskrá á slíkum símtölum til endursala er algjörlega háð smásölugjaldskrá Símans á hverjum tíma, sem er augljóst ef horft er til smásölu mínus aðferðarinnar.

PFS leggur áherslu á að smásölu mínus aðferðin leggur ekki mat á kostnaðargrundvöll heildsölustigs vörunnar sem unnið er með og tryggir ekki að heildsöluverð séu í fullu samræmi við kostnaði í þeim tilvikum þar sem smásöluverð eru ekki í samræmi við kostnaðargreind verð."

Varðandi afstöðu PFS um túlkun Símans á lúkningargjaldi innankerfissímtala segir m.a.:

„Það er röng túlkun hjá Símanum að ákvörðun PFS á markaði 15 feli það í sér að smásala Símans eða aðrir smásalar eigi ekki að greiða lúkningargjald af innannets símtölum. Sérstaklega er kveðið á um það í jafnræðiskvöð á markaði 16, sem fjallar um lúkningu símtala í farsímakerfum, að sama verð skuli gilda fyrir lúkningu í eigin farsímakerfi vegna símtala úr sama farsímakerfi, öðrum farsímakerfum eða fastanetum.

Ljóst er að innannets símtöl (on-net) fela í sér upphaf og lúkningu með sambærilegum hætti og upphaf og lúkning á sér stað í símtölum til eða frá öðrum farsímakerfum (off-net). Að Síminn kjósi að bjóða sínum viðskiptavinum innannets símtöl á verðum sem grundvallast á því að ekki sé gert ráð fyrir kostnaði vegna lúkningar er alfarið á ábyrgð Símans."

Fram kemur í svari PFS að í framangreindri markaðsgreiningu stofnunarinnar á heildsölumarkaði fyrir lúkningu símtala í einstökum farsímanetum hafi PFS talið rétt að mæla fyrir um jafnræði hvað varði verð fyrir lúkningu í eigin farsímaneti vegna símtala úr sama farsímaneti, öðrum farsímanetum eða fastanetum. PFS telur að mismunur á lúkningargjöldum farsímarekenda stafi annað hvort af því að símtöl innan sama nets séu niðurgreidd eða að lúkningargjöld fyrir símtöl milli farsímaneta séu hærrí en kostnaður gefi tilefni til. PFS bendir einnig á að í úrskurði úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála komi fram stuðningur við framangreint sjónarmið PFS, sjá bls. 54 í úrskurði frá 22. des. 2006 en þar segir í niðurstöðu nefndarinnar:

„Nefndin telur að PFS hafi stutt það álit sitt að mismunandi smásöluverð á símtölum innan og utan farsímanets sé samkeppnislegt vandamál með rökum. Einkum og sér í lagi verður það talið samkeppnislegt vandamál þegar um er að ræða farsímafyrirtæki með mikla markaðshlutdeild enda geri lág innannetsgjöld slíkra fyrirtækja smærri fyrirtækjum erfitt um vik í samkeppni um neytendur. Eins og fram kemur í gögnum málsins þá er PFS á þeirri skoðun að bæði Síminn hf. og Og fjarskipti ehf. séu í þeirri stöðu að hafa áhrif á stöðu smærri fyrirtækja. Nefndin er sammála því mati og telur einnig að lág smásöluverð fyrir innannets símtöl bæði hjá Og fjarskiptum ehf. og Símanum hf. geti hindrað nýja aðila í að koma inn á markaðinn, þar sem ekki sé hvati fyrir stóran hluta notenda að skipta við smærri fyrirtæki þegar þeir eiga kost á lágum innannetsgjöldum.



Með þeim rökum telur nefndin að álagning þessarar kvaðar eigi rétt á sér og gangi ekki lengra en nauðsynlegt er til þess að stefna að því markmiði PFS að útrýma mismun á smásöluverði á símtölum innan nets og utan. Einkum og sér í lagi verður það talið samkeppnislegt vandamál þegar um er að ræða fjarskiptafyrirtæki með mikla markaðshlutdeild eins og Síminn er með."

Í svari PFS um upphafsgjald Símans vegna símtala innankerfis og símtala milli kerfa segir m.a.:

„Engin rök eru til annars en að sama verð gildi fyrir upphaf símtals (origination) hvort sem um er að ræða símtöl innan kerfis eða á milli kerfa."

PFS vísar m.a. til viðurkennds erlends greiningafyrirtækis (Analysis Mason) um að kostnaður vegna upphafs símtala í farsímaneti sé óháður lúkningu þess.

2.3 Fyrra andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins

Samkeppniseftirlitið tilkynnti málsaðilum með bréfi, dags. 25. mars 2008, að það teldi ekki skilyrði til að taka bráðabirgðaákvörðun í málinu. Sama dag sendi Samkeppniseftirlitið Símanum andmælaskjal ásamt afriti af bréfi eftirlitsins til PFS, dags. 27. febrúar 2008, og svör stofnunarinnar við því, dags. 29. febrúar 2008.

Kvörtun Nova laut í fyrsta lagi að því að Síminn hefði misnotað markaðsráðandi stöðu sína með mismunandi smásöluverði símtala úr fastlínukerfi (talsímaneti) fyrirtækisins í GSM farsímakerfi Nova annars vegar og GSM farsímakerfi Vodafone hins vegar. Í öðru lagi hélt Nova því fram að Síminn hefði misnotað markaðsráðandi stöðu sína með mismunandi smásöluverði símtala úr GSM farsímaneti fyrirtækisins í GSM farsímakerfi Nova annars vegar og GSM farsímakerfi Vodafone hins vegar. Var þess krafist að Símanum yrði gert skylt að hafa sama smásöluverð fyrir símtöl sem lokið væri í farsímakerfi Nova og símtöl sem lokið væri í kerfum annarra hérlendra farsímafyrirtækja.

Við nánari skoðun taldi Samkeppniseftirlitið rétt að taka einnig til athugunar hvort Síminn hefði hugsanlega farið gegn 11. gr. samkeppnislaga með undirverðlagningu símtala sem ættu sér bæði upphaf og lúkningu í farsímakerfi Símans (innankerfis símtöl). Auk þess var ákveðið að rannsaka mögulegt misræmi í kostnaðarverði (upphafs- og lúkningargjaldi) hjá Símanum fyrir innankerfis- eða millikerfasímtöl í farsímaneti fyrirtækisins og áhrifum þess á smásöluverðlagningu símtala og samkeppni á GSM farsímamarkaði, sbr. umfjöllun hér að framan.

Í þessu andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins var rökstutt að Síminn væri í markaðsráðandi stöðu á hinum skilgreindu mörkuðum málsins. Á það var bent að Símanum bæri almennt að gæta jafnræðis í kostnaðarverði fyrir upphaf og lúkningu símtala hvort sem um væri að ræða innankerfissímtöl eða símtöl milli farsímakerfa. Ákvæði 11. gr. samkeppnislaga bannaði að viðskiptavinum væri mismunað með ólíkum skilmálum í samskonar viðskiptum. Það væri frummat Samkeppniseftirlitsins að Síminn hefði ekki gætt jafnræðis í verðlagningu á innankerfissímtölum í farsímaneti fyrirtækisins. Með verðlagningu á innankerfissímtölum í farsíma hefði fyrirtækið stuðlað að verðaðgreiningu sem hefði haft í för með sér mismunun á smásöluverði innankerfissímtala hjá Símanum annars vegar samanborið við smásöluverð símtala milli farsímaneta hins vegar og þannig ívilnað eigin



viðskiptavinum, en fyrirtækið hafi langflesta farsímanotendur í viðskiptum. Með þessu hefði Síminn skapað aðgangshindrun fyrir önnur fyrirtæki á markaðnum. Þetta hafi sérstaklega áhrif við val notenda á áskriftaþjónustu o.þ.h. hjá farsímafyrirtæki hvort sem um væri að ræða nýja notendur eða notendur sem fyrir væru í viðskiptum við farsímafyrirtæki. Þegar innankerfissímtöl væru um helmingi ódýrari en millikerfasímtöl, eins og hjá Símanum, yrði tilhneiging hjá notendum að velja farsímafyrirtæki og farsímanet þar sem flestir notendur væru í viðskiptum. Með því að hafa verð á innankerfissímtölum u.þ.b. helmingi lægra en verð á símtölum milli farsímaneta, ynni Síminn gegn mögulegri samkeppni eða takmarkaði hana verulega. Með vísan til þessa var það frummat Samkeppniseftirlitsins að háttsemi Símans færi gegn 11. gr. samkeppnislaga. Farsíamarkaðurinn hér á landi væri þroskaður eða mettaður markaður enda væru viðskiptavinir (virk farsímanúmer) þegar orðnir fleiri en íbúafjöldi landsins miðað við tölfraeðiupplýsingar PFS í árslok 2007. Við slíkar aðstæður kepptu fyrirtæki á markaði aðallega um viðskiptavinir hvers annars við eðlilegar markaðsaðstæður frekar en þá hlutfallslegu fáu einstaklinga sem ekki væru farsímanotendur.

Þá komst Samkeppniseftirlitið að því frummati í andmælaskjalinu að verðlagning Símans í farsímakerfi Nova annars vegar og farsímakerfi Vodafone hins vegar hefði verið ákveðin á grundvelli kostnaðar og jafnræðiskvaða og fæli þ.a.l. ekki í sér ólögmetta háttsemi af hálfu Símans. Sama væri að segja um verðlagningu úr fastaneti Símans í farsímakerfi Nova annars vegar og farsímakerfi Vodafone hins vegar.

2.4 Umsögn Símans og Nova

Umsögn Símans við andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins barst með bréfi, dags. 28. apríl 2008. Í henni eru gerðar ýmsar athugasemdir við bæði form og efni málsins. Telur Síminn m.a. að Nova eigi ekki aðild að málinu og málshraði og rannsókn Samkeppniseftirlitsins hafi ekki verið fullnægjandi. Þá ítrekar Síminn það mat sitt að málið heyri ekki undir Samkeppniseftirlitið. Þá setur Síminn fram ýmis sjónarmið til stuðnings því að fyrirtækið hafi ekki brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga.

Fram kemur í bréfi Nova til Samkeppniseftirlitsins, dags. 30. apríl 2008, að fyrirtækið hafi kynnt sér athugasemdir Símans, dags. 28. janúar 2008, og andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins. Nova telur ekki unnt að fallast á að ákvörðun Símans um að smásöluverð á símtölum sem ljúki í neti Nova grundvallist á viðunandi kostnaðarlegum forsendum þegar á sama tíma sé ljóst, m.a. af umfjöllun í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins og í athugasemdum Símans að;

- Síminn láti sambærilegar kostnaðarforsendur ekki gilda um símtöl sem byrji og endi í neti Símans,
- umræddar kostnaðarforsendur virðist aðeins gilda stundum varðandi smásöluverð á símtölum sem endi í neti Nova (grunnáskrift) en ekki á öðrum símtölum (áskriftarleiðir) og að
- umræddar kostnaðarforsendur hafi ekki gilt í rekstri Símans fyrr en Nova hóf starfsemi.

Nova vísar í athugasemdir Símans, dags. 28. janúar 2008, en þar kemur fram að Síminn telji hæpið að álagning í smásölu miðist við krónutölu í stað hlutfallsálagningar. Nova telur að þessi fullyrðing Símans standist ekki þar sem Síminn hafi viðhaft álagningu fyrir símtöl



Í farsímanet Vodafone nálægt 4 kr. um árabíl en hafi síðan aukið álagningu sína jafn mikið og heildsöluverðskrá (lúkningargjald) Vodafone lækkaði í kjölfar úrskurðar PFS þar að lútandi. Það hafi leitt til þess að álagning Símans fyrir símtöl úr farsímakerfi fyrirtækisins í farsímakerfi Vodafone sé um 9 kr. án vsk vegna þess að Síminn hafi ekki lækkað smásöluverð sitt í takt við lækkun á lúkningaverði Vodafone. Nova telur það því ekki standast að Síminn þurfi nú um 9 kr. álagningu fyrir símtöl í önnur farsímanet þegar Síminn hafi getað lifað við álagningu nálægt 4 kr. fyrir símtöl í farsímakerfi Vodafone áður en Vodafone var gert skylt að lækka lúkningargjald sitt.

Nova telur það ekki standast hjá Símanum að halda því fram að Nova hafi forskot í samkeppni við fyrirtækið með því að búa við lægri lúkningargjöld frá Símanum. Bent sé á að yfirvöld fjarskiptamála í Evrópu hafi markvisst unnið að því undanfarin misseri að lækka lúkningargjöld fyrirtækja með umtalsverðan markaðsstyrk, ekki síst hjá gömlu ríkiseinokunarfyrirtækjunum. Staðreynd málsins sé sú að hið háa smásöluverð Símans á símtölum í farsímanet Nova hindri innkomu Nova á markaðinn og sé ætlað að mati Nova að sporna gegn því að einstaklingar í viðskiptum hjá Símanum færi viðskipti sín til Nova. Nova bendir á að Síminn haldi því sjálfur fram að hagstæðast sé að vera hjá því fyrirtæki þar sem flestir séu í viðskiptum vegna þess að þá nýti svo margir innankerfisstærð Símans sem séu miklu lægri en önnur gjöld. Nova telji að þetta feli í sér að ef einhver innan viðskiptamannahóps Símans gangi út úr honum og í viðskipti við t.d. Nova þá komi það niður á hópnum sem eftir sé hjá Símanum. Nova telur að hátt smásöluverð símtala úr farsímakerfi Símans í önnur farsímakerfi, t.d. Nova, sé til þess fallið að hamla gegn því að hópar í viðskiptum við Símann skipti um þjónustuveitanda.

Nova telur óeðlilegt að heildsöluverð fyrirtækisins um lúkningu símtala ráði smásöluverði Símans á símtölum í farsímanet Nova. Nova bendir á að Síminn segi í umsögn fyrirtækisins til Samkeppniseftirlitsins, dags. 28. janúar 2008, að óverulegur munur á heildsöluverði Tals og Íslandssíma hafi á sínum tíma ekki kallað á mismunandi smásöluverð hjá Símanum. Með þessu telur Nova að Síminn láti kostnaðarforsendur stundum ráða mismunandi smásöluverði og stundum ekki. Nova telji það ekki geta viðgengist að Síminn sem markaðsráðandi fyrirtæki geti ákveðið það sjálfur að láta mismunandi heildsöluverð skila sér í mismunandi smásöluverði einungis þegar það henti samkeppnislegum hagsmunum fyrirtækisins.

Nova bendir á að í framangreindri umsögn Símans komi fram að leiðin til þess að lækka smásöluverð til neytenda sé að skapa svigrúm með lækkun á heildsöluverði. Nova vísar til þess að þegar Vodafone hafi lækkað lúkningargjald sitt til Símans þá hafi það ekki leitt til samsvarandi lækkunar Símans á smásöluverði símtala sem enduðu í farsímaneti Vodafone. Þess í stað hafi Síminn einfaldlega tekið til sín aukna framlegð af þeim símtölum að sögn Nova.

Nova telji að þær kostnaðarlegu forsendur sem Síminn byggir á við ákvörðun smásöluverðs séu hannaðar til að standa undir meiriháttar niðurgreiðslum á símtölum sem byrji og endi í neti Símans. Nova telji því óásættanlegt að Samkeppniseftirlitið hafi í andmælaskjali í þessu máli talið að verðlagning Símans í farsímakerfi Nova annars vegar og Vodafone hins vegar væri ákveðin á grundvelli kostnaðar og jafnræðiskvaða. Nova bendir á að ekki sé hægt að taka mið af kostnaðargrundvelli Símans þegar langstærsti hluti símaumferðar fyrirtækisins, þ.e. innankerfissímtöl Símans, sé brennlaður.



2.5 Nýjar upplýsingar Símans (kostnaðargreining)

Í bréfi Símans til Samkeppniseftirlitsins, dags. 22. desember 2008, kemur fram að Síminn hafi samhliða rannsókn Samkeppniseftirlitsins átt í samskiptum við PFS vegna eftirfylgni PFS með jafnræðiskvöð á fjarskiptamarkaði 7, (áður fjarskiptamarkaði 16, heildsölumarkaði fyrir lúkningu símtala í einstökum farsímanetum). Í bréfi Símans til PFS, dags. 28. nóvember 2008, sem fylgdi með framangreindu bréfi Símans til Samkeppniseftirlitsins lýsti Síminn því hvernig félagið hygðist uppfylla ákvörðun PFS um kvöð á viðkomandi markaði. Í framangreindu bréfi Símans til PFS segir:

„Á tilvitnuðum fundi þann 24. sl. lýsti Síminn með hvaða hætti félagið hygðist uppfylla kvöð um jafnræði á markaði 7 ásamt því að gera breytingar á heildsöluverðum vegna aðgangs að farsímakerfi félagsins í samræmi við kvaðir á fjarskiptamarkaði 15 í ljósi niðurstöðu kostnaðargreininga.“

Síminn hafi leitað til ráðgjafafyrirtækisins Analysys Mason um gerð kostnaðarútreikninga. Sú aðferð sem notuð sé væri í samræmi við það sem tíðkaðist almennt á EES-svæðinu. Hægt sé að fá það staðfest af Analysys Mason ef óskað sé eftir því. Símtölum sé skipt í þrjár tegundir í kostnaðarútreikningunum:

1. Símtöl sem eiga upphaf í farsímaneti Símans en lýkur í öðrum netum.
2. Símtöl sem eiga upphaf og lúkningu í farsímaneti Símans (Innankerfissímtöl).
3. Símtöl sem eiga upphaf í öðrum netum en lýkur í farsímaneti Símans.

Í kjölfarið sé fundið verð fyrir hverja tegund símtala fyrir sig sem lagt sé til grundvallar sem heildsöluverð. Þegar kostnaðarverð sé fundið á símtalategund 2, þ.e. símtölum sem eigi sér upphaf og lúkningu í farsímaneti Símans, muni smásala Símans greiða það verð til heildsölu Símans. Með því telur Síminn að félagið uppfylli umrædda jafnræðiskvöð og að sú framkvæmd samræmist orðalagi í kafla 2.1.3. í ákvörðun PFS frá 20. júlí 2006.

Í framangreindu bréfi Símans, dags. 28. nóvember 2008, til PFS segir jafnframt eftirfarandi: *„Síminn er reiðubúinn að láta nýja heildsölugjaldskrá varðandi símtalategundir 1 og 2 taka gildi þann 1. janúar n.k. Varðandi símtalategund 3 telur Síminn rétt að verðbreytingar verði gerðar samhliða breytingum á verði keppinauta Símans fyrir slík símtöl við framkvæmd nýrrar markaðsgreiningar á fjarskiptamarkaði 7 sem fyrirhuguð sé á fyrri helmingi næsta árs.“*



Í meðfylgjandi bréfi PFS til Símans, dags. 3. desember 2008, segir: „Jafnræðiskvöðin felur í sér að ekki er heimilt að gera mun á verðum fyrir lúkningu á símtölum eftir því hvort símtal á upphaf sitt að rekja í eigin neti fjarskiptafyrirtækis eða í neti annars fjarskiptafyrirtækis, nema að slíkur munur styðjist við hlutlæg viðmið á grundvelli kostnaðarútreikninga. Það verð sem nú gildir fyrir lúkningu í farsímanetum, þ.e. 7,49 kr., er hámarksverð sem fundið er út með verðsamanburði og gildir gagnvart þeim fyrirtækjum sem bera kvöð á umræddum markaði. Ekkert er því til fyrirstöðu að fjarskiptafyrirtæki lækki lúkningarverð sín enn frekar að eigin frumkvæði, svo fremi sem jafnræðiskvöðin sé virt.“

Síðan segir í sama bréfi PFS til Símans: „Ljóst má vera að ef Síminn hf. tekur ekki samhliða upp kostnaðargreind verð fyrir lúkningu símtala sem eiga uppruna sinn í öðrum netum, sbr. lið 3 hér að ofan, er í reynd ekki verið að uppfylla jafnræðiskvöðina, a.m.k. ekki ef verðmunur fyrir lúkningu símtala milli innankerfis og utankerfis verður meiri en eðlilegt getur talist samkvæmt kostnaðarútreikningum. Hins vegar kann slík tímabundin ráðstöfun af hálfu fyrirtækisins, með tilliti til sérstakra aðstæðna að vera réttlætanagerleg þar sem um er að ræða töluverða breytingu á uppbyggingu heildsölugjaldskrár Símans hf., auk þess sem fyrir liggur að stofnunin mun fljótlega taka til endurskoðunar markaðsgreiningu á viðkomandi markaði og endurákvæða lúkningaverð farsímafyrirtækja verði talin þörf á því.“

PFS féllst á það í framangreindu bréfi til Símans sem sérstaka og tímabundna ráðstöfun að Síminn tæki upp kostnaðargreint verð fyrir innankerfissímtöl þann 1. janúar 2009 án þess að fyrirtækinu væri gert það skylt, að svo stöddu, að taka upp kostnaðargreint verð fyrir símtöl sem eigi upphaf í öðrum netum en ljúki í farsímaneti Símans. Þá hvatti PFS Símann til að afhenda stofnuninni kostnaðarútreikninga sína fyrir farsímanetið sem allra fyrst.

Í framangreindu bréfi Símans til Samkeppniseftirlitsins, dags. 22. desember 2008 segir:

„Meðfylgjandi sendist einnig úrdráttur úr kostnaðargreiningu Analysys Mason, sjá fylgisskal nr. 3. Niðurstöður kostnaðargreiningarinnar eru þær að símtöl sem eiga upphaf í farsímaneti Símans en lýkur í öðrum farsímanetum kostar (svo) [...] kr. pr. mínútu. Símtöl sem eiga upphaf og lúkningu í farsímaneti Símans kosta [...] kr. pr. mínútu. Kostnaðargreiningin er miðuð við kostnaðarforsendur á árinu 2007. Það verð er lítillega lægra en þau verð sem smásala Símans hefur greitt heildsölu Símans og fundin eru með smásölumínus aðferð. Upphaflega verðið var 6,63 kr. en hefur hækkað lítillega í samræmi við smásöluverðshækkunarir. Niðurstaðan af kostnaðargreiningunni sýnir því að verðlagning á innankerfissímtölum hefur ekki verið undir kostnaði þar sem hið kostnaðarreiknaða verð er örlítið lægra en viðmiðunarverðið sem var fengið með smásölumínus aðferð.“

Þessar nýju kostnaðarupplýsingar breyttu grunni málsins og leiddu til þess að Samkeppniseftirlitið ritaði nýtt andmælaskjal, sbr. nánar hér á eftir.

2.6 Frekari sjónarmið Nova

Samkeppniseftirlitinu barst bréf frá Nova, dags. 10. mars 2009, þar sem kvartað er á ný yfir háttsemi Símans á markaði fyrir farsímapjónustu. Framangreint erindi Nova var viðbót við fyrra erindi fyrirtækisins til Samkeppniseftirlitsins, dags. 18. janúar 2008. Í erindinu er



Þess krafist að Samkeppniseftirlitið taki bráðabirgðaákvörðun um að Símanum verði bannað að viðhafa hærra smásöluverð fyrir símtöl til Nova en smásöluverð fyrir símtöl til Vodafone og Tals. Samkeppniseftirlitið sendi Nova bréf, dags. 13. mars 2009, þar sem fram kom að eftirlitið hafi áður hafnað kröfu Nova um töku bráðabirgðaákvörðunar í málinu sem grundvöllur var á sömu málsástæðum og fram komu í bréfi Nova, dags. 10. mars 2009.

Umrætt bréf Nova til Samkeppniseftirlitsins hafði að geyma kvörtun vegna verðlagningar Símans á farsímamarkaði sem Nova taldi að beindist að félaginu með sértækum hætti. Í bréfinu er vísað í fyrra erindi fyrirtækisins þar sem því er haldið fram að Símanum sé óheimilt að bjóða annað smásöluverð fyrir símtöl sem lokið er í farsímakerfi Nova heldur en símtöl sem lýkur í kerfum annarra hélendra farsímafyrirtækja. Útgangspunktur Nova og sá grundvöllur sem krafa fyrirtækisins byggir á er að mismunandi lúkningarverð gæti ekki sjálfkrafa framkallað mismunandi smásöluverð af hálfu Símans. Í erindi Nova er bent á að PFS hafi sett kvöð á Símann og Vodafone um að fyrirtækin skyldu lækka lúkningarverð sitt. Það hafi verið gert í þeim tilgangi að skapa aðstæður fyrir aukna samkeppni á farsímamarkaði sem eigi að stuðla að betra samræmi í lúkningarverði fyrir símtöl innan og milli farsímaneta og að þau tækju mið af raunkostnaði. Jafnframt er bent á álit PFS um að smásöluverð myndi lækka sem afleiðing af lækkun á lúkningarverði og að kvaðir þar um myndu leiða til virkari samkeppni og mögulegrar innkomu fleiri þjónustuaðila á markaði og bæta þannig hag neytenda.⁸ Eins og Nova hafi áður bent á í athugasemdum sínum til Samkeppniseftirlitsins hafi reyndin orðið sú að þvert gegn væntingum PFS um lækkun smásöluverðs hafi Síminn ekki lækkað smásöluverð sitt í kjölfar lækkandi lúkningarverðs. Eins bendir Nova á að fyrirtækið hafi lækkað lúkningarverð sitt frá því að það hóf starfsemi úr 12,50 kr. í 12,00 kr. án þess að það hafi haft áhrif á smásöluverð Símans fyrir símtöl í farsímanet Nova. Nova telur að sá grundvöllur sem Síminn byggir á í verðlagningu sinni sé í hróplegu innbyrðis ósamræmi og virðist fara eftir því hvað henti fyrirtækinu hverju sinni. Í því sambandi bendir Nova m.a. á að munur á milli smásöluverðs Símans fyrir símtal til Nova og símtals innankerfis ætti ekki að vera meiri en sem nemi muni á lúkningarverði félaganna. Eins ætti það við um smásöluverð á mínútu fyrir símtal úr GSM farsímaneti Símans í GSM farsímanet Nova og Vodafone. Munurinn ætti því aldrei að vera meiri en 4,51 kr. (þ.e. munurinn á milli 12 kr. og 7,49 kr.) en munurinn sé hins vegar meiri að sögn Nova. Verðmunur á mínútuverði úr GSM farsímakerfi Símans í GSM farsímakerfi Nova annars vegar og símtali innankerfis í GSM farsímakerfi Símans hins vegar sé í dag 16,10 kr. (þ.e. 28 kr. annars vegar og 11,90 kr. hins vegar). Munurinn á símtali úr GSM farsímakerfi Símans í GSM farsíma Nova og Vodafone sé 6,50 kr. (þ.e. 28 kr. annars vegar og 21,50 kr. hins vegar). Nova telur að ekki sé með nokkru móti hægt að skýra þennan mun út frá jafnræðis- og/eða hlutlægum sjónarmiðum og telur að hér sé augljóslega um verðmismunun að ræða sem beint sé gegn Nova með sértækum hætti.

Nova telur að þar sem Síminn sé markaðsráðandi bæði á heildsölumarkaði og á smásölumarkaði fyrir farsímapjónustu þar sem Síminn keppi við Nova sé veruleg hætta á því að Síminn beiti svokölluðum verðþrýstingi (e. margin squeeze eða price squeeze). Í bréfi Nova til Samkeppniseftirlitsins, dags. 10. mars 2009, segir um þetta:

„Verðþrýstingur er þekkt form af misnotkun á markaðsráðandi stöðu, ekki síst meðal fjarskiptafyrirtækja. Í stuttu máli má segja að verðþrýstingur felist í því

⁸ Sjá mgr. 243: <http://pfs.is/upload/files/Viðauki%201-%20uppfærð%20greining%20á%20M.16.pdf>



þegar markaðsráðandi aðili stjórnar framlegð á milli heildsöluverðs og smásöluverðs í þeim tilgangi að gera nýjum aðilum erfiðara fyrir að ná fótfestu á markaði eða til að gera innkomu slíkra aðila óaðlaðandi. Hinn markaðsráðandi aðili gerir þetta með því að hækka heildsöluverð og/eða lækka smásöluverð. Lág innankerfisverð geta veitt farsímafyrirtæki með mikinn fjölda notenda samkeppnislega yfirburði yfir fyrirtæki með færri notendur þegar afla á nýrra viðskiptavina eða halda viðskiptavinum. Slíkar aðferðir geta jafngilt hindrun fyrir ný fjarskiptafyrirtæki þar sem þau verða að keppa við lægri innankerfisverð.

Nova bendir einnig á að í Deutsche Telekom málinu hafi framkvæmdastjórn ESB lagt sekt á þýska fjarskiptafyrirtækið Deutsche Telekom fyrir að misnota markaðsráðandi stöðu sína með því að beita verðþrýstingi. Vísar Nova einnig til Telefónica málsins.

Í sama bréfi Nova til Samkeppniseftirlitsins segir einnig:

„Vegna markaðsráðandi stöðu Símans á svokölluðum „upstream“ markaði, þ.e. heildsölumarkaði, er félagið í aðstöðu til að ákveða framlegðina á smásölustigi. Með því að beita skaðlegri undirverðlagningu á símtöl innan kerfis á smásölumarkaði er Síminn augljóslega að beita verðþrýstingi og brenglar þannig verðmyndun á þessum mörkuðum. Háttsemi Símans er beint gegn keppinautum á smásölumarkaði í skjóli markaðsráðandi stöðu félagsins.“

2.7 Frekari umsögn Símans

Í bréfi Símans til Samkeppniseftirlitsins, dags. 6. apríl 2009, koma fram athugasemdir fyrirtækisins við bréf Nova frá 10. mars 2009. Síminn telur að málartilbúnaður og kröfugerð Nova í málinu sé endurtekning á málarekstri sem þegar hafi verið byggt á af hálfu félagsins. Um sé að ræða sömu málsástæður og byggt hafi verið á í málum þar sem niðurstaða Samkeppniseftirlitsins liggja fyrir eða málum sem ennþá séu í rannsókn hjá eftirlitinu.

Síminn tekur fram að í bréfi Nova, dags. 10. mars 2009, beinist kröfugerð félagsins að sömu efnisatriðum og fjallað sé um í málinu sem stofnað hafi verið til í janúar 2008. Síminn tekur einnig fram að í andmælaskjali Samkeppniseftirlitið, dags. 25 mars, hafi eftirlitið komist að þeirri frumniðurstöðu að Síminn hafi mögulega brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 með verðlagningu á símtölum innan kerfis hjá Símanum. Auk þess segir Síminn að Samkeppniseftirlitið hafi jafnframt komist að þeirri niðurstöðu að mismunandi verðlagning í farsímakerfi Nova og Vodafone hafi verið byggð á lögmætum grundvelli. Síminn segir að Samkeppniseftirlitið hafi með þessu komist að endanlegri ákvörðun um þann þátt málsins sem Nova kvartaði yfir. Fallist Samkeppniseftirlitið ekki á að hafna beri kvörtun Nova þá byggir Síminn á því að háttsemi félagsins hafi verið í samræmi við samkeppnislög.

Hvað varðar kæru Nova um að mismunandi smásöluverð Símans í farsímaþjónustu hafi beinst gegn Nova með sértekum hætti þá ítreki Síminn fyrri svör um að hlutfallsleg álagning hafi verið notuð við verðákvörðun fyrirtækisins á smásölumarkaði eins og almennt tíðkist í viðskiptum. Síminn telji eðlilegt að miða við prósentuálagningu þar sem kostnaðarleg áhætta aukist með herra kostnaðarverði. Síminn tekur síðan fram að sérstaklega hafi verið gætt að því að verðlagning hallaði ekki á Nova þegar félagið kom



fyrst á markað með því að hafa sömu álagningu á símtölum sem enduðu í neti Nova og í neti Vodafone eins og fram komi í töflu 4.

Tafla 4. Verðlagning smásöluverðs í GSM farsímaneti Símans, desember 2007

Símtal frá Símanum		Smásöluverð		Gjöld			Eftirstöðvar	
Til	Sek	Mín. gjald	Án vsk	Uppruni	Lúkning	Alls	Án vsk.	%
Vodafone	60	22,00	17,67	5,50	8,64	14,14	3,53	25%
Nova	60	28,00	22,49	5,50	12,50	18,00	4,49	25%

Síminn hafni því að hærra smásöluverð símtala til Nova en annarra keppinauta úr farsímakerfi Símans sé samkeppnishamlandi. Síminn telji að Nova hafi náð u.þ.b. 10% markaðshlutdeild á rúmu ári frá því félagið hóf starfsemi á markaðnum. Það hafi náðst með því að ná hlutdeild af keppinautum sem fyrir voru á markaðnum sem sýni að ekki séu þær aðgangshindranir inn á markaðinn sem Nova haldi fram.

Í 11. gr. samkeppnislaga komi fram bann við því að markaðsráðandi fyrirtæki misnoti stöðu sína á viðkomandi markaði. Undir þeirri grein séu tiltekin í dæmaskyni atvik sem falli undir ákvæðið og sé þar ekki um tæmandi talningu að ræða. Litið hafi verið til þess að misnotkun sé háttsemi sem ekki sé hægt að samrýma eðlilegri samkeppni og sem hindri hana eða vöxt hennar. Síminn telji í þessu sambandi að verðlagningu sem hægt sé að skýra út frá eðlilegum rekstrarsjónarmiðum eigi almennt ekki að fordæma og segir:

„Þótt brot gegn 11. gr. samkeppnislaga séu ekki háð því að háttsemi hafi tiltekin áhrif þá verður samkeppniseftirlitið engu að síður að sýna fram á að háttsemi sé til þess fallin að hafa samkeppnishamlandi áhrif og hvernig. Í því sambandi nægir ekki að benda á að einhver aðili hafi ekki getað boðið sömu kjör heldur verður að miða við að jafn hagkvæmur aðili og Síminn hefði ekki getað boðið sambærileg kjör.“

2.8 Nánari upplýsingar um kostnaðargreiningu Símans

Í tilefni af áðurnefndu bréfi Símans, dags. 6. apríl 2009, óskaði Samkeppniseftirlitið eftir því með bréfi, dags. 20. apríl 2009, að Síminn legði fram kostnaðargreiningu fyrir lúkningu símtala í farsímaneti fyrirtækisins. Auk þess var óskað eftir sundurliðun á kostnaðargreindu verði fyrir innankerfissímtöl hjá Símanum að fjárhæð [...] kr. fyrir upphaf símtals annars vegar og lúkningu símtals hins vegar.

Svar Símans barst Samkeppniseftirlitinu með tölvupósti 28. apríl 2009 og fylgdi viðkomandi kostnaðargreining Analysys Mason með sem viðhengi. Í svari Símans til Samkeppniseftirlitsins segir m.a.:

„Vakin er athygli á því að Síminn hefur skorað á PFS að hraða því að lúkningarverðið taki gildi gagnvart Símanum. Jafnframt yrði þá að lækka lúkningarverð annarra farsímaþjónustuveitenda svo jafnræðis sé gætt enda gildir sú regla varðandi lúkningu í einstökum farsímanetum að allir farsímaþjónustuveitendur eru með umtalsverðan markaðsstyrk í eigin neti. Kemur þetta m.a. fram (svo) lokamgr. í kafla 3.0. á bls. 13 í meðfylgjandi erindi sem sent var PFS vegna endurskoðunar markaðsgreiningar á farsímaörkuðum. Bréf Símans, dags. 24. mars sl. sendist meðfylgjandi til upplýsingar.“



Í málgrein sem Síminn vísar til hér að framan í bréfi fyrirtækisins til PFS, dags. 24. mars 2009, segir:

„Síminn telur rétt að leggja kostnaðarútreikninga, sem Analysys Mason gerði fyrir félagið og afhentir hafa verið PFS, til grundvallar sem lúkningarverð hagkvæms rekens farsímaþjónustuveitanda á markaði sem lúkningarverð allra farsímaþjónustuveitanda á markaði beri að miðast við. Það er að sjálfsögðu forsenda fyrir því að þeir útreikningar verði notaðir gagnvart Símanum að þeir verði einnig látnir gilda gagnvart öðrum farsímafyrirtækjum á markaði svo jafnræðis sé gætt.“

Forsendur kostnaðargreiningar Analysys Mason sem fylgdi með tölvupósti Símans til Samkeppniseftirlitsins eru sagðar byggja á bókhaldi Símans fyrir rekstrarárið 2007. Niðurstöður greiningarinnar sýni eftirfarandi kostnaðarverð:

- Kostnaðarverð fyrir lúkningu símals í GSM farsímaneti Símans sem eigi uppruna í öðrum farsímanetum eða fastaneti sé [...] kr. á mínútu.
- Kostnaðarverð fyrir upphaf símtals í GSM farsímaneti Símans sé [...] kr. á mínútu.
- Kostnaðarverð fyrir upphaf og lúkningu í GSM farsímaneti Símans sé [...] kr. á mínútu.

2.9 Nýtt andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins

Við rannsókn málsins hafði Samkeppniseftirlitið óskað eftir tilteknum kostnaðarupplýsingum (kostnaður í GSM farsímaneti) frá Símanum og byggði á þeim upplýsingum í andmælaskjalinu. Eftir útgáfu andmælaskjalsins lagði Síminn hins vegar fram nýjar kostnaðarupplýsingar, sbr. umfjöllun hér að framan. Breytti þetta grundvelli málsins og kallaði á nýja rannsókn. Leiddi þetta til þess Samkeppniseftirlitið sendi nýtt andmælaskjal til Símans, dags. 5. febrúar 2010. Var Nova sent afrit af bréfi eftirlitsins.

Í síðara andmælaskjalinu var vegna hinna nýju upplýsinga komist að þeirri frumniðurstöðu að líklegt brot Símans á 11. gr. samkeppnislaga fælist í verðþrýstingi (e. price/margin squeeze) en í fyrra andmælaskjalinu var talið að um undiverðlagningu hafi verið að ræða. Í seinna andmælaskjalinu var einnig komist að þeirri frumniðurstöðu að Síminn hafi brotið gegn 19. gr. samkeppnislaga með því að hafa veitt rangar upplýsingar um kostnaðarverð í kerfum félagsins. Auk þess var talið að Síminn hafi brotið gegn ákvörðun samkeppnisráðs nr. 17/1999.

Sjónarmið Símans um seinna andmælaskjalið bárust 19. mars 2010. Mótmælir fyrirtækið því að hafa brotið gegn samkeppnislögum og verður í umfjöllun um einstök atriði málsins gerð grein fyrir sjónarmiðum þess.

Síminn óskaði eftir sátt í málinu og eftir sérstaka rannsókn á sáttartillögunni hafnaði Samkeppniseftirlitið því að ljúka málinu á þeim grundvelli.



II. UM ATHUGASEMDIR SÍMANS VIÐ AÐILD NOVA O.FL.

Áður en vikið er að efni þessa máls þykir rétt að fjalla nánar um athugasemdir Símans við ýmis atriði sem tengjast formi þessa máls. Verður fyrst vikið að sjónarmiðum Símans um aðild Nova.

1. Um aðild Nova

Síminn heldur því fram að aðild Nova að málinu hafi fallið niður þar sem Samkeppniseftirlitið hafi ekki fundið að þeirri háttsemi sem erindi Nova hafi beinst að. Þar sem kvörtunarefni Nova séu ekki lengur til rannsóknar hafi fyrirtækið ekki lögvarinna hagsmuna að gæta í málinu. Í þessu sambandi vísar Síminn til dóms Hæstaréttar Íslands í máli nr. 83/2003. Síminn telur að sé rannsókn máls vegna kvörtunar tiltekins aðila hætt, þá falli aðild þess aðila niður enda sé hann ekki lengur kvartandi og hafi ekki beina lögvarða hagsmuni af úrlausn málsins eins og áskilið sé í tilvísuðum dómi. Í athugasemdum Símans við seinna andmælskjalið eru þessi sjónarmið Símans áréttuð.

Mat Samkeppniseftirlitsins

Í 5. gr. reglna um málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins nr. 880/2005 segir að þeir sem sýnt geta fram á að þeir eigi lögvarinna hagsmuna að gæta eigi aðild að málum sem Samkeppniseftirlitið telur ástæðu til að taka til rannsóknar. Samkeppniseftirlitið bendir hér á að Nova er keppinautur Símans og málið snýst um aðgerðir sem eru til þess fallnar að hafa veruleg áhrif á samkeppni á farsímamarkaði. Þá getur eftirlitið ekki fallist á þær ályktanir sem Síminn dregur af fyrra andmælskjalinu. Fram kom í því að það hafi verið ritað í þeim tilgangi að auðvelda aðila málsins að nýta sér andmælarétt sinn samkvæmt stjórnisýslulögum nr. 37/1993 og stuðla að því að rétt ákvörðun væri tekin í málinu, sbr. 17. gr. reglna um málsmeðferð Samkeppniseftirlitsins nr. 880/2005. Fram kom einnig að ef athugasemdir, skýringar eða ný gögn gæfu tilefni til, þá gætu ályktanir sem fram komu í skjalinu tekið breytingum. Í andmælskjalinu fólst því ekki endanleg ákvörðun Samkeppniseftirlitsins í málinu. Þá getur Samkeppniseftirlitið heldur ekki tekið undir með Símanum að ályktanir sem fram komu í andmælskjali eftirlitsins hafi gefið tilefni til þess að aðild Nova félli niður enda benti frumniðurstaða í skjalinu til brots af hálfu Símans.

Eins og fram hefur komið laut upphaflegt erindi Nova í fyrsta lagi að því að Síminn hefði misnotað markaðsráðandi stöðu sína með mismunandi smásöluverði símtala úr fastlínukerfi (talsímaneti) fyrirtækisins í GSM farsímakerfi Nova annars vegar og GSM farsímakerfi Vodafone hins vegar. Erindið laut í öðru lagi að því að Síminn hefði misnotað markaðsráðandi stöðu sína með mismunandi smásöluverði símtala úr GSM farsímaneti fyrirtækisins í GSM farsímakerfi Nova annars vegar og GSM farsímakerfi Vodafone hins vegar. Í erindinu var þess krafist að Símanum yrði gert skylt að hafa sama smásöluverð fyrir símtöl sem lokið væri í farsímakerfi Nova og símtöl sem lokið væri í kerfum annarra héraðslandra farsímafyrirtækja. Við nánari skoðun taldi Samkeppniseftirlitið rétt að taka einnig til athugunar hvort Síminn hefði hugsanlega farið gegn 11. gr. samkeppnislaga með undirverðlagningu símtala sem ættu sér bæði upphaf og lúkningu í farsímakerfi Símans (innankerfis símtöl). Auk þess var ákveðið að rannsaka mögulegt misræmi í kostnaðarverði (upphafs- og lúkningargjaldi) hjá Símanum fyrir innankerfis- eða millikerfasímtöl í farsímaneti fyrirtækisins og áhrif þess á smásöluverðlagningu símtala og samkeppni á GSM farsímamarkaði. Í andmælskjali, dags. 25. mars 2008, sem Samkeppniseftirlitið birti Símanum var komist að því frummati m.a. að verðlagning Símans í farsímakerfi Nova



annars vegar og farsímakerfi Vodafone hins vegar hefði verið ákveðin á grundvelli kostnaðar og jafnræðiskvaða og fæli þ.a.l. ekki í sér ólögsmæta háttsemi af hálfu Símans. Sama væri að segja um verðlagningu úr fastaneti Símans í farsímakerfi Nova annars vegar og farsímakerfi Vodafone hins vegar.

Eftir að framangreint andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins var birt lagði Síminn fram nýja og breytta greiningu á kostnaði við GSM símtöl hjá fyrirtækinu. Í ljósi kostnaðargreiningar Símans birti Samkeppniseftirlitið Símanum nýtt andmælaskjal, dags. 5. febrúar 2010, þar sem komist var að þeirri frumniðurstöðu að Síminn hafi brotið m.a. gegn 11. gr. samkeppnislaga með því að hafa beitt keppinauta sína verðþrýstingi á farsímamarkaði. Sú frumniðurstæða var í samræmi við umsögn Nova til Samkeppniseftirlitsins, dags. 10. mars 2009, þar sem því var haldið fram að Síminn beitti keppinauta sína verðþrýstingi á farsímamarkaði. Í ljósi framangreinds getur Samkeppniseftirlitið ekki fallist á að Nova eigi ekki aðild að þessu máli.

2. Um réttmætar væntingar

Síminn bendir á í athugasemdum sínum að í 9. gr. stjórnisýslulaga nr. 37/1993 sé mælt fyrir um að ákvarðanir skuli teknar í málum svo fljótt sem unnt er. Tekið er fram í þessu sambandi að árið 2001 hafi Síminn ákveðið að breyta verði á innankerfissímtölum. Fyrir breytinguna hafi innankerfissímtal kostað 15 kr. á dagtaxta og 11 kr. á kvöldtaxta en frá og með 1. maí 2001 hafi gjaldið fyrir innankerfis GSM símtöl verið 11 kr. Breytingin hafi verið gerð eftir að Tal hf. (hér eftir Tal) hafði lækkað innankerfissímtöl sín. Síminn tekur fram að verðlagning fyrirtækisins hafi samt verið hærri en verð Tals.

Síminn segir að Tal hafi kvartað yfir verðlagningu símtala Símans til Samkeppnisstofnunar á þeim grundvelli að verðlagningin væri undir kostnaði og óskað eftir að bráðabirgðaákvörðun yrði tekin í málinu. Samkeppnisstofnun hafi ekki orðið við því en tekið fram í bréfi, dags. 21. janúar 2002, að afgreiðslu málsins yrði hraðað. Síðan hafi málsaðilum verið tilkynnt með bréfi, dags. 4. apríl 2002, að málið yrði lagt fyrir samkeppnisráð til afgreiðslu. Síminn bendir á að eftir það hafi ekkert borist í framhaldinu um lyktir málsins. Síminn telur að framangreind rannsókn Samkeppnisstofnunar hafi beinst að nákvæmlega sama efni og nú sé til rannsóknar hjá Samkeppniseftirlitinu og meira að segja að því hvort símtal á 11 kr. væri undir kostnaði. Þar sem engin athugasemd hafi verið gerð við verðlagningu Símans árið 2002 af hálfu Samkeppnisstofnunar þá telji Síminn sig hafa réttmætar væntingar til þess að hún hafi verið lögleg.

Mat Samkeppniseftirlitsins

Samkeppniseftirlitið bendir á að erindi Tals frá 31. desember 2001 fjallar ekki um sömu háttsemi Símans og ákvörðun þessi beinist að. Erindi Tals til Samkeppnisstofnunar varðaði annars vegar afsláttarkjör Símans á fjarskiptamarkaði og þá einkum afslætti til fyrirtækja sem Tal taldi að veittir væru gagngert í því skyni að koma í veg fyrir samkeppni á farsímamarkaði. Í öðru lagi var kvartað undan verðlagningu Símans á símtölum innankerfis hjá Símanum sem voru á lægra verði en önnur símtöl. Tal gerði m.a. þá kröfu að samkeppnisyfirvöld tækju ákvörðun um að Símanum væri ekki heimilt að innheimta lægra verð fyrir innankerfissímtöl en önnur símtöl.



Í þessu máli er fjallað um hvort Síminn hafi beitt keppinauta sína verðþrýstingi á farsímamarkaði. Sú athugun byggir á samanburði á gjaldi Símans fyrir það að ljúka símtölum, sem berast úr öðrum farsímanetum, í farsímanet fyrirtækisins og smásöluverði Símans fyrir innankerfissímtöl.

Erindi Tals er af öðrum toga en það brot sem Samkeppniseftirlitið er með til rannsóknar í þessu máli. Kvörtun Tals fjallaði um ætlaða mismunun sem fælist í smásöluverði Símans á farsímamarkaði sem hefði í för með sér aðgangshindranir fyrir keppinauta Símans á viðkomandi markaði. Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins í þessu máli varðar bæði heildsölu- og smásölumarkað fyrir farsímaþjónustu þar sem fram kemur það mat að Síminn hafi beitt keppinauta sína verðþrýstingi á farsímamarkaði.

Kvörtun Tals og mál þetta eru því ekki tengd með þeim hætti sem Síminn heldur fram. Þegar af þeirri ástæðu er ekki unnt að fallast á sjónarmið fyrirtækisins um réttmætar væntingar. Þá ber að líta til þess að Síminn hefur í fjölmörgum málum verið talinn vera í markaðsráðandi stöðu á ýmsum fjarskiptamörkuðum. Á markaðsráðandi fyrirtækjum hvílir skv. samkeppnislögum sérstök skylda að tryggja að aðgerðir þeirra raski ekki samkeppni með óeðlilegum hætti eða vinni gegn markmiðum samkeppnislaga. Hefur Síminn verið sérstaklega minntur á þessa skyldu sína í eldri málum. Símanum bar því að tryggja á hverjum tíma fyrir sig að verðlagning fyrirtækisins væri í samræmi við samkeppnislög. Ekki er unnt að vísa þeirri ábyrgð yfir á stjórnvöld ef upp kemst á grundvelli nýrra upplýsinga að verðlagning fyrirtækisins hafi falið í sér samkeppnislagabrot til langs tíma.

3. Um mannréttindi Símans

Síminn telur auk þess að í þessu máli hafi verið brotið gegn rétti félagsins til réttlátrar málsmeðferðar, sbr. 70. gr. stjórnarskrár Lýðveldisins Íslands, sem og 6. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu, sbr. lög nr. 62/1994. Tekið er fram að í 70. gr. stjórnarskrárinnar sé kveðið á um réttinn til réttlátrar málsmeðferðar innan hæfilegs tíma fyrir óháðum og óhlutdrægum dómstóli.

Síminn tekur fram að meðferð fyrirliggjandi máls hafi hafist með kvörtun Nova í desember 2007. Taldi félagið að Síminn hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með því að hafa ekki sama verð á símtölum í viðskiptavinum Nova annars vegar og Vodafone hins vegar. Síminn segir að félagið hafi varist þeim ásökunum og að Samkeppniseftirlitið hafi komist að þeirri niðurstöðu að þær ættu ekki við rök að styðjast. Hins vegar hafi Samkeppniseftirlitið ákveðið að útvíkka rannsókn málsins og rannsaka hvort Síminn hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með skaðlegri undirverðlagningu á innankerfissímtölum. Síminn segir að varnir félagsins gegn upphaflegri kvörtun Nova hafi verið notaðar af Samkeppniseftirlitinu til að réttlæta útvíkkun málsins og nýjar ásakanir í garð Símans. Síminn segir að félagið hafi enn á ný tekið til varnar með athugasemdum sínum við eldra andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins. Sé í nýju andmælaskjali komist að þeirri niðurstöðu að þær ásakanir sem þar voru færðar fram hafi ekki átt við rök að styðjast. Sé málið þá útvíkkað með þeim hætti að sú verðlagning sem staðið hafi yfir allt frá árinu 2001 og samkeppnisyfirvöld hafi áður haft til meðferðar og verið fullkunnugt um feli í sér svokallaðan verðþrýsting. Enn á ný telji Síminn að varnir fyrirtækisins gegn fyrri ásökunum séu notaðar til að réttlæta útvíkkun málsins og nýjar ásakanir. Tekið er fram að í réttinum til réttlátrar málsmeðferðar sem tryggður sé með 6. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu felist meðal annars rétturinn til



að fella ekki á sig sök. Með því að saka Símann ítrekað um brot á samkeppnislögum og nota svo varnir félagsins hverju sinni til að renna stoðum undir ásakanir um önnur ótengd brot, sé þessi réttur Símanns fótum troðinn að mati fyrirtækisins. Telur Síminn að í því ljósi beri Samkeppniseftirlitinu þegar í stað að draga andmælaskjal sitt til baka og fella niður rannsókn málsins.

Mat Samkeppniseftirlitsins

Samkeppniseftirlitið telur að málsmeðferð þessi hafi verið eðlileg og í samræmi við kröfur laga, sbr. nánar hér á eftir. Ber almennt að hafa hér í huga að Samkeppniseftirlitið er ekki dómstóll í skilningi 6. gr. Mannréttindasáttmálans og á engan hátt er sjálfgefið að mannréttindareglur gildi með sama hætti gagnvart einstaklingum og öflugum fyrirtækjum.⁹ Þannig hafa fyrirtæki í samkeppnisrétti ekki notið þess þagnarréttar sem einstaklingar njóta skv. 6. gr. Mannréttindasáttmálans.¹⁰ Í frumvarpi sem varð að lögum nr. 52/2007 var þannig bent á að horfa beri til þess að „að bæði í íslenskum rétti og EES/EB-samkeppnisrétti giltu ákveðnar takmarkanir á upplýsingaskyldu fyrirtækja. Sú takmörkun fælist í því að fyrirtækjum væri ekki skylt að svara spurningum sem fælu í sér viðurkenningu á því að brot á samkeppnisreglum hefði verið framið.“

Í máli þessu víkkaði Samkeppniseftirlitið út rannsókn sína á grundvelli málefnalegra sjónarmiða og var Símanum gerð grein fyrir þessu. Ber að líta til þess að Samkeppniseftirlitið er ekki bundið af afmörkun eða kröfugerð málsaðila í stjórnslumálum, sbr. m.a. 8. gr. samkeppnislaga. Þá breyttu nýjar upplýsingar um kostnað frá Símanum grunni málsins og kölluðu á frekari rannsókn sem leiddi til þess að nýtt andmælaskjal var ritað. Síminn kaus að tjá sig í málinu og hefur Samkeppniseftirlitið eðlilega horft til þeirra upplýsinga og sjónarmiða sem fyrirtækið hefur sett fram. Ekki er um það að ræða í þessu máli að Samkeppniseftirlitið hafi þvingað Símann til þess að játa brot á samkeppnislögum. Ekki er því efni til þess að fella þetta mál niður.

4. Um brot á rannsóknarreglunni

Síminn telur að málið sé ekki nægjanlega upplýst svo ákvörðun megi taka í því, sbr. 10. gr. stjórnslulaga. Sé rannsókn Samkeppniseftirlitsins raunar að mati Símanns það áfátt að ekki verði bætt úr henni með útgáfu andmælaskjals. Nefnir Síminn í þessu sambandi eftirfarandi atriði sem ábótavant sé við rannsókn Samkeppniseftirlitsins:

⁹ Sjá hér t.d. álit Colomer aðallögsögumans við dómstól ESB í máli nr. C-338/00P Volkswagen v Commission: „In general, as the appellant itself concedes, the body of safeguards developed in the field of criminal law, which has as its protagonists the penalising State, on the one hand, and the individual charged with the offence on the other, is not transferred en bloc to the field of competition law. Those safeguards are designed specifically to compensate for that imbalance of power. In the case of free competition, those parameters are altered, since it is sought to protect the community of individuals which constitutes society and is composed of groups of consumers against powerful corporations with significant resources. To accord such offenders the same procedural safeguards as those accorded to the most needy individuals, apart from being a mockery, would entail, essentially, a lower degree of protection, in this case economic protection, for the individual as the main victim of anti-competitive conduct. I therefore consider it important that the procedural rules be adapted to the specific field of competition. The requirements of the rules on indirect evidence, for example, should be relaxed, since such evidence is often the only means of revealing intent to infringe.“

¹⁰ Sjá t.d. Whish & Bailey, Competition Law, sjöunda útgáfa 2012 bls. 270. ¹⁰ Sjá hér einnig skýrslu nefndar um viðurlög við efnahagsbrotum, 12. október 2006, bls. 7: „Mannréttindadómstóll Evrópu hefur ekki tekið afstöðu til þess hvort rétturinn til að fella ekki á sig sök taki til fyrirtækja og annarra lögaðila. Bendir nefndin á að öll mál dómstólsins að þessu leyti hafa varðað einstaklinga sem hugsanlega áttu yfir höfðu sér fangelsisvist eða aðra refsingu. Að mati nefndarinnar er ekki sjálfgefið að rétturinn til að fella ekki á sig sök taki til fyrirtækja eða gildi eftir atvikum með sama hætti gagnvart einstaklingum og fyrirtækjum.“



- Þrátt fyrir að hið ætlaða brot eigi að hafa staðið yfir frá árinu 2001 hafa áhrif háttseminnar ekkert verið rannsökuð.
- Aðrar tekjur Símans og annarra aðila á GSM farsímamarkaði hafa ekkert verið rannsakaðar.
- Síminn hafi á hinu ætlaða brotatímabili verið jafn háður sínum stærsta keppinaut um heiltsöluaðgang og hann Símanum en það hafi ekki verið rannsakað.
- Tíðni símtala inn í kerfi Símans samanborið við tíðni símtala í önnur kerfi hafi ekki verið rannsökuð.
- Greiðslur Símans til keppinauta fyrir heiltsöluaðgang samanborð við greiðslur þeirra til Símans hafi ekki verið rannsakaðar.

Síminn segir að aðeins örfá dæmi um ágalla við rannsókn Samkeppniseftirlitsins hafi hér verið nefnd. Tekið er fram að verði Samkeppniseftirlitið ekki við kröfu Símans um að málið verði látið niður falla og komi enn til greina að taka ákvörðun í því, sé hér með skorað á Samkeppniseftirlitið að rannsaka ofangreinda þætti, sem og önnur atriði sem máli skipta við mat á því hvort Síminn hafi beitt ólögumætum verðþrýstingi.

Mat Samkeppniseftirlitsins

Samkvæmt 10. gr. stjórnarsýslulaga skal stjórnvald sjá til þess að mál sé nægjanlega upplýst áður en ákvörðun er tekin í því. Ljóst er að mál telst nægilega rannsakað þegar þeirra upplýsinga hefur verið aflað sem nauðsynlegar eru til þess að hægt sé að taka efnislega rétta ákvörðun í því. Markmiðið með rannsókn stjórnvalds er að tekin sé efnislega rétt ákvörðun í því máli sem er til umfjöllunar hverju sinni. Það er þó ljóst að það er á forræði stjórnvaldsins að ákveða hvaða upplýsinga á að afla og hvaða þætti nauðsynlegt er að rannsaka.¹¹ Eins og nánar greinir í athugasemdum við 10. gr. frumvarps þess er varð að stjórnarsýslulögum þá felst ekki í rannsóknarreglunni, að stjórnvald þurfi sjálft að afla allra upplýsinga, enda gera löggin ráð fyrir því að aðili máls eigi þess kost að tjá sig um efni þess, meðal annars með því að leggja fram gögn, áður en ákvörðun er tekin.¹² Er þannig ljóst að rannsóknarregla stjórnarsýslulaga tengist náið andmælarétti skv. sömu lögum.¹³

Mál þetta hófst með kvörtun frá Nova og Samkeppniseftirlitið tók ákvörðun um að víkka út rannsókn málsins. Samkeppniseftirlitið hefur aflað gagna og málsaðilar hafa ítrekað tjáð sig í málinu. Þegar nýjar mikilvægar upplýsingar frá Símanum komu fram í málinu hófst í raun ný rannsókn sem leiddi til þess að nýtt andmælasjál var ritað. Í því er m.a. gerð grein fyrir frummati Samkeppniseftirlitsins á skilgreiningu markaðarins, stöðu Símans á honum og í hverju ætluð brot á 11. gr. samkeppnislaga felist. Með andmælasjálinu fylgdi listi yfir öll þau gögn sem það byggði á.

Síminn hefur í kjölfarið gert ítarlegar athugasemdir við andmælasjálalið og haft þannig tækifæri til þess að tjá sig um alla meginþætti málsins áður en ákvörðun er tekin í því og haft tækifæri til að benda Samkeppniseftirlitinu á mögulegan misskilning eða leiðrétt upplýsingar og lagt fram ný gögn. Í ákvörðun þessari er síðan með rökstuddum hætti tekin afstaða til sjónarmiða Símans. Verður nánar vikið að einstökum atriðum í tengslum við

¹¹ Nørgaard, Carl Aage og Hens Garde, Forvaltningsret Sagsbehandling, 4. útg., bls. 123.

¹² Alþt. 1992-93, A-deild, bls. 3294.

¹³ Sjá t.d. Páll Hreinsson, Stjórnarsýslulögin 1994 bls. 105: „Rannsóknarreglan tengist náið andmælarétti sem 13. gr. ssl. kveður á um, en stundum verður mál ekki nægjanlega upplýst nema aðila hafi verið gefin kostur á að kynna sér gögn málsins, svo og að koma að frekari upplýsingum.“



umfjöllun á efnispáttum málsins. Telur Samkeppniseftirlitið að rannsókn málsins hafi því verið vönduð og fullnægjandi og getur því ekki fallist á framangreind sjónarmið Símans.

5. Um valdmörk

Síminn ítrekar þá skoðin sína að mál þetta heyri undir PFS, sbr. lög nr. 69/2003 um Póst- og fjarskiptastofnun og lög nr. 81/2003 um fjarskipti. Síminn telji að málið varði markaðsgreiningu á markaði 15 og markaði 16 hjá PFS og hvort fyrirtækið hafi með verðlagningu sinni brotið gegn ákvörðun PFS og ekki gætt jafnræðis við álagningu lúkningargjalds. Í 29. og 30. gr. fjarskiptalaga sé mælt fyrir um að PFS geti lagt kvaðir á fyrirtæki um gagnsæi og jafnræði. Bent sé á að í 2. mgr. 73. gr. fjarskiptalaga segi, að komist PFS að þeirri niðurstöðu að fjarskiptafyrirtæki hafi ekki farið að skilmálum almennra heimilda, eða skilyrðum sem tengist réttindum eða sérstökum kvöðum skuli stofnunin tilkynna fjarskiptafyrirtækinu um þá niðurstöðu og gefa fyrirtækinu tækifæri á að koma skoðun sinni á framfæri eða lagfæra brot. Síminn telji að ekki sé að finna heimild til handa Samkeppniseftirlitinu í fjarskiptalögunum til að hafa eftirlit með eða framfylgja ákvörðunum sem teknar séu á grundvelli laganna.

Síminn bendir einnig á úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2006. Síminn telur að í þessu máli komi fram að Samkeppniseftirlitið telji að PFS skuli fara með samkeppnismál á sviði fjarskiptaréttar. Hafi áfrýjunarnefndin fallist á sjónarmið eftirlitsins í þessu máli. Síminn vísar einnig til ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 40/2003, *Kvörtun Og fjarskipta hf. vegna hópáskriftar Landssíma Íslands hf.*, en í því máli hafi samkeppnisráð ekki talið unnt að nota samtengigjöld sem tiltekið viðmið vegna rannsóknar PFS sem þá stóð yfir. Síminn telji að sama eigi einnig við í þessu máli þ.e. að óeðlilegt sé að núverandi heildsöluverð verði notað sem viðmið um kostnaðarverð þar sem ekki sé um kostnaðarreiknað verð að ræða.

Mat Samkeppniseftirlitsins

Varðandi framangreind sjónarmið Símans er rétt að líta fyrst til þess að fjarskiptamarkaðir eru bæði mikilvægir og sérstakir sökum eðli þeirra og forsögu. Markaðirnir eru tæknilega flóknir og aðgangur að ýmis konar ómissandi aðstöðu er nauðsynlegur til að samkeppni geti ríkt. Slík aðstaða er oft í eigu fyrirtækja sem um langa hríð nutu lögverndaðrar einokunar sem þau gátu nýtt til að skapa sér afar sterka stöðu. Í ljósi m.a. þessa hefur innan EES-svæðisins verið talið nauðsynlegt, til viðbótar við almennar samkeppnisreglur, að setja sérstakar reglur til að tryggja samkeppni í fjarskiptum og sér PFS um framkvæmd þeirra hér á landi.

Varðandi valdmörk Samkeppniseftirlitsins og PFS ber að hafa í huga úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 13/1998 *Landssími Íslands hf. gegn samkeppnisráði*. Í því máli hélt Síminn því fram að samkeppnisyfirvöld hefðu „heimild til að fylgjast með einstökum þáttum samkeppni á fjarskiptamarkaði svo sem hegðun fyrirtækis á markaði, misnotkun á markaðsráðandi stöðu ...” Hins vegar heyrðu tækniatriði undir PFS. Með vísan til þágildandi laga taldi áfrýjunarnefnd almennt „að valdsvið samkeppnisyfirvalda á sviði samkeppnismála á fjarskiptasviðinu standi óhaggað enda er það í eðli sínu mun víðtækara en það eftirlitsvald sem Póst- og fjarskiptastofnunin fer með varðandi samkeppni á sviði fjarskipta.”



Þann 25. júlí 2003 tóku gildi ný lög um fjarskipti. Lögin, sem eru nr. 81/2003, innleiddu fjórar tilskipanir ESB um fjarskipti og eina tilskipun um persónuvernd í fjarskiptum. Fjarskiptalöggjöf þessari er ætlað að skapa einsleit starfsskilyrði fyrir fjarskiptafyrirtæki í Evrópu, takmarka hindranir og skapa skilyrði fyrir sjálfbæra samkeppni til hagsbóta fyrir neytendur. Mögulegar aðgerðir PFS á fjarskiptamarkaði miðast við að skapa skilyrði fyrir aukinni samkeppni á fjarskiptamarkaði til framtíðar litið (*ex ante*). Samkeppniseftirlitið starfar hins vegar á grundvelli samkeppnislaga og hefur eftirlit með því að farið sé eftir þeim lögum á markaði (*ex post*) og hefur í því skyni m.a. rýmri sektarheimildir en PFS. Ljóst er að umræddum tilskipunum ESB og framkvæmd innlendra fjarskiptayfirvalda er ekki ætlað að koma í veg fyrir beitingu almennra samkeppnisreglna gagnvart fyrirtækjum sem starfa á fjarskiptamarkaði.¹⁴ Þvert á móti er talið þýðingarmikið að almennum samkeppnisreglum sé einnig beitt á fjarskiptamarkaði til að styðja við markmiðið um virka samkeppni á þessu mikilvæga sviði. Á þetta ekki síst um bannið við misnotkun á markaðsráðandi stöðu þar sem enn er mjög algengt að fyrrverandi einokunarfyrirtæki séu í markaðsráðandi stöðu.¹⁵

Eins og segir í 5. gr. samkeppnislaga þá annast Samkeppniseftirlitið eftirlit samkvæmt þeim lögum, sbr. einnig 8. gr. laganna. Í 17. gr. fjarskiptalaga er getið um framkvæmd markaðsgreiningar PFS. Þar segir að PFS skuli greina viðkomandi fjarskiptamarkaði með hliðsjón af skuldbindingum samkvæmt samningnum um Evrópska efnahagssvæðið. Markaðsgreining PFS er grundvöllur ákvörðunar stofnunarinnar um hvort leggja eigi á, viðhalda, breyta eða fella niður kvaðir á fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk skv. 18 gr. s.l. Ef samkeppni telst virk skulu ekki lagðar kvaðir á fyrirtæki á þeim mörkuðum. Ef virk samkeppni ríkir ekki á viðkomandi markaði skal PFS útnefna fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk á þeim markaði í samræmi við 18. gr. fjarskiptalaga. PFS má leggja á þau kvaðir samkvæmt fjarskiptalögum eða viðhalda eða breyta kvöðum sem þegar hafa verið lagðar á.

Eins og sjá má hér að framan er hlutverk Samkeppniseftirlitsins að bregðast við brotum fyrirtækja á samkeppnislögum á meðan PFS hefur það hlutverk að mæta samkeppnishindrunum á fjarskiptamarkaði með kvöðum til framtíðar litið í samræmi við fjarskiptalög. Ekki verður séð að hlutverk PFS og Samkeppniseftirlitsins skarist í þessu máli þar sem það varðar mat á því hvort Síminn hafi farið gegn samkeppnislögum með hegðun sinni á fjarskiptamarkaði.

Í ljósi framangreinds getur Samkeppniseftirlitið ekki fallist á að það sé ekki bært að taka það mál sem hér er til umfjöllunar til meðferðar á grundvelli samkeppnislaga.

¹⁴ Sjá t.d. leiðbeiningar framkvæmdastjórnar ESB frá 2002 (Commission guidelines on market analysis and the assessment of significant market power under the Community regulatory framework for electronic communications networks and services) [2002] OJ C165/6: „*In practice, it cannot be excluded that parallel procedures under ex-ante regulation and competition law may arise with respect to different kinds of problems in relevant markets. Competition authorities may therefore carry out their own market analysis and impose appropriate competition law remedies alongside any sector specific measures applied by NRAs.*” Sjá einnig Faull & Nikpay, *The EC Law of Competition*, önnur útgáfa 2007 bls. 1484: „*... the mere existence of sector specific legislation does not prevent the application of the competition rules to the same area.*”

¹⁵ Sjá t.d. Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, sjötta útgáfa 2008, bls. 1148-1149: „*...since 1. January 1998 most communications providers in the Community have been exposed to „full competition”. However, many communications providers retain large market shares and a significant degree of market power, in particular by virtue of the range of services which they offer and the breadth of their distribution networks. Although their de jure monopoly has been ended, many national network providers retain de facto dominance in a number of markets. Article 82 therefore assumes particular importance in the communications sector.*”





III. MARKAÐIR MÁLSINS OG STAÐA FYRIRTÆKJA Á ÞEIM

Í máli þessu er m.a. til athugunar hvort Síminn hafi með verðlagningu sinni brotið gegn ákvæði 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005. Samkvæmt 11. gr. laganna er misnotkun eins eða fleiri fyrirtækja á markaðsráðandi stöðu bönnuð. Af þessu leiðir að til þess að hegðun fyrirtækis varði við 11. gr. samkeppnislaga þarf fyrirtæki að vera markaðsráðandi. Þegar lagt er mat á hvort fyrirtæki er markaðsráðandi er nauðsynlegt að skilgreina viðkomandi markað og kanna stöðu einstakra fyrirtækja á honum. Í þessum kafla verða markaðir málsins skilgreindir sem og staða aðila á þeim.

1. Skilgreining markaðarins

1.1 Sjónarmið Símans

Í athugasemdum Símans frá 19. mars 2010 segir fyrirtækið að það telji ekki ástæðu til þess að gera umfangsmiklar athugasemdir við þær skilgreiningar á markaði sem fram komu í andmælasgjali. Síminn áréttar þó það sjónarmið sitt að rétt sé að aðgreina markaðinn eftir því hvort um sé að ræða fyrirtæki eða einstaklinga. Þjónusta við fyrirtæki annars vegar og einstaklinga hins vegar sé mjög ólík. Endurspeglar það m.a. í mismunandi verðskrá. Auk þess telur Síminn að staðganga sé ekki á milli markaðar fyrir fyrirtæki annar vegar eða einstaklinga hins vegar og því sé nauðsynlegt að aðgreina þar á milli. Þá áréttar Síminn að þjónusta vegna NMT sé ekki hluti af markaði fyrir GSM farsímaþjónustu við einstaklinga og að staðganga sé þar ekki fyrir hendi.

Síminn telur að rannsaka þurfi nánar hvort aðgreina þurfi markaðinn frekar á landsvísu. Bent sé á að kostnaðarlegir þættir leiði til þess að samkeppnisskilyrði séu með ólíkum hætti og nefnt í því sambandi að það kosti töluvert meira fjármagn að setja upp fullnægjandi farsímakerfi víða á landsbyggðinni en í þéttbýli. Til samanburðar sé kostnaður mun minni við að hefja starfssemi á höfuðborgarsvæðinu og er vísað í Nova í því sambandi sem veiti þjónustu á dreifðari svæðum með reikisamningum við Símann og Vodafone. Þá telji Síminn að við skilgreiningu á landfræðilegum markaði verði að líta á kostnaðinn fyrir viðskiptavininn við að skipta um þjónustu. Síminn segir að kostnaður neytandans sé af augljósum ástæðum það mikill að hann myndi aldrei fara í slíkar framkvæmdir sjálfur.

Síminn segir að öðru leyti að fyrirtækið telji ekki ástæðu til að gera umfangsmiklar athugasemdir við skilgreiningu eftirlitsins á mörkuðum málsins. Þó telji Síminn ástæðu til að benda á að lúkning símtala sé þjónusta við önnur farsímanet og segir að það komi ekki skýrt fram í andmælasgjali Samkeppniseftirlitsins. Þá telji Síminn að talsímaþjónusta í fastaneti sé ekki einn af mörkuðum þessa máls þar sem hann fái ekki séð hvaða ætlað brot hans hafi átt sér stað á þeim markaði.

1.2 Mat Samkeppniseftirlitsins

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 staðgöngupjónustu vegna eiginleika sinna, verðs og



áformaðrar notkunnar, sbr. 4. gr. samkeppnislaga. Staðgönguvara og staðgöngupjónusta eru vara eða þjónusta sem að fullu eða verulega 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 samkeppniskilyrði eru nægilega lík og sem unnt er að greina frá nærliggjandi svæðum, einkum vegna þess að samkeppnisskilyrði eru greinilega frábrugðin á þeim svæðum.

Samkeppniseftirlitið telur ekki þörf á því að skilgreina farsímamarkaðinn í þessu máli eftir því hvort kaupendur farsímapjónustu á smásölumarkaði eru einstaklingar eða fyrirtæki. Það mál sem hér er til umfjöllunar varðar almennt fyrirkomulag í verðlagningu Símans á farsímamarkaði. Auk þess má geta þess að þegar verðskrá Símans er skoðuð sést að þau atriði sem mál þetta varðar gilda bæði fyrir einstaklinga og fyrirtæki. Samkvæmt verðskrá fyrirtækisins þann 12. desember 2007 gildir sama mínútuverð að fjárhæð 11 kr. á mínútu fyrir innankerfissímtöl hvort sem kaupendur þjónustunnar eru einstaklingar eða fyrirtæki.¹⁶ Sama á við um 15 kr. á mínútu fyrir símtöl í heimasíma og 22 kr. á mínútu fyrir símtöl milli kerfa. Um það hvort ástæða sé til þess að skilgreina landfræðilega markaðinn eftir landsvæðum hér á landi vill Samkeppniseftirlitið benda á að sama verð gildir fyrir farsímapjónustu hér á landi um allt land óháð því hvar hún er notuð. Að skilgreina marga markaði fyrir farsímapjónustu eftir notendum þjónustunnar eða landsvæðum hér á landi myndi einungis flækja greininguna án þess að það hefði áhrif á niðurstöðu hennar. Í ljósi framangreinds telur Samkeppniseftirlitið því ekki ástæðu til að aðgreina markaði málsins eftir landsvæðum hér á landi eða eftir því hver sé kaupandi þjónustunnar. Um skilgreiningu á viðkomandi þjónustumarkaði og landfræðilegum markaði verður fjallað sérstaklega hér á eftir.

1.2.1 Þjónustumarkaðir

Að teknu tilliti til þeirra upplýsinga sem nú liggja fyrir í þessu máli þá telur Samkeppniseftirlitið að mál þetta varði m.a. tvo heildsölumarkaði, þ.e. annars vegar markað fyrir aðgang og upphaf símtala í almennum farsímanetum (markaður 15 samkvæmt markaðsgreiningu PFS) og hins vegar markað fyrir lúkningu símtala í almennum farsímanetum (markaður 16 samkvæmt markaðsgreiningu PFS).¹⁷

Þjónustumarkaður fyrir aðgang og upphaf símtala í almennum GSM farsímanetum samanstendur af eftirfarandi:

- Allri þjónustu fyrir aðgang og upphaf símtala í GSM farsímanet sem veitt er eða hægt er að veita.
- Aðgangi að GSM þjónustu með fyrirfram greiddum kortum og mánaðarlegri áskrift.
- Aðgangi fyrir bæði einstaklinga/heimili og fyrirtæki.

¹⁶

Einstaklingar:
<http://wayback.vefsafn.is/wayback/20071212000000/http://siminn.is/forsida/einstaklingar/farsiminn/verd/nanar/store466/item31464/>

Fyrirtæki (GSM samband 1-4):
<http://wayback.vefsafn.is/wayback/20071212000000/http://siminn.is/forsida/fyrirtaeki/farsimi/verd/nanar/store466/item54593/>

¹⁷ Sjá: http://pfs.is/default.aspx?cat_id=207&module_id=210&element_id=1231 og http://pfs.is/default.aspx?cat_id=204&module_id=210&element_id=1011 .



- Aðgangi að SMS þjónustu.
- Aðgangi að annarri gagnaflutningsþjónustu s.s um GPRS¹⁸ og EDGE¹⁹.

Þjónustumarkaður fyrir lúkningu símtala í almennum GSM farsímanetum samsvarar markaði 16 í tilmælum ESA: „Lúkning símtala í einstökum farsímanetum”²⁰. Lúkning símtala fer fram með þeim hætti að hvert farsímanet er tengt við önnur símanet um svokallaða samtengingu (interconnection) þar sem tæknileg samtengiskil (interface) eru með ákveðnum skilgreindum hætti. Farsímafyrirtæki gera samninga sín á milli um slíka samtengingu þar sem kveðið er á um hvaða gjald fyrirtækið tekur fyrir að móttaka símtal inn í kerfi sitt og kalla upp notanda í eigin neti til lúkningar símtalsins.

Framkvæmdastjórn ESB hefur bent á að sú þjónusta að ljúka símtölum í farsímanetum sé innbyggður þáttur í símtölum sem geta átt upptök sín hvort heldur sem er í fastaneti eða farsímaneti. Gjaldið fyrir lúkningu er sett af þeim sem veitir hana og eins og fyrirkomulaginu er háttað í dag hafa áskrifendur hjá þeim þjónustuaðila sem annast lúkninguna yfirleitt litla möguleika á að hafa áhrif á gjaldið því það er sá sem hringir sem greiðir fyrir lúkninguna (e. the Calling Party Pays principle eða CPP reglan)²¹.

Framkvæmdastjórn ESB hefur einnig komist að þeirri niðurstöðu að lúkning símtala í einstökum farsímanetum sé sérstakur markaður. Ein afleiðing þess er sú að allir farsímanetsrekendur eru með einokun á lúkningu símtala í eigin neti. Það er hins vegar tekið fram að það þurfi ekki að þýða að þeir séu allir markaðsráðandi. Það fer eftir því hvort til staðar sé nægur kaupendastyrkur til að veða upp á móti markaðsstyrk farsímanetsrekenda til að starfa, án þess að taka tillit til keppinauta, viðskiptavina og notenda.

Samkeppniseftirlitið skilgreinir viðkomandi þjónustumarkað fyrir lúkningu símtala í einstökum GSM farsímanetum í þessu máli þannig:

- Lúkning símtala í GSM farsímaneti Símans
- Lúkning símtala í GSM farsímaneti Vodafone
- Lúkning símtala í GSM farsímaneti IMC Ísland²²
- Lúkning símtala í GSM farsímaneti Nova

Síminn segir í umsögn sinni til Samkeppniseftirlitsins að viðkomandi heildsölumarkaður fyrir lúkningu símtala sé þjónusta við önnur farsímanet sem ekki komi skýrt fram í andmælaskjali eftirlitsins. Í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins er tekið fram að lúkning símtala fari fram með þeim hætti að hvert farsímanet sé tengt við önnur símanet um svokallaða samtengingu þar sem tæknileg samtengiskil eru með ákveðnum skilgreindum hætti, sbr. það sem segir hér að framan um tilmæli ESA. Farsímafyrirtæki geri samninga sín á milli um slíka samtengingu þar sem kveðið sé á um hvaða gjald fyrirtækið taki fyrir

¹⁸ GPRS er skammstöfun fyrir enska heitið: *General Packet Radio Service*.

¹⁹ Skammstöfun á enska heitinu: *Enhanced Data rates for GSM Evolution*.

²⁰ Bls. 9 í tilmælunum: *Voice call termination on individual mobile networks*.

²¹ Explanatory Memorandum, bls. 33.

²² IMC Ísland ehf. hefur haft farsímaleyfi frá 27. júní 2000 og hefur veitt staðbundna farsímaþjónustu á Akureyri frá júlí 2002. Farsímafyrirtækið IMC Ísland undirritaði þann 26. nóvember 2009 samstarfssamning við Símann um aðgang að dreifikerfi Símans. Stofnað var sérstakt félag um þá starfsemi undir heitinu Alterna Tel ehf. sem hóf starfsemi í janúar 2010.



að móttaka símtal inn í kerfi sitt og kalla upp notanda í eigin neti til lúkningar símtalsins. Þá er einnig tekið fram að um sé að ræða þjónustu við að ljúka símtölum í farsímanetum sem geti átt upptök sín hvort heldur er í fastaneti eða farsímaneti. Viðkomandi heildsölumarkaður á því ekki einungis við um þjónustu við önnur farsímanet eins og Síminn heldur fram heldur einnig lúkningu símtala sem eiga sér upphaf í fastaneti. Um nánari skilgreiningu á viðkomandi heildsölumörkuðum (markaðir 15 og 16) og mat á markaðsráðandi stöðu vísar Samkeppniseftirlitið á niðurstöður í markaðsgreiningu PFS á framangreindum tveimur mörkuðum²³ sem finna má á heimasíðu stofnunarinnar.²⁴

Auk framangreindra heildsölumarkaða varðar þetta mál einnig tvo aðgreinda þjónustumarkaði á smásölustigi, þ.e. annars vegar markað fyrir GSM farsímaþjónustu og hins vegar markað fyrir talsímaþjónustu í fastaneti. Síminn telur að markaður fyrir talsímaþjónustu tilheyri ekki þessu máli þar sem fyrirtækið fái ekki séð hvernig ætlað brot fyrirtækisins tengist þeim markaði. Samkeppniseftirlitið vill í því sambandi minna á að í upphaflegu erindi Nova var m.a. kvartað undan misræmi í verðlagningu úr talsímaneti Símans í farsímakerfi Nova annars vegar og Vodafone hins vegar. Samkeppniseftirlitið hefur því komist að þeirri niðurstöðu að talsímaþjónustumarkaður tilheyri þessu máli.

Samkeppnisyfirvöld hafa í ákvörðunum sínum skilgreint markað fyrir farsímaþjónustu.²⁵ Í ákvörðunum samkeppnisyfirvalda hefur almennt verið miðað við að hér á landi sé einn heildarmarkaður fyrir farsímaþjónustu sem aðskilinn er markaði fyrir talsímaþjónustu (símtöl í fastaneti). Hefur verið byggt á þessari nálgun í bæði yngri og eldri málum, sbr. síðast ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 31/2011, *Kaup Eignarhaldsfélagsins Fjarskipta ehf. á öllu hlutafé í IP Fjarskiptum ehf.* Í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 17/1999, *Erindi Tals hf. um verðlagningu GSM-þjónustu hjá Landssíma Íslands hf.* var skilgreiningin í því máli 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 eða NMT þar sem:

²³ Þann 25. júlí 2003 tóku gildi ný lög um fjarskipti. Lögin, sem eru nr. 81/2003, innleiða fjórar tilskipanir Evrópusambandsins (ESB) um fjarskipti og eina tilskipun um persónuvernd í fjarskiptum. Umræddum tilskipunum ESB, sem gefnar voru út árið 2002, er ætlað að skapa einsleit starfsskilyrði og einsleitan markað fyrir fjarskiptafyrirtæki í Evrópu. Meðal þess sem fjallað er um í lögum um fjarskipti er það verkefni PFS að skilgreina fjarskiptamarkaði eftir þjónustu og landssvæðum í samræmi við meginreglur samkeppnisréttar og skuldbindingar samkvæmt samningnum um Evrópska efnahagssvæðið. Eins og fram kemur í 16. gr. fjarskiptalaga nr. 81/2003 skal PFS hafa samráð við Samkeppniseftirlitið við skilgreiningu á þjónustu- og vörumarkaði og landfræðilegum markaði þegar við á. Þá segir í 17. gr. fjarskiptalaga nr. 81/2003 að PFS skuli greina viðkomandi markaði í samstarfi við Samkeppniseftirlitið þegar við á. Samkeppniseftirlitið hafði til skoðunar frumdrög og niðurstöðu PFS á heildsölumarkaði fyrir aðgang og upphaf símtala í farsímanetum (markaði 15) annars vegar og á heildsölumarkaði fyrir lúkningu símtala í einstökum farsímanetum (markaði 16) hins vegar. Samkeppniseftirlitið veitti PFS umsögn við frumdrög greiningar á framangreindum tveimur mörkuðum með bréfi, dags. 15. september 2005, án efnislegra athugasemda í tengslum við skilgreiningu á viðkomandi þjónustu- og landfræðilegum mörkuðum og þeim þáttum sem ætla má að hafi haft áhrif við mat á markaðsstyrk fyrirtækja.

²⁴ Sjá: (markaður 15) http://pfs.is/default.aspx?cat_id=207&module_id=210&element_id=1231 og (markaður 16) http://pfs.is/default.aspx?cat_id=204&module_id=210&element_id=1011

²⁵ Sjá t.d. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 17/2007, *Erindi Og fjarskipta hf. vegna meintrar misnotkunar Landssíma Íslands hf. á markaðsráðandi stöðu á farsímaþjónustu*, ákvörðun samkeppnisráðs nr. 41/1997, *Tilboð Póst og síma hf. á farsímaþjónustu til félaga í FÍB* og ákvörðun samkeppnisráðs nr. 21/2005, *Erindi Og fjarskipta hf. vegna misnotkunar Landssíma Íslands hf. á markaðsráðandi stöðu við kynningu og markaðssetningu á tilboði fyrirtækisins undir heitinu „Allt saman hjá Símanum*, ákvörðun samkeppnisráðs nr. 20/2002, *Kvörtun Tals hf. og Íslandssíma hf. vegna hópáskriftar Landssíma Íslands hf.*, og ákvörðun samkeppnisráðs nr. 34/2001, *Kvörtun vegna misnotkunar Landssíma Íslands hf. á markaðsráðandi stöðu við gerð samnings við Hafnarfjarðarbæ um síma- og gagnaflutningsþjónustu*“.



„[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 Landssímamann í GSM-farsímaþjónustu“

Í árslok 2007 var NMT 450 farsímakerfið eina hliðræna farsímakerfið á Íslandi og hafði það verið starfrækt af Símanum frá 1986. Þann 1. september 2010 tók GSM- og 3G-farsímakerfi við hlutverki NMT-kerfisins hér á landi er Síminn hætti rekstri þess og slökkti á sendum þess. NMT hefur gegnt mikilvægu fjarskiptahlutverki til sjós og lands áratugum saman, en nú er ekki lengur framleiddur búnaður til uppfærslu þess, enda var kerfið aðeins starfrækt hér á landi, í Póllandi og í Rússlandi. NMT netið náði til allra landssvæða, það var aðgengilegt á hálendinu og hafsvæðinu umhverfis landið. Bæði GSM og NMT farsímakerfin buðu upp á þann hreyfanleika sem skilur kerfin frá fastlínukerfinu. NMT bauð hins vegar ekki upp á sama þjónustuúrval og GSM. Í því sambandi má benda á að möguleikinn til að senda og taka á móti SMS og MMS²⁶ skeytum var ekki fyrir hendi í NMT kerfinu og var aðgangur að GPRS ekki í boði. Landfræðileg dekkun NMT netsins var meiri en GSM neta og endurspegaðist það í hagnýtu gildi NMT farsíma fyrir ferðamenn og sjófarendur þar sem GSM farsímanet var ekki til staðar. Fyrir þessa notendur kom í mörgum tilfellum einungis NMT sími til greina og fyrir vikið var NMT farsímaþjónusta mun dýrari en GSM þjónusta.²⁷ Það er því mat Samkeppniseftirlitsins að það hafi verið takmörkuð eða nánast engin staðganga milli þessara tveggja kerfa á ákveðnum svæðum sem bendi til þess að þau tilheyrðu ekki sama þjónustumarkaði. Samkeppniseftirlitið telur því ljóst með vísan til framanritaðs, að markaður fyrir GSM farsímaþjónustu sé sérstakur samkeppnismarkaður.

Samkeppniseftirlitið lítur svo á að farsímaþjónusta á smásölumarkaði hvort sem hún er greidd fyrirfram eða eftirá falli undir sama þjónustumarkað. Í ljósi þess að GSM þjónusta með áskrift eða fyrirframgreiddum kortum fyrir tal (innanlandssímtöl, millilandasímtöl og reikiþjónusta), SMS, MMS og aðra gagnaflutningsþjónustu um GPRS eða EDGE er venjulega seld saman í einum pakka til notenda er það mat Samkeppniseftirlitsins að viðkomandi smásölumarkaður innihaldi einnig SMS, MMS, reikiþjónustu innanlands- sem og millilandasímtöl og aðra gagnaflutningsþjónustu.²⁸ Benda má í þessu sambandi á leiðbeiningu ESA um markaðsgreiningu og mat á markaðsráðandi stöðu fyrir fjarskiptanet og þjónustu, sbr. viðauka XI í samningi um evrópska efnahagssvæðið (EES).²⁹ Í leiðbeiningarskjali framkvæmdastjórnar ESB um skilgreiningu markaða segir (bls. 41) að mögulega sé hægt að skilgreina einn smásölumarkað á farsíamarkaði sem hefur að geyma klasa af þjónustu (e. single cluster retail market).³⁰

²⁶ MMS er skammstöfun fyrir enska heitið: *Multimedia Messaging System*.

²⁷ Sjá mynd 3 í greiningu PFS:

<http://pfs.is/upload/files/Vi%c3%b0auki%20A%20loka-%20greining%20c3%a1%20M%2015.til%20birtingar.pdf>

²⁸ Sú niðurstaða er í samræmi við áður framkomna skilgreiningu Samkeppniseftirlitsins um heildarmarkað fyrir farsímaþjónustu þar sem viðkomandi tegundir þjónustu hafa verið innifaldar við mat á markaðshlutdeild fyrirtækja á farsíamarkaði. Eins er þessi skilgreining einnig í samræmi við skilgreiningu PFS á smásölumarkaði fyrir farsímaþjónustu er fram kemur í greiningu á heildsölumarkaði fyrir aðgang og upphaf símtala í almennum farsímanetum, sjá bls. 23-25:

<http://pfs.is/upload/files/Vi%c3%b0auki%20A%20loka-%20greining%20c3%a1%20M%2015.til%20birtingar.pdf>

²⁹ Leiðbeiningarnar voru birtar í OJ C 101 þann 27.4.2006, p. 1 og sem EES viðbót nr. 21 þann 27.4. 2006. Einnig hægt að nálgast hér:

<http://www.eftasurv.int/fieldsofwork/fieldservices/telecoms/ecom/smpguidelines.pdf>

³⁰ Sjá: Commission Staff Working Document. Hægt að nálgast hér:

http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecom/doc/library/proposals/sec2007_1483_final.pdf



Í ákvörðunum samkeppnisyfirvalda hefur almennt verið miðað við að hér á landi sé einn heildarmarkaður fyrir farsímaþjónustu, sbr. t.d. framangreind ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 31/2011. Einnig er við það miðað í EES/ESB-samkeppnisrétti að farsímaþjónusta teljist vera sérstakur markaður.³¹ Í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 20/2002, *Kvörtun Tals hf. og Íslandssíma hf. vegna hópáskriftar Landssíma Íslands hf.*, var þó bent á að rök gætu staðið til þess að skipta markaði fyrir farsímaþjónustu upp í markaði fyrir farsímaþjónustu við einstaklinga annars vegar og fyrirtæki hins vegar. Ekki var þó talin þörf á því að taka afstöðu til þessa álitaefnis í því máli, sbr. einnig ákvörðun ráðsins nr. 40/2003 *Kvörtun Og fjarskipta hf. vegna hópáskriftar Landssíma Íslands hf.* Í fyrrgreindri ákvörðun samkeppnisráðs nr. 40/2003 kemur fram að Síminn hafi a.m.k. til skamms tíma haft hlutfallslega sterkari stöðu í farsímaþjónustu fyrir fyrirtæki heldur en í þeirri þjónustu við einstaklinga.

Það mál sem hér er til umfjöllunar varðar almennt fyrirkomulag í verðlagningu Símans á farsímaþjónustu. Þegar verðskrá Símans er skoðuð má sjá að þau atriði sem mál þetta varðar gilda bæði fyrir einstaklinga og fyrirtæki. Samkvæmt verðskrá fyrirtækisins í október 2009 má sjá að sama mínútuverð að fjárhæð 11,90 kr. gildir fyrir innankerfissímtöl hvort sem kaupendur þjónustunnar eru einstaklingar eða fyrirtæki. Eins er sama mínútuverð fyrir einstaklinga og fyrirtæki í önnur GSM kerfi, eða 21,50 kr. í GSM kerfi Vodafone og 28,00 kr. í GSM kerfi Nova. Sama á við um verðskrá Símans frá 12. desember 2007 eins og fyrr segir. Síminn gefur eftir sem áður út verðskrá sem fer eftir því hvort kaupandi og eða greiðandi þjónustunnar er einstaklingur eða fyrirtæki. Báðar þessar verðskrár taka mið af ólíku hringimynstri og notkun sem getur bæði höfðað til einstaklinga og fyrirtækja. Einstaklingur sem notar farsímaþjónustu sem keypt er af fyrirtæki nær þannig að fullnægja farsímaþörf sinni hvort sem er í starfi eða til persónulegra nota á sambærilegum kjörum og ef þjónustan væri keypt og greidd af einstaklingi. Í ljósi þess þá fæst ekki séð að þörf sé á því að aðgreina smásölumarkaðinn í þessu máli eftir því hvort um er að ræða kaup einstaklinga eða fyrirtækja á farsímaþjónustu Símans. Samkeppniseftirlitið kemst að þeirri niðurstöðu að smásölumarkaður þessa máls sé farsímaþjónusta bæði fyrir einstaklinga og fyrirtæki.

Í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 23/2002, *Kvörtun Halló! – Frjálsra fjarskipta ehf. vegna misnotkunar Landssíma Íslands hf. á markaðsráðandi stöðu* var talsímaþjónusturinn í fastanetinu skilgreindur á eftirfarandi hátt:

„Samkeppnisráð telur [...] að almennt sé um einn markað fyrir talsímaþjónustu að ræða frá sjónarhóli neytandans sem aðskilinn er frá farsímaþjónustu og frá markaði fyrir veitingu alhliða gagnaflytninguþjónustu. Þessi niðurstaða er í samræmi við aðrar ákvarðanir samkeppnisráðs.“³²

Að mati samkeppnisráðs höfðu markaðsaðstæður ekki breyst með þeim hætti að ástæða þætti til að endurskoða framangreinda niðurstöðu í ákvörðun nr. 21/2005, *Erindi Og*

³¹ Sjá t.d. ákvörðun framkvæmdarstjórnar ESB frá 1. mars 2010 í máli nr. Comp/M.5650 T-Mobile/Orange.

³² Sjá ákvörðun samkeppnisráðs 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 gagnaflytninguþjónustu* og nr. 7/2001, *Erindi Landssíma Íslands hf. vegna samnings Fræðslumiðstöðvar Reykjavíkur við Línu.net ehf.*



fjarskipta hf. vegna misnotkunar Landssíma Íslands hf. á markaðsráðandi stöðu við kynningu og markaðssetningu á tilboði fyrirtækisins undir heitinu „Allt saman hjá Símanum“. Einnig má hér vísa til ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins nr. 31/2011. Samkeppniseftirlitið kemst að sömu niðurstöðu í þessu máli að ekki sé ástæða til að endurskoða framangreinda niðurstöðu og telur að markaðurinn fyrir talsímaþjónustu í fastanetinu sé einn þeirra markaða sem mál þetta varðar.

Í ljósi framangreinds eru markaðir þessa máls á smásölustigi:

- GSM farsímaþjónusta og
- talsímaþjónusta í fastaneti.

Á heildsölustigi eru markaðir málsins:

- Markaður fyrir aðgang og upphaf símtala í almennum GSM farsímanetum (markaður 15) og
- markaður fyrir lúkningu símtala í almennum GSM farsímanetum (markaður 16).

1.2.2 Landfræðilegur markaður

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

Í fjarskiptum má segja að landfræðilegi markaðurinn sé þar sem viðkomandi fyrirtæki geta veitt þjónustu sína. Í fyrsta lagi skiptir þar máli að farsíma- og talsímaþjónusta fjarskiptarekenda hér á landi nær til allra þéttbýlisstaða á landinu. Í öðru lagi er lögsagnarumdæmi laga um fjarskipti landið allt og í þriðja lagi gildir sama gjaldskrá hjá farsímarekendum á landinu öllu óháð staðsetningu. Þessi þrjú atriði hér að framan benda sterklega til þess að landfræðileg afmörkun fyrir viðkomandi markaði sé landið allt. Þó að kostnaður við að veita viðkomandi farsímaþjónustu kunni að vera mismunandi eftir landsvæðum eða staðsetningu eins og Síminn bendir á þá ræður eftirspurn og samkeppni á markaði því að sama verð fyrir farsíma- og talsímaþjónustu gildir hér um land allt. Í ljósi þess þá kemst Samkeppniseftirlitið að þeirri niðurstöðu að verð á markaði endurspegli samkeppni á markaði og sé ráðandi um skilgreiningu markaða frekar en mismunandi kostnaður á einstökum svæðum við að veita þjónustuna. Það er því niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að landfræðilegir markaðir í þessu máli sé landið allt.³³

2. **Staða Símans á skilgreindum mörkuðum**

Ákvæði 11. gr. samkeppnislaga eiga aðeins við um fyrirtæki sem eru í markaðsráðandi stöðu. Í máli þessu verður því að taka til athugunar hvort Síminn hafi verið í slíkri stöðu þegar atvik þess áttu sér stað. Rannsóknartímabil þessa máls er frá maí 2001 til ársloka 2007.

³³ Það er í samræmi við niðurstöðu í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 21/2005 *Erindi Og fjarskipta hf. vegna misnotkunar Landssíma Íslands hf. á markaðsráðandi stöðu við kynningu og markaðssetningu á tilboði fyrirtækisins undir heitinu „Allt saman hjá Símanum“*, sbr. einnig ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 17/2007.



2.1 Sjónarmið Símans

Síminn telur að afla þurfi gagna frá viðkomandi aðilum og skoða allar upplýsingar fram að þeim tíma sem rannsókn hófst og jafnvel eftir það. Bent er á að í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins sé ekkert fjallað um stöðu á markaði á árinu 2007 svo og framtíðarhorfur á markaðnum þrátt fyrir að rannsóknin hafi ekki hafist fyrr en árið 2008. Síminn hafi verið fyrsta fyrirtækið til að bjóða GSM þjónustu hér á landi á árinu 1994 en fyrsti keppinautur Símans á fjarskiptamarkaði, Tal, hafi komið inn á markaðinn í maí 1998. Síminn rekur þróun í fjölda áskrifta frá því að Tal kom inn á markaðinn og telur sig hafa tapað umtalsverðri markaðshlutdeild við það og ekki vaxið í samræmi við almennan vöxt á markaði. Ástæða þess sé m.a. sú að mati Símans að fyrirtækið hafi ávallt verið með hæstu verðskrá á markaði og hafi frekar fylgt í kjölfar verðákvarðana keppinautanna þar sem markmiðið hafi verið að bæta aldrei þeirra kjör, en aftur á móti hafi verið reynt að mæta þeim að einhverju leyti. Með því telji Síminn sig hafa gefið keppinautunum svigrúm til að fóta sig á markaði, án þess þó að hafa orðið alltof óhagstæður í samanburðinum. Þá gerir Síminn númeraflutning milli farsímafélaga að umtalsefni og bendir á brottfall viðskiptavina í því sambandi frá Símanum yfir til annara félaga frá og með árinu 2007. Auk þess telji Síminn að hann geti ekki hagað sér án tillits til keppinauta og þá einkum Vodafone. Hvað varði styrk Vodafone sé m.a. bent á að eignarhlutur Símans í FARICE hafi minnkað en á móti hafi hlutdeild Vodafone aukist. Síminn telji að tengsl Vodafone við alþjóðlegu samstæðuna Vodafone Group styrki stöðu félagsins verulega samanber nýlegar auglýsingar Vodafone um að félagið sé hluti af stærsta farsímafyrirtæki í heimi. Þá hafi eitt öflugasta félag landsins Baugur Group hf. verið stærsti hluthafinn í Teymi hf. en það sé móðurfélag Vodafone. Telji Samkeppniseftirlitið að Síminn sé engu að síður markaðsráðandi beri að taka það til skoðunar hvort Vodafone sé sameiginlega markaðsráðandi með Símanum.

Síminn bendir á að í ákvörðunum Samkeppniseftirlitsins nr. 50/2008, nr. 51/2008 og nr. 4/2010 hafi verið rakin þau sjónarmið sem líta beri til við mat á því hvort um sameiginlega markaðsráðandi stöðu sé að ræða. Að mati Símans séu ýmis merki sem bendi til þess að fyrirtækið deili sameiginlegri markaðsráðandi stöðu með Vodafone á farsímamarkaði án þess að Síminn vilji taka sjálfstæða afstöðu til þess. Bent sé á að markaðshlutdeild félaganna tveggja hafi verið nokkuð stöðug á því tímabili sem leið frá samruna tveggja samkeppnisaðila Símans á árinu 2002 til innkomu Nova á árinu 2007. Síminn segir að rannsaka þurfi í þessu máli hvort Síminn og Vodafone séu í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu á farsímamarkaði. Tekið sé fram að Samkeppniseftirlitinu beri að rannsaka nákvæmlega hvort Síminn og Vodafone og forveri þess hafi verið í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu, sbr. rannsóknarreglu 10. gr. stjórnarsýslulaga. Síminn segir að í raun hefði þurft að rannsaka sameiginlega markaðsráðandi stöðu á viðkomandi markaði við samruna Tals og Íslandssíma undir lok árs 2002. Síminn bendir á að bæði fyrir og eftir samruna Tals og Íslandssíma hafi verið töluverðar sveiflur á markaðshlutdeild félaga á farsímamarkaði. Eftir samrunann hafi tveir keppinautar staðið eftir á markaði fyrir GSM farsímaþjónustu. Annar með rúmlega 60% markaðshlutdeild, hinn með tæplega 40%. Það komi Símanum því undarlega fyrir sjónir að við þetta tækifæri hafi engin rannsókn farið fram á því hvort sameiginleg markaðsráðandi staða hafi myndast á farsímamarkaði. Síminn telur það einnig skipta máli við mat á sameiginlegri markaðsráðandi stöðu á smásölumarkaði fyrir farsímaþjónustu ef Vodafone hafi verið í markaðsráðandi stöðu á heildsölumarkaði fyrir lúkningu símtala í eigin farsímaneti á sama tíma.



Þá telji Síminn það órannsakað að fyrirtækið sé markaðsráðandi á heildsölustigi á farsímamarkaði. Síminn bendir á að framkvæmdastjórn ESB hafi tilgreint tvo þætti við mat á því hvort fjarskiptafyrirtæki, sem eðli máls samkvæmt hefur 100% hlutdeild á símtölum í eigið kerfi, sé í markaðsráðandi stöðu. Síminn bendir á annars vegar kaupendastyrk og hins vegar möguleika félagsins til að hækka verð yfir verð keppinauta.

Að mati Símans átti félagið þess engan kost að hækka lúkningargjöld sín yfir verð keppinauta. Síminn segir að á fyrirtækinu hafi hvílt kvaðir um tiltekið verð stærstan hluta ætlaðs brotatímabils. Það verð hafi verið lægra en verð keppinauta. Síminn hafi því engan möguleika á því að hækka verð sitt yfir verð samkeppnisaðila. Þá bendi Síminn á að fyrirtækið hafi haft lægsta lúkningarverðið á markaðnum allt hið ætlaða brotatímabil.

2.2 Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins

Samkvæmt 4. tl. 1. mgr. 4. gr. samkeppnislaga hefur fyrirtæki markaðsráðandi stöðu:

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

Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008 *Hf Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu* kemur fram að við mat á stöðu fyrirtækja á markaði skipti mestu að huga að markaðshlutdeild og því skipulagi sem ríki á markaðnum. Í dómi Hæstaréttar Íslands frá 18. nóvember 2010 í máli nr. 188/2010 *Hagar hf. gegn Samkeppniseftirlitinu* var dómur Héraðsdóms Reykjavíkur staðfestur með vísan til forsendna hans. Í dómi héraðsdóms kemur fram að við „mat á því hvort fyrirtæki hafi haft markaðsráðandi stöðu á skilgreindum markaði er litið til nokkurra atriða og þau metin saman:

1. *Hver er markaðshlutdeild viðkomandi fyrirtækis á skilgreindum markaði og þróun hennar. Ein viðmiðun er að ef markaðshlutdeild fer yfir 50% þá eru allar líkur á að fyrirtækið hafi markaðsráðandi stöðu.*
2. *Litið er til markaðshlutdeildar þess fyrirtækis sem verið er að meta og hún borin saman við markaðshlutdeild annarra fyrirtækja á markaði. Ef miklu munar á markaðshlutdeild þess fyrirtækis sem stærstu hlutdeild hefur og þess fyrirtækis sem næst kemur í röðinni er líklegt að stærsta fyrirtækið hafi markaðsráðandi stöðu.*
3. *Þá er einnig litið til aðgangshindrana að markaði. Hér er átt við atriði á borð við lagalegar hindranir, fjárhagslegar hindranir, stærðarhagkvæmni, aðgengi að birgjum, þróað sölukerfi og þekkt vörumerki.“*

Fram kemur einnig að dómurinn telji að „þriðja atriðið sem nefnt er að framan, þ.e. aðgangshindranir að markaði, ráði ekki úrslitum þegar meta skal hvort stefnandi hafi verið í markaðsráðandi stöðu ...“ Hins vegar geti þessi atriði skv. dómnum styrkt frekar þá niðurstöðu að fyrirtæki sé í markaðsráðandi stöðu.

Markaðshlutdeild veitir því mjög sterka vísbendingu um markaðsráðandi stöðu, sbr. einnig t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2011 *Vífilfell hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.



Skilgreining 4. gr. samkeppnislaga á markaðsráðandi stöðu sækir fyrirmynd sína til EES/ESB samkeppnisréttar og er efnislega samhljóða skilgreiningu dómstóls ESB á markaðsráðandi stöðu sem fram kemur m.a. í Hoffman-La Roche málinu.³⁴ Ítrekað hefur komið fram hjá dómstólum ESB að mjög há markaðshlutdeild feli ein og sér í sér sönnun á því að viðkomandi fyrirtæki sé í markaðsráðandi stöðu nema fyrir hendi séu einstakar kringumstæður sem bendi til annars. Þetta eigi við þegar fyrirtæki hafi 50% markaðshlutdeild.³⁵ Ályktunin um markaðsráðandi stöðu sem draga má af markaðshlutdeild er enn sterkari ef fyrirtæki hafa meira en 50% markaðshlutdeild.³⁶

Rétt er að hafa í huga að fyrirtæki geta einnig verið í markaðsráðandi stöðu þrátt fyrir að hafa lægri hlutdeild en 50% á viðkomandi markaði. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 8/2008 *Fiskmarkaður Íslands hf. gegn Samkeppniseftirlitinu* var fyrirtæki með 42-46% markaðshlutdeild talið markaðsráðandi. Í undantekningartilvikum geta fyrirtæki talist vera markaðsráðandi þrátt fyrir að hafa ekki mestu markaðshlutdeildina á viðkomandi markaði, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 5/2010 *Lyf og heilsa hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

Eins og að framan greinir verður einnig að horfa til markaðshlutdeildar keppinauta og bera hana saman við hlutdeild þess fyrirtækis sem til rannsóknar er. Í umræddum dómi í Hagamálinu þótti hafa þýðingu að markaðshlutdeild Haga var 20-25% hærri en hjá helsta keppinaut fyrirtækisins. Í EES/ESB-samkeppnisrétti er einnig litið svo á að það sé vísbending um markaðsráðandi stöðu ef talsverður munur er á markaðshlutdeild viðkomandi fyrirtækis og keppinauta þess.³⁷ Litið er svo á að meira en 20% munur á markaðshlutdeild hins ætlaða ráðandi fyrirtækis og stærsta keppinautarins sé sterk vísbending um ráðandi stöðu, sérstaklega ef sá munur hefur verið fyrir hendi um talsverðan tíma.³⁸

Samkvæmt framansögðu geta önnur atriði styrkt þá niðurstöðu að fyrirtæki sé markaðsráðandi. Dæmi um þetta er hvort aðgangur að markaðnum sé auðveldur, hvort viðkomandi fyrirtæki sé almennt öflugt með hliðsjón af fjármagni, tækjum og framboði vöru eða þjónustu.

³⁴ Mál nr. 85/76 *Hoffman-La Roche v Commission* [1979] ECR 3451.

³⁵ Sjá hér t.d. dóm undirréttar ESB frá 25. júní 2010 í máli nr. T-66/01 ICI v Commission: „*Very large market shares are in themselves, and save in exceptional circumstances, evidence of the existence of a dominant position. ... Thus, according to the case-law of the Court of Justice, a market share of 50% is in itself, and save in exceptional circumstances, evidence of the existence of a dominant position (see, to that effect, Case C-62/86 AKZO v Commission [1991] ECR I-3359, paragraph 60).*”

Sjá enn fremur Whish, Competition Law, sjötta útgáfa 2009, bls. 46: „*There is a legal presumption that, with 50% of the market, you have a dominant position.*” Sjá einnig Faull & Nikpay, The EC Law of Competition, önnur útgáfa 2007, bls. 324: „*Very high market shares provide in themselves virtually conclusive proof that a firm is dominant.*”

³⁶ Sjá t.d. dóm undirréttar ESB í máli nr. T-30/89 Hilti AG v Commission [1991] ECR II-1439 og dóm dómstóls ESB í máli nr. C-53/92P Hilti AG v Commission [1994] ECR I-667. Í dómum þessum var staðfest sú niðurstaða framkvæmdastjórnar ESB að markaðshlutdeild milli 70-80% væri það há að enngar frekari rannsóknar væri þörf til þess að sýna fram á viðkomandi fyrirtæki væri markaðsráðandi. Sjá einnig dóm undirréttar ESB í sameinuðum málum nr. m.a. T-191/98 Atlantic Container Lines v Commission [2003] ECR-3257: „*... a market share of 60% on the trade in question gave rise to strong presumption of a dominant position.*”

³⁷ Sjá t.d. Van Bael & Bellis, Competition Law of the European Community, fimmta útgáfa 2010 bls. 110: „*When there is a significant gap between the market share of the potentially dominant undertaking and the market shares of its competitors, this element may be considered as confirmation of the existence of a dominant position.*”

³⁸ Sjá t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB í máli nr. COMP/M.1741 *MCI/WorldCom/Sprint*. Sjá einnig ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar í Tetra Pak II málinu, OJ 1992 L72/1. Til stuðnings því að Tetra Pak væri markaðsráðandi var m.a. vísað til þess að Tetra Pak hefði 55% markaðshlutdeild en helstu keppinautarnir höfðu hins vegar 27% og 11% markaðshlutdeild.



Hafa ber í huga að í hugtakinu markaðsráðandi staða felst ekki krafa um að engin samkeppni ríki á viðkomandi markaði.³⁹ Um markaðsráðandi stöðu getur þannig verið að ræða þrátt fyrir líflega samkeppni á viðkomandi markaði.⁴⁰

Áfrýjunarnefnd samkeppnismála hefur ítrekað bent á að við mat á markaðsráðandi stöðu í málum sem varða brot á 11. gr. samkeppnislaga verði að líta til stöðu viðkomandi fyrirtækis eins og hún var þegar ætluð brot áttu sér stað, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008 Hf. *Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu*. Fram kemur einnig í þessum úrskurði áfrýjunarnefndar að upplýsingar um stöðu fyrirtækja eftir ætlaðan brotatíma hafi takmarkaða þýðingu.⁴¹

Mat Samkeppniseftirlitsins á markaðsráðandi stöðu tekur mið af því tímabili sem meint brot á að hafa átt sér stað á grundvelli *ex post* greiningar. Markaðsgreining og álagðar kvaðir PFS taka hins vegar mið af framtíðarhorfum á markaði á grundvelli *ex ante* greiningar enda er markmið þeirra að skapa grundvöll fyrir eðlilegu samkeppnisumhverfi á viðkomandi markaði til framtíðar litið. Aðgerðum Samkeppniseftirlitsins er einnig ætlað að efla samkeppni til framtíðar, t.d. vegna varnaðaráhrifa sem leiða af sektum vegna misnotkunar á markaðsráðandi stöðu.

2.2.1 Forsaga Símans, eldri mál

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

Á rannsóknartímabili þessa máls var Síminn eigandi og rekstraraðili grunnfjarskiptakerfisins og var þar af leiðandi óumflýjanlegur þjónustuaðili keppinauta Símans og hagnaðist af starfsemi þeirra. Síminn byggir þannig á aldargamalli starfsemi fjarskiptanets sem lagt hefur grunn að öllum fjarskiptum á Íslandi. Í apríl 2007 tók nýtt systurfélag Símans, Míla ehf, við rekstri fjarskiptanets Símans. Síminn og Míla eru bæði í eigu Skipta hf. og teljast því ein efnahagsleg eining í skilningi samkeppnislaga. Eru þau í efnahagslegum skilningi eitt og sama fyrirtækið og ber að horfa til þess þegar t.d. styrkur Símans er metinn á fjarskiptamarkaði. Á heimasíðu Mílu kemur fram hversu mikill styrkur samstæðunnar er í grunnkerfum fjarskipta:

„Míla leggur grunn að flestum fjarskiptum á Íslandi og er framtíðarsýn fyrirtækisins að vera mikilsmetinn viðskiptafélagi í fjarskiptum. ... Fjarskiptanet Mílu byggir á stofnneti, sem er eins konar burðarlag fyrir öll fjarskiptakerfin og

³⁹ Sjá t.d. dóm dómstóls ESB í máli nr. 85/76 *Hoffman-La Roche v Commission* [1979] ECR 3451.

⁴⁰ Sjá dóm dómstóls ESB í máli nr. 2/76 *United Brands v Commission* [1978] ECR 207. Sjá einnig dóm undirréttar ESB frá 30. janúar 2007 í máli nr. T-340/03 *France Télécom v Commission*: „Even the existence of lively competition on a particular market does not rule out the possibility that there is a dominant position on that market ...”

⁴¹ Er sama regla lögð til grundvallar í EES/ESB-samkeppnisrétti. Sjá t.d. dóm undirréttar ESB frá 30. janúar 2007 í máli nr. T-340/03 *France Télécom v Commission*: „According to the case-law, Article 82 EC refers to the position occupied by the undertaking concerned on the common market at the time when it acted in a way which is alleged to amount to an abuse ...”



aðgangsneti sem tengir viðskiptavini Mílu inn á fjarskiptakerfin. Aðgangsnetið byggir að grunni til á koparlínum, ljósleiðurum og kóaxstrengjum. Koparlínukerfi Mílu er gífurlega víðtækt þar sem nærri öll fyrirtæki og heimili landsins eru tengd því. Á fjarskiptaneti Mílu eru öll sambönd fyrir almenna símaumferð, innanlands og til útlanda, sambönd fyrir GSM og NMT-farsímakerfi viðskiptavina símafyrirtækjanna og gagnasambönd. Ennfremur rekur Míla flutningskerfi að sendum nær allra útvarps- og sjónvarpsstöðva í landinu."

Mál þetta tekur til tímabilsins 1. maí 2001 til ársloka 2007, sbr. nánar hér á eftir. Ljóst er að Síminn hefur um langa hríð verið í ráðandi stöðu á fjarskiptamarkaðnum. Í útboðs- og skráningarlýsingu Símans, dags. september 2001, var lýst afar sterkri stöðu fyrirtækisins á markaði. Sagt var að Síminn væri með 86% af íslenska fjarskiptamarkaðnum miðað við veltu og vísað var sérstaklega til þess að fyrirtækið væri markaðsráðandi. Jafnframt var lýst yfirburðarstöðu Símans á einstökum sviðum fjarskipta.

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

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

Þá hafa samkeppnisyfirvöld og dómstólar komist að þeirri niðurstöðu í eldri málum að Síminn sé markaðsráðandi:

- Með dómi Hæstaréttar frá 8. nóvember 2001 í máli nr. 120/2001 var staðfest sú niðurstaða áfrýjunarnefndar samkeppnismála að Síminn hafi verið í markaðsráðandi stöðu á fjarskiptamarkaði hér á landi. Vísaði Hæstiréttur til yfirburðastöðu Símans á markaði þar sem enngar samkeppni hafði áður notið. Einnig vísaði rétturinn til forsendna Héraðsdóms en í honum var bent á þá staðreynd að Síminn „*hefur um árabíl haft einokunarstöðu í rekstri almennrar talsímaþjónustu og hefur í skjóli þeirrar einokunaraðstöðu byggt upp traust fjarskiptakerfi án þess að nokkur samkeppni ríkti.*“
- Í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 23/2002 *Kvörtun Halló! – Frjálsra fjarskipta ehf. vegna misnotkunar Landssíma Íslands hf. á markaðsráðandi stöðu* var komist að þeirri niðurstöðu að Síminn væri í markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir talsímaþjónustu.
- Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 2/2002 *Landssími Íslands hf. gegn samkeppnisráði* var staðfest að Síminn væri markaðsráðandi á ýmsum sviðum fjarskipta og hefði brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með aðgerðum sem vörðuðu m.a. ADSL- og farsímaþjónustu, talsímaþjónustu og leigulínur.



- Í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 40/2003 *Kvörtun Og fjarskipta hf. vegna hópáskriftar Landssíma Íslands hf.* var komist að þeirri niðurstöðu að Síminn væri markaðsráðandi á markaði fyrir farsímaþjónustu.
- Í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 21/2005 *Erindi Og fjarskipta hf. vegna misnotkunar Landssíma Íslands hf. á markaðsráðandi stöðu við kynningu og markaðssetningu á tilboði fyrirtækisins undir heitinu „Allt saman hjá Símanum“* var komist að þeirri niðurstöðu að Síminn væri í markaðsráðandi stöðu í m.a. farsíma-, talsíma- og Internetþjónustu.
- Í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 10/2005 *Samruni Landssíma Íslands og Íslenska sjónvarpsfélagsins hf.* var komist að þeirri niðurstöðu að Síminn væri í markaðsráðandi stöðu á ýmsum fjarskiptamörkuðum.
- Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 10/2006 *Kvörtun Og fjarskipta hf. (Og Vodafone) um meinta misnotkun Landssíma Íslands hf. á markaðsráðandi stöðu sinni á markaði fyrir farsímaþjónustu* var Síminn talinn markaðsráðandi á markaði fyrir farsímaþjónustu.
- Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 17/2007 *Erindi Og fjarskipta hf. vegna meintrar misnotkunar Landssíma Íslands hf. á markaðsráðandi stöðu á farsímamarkaði* var komist að þeirri niðurstöðu að Síminn væri í markaðsráðandi stöðu á mörkuðum fyrir farsímaþjónustu og sölu á farsímum.

Má hér einnig líta til umfjöllunar í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 10/2011 *Síminn hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Þau almennu atriði sem áfrýjunarnefnd telur til vitnis um yfirburðastöðu Símans voru einnig fyrir hendi þegar atvik þessa máls áttu sér stað.

Þetta mat á styrki stöðu Símans þarf ekki að koma á óvart. Bæði hér á landi og í öðrum ríkjum búa fyrrum einokunarfyrirtæki á fjarskiptamarkaði enn yfir miklum styrk sem leiðir til þess að þau teljast markaðsráðandi á ýmsum sviðum. Leiðir þetta til þess að bann við misnotkun á markaðsráðandi stöðu hefur mikla þýðingu á fjarskiptamörkuðum.⁴² Skiptir hér einnig miklu að fjarskiptamarkaðir eru þess eðlis að algengt er að þeir séu tengdir í skilningi samkeppnisréttarins. Þýðir það að sterk staða á einum markaði getur haft verulega áhrif á styrk á öðrum mörkuðum, sem ýmist geta verið lóðrétt eða lárétt tengdir.⁴³ Þetta kemur t.d. fram í ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB í Telefonica málinu. Telefonica er fyrrum einokunaraðili á spænskum fjarskiptamarkaði. Til stuðnings því að Telefonica væri markaðsráðandi á smásölumarkaðnum fyrir háhraðatengingar fyrir Internetþjónustu vísaði framkvæmdastjórnin m.a. til þess styrks sem fyrrum einokunarstaða skapaði fyrirtækinu og þar að auki var horft til styrks á tengdum mörkuðum.⁴⁴

⁴² Sjá t.d. Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, sjötta útgáfa 2008, bls. 1148-1149: „...since 1. January 1998 most communications providers in the Community have been exposed to „full competition“. However, many communications providers retain large market shares and a significant degree of market power, in particular by virtue of the range of services which they offer and the breadth of their distribution networks. Although their *de jure* monopoly has been ended, many national network providers retain *de facto* dominance in a number of markets. Article 82 therefore assumes particular importance in the communications sector.“

⁴³ Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, sjötta útgáfa 2008 bls. 1149: „In assessing dominance on a particular communications market, the Commission is likely to consider whether the company concerned is dominant on any neighbouring horizontal or vertical market. The Commission envisages a number of situations where there will be closely related markets where an operator will have a very high degree of market power in at least one of those markets.“

⁴⁴ Ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB frá 4. júlí 2007 í máli nr. COMP/38.784 – *Wanadoo Espana v. Telefonica*: „As the former monopoly, Telefónica enjoys: (i) a strong and recognised brand in the Spanish telecommunications sector; (ii) an already established strong commercial relationship with the Spanish end users thanks to its continued quasi monopolistic position in the retail market for fixed telephony access (94% in 2001, 89% in 2003)



2.2.2 Markaðshlutdeild, tekjur o.fl.

Í þeim tilgangi að meta stöðu Símans á íslenskum fjarskiptamarkaði almennt er, auk skoðunar á markaðshlutdeild, unnt að líta til heildarrekstrartekna Símans og Vodafone, næst stærsta fyrirtækisins á hérlendum fjarskiptamarkaði, á árunum 2003-2005 annars vegar og 2006-2007 hins vegar. Líta ber til þess að Nova hóf starfsemi í lok rannsóknartímabilsins. Einnig er höfð hliðsjón af m.a. eldri ákvörðunum samkeppnisyrivalda sem teknar voru á rannsóknartímabilinu og lýsa stöðu Símans á m.a. farsímamarkaði, sbr. þau mál sem tilgreind hafa verið hér að framan.

Tafla 5 sýnir heildartekjur og umfang Símans og Vodafone hér á landi árin 2003, 2004 og 2005. Þau svið í töflu 5 sem telja má til heildarfjarskiptamarkaðar hér á landi eru talsímasvið, farsímasvið, fjarskiptanet og gagnasvið. Tekjur af öðrum rekstrareiningum stafa frá öðrum tengdum þjónustumörkuðum og dótturfélögum og teljast því ekki með í útreikningi á markaðshlutdeild á viðkomandi heildarfjarskiptamarkaði í töflu 6. Í töflu 5 má sjá að fjarskiptarekstur Símans er mun umfangsmeiri en fjarskiptarekstur Vodafone í tekjum talið. Heildartekjur Símans voru til að mynda tæplega fjórum sinnum meiri en Vodafone á talsímasviði á árinu 2005. Aukningu í tekjum Vodafone á talsímamarkaði á árinu 2005 má m.a. rekja til kaupa Vodafone á Margmiðlun og í Línu-neti.⁴⁵

Tafla 5. Heildartekjur Símans og Vodafone eftir sviðum á árunum 2003, 2004 og 2005 (fjárhæðir í milljónum króna)⁴⁶

Ár	Síminn			Dagsbrún ⁴⁷ (Vodafone)		
	2003	2004	2005	2003	2004	2005
Talsímasvið	7.042	6.508	6.054	1.356	1.503	1.545
Farsímasvið ⁴⁸	6.134	7.182	8.128	3.645	3.890	4.352

and (iii) an already installed network of sales outlets which gives Telefónica a direct access to consumers for the commercialization of its retail broadband products. This "posición como incumbente" has been put forward by TESAÚ itself (dótturfélag Telefonica) as the main strength of the company in the growing retail market for broadband access."

⁴⁵ Á seinni hluta árs 2004 keyptu Og fjarskipti fjarskiptafyrirtækið Margmiðlun og einnig stóran hlut í fyrirtækinu Línu-Net af Orkuveitu Reykjavíkur.

⁴⁶ Tekið skal fram að samanburður á tekjum eftir sviðum í töflu 5 kann að gefa misvísandi niðurstöðu á umfangi Símans og Vodafone þar sem skilgreining tekna eftir sviðum kann að vera mismunandi í bókhaldslegu uppgjöri í ársreikningi. Að því gefnu þá ber að líta á töflu 5 sem vísbendingu um umfang og breidd í einstaka starfsemi fyrirtækjanna tveggja en heildartekjur eru skv. ársreikningum.

⁴⁷ Og fjarskipti hf. urðu eignarhaldsfélagið Dagsbrún hf. á árinu 2005 og Vodafone var merkið á fjarskiptahluta Dagsbrúnar. Upplýsingar um tekjudreifingu Dagsbrúnar hf. eftir sviðum eru sóttar á heimasíðu Kauphallar Íslands: <http://news.icex.is/newsservice/MMIcexNSWeb.dll/newspage?language=IS&pagetype=latest&primarylanguagecode=IS&newsnumber=33584>. Í júní 2005 var fjarskiptahlutinn aðskilinn frá Dagsbrún hf. og dótturfélagið Og fjarskipti ehf. stofnað til að reka fjarskiptahlutann undir merki Vodafone.

⁴⁸ Hér undir koma tekjur bæði af GSM og NMT hjá Símanum.



Fjarskiptanet ⁴⁹	1.425	1.507	1.311			
Gagnasvið	2.402	2.756	2.862	655	892	1.269
Aðrar rekstrarein. ⁵⁰	1.758	2.467	3.686	549	642	8.159
Samtals	18.762	20.419	22.041	6.205	6.927	15.325

Heimildir: Ársreikningar félaganna.

Tafla 6. Markaðshlutdeild Símans og Vodafone á eftir sviðum á árunum 2003, 2004 og 2005

Ár	Síminn			Dagsbrún (Vodafone)		
	2003	2004	2005	2003	2004	2005
Talsímasvið	84%	81%	80%	16%	19%	20%
Farsímasvið	63%	65%	65%	37%	35%	35%
Fjarskiptanet	100%	100%	100%	0%	0%	0%
Gagnasvið	79%	76%	69%	21%	24%	31%
Heildarfjarskiptamarkaður	74%	74%	72%	26%	26%	28%

Í töflu 6 er tekin saman markaðshlutdeild Símans og Vodafone eftir sviðum á heildarfjarskiptamarkaði hér á landi á árunum 2003, 2004 og 2005. Eins og sjá má í töflunni var markaðshlutdeild Símans um 80% á talsíamarkaði á árinu 2005. Á farsíamarkaði var markaðshlutdeild Símans um 65% og á gagnasviði um 69% en þá eru ótaldar tekjur af fjarskiptaneti Símans sem hafði 100% markaðshlutdeild á þeim markaði. Séu öll svið fjarskipta tekin saman var markaðshlutdeild Símans um 72% á árinu 2005 samanborið við 28% hjá Vodafone á sama tíma.

Fram kom í umsögn Símans, dags. 28. apríl 2008, við fyrra andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins í þessu máli að ekki komi fram staða fyrirtækisins á markaði árið 2007 þó að rannsókn eftirlitsins hafi hafist á árinu 2008. Samkvæmt fyrirliggjandi upplýsingum Samkeppniseftirlitsins var markaðshlutdeild fyrirtækja út frá tekjum á skilgreindum mörkuðum í þessu máli á árunum 2006 og 2007 sú sem fram kemur í töflu 7.

Tafla 7. Markaðshlutdeild Símans/Mílu, Vodafone/Sko og annarra fyrirtækja á fjarskiptamarkaði eftir mörkuðum á árunum 2006 og 2007⁵¹

Ár	Síminn/Míla		Vodafone/Sko		Aðrir ⁵²	
	2006	2007	2006	2007	2006	2007
Farsímaþjónusta	55-60%	55-60%	40-45%	40-45%	0-5%	0-5%

⁴⁹ Vísað er til umfjöllunar í ársskýrslu Símans 2003 varðandi skilgreiningu á fjarskiptaneti. Þar er m.a. um að ræða sambönd um sæstrengi (Cantat-3 og Farice) auk gervitungl bæði fyrir tal, gögn og myndsendingar, örbylgjusambönd og um hefðbundið grunnkerfi.

⁵⁰ Aðrar rekstrareiningar Símans eru tekjur frá öðrum tegundum þjónustu og dótturfélögum. Aðrar rekstrareiningar Dagsbrúnar hf. (Vodafone) eru tekjur frá öðrum þjónustutegundum og ljósvaka- og prentmiðlum á árinu 2005 auk fjarskiptafyrirtækisins P/f Kall í Færeyjum.

⁵¹ Upplýsingarnar fengnar í tengslum við samruna Teymis hf. og IP fjarskipta ehf. árið 2008.

⁵² Nova ehf., IMC Ísland ehf., Ip fjarskipti ehf. (Hive), Fjarski ehf., TSC ehf., Skýrr hf., Gagnaveita Reykjavíkur ehf., Núll-níu ehf., Tengir hf., Snerpa ehf., Hringiðan ehf., Fjölnet hf.



-þ.a. GSM	55-60%	55-60%	40-45%	40-45%	0-5%	0-5%
-þ.a. NMT	100,0%	100,0%				
Talsímaþjónusta	75-80%	70-75%	20-25%	20-25%	0-5%	0-5%
ADSL tengingar	55-60%	55-60%	25-30%	20-25%	10-15%	15-20%
Internetþjónusta	50-55%	50-55%	20-25%	25-30%	20-25%	15-20%
Gagnaflutningsþjónusta ⁵³	55-60%	65-70%	5-10%	5-10%	30-35%	20-25%
Aðrar tekjur ⁵⁴	70-75%	75-80%	20-25%	20-25%	5-10%	0-5%
Heildar- fjarskiptamarkaður	65-70%	65-70%	25-30%	25-30%	5-10%	5-10%

Á GSM farsímamarkaði var markaðshlutdeild Símans 55%-60% á árunum 2006 og 2007. Þá var Síminn með 100% markaðshlutdeild fyrir NMT farsímaþjónustu hér á landi. Samanlögð markaðshlutdeild Vodafone og Sko⁵⁵ á GSM farsímamarkaði var 40%-45% á árunum 2006 og 2007 en samanlögð markaðshlutdeild annarra fyrirtækja 0%-5%. Nova var stofnað á árinu 2005 og er tilgangur þess rekstur fjarskiptaþjónustu. Undirbúningur að þriðju kynslóðar fjarskiptaþjónustu (3G) hófst síðla árs 2006 og félagið fékk úthlutað tíðni fyrir 3G farskiptaþjónustu í mars 2007. Samhliða var ráðist í uppbyggingu á viðamiklu 3G fjarskipta- og tæknikerfi og grunnur lagður að markaðs- og sölustarfsemi félagsins. Félagið hóf seint á árinu 2007 að veita farsímaþjónustu og hafði þ.a.l. nánast enga markaðshlutdeild í árslok 2007.

Á talsímamarkaði var markaðshlutdeild Símans 75%-80% á árinu 2006 og 70%-75% á árinu 2007. Markaðshlutdeild Vodafone var 20%-25% sömu ár og samanlögð markaðshlutdeild annarra fyrirtækja var 0%-5% bæði árin.

Í töflunni kemur fram að markaðshlutdeild Símans hafi verið 55%-60% á markaði fyrir ADSL tengingar árin 2006 og 2007. Markaðshlutdeild Vodafone var 25%-30% á árinu 2006 og 20%-25% á árinu 2007. Samanlögð markaðshlutdeild annarra fyrirtækja var 10%-15% á árinu 2006 og 15%-20% á árinu 2007.

Markaðshlutdeild Símans fyrir Internetþjónustu var 50%-55% á árunum 2006 og 2007. Samanlögð markaðshlutdeild Vodafone og Sko á árinu 2006 var 20%-25% og 25%-30% á árinu 2007. Samanlögð markaðshlutdeild annarra fyrirtækja var 20%-25% á árinu 2006 og 15%-20% á árinu 2007.

Á gagnaflutningsmarkaði var markaðshlutdeild Símans 55%-60% á árinu 2006 og með tilkomu Mílu varð sameiginleg markaðshlutdeild Símans og Mílu 65%-70% á árinu 2007. Það kom til vegna þess að eftir að Míla var stofnuð urðu viðskipti fyrirtækisins við Símann að ytri tekjum en þær tekjur tilheyrðu áður innri tekjum Símans og voru þar af leiðandi ekki meðtaldar á árinu 2006. Markaðshlutdeild Vodafone var 5%-10% á árunum 2006 og 2007. Markaðshlutdeild annarra fyrirtækja var 30%-35% á árinu 2006 en 25%-30% á árinu 2007. Ef tekjur Mílu vegna viðskipta við Símann á árinu 2007 eru ekki meðtaldar þá

⁵³ Þar með taldar tekjur af leigulínum.

⁵⁴ Þar með taldar teljur af heimtaugaleigu.

⁵⁵ Farsímafélagið Sko kom nýtt inn á farsímamarkaðinn í apríl 2006. Félagið var endursöluaðili sem keypti alla farsímaþjónustu af Vodafone og réði ekki yfir neinu farsímakerfi. Félagið var í eigu Dagsbrúnar hf. eins og Vodafone og teljast þau félög sem ein efnahagsleg eining í skilningi samkeppnislaga.



reiknast markaðshlutdeild Símans/Mílu 45%-50% á gagnaflutningsmarkaði á árinu 2007.⁵⁶ Með sama hætti reiknast markaðshlutdeild Vodafone á gagnaflutningsmarkaði 10%-15% á árinu 2007 og annarra fyrirtækja 35%-40%.

Á heildarfjarskiptamarkaði var markaðshlutdeild Símans 65%-70% á árunum 2006 og 2007. Markaðshlutdeild Vodafone var 25%-30% á sömu árum. Markaðshlutdeild annarra fyrirtækja var 5%-10% á árunum 2006 og 2007. Ef tekjur Mílu vegna viðskipta við Símann á árinu 2007 eru ekki meðtaldar þá reiknast markaðshlutdeild Símans/Mílu 60%-65% á heildarfjarskiptamarkaði á árinu 2007. Með sama hætti reiknast markaðshlutdeild Vodafone á heildarfjarskiptamarkaði 30%-35% og annarra fyrirtækja 5%-10% á árinu 2007.

Af upplýsingum sem fram koma í töflum 6 og 7 hér að framan er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að Síminn hafi á því tímabili sem hér er til skoðunar haft mikla yfirburði gagnvart keppinautum sínum m.a. að því er markaðshlutdeild varðar. Framkvæmd í samkeppnisrétti sem hér hefur verið vísað til staðfestir einnig að Síminn hefur um langt skeið búið við mjög háa hlutdeild í fjarskiptastarfsemi og verið talinn markaðsráðandi. Auk verulegrar markaðshlutdeildar Símans á öllum sviðum fjarskipta má einnig benda á að fyrirtækið hefur mikla og langa reynslu af fjarskiptum og býr yfir miklum yfirburðum yfir keppinauta sína að því er varðar þjónustuframboð. Fyrirtækið hefur starfað í tæpa öld á fjarskiptamarkaði. Við mat á markaðsstyrk Símans ber einnig að líta til þess að fyrirtækið er lóðrétt samþætt fyrirtæki og býr yfir stærðarhagkvæmni á fjarskiptamarkaði sem önnur fyrirtæki eiga erfitt með að jafna. Ljóst er einnig að töluverðar aðgangshindranir eru fyrir nýja aðila inn á flesta undirmarkaði fjarskiptamarkaðar, einkum í formi óendurkræfs kostnaðar (e. sunk cost) við uppbyggingu fjarskiptakerfa. Vodafone er yngra fyrirtæki sem hefur starfað á markaði í núverandi mynd frá árinu 2002 en fyrirrennarar þess komu inn á farsímamarkað árin 1998 og 2001. Þeir sameinuðust vegna erfiðleika við að ná fótfestu á markaðnum m.a. vegna sterkrar stöðu Símans á fjarskiptamarkaði á þeim tíma, sbr. samrunatilkynningu Íslandssíma hf. og Tals hf. í lok árs 2002. Nova hafði eins og fyrr sagði óverulega hlutdeild á rannsóknartímabilinu.

Vodafone er með samning við Vodafone samstæðuna (Vodafone Group) um samstarf í sölu-, markaðs-, þjónustu- og tæknimálum auk afnota af vörumerki hennar. Vænta má að þessi samningur styrki fyrirtækið að einhverju leyti og að það geti nýtt sér þá reynslu sem Vodafone Group hefur aflað sér sem eitt stærsta farsímafyrirtæki í heiminum.

Ekki er rétt sú fullyrðing hjá Símanum að fyrirtækið hafi ávallt verið með hæstu verðskrá fyrir GSM farsímaþjónustu hér á landi. Ef verðlagning Símans er skoðuð með hliðsjón af mismunandi notkun aðila á smásölumarkaði þá kemur í ljós að keppinautar Símans á GSM farsímamarkaði hafa lagt áherslu á að veita Símanum samkeppni með lægra verð fyrir fyrirframgreidda farsímaþjónustu á meðan Síminn hefur lengst af verið með lægra verð en keppinautarnir fyrir eftirá greidda farsímaþjónustu á farsímamarkaði hér á landi.⁵⁷ Þannig hefur Síminn varið markaðsráðandi stöðu sína á viðkomand markaði fyrir þjónustu við eldri

⁵⁶ Að teknu tilliti til upplýsinga frá PFS um sundurliðun á tekjum Mílu á árinu 2007.

⁵⁷ Viðauki B með ákvörðun PFS á markaði 15, heildsölumarkaður fyrir aðgang og upphaf símtala í almennum farsímanetum (markaður 15). Verðsamanburður á GSM áskriftum og fyrirframgreiddum kortum hér á landi, dags. 5. febrúar 2007, sjá kafla 3: <http://pfs.is/upload/files/Vi%20B%20loka-%20ver%20samanbur%20ur.pdf>



og reyndari viðskiptavini á meðan nýir aðilar hafa lagt áherslu á að höfða til yngri viðskiptavina sem voru að byrja sína farsímanotkun. Því er það ekki rétt að Síminn hafi ekki boðið lægra verð en samkeppnisaðilar á smásölumarkaði fyrir GSM þjónustu á brotatímabilinu.

Síminn telur að Samkeppniseftirlitið þurfi að líta til framtíðarhorfa á fjarskiptamarkaði þegar eftirlitið hefur til meðferðar brot á samkeppnislögum og eftir atvikum fyrri ákvarðana samkeppnisyfivalda. Samkeppniseftirlitið vill í því sambandi taka fram að eftirlitshlutverk þess varðar hegðun á markaði sem er viðvarandi og/ eða átt hefur sér stað sem er í andstöðu við gildandi samkeppnislög á hverjum tíma. Hlutverk Samkeppniseftirlitsins er því að rannsaka hegðun sem átt hefur sér stað á markaði (ex post) á meðan PFS hefur það hlutverk að móta heilbriggt samkeppnisumhverfi á fjarskiptamarkaði til framtíðar litið (ex ante). Hafi fyrirtæki gerst brotlegt með hegðun sinni á markaði þá tekur Samkeppniseftirlitið mið af stöðu þess á því tímabil sem brotið átti sér stað en ekki mögulegri markaðsstöðu fyrirtækisins í framtíðinni.

2.2.3 Ætluð sameiginleg markaðsráðandi staða

Í umsögn Símans segir að rannsaka þurfi í þessu máli hvort Síminn og Vodafone séu í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu á farsíamarkaði. Það telji Síminn að hafi einnig þurft að gera við athugun á samruna Tals og Íslandssíma undir lok árs 2002.

Í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 21/2005 kemur fram að Síminn hafi talið að um sameiginlega markaðsráðandi stöðu væri að ræða á fjarskiptamarkaði. Sagði Síminn að hann væri „a.m.k. ekki einn markaðsráðandi þar sem fyrirtækið gæti ekki starfað án þess að taka tillit til keppinautar síns.“ Samkeppnisráð féllst hins vegar ekki á að um sameiginlega markaðsráðandi stöðu væri að ræða. Samkeppniseftirlitið vill einnig benda á ákvörðun eftirlitsins nr. 17/2007 *Erindi Og fjarskipta hf. vegna meintrar misnotkunar Landssíma Íslands hf.* en í henni var sameiginleg markaðsráðandi staða á viðkomandi markaði tekin til sérstakrar skoðunar. Um sameiginlega markaðsráðandi stöðu segir í framangreindri ákvörðun Samkeppniseftirlitsins:

„Með vísan til alls þessa og með hliðsjón af því hvernig mál þetta er vaxið kemur ekki til álita að um sameiginlega markaðsráðandi stöðu málsaðila hafi verið að ræða þegar atvik málsins urðu. Þar fyrir utan má nefna að til þess að tvö eða fleiri sjálfstæð fyrirtæki hafi sameiginlega markaðsráðandi stöðu samkvæmt 11. gr. samkeppnislaga þurfa þau í efnahagslegum skilningi að koma fram eða starfa saman á tilteknum markaði eins og einn aðili eða eining. Þarf í því sambandi að horfa til þriggja þátta, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 6/2006 DAC ehf. og Lyfjaver ehf. og Lyf og heilsa ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu. Í fyrsta lagi að sýna fram á að fyrirtæki sem kunna að vera í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu eigi þess kost að fylgjast með hegðun annarra fyrirtækja sem deila slíkri stöðu til þess að geta áttað sig á því hvort þau fylgja samhæfðri stefnu á markaðnum. Í öðru lagi verður að vera hvati fyrir fyrirtæki í þessari stöðu til að viðhalda en víkja ekki frá hinni samhæfðu stefnu. Í þriðja lagi verða að vera takmarkaðar líkur á því að núverandi eða mögulegir keppinautar viðkomandi fyrirtækja eða neytendur geti ógnað hinni samhæfðu hegðun. Ekkert hefur komið fram í málinu sem gefur til kynna að þessi skilyrði hafi verið uppfyllt á farsíamarkaðnum á árinu 2004.



Má í því sambandi sérstaklega hafa í huga þann umtalsverða mun sem var á markaðshlutdeild Símans og Vodafone á þessum tíma. Markaðshlutdeild Símans var þannig meira en tvöfalt stærri en Vodafone. Þekkt er í samkeppnisrétti að mikill munur á markaðshlutdeild getur dregið úr hvata til samhæfingar. Stafar þetta m.a. af því að fyrirtæki með mun lægri markaðshlutdeild hefur talsverðan hvata til að víkja frá mögulegri samhæfðri hegðun í því skyni að efla stöðu sína á markaðnum."

Í ljósi framangreindrar niðurstöðu í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 17/2007 um að ekki hafi verið til staðar sameiginleg markaðsráðandi staða fyrir GSM þjónustu fyrir einstaklinga á árinu 2004 þá er augljóst að sú staða hefur enn síður átt við fyrir á því brotatímabili sem hér er til umfjöllunar. Síminn taldi í umsögn sinni til Samkeppniseftirlitsins að rannsaka þyrfti hvort sameiginleg markaðsráðandi staða hefði myndast með samruna Íslandssíma og Tals í árslok 2002. Þess ber að geta í þessu samhengi að Síminn óskaði með bréfi til Samkeppniseftirlitsins, dags. 12. mars 2010, eftir samrunatilkynningu Íslandssíma og Tals, dags. 23. október 2002. Með bréfi Samkeppniseftirlitsins til Símans, dags. 24. mars. 2010, var orðið við framangreindri beiðni Símans og umbeðin samrunatilkynning afhent Símanum þar sem teknar voru út viðkvæmar upplýsingar að mati Teymis hf. Í samrunatilkynningu Íslandssíma og Tals sem afhent var Símanum segir m.a.:

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

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

Framangreind lýsing á markaðsaðstæðum í samrunatilkynningu Íslandssíma og Tals styður ekki að um sameiginlega markaðsráðandi stöðu hafi verið að ræða. Eins hefur ekkert komið fram í þessu máli sem gefur til kynna að þau þrjú skilyrði sem fram komu í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 17/2007 fyrir sameiginlegri markaðsráðandi stöðu hafi verið uppfyllt síðar á því brotatímabili sem hér er um ræðir.⁵⁸ Benda má á að markaðshlutdeild Símans var enn umtalsvert hærri en Vodafone á árunum 2006 og 2007 eins og sjá má í töflu 7 hér að framan. Að teknu tilliti til framagreinds kemst Samkeppniseftirlitið að þeirri

⁵⁸ PFS hefur einnig kannað hvort sameiginleg markaðsráðandi staða hafi verið til staðar á farsímamarkaði hér á landi út frá leiðbeiningum ESB dómstólsins um hvernig túlka megi þá stöðu og hvaða skilyrði þurfi að vera fyrir hendi til að svo sé. Eftir að hafa metið framangreind skilyrði komst PFS að þeirri niðurstöðu að sameiginleg markaðsráðandi staða hafi ekki verið til staðar á farsímamarkaði hér á landi allt fram til ársins 2007 þegar ákvörðun var tekin á markaði 15. Sjá ákvörðun PFS, dags. 5. febrúar 2007, mgr. 6.2.1.1 í viðauka A við ákvörðun PFS á markaði 15:

http://pfs.is/default.aspx?cat_id=207&module_id=210&element_id=1231



niðurstöðu að sameiginleg markaðsráðandi staða hafi ekki verið til staðar á smásöllumarkaði fyrir farsímaþjónustu hér á landi á því brotatímabili sem mál þetta nær til, þ.e. frá 1. maí 2001 til ársloka 2007. Þá má einnig taka fram að ef Síminn væri í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu á smásöllumarkaði fyrir farsímaþjónustu þá breytir það ekki ábyrgð og skyldu fyrirtækisins sem markaðsráðandi fyrirtækis og niðurstöðu þessa máls.

2.2.4 Staða Vodafone á heildsöllumarkaði o.fl.

Þó að Vodafone kunnir að hafa verið í markaðsráðandi stöðu á heildsöllumarkaði fyrir lúkningu símtala í eigin farsímaneti, hluta þess tíma sem mál þetta varir, dregur það ekki úr styrk Símans á smásöllumarkaði fyrir farsímaþjónustu. Þannig er að markaður fyrir lúkningu símtala í einstökum farsímanetum býður ekki upp á staðgöngu í eftirspurn eða framboði á heildsöllumstigi. Gjaldið fyrir lúkningu er sett af þeim sem veitir hana og eins og fyrirkomulagi er hátt að hafa viðskiptavinir þess aðila á smásöllumstigi yfirleitt litla möguleika á að hafa áhrif á gjaldið því það er sá sem hringir sem greiðir fyrir lúkninguna. Lúkningargjaldið er hluti af kostnaðarverði þjónustuaðila þess sem hringir og fellur það inn í smásöllumverð hans. Þannig kemur lúkning á símtali til eins aðila ekki í stað lúkningar á símtali til annars aðila sem takmarkar eftirspurnarstaðgöngu á heildsöllumstigi. Auk þess eru farsímafyrirtæki skuldbundin til að ljúka símtali til þess notanda sem hringt er í þar sem öll fjarskiptafyrirtæki sem veita almenna símaþjónustu eiga rétt á og ber skylda til að veita samtengingu, sbr. 24. gr. fjarskiptalaga. Ef keppinautur ákveður að hækka lúkningarverð sitt er ekki auðvelt fyrir aðra þjónustuaðila að bregðast við því. Viðkomandi þjónustuaðili sem stendur frammi fyrir hærra lúkningarverði getur augljóslega ekki farið að bjóða upp á lúkningu símtala hjá viðskiptavinum keppinautarins. Í ljósi þess er heildsöllumarkaður fyrir lúkningu símtala skilgreindur sem lúkning símtala í einstöku farsímaneti. Með hliðsjón af framangreindu er gengið út frá því að farsímafyrirtæki og sú þjónusta þess að ljúka símtali í eigin neti séu algjörlega tengd. Fjarskiptafyrirtæki hafa því takmarkaða möguleika til þess að bregðast við verðlagningu keppinautarins fyrir lúkningu símtala í farsímanet þeirra með framboðs- og eftirspurnarstaðgöngu. Samkeppniseftirlitið kemst að þeirri niðurstöðu að á þeim tíma sem mál þetta nær til hafi ekki verið til staðar eftirspurnar- og framboðsstaðganga á heildsöllumarkaði fyrir lúkningu símtala í einstökum farsímanetum hér á landi sem máli skiptir.

Á smásöllumarkaði eru ýmsir möguleikar á staðgöngu eftirspurnar. Einn þeirra er að velja að vera í viðskiptum við tiltekið fjarskiptafyrirtæki þar sem flestir eru í viðskiptum og innankerfisverð er lágt samanborið við verð fyrir símtöl milli farsímakerfa. Þá er unnt að hafa önnur samskiptaform eins og stutt símtal með beiðni um að hringja til baka, símtalsflutning og smáskilaboð (SMS). Vegna umrædds eðlis heildsöllumarkaður fyrir lúkningu símtala hefur það ekki áhrif á mat á markaðsráðandi stöðu á smásöllumarkaði þó fyrirtæki hafi verið úrskurðað markaðsráðandi á heildsöllumstigi. Síminn segir að það sé órannsakað hvort Síminn sé markaðsráðandi á heildsöllumarkaði fyrir lúkningu símtala í farsímaneti fyrirtækisins. Síminn vísar í því sambandi í skýringarrit framkvæmdastjórnar ESB sem vitnað er í hér að framan og segir að kaupendastyrkur og möguleiki rekenda fjarskiptaneta til að hækka lúkningargjöld umfram það sem keppinautar innheimta sé órannsakað í málinu. Segist Síminn engan möguleika hafa átt til þess að hækka lúkningargjöld sín yfir verð keppinautanna. Auk þess segir Síminn að á fyrirtækinu hafi hvílt kvaðir um tiltekið verð stærstan hluta hins ætlaða brotatímabils.



Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á að ekki hafi verið tekið mið af kaupendastyrk og verðlagningu fyrirtækisins við mat á markaðsráðandi stöðu á heildsölumarkaði fyrir lúkningu símtala í einstökum farsímanetum. Ekki skiptir þar máli hvort Síminn geti mögulega hækkað lúkningarverð sitt upp fyrir verð keppinauta heldur hvort gjaldið sem fyrirtæki innheimtir sé hærra en það væri ef samkeppni fengi að ráða verðlagningunni (þ.e. *above the competitive level*). Eins og fram kemur hér að framan er hvert fyrirtæki með einokunarstöðu fyrir lúkningu símtala í eigin farsímaneti enda er engin framboðs- og eftirspurnarstaðgangur fyrir hendi á heildsölustigi. Farsímafyrirtæki geta því hagað verðlagningu fyrir lúkningu símtala sem berast úr öðrum símakerfum í farsímakerfi þeirra án tillits til neytenda og keppinauta innan þeirra marka sem opinberar kvaðir segja til um ef þær eru á annað borð fyrir hendi. Enda eru það ekki þeirra eigin viðskiptavinir sem greiða gjaldið heldur viðskiptavinir keppinautanna. Því verður að meta hvort lúkningargjaldið sé óeðlilega hátt í samanburði við kostnað og verðlagningu sem viðkomandi fyrirtæki veitir eigin viðskiptavinum fyrir lúkningu símtala í eigin neti. Gera verður ráð fyrir að smásöluverðlagning símtala innankerfis hjá Símanum taki m.a. til kostnaðar fyrir lúkningu símtala líkt og símtöl úr öðrum kerfum þurfa að bera. Keppinautar Símans þurfa því að taka mið af lúkningargjaldi Símans í smásöluverði sínu fyrir símtal úr þeirra kerfi í farsímanet Símans eins og Símanum ber að gera fyrir innankerfissímtöl í eigin kerfi.

2.2.5 Markaðsráðandi staða Símans

Í september 2001 lýsti Síminn því opinberlega yfir að fyrirtækið væri markaðsráðandi og gerði grein fyrir yfirburðum fyrirtækisins í fjarskiptum. Þá hefur í eldri samkeppnismálum ítrekað verið komist að sömu niðurstöðu.

Hér að framan hefur verið gerð grein fyrir stöðu fyrirtækja á markaðnum á því tímabili sem atvik þessa máls taka til, þ.e. á tímabilinu 1. maí 2001 til ársloka 2007. Í ljósi hennar kemst Samkeppniseftirlitið að þeirri niðurstöðu að Síminn sé í skilningi samkeppnislaga í markaðsráðandi stöðu á smásölumarkaði fyrir farsíma- og talsímaþjónustu í þessu máli. Markaðsstyrkur Símans er augljós út frá markaðshlutdeild eins og að framan greinir og telur Samkeppniseftirlitið að ekki hafi orðið grundvallarbreyting á markaðsaðstæðum á viðkomandi markaði frá því að Síminn var talinn markaðsráðandi í t.d. ákvörðun samkeppnistráðs nr. 21/2005 og ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 17/2007. Það á við þrátt fyrir að Síminn hafi misst markaðshlutdeild yfir til keppinauta félagsins frá því að fyrirtækið bjó við einokun á flestum sviðum fjarskipta hér á landi.

Það hefur þó ekki gerst áfallalaust enda hafa farsímafyrirtæki ýmist hætt við að hefja hér starfsemi eða runnið saman við önnur sem þegar hafa verið starfandi og í samkeppni við Símann.⁵⁹ Af ársreikningi Nova fyrir rekstrarárið 2008 má sjá að fyrirtækið hefur orðið fyrir umfangsmiklu tapi á fyrsta heila starfsári sínu þrátt fyrir að félagið sé fjármagnað með eigin fé en ekki lántökum. Þá hafa erlend fyrirtæki lýst yfir áhuga á að bjóða upp á farsímaþjónustu hér á landi, sbr. Amitelo ehf. og IceCell ehf., og fengið til þess úthlutað tíðnileyfi á árinu 2007. Ekkert hefur orðið úr þeim áformum að bjóða umrædda þjónustu enn sem komið er.

⁵⁹ Sjá mynd 7 í umfjöllun um þróun í farsímaþjónustu á Íslandi sem fram kemur í markaðsgreiningu PFS á markaði 15 sem finna má hér: <http://pfs.is/upload/files/Vi%c3%b0auki%20A%20loka-%20greining%20%c3%a1%20M%2015.til%20birtingar.pdf>



Í tilfalli Símans, sem rekur sitt eigið farsímakerfi með lang flesta viðskiptavini einstakra farsímakerfa, er ljóst að staða fyrirtækisins á smásöllumarkaði endurspeglar stöðu þess á heildsöllumarkaði fyrir farsímaþjónustu.

Hafa ber í huga að Síminn var fyrstur til að bjóða GSM farsímaþjónustu hér á landi árið 1994 og hafði auk þess yfir að ráða grunnfjarskiptakerfi sem önnur fjarskiptafélög voru háð samtengingu við til að geta starfað á viðkomandi markaði. Auk þess var Síminn á þeim tíma eina fyrirtækið sem starfaði á öllum sviðum fjarskiptamarkaðarins. Er ljóst að Síminn naut enn góðs af þessum sögulega styrk sínum þegar atvik þessa máls áttu sér stað.

Síminn sem er fyrrum einkaleyfishafi fyrir fjarskiptarekstur hér á landi, var útnefndur með umtalsverða markaðshlutdeild á samtengimarkaði við úthlutun leyfis þann 5. júní 2001 til að reka fjarskiptanet og fjarskiptaþjónustu samkvæmt eldri fjarskiptalögum nr. 107/1999. Vodafone (Og fjarskipti hf.) var útnefnt með umtalsverða markaðshlutdeild á samtengingarmarkaði samkvæmt eldri fjarskiptalögum með úrskurði úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála þann 21. október 2003.⁶⁰ Framangreint skilyrði í 1. tl. 26. gr. fjarskiptalaga nr. 107/1999 um samtengingu gildir m.a. um lúkningu símtala í farsímanetum. Kvaðir samkvæmt yngri fjarskiptalögum nr. 81/2003 tóku ekki gildi fyrr en eftir markaðsgreiningu PFS samkvæmt kvaðabréfi þess efnis, dags. 5. apríl 2005. Þess ber þó að geta að Síminn hefur síðan verið einn útnefndur með umtalsverðan markaðsstyrk á heildsöllumarkaði fyrir aðgang og upphaf símtala í almennum farsímanetum (markaður 15) með ákvörðun PFS, dags. 5. febrúar 2007.⁶¹ Auk þess voru bæði Síminn og Vodafone útnefnd með umtalsverðan markaðsstyrk á heildsöllumarkaði fyrir lúkningu símtala í einstökum farsímanetum (markaður 16) með ákvörðun PFS, dags. 20. júlí 2006.⁶²

Í ljósi framangreinds kemst Samkeppniseftirlitið að þeirri niðurstöðu að Síminn sé í markaðsráðandi stöðu á heildsöllumarkaði fyrir aðgang og upphaf símtala í almennum GSM farsímanetum á því tímabili sem mál þetta nær til, þ.e. frá 1. maí 2001 til ársloka 2007. Samkeppniseftirlitið kemst einnig að þeirri niðurstöðu að Síminn sé í markaðsráðandi stöðu á heildsöllumarkaði fyrir lúkningu símtala í eigin GSM farsímaneti á umræddu tímabili þessa máls. Þar sem markaðshlutdeild IMC Ísland og Nova var nánast engin í árslok 2007 þá telur Samkeppniseftirlitið ekki rétt að skilgreina stöðu þeirra á þessu stigi. Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins er í samræmi við ákvörðun PFS á markaði 15 þar sem Síminn var útnefndur með umtalsverðan markaðsstyrk⁶³ á markaði fyrir aðgang og upphaf símtala í almennum farsímanetum bæði í GSM og NMT farsímanetum. Á markaði 16 voru Síminn og Vodafone útnefnd með umtalsverðan markaðsstyrk í lúkningu símtala í GSM farsímaneti.

⁶⁰ Sjá: <http://pfs.is/upload/files/32003.pdf>

⁶¹ Sjá ákvörðun PFS og viðauka með henni: http://pfs.is/default.aspx?cat_id=207&module_id=210&element_id=1231

⁶² Sjá ákvörðun PFS og viðauka með henni: http://pfs.is/default.aspx?cat_id=204&module_id=210&element_id=1011

⁶³ Mat PFS á umtalsverðum markaðsstyrk er þýðing stofnunarinnar á enska hugtakinu *significant market power* og hefur það hugtak sömu þýðingu og markaðsráðandi staða samkvæmt samkeppnisrétti, sjá bls. 3 í kynningarriti PFS um markaðsgreiningu stofnunarinnar; <http://pfs.is/upload/files/Kynningarrit%20um%20markaðsgreiningu%20-%202005%20.pdf>



IV. BROT SÍMANS

Nova hefur í málinu haldið því fram að Síminn hefði misnotað markaðsráðandi stöðu sína með mismunandi smásöluverði símtala úr fastlínukerfi (talsímaneti) fyrirtækisins í GSM farsímakerfi Nova annars vegar og GSM farsímakerfi Vodafone hins vegar. Einnig byggir fyrirtækið á því að Síminn hefði misnotað markaðsráðandi stöðu sína með mismunandi smásöluverði símtala úr GSM farsímaneti fyrirtækisins í GSM farsímakerfi Nova annars vegar og GSM farsímakerfi Vodafone hins vegar. Síminn hefur mótmælt þessu.

Við nánari skoðun taldi Samkeppniseftirlitið rétt að taka einnig til athugunar hvort Síminn hefði misnotað stöðu sína með undirverðlagningu símtala sem ættu sér bæði upphaf og lúkningu í farsímakerfi Símans (innankerfissímtöl). Auk þess var ákveðið að rannsaka mögulegt misræmi í kostnaðarverði (upphafs- og lúkningargjaldi) hjá Símanum fyrir innankerfis- eða millikerfasímtöl tengd farsímaneti fyrirtækisins og áhrif þess á smásöluverðlagningu símtala og samkeppni á GSM farsímamarkaði.

Í fyrra andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins var komist að þeirri frumniðurstöðu að Síminn hafi ekki gætt jafnræðis í verðlagningu á innankerfissímtölum í farsímaneti og hefði þetta falið í sér ólögmeta verðmismunun. Eftirlitið komst einnig að þeirri frumniðurstöðu að smásöluverð Símans á innankerfissímtölum hafi verið undir kostnaði að teknu tilliti til upphafs- og lúkningargjalds símtala samkvæmt kostnaðarmati Símans sjálfs. Hefði falist í þessu ólögmet undirverðlagning.

Í kjölfar þessa lagði Síminn fram nýja kostnaðargreiningu þar sem fram komu upplýsingar sem voru í ósamræmi við þær upplýsingar sem áður höfðu komið fram. Kallaði þetta á nýja rannsókn og ritun nýs andmælaskjals í málinu og var í því komist að þeirri frumniðurstöðu að Síminn hafi misnotað markaðsráðandi stöðu sína með svonefndum verðþrýstingi (e. *margin/price squeeze*) á árunum 2001-2007. Kom það andmælaskjal í stað hins eldra. Samkeppniseftirlitið gaf málsaðilum kost á því að tjá sig um þessa frumniðurstöðu og hefur Síminn mótmælt því að hafa brotið af sér.

Í máli þessu verður því í aðalatriðum tekið til athugunar hvort Síminn hafi misnotað markaðsráðandi stöðu sína með verðþrýstingi á árunum 2001-2007.

Áður en vikið er að framangreindu þykir rétt að víkja nánar að nokkrum almennum atriðum sem tengjast túlkun á banni 11. gr. samkeppnislaga við misnotkun á markaðsráðandi stöðu.

1. Almenn um ákvæði 11. gr. samkeppnislaga

Í 11. gr. samkeppnislaga er lagt bann við hvers konar misnotkun fyrirtækis á markaðsráðandi stöðu þess. Ákvæði 11 gr. eru byggð á 54. gr. EES-samningsins og við túlkun þeirra er almennt rétt að hafa einnig hliðsjón af EES/ESB-samkeppnisrétti, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008 HF. *Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu*. Túlka ber ákvæðin í tengslum við það íslenska lagaumhverfi sem það tilheyrir og með hliðsjón af markaðsaðstæðum hér á landi. Í heild sinni hljóðar 11. gr. samkeppnislaga svo:



„Misnotkun eins eða fleiri fyrirtækja á markaðsráðandi stöðu er bönnuð. Misnotkun skv. 1. mgr. getur m.a. falist í því að:

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

Í dómi Héraðsdóms Reykjavíkur, sem staðfestur var með vísan til forsendna af Hæstarétti Íslands í máli nr. 550/2007 *Árdegi hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*, segir:

„Skilgreina verður hverju sinni hvort um misnotkun er að ræða á markaðsráðandi stöðu sem er bönnuð samkvæmt 11. gr. samkeppnislaga, en í lagagreininni kemur ekki fram tæmandi talning á því hvað teljist misnotkun, eins og réttilega kemur fram í úrskurði áfrýjunarnefndarinnar.“

Í samkeppnisrétti er talið að misnotkun sé hlutlægt hugtak sem vísar til hegðunar markaðsráðandi fyrirtækis sem er til þess fallin að hafa áhrif á gerð tiltekins markaðar þar sem samkeppni er þegar takmörkuð vegna þess að á markaðnum er fyrir hendi markaðsráðandi fyrirtæki. Hegðunin felst í aðgerðum sem ekki geta talist til eðlilegrar samkeppni (e. *normal competition*) í skilningi samkeppnisréttarins. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2006 Flugþjónustan á Keflavíkflugvelli ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu segir:

„Verður almennt talið að um misnotkun á markaðsráðandi stöðu sé að ræða þegar fyrirtæki beita aðferðum á tilteknum markaði sem ekki er unnt að samrýma eðlilegri samkeppni og hindra hana eða vöxt hennar. Af framangreindu leiðir að markaðsráðandi fyrirtæki má ekki grípa til neinna aðgerða sem veikt geta keppinauta þess og þar með styrkt markaðsráðandi stöðu sína nema aðgerðirnar helgist af samkeppni á grundvelli rekstrarlegrar frammistöðu fyrirtækisins.“

Samkvæmt þessu er markaðsráðandi fyrirtæki óheimilt að styrkja stöðu sína á markaði með öðrum aðgerðum en samkeppni á grundvelli rekstrarlegrar frammistöðu fyrirtækisins (e. *competition on the merits*). Hér má einnig vísa t.d. til úrskurða áfrýjunarnefndar samkeppnismála í málum nr. 17-18/2003, 4/2007, 3/2008 og dóma dómstóla ESB.⁶⁴

⁶⁴ Í dómi undirréttar ESB í máli nr. í máli nr. T-301/04 *Clearstream Banking AG v Commission* [2009] 5 CMLR 24 er dómafrákvæmdin að þessu leyti dregin saman með eftirfarandi hætti: „According to settled case-law, the concept of abuse is an objective concept relating to the behaviour of an undertaking in a dominant position which is such as to influence the structure of a market where, as a result of the very presence of the undertaking in question, the degree of competition is weakened and which, through recourse to methods different from those which condition normal competition in products or services on the basis of the transactions of commercial operators, has the effect of hindering the maintenance of the degree of competition still existing on the market or the growth of that competition.“



Framangreint þýðir óhjákvæmilega að möguleikar markaðsráðandi fyrirtækja til að taka þátt í samkeppni eru takmarkaðri heldur en almennt er heimilt í viðskiptum, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2011 Vífilfell hf. gegn Samkeppniseftirlitinu. Hugtakið eðlileg samkeppni í framangreindum skilningi hefur því þrengri merkingu en sú samkeppni sem fyrirtæki geta stundað sem ekki eru í ráðandi stöðu. Markaðsráðandi fyrirtæki er þannig ekki heimilt að keppa á grundvelli verðlagningar nema sú samkeppni byggist á eðlilegum efnahagslegum grunni.⁶⁵ Það getur því verið ólöglegt fyrir markaðsráðandi fyrirtæki að grípa til ráðstafana sem almennt þykja sjálfsagðar á samkeppnismarkaði, eins og t.d. að bjóða viðskiptavinum smærri keppinautar lægra verð. Þessi regla helgast af þeirri ríku skyldu sem hvílir á markaðsráðandi fyrirtækjum, sbr. dóm Hæstaréttar Íslands frá 18. nóvember 2010 í máli nr. 188/2010 Hagar hf. gegn Samkeppniseftirlitinu.

Í hinni ríku skyldu sem hvílir á markaðsráðandi fyrirtækjum í samkeppnisrétti felst að þau mega ekki grípa til neinna ráðstafana sem raskað geta með óeðlilegum hætti þeirri samkeppni sem ríkir á markaðnum eða misbeita með öðrum hætti stöðu sinni, sbr. m.a. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008 Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu.⁶⁶ Umfang hinnar sérstöku skyldu sem hvílir á markaðsráðandi fyrirtækjum um að raska ekki samkeppni ræðst af atvikum í hverju máli fyrir sig.⁶⁷ Við nánari skilgreiningu á umræddri skyldu ber að líta til ákvæðis 1. gr. samkeppnislaga, en samkvæmt því skal markmiði laganna náð með því m.a. að vinna gegn skaðlegri fákeppni og samkeppnishömlum og að auðvelda nýjum keppinautum aðgengi að markaðnum, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 8/2008 Fiskmarkaður Íslands hf. gegn Samkeppniseftirlitinu.

Má telja að skyldur fyrirtækja nái m.a. til þess að vinna ekki gegn framangreindum markmiðum samkeppnislaga, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2006. Þá ber að horfa til þess að skyldur markaðsráðandi fyrirtækja geta að öðru jöfnu verið því ríkari þeim mun sterkari sem staða þeirra á markaðnum er enda má ætla að samkeppni veikist þá að sama skapi meira, sbr. nefnda úrskurði áfrýjunarnefndar í málum nr. 17-18/2003 og 4/2007. Af þessari skyldu leiðir m.a. að markaðsráðandi fyrirtæki geta brotið 11. gr. samkeppnislaga með aðgerðum sem einar og sér fela ekki í sér misnotkun, t.d. gerð samninga.⁶⁸

⁶⁵ Sjá t.d. Dr. Hans-Georg Kamann og Ellen Bergman, The Granting of Rebates by Market Dominant undertakings under Article 82 of the EC Treaty, [2005] ECLR 83. „A market dominant undertaking is not allowed to take recourse to price and rebate methods which do not constitute normal means of efficiency competition. Such methods would constitute an abuse under Article 82. EC.”

⁶⁶ Sjá einnig t.d. dóm dómstóls ESB í máli nr. 322/81 *Michelin v. Commission* [1983] ECR 3461.

⁶⁷ Sjá t.d. dóm dómstóls ESB í máli nr. C-333/94P, *Tetra Pak v. Commission* [1996] ECR I-5951.

⁶⁸ Sjá hér t.d. dóm undirréttar ESB í máli nr. T-111/96 *ITT Promedia NV. v Commission* [1998] ECR II-2937: „It follows from the nature of the obligations imposed by Article 86 [nú 82. gr.] of the Treaty that, in specific circumstances, undertakings in a dominant position may be deprived of the right to adopt a course of conduct or take measures which are not in themselves abuses and which would even be unobjectionable if adopted or taken by non-dominant undertakings ... Thus, the conclusion of a contract or the acquisition of a right may amount to abuse for the purposes of Article 86 of the Treaty if that contract is concluded or that right is acquired by an undertaking in a dominant position.” Sjá einnig t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB frá 15. júní 2005 í máli nr. COMP/A.37.507 *AstraZeneca*: „... conduct which may be permissible in a normal competitive situation may amount to an abuse if carried out by dominant firms. Undertakings in a dominant position may be deprived of the right to adopt a course of conduct or take measures which are not in themselves abuses and which would even be unobjectionable if adopted or taken by non-dominant undertakings.”



Misnotkun á markaðsráðandi stöðu getur falist í hvers konar aðgerðum sem miða að því að styrkja eða verja hina ráðandi stöðu.⁶⁹ Misnotkunin getur einnig verið fólgin í því að vinna gegn framangreindum markmiðum samkeppnislaga ef slíkar aðgerðir byggja ekki á eðlilegum samkeppnislegum forsendum. Misnotkun þarf því ekki að felast í því að hinni markaðsráðandi stöðu sé beitt eða að misnotkunin byggji á hinum efnahagslega styrkleika sem felst í markaðsráðandi stöðu.⁷⁰ Kjarni þeirrar misnotkunar á markaðsráðandi stöðu sem raskar samkeppni er að hegðun markaðsráðandi fyrirtækis sé til þess fallin að hamlar þeirri takmörkuðu samkeppni sem er á markaðnum eða hindra vöxt hennar.⁷¹ Markaðsráðandi fyrirtæki mega þannig ekki grípa til óeðlilegra aðgerða sem miða að því að styrkja stöðu sína á markaðnum, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar nr. 17-18/2003.

Ljóst er að brot á 11. gr. samkeppnislaga er ekki háð því að sýnt sé fram á skaðleg áhrif á samkeppni. Hefur áfrýjunarnefnd ítrekað byggt á þessari túlkun í úrskurðum sínum og hefur hún verið staðfest af dómstólum, sbr. t.d. dóm Hæstaréttar í máli nr. 550/2007 *Árdegi hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Byggt er á sömu túlkun í EES/ESB-samkeppnisrétti.⁷²

2. Verðþrýstingur og 11. gr. samkeppnislaga

Eins og nánar verður lýst getur markaðsráðandi fyrirtæki misnotað stöðu sína með því að beita verðþrýstingi sem er til þess fallin að raska samkeppni. Í slíku tilviki er viðkomandi fyrirtæki markaðsráðandi á heildsölustigi og starfar einnig á tengdum smásölumarkaði. Fyrirtækið selur í heildsölu mikilvægt aðfang til annarra fyrirtækja sem nýta aðfangið í starfsemi sinni á smásölumarkaði og eru á honum í samkeppni við smásöluhluta hins markaðsráðandi fyrirtækis. Brotið getur falist í óeðlilegri verðlagningu á heildsöluaðfanginu sem raskar samkeppni á smásölumarkaðnum. Verður þannig að greina hvort markaðsráðandi fyrirtæki hafi með verðlagningu á heildsölustigi (og/eða á smásölustigi) stuðlað að því að starfsemi keppinauta á smásölumarkaði hafi verið gerð óarðbær, þ.e. að rekstur þeirra skili ekki viðunandi hagnaði og með þeim hætti dregið úr samkeppni. Í máli því sem hér er til skoðunar er heildsöluaðfangið svonefnd lúkning á símtölum sem hefjast í símkerfum keppinauta Símans en enda í farsímakerfi Símans. Síminn selur keppinautum

⁶⁹ Sjá t.d. dóm undirréttar ESB í máli nr. T-128/98 *Aéroports de Paris v Commission* [2000] ECR II-3929. Sjá einnig ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB frá 15. júní 2005 í máli nr. COMP/A.37.507 *AstraZeneca*: ... „the Court of Justice has held that the strengthening of the position of an undertaking may be an abuse and prohibited under Article 82 of the Treaty, regardless of the means and procedure by which it is achieved, and even irrespective of any fault.“

⁷⁰ Sjá hér dóm dómstóls ESB í máli nr. 6/72 *Europemballage and Continental Can v Commission* [1973] ECR 215: Í málinu benti dómstóllinn á þetta: „Such being the meaning and the scope of article 86 of the EEC treaty, the question of the link of causality ... between the dominant position and its abuse, is of no consequence, for the strengthening of the position of an undertaking may be an abuse and prohibited under article 86 of the treaty, regardless of the means and procedure by which it is achieved, ...“

⁷¹ Sjá hér dóm dómstóls ESB í máli nr. 85/76 *Hoffman-La Roche v Commission* [1979] ECR 461.

⁷² Sjá t.d. dóm undirréttar ESB frá 9. september 2010 í máli nr. T-155/06 *Tomra Systems v Commission*: „It must also be stated that, for the purposes of establishing an infringement of Article 82 EC, it is not necessary to show that the abuse under consideration had an actual impact on the relevant markets. It is sufficient in that respect to show that the abusive conduct of the undertaking in a dominant position tends to restrict competition or, in other words, that the conduct is capable of having that effect (Michelin II, paragraph 239, and *British Airways v Commission*, paragraph 293).“ Sjá einnig ákvörðun Eftirlitsstofnunar EFTA frá 14. júlí 2010 í máli nr. 34250 *Norway Post/Privpak*: „The effect referred to in the case-law cited in the preceding paragraph does not necessarily relate to the concrete or actual effect of the abusive conduct complained of. For the purposes of establishing an infringement of Article 54 EEA, it is sufficient to show that the abusive conduct of the undertaking in a dominant position tends to restrict competition or, in other words, that the conduct is capable of or liable to having that effect.“



sínum þessa lúkningu en án hennar geta viðskiptavinir þeirra ekki hringt í viðskiptavini Símans. Smásölumarkaðurinn er smásala á farsímaþjónustu.

Samkvæmt 11. gr. samkeppnislaga er öll misnotkun á markaðsráðandi stöðu bönnuð. Í ákvæðinu kemur einnig fram að misnotkun geti m.a. falist í því að krafist sé ósanngjarns kaup- eða söluverðs með beinum eða óbeinum hætti, sbr. a. lið 2. mgr. 11. gr. laganna. Þekkt er í samkeppnisrétti að markaðsráðandi fyrirtæki, sem er lóðrétt samþætt (e. *vertically integrated*), getur misnotað stöðu sína með verðþrýstingi. Kjarni brotsins er að lóðrétt samþætt fyrirtæki sem er markaðsráðandi á heildsölustigi (e. *upstream market*) og einnig starfandi á smásölustigi (e. *downstream market*) verðleggur heildsöluafurð sína með þeim hætti að samkeppni er raskað á smásölustigi. Hið lóðrétt samþætta fyrirtæki beitir þannig yfirráðum sínum á tilteknu heildsöluafangi þannig að það hindri að keppinautar þess geti hagnast og starfað af krafti á smásölumarkaði þar sem hið markaðsráðandi fyrirtæki er einnig starfandi.

Ljóst er að hætta á þessari hegðun er talsverð á fjarskiptamörkuðum. Í tilkynningu framkvæmdastjórnar ESB frá 1998 um beitingu samkeppnisreglna í tengslum við aðgangssamninga á fjarskiptasviði er að finna skilgreiningu á verðþrýstingi.⁷³ Í málsgreinum 117-118 í tilkynningunni kemur fram að um ólögsmætan verðþrýsting geti verið að ræða ef sýnt þykir að smásölueining markaðsráðandi fyrirtækis gæti ekki starfað með arðsömum hætti ef hún keypti aðföng af heildsölueiningu hins markaðsráðandi fyrirtækis á sama verði og hún selur aðföngin á til keppinauta smásölueiningarinnar. Einnig geti verið um að ræða slíkan verðþrýsting ef munurinn á verðinu sem heildsölueining markaðsráðandi fyrirtækis setur upp fyrir aðfang annars vegar og verðinu sem smásölueining sama fyrirtækis selur vöru eða þjónustu sem byggir á þessu aðfangi hins vegar er það lítil að sæmilega vel rekinn smásali gæti ekki á þeim grundvelli stundað eðlilegan og arðbæran rekstur.⁷⁴ Í dómi undirréttar ESB frá árinu 2000 var staðfest að markaðsráðandi fyrirtæki geti misnotað stöðu sína með verðþrýstingi.⁷⁵

Þessi ólögsmæta hegðun getur falist í því að markaðsráðandi fyrirtæki hækki verð á aðföngum á heildsölustigi til keppinauta fyrirtækisins þannig að þeir nái ekki nægilegum hagnaði á smásölumarkaði til að eflast og keppa að krafti. Hið markaðsráðandi fyrirtæki getur einnig beitt verðþrýstingi með því að undirverðleggja þjónustu sína á smásölumarkaði en skila þess í stað þeim mun meiri hagnaði á heildsölumarkaði með sölu á hinu tiltekna aðfangi. Þá getur fyrirtækið hækkað verð á aðfanginu á heildsölustigi og lækkað verð á vörunni á smásölustigi í þeim tilgangi að þrengja rekstrargrundvöll keppinauta fyrirtækisins þannig að starfsemi þeirra verði óarðbær.⁷⁶

⁷³ Tilkynning um beitingu samkeppnisreglna í tengslum við aðgangssamninga á fjarskiptasviði, OJ 1998 C 265/2.

⁷⁴ „A price squeeze could be demonstrated by showing that the dominant company's own downstream operations could not trade profitably on the basis of the upstream price charged to its competitors by the upstream operation arm of the dominant company.... In appropriate circumstances, a price squeeze could also be demonstrated by showing that the margin between the price charged to competitors on the downstream market (including the dominant company's own downstream operations, if any) for access and the price which the network operator charges in the downstream market is insufficient to allow a reasonably efficient service provider in the downstream market to obtain a normal profit (unless the dominant company can show that its downstream operation is exceptionally efficient).”

⁷⁵ Dómur í máli nr. T-5/1997 Industries des Poudres Sphériques v Council [2000] ECR-II-3755.

⁷⁶ Sjá Damien Geradin og Robert O'Donoghue, „The Concurrent Application Of Competition Law And Regulation: The Case Of Margin Squeeze Abuses In the Telecommunication Sector” The Global Competition Law Centre Working Papers Series, GCLC Working Paper 04/05, bls. 6.



Eins og fram kemur hér á eftir er verðþrýstingur sjálfstætt brot og því er ekki nauðsynlegt að sýna einnig fram á að viðkomandi heildsölu- eða smásöluverð feli í sér undirverðlagningu eða yfirverðlagningu. Hins vegar er gagnlegt að bera þessi brot saman.

Í tilviki yfirverðlagningar ber að líta á kostnað fyrirtækis við að veita viðkomandi vöru eða þjónustu í samanburði við sambærilega vöru á sama markaði eða öðrum tengdum mörkuðum. Í tilviki verðþrýstings þá er verð ekki of hátt í samanburði við kostnað markaðsráðandi fyrirtækis heldur í samanburði við verð og arðsemi á smásölumarkaði. Með öðrum orðum þá fer mat á yfirverðlagningu eftir kostnaði en verðþrýstingur eftir samanburði á verði á skyldum mörkuðum. Þá geta komið upp tilfelli um misnotkun vegna yfirverðlagningar án þess að um verðþrýsting sé um að ræða og öfugt.⁷⁷

Verðþrýstingi svipar til undirverðlagningar þegar um er að ræða undirverðlagningu á tiltekinni vöru gagnvart keppinautum á sama sölustigi (e. „pure“ predation case). Í fyrsta lagi þegar smásöluverð er óþarflega lágt miðað við heildsöluverð sem svipar til undirverðlagningar. Einnig eru aðrar tegundir verðþrýstings eins og þegar heildsöluverð er of hátt miðað við smásöluverð sem sýnir að verðþrýstingur og undirverðlagning þarf ekki að vera eitt og það sama. Í öðru lagi þarf í báðum þessum tilfellum að vera til staðar markaðsráðandi fyrirtæki sem beitir markaðsstyrk fyrirtækisins með útilokandi aðgerðum gagnvart keppinautum. Báðar þessar tegundir af misnotkun á markaðsráðandi stöðu eru þannig til þess ætlaðar að hafa útilokandi áhrif á keppinauta á markaði.

Eðlismunur er á verðþrýstingi og undirverðlagningu eftir því hvaða áhrif hvor aðgerð hefur fyrir sig og hvernig þær eru metnar. Í fyrsta lagi þurfa samkeppnisyfirvöld að taka mið af öllum viðeigandi kostnaði þegar meta þarf undirverðlagningu. Þegar um verðþrýsting er að ræða þá þarf aðeins að líta til kostnaðar á smásölumarkaði að teknu tilliti til heildsöluverðs. Í öðru lagi er bent á að með verðþrýstingi þarf markaðsráðandi fyrirtæki ekki að tapa á heildarstarfsemi þar sem það gæti verið að hagnast á heildsölustigi og vega þannig upp tap á smásölumarkaði. Til samanburðar getur undirverðlagning varðað tvö tímabil þar sem tap á sér stað til skamms tíma sem síðan er bætt upp á næsta tímabili.⁷⁸ Í þriðja lagi er ávinningur augljós hjá fyrirtæki sem beitir undirverðlagningu ef það nær að ryðja keppinauti af markaði. Ávinningurinn er aftur á móti ekki eins augljós þegar um verðþrýsting er að ræða því þau fyrirtæki sem verðþrýstingur markaðsráðandi fyrirtækis beinist gegn eru einnig viðskiptavinir fyrirtækisins á heildsölustigi. Í fjórða lagi þá þurfa neytendur ekki endilega að hagnast á verðþrýstingi en gera það hins vegar í tilfelli

⁷⁷ Sjá Damien Geradin og Robert O'Donoghue „The Concurrent Application Of Competition Law And Regulation: The Case Of Margin Squeeze Abuses In the Telecommunication Sector“ The Global Competition Law Centre Working Papers Series, GCLC Working Paper 04/05. Geradin og O'Conoghue taka fram eftirfarandi: „Excessive pricing abuses differ from margin squeeze abuses in several respects: First, their legal basis and normative content are different. An excessive price is an „exploitative“ abuse within the meaning of Article 82(a) EC, whereas a margin squeeze is an „exclusionary“ abuse within the meaning of Article 82(b) EC. Second, the principal legal tests for identifying an excessive price under Article 82 EC are different to those for identifying a margin squeeze abuse. In assessing an exploitative excessive price, the usual benchmark is the firm's own costs of supplying the relevant product or service compared to similar products in the same market or other related markets. In a margin squeeze case, a price is not excessive in relation to the dominant firm's costs, but in relation to the relevant price and profit margin on a downstream market. In other words, an exploitative excessive price is abusive because of its relation to the relevant costs of supplying a single product, whereas an exclusionary margin squeeze is concerned with the excess of the price relative to prices on another related market. Finally, it is possible that an upstream price that is not excessive within the meaning of Article 82(a) EC could nonetheless give rise to a margin squeeze abuse under Article 82(b) EC. The converse is also true: an upstream price that is excessive within the meaning of Article 82(a) EC may not give rise to a margin squeeze abuse under Article 82(b) EC.“

⁷⁸ Ekki er hins vegar skylt að sýna fram á endurheimt kostnaðar við undirverðlagningu, sbr. dóm dómstóls ESB frá 2. apríl 2009 í máli nr. C-202/07P.



undirverðlagningar þegar til skamms tíma er litið. Að lokum má geta þess að ólíkar aðferðir eru notaðar af eftirlitsaðilum til að leiðrétta hegðun markaðsráðandi aðila eftir því hvort um er að ræða undirverðlagningu eða verðþrýsting á markaði.⁷⁹

Dómar dómstóla ESB skýra nánar hvað felst í ólögmætum verðþrýstingi og hér skipta mestu máli dómur dómstóls ESB í Deutsche Telekom og TeliaSonera málunum. Einnig er gagnlegt að hafa hliðsjón af ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB í Telefonica málinu og belgískra samkeppnisyfirvalda í Proximus málinu. Verður nú greint nánar frá þessum málum.

2.1 Deutsche Telekom málið

Í ákvörðun frá 21. maí 2003 tók framkvæmdastjórn ESB til athugunar hvort þýska fjarskiptafyrirtækið Deutsche Telekom (DT) hefði misnotað markaðsráðandi stöðu sína.⁸⁰ Komst hún að þeirri niðurstöðu að DT hefði beitt verðþrýstingi með því að verðleggja aðgang að heimtaugum til keppinauta fyrirtækisins á heildsölustigi óeðlilega hátt í samanburði við verðlagningu fyrirtækisins til áskrifenda á smásölumarkaði fyrir hliðrænar línur (talsímaþjónustu), ISDN og ADSL tengingar sem jafnframt nýta sömu heimtaugar fyrir viðkomandi þjónustu.

Fram kom í málinu að verð DT fyrir aðgang að heimtaugum á heildsölustigi var lægra en fyrirtækið verðlagði viðkomandi áskriftir á smásölumarkaði en munurinn þar á milli var samt ekki talinn nægilegur til að standa undir kostnaði DT í tilboði til endanotenda. Framkvæmdastjórnin tók fram að viðkomandi þjónusta DT á heildsölu- og smásölustigi hefði verið sambærileg og að fyrirtækið hafi beitt keppinauta fyrirtækisins verðþrýstingi þar sem munur á milli heildsölu- og smásöluverðs DT hafi annaðhvort verið neikvæður eða

⁷⁹ Sjá Damien Geradin og Robert O' Donoghue „*The Concurrent Application Of Competition Law And Regulation: The Case Of Margin Squeeze Abuses In the Telecommunication Sector*” The Global Competition Law Centre Working Papers Series, GCLC Working Paper 04/05. Geradin og O' Conoghue taka fram eftirfarandi: „*At the same time, there are important differences between a margin squeeze and a „pure” predation case: First, in a predation case the competition authority looks at all the relevant costs of the dominant company. In a margin squeeze case, it looks only at the cost in the downstream market, including the upstream price (taking it as a given on the downstream market (unless there is actual discrimination). Second, in a margin squeeze case the dominant company is not necessarily losing money overall (though it may be). It might be merely taking its profit upstream rather than downstream: the business engaged in a margin squeeze can be profitable on an „end-to end” (i.e. integrated) basis throughout the period of abuse. It follows that in a margin squeeze case the question of future recoupment does not necessarily arise as it often does in predation cases. More precisely, the fact that, in a margin squeeze case, the dominant firm remains profitable upstream can make recoupment more or less simultaneous. In a pure predation case, the loss-making and recoupment phases necessarily involve two different time periods. Third, the incentives to engage in exclusionary behaviour differs as between margin squeeze and predation cases. In predation cases there is usually no need to consider whether or not the alleged predator would benefit from successfully excluding rivals – it always will, to some extent. In contrast, as noted above, in a margin squeeze case, a vertically integrated company’s incentives to exclude rivals from a downstream market are considerably reduced, since the competitor will also be an upstream customer. A vertically integrated dominant company might lose more by losing upstream customers than it could gain as a result of their withdrawal from the downstream market. One should therefore include, in analytical tests for a margin squeeze, an analysis whether market conditions are such that a company has any incentive to exclude. Without such incentives, any failure to pass a price-cost test is more likely to be the result of a reasonable and temporary business strategy than a deliberate attempt to exclude. Fourth, a margin squeeze does not necessarily benefit consumers, whereas a predatory price does, at least in the short-term. In a pure predation case the dominant company is deliberately sacrificing short-term profits, for long-term exclusionary reasons. In a margin squeeze it is not necessarily sacrificing short-term profits, although, in practice, the prices which are most effective at excluding rivals will be downstream prices which do not maximise short run profits, in which case consumers do benefit. Finally, the scope of the available remedies may differ as between a margin squeeze and pure predation case. In a pure predation case, the remedy is usually to increase the (loss-making) price. In a margin squeeze case, the dominant firm could be required to lower the input price, increase the retail price, or slightly adjust, either upwards or downwards, the upstream and/or retail prices.*”

⁸⁰ Ákvörðun í máli nr. m.a. COMP/C-1/37.451.



a.m.k. ekki nægjanlegur til að standa undir eigin kostnaði DT á smásölustigi.⁸¹ Þetta þýðir að DT hefði ekki verið unnt að veita eigin smásöluþjónustu án þess að verða fyrir tapi ef smásöludeild fyrirtækisins hefði þurft að greiða sama heildsöluverð og keppinautar þess á smásölumarkaði þurftu að bera. Framkvæmdastjórnin komst þess vegna að þeirri niðurstöðu að verðstefna DT hefði haft þann tilgang að þrengja að rekstrargrundvelli keppinauta fyrirtækisins þó svo að þeir hefðu til að bera sömu rekstrarhagkvæmni og DT.⁸² Með öðrum orðum var hagkvæmni metin út frá rekstri fyrrum einkaleyfishafa á markaði í mati framkvæmdastjórnarinnar. Í því sambandi er kannað hvort eigin smásöluverð viðkomandi einkaleyfishafa hefði getað staðið undir eigin smásöluverði ef þjónustan hefði þurft að standa undir sama heildsöluverði og fyrirtækið innheimtir af keppinautum þess.⁸³

Með dómi undirréttar ESB frá 10. apríl 2008 í máli nr. T-271/03 var framangreind ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar staðfest.⁸⁴ Málinu var skotið til dómstóls ESB sem staðfesti dóm undirréttarins með dómi sem kveðinn var upp 14. október 2010, mál nr. C-280/08P. Í dómi sínum sagði dómstóll ESB að verðþrýstingur væri ein tegund af misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Sagði dómstóllinn að í aðalatriðum snúist verðþrýstingur um ósanngjarnan mun á verði fyrir heildsöluaðgang og smásöluverði markaðsráðandi fyrirtækis í þeim tilvikum þegar það fyrirtæki er í aðstöðu til þess minnka eða enda slíkan verðþrýsting. Þessi hegðun væri skaðleg fyrir keppinauta markaðsráðandi fyrirtækis sem væru a.m.k. jafn vel reknir og hið ráðandi fyrirtæki og því væri hún til þess fallin að raska samkeppni. Þar sem verðþrýstingur fæli í sér sjálfstætt brot væri ekki nauðsynlegt að sýna einnig fram á að viðkomandi heildsölu- eða smásöluverð fælu í sér undirverðlagningu eða væru óeðlilega hátt og fæli þannig í sér yfirverðlagningu (e. *excessive pricing*).⁸⁵

Dómstóllinn tók fram að til þess að umrædd verðhegðun feli í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu þurfi að liggja fyrir að hún sé til þess fallin að raska samkeppni. Slík röskun á samkeppni geti falist í mögulegum hindrunum á vexti og framgangi keppinauta hins markaðsráðandi fyrirtækis.⁸⁶ Sú staðreynd að verðþrýstingur hafi ekki í raun þau áhrif að keppinautur hafi hrakist út af markaðnum breyti engu um ólögsmæti háttseminnar. Ef hins vegar sýnt þyki að háttsemi geti með engu móti raskað samkeppni sé ekki um brot að ræða.⁸⁷ Taldi dómstóllinn ljóst að háttsemi DT hafi verið til þess fallin að raska samkeppni. Aðgangur að heimtaugum DT væri nauðsynlegur fyrir keppinauta DT til þess að þeir geti keppt á umræddum smásölumarkaði. Undir slíkum kringumstæðum væri

⁸¹ Sjá mgr. 140.

⁸² Sjá mgr. 102.

⁸³ Sjá mgr. 141.

⁸⁴ Sjá m.a. mgr. 166-168 í dómnum. Undirétturinn skýrði nálgun framkvæmdastjórnarinnar með eftirfarandi hætti: „According to the Commission, ‘there is an abusive margin squeeze if the difference between the retail prices charged by a dominant undertaking and the wholesale prices it charges its competitors for comparable services is negative, or insufficient to cover the product-specific costs to the dominant operator of providing its own retail services on the downstream market’ (recital 107 to the contested decision). In the present case, the margin squeeze is said to be abusive because the applicant itself ‘would have been unable to offer its own retail services without incurring a loss if ... it had had to pay the wholesale access price as an internal transfer price for its own retail operations’ (recital 140 to the contested decision). In those circumstances, ‘competitors [who] are just as efficient’ as the applicant cannot ‘offer retail access services at a competitive price unless they find additional efficiency gains’ (recital 141 to the contested decision; see also recital 108 to the contested decision).”

⁸⁵ Sjá mgr. 157-159 og 183 í dómnum.

⁸⁶ Sjá mgr. 252.

⁸⁷ Sjá mgr. 255: „Admittedly, where a dominant undertaking actually implements a pricing practice resulting in a margin squeeze of its equally efficient competitors, with the purpose of driving them from the relevant market, the fact that the desired result is not ultimately achieved does not alter its categorisation as abuse within the meaning of Article 82 EC. However, in the absence of any effect on the competitive situation of competitors, a pricing practice such as that at issue cannot be classified as exclusionary if it does not make their market penetration any more difficult.”



verðþrýstingur til þess fallinn að hindra vöxt samkeppni.⁸⁸ Takmarkaður vöxtur keppinautanna styðji þetta einnig.⁸⁹

Tók dómstóllinn einnig fram að í vissum tilvikum væri það eina sem markaðsráðandi fyrirtæki gæti gert til þess að enda ólögmætan verðþrýsting að hækka smásöluverð. Slík aðgerð væri hins vegar til þess fallin að efla samkeppni og stuðla að hagstæðu verði til frambúðar.⁹⁰

2.2 TeliaSonera málið

Í TeliaSonera málinu var inntak ólögmæts verðþrýstings skýrt nánar. Aðdragandi málsins var að sænsk samkeppnisyfirvöld töldu að fjarskiptafyrirtækið TeliaSonera hefði misnotað markaðsráðandi stöðu sína með verðþrýstingi á árunum 2000-2003. Málið varðaði heildsölu- og smásölumarkaðinn fyrir ADSL breiðbandstengingar. Við meðferð málsins fyrir héraðsdómi Stokkhólms óskaði dómstóllinn eftir forúrskurði dómstóls ESB. Fyrirspurnin laut að tilteknum atriðum sem tengjast túlkun á ólögmætum verðþrýstingi.

Í dómi sínum frá 17. febrúar 2011 staðfesti dómstóll ESB að verðþrýstingur fæli í sér sérstaka tegund af misnotkun á markaðsráðandi stöðu.⁹¹ Við mat á því hvort um verðþrýsting sé að ræða beri almennt að hafa hliðsjón af tekjum og kostnaði hins markaðsráðandi fyrirtækis. Beri að líta til þess hver afkoma þess fyrirtækis hefði orðið ef smásöluhluti þess hefði þurft að greiða það verð sem í boði var hjá heildsöluhlutanum.⁹² Ef slíkt hefði leitt til taps hjá hinu markaðsráðandi fyrirtæki þýddi það að keppinautur sem er jafn vel rekinn og hið markaðsráðandi fyrirtæki gæti heldur ekki starfað með sjálfbærum hætti á smásölumarkaðnum. Skapaði þessi staða hættu á samkeppnisröskun.⁹³

Dómstóllinn áréttaði að ekki sé skilyrði fyrir ólögmætum verðþrýstingi að viðkomandi fyrirtæki sé einnig markaðsráðandi á smásölumarkaðnum. Markaðsráðandi staða á heildsölumarkaði dugi.⁹⁴ Þá sé heldur ekki gerð sú krafa að viðkomandi fyrirtæki sé í einhvers konar yfirburðastöðu eða óvenju öflugri markaðsráðandi stöðu á

⁸⁸ Sjá mgr. 255.

⁸⁹ Sjá mgr. 257.

⁹⁰ Mgr. 181-182.

⁹¹ Mál nr. C-52/09 Konkurrensverket v TeliaSonera, mgr. 31-31: „A margin squeeze, in view of the exclusionary effect which it may create for competitors who are at least as efficient as the dominant undertaking, in the absence of any objective justification, is in itself capable of constituting an abuse within the meaning of Article 102 TFEU (see, to that effect, Deutsche Telekom v Commission, paragraph 183).

In the present case, there would be such a margin squeeze if, inter alia, the spread between the wholesale prices for ADSL input services and the retail prices for broadband connection services to end users were either negative or insufficient to cover the specific costs of the ADSL input services which TeliaSonera has to incur in order to supply its own retail services to end users, so that that spread does not allow a competitor which is as efficient as that undertaking to compete for the supply of those services to end users.”

⁹² Mgr. 41-42: „In order to assess the lawfulness of the pricing policy applied by a dominant undertaking, reference should be made, as a general rule, to pricing criteria based on the costs incurred by the dominant undertaking itself and on its strategy ...

In particular, as regards a pricing practice which causes margin squeeze, the use of such analytical criteria can establish whether that undertaking would have been sufficiently efficient to offer its retail services to end users otherwise than at a loss if it had first been obliged to pay its own wholesale prices for the intermediary services ...”

⁹³ Mgr. 43: „If that undertaking would have been unable to offer its retail services otherwise than at a loss, that would mean that competitors who might be excluded by the application of the pricing practice in question could not be considered to be less efficient than the dominant undertaking and, consequently, that the risk of their exclusion was due to distorted competition. Such competition would not be based solely on the respective merits of the undertakings concerned.”

⁹⁴ Mgr. 89.



heilidsölumarkaðnum. Nægjanlegt sé að um hefðbundna markaðsráðandi stöðu sé að ræða enda geri bannið við misnotkun á slíkri stöðu enga kröfu um mismunandi styrk hennar.⁹⁵

Í Deutsche Telekom málinu var sú staða uppi að því fjarskiptafyrirtæki var skv. þýskri fjarskiptalöggjöf skylt að selja viðkomandi þjónustu í heilidsölu og höfðu þarlend fjarskiptayfirvöld afskipti af þeirri verðlagningu. Í TeliaSonera málinu hvíldu ekki slíkar skyldur á hinu markaðsráðandi fyrirtæki og fyrirspurn hins sænska dómstóls laut m.a. að því hvort sú staðreynd hefði áhrif.⁹⁶ Dómstóll ESB leit svo á að engu breytti um inntak ólögmæts verðþrýstings þótt markaðsráðandi fjarskiptafyrirtæki væri ekki skylt að lögum að selja viðkomandi heilidsöluafurð.⁹⁷ Lagði dómstóllinn að þessu leyti til grundvallar rýmri reglu en Mazák aðallögsögumaður hafði lagt til í álitinu í málinu. Aðallögsögumaðurinn hafði byggt á því að aðeins gæti verið um að ræða ólögmætan verðþrýsting ef hinu markaðsráðandi fyrirtæki væri skylt skv. lögum að selja viðkomandi heilidsöluafurð eða aðgangur að henni væri ómissandi fyrir keppinauta á smásölumarkaði.⁹⁸

Sænski dómstóllinn spurði einnig hvort nauðsynlegt væri að sanna að verðþrýstingur hefði í raun haft skaðleg áhrif á samkeppni. Í álitinu í málinu benti Mazák aðallögsögumaður á að því hefði verið slegið föstu í dómframkvæmd að ekki væri þörf á að sanna raunveruleg skaðleg áhrif.⁹⁹ Dómstóllinn komst að sömu niðurstöðu og benti m.a. á þetta:

- Sýna verður fram á að háttsemi sé líkleg eða til þess fallinn að raska samkeppni með því m.a. að hún hindri minni keppnauta að stækka eða komast inn á markaðinn. Ekki er skylt að sýna fram á raunveruleg áhrif.¹⁰⁰
- Ef markaðsráðandi fyrirtæki beitir verðþrýstingi er um brot að ræða þótt keppinautar hafi ekki hrökklast út af markaðnum.¹⁰¹
- Þrátt fyrir að ekki sé skilyrði að heilidsöluafang sé ómissandi fyrir keppinauta hefur það þýðingu ef það er svo í raun. Undir slíkum kringumstæðum er líklegra að verðþrýstingur sé til þess fallinn að raska samkeppni.¹⁰²
- Munur á milli heilidsölu- og smásöluverðs skiptir máli. Ef heilidsöluverðið er hærra heldur en smásöluverðið er brot líklegra. Ef verðmunurinn er ekki neikvæður að

⁹⁵ Mgr. 80-82.

⁹⁶ Fram kom í málinu að TeliaSonera væri skylt skv. sænskum lögum og reglugerð ESB nr. 2887/2000 til þess að veita tiltekin ADSL heilidsöluafgang. Fyrirtækið bauð einnig upp á aðra tegund af slíkum aðgangi sem féll ekki undir þá skyldu. Málið tók til þess aðgangs.

⁹⁷ Mgr. 59.

⁹⁸ Sjá mgr. 11-29 í álitinu aðallögsögumannsins frá 2. febrúar 2010.

⁹⁹ Sjá mgr. 40 í álitinu: „*This is in line with the approach developed by the General Court in its case-law, which has been confirmed by the Court of Justice, that the effect required does not necessarily relate to the actual effect of the abusive conduct complained of; for the purposes of establishing an infringement of Article 102 TFEU, it is sufficient to show that the abusive conduct of the undertaking in a dominant position tends to restrict competition or, in other words, that the conduct is capable of having that effect.*”

¹⁰⁰ Sjá mgr. 64: „*...in order to establish whether such a practice is abusive, that practice must have an anti-competitive effect on the market, but the effect does not necessarily have to be concrete, and it is sufficient to demonstrate that there is an anti-competitive effect which may potentially exclude competitors who are at least as efficient as the dominant undertaking.*”

¹⁰¹ Sjá mgr. 65.

¹⁰² Sjá m.a. mgr. 70-71: „*Where access to the supply of the wholesale product is indispensable for the sale of the retail product, competitors who are at least as efficient as the undertaking which dominates the wholesale market and who are unable to operate on the retail market other than at a loss or, in any event, with reduced profitability suffer a competitive disadvantage on that market which is such as to prevent or restrict their access to it or the growth of their activities on it (see, to that effect, Deutsche Telekom v Commission, paragraph 234). In such circumstances, the at least potentially anti-competitive effect of a margin squeeze is probable.*”



Þessu leyti verður að meta hvort hann hafi eftir sem áður gert keppinautum erfitt fyrir að starfa á viðkomandi markaði.¹⁰³

Þrátt fyrir að verðlagning sé til þess fallin að raska samkeppni getur markaðsráðandi fyrirtæki sýnt fram á að hún styðjist við málefnalegar forsendur. Fyrirtækið verður þá að sanna að aðgerðir þess byggist á hagkvæmni og komi neytendum til góða. Jafnframt að aðgerðirnar gangi ekki lengra en nauðsynlegt sé til þess að tryggja hagkvæman rekstur.¹⁰⁴ Að fenginni þessari niðurstöðu dómstóls ESB lagði héraðsdómur Stokkhólms 144 milljónir sænskra króna sekt á TeliaSonera vegna misnotkunar á markaðsráðandi stöðu í formi verðþrýstings.

2.3 Telefónica málið

Í júlí 2007 komst framkvæmdastjórn ESB að þeirri niðurstöðu að spænska fjarskiptafyrirtækið Telefónica hefði misnotað markaðsráðandi stöðu sína. Um var að ræða mál sem varðaði óeðlilega lítinn mun á milli heildsölu- og smásöluverðs Telefónica fyrir breiðbandsaðgang sem varð til þess að keppinautar fyrirtækisins gátu ekki keppt við fyrirtækið á smásölumarkaði. Framkvæmdastjórnin skilgreindi tvo landfræðilega heildsölumarkaði í málinu og var Telefonica úrskurðað markaðsráðandi á þeim báðum. Einnig var skilgreindur einn smásölumarkaður og var Telefonica einnig markaðsráðandi á þeim markaði þó svo að það væri ekki nauðsynlegt í málinu.

Framkvæmdastjórnin komst að þeirri niðurstöðu að munur á milli heildsölu- og smásöluverðs Telefónica hefði ekki verið nægilegur til þess að fyrirtæki jafn hagkvæmt og Telefónica gæti staðið undir þeim kostnaði sem því fylgdi. Eins og í Deutsche Telecom málinu hér að framan var gengið út frá heildsöluverði Telefónica við mat á kostnaði á smásölustigi og var niðurstaðan sú að Telefónica beitti keppinauta fyrirtækisins ólögmætum verðþrýstingi á smásölumarkaði.¹⁰⁵

Lagði framkvæmdastjórnin 151 milljónir evra í sekt á fyrirtækið vegna þessa brots. Telefonica skaut ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar til undirréttar ESB sem staðfesti hana og álagða sekt með dómi sínum frá 29. mars 2012, mál nr. T-336/07.

2.4 Proximus málið

Þann 26. maí 2009 komst samkeppnisráð Belgíu að þeirri niðurstöðu að Belgacom Mobile (Proximus) hefði misnotað markaðsráðandi stöðu sína á markaði fyrir farsímabjónustu á árunum 2004 og 2005. Var lögð sekt á fyrirtækið upp á 66,3 milljónir evra.

Málið hófst á grundvelli kvörtunar sem fjarskiptafyrirtækið Base lagði fram árið 2005. Kvartað var undan meintum útilokandi aðgerðum Proximus á farsímamarkaði og þá sérstaklega í tengslum við þjónustu Proximus við fyrirtæki. Fram kom í málinu að með

¹⁰³ Sjá mgr. 73- 74: „... it is necessary to determine the level of margin squeeze of competitors at least as efficient as the dominant undertaking. If the margin is negative, in other words if, in the present case, the wholesale price for the ADSL input services is higher than the retail price for services to end users, an effect which is at least potentially exclusionary is probable, taking into account the fact that, in such a situation, the competitors of the dominant undertaking, even if they are as efficient, or even more efficient, compared with it, would be compelled to sell at a loss.

If, on the other hand, such a margin remains positive, it must then be demonstrated that the application of that pricing practice was, by reason, for example, of reduced profitability, likely to have the consequence that it would be at least more difficult for the operators concerned to trade on the market concerned.”

¹⁰⁴ Mgr. 75-76.

¹⁰⁵ Mál nr. COMP/38.784, dags. 04.07.2007.



reglum ESB um fjarskipti hafi ætlunin verið að skapa einsleit starfsskilyrði fyrir fjarskiptafyrirtæki í Evrópu, takmarka hindranir og skapa skilyrði fyrir virka samkeppni til hagsbóta fyrir neytendur. Reglur ESB varði m.a. samtengingu fjarskiptaneta og lúkningargjald sem fjarskiptafélög innheimta hvert hjá öðru. Lúkningargjaldið í farsímaneti Proximus var þungamiðjan í framangreindri kvörtun Base.

Samkeppnisráðið komst að þeirri niðurstöðu að Proximus væri með markaðsráðandi stöðu á farsímamarkaði. Niðurstaðan sýndi einnig að Proximus væri með styrka stöðu gagnvart fyrirtækjum, þ.m.t. stórum fyrirtækjum og opinberum stofnunum, sem höfðu tilteknar sérþarfir í fjarskiptum. Talið var að Proximus hefði beitt ólögmætum verðþrýstingi og var kjarni brotsins reifaður svo:

„A margin squeeze means that there is a negative or insufficient margin between on the one hand prices charged by a dominant company to end users, and on the other hand, wholesale prices charged to competitors for similar services.

A margin squeeze can be considered an abuse of a dominant position, and therefore a restriction of competition, as the European Commission, the European courts and several other national competition authorities have already found.

Such practice can harm competition and make it difficult for new entrants in the market to offer competitive services at similar prices as the dominant company. The Council found that for 2004 and 2005 it was proven that the margin between the on net prices of Proximus and the termination rates charged to the competitors was clearly negative.

In this concrete case the Council compared the prices that Proximus charged for on-net communication (between two customer on its own network) and the termination rates (MTR) that competitors had to pay (for terminating a call from their network on the network of Proximus).

Since the MTR charges of Proximus were higher than the charges for its own on-net communications, its competitors were unable to propose prices to their clients for communications towards the Proximus network that were more interesting or even similar to the prices that Proximus could offer to its clients.”¹⁰⁶

Eins og fram kemur hér að framan bar samkeppnisráð Belgíu saman lúkningarverð í farsímaneti Proximus fyrir símtöl sem eiga sér upphaf í öðrum netum annars vegar og verðlagningu fyrir innankerfissímtöl sem eiga sér bæði upphaf og lúkningu í farsímaneti fyrirtækisins hins vegar. Niðurstaðan sýndi að verð fyrir lúkningu símtala sem eiga sér upphafi í öðrum farsímanetum var hærra en verð fyrir innankerfissímtöl hjá Proximus. Það leiddi til þess að keppinautar Proximus náðu ekki að verðleggja símtöl sem enda í farsímaneti Proximus svipað og verð fyrir innankerfissímtöl hjá Proximus. Það hafði í för

¹⁰⁶ Sjá: http://economie.fgov.be/en/binaries/press_release_26052009_en_tcm327-67953.pdf



með sér að Proximus beitti keppinauta sína verðþrýstingi sem leiddi til þess að þeir náðu ekki að vera samkeppnishæfir í verði samanborið við verð á innankerfissímtölum hjá Proximus. Var talið að brot Proximus hefði verið alvarlegt.

2.5 Niðurstaða

Eins og að framan greinir getur brot á 11. gr. samkeppnislaga falist í því að markaðsráðandi fyrirtæki krefjist ósanngjarns kaup- eða söluverðs. Þá er ljóst að verðlagning markaðsráðandi fyrirtækis sem felur í sér verðþrýsting og er til þess fallin að raska samkeppni er ólögmat. Við mat á því hvort um slíkt brot sé að ræða skiptir máli að horfa til eftirfarandi atriða í því sambandi.

- Lóðrétt samþætting þarf að vera til staðar þannig að hið markaðsráðandi fyrirtæki á heildsölustigi útvegi aðfang til keppinauta á smásölustigi þar sem fyrirtækið er einnig starfandi. Verðþrýstingur varðar þannig tvo markaði, þ.e. annars vegar heildsölumarkað og hins vegar smásölumarkað þar sem keppinautar á smásölumarkaði eru bæði viðskiptavinir og keppinautar hins markaðsráðandi fyrirtækis.
- Ekki er skilyrði að viðkomandi fyrirtæki sé einnig markaðsráðandi á smásölumarkaði.
- Meta þarf hvort viðkomandi aðfang er mikilvægt fyrir keppinauta á smásölumarkaði.
- Meta þarf hvort aðfangið vegi hlutfallslega þungt í kostnaði keppinauta á smásölustigi.
- Líta ber til þess hvort markaðsráðandi fyrirtæki hafi með verðlagningu á heildsölustigi, smásölustigi eða hvorutveggja stuðlað að því að starfsemi keppinauta á smásölumarkaði hafi verið gerð óarðbær, þ.e. að rekstur þeirra skili ekki viðunandi hagnaði. Þetta ber að kanna með hliðsjón af verði og kostnaði hins markaðsráðandi fyrirtækis.
- Meta þarf hvort verðþrýstingur af hálfu markaðsráðandi fyrirtækis sé til þess fallinn að hafa skaðleg áhrif á samkeppni á viðkomandi markaði.
- Kanna þarf hvort markaðsráðandi fyrirtæki hafi sýnt fram á hlutlæg sjónarmið sem geti réttlætt verðþrýstinginn.

Eins og fyrr sagði eru aðstæður á fjarskiptamörkuðum með þeim hætti að markaðsráðandi fyrirtæki geta beitt samkeppnishamlandi verðþrýstingi. Það sýna framangreind mál sem varða gagnaflutnings-, talsíma- og farsímaþjónustu.

3. Aðgerðir Símans

Í þessum kafla verður fjallað um verðlagningu Símans á farsímaþjónustu á rannsóknartímabili þessa máls en það tímabil tekur til ára 2001-2007. Verður metið hvort verðlagning á smásölumarkaði fyrir GSM símtöl innankerfis hjá Símanum hefði getað staðið undir sama kostnaði og keppinautar fyrirtækisins þurftu að bera á heildsölustigi fyrir lúkningu símtala í farsímanet Símans. Ef það mat leiðir í ljós að smásölverð innankerfissímtala Símans hefði ekki náð að standa undir lúkningarverði fyrirtækisins á heildsölustigi með tilliti til kostnaðar við veitingu þjónustunnar að öðru leyti, ss. kostnað vegna upphaf símtala, og eðlilegri álagningu þá felur það í sér að fyrirtækið hafi beitt keppinauta sína verðþrýstingi. Það leiðir til þess að keppinautar Símans hefðu ekki getað með arðbærum hætti náð að verðleggja GSM símtöl sem áttu sér upphaf í farsímaneti þeirra og lúkningu í farsímaneti Símans svipað og innankerfissímtöl hjá Símanum. Áður en afstaða er tekin til þessara atriða þykir rétt að skýra kostnaðarmyndun GSM símtala og



greina frá kjarna þess frummats sem birtist í seinna andmælaskjalinu og afstöðu Símans til þess.

3.1 Inngangur

Í upphafi umfjöllunar um verðþrýsting Símans er til skilningsauka rétt að draga saman nokkur mikilvæg atriði. Verður fyrst vikið að atriðum sem tengjast kostnaðarmyndun vegna GSM símtala.

Undirliggjandi kostnaður við GSM símtöl í farsímanetum samanstendur í meginatriðum af tveimur kostnaðarpáttum, þ.e. kostnaði sem verður til við upphaf símtals annars vegar og kostnaði sem verður til við lúkningu símtals hins vegar:

- Kostnaður við upphaf símtals verður til er viðkomandi notandi slær inn símanúmer og þar til þau skilaboð eru móttækin í sírstöð. Í viðkomandi sírstöð er greint hvort móttakandi símtalsins er í sama farsímaneti og sá sem hringdi (innankerfissímtöl) eða í farsímaneti hjá öðru farsímafélagi.
- Kostnaður við lúkningu símtalsins verður til þegar merkið er flutt úr viðkomandi sírstöð og tengt við það símanúmer sem hringt er í þannig að úr verður símtal.

Almennt er talið að innankerfissímtöl feli í sér upphaf og lúkningu með sambærilegum hætti og upphaf og lúkning á sér stað í símtölum milli farsímaneta. Þannig er til að mynda kostnaður fyrir upphaf símtals sá sami hvort sem um er að ræða innankerfissímtal eða símtal milli farsímaferfa, enda eru sömu kerfisþættir notaðir til að mynda símtalið.¹⁰⁷ Sama á við um símtöl í fastanet.

Af framansögðu má sjá að þegar um innankerfissímtal í GSM neti er að ræða myndast kostnaður vegna upphafs og lúkingar símtalsins í sama farsímaneti. Þegar um millikerfasímtal er að ræða þá myndast kostnaður vegna upphafs símtals í einu neti og kostnaður verður til við lúkningu símtals í öðru neti. Þegar símtali er beint úr einu farsímaferfi í annað, þá stendur viðkomandi félag frammi fyrir kostnaði í eigin farsímaneti fyrir upphaf símtalsins annars vegar auk þess að greiða því fjarskiptafélagi sem sér um lúkninguna fyrir þann kostnað sem stafar af lúkningu símtalsins hins vegar.¹⁰⁸

Í seinna andmælaskjalinu komst Samkeppniseftirlitið að þeirri frumniðurstöðu að Síminn hefði beitt keppinauta sína verðþrýstingi á farsímaferfi og þar með misnotað markaðsráðandi stöðu sína. Með verðþrýstingi er eins og fyrr sagði átt við að markaðsráðandi fyrirtæki á heildsölustigi verðleggur mikilvægt aðfang til keppinauta (í þessu máli lúkningu símtala) með þeim hætti að fyrirtækið hefði sjálft ekki getað staðið undir þeirri verðlagningu með hliðsjón af eigin smásöluverði á viðkomandi þjónustu.

Verðþrýstingurinn var þannig talinn felast í því að Síminn verðlagði á heildsölustigi lúkningu fyrir GSM símtöl til keppinauta félagsins, þ.e. fyrir að ljúka símtölum í farsímaneti Símans

¹⁰⁷ Sjá t.d. bréf PFS til Samkeppniseftirlitsins, dags. 29. febrúar 2008.

¹⁰⁸ Auk lúkingargjalds, sem reiknast eftir lengd símtalsins, var innheimt svokallað tengigjald á heildsölustigi sem var eitt fast gjald fyrir að koma á símtali þegar því var svarað hjá viðtakanda. Tengigjaldið var óverulegt í samanburði við lúkingargjaldið og var í upphafi rannsóknartímabilsins 0,68 kr. á hvert símtal en var lækkað samkvæmt kvöðum í markaðsgreiningu PFS á markaði 16 og endanlega lagt af þann 1. júní 2008 eins og sjá má í töflu 2.



Það hátt, að smásöluverð Símans fyrir innankerfissímtöl hefði ekki getað staðið undir þeirri verðlagningu að teknu tilliti til upphafsgjalds símtalsins og eðlilegrar smásöluálagingar af þjónustunni. Að auki verðlagði Síminn, á hluta rannsóknartímabilsins (1. maí 2001 til 1. september 2006), lúkningu fyrir GSM símtöl til keppinauta eina og sér hærra en smásöluverð símtala innankerfis til eigin notenda, sem hafði bæði að geyma kostnað af upphafi og lúkningu símtala innankerfis.

Framangreindur verðþrýstingur Símans, sagði í andmælaskjalinu, hafi þannig verið notaður til þess að verja markaðsráðandi stöðu fyrirtækisins á farsímamarkaði sem og hafi hann skapað aðgangshindrun fyrir önnur minni fyrirtæki að markaðnum. Verðlagning Símans fyrir lúkningu símtala á heildsölustigi hafi þannig stuðlað að óeðlilega hárrí verðlagningu símtala milli farsímaneta, í samanburði við verðlagningu símtala innan eigin kerfis fyrirtækisins. Þegar svo ber undir hafa farsímanotendur tilhneigingu til að vera í viðskiptum við það farsímafélag þar sem flestir eru í viðskiptum til þess að lágmarka kostnað sinn við að hringja milli farsímakerfa enda er verð fyrir að hringja úr einu kerfi í annað töluvert hærra en verð á símtölum innankerfis. Þá má auk þess hafa í huga að möguleikar neytenda til að afla upplýsinga um það í hvaða farsímanet er verið að hringja, og þar af leiðandi um verð GSM símtala, eru afar takmarkaðir hér á landi þar sem ekki er hægt að sjá út frá símanúmerum eða sjálfvirkum skilaboðum í síma hvort verið sé að hringja innankerfis eða milli farsímakerfa. Þegar svo háttar til hafa notendur á smásölumarkaði enn frekari tilhneigingu til að velja það farsímafyrirtæki og farsímanet þar sem flestir notendur eru í viðskiptum til þess að lágmarka kostnað sinn af fjölda símtala milli farsímaneta. Það á sérstaklega við þegar innankerfissímtöl eru verðlögð umtalsvert lægra en símtöl milli farsímakerfa eins og tíðkast hefur hér á landi. Há lúkningargjöld hjá hinu markaðsráðandi fyrirtæki borin saman við smásöluverðlagningu fyrirtækisins þess á smásölumarkaði (innankerfissímtöl) hefur orðið til þess að þrýsta smásöluverði minni fyrirtækja langt undir kostnaðarverð þeirra. Þau hafa neyðst til þess að haga smásöluverðlagningu sinni með umræddum hætti í því skyni að laða til sín viðskiptavinum eða halda þeim sem fyrir eru í samkeppni við hið markaðsráðandi félag. Dæmi um það er Nova sem kaus að bjóða öll innankerfissímtöl í farsímaneti félagsins ókeypis þegar fyrirtækið hóf starfsemi hér á landi en hafði þess í stað hærri lúkningargjöld símtala úr öðrum farsímanetum til að hafa upp í það tap sem það varð fyrir vegna innankerfissímtala. Af þessu má sjá að framangreind verðstefna Símans hefur gert nýjum og minni fyrirtækjum erfiðara um vik að starfa á viðkomandi markaði en ef eðlilegar kostnaðarforsendur hefðu verið látnar ráða verðlagningunni fyrir lúkningu símtala á heildsölustigi.

Síminn hefur mótmælt þessu frummati Samkeppniseftirlitsins og hefur því til stuðnings í aðalatriðum haldið eftirfarandi fram:

- Innankerfissímtöl og millikerfasímtöl séu ekki sambærileg þjónusta.
- Ekki beri að líta til upphafsgjalda við mat á verðþrýstingi Símans.
- Horfa verði heildstætt á alla þjónustubætti við mat á verðþrýstingi, þ.e. tekjur af SMS, MMS, Internetþjónustu í farsíma og millilandasímtölum.
- Síminn telur sig hafa verið að mæta samkeppni. Smásöluverð keppinauta hafi lækkað ört á skömmum tíma.
- Upphaf og lúkning símtala sé ekki sambærileg þjónusta. Lúkning sé þjónusta sem ekki sé veitt á smásölustigi í innankerfissímtölum.
- Aðgangur að neti Símans sé ekki nauðsynlegur keppinautum.



- Jafn skilvirkur keppinautur og Síminn hefði getað keppt. Stærsti keppinautur Símans hafi aukið við markaðshlutdeild sína á rannsóknartímabilinu.
- Samkeppnisyfirvöld hafi þegar talið sambærilega verðlagningu lögmæta.

Fjallað verður um sjónarmið Símans í kafla 3.7.

3.2 Kostnaðargreining Símans í kjölfar fyrra andmælaskjals

Í fyrra andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins, dags. 28. mars 2008, kom fram það frummat eftirlitsins að með verðlagningu Símans, þar sem verð á innankerfissímtölum fyrirtækisins væri u.þ.b. helmingi lægra en verð þess á símtölum milli farsímaneta, væri samkeppni verulega takmörkuð. Þessu til grundvallar var bent á að ef gengið væri út frá jafnræðiskvöð PFS um sama lúkningarverð fyrir innankerfissímtöl Símans og gilti fyrir símtöl úr öðrum farsímanetum þá stæði verðlagning á innankerfissímtölum í GSM farsímaneti Símans ekki undir kostnaði. Í bréfi PFS til Símans, dags. 28. nóvember 2008, sem fylgdi með bréfi Símans til Samkeppniseftirlitsins, dags. 22. desember 2008, segir:

„Það verð sem nú gildir fyrir lúkningu í farsímanetum, þ.e. 7,49 kr. er hámarksverð sem fundið er út með verðsamanburði og gildir gagnvart þeim fyrirtækjum sem bera kvöð á umræddum markaði. Ekkert er því til fyrirstöðu að fjarskiptafyrirtæki lækki lúkningarverð sín enn frekar að eigin frumkvæði, svo fremi sem jafnræðiskvöðin sé virt.“

Eftir birtingu fyrra andmælaskjals sendi Síminn Samkeppniseftirlitinu kostnaðargreiningu sem unnin var af fyrirtækinu Analysys Mason. Sé sú greining borin saman við verðlagningu Símans fyrir upphaf og lúkningu símtala til keppinauta fyrirtækisins má sjá að verðlagning Símans hefur ekki verið byggð á raunverulegum kostnaðarlegum forsendum eða öðrum málefnalegum rökum. Kemur þetta skýrt fram í töflu 8 sem sýnir samanburð á kostnaði Símans fyrir kostnaðargreiningu Analysys Mason og því kostnaðarverði sem nú liggur fyrir eftir greininguna.

Tafla 8. Samanburður á kostnaði Símans fyrir og eftir kostnaðargreiningu Analysys Mason. Verð á mínútu án vsk.

GSM í GSM	Fyrir	Eftir	Mismunur
Milli kerfa (1+2)	[...]	[...]	[...]
1. Upphafsgjald	[...]	[...]	[...]
2. Lúkningargjald	[...]	[...]	[...]
Innankerfis (upphaf + lúkning)	[...]	[...]	[...]

Taflan sýnir að kostnaður sem Síminn hefur haldið á lofti varðandi upphaf og lúkningu símtala var verulega ofmetinn þegar um símtöl milli kerfa var að ræða sé sá kostnaður borinn saman við kostnaðarverð í greiningu Analysys Mason. Annað á við um kostnaðarverð við innankerfissímtöl hjá Símanum sem var í samræmi við raunverulegan kostnað samkvæmt kostnaðargreiningu Analysys Mason. Þess ber þó að geta að það „kostnaðarverð“ skilgreindi Síminn út frá smásöluverði félagsins samkvæmt svo kallaðri „smásölu mínus“ aðferð en ekki á undirliggjandi og greindum kostnaði við þjónustuna.



3.3 Heildsölu- og smásöluverðlagning Símans

Eins og fram hefur komið er rannsóknartímabil þessa máls frá 1. maí 2001 til ársloka 2007. Helgast það af því að þann 1. maí 2001 ákvað Síminn að breyta verði á innankerfissímtölum til áskrifenda sinna úr 15 kr. í 11 kr. með vsk. Var það gert á sama tíma og lúkningargjald í GSM farsímanet fyrirtækisins var 14,94 kr. með vsk. (12 kr/mín án vsk). Í árslok 2007 kvartaði Nova yfir samkeppnishamlandi verðlagningu Símans á farsímamarkaði. Í því sambandi ber að hafa í huga að á tímabilinu 2001-2007 hefur smásöluverð GSM símtala hjá Símanum innankerfis verið nánast óbreytt eða um 11 kr/mín. Er í þessu máli lagt mat á hvort eðlilegt samhengi hafi verið í verðlagningu Símans fyrir lúkningu GSM símtala á heildsölustigi til keppinauta í samanburði við verðlagningu GSM símtala innankerfis á smásölustigi til viðskiptavina Símans.

Varðandi þróun á lúkningarverði Símans ber samhengisins vegna fyrst að geta þess að í júlí 1998 voru Tal og Síminn með gagnkvæmt lúkningarverð eða 13,46 kr/mín án vsk. á dagtaxta og 11,39 kr/mín án vsk á kvöld- og helgartaxta ásamt 0,68 kr. tengigjaldi. Í mars 2000 lækkuðu Síminn og Tal lúkningarverð í 12,5 kr/mín án vsk á dagtaxta og 10 kr/mín án vsk á kvöld- og helgartaxta en tengigjaldið var 0,68 kr. sem fyrr.

Þann 1. janúar 2001 lækkaði lúkningarverð á dagtaxta í 12 kr/mín án vsk. hjá báðum félögum að óbreyttum kvöldtaxta og tengigjaldi. PFS útnefndi Símann þann 5. júní 2001 sem fyrirtæki með umtalsverða markaðshlutdeild á samtengimarkaði við úthlutun leyfis til að reka fjarskiptanet og fjarskiptaþjónustu samkvæmt eldri fjarskiptalögum nr. 107/1999. Íslandssími hóf rekstur á fyrri hluta árs 2001 og bauð sama lúkningarverð og Síminn og Tal. Lúkningarverð félaganna þriggja var gagnkvæmt þar til 1. desember 2001 er Íslandssími hækkaði sitt verð og í kjölfarið hækkaði Tal einnig sitt verð þann 1. desember 2002. Á sama tíma lækkaði Síminn lúkningarverð sitt og svo aftur samkvæmt úrskurði PFS þann 1. júní 2003 þar sem PFS mælti fyrir um 15% lækkun á lúkningarverði Símans á grundvelli kostnaðargreiningar. Lúkningarverð hjá Símanum lækkaði þá í eitt verð, eða 8,92 kr/mín án vsk að óbreyttu tengigjaldi að fjárhæð 0,68 kr. án vsk.

Hér skiptir og máli ákvörðun PFS frá 20. júlí 2006 en með henni voru á grundvelli fjarskiptalaga lagðar tiltekna kvaðir á Símann sem tengjast lúkningu í GSM farsímaneti fyrirtækisins. Samkvæmt kvöðum PFS á heildsölumarkaði skal Síminn veita öllum kaupendum á lúkningu símtala í heildsölu, þ.m.t. eigin deildum, þjónustu með sambærilegum skilmálum, verði og gæðum. Þá var auk þess lögð á kvöð um aðlögun lúkningargjalds og tengigjalds Símans. Þannig skyldi lúkningagjald Símans lækka í 8,56 kr./mín. án vsk. 1. september 2006 og síðan lækka aftur 1. júní 2006, fyrsta desember 2007 og loks 1. júní 2008. Einnig var mælt fyrir um lækkun á tengigjöldum. Framangreinda þróun á lúkningargjöldum má sjá í töflu 9.

Tafla 9. Þróun lúkningargjalda, fjárhæðir án vsk.

	Síminn		Tal		Íslandssími		Sameinað Tal og Íslandssími		IMC	
							Vodafone			
	Dagt.	Kv.t.	Dagt.	Kv.t.	Dagt.	Kv.t.	Dagt.	Kv.t.	Dagt.	Kv.t.
1.júl.98	13,46	11,39	13,46	11,39						
1.nóv.99	13,46	11,39	13,46	11,39						



1.mar.00	12,50	10,00	12,50	10,00						
1.jan.01	12,00	10,00	12,00	10,00	12,00	10,00				
1.des.01	11,00	10,00	12,00	10,00	12,30	10,15				
1.jan.02	11,00	10,00	13,20	11,00	12,30	10,15				
1.mar.02	11,00	10,00					13,50	11,15		
1.jún.03	8,92	8,92					13,50	11,15	13,50	12,00
1.sep.06	8,56	8,56					10,95	10,95	13,50	12,00
1.jún.07	8,21	8,21					9,80	9,80	13,50	12,00
1.des.07	7,85	7,85					8,64	8,64	13,50	12,00
1.jún.08	7,49	7,49					7,49	7,49	13,50	12,00

Heimild: PFS.

Kjarni málsins hér er að á rannsóknartímabilinu var smásöluverð GSM símtala hjá Símanum innankerfis nánast óbreytt eða um 11 kr/mín með vsk.¹⁰⁹ Í upphafi tímabilsins var lúkningarverð Símans 14,94 kr/mín með vsk (12 kr/mín án vsk) en lækkaði niður í 7,85 kr/mín (9,77 kr/min með vsk) í lok tímabilsins á grundvelli kvaða PFS um hámarksverð eins og sjá má í ofangreindri töflu. Þýðir þetta m.a. að frá því er Síminn lækkaði smásöluverð sitt í 11 kr./mín (8,84 án vsk.) þann 1. maí 2001 hefur lúkningarverð félagsins eitt og sér verið hærra en smásöluverð allt fram til 1. september 2006 er það var lækkað úr 8,92 kr./mín án vsk. í 8,56 kr./mín án vsk. Sú aðgerð, þ.e. 1. maí 2001, varð til þess að skapa ójafnvægi á milli heildsölu- og smásöluverðs Símans sem knúði smærri keppinauta félagsins til þess að hækka lúkningarverð sitt til þess að eiga kost á því að veita Símanum samkeppni á smásölumarkaði. Verður nú tekið til athugunar hvort þessi verðlagning Símans hafi falið í sér ólögmetan verðþrýsting gagnvart keppinautum fyrirtækisins.

3.4 Verðþrýstingur Símans

Hér ber fyrst að líta til þess að í fyrri kostnaðarþætti símtala sem hefur að geyma upphaf þeirra felst sambærileg þjónusta hvort sem símtalið á bæði upphaf og lúkningu innankerfis eða upphaf í sama farsímakerfi en lúkningu í öðru. Einnig er seinni kostnaðarþáttur símtala sem felur í sér lúkningu þeirra sambærileg þjónusta hvort sem símtalið á bæði upphaf og lúkningu innankerfis eða lúkningu í sama kerfi en upphaf í öðru. Leiðir þetta ekki síst af því að sömu kerfisþættir fjarskiptafyrirtækja eru notaðir til þess mynda umrædd símtöl.¹¹⁰

Kostnaðargreining Símans, sem framkvæmd var af greiningarfyrirtækinu Analysys Mason, staðfestir að verðlagning Símans hefur ekki tekið mið af kostnaði og hlutlægum sjónarmiðum í farsímaneti fyrirtækisins. Þannig er kostnaður við upphaf og lúkningu símtala innankerfis í farsímaneti Símans samkvæmt framangreindri kostnaðargreiningu samtals [...] kr. á mínútu. Kostnaður Símans við upphaf símtals í farsímaneti Símans sem endar í öðrum fjarskiptanetum er á hinn bóginn [...] kr. á mínútu og kostnaður við lúkningu símtala í farsímaneti Símans sem eiga sér upphaf í öðrum fjarskiptanetum er [...] kr. á mínútu. Síminn greinir ekki á milli kostnaðar fyrir upphafs símtals og lúknings í framangreindri kostnaðargreiningu á innankerfissímtölum heldur metur þá kostnaðarliði samtals [...] kr. á mínútu. Sé kostnaður fyrir upphaf símtals og lúkningu lagðir saman fyrir símtöl milli kerfa hjá Símanum þá er hann samkvæmt kostnaðargreiningu Símans samtals [...] kr. á mínútu og munar þar einungis [...] kr. á mínútu miðað við það sem á við um

¹⁰⁹ Dæmi var þó um enn lægri verð hjá Símanum sbr. áskriftina *Ásinn* sem bauð innankerfissímtöl á árinu 2006 á 8 kr/mín með vsk, eða 6,43 kr/mín án vsk.

¹¹⁰ Sjá bréf PFS til Samkeppniseftirlitsins frá 29. febrúar 2008.



innankerfissímtöl samkvæmt sömu kostnaðargreiningu. Það er minni munur miðað við það sem áður var samkvæmt töflu 8 hér að framan.

Þessi kostnaðargreining Símans styður það mat Samkeppniseftirlitisins að upphaf símtala sé sambærileg þjónusta hvort sem símtalið á sér stað alfarið innankerfis hjá Símanum eða á sér upphaf í farsímaneti Símans en lúkningu í öðru neti. Sama á við um niðurstöðu Samkeppniseftirlitisins um lúkningu símtala sem er sambærileg þjónusta hvort sem símtalið á sér alfarið stað innankerfis hjá Símanum eða á sér upphafi í öðru neti en lúkningu í farsímaneti Símans. Til samanburðar má benda á að kostnaður fyrir upphaf símtala í fastaneti Símans er sá sami og fyrir lúkningu eða 0,44 kr. á mínútu án vsk. á dagtaxta. Á kvöldin, nætur og um helgar er kostnaður fyrir upphaf símtala í fastaneti Símans 0,26 kr. á mínútu án vsk. og er kostnaður fyrir lúkningu sá sami. Kostnaður fyrir upphaf símtala á dagtaxta er þannig 0,44 kr. á mínútu án vsk hvort sem símtalinu lýkur í fastaneti Símans eða öðrum fjarskiptanetum Símans eða annarra fyrirtækja. Eins er lúkningargjaldið 0,44 kr. án vsk. þó að símtalið eigi sér upphafi í kerfum keppinauta Símans og er þá sama hvort símtalið á sér upphafi í fastaneti eða farsímaneti. Það sama á við um kostnaðarverð Símans á kvöldin, nætur og um helgar sem þá er 0,26 kr. á mínútu án vsk og hefur þetta kostnaðarverð verið í gildi hjá Símanum allt frá árslokum 2000. Þess ber einnig að geta að allt frá því að einkaréttur ríkisins á talsímaþjónustu var afnuminn 1. janúar 1998 hafa samtengigjöld Símans verið háð eftirliti og skylt hefur verið að taka mið af kostnaði við ákvörðun verðs, sbr. 13. gr. laga um fjarskipti nr. 143/1996.¹¹¹ Verður því óhjákvæmilega að telja að kostnaður fyrir upphaf og lúkningu símtala innan farsímanets Símans sé sambærilegur kostnaði fyrir upphaf símtala sem enda í öðrum kerfum og lúkningu símtala sem eiga sér upphaf í öðrum kerfum.

Í ljósi framangreinds þarf að meta hvort Síminn hafi beitt keppinauta sína verðþrýstingi. Í því felst að greint er hvort fyrirtækið hafi með verðlagningu á heildsölustigi, smásölustigi eða hvorutveggja stuðlað að því að starfsemi keppinautanna á smásölumarkaði hafi verið gerð óarðbær, þ.e. að rekstur þeirra skili ekki viðunandi hagnaði. Hér verður kannað hvort innankerfissímtöl Símans skili eðlilegum hagnaði ef gengið væri út frá sama lúkningarverði og fyrirtækið verðleggur til keppinauta þess á heildsölustigi, sbr. m.a. þá aðferðarfræði sem lögð er til grundvallar í dómi dómstóls ESB í TeliaSonera málinu. Ber einnig að áréttta að skv. dóminum skiptir máli hver sé munur á milli heildsölu- og smásöluverðs. Ef heildsöluverðið er hærra heldur en smásöluverðið hjá markaðsráðandi fyrirtæki þýðir það að keppinautur þess á smásölumarkaðnum (sem er jafn vel rekið fyrirtæki og markaðsráðandi fyrirtækið) hefði selt þjónustu sína með tapi. Ef verðmunurinn er ekki neikvæður að þessu leyti verður að meta hvort hann hafi eftir sem áður gert keppinautum erfitt að starfa á viðkomandi markaði og með óviðunandi afkomu.

Við mat á því hvort Síminn hafi beitt verðþrýstingi er því kannað hvort innankerfissímtöl Símans í smásölu standi undir heildsöluverði fyrirtækisins fyrir lúkningu vegna símtala úr öðru farsímaneti. Með því er verið að meta hvort Smásala Símans geti staðið undir þeirri verðlagningu aðfangsins sem ætlast er til af keppinautum fyrirtækisins. Rétt er að athuga að miðað er hér við tvö tímabil. Annars vegar umrædd verðlagning Símans frá 1. maí 2001 til 1. september 2006, sbr. töflu 9. Á því tímabili kvom fram í ákvörðun PFS, dags. 23. apríl

¹¹¹ Sjá m.a. mgr. 50 og töflu 2.5 í markaðsgreiningu PFS á markaði 8-10, *Heildsöluarkaði fyrir upphaf, lúkningu og flutning símtala í föstum almennum talsímanetum*; http://www.pfs.is/upload/files/M_8-10_Vi%c3%b0auki_A%20%c3%a1n%20tr%c3%bana%c3%b0argagna.pdf



2003, að Símanum var gert skylt að lækka lúkningarverð sitt í 8,92 kr/mín þann 1. júní 2003 á grundvelli kostnaðargreiningar fyrirtækisins. Á þessu tímabili var lúkningargjald Símans eitt og sér hærra en smásöluverð félagsins fyrir GSM símtöl innankerfis. Hins vegar nær síðara tímabilið frá 1. september 2006 til ársloka 2007. Á þeim tíma kvað PFS á um frekari lækkun á hámarksverði fyrir lúkningu GSM símtala í farsímaneti Símans á grundvelli markaðsgreiningar á viðkomandi markaði. Sú lækkun átti sér stað í þrepum (*e. glide path*) í fyrsta skipti þann 1. september 2006 og til 1. júní 2008 eins og lýst er í töflu 9.

3.4.1 Tímabilið 1. maí 2001 til 1. september 2006

Í töflu 10 má sjá samanburð á smásöluverði símtala á mínútu og heildsöluverði fyrir lúkningu símtala á mínútu hjá Símanum á rannsóknartímabilinu. Í upphafi tímabilsins lækkaði Síminn smásöluverð símtala á mínútu úr 15 kr/mín í 11 kr/mín með vsk sem gerir um 8,84 kr/mín án vsk. Lúkningarverð Símans til keppinauta var á sama tíma 12 kr/mín án vsk. Síminn lækkaði lúkningarverð sitt í 8,92 kr/mín þann 1. júní 2003 á grundvelli kostnaðargreiningar félagsins. Þrátt fyrir það var neikvæður munur á lúkningarverði Símans og smásöluverði fyrir símtöl innankerfis. Eins og sjá má í töflu 10 var neikvæður munur á smásöluverði Símans og lúkningarverði einu og sér allt fram til 1. september 2006 er PFS kvað á um enn frekari lækkun á hámarksverði fyrir lúkningu í GSM farsímanet félagsins að undangenginni markaðsgreiningu á viðkomandi markaði. Það skal þó tekið fram að í töflu 10 er ekki tekið mið af tengigjaldi Símans að fjárhæð 0,68 kr. sem lækkaði í 0,34 kr. þann 1. júní 2006 og 0,17 kr. þann 1. desember 2007 samkvæmt kvöðum þess efnis í framangreindri markaðsgreiningu PFS né öðrum kostnaði við mat á verðþrýstingi Símans sbr. upphafsgjöld símtala.

Tafla 10. Smásöluverð GSM símtala Símans í samanburði við lúkningarverð á dagtaxta, fjárhæðir án vsk.

	1.maí.01	1.des.01	1.jún.03 ¹¹²	1.sept.06	1.jún.07	1.des.07
Mínútuverð	8,84	8,84	8,84	8,84	8,84	8,84
Lúkningarverð	12,00	11,00	8,92	8,56	8,21	7,85
Mismunur	-3,16	-2,16	-0,08	0,28	0,63	0,99

Af þessu má ljóst vera að Síminn hefur beitt keppinauta sína verðþrýstingi á tímabilinu 1. maí 2001 til 1. september 2006. Þetta stafar af því að á þessu tímabili var lúkningarverð félagsins eitt og sér hærra en smásöluverð fyrir innankerfissímtöl. Ef GSM smásala Símans hefði þurft að greiða þetta lúkningarverð hefði hvert símtal verið selt með tapi. Að sama skapi hefði keppinautur Símans í smásölu, sem er jafnvel rekinn, orðið fyrir tapi. Er þetta einkar skýr vísbending um ólögmetan verðþrýsting, sbr. nánar hér á eftir.

3.4.2 Tímabilið frá 1. september 2006 til ársloka 2007

Eins og fyrr sagði lækkaði lúkningargjald Símans í 8,56 kr. þann 1. september 2006 vegna inngrípa PFS og í 8,21 kr. 1. júní 2007. Það lækkaði einnig 1. desember 2007 í 7,85 kr. og

¹¹² Dag- og kvöldtaxti Símans varð sá sami frá og með 1. júní 2003 eða 8,92 kr/mín.



gilti það verð út rannsóknartímabilið. Er ljóst að á þessu seinna tímabili var verðmunurinn ekki neikvæður þar sem lúkningarverðið var ekki hærra en smásöluverðið en þá átti eftir að taka tillit til annars kostnaðar sbr. upphafsgjald símtala og eðlilegrar álagningar vegna þjónustunnar. Því kann eftir sem áður að hafa verið um að ræða samkeppnishamlandi verðþrýsting á seinna rannsóknartímabili þessa máls.

Tafla 11 miðast við stöðuna í árslok 2007. Hún sýnir smásöluverð GSM símtala eftir ólíkum áskriftum og frelsi (fyrirframgeiddum kortum) hjá Símanum án vsk. eftir því hvort hringt er innankerfis hjá Símanum eða úr farsímaneti Símans í farsímanet Nova eða Vodafone. Taflan sýnir einnig framlegð innankerfissímtala hjá Símanum ef gengið er út frá sömu heildsöluverðlagningu og Síminn innheimtir hjá keppinautum fyrirtækisins fyrir lúkningu GSM símtala í farsímaneti til Símans. Til samanburðar má sjá framlegð Símans af símtölum sem enda í GSM farsímaneti Nova og Vodafone. Sjá má að ef gengið er út frá sömu forsendu í verðlagningu og Síminn beinir til keppinauta fyrirtækisins þá skila innankerfissímtöl neikvæðri framlegð.

Tafla 11. Eftirstöðvar meðalsímtals úr farsíma hjá Símanum þann 15. desember 2007, fjárhæðir án vsk.

SÍMINN í farsíma hjá:	NOVA	VODAFONE				SÍMINN (innankerfissímtöl)			
Áskriftir og frelsi hjá Símanum	Áskriftir/ frelsi	Góður/ Betri	Bestur	Lang- bestur	Frelsi	Góður/ Betri	Bestur	Lang- bestur	Frelsi
Smásöluverð á mínútu	22,49	17,67	17,27	16,87	18,47	8,84	8,43	8,03	8,84
- Upphafsgj. á mínútu ¹¹³	-5,50	-5,50	-5,50	-5,50	-5,50	-5,50	-5,50	-5,50	-5,50
- Lúkningargj. á mínútu	-12,50	-8,64	-8,64	-8,64	-8,64	-7,85	-7,85	-7,85	-7,85
Framlegð á mínútu	4,49	3,53	3,13	2,73	4,33	-4,51	-4,92	-5,32	-4,51
Frl. meðalsímtals ¹¹⁴	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Upphafsverð símtals	3,01 ¹¹⁵	2,81	2,81	2,81	3,21	2,81	2,81	2,81	3,21
Eftirst. meðalsímtals	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

¹¹³ Sama kostnaðarverð hjá smásölu Símans fyrir innankerfissímtöl og símtöl milli farsímakerfa sbr. bréf Símans til Samkeppniseftirlitsins, dags. 28. janúar 2008, en þar segir m.a.: „Mínútuverð sem smásalan greiðir heildsölu Símans er það sama hvort sem hringt er í farsímanet Nova, Vodafone eða innan kerfis hjá Símanum“.

¹¹⁴ Lengd meðalsímtals er samkvæmt upplýsingum Símans [...] mínútur. Sjá bréf Símans til Samkeppniseftirlitsins, dags. 28. janúar 2008.

¹¹⁵ Meðalupphafsverð án vsk. $(3,5+4)/2/1,245$.



Eins og sjá má í töflu 11 var smásöluverð fyrir innankerfissímtöl hjá Símanum í áskriftaleiðinni *Góður/Betri* 8,84 kr. á mínútu.¹¹⁶ Að teknu tilliti til upphafsgjalds að fjárhæð 5,50 kr. á mínútu, sem er það sama og gildir fyrir símtöl í GSM farsímaneti Símans sem lokið er í öðrum farsímanetum, og sama lúkningargjalds sem keppinautar Símans þurfa að greiða til að ljúka símtali í farsímaneti fyrirtækisins, þ.e. 7,85 kr. er framlegð Símans neikvæð um 4,51 kr. á mínútu. Sé tekið mið af meðallengd símtals hjá viðskiptavinum Símans og þeirri fjárhæð sem notendur (viðskiptavinir Símans) greiða Símanum fyrir að hefja símtal (upphafsverð símtals) þá er framlegð fyrir meðallangt símtal hjá Símans neikvæð um sem nemur [...] kr. Sambærileg framlegð vegna annarra áskriftaleiða og *Frelsis* er sýnd í töflunni og er hún neikvæð í öllum tilfellum. Til samanburðar má sjá í töflu 11 framlegð Símans fyrir símtal sem á upphaf í GSM farsímaneti Símans en lýkur í GSM farsímanetum Nova eða Vodafone. Gengið er úr frá sama upphafsgjaldi Símans að fjárhæð 5,50 kr. á mínútu og lúkningargjaldi Nova og Vodafone fyrir að ljúka símtölum í farsímanetum þeirra. Miðað við smásöluverð hjá Símanum fyrir símtöl í farsímanet Nova að fjárhæð 22,49 kr. á mínútu og 17,67 kr. á mínútu í áskriftinni *Góður/Betri* í farsímanet Vodafone má sjá að sú verðlagning skilar jákvæðri framlegð hjá Símanum. Sama á við um meðallangt símtal hjá Símanum fyrir símtöl sem lokið er í farsímaneti Nova eða Vodafone. Hafa ber í huga að innankerfismínútur voru um [...] % af heildarfjölda mínútna á milli farsíma innanlands vegna símtala með uppruna í farsímakerfi hjá Símanum á árinu 2006 samanborið við [...] % úr farsímaneti Símans í önnur farsímanet innanlands á sama tíma.¹¹⁷

Eins og fjallað hefur verið um ber í samkeppnisrétti að hafa hliðsjón af tekjum og kostnaði hins markaðsráðandi fyrirtækis við mat því hvort um ólögmetan verðþrýsting sé að ræða.¹¹⁸ Af framangreindu umfangi innankerfissímtala Símans má sjá að hefði smásala fyrirtækisins þurft að bera sambærilegt lúkningsverð í heildsölu fyrir innankerfissímtöl og keppinautarnir þurftu að bera vegna heildsöluverðlagningar Símans gagnvart þeim hefði heildartap fyrirtækisins af innankerfissímtölum í smásölu verið meira en hagnaður þess af símtölum í önnur farsímanet. Þetta þýðir að miðað við verðlagningu Símans fyrir upphaf og lúkningu símtala milli farsímaneta þá hefði fyrirtæki sem er a.m.k. jafn hagkvæmt og Síminn í rekstri ekki náð að skila hagnaði af innankerfissímtölum ef gengið væri út frá sömu verðlagningu hjá því fyrirtæki á upphafi og lúkningu símtala og Síminn verðleggur til keppinauta fyrirtækisins fyrir símtöl milli fjarskiptaneta. Út frá framangreindu og gögnum málsins og samanburði við verðlagningu á upphafi og lúkningu símtala innankerfis hjá Símanum er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að Síminn hafi einnig beitt keppinauta fyrirtækisins verðþrýstingi á seinna tímabilinu. Eins og fyrr sagði miðast tafla 11 við stöðu í árslok 2007. Ljóst er að verðþrýstingurinn var enn meiri á tímabilinu frá 1. september 2006 til 1. desember 2007 þar sem lúkningsgjald Símans var hærra á því tímabili.

¹¹⁶ Síminn hafði auk þess lokið nýskráningum í áskrifarleiðirnar *Almenna áskrift* og *Ásinn* í þann 1. júlí 2006 sbr. http://wayback.vefsafn.is/wayback/20061115000000/http://siminn.is/forsida/einstaklingar/farsiminn/verd/eldri_askriftarleidir/ Innankerfisverð Símans í áskriftinni *Ásinn* var 8 kr/mín með vsk (6,43 kr/ mín án vsk) á sama tíma og lúkningargjöld Símans var 8,92 kr/mín án vsk. *Almenn áskrift* og *Frelsi* á árinu 2006 hafði að geyma innifalda notkun sem nam 1000 mínútur á mánuði innankerfis og 500 SMS smáskilaboð.

¹¹⁷ Samkvæmt bréfi PFS til Samkeppniseftirlitsins, dags. 29. febrúar 2008.

¹¹⁸ Sjá t.d. dóm dómstóls ESB frá 17. febrúar 2011 í máli nr. C-52/09 Konkurrensverket v TeliaSonera, mgr. 41-42: „In order to assess the lawfulness of the pricing policy applied by a dominant undertaking, reference should be made, as a general rule, to pricing criteria based on the costs incurred by the dominant undertaking itself and on its strategy ...

In particular, as regards a pricing practice which causes margin squeeze, the use of such analytical criteria can establish whether that undertaking would have been sufficiently efficient to offer its retail services to end users otherwise than at a loss if it had first been obliged to pay its own wholesale prices for the intermediary services ...



Framangreindur verðþrýstingur sem Síminn hefur beitt keppinauta fyrirtækisins á farsímamarkaði hefur þjónað þeim eina augljósa tilgangi að hindra að ný fyrirtæki næðu fótfestu á markaðnum og að hindra framgang keppinauta sem fyrir voru og takmarka þannig samkeppni í þeim tilgangi að verja markaðsráðandi stöðu fyrirtækisins á viðkomandi markaði, sbr. nánari umfjöllun hér á eftir. Sú aðgerð virðist ekki hafa verið tímabundin aðgerð heldur varað í allmörg ár eða a.m.k. frá 1. maí 2001.

Ef verðlagning Símans fyrir upphaf og lúkningu símtala milli farsímakerfa hefði verið notuð sem grundvöllur kostnaðar fyrir símtöl innankerfis hjá fyrirtækinu þá hefði smásala Símans tapað umtalsvert á innankerfissímtölum. Þetta má sjá í töflu 9, sem byggir á töflu 3 hér að framan. Samkvæmt töflu 11 myndi meðallangt símtal innankerfis hjá Símanum skila neikvæðri framlegð sem nemur allt frá [...] kr. til [...] kr. eftir áskriftum og [...] kr. í *Frelsi*. Ekki er hér tekið tillit til notkunar innankerfis sem Síminn bauð viðskiptavinum sínum sem innifalinn var í áskriftarleiðum og ókeypiss í *Frelsi* hjá Símanum. Ef svo væri gert þá væri tapið ennþá meira þar sem gjaldfærsla á sér stað milli heildsölu og smásölu óháð því hvort smásalan innheimtir sérstaklega fyrir notkunina en á móti koma fastar áskriftartekjur nema í tilfalli *Frelsis*. Um möguleg áhrif áskriftartekna og innifalinnar notkunar verður fjallað hér á eftir.

3.4.3 Möguleg áhrif áskriftartekna og innifalinnar notkunar

Auk beinna tekna fyrir símtöl innheimtir Síminn fastar mánaðartekjur hjá viðskiptavinum sínum fyrir eftirágreidda áskrift sem eru óháðar notkun. Ekki eru innheimt mánaðargjöld fyrir fyrirframgreidda notkun eða svokallað *Frelsi*. Notendur með fyrirframgreidda þjónustu er verulega stór hluti viðskiptamanna GSM þjónustu hér á landi og voru þeir um 44% af heildarfjölda GSM notenda hjá Símanum í árslok 2007.¹¹⁹ Í tilfalli fastra eftirágreiddra áskriftartekna veitir Síminn eins og framar er getið innifalda þjónustu í áskriftinni t.d. *Langbestur* sem nemur allt að 300 mínútum, 180 SMS smáskilaboðum og 3MB gagnamagni á mánuði sem koma á móti föstum áskriftartekjum.¹²⁰ Fyrir þá viðskiptavini sem voru með *Frelsi* hjá Símanum var ekkert greitt fyrir símtöl í tvö númer innankerfis hjá Símanum, ekkert greitt fyrir notkun umfram þrjú SMS/MMS daglega upp í allt að 30 SMS/MMS auk þess sem ekkert var greitt fyrir að tala í símann næsta hálf tímann eftir þriggja mínútna símtal.¹²¹ Fyrir þessa innifölda notkun fær smásala Símans engar beinar tekjur en fyrir alla raunnotkun er gjaldfært á smásöluna af hálfu heildsölnnar. Í töflu 12 er innifalinn þjónusta til viðskiptavina Símans fyrir áskriftirnar *Góður*, *Betri*, *Bestur* og *Langbestur* tekin saman. Eins má sjá innifalda þjónustu til viðskiptavina Símans sem voru með fyrirframgreidd kort (*Frelsi*). Eins og fyrr segir eru ekki innheimtar mánaðarlegar áskriftartekjur hjá þeim sem

¹¹⁹ Sjá töflu 8 í tölfræðiskýrslu PFS: <http://pfs.is/upload/files/T%0c3%0b6lfr%0c3%0a6%0c3%0b0isk%0c3%0bdrsla%202007.pdf> Fjöldi notenda með fastar GSM áskriftir var 175.057 talsins í árslok 2007 samanborið við 136.698 talsins með fyrirframgreidd kort á sama tíma. Notendur Nova með fyrirframgreidda farsímaþjónustu voru til samanburðar 61,3% í árslok 2007.

¹²⁰ Sjá innifalið í varðskrá Símans 11. desember 2007 fyrir áskriftir: <http://wayback.vefsafn.is/wayback/20071211105657/http://www.siminn.is/forsida/einstaklingar/farsiminn/askrift/>

¹²¹ Sjá innifalið í varðskrá Símans 11. desember 2007 *Frelsi*: <http://wayback.vefsafn.is/wayback/2007121110332/http://www.siminn.is/forsida/einstaklingar/farsiminn/frelsi/verd/> og <http://wayback.vefsafn.is/wayback/20071211105523/http://www.siminn.is/forsida/einstaklingar/farsiminn/frelsi/verd/nanar/store466/item38151/>



eru með fyrirframgreidd kort en smærri keppinautar Símans sbr. Tal¹²² og Nova hafa sérstaklega lagt áherslu á að ná til yngri viðskiptavina sem kjósa þá þjónustu frekar en eftirágreiddar áskriftir. Þó rannsóknartímabil málsins taki til ársloka 2007 má hafa í huga að 67% viðskiptavina Nova voru með fyrirframgreidd kort en 33% með áskriftir í árslok 2008. Hjá Tali voru 58% með fyrirframgreidd kort en 42% með áskriftir í árslok 2008. Til samanburðar voru 41% viðskiptavina Símans í GSM farsímaþjónustu með fyrirframgreidd kort í árslok 2008 en 59% með áskriftir.

Tafla 12. Innifalin þjónusta hjá Símanum þann 15. desember 2007

Innifalin þjónusta:	Áskriftir				Frelsi
	Góður	Betri	Bestur	Langbestur	
Fjöldi mínútna ¹²³	35	120	180	300	0 kr í 2 GSM vini innankerfis. ¹²⁴ 0 kr næstu 30 mínútur eftir 3 mínútna símtal.
	Ótakmörkuð notkun í sex númer innankerfis (Fjölskyldan hringir frítt)				
Fjöldi SMS/MMS	20	60	90	180	60 mínútur/SMS á dag. Eftir 3 MMS eru næstu 30 á 0 kr. innan sama dags. 125

¹²² Með samruna IP fjarskipta ehf. (Hive) og Ódýra símafélagsins ehf. (Sko) á árinu 2008 var ákveðið að félögin skyldu rekin saman undir gamalkunnu nafni Tals. Félagið sem upphaflega gegndi nafninu Tal hf. fékk fjarskiptaleyfi árið 1997 og hóf fjarskiptaþjónustu árið 1998. Félagið rann síðan saman við Íslandssíma hf. á árinu 2002 ásamt fleiri fyrirtækjum sem síðan varð að Vodafone. Hið nýja félag Tal var í meirihluta eigu Teymis hf. (móðurfélag Vodafone) og var samruninn samþykktur af Samkeppniseftirlitinu með skilyrðum sem fólu m.a. í sér að félagið þyrfti að hafa rekstrar- og stjórnunarlegan aðskilnað frá Vodafone sbr. ákvörðun eftirlitsins nr. 36/2008 Samruni teymis hf. og IP fjarskipta ehf. Með ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 27/2009 Brot á ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 36/2008 Samruni Teymis hf. og IP- fjarskipta ehf. og 10. gr. samkeppnislaga varð Teymi hf. síðan m.a. gert skylt að selja eignarhlut sinn í Tali.

¹²³ Valið er annað hvort milli þessara leiða þ.e. tilteknar mínútur óháð kerfi eða ótakmarkaða notkun innankerfis í allt að sex númer (fjölskyldumeðlimi). Innifaldar mínútur í áskrift hjá Símanum eru annars vegar óháðar því í hvaða kerfi hringt væri í innanlands (þ.e. eiga bæði við fyrir innankerfis símtöl og milli kerfa) fyrir ákveðinn fjölda mínútna eða ótakmarkaða fjölda mínútna í allt að sex fjölskyldumeðlimi innankerfis (Fjölskyldan hringir frítt) hvort sem þeir voru með áskriftir eða Frelsi, sjá: <http://wayback.vefsafn.is/wayback/20061115000000/http://siminn.is/fjolskyldan/>

¹²⁴ Afslátturinn virkjust í 30 daga með hverri áfyllingu og gildir samtals í 60 mínútur/SMS á dag en það gerir 1.800 mínútur á mánuði. Í upphafi árs 2007 var hægt að velja þrjá vini (GSM númer innankerfis) sem hægt var að hringja frítt til allt að 60 mínútur/SMS á dag. Hér gildir allt að 60 innifaldar mínútur og/eða SMS á sólarhring. Hver mínúta/SMS er reiknuð sem ein eining og hægt var að fara upp í allt að 60 einingar á sólarhring samtals í inniföldum mínútum eða SMS. Eftir það tekur við venjuleg gjaldskrá Frelsis.

¹²⁵ 60 mínútur/SMS á dag. Um MMS sjá: <http://wayback.vefsafn.is/wayback/20071211000000/http://siminn.is/forsida/einstaklingar/farsiminn/frelsi/ver/d/nanar/store466/item40634/>



Gagnamagn	3MB	3MB	3MB	3MB	
-----------	-----	-----	-----	-----	--

Í töflu 13 er borið saman reiknað verðmæti innifalinnar mínútna m.v. gefnar forsendur um nýtingu o.fl. Miðað er við að innankerfismínútur hafi verið um [...] % af heildarfjölda mínútna á milli farsíma innanlands vegna símtala með uppruna í farsímakerfi hjá Símanum samanbórið við [...] % úr farsímaneti Símans í önnur farsímanet innanlands á sama tíma.¹²⁶ Þá er auk þess gert ráð fyrir að í viðskiptavinir í áskriftum séu [...] % í leiðinni *Góður*, [...] % í leiðinni *Betri*, [...] % í leiðinni *Bestur* og [...] % í leiðinni *Langbestur*.¹²⁷ Með hliðsjón af framangreindu hringimynstri viðskiptavina og hlutfalli viðskiptavina í áskriftum Símans hér að framan er fjöldi mínútna í hverjum áskriftarflokki reiknaður fyrir innifaldar mínútur í áskriftum sem fram koma í töflu 12. Hvað varðar kostnaðverð smásölu af innifalinni þjónustu er gengið út frá upphafsgjaldi Símans að fjárhæð 5,50 kr. og lúkningargjaldi að fjárhæð 8,21 kr. innankerfis eins og það var á miðju ári 2007. Það er gert til samræmis við aðferðafræði í töflu 9 við mat á verðþrýstingi Símans fyrir innifaldar mínútur. Auk þess er gengið út frá upphafsgjaldi Símans að fjárhæð 5,50 kr. og lúkningargjaldi Vodafone eins og það var á miðju ári 2007 fyrir símtöl úr GSM farsímakerfi Símans í önnur GSM farsímakerfi hérlendis.¹²⁸ Auk þess er gengið út frá því að viðskiptavinir með *Frelsi* noti einungis 120 mínútur af inniföldum mínútum á mánuði en innifaldar eru 60 mínútur hvern dag mánaðarins sem gerir að hámarki 1.800 innifaldar mínútur á mánuði. Í töflu 13 má sjá metinn kostnað smásölu Símans út frá framangreindri forsendu um innifaldar mínútur á mánuði. Auk þess er kostnaður reiknaður út frá 75% nýtingu hjá viðskiptavinum Símans á inniföldum mínútum fyrir áskriftir og *Frelsi* samkvæmt framangreindum forsendum.

Tafla 13. Áskriftartekjur og áætlað verðmæti innifalinnar mínútna á mánuði árið 2007, fjárhæðir án vsk.

	Áskriftir				Vegið meðaltal	Frelsi
	Góður	Betri	Bestur	Langbestur	áskriftir	
Innifaldar mínútur	35	120	180	300	97	180¹²⁹
Kostnaður m.v. 100% nýtingu	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Kostnaður m.v. 75% nýtingu	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Kostnaður m.v. 50% nýtingu	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Kostnaður m.v. 25% nýtingu	[...] ¹³⁰	[...]	[...]	[...]	[...]	[...] ¹³¹

¹²⁶ Samkvæmt bréfi PFS til Samkeppniseftirlitsins, dags. 29. febrúar 2008.

¹²⁷ Upplýsingar fengnar frá Símanum um fjölda áskrifenda með fjölskylduáskrift (fjöldi viðskiptavina í Gunnáskrift eru lagðir saman við fjölda áskrifenda í áskriftarleiðinni *Góður*). Gert er ráð fyrir að allir velji fasta innifalda þjónustu (mínútur, SMS/MMS og Gagnamagn í stað ótakmarkaðrar notkunar símtala milli fjölskyldumeðlima. Það er vegna þess að viðskiptavinir með fjölskylduleið Símans voru hlutfallslega fáir á þeim tíma þ.e. [...].

¹²⁸ Lúkningargjald Vodafone var 9,80 kr. á miðju ári 2007 en Nova hóf störf á síðari hluta ársins og var lúkningargjald félagsins þá 12,50 kr. Kostnaður Símans er því varleg reiknaður að þessu leyti þar sem lúkningargjald Nova var hærra en Vodafone en viðskiptamenn Nova voru einungis 1.271 talsins í árslok 2007

¹²⁹ Innifaldar eru 1.800 mínútur á mánuði en þrátt fyrir það er gengið út frá því í töflu 13 að hámarks nýting sé 180 mínútur á mánuði sem er Símanum verulega í hag.

¹³⁰ [...]. Sami útreikningur notaður fyrir aðrar áskriftir í töflu 11 að teknu tilliti til breytingu á inniföldum mínútum.

¹³¹ [...]. Gengið er út frá því að einungis 180 mínútur séu nýttar á mánuði (þó að innifaldar mínútur séu 1.800) og síðan reiknað 25% af 180 mínútum sem gera 45 mínútur á mánuði.



Í töflu 14 er kostnaður smásölu Símans miðað við 25% nýtingu af inniföldum mínútum á mánuði reiknaður á ársgrundvelli út frá meðalfjölda viðskiptavina Símans (m.v. upphaf og lok árs) á árinu 2007. Er þessi kostnaður síðan borinn saman við stofn- og áskriftartekjur smásölu Símans vegna GSM farsímaþjónustu á árinu 2007.¹³²

Tafla 14. Kostnaður af 25% nýtingu á inniföldum mínútum í samanburði við stofn- og afnotatekjur Símans fyrir árið 2007, fjárhæðir án vsk.

Þjónusta	Meðal fjöldi viðskiptavina	Kostnaður af inniföldum mínútum í kr. á mánuði	Samtals í millj. kr. á ári
Áskriftir	101.228	[...]	[...]
Frelsi	77.866	[...]	[...]
Samtals			[...]
Stofn og afnotatekjur			[...]
Mismunur			[...]

Kostnaður af 25% nýtingu á inniföldum mínútum Símans er metinn samkvæmt þessu [...] millj. kr. Til samanburðar voru stofn og afnotatekjur Símans (þ.m.t. áskriftatekjur) af GSM þjónustu [...] millj. kr. án vsk. á árinu 2007.¹³³ Samkeppniseftirlitið reiknar einungis með kostnaði af inniföldum mínútum í töflu 12 m.v. framangreindar forsendur um nýtingu þar sem það nægir til þess að sýna fram á að innifalinn notkun þeirra gengur að fullu á móti stofn- og afnotatekjum Símans. Gera má þó ráð fyrir að nýting á inniföldum mínútum sé meiri en 25% og þá sérstaklega í áskriftum þar sem innifaldar mínútur eru óháðar því í hvaða farsímakerfi er hringt.

Eins og sjá má af forsendum fyrir útreikningi í töflu 14 hefur kostnaður á móti stofn- og afnotatekjum Símans verið varlega reiknaður bæði hvað varðar innifaldar mínútur og önnur hlunnindi sem ekki hafa verið tekin með í reikninginn sbr. innifalinn SMS smáskilaboð og gagnaflutning. Þá er ekki heldur reiknað með í töflu 14 áhrifum af verðþrýstingi Símans í töflu 9 þar sem hringdar mínútur hjá viðskiptavinum Símans og þ.a.l. neikvæð framlegð fyrirtækisins af innankerfismínútum er umtalsvert meiri en jákvæð framlegð af hringdum mínútum í önnur kerfi fyrir allt árið 2007. Af töflu 14 má sjá að kostnaður af innifalinni þjónustu (mínútur) er hærra en stofn- og afnotatekjur Símans.¹³⁴ Í þeim samanburði er miðað við sama kostnað fyrir lúkningu símtala og Síminn gerir keppinautum sínum að greiða fyrir að ljúka símtölum í farsímaneti félagsins og því upphafsgjaldi sem Síminn notar fyrir símtöl í önnur farsímanet. Þannig eru sömu sjónarmið notuð við mat á verðþrýstingi í töflu 11 með því að heimfæra verðlagningu Símans gagnvart keppinautum fyrir hringdar innifaldar mínútur fyrir Símann sjálfan. Taka skal fram eins og fyrr segir að hér er þó um varlega áætlaðan kostnað að ræða þar sem einungis er tekið mið af því að viðskiptavinir Símans nýta innifalda þjónustu að hluta.

¹³² Upplýsingar frá Símanum um tekjur félagsins af fjarskiptaþjónustu sem Samkeppniseftirlitið hefur aflað reglulega frá farsímafyrirtækjum.

¹³³ Hluti áskrifenda Símans voru enn í áskriftarleiðinni *Almenn áskrift* sem lögð var niður þann 1. júlí 2006 eins og fyrr segir en mánaðargjaldið í þeirri áskrift var 600 kr. með vsk. eða 482 kr. án vsk. Innifaldar mínútur í *Almennri áskrift* voru samt fleiri en í áskriftarleiðinni *Góður* eða 1.000 mínútur á mánuði innankerfis en 35 mínútur voru innifaldar í áskriftarleiðinni *Góður* óháð því í hvaða kerfi hringt var í.

¹³⁴ Hér er kostnaður borinn saman við stofn- og afnotatekjur hjá smásölu Símans í farsímakerfinu en skiptingu milli stofntekna og afnotatekna hefur Samkeppniseftirlitið ekki. Hreinar áskriftartekjur (afnotatekjur) er því lægri upphæð en hér er miðað við, og mismunurinn því raunverulega meiri.



Niðurstaðan í töflu 14 sýnir að stofn- og afnotatekjur Símans eru lægri en kostnaður af innifaldinni þjónustu og hafa þær því ekki áhrif á niðurstöðu þessa máls um að Síminn hafi beitt keppinauta sína verðþrýstingi á farsímamarkaði. Þvert á móti má telja að ef innifalinn þjónusta viðskiptavina Símans hafi verið nýtt til fulls má sjá að verðþrýstingur Símans hefði verið enn meiri og alvarlegri en fram kemur í töflu 11. Það skýrist m.a. á því að smærri keppinautar Símans hafa lagt áherslu á yngri viðskiptavini sem aðallega notast við fyrirframgreidda GSM þjónustu (*Frelsi*) eins og framfar segir en ávinningur viðskiptavina Símans og þ.a.l. neikvæð framlegð fyrirtækisins er þar mun meiri en í áskriftum.

3.4.4 Niðurstaða um verðþrýsting

Þegar höfð er hliðsjón af framangreindri umfjöllun er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að Síminn hafi á rannsóknartímabili málsins beitt keppinauta fyrirtækisins verðþrýstingi sem rekja megi til verðlagningar fyrir lúkningu símtala til keppinauta fyrirtækisins. Þegar sú verðlagning er heimfærð á Símann sjálfan kemur berlega í ljós að innankerfissímtöl hjá Símanum hafa ekki staðið undir kostnaði. Með umtalsvert hærri verðlagningu Símans fyrir lúkningu símtala til keppinauta fyrir að ljúka símtölum í GSM farsímaneti fyrirtækisins samanborið við innankerfissímtöl sem hafa bæði upphaf og lúkningu hjá Símanum hefur Síminn hindrað keppinauta fyrirtækisins í að ná eðlilegum hagnaði af starfsemi sinni og með því raskað samkeppni á farsímamarkaði, sbr. nánari umfjöllun hér á eftir.

Verðþrýstingur Símans á smásölumarkaði sýnir sig í því að ef sama heildsöluverðlagning fyrir lúkningu símtala milli farsímaneta hefði átt sér stað gagnvart smásölu Símans fyrir innankerfissímtöl Símans þá hefðu tekjur af innankerfissímtölum fyrirtækisins ekki staðið undir kostnaði. Verður nú fjallað um möguleg áhrif þessarar hegðunar Símans á samkeppni.

3.5 Samkeppnisleg áhrif

Símanum bar, sem markaðsráðandi fyrirtæki á því tímabili sem mál þetta nær til, að gæta þess að verðlagning fyrirtækisins færi ekki gegn 11. gr. samkeppnislaga. Samkvæmt upplýsingum sem Síminn veitti Samkeppniseftirlitinu eftir að fyrra andmælskjal eftirlitsins var birt fyrirtækinu er raunverulegur kostnaður Símans vegna þeirrar þjónustu sem hér er til umfjöllunar umtalsvert minni en fyrirtækið hafði áður fullyrt. Þá sýnir kostnaðargreiningin sem Síminn lét framkvæma að verð fyrir upphaf og lúkningu símtala sem reiknað er tilbaka út frá smásöluverði fyrir innankerfissímtöl til GSM þjónustu Símans er í samræmi við kostnað. Það hefur falið í sér að smásöluverð á innankerfissímtölum í GSM farsímaneti fyrirtækisins hefur ekki verið undir raunverulegum kostnaði samkvæmt umræddri kostnaðargreiningu Analysys Mason.

Annað gildir um verðlagningu Símans fyrir upphaf og lúkningu símtala milli farsímaneta sem hefur verið umtalsvert yfir kostnaði fyrirtækisins. Það misræmi hefur veitt smásölu Símans verulegan samkeppnislegan ávinning og forskot með því að hún hefur getað boðið lægra smásöluverð fyrir innankerfissímtöl hjá Símanum en fyrir símtöl milli kerfa. Kvaðir PFS um jafnræði í verðlagningu fyrir lúkningu milli deilda Símans og til keppinauta fyrirtækisins voru lagðar á í þeim tilgangi að draga úr þeim mikla mun sem var á smásöluverði símtala innankerfis annars vegar og milli farsímakerfa hins vegar. Þrátt fyrir lækkingu lúkningarverðs Vodafone í tengslum við álagðar kvaðir PFS á markaði 16 þá hefur það ekki skilað sér með beinum hætti í lægra smásöluverði Símans fyrir símtöl sem enda í farsímaneti Vodafone. Markmið kvaða PFS um lækkingu hámarksverðs og jafnræði lúkningargjalds innan og milli farsímakerfa var að draga úr þeim mikla mun sem var á



smásöluverði GSM símtala eftir því hvort símtalið var innankerfis eða milli farsímakerfa. Það hefði átt að gerast með lægra kostnaðarverði fyrir upphaf og lúkningu símtala milli farsímakerfa hjá Símanum eins og kostnaðarútreikningur Analysys Mason gefur tilefni til.

Kostnaðarútreikningar Símans sýna að upphaf og lúkning símtala í eða úr farsímanetum keppinauta fyrirtækisins hafa verið verðlögð umtalsvert yfir kostnaði. Það sama á ekki við um símtöl sem eru að öllu leyti innan farsímanets Símans. Þá má auk þess sjá að farsímaþjónusta Símans hefur verið að skila verulega góðri afkomu eins og fram kemur í bréfi fyrirtækisins til Samkeppniseftirlitsins, dags. 28. apríl 2008. Í framangreindu bréfi Símans kemur fram að EBITDA framlegð af GSM þjónustu fyrirtækisins hafi í heild sinni verið [] á árinu 2005, [] á árinu 2006 og um [] á árinu 2007. Af þessum tölum má sjá verulega mikla framlegð af GSM þjónustu hjá Símanum á árinu 2007 sem hefur auk þess verið að aukast hjá fyrirtækinu frá árunum á undan. Vísbendingar eru því um að sú háttsemi Símans sem mál þetta tekur til hafi annars vegar dregið úr möguleikum keppinauta Símans til þess að keppa og hins vegar skilað Símanum miklum ábata. Skal nú nánar vikið að þessu.

Eins og leiðir af framangreindum dómum dómstóls ESB í Deutsche Telekom og TeliaSonera málunum verður ólögsmætur verðþrýstingur að vera til þess fallinn að raska samkeppni, t.d. með því að hann hafi getað unnið gegn því að keppinautur markaðsráðandi fyrirtækis efdi stöðu sína á markaðnum og þar með varið hina markaðsráðandi stöðu. Eins og fyrr sagði er þó ekki skylt að sýna fram á raunveruleg áhrif.

Í þessum dómum er á það bent að talsverða þýðingu geti haft í þessu sambandi að meta hvort viðkomandi heildsöluaðfang hafi verið ómissandi eða mjög mikilvægt fyrir keppinauta hins ráðandi fyrirtækis og einnig hver hafi verið munurinn milli heildsölu- og smásöluverðs. Verða þessi atriði og önnur sem máli skipta tekin til athugunar.

3.5.1 Aðgangur að farsímaneti Símans er nauðsynlegur fyrir keppinauta

Í Deutsche Telekom málinu benti dómstóllinn á að aðgangur að heimtaugum hins markaðsráðandi fjarskiptafyrirtækis væri nauðsynlegur fyrir keppinauta þess því ella gætu þeir ekki veitt virka samkeppni á smásölumarkaðnum. Í slíkum tilvikum takmarkaði verðþrýstingur í eðli sínu (e. „*in principle*“) eflingu samkeppni.¹³⁵ Í TeliaSonera málinu sagði dómstóllinn að það væri ekki skilyrði fyrir ólögsmætum verðþrýstingi að heildsöluaðfangið væri ómissandi fyrir keppinauta markaðsráðandi fyrirtækisins.¹³⁶ Ef hins vegar aðfangið væri ómissandi fyrir keppinautana væri líkleggra að verðþrýstingur raskað samkeppni.¹³⁷ Í þessum málum kemur einnig fram að ekki sé skilyrði fyrir ólögsmætum

¹³⁵ Dómur í máli nr. C-280/08 P frá 14. október 2010, mgr. 255: „*In the present case, since, as has already been noted in paragraph 231 of the present judgment, the wholesale local loop access services provided by the appellant are indispensable to its competitors' effective penetration of the retail markets for the provision of services to end-users, the General Court was entitled to hold in paragraph 237 of the judgment under appeal, as paragraphs 233 to 236 of the present judgment have already shown, that a margin squeeze resulting from the spread between wholesale prices for local loop access services and retail prices for end-user access services, in principle, hinders the growth of competition in the retail markets in services to end-users, since a competitor who is as efficient as the appellant cannot carry on his business in the retail market for end-user access services without incurring losses.*”

¹³⁶ Dómur frá 17 febrúar 2011 í máli nr. C-52/09. Sjá mgr. 59 og 72.

¹³⁷ Mgr. 69-71: „*In particular, the first matter to be analysed must be the functional relationship of the wholesale products to the retail products. Accordingly, when assessing the effects of the margin squeeze, the question whether the wholesale product is indispensable may be relevant.*

Where access to the supply of the wholesale product is indispensable for the sale of the retail product, competitors who are at least as efficient as the undertaking which dominates the wholesale market and who are unable to



verðþrýstingi að viðkomandi fyrirtæki sé einnig markaðsráðandi á viðkomandi smásölumarkaði, ráðandi staða á heildsölustigi dugi. Hins vegar er ljóst að ef viðkomandi fyrirtæki er einnig markaðsráðandi á smásölustigi hefur það talsverða þýðingu fyrir hið samkeppnislega mat.

Eins og áður hefur komið fram er Síminn arftaki fyrrum einkaréttarhafa á Íslandi í fjarskiptum og hefur rekið sitt eigið farsímakerfi (NMT) allt frá árinu 1986 til september 2010 þegar því var lokað og síðan samhliða GSM farsímakerfi frá árinu 1994 til þessa dags. Síminn hafði einkarétt á rekstri umræddra kerfa fyrstu árin og öðlaðist við það sterka stöðu og mikið forskot á markaðnum. GSM farsímakerfi Símans nær til landsins alls og hefur rótgróna fótfestu hvað varðar reynslu og þjónustuframboð.

Eins og rökstutt er í kafla III hér að framan hefur Síminn verið í markaðsráðandi stöðu á smásölumarkaði fyrir bæði farsíma- og talsímaþjónustu á rannsóknartímabili þessa máls. Í þessari stöðu selur Síminn keppinautum sínum á farsímamarkaði lúkningu símtala í GSM farsímanet fyrirtækisins í heildsölu. Án þess að fá þessa lúkningu símtala hjá Símanum geta keppinautar Símans ekki boðið viðskiptavinum sínum upp á símtöl við viðskiptavinum Símans. Verður því að telja að aðgangur að þessu heildsöluaðfangi (lúkningu símtala í GSM farsímaneti Símans) sé nauðsynlegur fyrir keppinautana til að geta starfað á smásölumarkaði þar sem Síminn er með langflesta GSM notendur í viðskiptum hér á landi. Að mati Samkeppniseftirlitsins gefur það auga leið að engar forsendur eru fyrir því að reka farsímakerfi sem ekki gefur möguleika á símtölum úr kerfinu í farsímakerfi þar sem lang flestir notendur eru í viðskiptum eins og hjá Símanum. Hafa ber einnig í huga að skv. fjarskiptarétti er farsímakerfisrekendum eins og Símanum gert skylt að bjóða öðrum rekstraraðilum farsímakerfa samtengingu (lúkningu símtala) við sitt kerfi.

Af þessu leiðir að umrætt heildsöluaðfang var nauðsynlegt fyrir keppinauta Símans. Hefur það þau áhrif að sá verðþrýstingur sem gerð er grein fyrir hér að framan var til þess fallinn að raska samkeppni með alvarlegum hætti.

3.5.2 Umfang verðþrýstings Símans

Í TeliaSonera málinu benti dómstóll ESB á að munur á milli heildsölu- og smásöluverðs geti skipt máli. Ef heildsöluverðið er hærra heldur en smásöluverðið er líklegra að verðþrýstingurinn sé til þess fallinn að raska samkeppni. Sú staða þýðir að keppinautur, sem er jafnvel rekinn og hið markaðsráðandi fyrirtæki, myndi augljóslega tapa á smásölu sinni ef hann þyrfti að greiða svo hátt heildsöluverð.¹³⁸ Ef verðmunurinn er ekki neikvæður að þessu leyti verður að meta hvort hann hafi eftir sem áður gert keppinautum erfitt fyrir að starfa á viðkomandi markaði. Verður í því sambandi t.d. að horfa til þess hvort

*operate on the retail market other than at a loss or, in any event, with reduced profitability suffer a competitive disadvantage on that market which is such as to prevent or restrict their access to it or the growth of their activities on it (see, to that effect, Deutsche Telekom v Commission, paragraph 234).
In such circumstances, the at least potentially anti-competitive effect of a margin squeeze is probable."*

¹³⁸ Sjá mgr. 73: *"... it is necessary to determine the level of margin squeeze of competitors at least as efficient as the dominant undertaking. If the margin is negative, in other words if, in the present case, the wholesale price for the ADSL input services is higher than the retail price for services to end users, an effect which is at least potentially exclusionary is probable, taking into account the fact that, in such a situation, the competitors of the dominant undertaking, even if they are as efficient, or even more efficient, compared with it, would be compelled to sell at a loss."*



verðþrýstingurinn hafi verið til þess fallinn að draga úr arðsemi keppinautanna og minnka þar með þrótt þeirra og það samkeppnislega aðhald sem þeir gátu veitt á markaðnum.¹³⁹

Eins og fram kemur hér að framan lækkaði Síminn smásöluverð símtala innankerfis úr 15 kr/mín í 11 kr/mín með vsk þann 1. maí 2001 á meðan að lúkningarverð fyrirtækisins á heildsölustigi var óbreytt, eða 14,94 kr. með vsk. Það skapaði ójafnvægi í verðlagningu á nauðsynlegu aðfangi sem lúkning GSM símtala var í farsímanet Símans og smásöluverði félagsins. Framangreind umfjöllun sýnir einnig að á tímabilinu 1. maí 2001 til 1. september 2006 var umrætt lúkningaverð hærra en heldur en smásöluverðið á innakerfissímtölum Símans. Ef GSM smásala Símans hefði þurft að greiða þetta lúkningarverð hefði hvert símtal verið selt með tapi. Að sama skapi hefðu keppinautar Símans í smásölu, sem hefðu verið með jafn hagkvæman rekstur, orðið fyrir tapi. Á þessu tímabili var því verðmunurinn neikvæður í skilningi TeliaSonera málsins og því var þessi háttsemi Símans til þess fallin að raska samkeppni.

Framangreind verðlagning Símans varð til þess að keppinautar félagsins á GSM farsímamarkaði voru beittir verðþrýstingi. Til að bregðast við því þurftu keppinautar Símans að hækka lúkningarverð sitt til þess að geta veitt Símanum verðsamkeppni á smásölumarkaði í ljósi verðlagningar Símans á bæði heildsölu- og smásölumarkaði. Í þessu samhengi skiptir máli að keppinautar Símans, Tal og Íslandssími, runnu saman á árinu 2002 vegna viðvarandi tapreksturs. Þá fengu Hallo! Frjáls fjarskipti hf. og Lína.net farsímaleyfi árið 2000 en féllu frá áfomum sínum um að bjóða upp á þá þjónustu.¹⁴⁰ Framangreint ójafnvægi í verðlagningu Símans á heildsölu- og smásöluverði varði a.m.k. allt fram til 1. september 2006 og var því augljóslega til þess fallið að raska eðlilegri verðlagningu á farsímamarkaði og raskaði samkeppni.

Á síðari hluta þessa rannsóknartímabils (frá 1. september 2006 til ársloka 2007) hélt framangreindur verðþrýstingur Símans áfram enda þótt lúkningarverð félagsins hafi ekki eitt og sér verið hærra en smásöluverð félagsins eins og sýnt hefur verið fram á hér á undan. Þar er rökstutt að hefði smásala Símans þurft að bera sambærilegt lúkningarverð í heildsölu fyrir innankerfissímtöl og keppinautarnir þurftu að bera vegna heildsöluverðlagningar Símans gagnvart þeim hefði heildartap fyrirtækisins af innankerfissímtölum í smásölu verið meira en hagnaður þess af símtölum í önnur farsímanet. Þetta þýðir að miðað við verðlagningu Símans fyrir upphaf og lúkningu GSM símtala milli farsímaneta (upphaf símtala úr farsímaneti Símans í önnur farsímanet og lúkning símtala í farsímaneti Símans úr öðrum farsímanetum) hefði fyrirtæki sem er a.m.k. jafn hagkvæmt og Síminn í rekstri ekki náð að skila hagnaði af innankerfissímtölum ef gengið væri út frá sömu verðlagningu hjá því fyrirtæki á upphafi og lúkningu símtala og verðlagningu Símans til keppinauta vegna símtala milli farsímaneta. Slík verðlagning dregur án efa úr möguleikum keppinauta til þess að veita virka samkeppni og var verðþrýstingur Símans á seinna tímabilinu því einnig til þess fallinn að raska samkeppni.

¹³⁹ Sjá mgr. 74: „If, on the other hand, such a margin remains positive, it must then be demonstrated that the application of that pricing practice was, by reason, for example, of reduced profitability, likely to have the consequence that it would be at least more difficult for the operators concerned to trade on the market concerned.”

¹⁴⁰ Sjá mynd 7 og umfjöllun um hana í markaðsgreiningu PFS: <http://pfs.is/upload/files/Vi%c3%b0auki%20A%20loka-%20greining%20%c3%a1%20M%2015.til%20birtingar.pdf>



Varðandi möguleg skaðleg áhrif verðþrýstings markaðsráðandi fyrirtækis skiptir einnig máli að horfa til þess hvort heildsöluaðfangið vegi hlutfallslega hátt í kostnaði keppinauta á smásölustigi. Ef þýðing aðfangsins að þessu leyti er óveruleg er síður líklegt að um brot sé að ræða. Sú staða er hins vegar ekki uppi í þessu máli þar sem kostnaður keppinauta Símans við að ljúka símtali í GSM farsímaneti fyrirtækisins er allt að því jafn hár og smásöluverð Símans fyrir símtöl innankerfis. Þetta verður einnig að skoða í ljósi þess að Síminn er með langflesta notendur í viðskiptum og eru keppinautar hans þar af leiðandi háðir því að geta lokið símtölum viðskiptavina sinna í GSM farsímaneti Símans á samkeppnishæfu verði. Þá má t.d. benda á að mínútuverð símtala hjá Nova í GSM farsímakerfi Símans var 15 kr. með vsk. (12,05 kr. án vsk) í árslok 2007 á sama tíma og lúkningargjald Símans var meiri en helmingur þeirrar fjárhæðar eða, 7,85 kr. án vsk. Það sýnir augljóslega að lúkningargjald Símans vóg hátt í kostnaði Nova á smásölustigi.

Ljóst er samkvæmt framansögðu að umfang verðþrýstings Símans var verulegt í þessu máli og af þeim sökum var verðþrýstingurinn einnig til þess fallinn að raska verulega samkeppni.

3.5.3 Aðstæður á markaðnum

Framangreind atriði sýna að aðgerðir Símans í málinu voru til þess fallnar að raska samkeppni. Þættir sem tengjast aðstæðum og eðli farsímamarkaða styðja þá niðurstöðu. Ber í því samhengi almennt að hafa í huga að yfirburðir Símans á fjarskiptamarkaði gera það sérstaklega brýnt að Síminn grípi ekki til neinna óeðlilegra aðgerða gegn keppinautum, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 10/2011 *Síminn hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

Þegar símtöl í önnur fjarskiptanet eru verðlögð hátt hjá markaðsráðandi aðila, með háu upphafsgjaldi miðað við raunverulegan kostnað hafa notendur þá tilhneigingu að draga úr lengd og fjölda þeirra símtala. Það skerðir tekjur og rekstrargrundvöll smærri fjarskiptafyrirtækja vegna minni lúkningartekna.¹⁴¹ Upphafsgjöld Símans vegna símtala sem enda í farsímanetum keppinauta fyrirtækisins hafa verið hátt verðlögð miðað við kostnað. Gera má ráð fyrir því að sú verðlagning hafi stuðlað að eða haft þann tilgang að draga úr fjölda og lengd símtala sem enda í netum keppinauta Símans og þar með a.m.k. dregið úr samkeppni frá öðrum farsímanetum. Eins hefur verðlagning fyrir lúkningu símtala úr öðrum farsímanetum langt yfir raunverulegum kostnaði haft þann tilgang eða af henni hefur leitt að tekju- og rekstrargrundvöllur smærri fjarskiptafyrirtækja hefur verið skertur. Það hefur leitt til verðþrýstings gagnvart keppinautum Símans sem hafa neyðst til þess að verðleggja innankerfissímtöl sín þeim mun lægra í þeim tilgangi að laða til sín viðskiptavinum og eiga möguleika á því að starfa á viðkomandi markaði.

Ljóst er að samkeppnisaðstæður á farsímamarkaði hafa reynst nýjum keppinautum erfiðar eins og fyrr segir. Eftir að samkeppni var gefin frjáls á farsímamarkaði hafa nokkur félög reynt fyrir sér í samkeppni við Símann á þessum markaði. Hófst hún með tilkomu Tals hf. árið 1998 og síðar Íslandssíma hf. en það fyrirtæki hóf starfsemi á árinu 2001. Bæði þessi félög áttu erfitt uppdráttar í samkeppni við Símann sem endaði með samruna þeirra árið 2002, eftir að þau höfðu verið rekin með tapi frá upphafi, sbr. einnig umfjöllun hér að

¹⁴¹ Sjá Hoernig, *On-Net and Off-Net Pricing on Asymmetric Telecommunications Network*, Information Economics and Policy, 19(2), 2007.



framan. Samruni þessara tveggja félaga og fleiri aðila leiddi til stofnunar Og fjarskipta (nú Eignarhaldsfélagið Fjarskipti ehf.), sem í dag rekur fjarskiptaþjónustu hér á landi undir vörumerkinu Vodafone.

Ljóst er að fyrirtæki sem hafa haft 100% markaðshlutdeild sökum ríkiseinokunar hljóta ávallt að tapa nokkuri hlutdeild þegar einkaleyfi eru felld niður. Í þessu máli liggur fyrir að Síminn hefur viðhaldið markaðsráðandi stöðu sinni á öllu rannsóknartímabilinu. Eins og fyrr sagði leiddi taprekstur Tals og Íslandssíma til sameiningar fyrirtækjanna á árinu 2002. Eftir sameininguna var hið sameinaða fyrirtæki með um 35% hlutdeild á farsímamarkaði og Síminn með um 65%, sbr. ákvörðun samkeppnisráðs nr. 40/2003 *Kvörtun Og fjarskipta hf. vegna hópáskriftar Landssíma Íslands*. Eins og umfjöllun í kafla III í ákvörðun þessari sýnir hélt Síminn í aðalatriðum þessari sterku stöðu á tímabili þessa máls.

Á árinu 2007 hóf Nova uppbyggingu og rekstur eigin þriðju kynslóðar (3G) farsímakerfis og hefur gert samning við Vodafone um gagnkvæman aðgang hvors félags að farsímakerfi hins. Fyrir innkomu Nova á farsímamarkaðinn hér á landi var Síminn stærsti rekstraraðilinn með 55%-60% hlutdeild á GSM farsímamarkaði en Vodafone/Sko með 40-45% hlutdeild, þannig að hlutdeild annarra var nánast engin. Það voru því sem fyrr miklir hagsmunir fyrir Símann að halda í sína viðskiptavinum, því markaðurinn var þá og er enn því sem næst mettaður. Til að reyna að tryggja áframhaldandi viðskipti þeirra sem þegar eru í viðskiptum við stærsta aðilann á markaðnum er ein leiðin sú að haga verðlagningu fyrir símtöl innan kerfis viðkomandi aðila og samtengingu við önnur kerfi með þeim hætti að hún dragi úr hættu á að viðskiptavinirnir leiti til nýrra rekstraraðila. Til þess að tryggja það er nærtækast að hafa verð á símtölum innan kerfis lágt í samanburði við símtöl milli kerfa. Í tilfalli Nova sem nýs félags á farsímamarkaði hér á landi virðist fyrirtækið hafa metið það svo að nauðsynlegt hafi verið að bjóða ókeypis símtöl innan eigin farsímanets í þeim tilgangi að laða viðskiptavinum að félaginu með ærnum tilkostnaði m.a. vegna lágrar verðlagningar innan kerfis hjá Símanum og hárra lúkningargjalda. Á það ber einnig að líta að framangreindu ósamræmi í verðlagningu innankerfissímtala og lúkningargjalda hjá Símanum var ekki beitt sem tímabundinni aðgerð eða viðbrögðum við samkeppni heldur hefur verið um að ræða viðvarandi samkeppnishamlandi verðstefnu. Líta má til þess að fyrsta heila rekstrarár Nova, árið 2008, var fyrirtækið rekið með tapi þrátt fyrir að félagið hafi verið fjármagnað að mestu með eigin fé en ekki lántökum.¹⁴²

Er það mat Samkeppniseftirlitsins að verðþrýstingur Símans í máli þessu hafi verið til þess fallinn að takmarka framsókn keppinauta Símans og þar með eflingu samkeppni. Var háttsemin því til þess fallin að viðhalda með óeðlilegum hætti markaðsráðandi stöðu Símans. Þá hefur þýðingu að verðlagning Símans fyrir lúkningu símtala í GSM farsímanet fyrirtækisins hefur verið varanleg og stuðlað að umtalsvert hærra smásöluverði símtala milli farsímaneta í samanburði við símtöl innankerfis hjá Símanum og hefur þannig skaðað hag neytenda til langs tíma.

¹⁴² Nova hefur tapað 2,2 milljörðum króna á fyrstu þremur starfsárum félagsins (árin 2008, 2009 og 2010), sjá: <http://www.vb.is/frettir/64252/>



3.5.3 Engin málefnaleg sjónarmið réttlæta verðlagningu Símans

Við mat á verðþrýstingi markaðsráðandi fyrirtækis verður að horfa til þess hvort hlutlæg og málefnaleg sjónarmið geti réttlætt slíka háttsemi. Sönnunarbyrðin um slíkt hvílir á hinu markaðsráðandi fyrirtæki.¹⁴³

Í kafla 3.7 hér á eftir verður fjallað um sjónarmið Símans og telur Samkeppniseftirlitið að ekkert hafi komið fram af hálfu fyrirtækisins sem réttlætt geti umrædda hegðun þess, sbr. nánari rökstuðning hér á eftir.

3.6 Brot Símans

Hér að framan hefur verið sýnt fram á með rökstuddum hætti að á árunum 2001-2007 hafi Síminn beitt keppinauta á farsímamarkaði verðþrýstingi. Með sama hætti hefur verið rökstutt að þessi háttsemi Símans hafi verið til þess fallin að raska samkeppni með alvarlegum hætti.

Síminn hefur í máli þessu sett fram sjónarmið til stuðnings því að ekki sé um brot að ræða. Í næsta kafla er fjallað um þau sjónarmið Símans og komist að þeirri niðurstöðu að þau geti ekki haggað framangreindu mati á háttsemi fyrirtækisins.

Í ljósi alls framangreinds er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að Síminn hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með verðþrýstingi á rannsóknartímabili þessa máls.

Samkeppniseftirlitið telur hins vegar að kvörtun Nova um að Síminn verðleggi ekki sömu krónutölu fyrir GSM símtöl í farsímanet Nova annars vegar og Vodafone hins vegar sé ekki þess eðlis að hægt sé að úrskurða um að það eitt sé brot gegn 11. gr. samkeppnislaga þar sem undirliggjandi kostnaður hjá Símanum er augljóslega ekki sá sami. Sama á við um símtöl sem eiga sér upphaf í talsímaneti Símans og hafa lúkningu í farsímanet Nova annars vegar og Vodafone hins vegar.

3.7. Um sjónarmið Símans

Í umsögn Símans til Samkeppniseftirlitsins, dags. 19. mars 2010, er því mótmælt að félagið hafi með háttsemi sinni viðhaft verðþrýsting og brotið þar með gegn 11. gr. samkeppnislaga. Félagið telur að verðlagning þess hafi verið innan þeirra heimilda sem félagið hafi til að verðleggja þjónustu sína. Með umsögn Símans fylgdi álitserð frá ráðgjafafyrirtækinu Copenhagen Economics¹⁴⁴ og segir Síminn að meginniðurstaða hennar sé sú að aðferðafræði Samkeppniseftirlitsins sé ekki í samræmi við aðferðafræði evrópska eftirlitsstofnanna, ríkjandi sjónarmið í evrópskum samkeppnisrétti eða hagfræðileg rök. Þá telji Síminn að mat Samkeppniseftirlitsins gangi ekki upp sé litið til þróunar á íslenskum farsímamarkaði síðastliðinn áratug.

Síminn segir að í eðli sínu felist verðþrýstingur í því að lóðrétt samþætt fyrirtæki notfæri sér yfirráð yfir vöru eða þjónustu sem samkeppnisaðilar á neðra sölustigi þurfi í starfsemi sinni á þann hátt að komið sé í veg fyrir að samkeppnisaðilar á neðra sölustigi geti rekið

¹⁴³ Sjá t.d. dóm undirréttar ESB í máli nr. T-201/04 Microsoft v Commission [2007] ECR II-3601, mgr. 688.

¹⁴⁴ Síminn tekur fram að um sé að ræða óháð álit Copenhagen Economics sem ekki þarf að endurspegla skoðanir Símans. Síminn tekur fram að félagið geti ekki að öllu leyti tekið undir einstaka liði í álitserð Copenhagen Economics án þess þó að taka fram hvaða liðir það eru.



starfsemi sína með hagnaði. Segir fyrirtækið að nokkur skilyrði þurfi að vera til staðar til að um verðþrýsting sé að ræða og nefnir eftirfarandi:

„Í fyrsta lagi þarf hið ætlaða brotlega fyrirtæki að vera lóðrétt samhæft, það er, starfa jafnt á efra sem neðra sölustigi. Í öðru lagi þarf varan/þjónustan sem seld er samkeppnisaðilum á neðra sölustigi að vera nauðsynleg (e. essential) fyrir samkeppni. Með öðrum orðum, væri hún ekki seld þeim af hinu markaðsráðandi fyrirtæki, væri engin samkeppni til staðar á neðra sölustigi. Í þriðja lagi þurfa vörurnar að vera sambærilegar, það er, varan sem seld er á efra sölustigi þarf að vera sú sama og seld er á neðra sölustigi. Þá þarf staðan að vera þannig að samkeppnisaðilar geti ekki boðið upp á sams konar „pakka“ og hið markaðsráðandi fyrirtæki. Í fjórða lagi þarf varan sem seld er á efra sölustigi að samsvara háu stöðugu hlutfalli af kostnaði samkeppnisaðili (svo) á neðra sölustigi. Í fimmta lagi er það mikilvægasta af öllu að meta hvaða próf, og þá sérstaklega hvaða lagalegu aðferð eigi að nota við mat á því hvort um verðþrýsting sé að ræða. Einkum hvort miða eigi við hvort starfsemi hins markaðsráðandi fyrirtækis á neðra sölustigi væri arðbær að teknu tilliti til þeirra gjalda sem samkeppnisaðilar greiða á efra sölustigi, eða hvort meta eigi hvort jafn skilvirkur keppinautur gæti skilað hagnaði miðað við þau verð sem hann greiðir hinu markaðsráðandi fyrirtæki á efra sölustigi. Þá er afar mikilvægt að meta hvort rétt sé að líta aðeins á einn þjónustulið, eða þjónustu á neðra sölustigi í heild (e. joint test). Hefur framkvæmdastjórn EB talið síðarnefndu aðferðina réttari nema sérstakar aðstæður eigi við. Í sjötta lagi verður að meta hvort hlutlægar réttlætningarástæður eigi við, svo sem að verið sé að mæta verðlagningu samkeppnisaðila. Í sjöunda og síðasta lagi verður að meta hvort verðlagningin hafi skaðleg áhrif á samkeppni.“

Síminn telur að Samkeppniseftirlitið hafi ekki lagt fullnægjandi mat á framangreind skilyrði og aðstæður á markaði. Þetta leiði að mati Símans til þess að mat Samkeppniseftirlitsins sé efnislega rangt. Hér á eftir er fjallað nánar um þessi sjónarmið Símans.

3.7.1 Um heildsölu- og smásöluverðlagningu Símans

Að mati Símans má skipta tegundum símtala í farsímaneti í þrennt, þ.e. innankerfissímtöl, uppruna og lúkningu. Síminn leggur áherslu á að hver tegund símtala sé í raun sérstök vara, byggð upp með ólíkum hætti sem einnig nýti ákveðna sameiginlega kostnaðarliði. Tekið er fram að ekki þurfi sömu tækni og búnað til að tengja símtöl milli kerfa og vegna innankerfissímtala og því sé minni kostnaður við hin síðarnefndu. Símtöl milli kerfa þurfi auk þess að bera kostnað vegna millikerfauppgjors, greiðsluáhættu, innheimtu og reikningagerðar sem sýni ótvírætt að ekki sé um sambærilega þjónustu að ræða að mati Símans.

Síminn tekur fram að verðlagning símtala sem fari úr kerfi fyrirtækisins í önnur kerfi sé háð verðlagningu keppinautanna. Mismunandi verðlagning á innankerfissímtölum og símtölum milli kerfa feli því ekki í sér mismunun að mati Símans.

Frá kostnaðarsjónarmiði telur Síminn það koma t.d. til greina að verðleggja innankerfissímtöl alfarið með föstu áskriftargjaldi fremur en mínútagjaldi vegna þess að breytilegur kostnaður við hvert símtal sé hverfandi. Því telur Síminn óhjákvæmilegt að



horfa til tekna af áskrift eða þjónustu í heild þegar metið er hvort verðlagning sé undir eða yfir kostnaði en ekki tekjur og gjöld fyrir einstakar mínútur.

Síminn hafnar því sem fram kemur í andmælaskjalinu að 8,92 kr. eða 7,85 kr. sé kostnaðarverð fyrir lúkningu símtals í farsímaneti Símans. Um hafi verið að ræða niðurstöðu úr kostnaðargreiningu fyrir lúkningu símtala í farsímakerfi Símans sem gerð hafi verið á árinu 2003 og hafi niðurstaða hennar verið sú að verð fyrir lúkningu skyldi vera 8,92 kr. Síminn bendir á að greiningin hafi verið byggð á kostnaði fyrirtækisins á árinu 2002 auk þess sem inni í þeirri greiningu hafi verið kostnaður sem fallið hafi til vegna NMT farsímanetsins. Síminn heldur því fram að 8,92 kr. sé ekki kostnaðarreiknað verð þó félagið hafi talið sanngjarnt að leggja það til grundvallar. Eins telur Síminn að 7,85 kr., sem nú gildi fyrir lúkningu, sé verð sem ekki byggji á kostnaðarútreikningum heldur samanburðaraðferð í kjölfar ákvörðunar PFS á markaði 16, *markaði fyrir lúkningu símtala í einstökum farsímanetum*. Þá byggji heildsöluverð sem leiði af markaðsgreiningu PFS á markaði 15, *markaði fyrir aðgang og upphaf símtala í almennu farsímanetum*, ekki á kostnaðarútreikningum.

Síminn bendir á að lúkning eins og hún sé skilgreind á markaði 16 sé þjónusta sem felist í því að ljúka tengingu símtals sem hefjist í símkerfi annars félags. „*Þetta þjónustuhugtak á ekki við um símtal sem á sér upphaf og endi innan sama kerfis*“ segir í umsögn Símans. Þess í stað telur Síminn að skipta megi símtölum í eftirfarandi flokka og að greina megi kostnað fyrir hvern þeirra:

- Innannetssímtöl (e. *on-net*).
- Upphaf (e. *origination/off-net*) í önnur fasta- og farsímanet.
- Lúkningu (e. *termination/off-net*) frá öðrum fasta- og farsímanetum.

Síminn tekur fram að fyrirtækið hafi lagt þann skilning í markaðsgreiningar PFS að lúkningargjöld, þ.e. 7,85 kr. skuli innheimt þegar símtöl fari á milli kerfa, en þegar um innankerfissímtöl sé að ræða þá gildi svokölluð „*retail-minus*“ aðferðafræði. Skilningur Símans byggist m.a. á skilgreiningu PFS á markaði 16 sem sé eftirfarandi: „*Lúkning símtala fer fram með þeim hætti að hvert farsímanet er tengt við önnur símanet um svokallaða samtengingu (e. inter-connection) þar sem tæknileg samtengiskil (e. interface) eru með ákveðnum skilgreindum hætti.*“¹⁴⁵

Samkvæmt þessari skilgreiningu segir Síminn að fyrirtækið hafi ekki skilið það svo að innheimta eigi umrætt lúkningargjald fyrir símtöl sem eigi sér upphaf og endi í sama farsímakerfi. Síminn vísar í ákvörðun PFS á markaði 16 þar sem lögð er á fyrirtækið kvöð um jafnræði sem felist í því að veita kaupendum á lúkningu símtala í heildsölu, þ.m.t. eigin deildum, þjónustu með sambærilegum skilmálum, verði og gæðum. Síminn tekur fram að GSM þjónusta Símans innheimti samkvæmt þessari kvöð frá talsímaþjónustu sinni og NMT þjónustunni lúkningargjöld vegna samtengingar við GSM netið í samræmi við úrskurð PFS. Síðan segir Síminn að þar sem ekki sé um að ræða samtengingu neta fyrir símtöl sem eigi upphaf og endi í GSM kerfinu, þá hafi umrædd lúkningargjöld ekki verið innheimt innan GSM þjónustunnar. Þess í stað hafi ákvæðum PFS á markaði 15, *markaður fyrir aðgang og upphaf símtala í almennu farsímanetum*, verið framfylgt fyrir þær tegundir símtala.

¹⁴⁵ Grein nr. 23 í greiningu á markaði 16, bls. 11.



Fram að ákvörðunum PFS á mörkuðum 15 og 16 segir Síminn að ekki hafi legið kvöð á fyrirtækinu um að aðgreina GSM þjónustuna á milli heildsölu og smásölu. Kvaðir á Símanum fram að umræddum greiningum hafi falið í sér bókhaldslegan aðskilnað á rekstri GSM þjónustunnar. Þess vegna hafi Síminn ekki farið í ítarlega greiningu á kostnaði ólíkra símtalategunda í GSM kerfi sínu, heldur hafi verðstefna GSM þjónustunnar miðað að því að tekjumyndun og framlegð einstakra símtalategunda væri sambærileg.

Síminn gerir að umtalsefni afkomu í GSM þjónustu fyrirtækisins. Samkvæmt upplýsingum Símans var EBITDA¹⁴⁶ framlegð af GSM þjónustu Símans í heild sinni [] á árinu 2000 en um [] árið 2007. Að meðaltali hafi EBITDA framlegð Símans á þessu tímabili verið verið []. Ef miðað sé við afkomu umferðar innan GSM kerfisins miðað við forsendu Símans um skiptingu kostnaðar á milli símtalstegunda hafi EBITDA framlegð Símans [] á árinu 2005, [] á árinu 2006 og [] 2007. Að sama skapi hafi EBITDA framlegð Símans af símtölum úr GSM kerfi Símans í GSM kerfi Vodafone verið [] árið 2007, [] 2006 og [] 2005. Síminn tekur fram að við þessa útreikninga sé auðvelt að greina tekjur en gjöld séu og verði alltaf að miklu leyti sameiginleg á bak við stóran hluta teknanna. Einnig segir Síminn að mjög stór hluti gjaldanna sé fastur og breytilegur einingakostnaður því lítill, fyrir utan uppgjörsgjöldin til annarra kerfa.

Byggt á framangreindu heldur Síminn því fram að fyrirtækið hafi ekki verið að niðurgreiða innankerfissímtöl sín með tekjum af símtölum sem endi í kerfi Vodafone. Síminn vekur athygli á að rannsóknir PFS á mörkuðum 15 og 16 byggist ekki á raunverulegum kostnaðargreiningum heldur að miklu leyti á áætluðum samanburði við önnur lönd. Því telji Síminn ekki tækt í þessu máli að byggja á kostnaðarupplýsingum og gögnum frá PFS enda byggist þau á útreikningum á kostnaði frá árinu 2002 eins og segir í umsögn Símans.

Mat Samkeppniseftirlitsins

Hér ber að áréttast að Síminn hefur verið skilgreindur í markaðsráðandi stöðu í eldri málum á farsímamarkaði sem komið hafa til kasta samkeppnisyfirvalda.¹⁴⁷ Eins hefur Síminn, og forverar hans, verið talinn markaðsráðandi á nær öllum sviðum fjarskipta hér á landi sem önnur fjarskiptafyrirtæki eru háð viðskiptum við til að geta starfað á fjarskiptamarknum. Þess ber að geta að fyrirtækið hafði um áratugaskeið einokunaraðstöðu í fjarskiptarekstri og byggði í skjóli þeirrar stöðu upp traust fjarskiptakerfi án þess að nokkur samkeppni ríkti. Í ljósi framangreinds ber að minna á að mál þetta varðar fyrirkomulag í verðlagningu Símans á farsímamarkaði en ekki verðlagningu keppinauta fyrirtækisins sem Síminn gerir að umtalsefni hér að framan. Út frá framangreindri sérstöðu Símans á fjarskiptamarkaði hefur fyrirtækið einstaka aðstöðu til að móta það fyrirkomulag sem ríkir í verðlagningu fyrir farsímaþjónustu hér á landi. Mál þetta varðar því hvort verðlagning Símans á farsímamarkaði hafi stuðlað að samkeppnishindrunum á viðkomandi markaði. Það felst í því að hafa ekki verðlagt þjónustu sína á hlutlægan og málefnalegan hátt. Hefur það valdið

¹⁴⁶ EBITDA er hagnaður fyrirtækisins þegar á eftir að taka tillit til afskrifta, fjármagnsgjalda og skatta.

¹⁴⁷ Sbr. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 17/2007 *Erindi Og fjarskipta hf. vegna meintrar misnotkunar Landssíma Íslands hf. á markaðsráðandi stöðu á farsímamarkaði*, ákvörðun samkeppnisráðs nr. 21/2005 *Erindi Og fjarskipta hf. vegna misnotkunar Landssíma Íslands hf. á markaðsráðandi stöðu við kynningu og markaðsetningu á tilboði fyrirtækisins undir heitinu „Allt saman hjá Símanum“*, ákvörðun samkeppnisráðs nr. 34/2001 *Kvörtun vegna misnotkunar Landssíma Íslands hf. á markaðsráðandi stöðu við gerð samnings við Hafnarfjarðarbæ um síma- og gangaflutningsþjónustu*, 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 farsímum og farsímaþjónustu til félaga FÍB*.



óeðlilegum mun á smásöluverði innankerfissímtala hjá Símanum annars vegar og hins vegar lúkningargjaldi símtala sem eiga sér upphaf í öðrum farsímanetum og lokið er í farsímaneti Símans.

Samkeppniseftirlitið vill taka fram að skilgreining PFS á mörkuðum sem Síminn vísar til hér að framan ræður ekki verðlagningu fyrirtækisins á markaði. Símanum ber sem markaðsráðandi fyrirtæki á farsímamarkaði að verðleggja þjónustu sína með hlutlægum og málefnalegum hætti. Því til stuðnings má m.a. vísa í 4. og 5. tl. í III. hluta ákvörðunarorða ákvörðunar samkeppnisráðs nr. 17/1999 *Erindi Tals hf. um verðlagningu á GSM-þjónustu Landssíma Íslands hf.* þar sem við það er miðað að keppinautar Símans skuli njóta sömu viðskiptakjara og GSM þjónusta Símans og að rekstur GSM þjónustu Símans skuli ekki að neinu leyti vera niðurgreiddur, sbr. einnig úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 11/1999 og dóm Hæstaréttar í máli nr. 120/2001. Síminn getur því ekki horft framhjá kostnaði við lúkningu símtala sem eiga sér upphaf og endi í farsímakerfi fyrirtækisins þó að sérstakur markaður hafi síðar verið skilgreindur í tengslum við lúkningu símtala milli farsímakerfa. Samræmi þarf að vera í verðlagningu Símans hvort sem símtalið er alfarið innankerfis eða eigi sér upphaf í öðru farsímakerfi enda má gera ráð fyrir að kostnaður við lúkningu símtala í farsímanet Símans sé sambærilegur óháð uppruna símtalanna. Því til stuðnings segir í bréfi PFS til Samkeppniseftirlitsins, dags. 29. febrúar 2008, að innannets símtöl (e. *on-net*) feli í sér upphaf og lúkningu með sambærilegum hætti og upphaf og lúkningu sem eigi sér stað í símtölum til eða frá öðrum farsímakerfum (e. *off-net*). Eins segir í bréfi PFS að kjósi Síminn að bjóða sínum viðskiptavinum innannets símtöl á verði sem grundvallist á því að ekki sé gert ráð fyrir kostnaði vegna lúkningar þá sé það alfarið á ábyrgð Símans.

Hvað varðar kostnaðargreiningu Símans sem leiddi til lúkningargjalda að fjárhæð 8,92 kr. á mínútu skal bent á það að verðlagningin og kostnaðargreiningin sem hún byggir á er frá Símanum komin og á ábyrgð fyrirtækisins. Eftir að andmælaskjal Samkeppniseftirlitsins, dags. 25. mars 2008, var birt lagði Síminn fram nýja og breytta greiningu á kostnaði við GSM símtöl. Með hliðsjón af þeim niðurstöðum sem þar komu fram birti Samkeppniseftirlitið nýtt andmælaskjal í þessu máli þar sem komist var að þeirri frumniðurstöðu að Síminn hafi beitt keppinauta sína verðþrýstingi á farsímamarkaði en ekki undirverðlagningu eins og áður var talið. Þar sem frumniðurstaða Samkeppniseftirlitsins hefur breyst í ljósi nýrra upplýsinga frá Símanum þá eiga framangreind sjónarmið Símans um undirverðlagningu á farsímamarkaði ekki lengur við í þessu máli.

3.7.2 Um gjald vegna upphafs símtala

Síminn segir að í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins sé sýnt fram á að framlegð Símans af innankerfissímtölum hafi verið neikvæð ef hann greiddi sömu gjöld og keppinautar hans greiða á heildsölustigi. Síminn telji að í þeim útreikningum sem þar birtast felist grundvallarvilla. Bent er á að þegar viðskiptavinir keppinauta Símans hringi í kerfi Símans greiði þeir aðeins eitt gjald, lúkningargjald. Þá segir Síminn að jafnvel „þó rétt væri að líta aðeins til þessa afmarkaða þjónustuliðar og um sambærilega þjónustu væri að ræða, fæli mat á ætluðum verðþrýstingi þá í sér hvort smásala Símans gæti verð (svo) arðbær greiddi hún sama gjald og samkeppnisaðilarnir á heildsölustigi, þ.e. lúkningargjald. Ekki ber að líta til annarra gjalda enda þurfa samkeppnisaðilar ekki að greiða önnur gjöld.“



Ekki beri að líta til upphafsgjalds að mati Símans þar sem það sé ekki heildsöluvara sem seld sé samkeppnisaðilum. Síminn tekur fram að ef ekki sé tekið mið af upphafsgjaldi í mati Samkeppniseftirlitsins á verðþrýstingi þá myndi verðlagning fyrirtækisins á innankerfissímtölum skila framlegð, jafnvel þó að það greiddi sama lúkningargjald á heildsölustigi og samkeppnisaðilar.

Mat Samkeppniseftirlitsins

Samkeppniseftirlitið getur ekki fallist á með Símanum að ekki beri að taka mið af upphafsgjaldi símtala við mat á verðþrýstingi Símans í þessu máli. Í skilgreiningu framkvæmdastjórnar ESB segir að ólögætur verðþrýstingur geti verið fyrir hendi ef markaðsráðandi fyrirtæki geti ekki hagnast af eigin þjónustu á smásölumarkaði ef viðkomandi heildsöluverð fyrirtækisins er lagt til grundvallar.¹⁴⁸ Lúkning símtala í GSM farsímanet Símans er aðfang á heildsölustigi til þess að veita GSM símtöl á smásölumarkaði hér á landi. Lúkninguna selur Síminn á heildsölustigi til keppnauta sinna. Með öðrum orðum þá þurfa keppnautar Símans að kaupa lúkningu símtala af Símanum í heildsölu til þess að þeir geti boðið símnótendum upp á almenna farsímaþjónustu á smásölustigi. Eins og rökstutt er hér að framan er þetta heildsöluaðfang nauðsynlegt fyrir keppnauta Símans því ella gætu viðskiptavinir þeirra ekki hringt í viðskiptavini þess fjarskiptafyrirtækis sem er með flesta GSM notendur.

Eins og fram kemur m.a. í dómi dómstóls ESB í framangreindu Deutsche Telecom máli er í samkeppnisrétti notuð sú aðferð við mat á verðþrýstingi að taka mið af jafn hagkvæmu fyrirtæki og því sem var markaðsráðandi („*as-efficient-competitor test*“). Við matið var þannig horft til þess hvort verðlagning markaðsráðandi fyrirtækis hefði geta hrakið keppnaut með jafn hagkvæman rekstur af markaði. Þetta var gert með því að taka eingöngu mið af verði og kostnaði hins markaðsráðandi fyrirtækis í stað þess að taka sérstaklega mið af raunverulegum aðstæðum keppnauta fyrirtækisins.¹⁴⁹ Ef athugun sýnir að smásöluhluti hins markaðsráðandi fyrirtækis myndi tapa á smásölustarfsemi sinni ef hann þyrfti að greiða heildsöluhlutanum sama verð og keppnautar á smásölustigi þurfa að greiða er ljóst að fyrirtæki sem er a.m.k. jafnvel rekið og markaðsráðandi fyrirtækið myndi þá einnig tapa á smásölustarfseminni.

Mál þetta snýst um hvort Síminn hafi beitt samkeppnisaðila sína verðþrýstingi á farsímaarkaði með verðlagningu sinni fyrir GSM símtöl á smásölumarkaði þegar haft er til hliðsjónar heildsöluverð fyrir lúkningu símtala í farsímaneti félagsins. Það gefur auga leið að símtal hefur að geyma bæði kostnað vegna upphafs þess og lúkningu og ef annað hvort þeirra vantar þá verður ekki um neitt símtal að ræða. Til þess að meta framangreint samhengi í verði og kostnaði Símans þá verður að taka mið af kostnaði vegna upphafs símtals þegar verðlagning fyrir lúkningu til samkeppnisaðila er metin á grundvelli verðþrýstings.

¹⁴⁸ „A price squeeze could be demonstrated by showing that the dominant company's own downstream operations could not trade profitably on the basis of the upstream price charged to its competitors by the upstream operating arm of the dominant company.”

¹⁴⁹ Orðað svo í fréttatilkynningu dómstólsins frá 14. október 2010: „With regard to the method used to determine whether a margin squeeze is abusive, the Court considers that the General Court and the Commission were entitled to rely on the 'as-efficient-competitor' test, which consists in considering whether the pricing practices of a dominant undertaking could drive an equally efficient economic operator from the market, relying solely on the dominant undertaking's charges and costs instead of on the particular situation of its competitors.”



Samkvæmt framansögðu er ekki fallist á það sjónarmið Símans að ekki beri að taka mið af kostnaði Símans fyrir upphaf GSM símtala við mat á verðþrýstingi félagsins á farsímamarkaði.

3.7.3 Horfa verði heildstætt á alla þjónustuliði

Síminn segir að við mat eftirlitsins á verðþrýstingi félagsins sé aðeins litið á einn þjónustulið af mörgum á GSM farsímamarkaði, þ.e. innankerfissímtöl Símans. Síminn telur að þessi aðferðafræði sé ekki í samræmi við viðurkennda framkvæmd ESB réttar við mat á verðþrýstingi. Heldur fyrirtækið því fram að líta verði heildstætt á alla þjónustuliði og meta hvort jafn skilvirkur samkeppnisaðili gæti keppt við hið markaðsráðandi fyrirtæki á þeim grundvelli. Síminn bendir á framangreinda álitserð Copenhagen Economics sem og afstöðu framkvæmdastjórnar ESB í máli Telefónica þessu til stuðnings. Í ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar í máli Telefónica komi fram að einungis í undantekningartilvikum beri að líta á aðeins einn þjónustulið, óháð öðrum. Síminn bendir einnig á skýrslu sem ráðgjafafyrirtækið Copenhagen Economics vann fyrir norska póst- og fjarskiptaeftirlitið en þar segir m.a.:

„As mentioned earlier, competition authorities frequently take the relevant wholesale product as a starting point in the margin squeeze test. This often implies that, based on the principle of comparability, all (standard) retail products based on the relevant wholesale product are included in a joint margin squeeze test.“

Hið sama segir Síminn að komi fram í skýrslu samráðshóps evrópskra eftirlitsaðila (ERG) frá mars 2009 og í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í Danmörku frá 10. febrúar 2006. Síminn bendir einnig á að í álitserð Copenhagen Economics sem fylgdi umsögn fyrirtækisins til Samkeppniseftirlitsins segi:

„Our first finding is that the methodology applied by the ICA is not in accordance with general margin squeeze applied in European competition case law. Although it is correct to use off-net termination service as the wholesale product in the margin squeeze test, the ICA should, in addition to on-net calls, include all retail services that use the wholesale product as input. Hence, all retail voice services should be included in the test. Moreover, we are dealing with a bundled retail service of which end-users cannot buy individual components separately, Consequently, the strategy of the mobile operators is to set the optimal mix of prices for the whole product bundle. For this reason, it would be logical to include all of these services in the margin squeeze test.“

Auk þess komi fram í álit Copenhagen Economics að út frá hagfræðilegum sjónarmiðum ættu símtöl sem eiga sér upphaf í talsímakerfum og erlendum fjarskiptakerfum en lúkningu í farsímakerfi að vera hluti af mati á verðþrýstingi á farsímamarkaði. Þá sé einnig tekið fram að áskriftir í smásölu hafi mismunandi há mínútugjöld og mánaðarleg áskriftargjöld. Þannig hafi sumar áskriftir lág mínútugjöld en á móti háar mánaðarlegar áskriftir og öfugt eftir mismunandi þörfum notenda sem taka þyrfti mið af við mat á verðþrýstingi.



Síminn telur að dómaframkvæmd jafnt sem fræðiskrif geri ráð fyrir því að líta verði til allra þjónustupáttanna og meta hvort samkeppnisaðili jafn skilvirkur hinu markaðsráðandi fyrirtæki geti á þeim grundvelli veitt fyrirtækinu samkeppni. Fram kemur hjá Símanum að enginn aðili á GSM farsímamarkaði bjóði eingöngu upp á símtöl við viðskiptavinum Símans. Tekið er fram að allir aðilar á markaði bjóði upp á pakka til notenda sem séu mjög mismunandi, jafnt innankerfis sem og milli þeirra. Að mati Símans eiga allir þessir pakkar það sameiginlegt að innihalda m.a. gjald fyrir SMS og MMS þjónustu og fyrir Internetnotkun í gegnum farsíma.

Síminn telur að við mat á því hvort í verðlagningu Símans felist verðþrýstingur þurfi að meta alla þessa þætti og jafnframt kanna hvort skilvirkur keppinautur hefði heildstætt getað boðið samkeppnishæft verð. Að mati Símans sé það raunar augljóst enda kæmi það aldrei til að jafn skilvirkur keppinautur byði einungis upp á símtöl til viðskiptavina Símans. Síminn bendir auk þess á að markaðshlutdeild fyrirtækisins hafi lækkað úr 100% í um 50% á því langa tímabili sem umrædd verðstefna fyrirtækisins hafi gilt. Sé það vart í samræmi við þá skilgreiningu á verðþrýstingi að samkeppnisaðilar á smásölustigi myndu hrökklast af markaði ef verðþrýstingi væri beitt um lengri tíma.

Bent er á að þeir sem hringja innankerfis hjá Símanum séu eðli máls samkvæmt allir sem einn viðskiptavinir Símans. Af þessum viðskiptavinum hafi Síminn margvíslegar aðrar tekjur. Þeir sem hringi í kerfi Símans úr öðrum kerfum séu hins vegar eðli máls samkvæmt ekki í neinum tilvikum viðskiptavinir Símans. Síminn tekur fram að af þeim hafi fyrirtækið engar aðrar tekjur en lúkningargjöld og hið sama eigi við um keppinauta Símans. Af þessum sökum séu innankerfissímtöl nær alltaf verðlögð undir millikerfasímtölum, jafnt hér á landi sem erlendis. Síminn bendir auk þess á aðstæður á farsímamarkaði í Svíþjóð þar sem dæmi séu um áskriftir þar sem innankerfissímtöl séu verðlögð á 0 SEK samanborið við 0,322 SEK lúkningargjöld. Væri aðferðafræði Samkeppniseftirlitsins beitt á sænskan símamarkað væru því allir keppinautar að misnota markaðsráðandi stöðu sína hver gegn öðrum, enda markaðsráðandi innan eigin kerfis eins og Síminn orðar það. Verður raunar ekki betur séð að mati Símans en að hið sama eigi við hér á landi, a.m.k. hvað varðar Vodafone. Þá segir Síminn að fyrirtækið hafi á hinu ætlaða brotatímabili annars vegar lægstu lúkningargjöldin af öllum keppinautum og hins vegar hærra smásöluverð í innankerfissímtölum en stærsti keppinauturinn. Í ljósi þess telji Síminn að það gefi auga leið að jafn skilvirkur keppinautur hafi getað boðið samkeppnishæft verð við Símann.

Tekið er fram í athugasemdum Símans að í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins sé á því byggt að sökum stærðar kerfis Símans sé algengara að viðskiptavinir annarra símafyrirtækja hringi í kerfi Símans en öfugt og að það veiti Símanum forskot í samkeppni.

]. Tekið sé fram að allir samkeppnisaðilar séu háðir hver öðrum um heildsöluþjónustu. Síminn tekur svo fram að allir aðilar geti verðlagt smásöluþjónustu sína að vild.

Mat Samkeppniseftirlitsins

Í álitum ráðgjafafyrirtækisins Copenhagen Economics til norska póst- og fjarskiptaftirlitsins segir að miða eigi við allar smásöluafurðir sem byggja á viðkomandi heildsöluafangi við mat á verðþrýstingi. Samkeppniseftirlitið bendir á í þessu sambandi að það fer eftir eðli



þeirrar þjónustu sem um ræðir á smásöllumarkaði og viðkomandi heildsöluáðfangi. Sem dæmi þá var í umræddu Telefónica máli fjallað um verðþrýsting fyrirtækisins á breiðbandsmarkaði. Um var að ræða mál sem varðaði óeðlilega lítinn mun á milli heildsölu- og smásöluverðs Telefónica fyrir breiðbandsaðgang sem varð til þess að keppinautar fyrirtækisins áttu erfitt með að keppa við fyrirtækið á smásöllumarkaði. Eðlilegt er að horfa þurfi á margar mismunandi afurðir á smásöllumarkaði þegar um er að ræða heildsöluáðgang fyrir breiðbandsþjónustu enda getur viðkomandi háhraðatenging verið notuð sem aðfang til þess að bjóða upp á ýmsar afurðir á smásölustigi eins og t.d. Internet-, síma- og sjónvarpsþjónustu. Annað er upp á teningnum þegar um er að ræða heildsöluþjónustu fyrir lúkningu símtala í GSM farsímanet en þar er um að ræða þjónustu sem er forsenda þess að unnt sé að bjóða upp á GSM símtöl á smásöllumarkaði. Í því felst mun afmarkaðri þjónusta á smásöllumarkaði en felst í breiðbandsþjónustu á heildsölustigi.

Samkeppniseftirlitið fellst ekki á þá staðhæfingu Símans að eftirlitið telji að það sé algengara að viðskiptavinir annarra símafyrirtækja hringi í kerfi Símans en öfugt og að það veiti Símanum forskot í samkeppni eins og sagt er. Rökstutt var í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins að lúkning símtala í GSM farsímanet Símans sé keppinautum fyrirtækisins nauðsynleg til þess að geta starfað á smásöllumarkaði. Því ber að árétta að til þess að fjarskiptafélag geti keppt með virkum hætti á smásöllumarkaði fyrir farsímaþjónustu hér á landi þá er nauðsynlegt að það geti boðið upp á símtöl í farsímanet markaðsráðandi aðila á smásöllumarkaði á samkeppnishæfu verði. Líta ber til þess að verðþrýstingur er til þess fallinn að raska samkeppni á smásöllumarkaði og getur unnið gegn stefnu stjórnvalda um að koma á eða efla samkeppni á slíkum mörkuðum.¹⁵⁰ Þetta á við um markaðinn fyrir farsímaþjónustu hér á landi.

Eins og áður segir tók PFS ákvörðun um útnefningu fyrirtækja með umtalsverðan markaðsstyrk á heildsöllumarkaði fyrir lúkningu símtala í einstökum farsímanetum. Með ákvörðuninni var lögð kvöð á m.a. Símann um tiltekið hámarksverð fyrir lúkningu símtala á grundvelli svokallaðrar „smásölu mínus“ aðferðar. Kvöðin var lögð á í þeim tilgangi að greiða fyrir aukinni samkeppni á smásöllumarkaði fyrir farsímaþjónustu en PFS hafði rökstuddan grun um að verð fyrir lúkningu símtala hjá Símanum væri töluvert hærra en kostnaður gerði ráð fyrir.¹⁵¹ Síminn kaus að færa lúkningargjald sitt niður í umrætt hámarksverð fyrir símtöl sem eiga sér uppruna í öðrum farsímanetum án þess að samræmis væri gætt í verðlagningu símtala innankerfis hjá Símanum og tekið tillit til kostnaðar vegna lúkningar símtala í farsímakerfi félagsins. Eins og fram hefur komið hér að framan þá hafa símtöl innankerfis hjá Símanum að geyma bæði kostnað vegna upphafs og lúkningar símtala líkt og á við um símtöl milli farsímakerfa. Sú ákvörðun Símans að gæta ekki að framangreindu samræmi vann á móti tilgangi PFS um að vinna gegn óeðlilegum mun á verði símtala innankerfis og milli farsímakerfa í þeim tilgangi að auka samkeppni á smásöllumarkaði.

¹⁵⁰ Á þetta hefur t.d. OECD bent. Sjá OECD Policy Roundtables, Margin Squeeze, 2009 bls. 7: „A margin squeeze is said to arise when the margin between the price at which the integrated firm sells the downstream product and the price at which it sells the essential input to rivals is too small to allow downstream rivals to survive or effectively compete, to the detriment of downstream consumers. The primary antitrust concern is that a firm engaging in a margin squeeze may limit, restrict or prevent the development of competition in the downstream market. Depending on the circumstances this may raise the price or reduce the quality or variety of products available to downstream customers. It may also undermine the success of reforms aimed at promoting competition in the downstream market.“

¹⁵¹ Sjá t.d. mgr. 178 og 179 í ákvörðun PFS: <http://pfs.is/upload/files/Viðauki%201-%20uppfærð%20greining%20á%20M.16.pdf>



Þegar verðþrýstingur er metinn út frá jafn hagkvæmt reknum rekstraraðila þá á að leggja til grundvallar kostnað þess markaðsráðandi aðila sem um ræðir enda hefur hann allar þær upplýsingar sem nauðsynlegar eru til þess að meta hvort verð fyrirtækisins hafi útilokandi áhrif gagnvart keppinautum á markaði, sbr. dóma dómstóls ESB sem reifaðir voru hér að framan.¹⁵²

Í máli þessu er til skoðunar hvort Síminn hafi með verðlagningu sinni fyrir lúkningu símtala í farsímanet fyrirtækisins og smásöluverðlagningu fyrir GSM símtöl innankerfis gert keppinautum sínum ókleift að keppa þannig að þeir geti með sambærilegum hætti og fyrirtæki sem er jafn hagkvæmt í rekstri og Síminn náð nægilegum hagnaði á smásölumarkaði til að eflast. Síminn heldur því fram hér að framan að við mat á verðþrýstingi á farsímamarkaði þurfi einnig að taka mið af smásöluverði símtala á talsímamarkaði sem lokið sé í farsímakerfi Símans. Að mati Samkeppniseftirlitsins er Síminn hér að blanda saman tveimur ólíkum mörkuðum, þ.e. talsímamarkaði og farsímamarkaði. Þetta mál nær hins vegar einungis til þess hvort verðþrýstingur Símans hafi gert keppinautum fyrirtækisins ókleift að starfa með nægilegum hagnaði á farsímamarkaði. Benda skal á að kvartandi í þessu máli, þ.e. Nova, býður ekki upp á talsímabjónustu og ekki heldur Tal áður en það fyrirtæki hætti rekstri og sameinaðist Íslandssíma. Það neyddist Tal til að gera vegna tapreksturs eftir að hafa reynt að hasla sér völl á farsímamarkaði hér á landi í samkeppni við Símann. Eins og fram hefur komið hefur Síminn haft yfirburðastöðu á talsímamarkaði hér á landi og býr við mjög takmarkaða samkeppni um verðlagningu á smásölumarkaði fyrir þá bjónustu. Því er líklegt að Síminn telji það þjóna hagsmunum sínum í þessu máli að taka mið af verðlagningu á talsímamarkaði þegar verðþrýstingur Símans er metinn á farsímamarkaði en á það er ekki unnt að fallast. Þá er vert að taka það fram að verðþrýstingur Símans í þessu máli beinist að keppinautum fyrirtækisins hér á landi en ekki gagnvart erlendum netrekendum. Því getur Samkeppniseftirlitið ekki fallist á það að taka þurfi mið af símtölum sem eiga sér uppruna í fjarskiptanetum erlendis og er lokið í farsímaneti Símans við mat á verðþrýstingi fyrirtækisins gagnvart keppinautum á hérlendum farsímamarkaði.

Síminn gagnrýnir að aðeins sé litið á einn þjónustulið af mörgum á GSM farsímamarkaði, þ.e. innankerfissímtöl Símans. Tekið er fram að allir aðilar á markaði bjóði upp á pakka til notenda sem séu mjög mismunandi, jafnt innankerfis sem milli kerfa. Að mati Símans eigi allir þessir pakkar það sameiginlegt að innihalda eftirtalda þætti innan GSM farsímamarkaðar á smásölustigi:

- Gjald fyrir símtöl innan kerfis viðkomandi fyrirtækis
- Gjald fyrir símtöl í farsímakerfi annarra fyrirtækja
- Fast áskriftarverð
- Gjald yfir SMS þjónustu
- Gjald fyrir MMS þjónustu
- Gjald fyrir Internetnotkun í gegnum farsíma

¹⁵² Sjá einnig OECD Policy Roundtables, Margin Squeeze, 2009 bls. 299 „The Chairman observed that most delegations applied the 'as efficient competitor standard', implying that they refer to the costs of the incumbent in order to measure whether the prices are exclusionary or not. This also helps to ensure that an incumbent has all the necessary information to determine whether it is violating the law or not.”



Síminn telur að við mat á því hvort í verðlagningu Símans felist verðþrýstingur þurfi að meta alla þessa þætti og jafnframt kanna hvort skilvirkur keppinautur hefði heildstætt getað boðið samkeppnishæft verð.

Samkeppniseftirlitið vill áréttta að í þessu máli er til skoðunar hvort Síminn hafi beitt keppinauta sína verðþrýstingi á farsímamarkaði hér á landi með verðlagningu fyrir lúkningu símtala á heildsölustigi og símtöl innankerfis á smásölustigi. Eins og fram kemur hjá Símanum hér að framan þá á við mat á verðþrýstingi að líta til þeirra smásöluafurða sem nota viðkomandi aðfang sem selt er á heildsölustigi. Augljóst er að símtöl úr farsímakerfi Símans í farsímakerfi annarra fyrirtækja, SMS þjónusta, MMS þjónusta og Internetnotkun eru ekki smásöluafurðir sem nota viðkomandi heildsöluafurð Símans fyrir lúkningu símtala í farsímanet fyrirtækisins. Ekki er því rökrétt að taka mið af smásöluverði fyrirtækisins fyrir SMS þjónustu, MMS þjónustu og Internetnotkun þegar meta þarf verðþrýsting Símans í þessu máli. Verðmyndun fyrir lúkningu símtala er grundvölluð á tímalengd símtals sem er í grundvallaratriðum frábrugðin verðmyndun fyrir SMS og gagnaflutningsþjónustu.

Um áskriftartekjur skal fyrst tekið fram að fjallað var um þær og innifalda notkun hér að framan og rökstutt að þau atriði breyta því ekki að um verðþrýsting er að ræða í málinu. Þá skal taka fram að í mati Samkeppniseftirlitsins á verðþrýstingi Símans í andmælaskjali voru áskriftartekjur Símans á farsímamarkaði og hlunnindi til eigin notenda höfð til hliðsjónar og voru engar sérstakar athugasemdir hafðar frammi af hálfu Símans um þá framkvæmd í umsögn fyrirtækisins til eftirlitsins. Áskriftartekjur hafa auk þess þann tilgang að greiða fyrir aðra þjónustu en bara símtöl og ýmis hlunnindi sem fylgja föstum áskriftum til notenda. Þá ber að taka fram að fyrirframgreidd farsímaþjónusta með svokölluðu *Frelsi* felur engin áskriftargjöld í sér. Auk framangreinds þá tekur athugun Samkeppniseftirlitsins á verðþrýstingi mið af tekjum og gjöldum Símans fyrir meðallöng símtöl innankerfis í farsímaneti fyrirtækisins eftir því hvort um var að ræða áskriftir eða fyrirframgreidd kort. Í því mati er lúkningargjald Símans til keppinauta fyrirtækis haft til grundvallar enda mikilvægt aðfang á heildsölustigi sem keppinautar Símans þurfa á að halda til að geta starfað á farsímamarkaði hér á landi. Það ber einnig að taka fram að GSM símtöl er sú þjónusta sem er lang mikilvægust hvað varðar tekjur og samkeppni um viðskiptavinum á farsímamarkaði. Ef ekki er hægt að veita samkeppnishæft verð fyrir GSM símtöl á smásölumarkaði þá er ekki hægt að bæta það upp með því að bjóða betra verð í samkeppni við markaðsráðandi fyrirtæki á smásölumarkaði fyrir SMS þjónustu, MMS þjónustu eða Internetþjónustu um farsíma.

Þessu máli svipar til Proximus málsins sem getið var um hér að framan. Í því komst belgíska samkeppnisráðið að þeirri niðurstöðu að Proximus hefði beitt keppinauta sína verðþrýstingi á farsímamarkaði. Í því máli bar samkeppnisráð Belgíu saman lúkningarverð í farsímaneti Proximus fyrir símtöl sem áttu sér upphaf í öðrum netum annars vegar og verðlagningu fyrir innankerfissímtöl sem áttu sér bæði upphaf og lúkningu í farsímaneti fyrirtækisins hins vegar. Niðurstaðan sýndi að verð fyrir lúkningu símtala sem áttu sér upphaf í öðrum farsímanetum var hærra en verð fyrir innankerfissímtöl hjá Proximus. Það leiddi til þess að keppinautar Proximus náðu ekki að verðleggja símtöl sem enduðu í farsímaneti Proximus svipað og verð fyrir innankerfissímtöl hjá Proximus. Það olli keppinautum Proximus verðþrýstingi sem leiddi til þess að þeir náðu ekki að vera samkeppnishæfir í verði



samanborið við verð innankerfissímtala hjá Proximus.¹⁵³ Í því máli var einungis verið að skoða hegðun Proximus á hluta farsímamarkaðarins, þ.e. farsímaþjónustu til fyrirtækja. Athugun Samkeppniseftirlitsins á verðþrýstingi Símans nær hins vegar bæði til verðlagningar Símans á farsímaþjónustu til einstaklinga og fyrirtækja á smásölumarkaði. Að þessu leyti er athugun Samkeppniseftirlitsins almennari og atvik þessa máls umfangsmeiri heldur en fjallað er um í ákvörðun samkeppnisráðs Belgíu.

Síminn vísar til aðstæðna á farsímamarkaði í Svíþjóð og segir að ef aðferðafræði Samkeppniseftirlitsins við mat á verðþrýstingi væri beitt á sænskan símamarkað þá væru allir samkeppnisaðilar að misnota markaðsráðandi stöðu sína hver gegn öðrum. Þessu til stuðnings gefur Síminn til kynna að allir samkeppnisaðilar í Svíþjóð séu markaðsráðandi innan eigin kerfis. Samkeppniseftirlitið fellst ekki á að sambærilegar samkeppnisaðstæður eigi við á farsímamarkaði í Svíþjóð og á Íslandi með þeim hætti sem Síminn gerir hér ráð fyrir. Það er ekki rétt hjá Símanum að allir keppnautar í Svíþjóð séu markaðsráðandi innan eigin kerfis eins og sagt er. Í greiningu Post- och telestyrelsen (PTS) komst stofnunin að þeirri frumniðurstöðu þann 15. júní 2005 að ekkert farsímafélag væri með markaðsráðandi stöðu á heildsölumarkaði fyrir upphaf og aðgang símtala í almennum farsímanetum. Sú frumniðurstaða var síðan staðfest með endanlegri ákvörðun stofnunarinnar þann 15. september s.á.¹⁵⁴ Við mat á stöðu fyrirtækja á framangreindum heildsölumarkaði er nauðsynlegt að taka mið af samkeppnisaðstæðum á tengdum smásölumarkaði. Ef engin samkeppnisleg vandamál eru til staðar á tengdum smásölumarkaði þá gefur það venjulega vísbendingu um stöðuna á heildsölumarkaði. Niðurstaða markaðsgreiningar PTS á viðkomandi heildsölumarkaði sem vitnað er til hér að framan var sú að ekkert fyrirtæki var útnefnt markaðsráðandi. Tekið var fram að markaðurinn einkenndist af samkeppni og að ekkert af farsímafyrirtækjunum á markaðnum, þ.e. TeliaSonera, Tele2, Vodafone, Hi3G, Telenor Mobile og SweFour var útnefnd markaðsráðandi hvorki eitt sér eða sameiginlega með öðrum. Fram kom í greiningu PTS að ástæða fyrir framangreindri niðurstöðu hafi m.a. verið sú að lækki smásöliverð gæfi vísbendingu um aukna samkeppni á heildsölustigi. Þá auknu samkeppni mátti m.a. rekja til innkomu fyrirtækjanna Hi3G og Telenor Mobile á farsímamarkaðinn í Svíþjóð á árinu 2003 sem skapaði aukna verðsamkeppni á smásölustigi og leiddi til þess að Tele2 og Vodafone þurftu að lækka smásöliverð sitt verulega frá því sem áður var. Þá hafði fjölgun á þjónustu- og sýndarnetsfyrirtækjum (e. service providers and mobile virtual network operators) á farsímamarkaði í Svíþjóð ýtt undir aukna samkeppni á sænskum farsímamarkaði sem varð til þess að styðja framangreinda niðurstöðu PTS. Til samanburðar má benda á að smásöliverð GSM símtala hjá Símanum hefur ekki breyst sem nokkru nemur frá því að Síminn lækkaði mínútuverð sitt úr 15 kr. í 11 kr. með vsk. þann 1. maí 2001 á sama tíma og lúkningargjald í GSM farsímanet fyrirtækisins var 14,94 kr. með vsk. eins og fyrr segir.¹⁵⁵

¹⁵³ Sjá Bavasso & Long, *The Application of Competition Law in the Communications and Media Sector: A Survey of Recent Cases*, *Journal of European Competition Law and Practice*, 2010, bls. 5: „*Illegal margin squeeze has also featured at the national level in the mobile telecoms sector. On 26 May 2009, the Belgian Competition Council fined Proximus (Belgacom's mobile telecoms subsidiary) E66,300,000 for a breach of Article 102. The Council found that between 2004 and 2005, Proximus charged its competitors a call termination rate higher than the price charged by Proximus to one customer making a call to another customer on the Proximus network.*”

¹⁵⁴ Sjá ákvörðun PTS: http://www.pts.se/upload/Documents/SE/beslut_mobil_access_och_originering_04_6951.pdf

¹⁵⁵ Því til stuðnings má einnig benda á athugun PFS á smásöliverðum fyrir farsímaþjónustu hér á landi þar sem tekið var mið af ólíkri notkun og hringimystri notenda frá ágúst 2002 til ágúst 2005. Sjá greiningu PFS: <http://www.pfs.is/upload/files/Vi%3%b0auki%20B%20loka-%20ver%3%b0samanbur%3%b0ur.pdf>



Í ljósi framangreinds eru aðstæður á farsímamarkaði á Íslandi og Svíþjóð ólíkar. Þegar af þeirri ástæðu hefur tilvísun Símans til sænska farsímamarkaðarins ekki þýðingu í þessu máli.

Síminn segir einnig að ekki verði betur séð en að aðferðafræði Samkeppniseftirlitsins leiði til þess að allir keppinautar á farsímamarkaði séu að misnota markaðsráðandi stöðu sína hver gegn öðrum hér á landi, a.m.k. hvað varðar Vodafone, enda markaðsráðandi innan eigin kerfis eins og Síminn. Ekki er unnt að fallast á þetta enda er þetta ekki rökstutt hjá Símanum. Síminn gerir þannig t.d. ekki ráð fyrir að líklegt sé að skilyrði fyrir ólögætum verðþrýstingi séu uppfyllt hvað önnur fyrirtæki áhrærir. Hvað sem því líður geta möguleg brot annarra fyrirtækja ekki réttlætt brot Símans.

Síminn fjallar um verðlagningu og tekjur keppinauta á farsímamarkaði og heldur því fram að hann greiði samtals meiri lúkningargjöld en keppinautar gera á viðkomandi markaði. Þessi samanburður Símans er ekki raunhæfur enda eru tekjur fyrir lúkningu símtala innankerfis hjá Símanum þar ekki meðtaldar. Ef tekið væri mið af lúkningargjaldi Símans innankerfis í líkingu við það sem keppinautar þurfa að greiða væru tekjur Símans á heildsölustigi fyrir lúkningu símtala í GSM farsímanet fyrirtækisins langtum meiri en hjá keppinautum enda fyrirtækið með langflesta viðskiptavinum í viðskiptum hér á landi. Þess ber einnig að geta að út af verðþrýstingi Símans á viðkomandi markaði hafa smærri aðilar á farsímamarkaði þurft að bjóða upp á lágt verð fyrir innankerfissímtöl til þess að laða að sér viðskiptavinum í samkeppni við Símann. Lúkningargjöld smærri aðila sem eru að byggja upp eigin farsímanet eru eðlilega hærri en hjá rótgrónu fyrirtæki eins og Símanum sem hefur yfir að ráða víðtæku og almennu fjarskiptaneti sem byggt hefur verið upp löngu fyrir þeirra tíð. Þá ber einnig að hafa í huga að Síminn er bæði lóðrétt og lárétt samþætt fyrirtæki á fjarskiptamarkaði og fyrrum einkaleyfishafi sem einn hefur getað boðið upp á fjarskiptapjónustu til þess að uppfylla allar þarfir viðskiptavina sinna bæði á heildsölu- og smásölustigi hér á landi á því tímabili sem mál þetta nær til. Því stenst ekki hjá Símanum að vísa til keppinauta á farsímamarkaði með þeim hætti sem gert í athugasemdum fyrirtækisins.

Með hliðsjón af framansögðu fellst Samkeppniseftirlitið ekki á þau sjónarmið Símans að ekki hafi verið litið heildstætt á alla þjónustubætti sem skipta máli við mat eftirlitsins á verðþrýstingi í þessu máli.

3.7.4 Um að Síminn hafi verið að mæta samkeppni

Síminn segir að frá upphafi hafi helsti keppinautur fyrirtækisins boðið lægra verð á innankerfissímtölum en Síminn. Á árinu 2001 hafi verð keppinautarins lækkað niður í 10 kr. mínútan og markaðshlutdeild Símans fallið ört á skömmum tíma. Því hefði verið bæði eðlilegt og löglegt af Símanum að grípa til einhverra aðgerða til að mæta þessari samkeppni. Bendir fyrirtækið á að viðurkennt sé í samkeppnisrétti að markaðsráðandi fyrirtæki hafi heimild til að verja viðskiptahagsmunum sína sé á þá ráðist.

Með lækkun á verði innankerfissímtala niður í 11 kr. á mínútu telur Síminn sig hafa verið að mæta samkeppni frá sínum helsta samkeppnisaðila. Síminn hafi hins vegar hvorki farið undir verð samkeppnisaðila eða jafnað það, sem á þeim tíma var 10 kr. á mínútu, og eigi það sama við allt hið ætlaða brotatímabil.



Mat Samkeppniseftirlitsins

Markaðsráðandi fyrirtæki er almennt að ákveðnu marki heimilt að bregðast við og verja viðskiptahagsmuni sína þegar á þá er ráðist.¹⁵⁶ Er þetta oft nefnt að markaðsráðandi fyrirtæki sé heimilt að mæta samkeppni til þess að verja viðskiptalega hagsmuni sína ef gegn þeim er gerð atлага. Þannig er markaðsráðandi fyrirtæki með vissum hætti heimilt að mæta samkeppni í þeim tilvikum er keppinautur t.d. snýr sér til viðskiptavina þess og býður þeim hagstætt verð. Getur þetta leitt til þess að aðgerð markaðsráðandi fyrirtækis sem ella teldist misnotkun á slíkri stöðu sé álitin lögmæt viðbrögð við samkeppni.

Sökum styrks markaðsráðandi fyrirtækja verða þau hins vegar að sýna hóf í varnarviðbrögðum sínum og gæta þess að misnota ekki ráðandi stöðu sína.¹⁵⁷ Viðbrögð ráðandi fyrirtækis við samkeppni verða þannig að byggjast á efnahagslegri frammistöðu fyrirtækisins og vera í samræmi við hagsmuni neytenda.¹⁵⁸ Slík viðbrögð verða einnig að vera í samræmi við meðalhóf og hafa verður hliðsjón af efnahagslegum styrk viðkomandi fyrirtækja.¹⁵⁹ Taka verður hins vegar skýrt fram að þessi heimild til að mæta samkeppni nær aðeins til varnaraðgerða og á ekki við ef raunverulegur tilgangur aðgerða er að styrkja markaðsráðandi stöðu og misnota hana.¹⁶⁰ Ef markaðsráðandi fyrirtæki svarar verðlagningu keppinautar með verðþrýstingi er ekki um að ræða eðlileg varnarviðbrögð. Í framangreindu Deutsche Telekom máli benti dómstóll ESB m.a. á að við mat á verðþrýstingi verði að líta til þess að ekki sé öll verðsamkeppni af hálfu markaðsráðandi fyrirtækis lögmæt.¹⁶¹

Í máli þessu er komist að þeirri niðurstöðu að háttsemi Símans hafi falið í sér ólögmætan verðþrýsting. Sú hegðun sem hér er til rannsóknar getur því ekki flokkast undir eðlileg viðbrögð hjá markaðsráðandi fyrirtæki við að mæta samkeppni frá keppinautum á markaði.

3.7.5 Ekki um að ræða sambærilegar vörur

Síminn telur að lykilforsenda fyrir verðþrýstingi sé að varan sem seld sé á heildsölustigi sé sambærileg þeirri sem seld er á smásölustigi. Sé ekki um sömu vöruna að ræða, geti ekki

¹⁵⁶ Sjá dóm dómstóls ESB í máli nr. 27/76 *United Brands v Commission* [1978] ECR 207. Sjá einnig dóm dómstóls ESB frá 2. apríl 2009 í máli nr. C-202/07 *France Telecom v. Commission*.

¹⁵⁷ Hefur þetta komið skýrt fram í fjölmörgum dómum dómstóla EB. Sjá t.d. John Temple Lang, Reprisals and overreaction by dominant companies: [2008] E.C.L.R 11: „In a series of judgements the Community Courts have said, in response to arguments that the dominant company was only defending its legitimate interests, that a dominant company must not abuse its position when it reacts to competition.”

¹⁵⁸ Sjá dóm undirréttar ESB í máli nr. T-228/97 *Irish Sugar v Commission* [1999] ECR II-2969: „Thus, even if the existence of a dominant position does not deprive an undertaking placed in that position of the right to protect its own commercial interests when they are threatened (see paragraph 112 above), the protection of the commercial position of an undertaking in a dominant position with the characteristics of that of the applicant at the time in question must, at the very least, in order to be lawful, be based on criteria of economic efficiency and consistent with the interests of consumers.” Sjá einnig dóm undirréttar ESB í máli nr. T-83/91 *Tetra Pak v Commission* [1994] ECR II-755: „Article 86 of the Treaty prohibits an undertaking in a dominant position from eliminating a competitor by practising competition by means of price which does not come within the scope of competition on the basis of quality (judgment in *AKZO v Commission*, cited above, paragraph 70).”

¹⁵⁹ Sjá dóm dómstóls ESB í máli nr. 27/76 *United Brands v Commission* [1978] ECR 207: „Even if the possibility of a counter-attack is acceptable that attack must still be proportionate to the threat taking into account the economic strength of the undertakings confronting each other.”

¹⁶⁰ Sjá t.d. dóm dómstóls ESB í máli nr. 27/76 *United Brands v Commission* [1978] ECR 207: „Although it is true ... that the fact that an undertaking is in a dominant position cannot disentitle it from protecting its own commercial interests if they are attacked, and that such an undertaking must be conceded the right to take such responsible steps as it deems appropriate to protect its said interests, such behaviour cannot be countenanced if its actual purpose is to strengthen this dominant position and abuse it.” Sjá einnig Ritter og Braun, *European Competition Law*, þriðja útgáfa (2004) bls. 418 „... even a dominant firm may take measures of defensive nature based on criteria of economic efficiency, provided it is consistent with the interest of consumers.”

¹⁶¹ Sjá mgr. 177.



verið um verðþrýsting að ræða að mati Símans. Síminn vísar til þess mats Samkeppniseftirlitsins að upphaf og lúkning símtala sé sambærileg þjónustu hvort sem símtalið eigi sér stað alfarið innankerfis hjá Símanum eða milli farsímakerfa. Síminn bendir á að fyrirtækið fái ekki séð hvaða þýðingu upphafsgjöld hafi við mat á ætluðum verðþrýstingi. Þannig greiði samkeppnisaðilar hvorki upphafsgjöld þegar viðskiptavinir þeirra hringja í kerfi Símans né hafi þau verið við lýði milli heildsölu og smásölu Símans á hinu ætlaða brotatímabili.

Síminn bendir á að skilgreining á hugtakinu lúkning eigi við um samtengingu við önnur farsímanet og að innankerfissímtöl séu ekki talin til lúkningarmarkaðar í fjarskiptarétti. Þá kemur einnig fram hjá Símanum að í innankerfissímtölum eigi engin lúkning sér stað eins og það hugtak sé skilgreint í fjarskiptarétti. Tekið er fram að með greiðslu lúkningargjalda séu keppinautar Símans að greiða fyrir þjónustu sem ekki sé veitt á smásölustigi í innankerfissímtölum. Síminn segir að félagið hafi ekki beitt keppinauta sína verðþrýstingi þar sem um sé að ræða vöru á heildsölustigi sem ekki sé veitt á smásölustigi í innankerfissímtölum.

Mat Samkeppniseftirlitsins

Síminn túlkar afstöðu Samkeppniseftirlitsins með röngum hætti og segir að í henni felist að upphaf og lúkning símtala sé sambærileg þjónusta. Hið rétta er að Samkeppniseftirlitið telur að upphaf símtala sé sambærileg þjónusta án tillits til þess hvort símtal eigi sér bæði upphaf og lúkningu innankerfis eða upphaf í sama farsímakerfi en lúkningu í öðru. Sama á við um lúkningu símtala sem er að mati Samkeppniseftirlitsins sambærileg þjónusta hvort sem símtalið á bæði upphaf og lúkningu innankerfis eða lúkningu í sama kerfi en upphaf í öðru. Varðandi upphafsgjöld í mati Samkeppniseftirlitsins á verðþrýstingi Símans þá vísar eftirlitið til umfjöllunar hér að framan.

Það fer ekki á milli mála að innankerfissímtöl hafa bæði í för með sér kostnað vegna upphafs símtala og lúkningar þeirra. Kostnaðurinn er sambærilegur vegna upphafs og lúkningar GSM símtala innankerfis og milli farsímakerfa. Vísar Samkeppniseftirlitið m.a. í bréf PFS til eftirlitsins, dags. 29. febrúar 2008, en þar segir m.a.:

„Ljóst er að innannets símtöl (on-net) fela í sér upphaf og lúkningu með sambærilegum hætti og upphaf og lúkning á sér stað í símtölum til eða frá öðrum farsímakerfum (off-net).“

Samkeppniseftirlitið fellst því ekki á það mat Símans að með sölu á lúkningu símtala í farsímanet fyrirtækisins á heildsölustigi séu keppinautar þess ekki að greiða fyrir þjónustu sem veitt sé á smásölustigi hjá Símanum. Símanum ber sem markaðsráðandi fyrirtæki á smásölu- og heildsölumarkaði fyrir farsímaþjónustu að gæta að hlutlægum sjónarmiðum um kostnað og verðlagningu á farsímamarkaði þannig að ekki sé farið gegn samkeppnislögum og samkeppni skert. Á Símanum því ekki að koma á óvart að við mat á verðþrýstingi sé lúkningargjald Símans á heildsölustigi til samkeppnisaðila borið saman við verð GSM símtala fyrirtækisins á smásölustigi í eigin kerfi.¹⁶²

¹⁶² „A price squeeze could be demonstrated by showing that the dominant company's own downstream operations could not trade profitably on the basis of the upstream price charged to its competitors by the upstream operating arm of the dominant company.“



Samkeppniseftirlitið bendir auk þess á dóm dómstóls ESB í máli Deutsche Telecom þar sem heildsöluverð fyrirtækisins til keppinauta á mikilvægu aðfangi (aðgangur að heimtaugum) var lagt til grundvallar í mati á verðþrýstingi fyrirtækisins á tengdum smásöllumarkaði, m.a. talsímaþjónustu. Eins var lúkningarverð Proximus til keppinauta á heildsölustigi notað til grundvallar við mat á kostnaði innankerfissímtala fyrirtækisins í ákvörðun belgíska samkeppnisráðsins líkt og getið var um hér að framan. Niðurstaða ráðsins sýndi að verð fyrir lúkningu símtala sem eiga sér upphafi í öðrum farsímanetum var hærra en verð fyrir innankerfissímtöl hjá Proximus. Það leiddi til verðþrýstings gagnvart keppinautum Proximus sem olli því að þeir náðu ekki að vera samkeppnishæfir í verði í samanburði við verð innankerfissímtala hjá Proximus. Eins og getið var um hér að framan þá beindist þetta mál sérstaklega að verðlagningu Proximus á farsímaþjónustu til fyrirtækja á smásöllumarkaði. Verðþrýstingur Símans sem er til skoðunar í þessu máli er mun almennari og alvarlegri þar sem hann á bæði við um sölu farsímaþjónustu til fyrirtækja og einstaklinga á smásöllumarkaði hér á landi án tillits til ákveðinna áskriftar eða fyrirframgreiddrar GSM þjónustu.

Samkvæmt framansögðu er ekki unnt að fallast á með Símanum að ekki sé hægt að taka mið af heildsöluverði fyrir lúkningu símtala í farsímanet Símans við mat á verðþrýstingi fyrirtækisins í þessu máli. Ekki er um annað að ræða í þessu máli þar sem það varðar m.a. verðlagningu Símans á bæði heildsölu- og tengdu smásölustigi.

3.7.6 Um að aðgangur að neti Símans sé ekki nauðsynlegur

Síminn hafnar því að aðgangur að farsímaneti hans sé nauðsynlegur til að unnt sé að starfa á farsímaamarkaði hér á landi. Á stærstum hluta hins ætlaða brotatímabils hafi aðeins einn keppinautur hans starfrækt sitt eigið net. Síminn segir að ekkert sé því fræðilega til fyrirstöðu að starfrækja farsímafyrirtæki sem aðeins bjóði upp á símtöl innankerfis. Þá segir að aðgangur Símans að neti samkeppnisaðila fyrirtækisins sé einnig nauðsynlegur til að bjóða upp á millikerfasímtöl. Að mati Símans sé rangt að bera saman millikerfasímtöl annars vegar og innankerfissímtöl Símans hins vegar líkt og gert sé í andmælskjali Samkeppniseftirlitsins. Síminn segir að bera þurfi saman millikerfasímtöl við millikerfasímtöl og innankerfissímtöl við innankerfissímtöl og meta þegar á heildina er litið hvort jafn skilvirkur samkeppnisaðili geti keppt við Símann á grundvelli verðlagningar félagsins. Þar sem aðgangur að neti Símans sé ekki nauðsynlegur sýni framkvæmd í EES/ESB-samkeppnisrétti að ekki geti verið um ólögmetan verðþrýsting að ræða.

Síminn dregur verulega í efa að aðgangshindranir á markaðinn séu þær sem talið hafi verið. Bent er á í því sambandi m.a. á að innkoma Nova á markaðinn hafi skilað fyrirtækinu um 6.000 viðskiptavinum á einungis fimm mánuðum. Síminn telji að hægt sé að bjóða upp á farsímaþjónustu á smásölustigi með litlum kostnaði sem rannsaka þurfi betur einkum með tilliti til stöðunnar eins og hún sé í dag. Síminn tekur fram að ef skilningur Samkeppniseftirlitsins verði lagður til grundvallar um að símtal sem eigi sér upphaf og endi innan sama kerfis verði að innihalda lúkningargjald að fjárhæð 7,85 kr. muni smásöluverð Símans hækka verulega. Það muni koma niður á nýjum aðilum sem komi inn á farsímaamarkaðinn og kaupi aðgang frá Símanum sem sé byggður á „smásölu mínus“ aðferðafræði samkvæmt kvöðum á markaði 15. Þeir aðilar muni þurfa að verðleggja þjónustu sína umtalsvert hærra en aðrir keppinautar eins og t.d. Nova sem bjóði



innankerfissímtöl á 0 kr. á mínútuna eða Vodafone sem selji sín símtöl undir 11 kr. á mínútuna.

Mat Samkeppniseftirlitsins

Í framangreindum dómi dómstóls ESB í TeliaSonera málinu kom fram að ekki er skilyrði fyrir ólögsmætum verðþrýstingi að heildsöluaðfangið sé ómissandi fyrir keppinauta hins markaðsráðandi fyrirtækis.¹⁶³ Ljóst er því að túlkun Símans á EES/ESB-samkeppnisrétti er ekki rétt. Á hinn bóginn er ljóst að ekki stenst hjá Símanum að halda því fram að ekki sé nauðsynlegt eða mikilvægt fyrir keppinauta hans að geta boðið viðskiptavinum sínum að hringja í viðskiptavini Símans, sbr. umfjöllun hér að framan. Það ber að áréttta að Síminn hóf fyrstur að bjóða upp á GSM farsímaþjónustu árið 1994 og hefur frá þeim tíma og út rannsóknartímabil þessa máls verið í markaðsráðandi stöðu á viðkomandi markaði og haft lang flesta notendur í viðskiptum. Það væri augljóslega a.m.k. afar erfitt ef ekki útilokað fyrir fyrirtæki eins og t.d. Nova, sem kom nýtt inn á markaðinn hér á landi á árinu 2007, að fara að bjóða upp á GSM þjónustu hér á landi án þess að geta boðið væntanlegum viðskiptavinum að hringja í farsímanet þar sem flestir notendur eru í viðskiptum eða yfirleitt í önnur kerfi. Það væri ekki vænlegt til árangurs fyrir fyrirtæki hér á landi að hefja farsímaþjónustu með því að bjóða eingöngu upp á farsímaþjónustu í eigin viðskiptavini eins og Síminn heldur fram. Þjónusta hjá slíku fyrirtæki fyrir lítinn og afmarkaðan hóp notenda myndi ekki veita Símanum neina samkeppni enda skiptir notagildi þjónustunnar máli sem felst í því að geta hringt í þann sem ná þarf sambandi við ekki síður en verð GSM símtala. Þar að auki eru starfandi farsímafyrirtæki skuldbundin til að ljúka símtali í eigin kerfi sem berst úr öðru farsímaneti, t.d. frá kerfi Símans, sbr. skyldu til að veita samtengingu, samkvæmt 24. gr. fjarskiptalaga.

Samkeppniseftirlitið telur að ekki sé nægilegt fyrir Símann að benda á fjölda viðskiptavina Nova sem fyrirtækið hafi náð til sín með því að bjóða ókeypis innankerfissímtöl í farsímakerfi fyrirtækisins. Aðgangshindrun Símans á farsíma markaði hér á landi hefur haft verulega neikvæð áhrif á rekstrarafkomu Nova eins og ársreikningur fyrir árið 2008 ber vitni um. Nova hefur verið nauðugur sá kostur að bjóða þau kjör sem um ræðir til þess eins að ná einhverri fótfestu á markaði. Ástæðu þess má m.a. rekja til hárra aðgangsgjalda (lúkningargjöld) Símans fyrir símtöl úr farsímakerfi Nova inn í farsímakerfi Símans samanborið við verð fyrir innankerfissímtöl hjá Símanum. Innkoma Nova er þar af leiðandi að óbreyttu byggð á veikum grunni. Í því samhengi má áréttta að Tal rann saman við Íslandssíma hf. árið 2002 eftir viðvarandi taprekstur frá því að fyrirtækið hóf rekstur á farsíma markaði hér á landi árið 1998. Þá ber að geta þess að þau erlendu fyrirtæki sem Síminn vísar til að hafi áhuga á að bjóða upp á farsímaþjónustu hér á landi, þ.e. Amitelo ehf. og IceCell ehf., hafa ekki látið verða af áformum sínum um að hefja hér rekstur enn sem komið er a.m.k.

Eins og nefnt var benti dómstóll ESB á það í Deutsche Telekom málinu að í vissum tilvikum væri það eina sem markaðsráðandi fyrirtæki gæti gert til þess að enda ólögsmætan verðþrýsting að hækka smásöluverð. Slíkt breytti hins vegar engu um ólögsmæti verðþrýstingsins og slík aðgerð væri til þess fallin að efla samkeppni og hagstætt verð til frambúðar. Hvað sem þessu líður fær Samkeppniseftirlitið ekki séð að afstaða þess til

¹⁶³ Sjá mgr. 47-59 í dómnum. Sjá einnig Niamh Dunne, Margin Squeeze: Theory, Practice Policy, *European Competition Law Review* [2012], 1 tbl. bls. 35: „The Court clarified that the margin-squeeze concept can be applied to any pricing practices by dominant firms, even in the absence of a regulatory or antitrust duty to deal.”



Lúkningarverðs Símans muni leiða til þess að smásöluverð muni hækka. Símanum, sem markaðsráðandi fyrirtæki, er skylt að taka mið af hlutlægum og málefnalegum sjónarmiðum við verðlagningu fyrir lúkningu símtala í farsímaneti fyrirtækisins í samræmi við þann kostnað sem smásöluverðlagning fyrirtækisins fyrir innankerfissímtöl byggir á. Eins og sýnt hefur verið fram á hefur Síminn verðlagt lúkningu símtala sem berast úr öðrum farsímanetum í farsímanet fyrirtækisins hátt í samanburði við smásöluverð þess fyrir símtöl innankerfis en smásöluverðið þarf að standa undir kostnaði fyrir bæði upphaf og lúkningu símtals. Sú háttsemi er til þess fallin að skapa aðgangshindranir fyrir keppinauta fyrirtækisins á farsímamarkaði enda þurfa þau fyrirtæki að geta boðið upp á símtöl í farsímaneti Símans, þar sem langflestir notendur eru í viðskiptum, á samkeppnishæfu verði á smásölumarkaði.

Samkeppniseftirlitið fellst ekki á að verið sé að bera saman millikerfasímtöl og innankerfissímtöl Símans í þessu máli. Málið varðar athugun Samkeppniseftirlitsins á því hvort Síminn hafi beitt viðskiptavini sína sem jafnframt eru keppinautar fyrirtækisins verðþrýstingi á farsímamarkaði með því að kanna hvort jafnhagkvæmt rekinn rekstraraðili og Síminn sjálfur á smásölustigi hefði getað staðið undir heildsöluverði fyrirtækisins.

3.7.7 Um að jafn skilvirkur keppinautar hafi getað keppt

Síminn bendir á að taka þurfi mið af því að á hinu ætlaða brotatímabili hafi hans stærsti keppinautar eflst og aukið við sína markaðshlutdeild. Að teknu tilliti til þess geti ekki hafa verið um verðþrýsting að ræða enda sé á því byggt að verðþrýstingur hljóti að leiða til brotthvarfs samkeppnisaðila sé honum beitt yfir lengri tíma. Síminn talar um „ótrúlega ávöxtun“ stofnenda Tals á árinu 2000 og að hjá sameinuðu félagi Íslandssíma og Tals á árinu 2002 undir heitinu Og fjarskipti (Og Vodafone, 365 prent- og ljósvakamiðlar) hafi myndast hagnaður upp á tæplega 200 milljónir kr. á fyrri helmingi árs 2005. Með vísan í jákvæða afkomu Íslandssíma og síðar Og fjarskipta og aukna markaðshlutdeild hjá sameinuðu félagi þá telji Síminn útilokað að fyrirtækið hafi beitt keppinautana verðþrýstingi.

Mat Samkeppniseftirlitsins

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

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

Í þessu felst óhjákvæmilega að brot á 11. gr. samkeppnislaga er ekki háð því að sýnt sé fram á raunverulega skaðleg áhrif á samkeppni. Hefur áfrýjunarnefnd ítrekað byggt á þessari túlkun í úrskurðum sínum og hefur hún verið staðfest af dómstólum, sbr. t.d. dóm Hæstaréttar í máli nr. 550/2007 *Árdegi hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.¹⁶⁴ Varðandi

¹⁶⁴ Er þetta sama túlkun og gildir í EES/ESB-samkeppnisrétti. Sjá t.d. dóm undirréttar ESB í máli nr. T-212/99 *British Airways v Commission* [2003] ECR II-5917: „...for the purposes of establishing an infringement of Article 82 EC, it is not necessary to demonstrate that the abuse in question had a concrete effect on the markets



verðþrýsting sérstaklega hefur dómstóll ESB tekið fram að hann feli í sér brot þótt hann hafi í raun ekki haft þau áhrif að keppinautur hrökklist út af markaðnum, sbr. framangreindan dóm í TeliaSonera málinu.¹⁶⁵ Benti dómstóllinn á að meta verði hvort verðþrýstingurinn hafi verið líklegur til þess að gera keppinautum erfiðara fyrir að starfa á markaðnum.¹⁶⁶ Í því sambandi getur skipt máli hvort heildsöluaðfangið hafi verið nauðsynlegt fyrir keppinautana og eðli viðkomandi verðþrýstings.¹⁶⁷

Samkeppniseftirlitið vísar til umfjöllunar hér að framan þar sem rökstutt er að það sé nauðsynlegt fyrir keppinauta Símans að geta boðið viðskiptavinum sínum upp á að hringja í viðskiptavinum hjá Símanum enda er fyrirtækinu skylt að lögum að veita slíkan aðgang. Þegar aðgangur að aðfangi á heildsölustigi er ómissandi fyrir viðkomandi þjónustu á smásöllumarkaði þá getur verið að keppinautar sem ekki ná að starfa með sjálfbærum hætti á smásöllumarkaðinum hafa orðið fyrir samkeppnislegum hindrunum. Við slíkar aðstæður er mögulegt að verðþrýstingi hafi verið beitt.

Síminn getur ekki vísað í fréttatilkynningu um almenna afkomu Og fjarskipta og dótturfélaga í því skyni að það gefi rétta mynd af farsímarekstri Vodafone á þeim tíma. Það liggur ljóst fyrir að meginástæðan fyrir sameiningu Tals og Íslandssíma á árinu 2002 var að félögin höfðu verið rekin með tapi frá upphafi. Sama átti við um Nova á fyrsta heila starfsári félagsins sem rekið var með umtalsverðu tapi árið 2008 þrátt fyrir að félagið hafi verið fjármagnað að mestu með eigin fé en ekki lántökum. Þá var auk þess tap af rekstri Nova á árinu 2009 þrátt fyrir verulega hlutfjárukningu frá eiganda félagsins.

Með hliðsjón af mati Samkeppniseftirlitsins á verðþrýstingi Símans þá hafnar Samkeppniseftirlitið þeim sjónarmiðum fyrirtækisins að jafn skilvirkur keppinautur og Síminn hefði getað keppt með nægjanlegum hagnaði á farsímamarkaði.

3.7.8 Um eldri mál

Síminn vísar til ákvarðana samkeppnisráðs nr. 20/2002 og 40/2003 þar sem tekin hafi verið til meðferðar kvörtun vegna svokallaðrar „hópáskriftar“ Símans. Í þeirri áskrift hafi m.a. falist símtöl milli aðila innan tiltekinna hópa sem allir voru viðskiptavinir Símans (og þ.a.l. innankerfissímtöl) sem verðlögð voru á 0 kr. Síminn tekur fram að í málunum hafi það verið niðurstaða samkeppnisráðs að verðlagning Símans hafi verið lögmæt. Hafi verið litið til þess að heildarframlegð af GSM þjónustu í heild hafi verið sá þáttur sem líta bæri til. Síminn tekur fram að lúkningargjöld fyrirtækisins hafi legið fyrir í málunum. Síminn telji því að réttmætar væntingar hafi verið fyrir því að 11 kr. innankerfisverð á mínútu hafi verið löglegt.

Mat Samkeppniseftirlitsins

concerned." Þessi dómur undirréttarins var staðfestur með dómi dómstól ESB frá 15. mars 2007 í máli nr. C-95/04P.

¹⁶⁵ Sjá mgr. 65: „Where a dominant undertaking actually implements a pricing practice resulting in a margin squeeze on its equally efficient competitors, with the purpose of driving them from the relevant market, the fact that the desired result, namely the exclusion of those competitors, is not ultimately achieved does not alter its categorisation as abuse within the meaning of Article 102 TFEU.”

¹⁶⁶ Sjá mgr. 67: „... it is for the referring court to examine whether the effect of TeliaSonera’s pricing practice was likely to hinder the ability of competitors at least as efficient as itself to trade on the retail market for broadband connection services to end users.”

¹⁶⁷ Sjá mgr. 69 og áfram.



Í framangreindri ákvörðun samkeppnisráðs nr. 20/2002 kvartaði Tal undan tiltekinni áskrift Símans sem beint var til fyrirtækja og líktist svipaðri áskrift Tals sem nefndist „Hóptal“. Tal taldi að í háttsemi Símans hefði falist misnotkun á markaðsráðandi stöðu þar sem Síminn væri að verja markað sem fyrirtækið var næsta einrátt á. Auk þess taldi Tal að með framangreindri áskrift Símans stundaði fyrirtækið ólögmeta undirverðlagningu. Samkeppnisráð komst að þeirri niðurstöðu að ekki væri ástæða til aðgerða af hálfu ráðsins. Tal kærði ákvörðun samkeppnisráðs til áfrýjunarnefndar samkeppnismála sem vísaði málinu aftur til meðferðar hjá samkeppnisráði. Samkeppnisráð tók málið fyrir aftur og komst að sömu niðurstöðu í ákvörðun sinni nr. 40/2003.

Eins og fram kemur í málum samkeppnisráðs nr. 20/2002 og 40/2003 sem Síminn vísar til hér að framan þá varðaðu þau tiltekna áskrift hjá Símanum sem beindist að fyrirtækjum á smásölumarkaði. Samkeppnisráð tók málið til rannsóknar og komst að þeirri niðurstöðu að ekki hefði verið ástæða til að aðhafast í málinu á grundvelli undirverðlagningar í ljósi heildarafkomu Símans á farsímamarkaði.

Eins og fram kemur hér að framan þá beindist framangreind rannsókn samkeppnisráðs í tengslum við hópáskrift Símans að öðru broti en hér er til rannsóknar. Um var að ræða rannsókn á smásöluverði Símans í tengslum við tiltekna áskrift til fyrirtækja og hvort að með henni hafi fyrirtækið stundað undirverðlagningu á farsímamarkaði. Í þessu máli eru til rannsóknar áhrif lúkningargjalds í farsímanet Símans til samkeppnisaðila á heildsölustigi með hliðsjón af almennri smásöluverðlagningu fyrirtækisins á GSM símtölum innankerfis. Mál þetta varðar það hvort að með framangreindri verðlagningu Símans hafi fyrirtækið beitt keppinauta sína á farsímamarkaði verðþrýstingi sem er önnur háttsemi en undirverðlagning. Símanum sem fyrrum einkaleyfishafa á fjarskiptamarkaði og sem markaðsráðandi aðila á flestum sviðum fjarskipta hér á landi er vel kunnugt um að verðþrýstingur gegn keppinautum er ólögmet hegðun sem varðar við 11. gr. samkeppnislaga. Ekki er nóg að líta einungis til smásöluverðs í því sambandi heldur þarf fyrirtækið að gæta að hlutlægum og málefnalegum sjónarmiðum í verðlagningu sinni bæði á heildsölu- og smásölumarkaði.

4. Brot á 54. gr. EES-samningsins

Síminn telur að Samkeppniseftirlitið hafi ekki sýnt fram á að háttsemi Símans, þ.e. verðlagning á GSM símtölum, hafi áhrif á viðskipti milli aðildarríkja EES. Um sé að ræða símtöl sem fari ekki úr landinu og ekki sé því um að ræða vöru að mati Símans sem hægt sé að flytja úr landinu eða inn í það. Síminn tekur fram að varan sé ekki þess eðlis að hægt sé að bjóða hana á öðrum stöðum og að erlendir aðilar geti ekki boðið innankerfissímtöl hér á landi. Síminn bendir á að eins og stendur þá geti neytendur ekki keypt þjónustuna erlendis frá og því hafi það ekki áhrif á hegðun neytenda hvernig verðlagningu Símans sé háttað.

Mat Samkeppniseftirlitsins

Samkvæmt 1. mgr. 21. gr. samkeppnislaga skal Samkeppniseftirlitið beita 53. og 54. gr. EES-samningsins eftir því sem kveðið er á um í lögnum. Nánar er mælt fyrir um þetta í m.a. 26. gr. laganna en þar segir m.a:



„Ef Samkeppniseftirlitið, áfrýjunarnefnd samkeppnismála eða dómstólar beita ákvæðum laga þessara vegna misnotkunar á markaðsráðandi stöðu sem bönnuð er skv. 54. gr. EES-samningsins skulu þau einnig beita 54. gr. EES-samningsins.“

Í 54. gr. er lagt bann við misnotkun á markaðsráðandi stöðu á svæðinu sem EES-samningurinn tekur til, eða verulegum hluta þess, að því leyti sem hún kann að hafa áhrif á viðskipti milli samningsaðila EES-samningsins. Efnisákvæði 54. gr. EES-samningsins eru fyllilega sambærileg við ákvæði 11. samkeppnislaga enda sækja samkeppnislögin að þessu leyti fyrirmynd sína til EES/ESB-samkeppnisréttar.

Landfræðilegur markaður þar sem Síminn er markaðsráðandi er Ísland. Ísland telst vera verulegur hluti af Evrópska efnahagssvæðinu.¹⁶⁸

Í 93. mgr. tilkynningar Eftirlitsstofnunar EFTA, Leiðbeiningar um hugtakið áhrif á viðskipti eins og það er notað í 53. gr. og 54. gr. EES-samningsins, segir:

„Ef fyrirtæki, sem nýtur markaðsráðandi stöðu í einu EES-ríki í heild, grípur til markaðshindrandi misnotkunar geta viðskipti milli EES-ríkjanna venjulega orðið fyrir áhrifum. Misnotkun af því tagi gerir keppinautum í öðrum EES-ríkjum yfirleitt erfiðara um vik að komast inn á markaðinn, og viðskiptamynstur geta þá orðið fyrir áhrifum.“¹⁶⁹

Ber að hafa í huga að ekki þarf að sýna fram á raunveruleg áhrif á viðskipti til þess að 54. gr. EES-samningsins geti átt við.¹⁷⁰

Síminn er í markaðsráðandi stöðu og markaður málsins tekur til landsins alls. Þau útilokunaráhrif sem stafa af misnotkun Símans á markaðsráðandi stöðu sinni eru til þess fallin að hindra mögulega keppinauta frá öðrum EES-ríkjum í því að ná fótfestu á íslenska markaðnum. Í ljósi þessa og með hliðsjón af atvikum þessa máls verður að telja að aðgerðir Símans séu til þess fallnar að hafa áhrif á viðskipti milli EES ríkja í skilningi 54. gr. EES-samningsins. Af þessu leiðir að beita verður því ákvæði í málinu.

Hér að framan hafa verið færð fyrir því rök að Síminn hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með verðþrýstingi. Með vísan til sömu raka er það einnig niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að aðgerðir Símans hafi farið gegn 54. gr. EES-samningsins.

5. Upplýsingagjöf Símans

Í andmælaskjali Samkeppniseftirlitsins var gerð athugasemd við misvísandi upplýsingagjöf Símans um kostnaðarverð í kerfum fyrirtækisins. Síminn mótmælir því og segist ávallt hafa

¹⁶⁸ Sjá dóm dómstóls ESB í máli nr. 322/81 Michelin v Commission (Michelin I) [1983] ECR-3461; mál C-323/93 Centre d'Insémination de la Crespelle [1994] ECR I-5077; og mál T-228/97 Irish Sugar v Commission [1999] ECR II-2969.

¹⁶⁹ Birt í EES-viðbæti við Stjórnartíðindi Evrópusambandsins, 30.11.2006.

¹⁷⁰ Sjá ákvörðun Eftirlitsstofnunar EFTA frá 14. júlí 2010 í máli nr. 34250 Norway Post/Privpak: „... it is sufficient that the abuse "may affect trade", i.e. that it is sufficiently probable that the practices are capable of having an effect on the patterns of trade based on an objective assessment.517 It is not necessary that trade be reduced; the abusive practices must simply be capable of affecting the pattern of trade.“



veitt sannar og réttar upplýsingar, miðað við þau gögn sem félagið hafi búið yfir á hverjum tíma. Síminn telji að hvergi í samkeppnislögum sé lögð sú skylda á markaðsráðandi fyrirtæki að búa ávallt yfir áreiðanlegum og vel rökstuddum upplýsingum um raunkostnað í kerfum sínum. Af því leiði að skortur á slíkum upplýsingum geti ekki brotið gegn 19. gr. samkeppnislaga. Í því ákvæði sé aðeins kveðið á um að fyrirtæki skuli veita Samkeppniseftirlitinu allar þær upplýsingar sem það krefjist. Þessar upplýsingar hafi Síminn veitt á grundvelli þeirra upplýsinga sem fyrirtækið hafi búið yfir á hverjum tíma. Síminn telji því óumdeilt að fyrirtækið hafi ekki brotið gegn skyldu til að veita upplýsingar og verði því ekki lagðar á félagið sektir samkvæmt i-lið 1. mgr. 37. gr. samkeppnislaga.

Síminn bendir á að 19. gr. samkeppnislaga taki aðeins til gagna eða upplýsinga. Þá telji Síminn að greina verði á milli annars vegar staðreynanlegra upplýsinga og gagna sem skylt sé að afhenda, og hins vegar staðhæfinga og málflutnings fyrir Samkeppniseftirlitinu, sem 19. gr. taki ekki til. Síminn telji einnig að félagið hafi ekki veitt rangar, villandi eða ófullnægjandi upplýsingar í skilningi 2. mgr. 41. gr. b. samkeppnislaga. Tekið sé fram að það hafi þó ekki verið gert af ásetningi og að ekki sé að finna í greininni heimild til refsingar sé brotið gegn henni af gáleysi.

Segir Síminn að skýra megi flest ætlað ósamræmi í upplýsingagjöf fyrirtækisins með því að í fyrra andmælaskjali hafi athyglin beinst að verðlagningu á smásölumarkaði en í seinna andmælaskjalinu hafi hún beinst að verðlagningu á heildsölumarkaði. Setur Síminn síðan fram sjónarmið sem eiga að styðja að upplýsingar fyrirtækisins tengdar lúkningar- og upphafsverði hafi ekki verið rangar.

Um lúkningarverð segir í umsögn Símans:

[



]

Um upphafsverð segir í umsögn Símans:

[



]

Síminn mótmælir því að fyrirtækið hafi brotið gegn 19. gr. samkeppnislaga undir rekstri málsins.

Mat Samkeppniseftirlitsins

Samkvæmt 19. gr. samkeppnislaga getur Samkeppniseftirlitið krafið fyrirtæki um allar upplýsingar og gögn sem þykja nauðsynlegar við athugun einstakra mála. Beiðni Samkeppniseftirlitsins um upplýsingar skv. 19. gr. laganna felur í sér skyldu fyrir móttakanda hennar að verða við henni nema annað sé tekið skýrt fram., sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2001 *Vaxta ehf. gegn Samkeppnisstofnun*. Áfrýjunarnefnd hefur einnig bent á að samkeppnisyfirvöld hafi „ríka hagsmuni af því að geta aflað upplýsinga um einstök mál, hegðun einstakra fyrirtækja á markaði sem og almenna stöðu og þróun markaða. Þessar upplýsingar eru nauðsynlegar til að þau geti sinnt skyldum til eftirlits og ákvarðana“, sbr. mál nr. 4/2011 *Seðlabanki Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu*. Ljóst er að í upplýsingaskyldu skv. 19. gr. samkeppnislaga felst að fyrirtæki veiti Samkeppniseftirlitinu sannar og fullnægjandi upplýsingar og afhendi rétt gögn, sbr. einnig ákvæði 41. gr. b laganna.¹⁷¹ Brot á 19. gr. samkeppnislaga geta varðað fyrirtæki stjórnvaldssektum og einstaklinga og fyrirtæki refsingu, sbr. 37. og 41. gr. b samkeppnislaga, sbr. m.a. dóm Hæstaréttar Íslands í máli nr. 479/2008 *Samkeppniseftirlitið gegn IceCapital ehf.*

Varðandi þær kröfur sem almennt verður að gera til upplýsingagjafar markaðsráðandi fyrirtækja ber að áréttu að á slíkum fyrirtækjum hvílir rík skylda um 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 í máli nr. 3/2008 *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu*. Af þessu leiðir m.a. að markaðsráðandi fyrirtæki verða að öllu jöfnu að gæta að því að búa yfir traustum upplýsingum um eigin kostnað áður en þau grípa til ráðstafana sem áhrif geta

¹⁷¹ Hnykktt er á þessu í frumvarpi sem varð að lögum nr. 52/2007: „Í 2. mgr. er kveðið á um að hver sá sem við upplýsingagjöf skv. 19. gr. veitir Samkeppniseftirlitinu rangar, villandi eða ófullnægjandi upplýsingar skuli sæta sektum eða fangelsi allt að tveimur árum. Í gildandi rétti er kveðið á um að sá sem gefur aðilum sem annast framkvæmd laganna rangar skýrslur skuli sæta refsingu skv. XV. kafla almennra hegningarlaga. Rétt þykir að áréttu sérstaklega að brot á upplýsingaskyldu skv. 19. gr. samkeppnislaga varði refsingu ...“



haft á viðkomandi markaði. Ber að hafa í huga að misnotkun á markaðsráðandi stöðu getur bæði falist í aðgerðum og athafnaleysi, sbr. umfjöllun hér að framan.

Síminn hefur lengi verið í markaðsráðandi stöðu á fjarskiptamarkaði. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 11/1999 *Landssími Íslands hf. gegn samkeppnisráði* var staðfest sú niðurstaða að Síminn hefði misnotað markaðsráðandi stöðu sína á farsímamarkaði með því að veita tiltekinn afslátt. Í úrskurðinum segir m.a.:

„Ákvörðun um þessi sérstöku afsláttarkjör ... virðist hafa verið tekin án þess að fyrir lægi nokkur kostnaðarútreikningur um áætlaðan sparnað og hagnað Landssíma Íslands hf. vegna mikilla viðskipta við einstaka viðskiptavini, með samanburði við önnur þjónustusvið. Hefur Landssíminn eigi heldur síðar lagt fram fullnægjandi gögn í þá veru þótt eftir væri leitað, enda þótt telja verði að Landssíminn hafi sönnunarbyrði um það, sem fyrirtæki í einstæðri yfirburðaaðstöðu, að málefnalega hafi verið staðið að ákvörðun sem þeirri, er hér um ræðir, og að kostnaðarreikningar hafi réttlætt hana.“

Úrskurður áfrýjunarnefndar var staðfestur í bæði héraði og Hæstarétti. Í dómi Héraðsdóms Reykjavíkur var bent á að sönnunarbyrðin um að afsláttur ætti rót að rekja til kostnaðarlegra forsendna hvíldi á Símanum. Í dómi Hæstaréttar Íslands frá 8. nóvember 2001 í máli nr. 120/2001 *Landssími Íslands hf. gegn samkeppnisráði* segir:

„Í málinu er óumdeilt, að áfrýjandi naut á þessum tíma markaðsráðandi stöðu á fjarskiptamarkaði hér á landi. Þótt markaðsráðandi fyrirtæki geti að öðru jöfnu gripið til ýmis konar aðgerða í samkeppni er óhjákvæmilegt að meta hin umdeildu afsláttarkjör áfrýjanda í ljósi yfirburðastöðu fyrirtækisins á þessum markaði, en þar hafði engrar samkeppni áður notið. Í samræmi við 39. gr. samkeppnislaga kallaði stefndi eftir upplýsingum og gögnum frá áfrýjanda um það, hvert hann teldi vera kostnaðarlegt hagræði sitt af því að veita afslátt sérstaklega á sviði GSM-þjónustu til tiltekinna viðskiptavina, er ættu í meiri viðskiptum við hann en aðrir. Áfrýjandi hefur ekki viljað svara þessu og telur slíkra upplýsinga ekki þörf til að meta réttmæti afsláttarkjaranna. Af framlögðum fundargerðum áfrýjanda verður heldur ekkert ráðið í þessu efni. Verður hann að bera halla af skorti á upplýsingum um það, að annað hafi vakað fyrir honum með veitingu stórnotendaáskriftar og magnafsláttar en að styrkja og viðhalda með einhverjum hætti markaðsráðandi stöðu sinni á sviði GSM-þjónustu.“

Í framangreindum málum var það staðfest að á Símanum hvíldi, sem markaðsráðandi fyrirtæki, sönnunarbyrði fyrir því að málefnalega hafi verið staðið að verðákvörðunum sem styðjist við kostnaðarreikninga fyrirtækisins. Símanum hefur því verið fullkunnugt um sönnunarbyrði fyrirtækisins að þessu leyti og ætti ekki að koma á óvart þó gengið sé út frá því að félagið þekki kostnað í farsímaneti félagsins. Líta má og til dóms dómstóls ESB í málinu sem varðaði verðþrýsting Deutsche Telecom. Lagði dómstóllinn til grundvallar að markaðsráðandi fyrirtæki þekki eigin kostnað og geti þar með metið hvort háttsemi þeirra sé lögmæt.¹⁷²

¹⁷² Mál nr. C-280/08P. Í fréttatilkynningu dómstólsins segir: „With regard to the method used to determine whether a margin squeeze is abusive, the Court considers that the General Court and the Commission were entitled to rely on the ‘as-efficient-competitor’ test, which consists in considering whether the pricing practices



Samkeppniseftirlitið telur að Síminn hafi í þessu máli upplýst með mismunandi hætti um tiltekna þætti sem tengjast kostnaði fyrirtækisins. Tekur þetta til atvika sem tengjast því hvort kostnaðargreining hafi verið framkvæmd á lúkningar- og upphafsverði. Verður nú nánar vikið að þessu:

Kostnaðargreining:

Um misvísandi og villandi upplýsingagjöf og umfjöllun Símans í tengslum við kostnaðargreiningu fyrirtækisins þá bendir Samkeppniseftirlitið á eftirfarandi:

1. Samkvæmt 26. gr. þágildandi fjarskiptalaga nr. 107/1999 hvíldi á Símanum sönnunarbyrði fyrir því að samtengingjöld séu reiknuð út frá raunverulegum tilkostnaði. Þetta ákvæði gildi m.a. um upphaf og lúkningu símtala í farsímanetum og bar Símanum að byggja verðlagningu sína á raunkostnaði. Var Símanum með öðrum orðum skylt að þekkja kostnað sinn að þessu leyti.

Samkeppnisstofnun barst erindi frá Tali með bréfi, dags. 31. desember 2001, vegna verðlagningar Símans á farsímamarkaði. Erindið barst eftir að framangreindur dómur Hæstaréttar í máli nr. 120/2001 lá fyrir. Í svarbréfi Símans til Samkeppnisstofnunar, dags. 11. febrúar 2002, tekur félagið fram eftirfarandi vegna erindis Tals: „Í kjölfar niðurstöðu samkeppnisráðs í málinu hafa engin afsláttarkjör verið kynnt til sögunnar án þess að vera undirbyggð með gögnum sem lúta að kostnaðarlegu hagræði. Það var ekki fyrr en að lokinni ítarlegri vinnu í kostnaðarlíkani, sem KPMG m.a. unnu að, að svokallaðar Gull og Silfur áskriftir voru boðnar í október 2000.“ Þann 10. apríl 2003 lagði Síminn fram kostnaðargreiningu í máli fyrir PFS, sbr. ákvörðun PFS þann 23. apríl 2003, *Erindi Íslandssíma hf. um samtengiverð í farsímaneti Landssíma Íslands hf.* Símanum var í kjölfarið gert að lækka gjald fyrir lúkningu í GSM farsímakerfi fyrirtækisins í 8,92 kr. án vsk. frá og með 1. júní 2003 með hliðsjón af nefndri kostnaðargreiningu fyrirtækisins.

Þrátt fyrir framangreint hefur Síminn í upplýsingagjöf til Samkeppniseftirlitsins fullyrt eftirfarandi:

- Í bréfi Símans til Samkeppniseftirlitsins, dags. 28. apríl 2008, segir: „Það skal taka það fram til þess að fyrirbyggja frekari misskilning að PFS hefur ekki framkvæmt kostnaðargreiningu né heldur hefur Síminn lagt fram slíka greiningu eins og áður sagði.“
- Í bréfi Símans til Samkeppniseftirlitsins, dags. 19. mars 2010, segir: „Síminn hefur aldrei haldið því fram að félagið hafi framkvæmt kostnaðargreiningu á lúkningarverðum félagsins fyrir árið 2007. Slík greining fór líkt og áður sagði ekki fram fyrr en með greiningu Analysys Mason á árinu 2007. Það er einfaldlega rangt að slík greining hafi farið fram á árinu 2003.“

of a dominant undertaking could drive an equally efficient economic operator from the market, relying solely on the dominant undertaking's charges and costs instead of on their particular situation of its competitors. Such a test can establish whether Deutsche Telekom would have been able to offer its retail services to end-users otherwise than at a loss if it had first been obliged to pay its own wholesale prices for local loop access services. In addition, the test is consistent with the principle of legal certainty in so far as it allows dominant undertakings, which necessarily know what their own costs and charges are, to assess the lawfulness of the own conduct.“



Ljóst er því að þessar fullyrðingar í bréfunum frá 2008 og 2010 til Samkeppniseftirlitsins eru rangar.

Lúkningarverð:

Um misvísandi og villandi upplýsingagjöf og umfjöllun Símans í tengslum við lúkningarverð fyrirtækisins þá bendir Samkeppniseftirlitið á eftirfarandi:

2. Í úrskurði úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála í máli nr. 12/2006 kemur fram að Síminn hafi mótmælt því að lúkningargjald að upphæð 8,92 kr. (án vsk.) væri töluvert umfram raunverulegan kostnað fyrirtækisins. Síminn fullyrkti að 8,92 kr. væri eðlilegt gjald fyrir hagkvæmt rekið farsímafyrirtæki að teknu tilliti til rekstraraðstæðna þess. Í bréfi Símans til Samkeppniseftirlitsins, dags. 28. janúar 2008, segir m.a.: „Smásöluverð Símans byggir á kostnaði ásamt hæfilegri álagningu eins og almennt gildir um ákvörðun verðs fyrir vöru og þjónustu. Þær forsendur sem Síminn lagði til grundvallar verðákvörðun sinni voru þær að fundið var út hver lengd meðalsímtals er hjá viðskiptavinum Símans. Miðað er við að meðalsímtal sé [] mínútur. Mínútuverð sem smásalan greiðir heildsölu Símans er það sama hvort sem hringt er í farsímanet Nova, Vodafone eða innan kerfis hjá Símanum. Lúkningarverði Nova, eða Vodafone eftir atvikum, ásamt tengigjaldi er síðan bætt við heildsöluverð Símans og er þá komið kostnaðarverð símtalsins. Samsetning þessara tveggja þátta er það sem ákvarðar smásöluverðlagningu.“ Lúkningarverð Símans hafði á þessum tíma farið úr 8,92 kr. í 7,85 kr. á mínútu á grundvelli kvaða PFS um hámarksverð. Síminn kaus að fylgja viðmiðun PFS um hámarksverð fyrir lúkningu símtala í farsímanet Símans sem átti sér uppruna í farsímaneti keppinauta félagsins enda taldi fyrirtækið að sú fjárhæð væri eðlilegt gjald eins og fyrr segir. Hafði Samkeppniseftirlitið hliðsjón af þessum upplýsingum frá Símanum í málinu við vinnslu fyrra andmælaskjalsins og voru þær til stuðnings því frummati Samkeppniseftirlitsins að Síminn hefði misnotað markaðsráðandi stöðu sína með undirverðlagningu, sbr. andmælaskjalið frá mars 2008.

Í bréfi Símans til Samkeppniseftirlitsins, dags. 28. apríl 2008, vísaði fyrirtækið í framangreindar athugasemdir félagsins til úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála og hélt því fram að 8,92 kr. lúkningarverð væri ekki kostnaðarreiknað verð þó að félagið teldi sanngjarnt að leggja það til grundvallar í verðlagningu sinni til keppinauta.

Í desember 2008 lagði Síminn fram í þessu máli kostnaðargreiningu Analysys Mason sem byggir á gögnum úr rekstri Símans á árinu 2007. Í henni kemur m.a. fram að kostnaðarverð fyrir lúkningu símals í GSM farsímaneti Símans sem eigi uppruna í öðrum farsímanetum eða fastaneti sé [] kr. á mínútu. Einnig lagði Síminn fram í málinu bréf til PFS, dags. 24. mars 2009. Í því bréfi er staðhæft að [] kr. sé eðlilegt lúkningargjald fyrir hagkvæmt rekið farsímafyrirtæki hér á landi.

Samkvæmt þessu hefur Síminn annars vegar haldið því fram að 8,92 kr. sé eðlilegt lúkningargjald og í samræmi við kostnað og hins vegar að 4,55 kr. sé það einnig. Ljóst er því að upplýsingagjöf Símans að þessu leyti hefur verið misvísandi og því röng. Er ekki unnt að fallast á það með Símanum að félagið hafi ekki þekkt kostnað í



farsímakerfi félagsins fyrr en það lagði fram kostnaðargreiningu Analysys Mason á árinu 2008 enda hafði Síminn haldið hinu gagnstæða fram.

3. Með bréfi Samkeppniseftirlitsins til Símans, dags. 11. febrúar 2008, var óskað eftir upplýsingum frá Símanum um verðlagningu fyrirtækisins á farsímamarkaði á grundvelli 19. gr. samkeppnislaga. Í svarbréfi Símans til Samkeppniseftirlitsins, dags. 15. febrúar 2008, segir að í töflu sem fylgdi bréfi Samkeppniseftirlitsins frá 11. febrúar 2008 komi fram að eftirlitið telji „að Síminn eigi að heimta lúkningu af sjálfu sér á grundvelli ákvörðunar á fjarskiptamarkaði 16 fyrir símtöl innan kerfis. Hið rétta er að lúkning er einungis innheimt þegar hringt er í farsímanet Símans úr neti annarra fyrirtækja.“ Í öðru bréfi Símans til Samkeppniseftirlitsins, dags. 28. apríl 2008, er hinu gagnstæða haldið fram en þar segir: „Í andmælaskjali eftirlitsins er því haldið fram að Síminn telji sig ekki eiga að greiða kostnað vegna lúkningu innannetssímtala. Það er ekki rétt. Síminn telur sig þurfa að greiða fyrir upphaf og lúkningu innannetssímtala eins og utannetssímtala.“ Í umsögn Símans til Samkeppniseftirlitið, dags. 19. mars 2010, breytir Síminn aftur afstöðu sinni og heldur fram að engin lúkning eigi sér stað í innankerfissímtölum heldur bara endir eða lok símtala.

Samkvæmt þessu hefur Síminn ýmist fullyrt að innheimta beri lúkningu í innankerfissímtölum eða að ekki beri að innheimta lúkningu í slíkum símtölum. Síminn hefur skýrt þessar misvísandi fullyrðingar með því að í bréfinu frá 28. apríl 2008 kunnir lögmaður félagsins að hafa notað rangt hugtak eða sett fram ranga staðhæfingu. Þá er einnig sagt að um málflutning hafi verið að ræða og þannig geti ekki verið um ræða ranga eða villandi upplýsingagjöf.

Samkeppniseftirlitið bendir á að Síminn hefur afhent eftirlitinu yfirlýsingu um óskilyrt umboð til handa viðkomandi lögmanni. Verður því að líta á „sérhverja yfirlýsingu eða athöfn lögmannsins sem yfirlýsingu eða athöfn“ Símans, sbr. 12 gr. reglna nr. 880/2005 með síðari breytingum. Staðhæfingar lögmanns Símans um staðreyndarleg atriði sem tengjast rekstri Símans ber því að virða eins og fyrirtækið hefði sjálf sett það fram. Síminn getur sett fram hvers konar sjónarmið til stuðnings því mati fyrirtækisins að aðgerðir þess hafi verið lögmætar. Símanum er hins vegar ekki heimilt að veita rangar eða villandi upplýsingar.

Í ljósi framangreinds hefur Síminn að þessu leyti veitt rangar og misvísandi upplýsingar.

4. Í bréfi Símans til Samkeppniseftirlitsins, dags. 28. apríl 2008, mótmælir Síminn því sem fram kemur í andmælaskjali eftirlitsins um að 8,92 kr. án vsk. hafi verið kostnaðarreiknað verð fyrir lúkningu í farsímaneti Símans. Þrátt fyrir það telur Síminn að sanngjarnt hafi verið að leggja það til grundvallar eins og segir í sama bréfi enda hafi það verð gilt fyrir keppnauta Símans. Þó að Síminn haldi fram að 8,92 kr. lúkningarverð hafi ekki verið kostnaðarreiknað verð þá tekur Síminn samt fram að það verð hafi verið byggt á kostnaðargreiningu fyrir lúkningu símtala í farsímakerfi Símans sem gerð var árið 2003 og byggði á kostnaði fyrirtækisins árið 2002. Það verð Símans gildi allt fram til 1. nóvember 2006 er PFS kvað á um verðlækkun á grundvelli hámarksverðs sbr. töflu 1. Til samanburðar hefur Síminn miðað við að verð fyrir bæði upphaf- og lúkningu GSM símtala innankerfis sé 6,63 kr. án vsk. Sú



niðurstaða tók mið af smásöllum áferð í markaðsgreiningu PFS eins og segir í sama bréfi Símanum til Samkeppniseftirlitsins. Þrátt fyrir að Síminn hafi stuðst við viðmiðunarverð PFS og þann augljósa mun á lúkningarverði til keppnauta Símanum annars vegar og Smásölu Símanum hins vegar þá fullyrðir Síminn í fyrrgreindu bréfi til Samkeppniseftirlitsins, dags. 28. apríl 2008, að verðlagning fyrirtækisins byggi á kostnaðarforsendum og tengist því að ólíkur kostnaður liggja á bak við hvern þjónustulið í GSM farsímakerfi fyrirtækisins.

Eins og sjá má hér að framan hefur Síminn haldið því fram að lúkningarverð félagsins hafi ekki verið kostnaðarreiknað. Eins kemur fram hjá Símanum að fyrirtækið hafi framkvæmt kostnaðargreiningu á farsímakerfi félagsins með aðstoð KPMG á árinu 2000 og síðar fyrir lúkningu í farsímakerfi félagsins sérstaklega á árinu 2003. Þrátt fyrir það hefur Síminn miðað verðlagningu sína út frá viðmiðunarverði og hámarksverði sem PFS hefur birt félaginu. Samt fullyrðir félagið að verðlagning fyrirtækisins byggi á kostnaðarforsendum og tengist því að ólíkur kostnaður liggja á bak við hvern þjónustulið í GSM farsímakerfi fyrirtækisins eins og framar segir. Af ummælum Símanum hér að framan má sjá að fyrirtækið hefur veitt rangar og misvísandi upplýsingar.

Upphafsverð:

Í máli þessu er lagt til grundvallar að kostnaður við lúkningu símtala innankerfis hjá Símanum sé sambærilegur við lúkningu símtala hjá Símanum sem berast úr öðrum farsímakerfum. Með sama hætti á verðákvörðun fyrir upphaf símtala innankerfis að grundvallast á sambærilegum kostnaðarlegum forsendum og verð fyrir upphaf símtala í farsímaneti Símanum sem enda í öðrum símkerfum.

Varðandi misvísandi og villandi málflutning Símanum í tengslum við upphafsverð hjá fyrirtækinu bendir Samkeppniseftirlitið á eftirfarandi:

5. Staðhæfingar Símanum um að verðlagning fyrirtækisins byggi á kostnaðarforsendum og tengist því að ólíkur kostnaður liggur á bak við hvern þjónustulið eru misvísandi. Með bréfi Samkeppniseftirlitsins til Símanum, dags. 11. febrúar 2008, var óskað eftir upplýsingum frá Símanum um verðlagningu fyrirtækisins á farsímamarkaði á grundvelli 19. gr. samkeppnislaga. Svar barst frá Símanum í bréfi til Samkeppniseftirlitsins, dags. 15. febrúar 2008. Í bréfi Símanum segir að verð fyrir endursöluaðgang á heildsölustigi fyrir símtal sem er allt innan kerfis í farsímaneti Símanum sé 6,63 kr. án vsk. Um sé að ræða viðmiðunarverð PFS vegna endursöluaðgangs út frá smásöllum áferð. Síminn tekur fram að smásala Símanum eða aðrir mögulegir smásalar greiði ekki lúkningarverð til heildsölu Símanum heldur komi greiðsla lúkningarverðs einungis til þegar hringt er í önnur farsímanet. Eins og sjá má í töflu sem fylgdi bréfinu þá var framangreind fjárhæð 6,63 kr. þar öll heimfærð sem upphafsgjald vegna innankerfissímtala en engin fjárhæð er tilgreind í reit sem átti við um kostnað vegna lúkningar símtala. Eins segir í bréfinu að þegar símtal eigi upphaf i farsímaneti Símanum en ljúki í öðru farsímaneti séu kostnaðarforsendur þær að smásala Símanum greiðir heildsölu Símanum upphafsgjald að fjárhæð [] kr. án vsk.



Í öðru bréfi Símans sem síðar barst til Samkeppniseftirlitsins, dags. 28. apríl 2008, segir að upphafsgjald að fjárhæð [] kr. án vsk. hafi verið ókostnaðarreiknað viðmiðunarverð til smásölu Símans til að uppfylla kvaðir um bókhaldslegan aðskilnað. Um var að ræða heildsöluverð til smásölu Símans þar sem ákveðið hafi verið að jafnaðarverð fyrir upphaf símtala hjá Símanum skyldi vera [] kr. án vsk. Í sama bréfi Símans er tekið fram að ef framsetning Símans hafi áður verið óskýr þá vildi fyrirtækið taka fram að umrædd fjárhæð sem áður hafði eingöngu að geyma upphafsverð símtala að fjárhæð 6,63 kr. hafði nú einnig að geyma lúkningu. Þá kom einnig fram að upphafsgjald símtala innankerfis í farsímaneti Símans væri nú 3,01 kr. án vsk. (3,75 kr. m. vsk.) en ekki 6,63 kr. án vsk. eða jafnvel [] kr. án vsk. eins og áður kom fram.

Eins og sjá má hefur Síminn miðað verðlagningu sína innankerfis þ.m.t. upphafsverð símtala út frá viðmiðunarverði PFS. Verðlagning Símans hefur því ekki verið byggð á kostnaðarlegum forsendum sem tengist því að ólíkur kostnaður liggja á bak við hvern þjónustulið. Auk þess má sjá hér að framan að málf lutningur Símans hefur einnig verið bæði rangur og misvísandi.

Niðurstaða

Af framangreindu leiðir að fjarskiptafyrirtæki sem er í markaðsráðandi stöðu eins og Síminn verður að búa yfir áreiðanleiganlegum og vel rökstuddum upplýsingum um raunkostnað í kerfum sínum, meðal annars svo unnt sé að leiða í ljós kostnað að baki samtengigjöldum við önnur kerfi og útreikning á smásöluverði hvort heldur er fyrir símtöl milli kerfa eða innan eigin kerfis. Þá er Símanum óheimilt að veita Samkeppniseftirlitinu rangar, villandi eða ófullnægjandi upplýsingar.

Eins og sýnt hefur verið fram á hefur Síminn veitt rangar eða villandi upplýsingar í þessu máli um mikilvæg staðreyndarleg atriði. Til þess að samkeppnislög nái markmiði sínu er nauðsynlegt að fyrirtæki veiti ávallt fullnægjandi og sannar upplýsingar um m.a. kostnað og aðra mikilvæga þætti í rekstri þeirra. Verður að telja að með framangreindri háttsemi sinni hafi Síminn brotið gegn 19. gr. samkeppnislaga.

V. VIÐURLÖG

Í þessum kafla verður fjallað um ákvæði 37. gr. samkeppnislaga og hugað að þeim sjónarmiðum sem líta verður til við ákvörðun viðurlaga í málinu. Einnig verða tekin til skoðunar sjónarmið Símans um fyrningu brota.

1. Um fyrningu

Síminn vísar til þess að á árinu 2001 hafi verið í gildi eldri samkeppnislög sem ekki höfðu að geyma sérstök ákvæði um fyrningu. Hins vegar telji áfrýjunarnefnd samkeppnismála að



líta beri til ákvæða 80. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940 með löggjöfnun við ákvörðun fyrningarfrests brota gegn þágildandi samkeppnislögum. Samkvæmt þeim lögum sé fyrningarfrestur vegna refsíabyrgðar lögaðila fimm ár.

Síminn telur að óheimilt sé að kveða á um refsingu fyrir athafnaleysi nema slíkt sé sérstaklega heimilað í viðkomandi lögum. Sú athöfn sem í andmælskjali sé talin brjóta gegn samkeppnislögum sé verðákvörðun Símans sem tekin var þann 1. maí 2001, þ.e. að lækka verð á innankerfissímtölum í 11 kr. á mínútu. Síminn telur að þar sem engin heimild sé í samkeppnislögum til refsingar vegna athafnaleysis, sé ekki unnt að telja að athafnaleysi Símans í að breyta því verði, þ.e. 11 kr., feli í sér brot gegn samkeppnislögum. Fyrningarfrestur vegna hins meinta brots hafi hafist þann 1. maí 2001 og það því fyrnst þann 1. maí 2006 þar sem fyrningarfrestur var aldrei rofinn. Síminn telur að af þeirri ástæðu hafi borið að fella niður rannsókn málsins.

Mat Samkeppniseftirlitsins

Fram til gildistöku laga nr. 52/2007 var í samkeppnislögum ekki að finna sérstök ákvæði um fyrningu brota gegn lögnum. Áfrýjunarnefnd samkeppnismála hefur hins vegar beitt ákvæði 80. gr. hegningarlaga með áorðnum breytingum með löggjöfnun, sbr. m.a. úrskurð nefndarinnar í máli nr. 3/2008 Hf. *Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu*. Í þessu sambandi hefur nefndin einkum vísað til þess að um eðlislík tilvik sé að ræða og sjónarmiða um skýrleika réttarheimilda. Telur Samkeppniseftirlitið að leggja verði þessi sjónarmið áfrýjunarnefndarinnar til grundvallar í málinu.

Eins og áfrýjunarefnd samkeppnismála hefur bent á getur brot á 11. gr. samkeppnislaga falið í sér samfelld brotaferli ef um er að ræða samfelld og áframhaldandi brotaferli eðlislíkra athafna. Er þá litið á brotaferlið í heild sinni sem eitt brot. Hefst þá fyrningarfrestur við lok síðasta verknaðarþáttar og sami fyrningarfrestur gildir þá um allt brotið. Mál þetta tekur til atvika sem gerðust eftir maí 2001 og er því fyrningarfrestur 5 ár, sbr. lög nr. 39/2000. Samkvæmt áfrýjunarnefnd samkeppnismála rofnar fyrning þegar „*stjórnvald á samkeppnissviði sakar viðkomandi aðila með skýrum og sannanlegum hætti um tiltekið brot.*”

Hin ólögmati verðþrýstingur Símans hófst 1. maí 2001 og var í framkvæmd a.m.k. allt rannsóknartímabil þessa máls, þ.e. frá maí 2001 til ársloka 2007. Ljóst er því að þessi verðþrýstingur fól í sér samfelld og áframhaldandi brotaferli eðlislíkra athafna. Ef lagt er til grundvallar að broti Símans hafi verið hætt eftir rannsóknartímabilið hófst fyrningarfrestur í árslok 2007.

Sjónarmið Símans um athafnaleysi geta hér engu breytt. Verðlagning Símans eins og að framan er lýst raskaði eðlilegri verðmyndun fyrir farsímaþjónustu og skapaði aðgangshindranir á farsímaþjónustu. Það er því ekki spurning um að Síminn hafi ekki breytt verði sínu úr 11 kr. á mínútu heldur því að hafa ekki hagað verðlagningu sinni fyrir lúkningu GSM símtala innankerfis og fyrir innkomandi símtöl úr öðrum farsímanetum á hlutlægan og málefnalegan hátt samanborið við verðlagningu fyrirtækisins fyrir GSM símtöl á smásölustigi. Brot fyrirtækisins á 11. gr. samkeppnislaga fólst þannig í því að koma á eða beita samkeppnishamlandi verðþrýstingi á rannsóknartímabili málsins. Ekki er því um það að ræða að verið sé að refsa fyrir athafnaleysi í þeim skilningi sem Síminn heldur fram.



Benda má og á að í TeliaSonera málinu benti dómstóll ESB á að ólögmætur verðþrýstingur getur bæði falist í aðgerðum og aðgerðaleyfi markaðsráðandi fyrirtækis.¹⁷³

Rannsókn þessa máls hófst í ársbyrjun 2008 og fyrra andmælaskjal var sent Símanum í mars 2008. Í því var sett fram sú frumniðurstaða að Síminn hefði með verðlagningu sinni á farsímamarkaði brotið 11. gr. samkeppnislaga. Við rannsókn málsins hafði Samkeppniseftirlitið óskað eftir tilteknum kostnaðarupplýsingum (kostnaður í GSM farsímaneti) frá Símanum og byggði á þeim upplýsingum í andmælaskjalinu. Eftir útgáfu andmælaskjalsins lagði Síminn hins vegar fram nýjar kostnaðarupplýsingar, sbr. umfjöllun hér að framan. Breytti þetta grundvelli málsins og kallaði á nýja rannsókn. Leiddi þetta til þess Samkeppniseftirlitið sendi nýtt andmælaskjal til Símans, dags. 5. febrúar 2010. Í síðara andmælaskjalinu var vegna hinna nýju upplýsinga komist að þeirri frumniðurstöðu að brot Símans á 11. gr. samkeppnislaga fælist í verðþrýstingi (e. price/margin squeeze) en í fyrra andmælaskjalinu var talið að um undiverðlagningu hafi verið að ræða.

Röng upplýsingagjöf frá Símanum hefur þannig haft þau áhrif að rannsókn þessa máls hefur tafist. Hins vegar er ljóst að brot Símans eru ekki fyrnd og þarf ekki að taka afstöðu til þess hvort fyrningarfresturinn hafi verið rofinn í upphafi árs 2008. Ástæða þessa er að a.m.k. er ljóst að fyrningarfrestur rofnaði þann 5. febrúar 2010 er seinna andmælaskjalið var sent Símanum. Voru þá ekki liðin fimm ár frá upphafi fyrningarfrests.

2. Viðurlög

Síminn telur að ekki séu forsendur til þess að leggja á fyrirtækið stjórnvaldssekt. Því til stuðnings bendir fyrirtækið á eftirfarandi sjónarmið:

- *„Um er að ræða ætlað brot sem framkvæmt var fyrir tæpum níu árum síðan. Höfðu samkeppnisyfirvöld verðlagninguna þegar til rannsóknar á árinu 2001. Ekki er unnt að byggja ákvörðun um refsikennd viðurlög á slíkri málsmeðferð, sbr. Hrd. 2003, bls. 3377.*
- *Fráleitt er að halda því fram að ætlað brot sé alvarlegt. Benda má á í því samhengi að allt brotatímabilið hafði helsti samkeppnisaðili Símans hærra heildsöluverð en lægra smásöluverð en Síminn. Ekki var því um neins konar undirboð að ræða.*
- *Frummat Samkeppniseftirlitsins felur í sér grundvallarfrávik frá stjórnvöldum framkvæmd. Þannig er í fyrsta sinn ekki litið heildstætt á framlegð af tilteknum markaði heldur einn þjónustuliður tekinn út fyrir sviga og verðlagning á honum lögð til grundvöllur (svo) því að um brot sé að ræða alls óháð öðrum þjónustuliðum. Við slíkar aðstæður verður Símanum ekki gerð refsing, sbr. úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 17-18/2003.*
- *Þrátt fyrir tæplega 20 ára framkvæmd hafa samkeppnisyfirvöld hér á landi aldrei gert fyrirtæki refsingu fyrir verðþrýsting. Ber að líta til þess við ákvörðun refsingar að ætlað brot er hið fyrsta sinnar tegundar.*
- *Einn helsti tilgangur refsinga fyrir brot á samkeppnislögum er að skapa varnaðaráhrif. Verulega er dregið úr þessum áhrifum ef upp undir áratugur líður frá ætlaðri brotlegru háttsemi þar til hinum ætlaða brotlegra aðila er gerð refsing.*

¹⁷³ Sjá m.a. mgr 53: „The special responsibility which a dominant undertaking has not to allow its conduct to impair genuine undistorted competition in the internal market concerns specifically the conduct, by commission or omission, which that undertaking decides on its own initiative to adopt ...”



- *Enginn ásetningur var til staðar. Útilokað var fyrir Síminn (svo) að átta sig á því að verðstefna, sem var til meðferðar hjá samkeppnisyfirvöldum fyrir tæpum níu árum síðan, fæli í sér brot gegn samkeppnislögum."*

Síminn ítrekar að honum sé nær ómögulegt að nýta andmælarétt sinn hvað möguleg viðurlög varðar á grundvelli seinna andmælasjals Samkeppniseftirlitsins. Telji Samkeppniseftirlitið enn ástæðu til að rannsaka ætluð brot Símans sé þess krafist að fyrirtækinu verði gefinn frekari kostur á að tjá sig um möguleg viðurlög áður en ákvörðun liggur fyrir, að undangenginni fullnægjandi rannsókn málsins að mati Símans.

Mat Samkeppniseftirlitsins

Í 37. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 segir að Samkeppniseftirlitið leggi stjórnvaldssektir á fyrirtæki sem brjóti m.a. gegn 11. gr. samkeppnislaga og 54. gr. EES-samningsins nema brotið teljist óverulegt eða af öðrum ástæðum sé ekki talin þörf á slíkum sektum til að stuðla að og efla virka samkeppni. Eins og leiðir af orðalagi 1. mgr. 37. gr. er tilgangur ákvæðisins sá að varnaðaráhrif sekta stuðli að framkvæmd samkeppnislaga og þar með að aukinni samkeppni, sbr. einnig úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 10/2011 *Síminn hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Með lögum nr. 107/2000, er breyttu eldri samkeppnislögum nr. 8/1993, var m.a. gerð sú breyting á 52. gr. eldri samkeppnislaga að í stað orðanna „getur lagt“ var tekið upp orðið „leggur“. Í athugasemdum með frumvarpi sem varð að lögum nr. 107/2000 kom fram að tilgangur þessa væri að tryggja að meginreglan yrði sú að stjórnvaldssektir yrðu lagðar á ef brot á bannreglum laganna ættu sér stað, sbr. einnig dóm Hæstaréttar frá 9. febrúar 2012 í máli nr. 205/2011 *Samkeppniseftirlitið gegn Icelandair ehf.* Er 37. gr. núgildandi samkeppnislaga að þessu leyti samhljóða 52. gr. samkeppnislaga nr. 8/1993 eftir breytinguna með lögum nr. 107/2000, sbr. einnig nefndan dóm Hæstaréttar í máli nr. 205/2011. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 2/2002 *Landssími Íslands hf. gegn samkeppnisráði* kemur fram að ákvæðinu sé ætlað að skapa almenn og sérstök varnaðaráhrif. Eins og 37. gr. samkeppnislaga ber með sér felur ákvæðið hins vegar ekki í sér skyldu til álagningar sekta við öllum brotum á bannákvæðum laganna. Mjög ríkar ástæður verða hins vegar að réttlæta það að sektum sé ekki beitt vegna brota á samkeppnislögum, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 10/2008 *Sundagarðar ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

Í 37. gr. samkeppnislaga kemur m.a. fram að sektir geti numið allt að 10% af veltu síðasta almanaksárs hjá því fyrirtæki eða samtökum fyrirtækja sem aðild eiga að samkeppnishömlunum. Við ákvörðun sekta ber skv. ákvæðinu að hafa hliðsjón af eðli og umfangi samkeppnishamla og hvað þær hafa staðið lengi. Einnig ber að líta til þess hvort um ítrekuð brot sé að ræða. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2006 *Dagur Group hf. gegn Samkeppniseftirlitinu* segir að hér sé ekki um að ræða tæmandi talningu á þeim atriðum sem horfa má til við álagningu sekta. Hefur áfrýjunarnefndin talið að það megi einnig líta t.d. til stærðar fyrirtækja sem teljast brotleg, huglægrar afstöðu stjórnenda og hagnaðarsjónarmiða, sbr. einnig t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar í máli nr. 3/2008 *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu*. Eins og lögskýringargögn



bera skýrlega með sér er eðlilegt að túlka ákvæðið með hliðsjón af EES/ESB-samkeppnisrétti, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 10/2011.¹⁷⁴

Fyrir liggur að á brotatímabili þessa máls var Síminn í markaðsráðandi stöðu á skilgreindum mörkuðum málsins. Þá var staða fyrirtækisins á tengdum fjarskiptamörkuðum afar sterk. Komist hefur verið að þeirri niðurstöðu að Síminn hafi beitt keppinauta fyrirtækisins verðþrýstingi og þar með misnotað markaðsráðandi stöðu sína. Rökstutt hefur verið að þessi aðgerð Símans hefur verið til þess fallin að raska samkeppni með alvarlegum hætti. Verðþrýstingur Símans vann þannig gegn því að nýir keppinautar næðu fótfestu á markaðnum eða minni keppinautar gætu eflst verulega á markaði. Var brotið þannig líklegt til að hafa þau áhrif að markaðsráðandi stöðu Símans yrði ekki ógnað. Brotið var umfangsmikið og varðar mikilvægan markað. Telur Samkeppniseftirlitið því að brotið sé alvarlegt í eðli sínu og því full ástæða til þess að leggja á sektir.

Síminn bendir á að ekki hafi áður verið lögð á sekt vegna verðþrýstings hér á landi og að fyrirtækið hafi ekki áttað sig á því að um brot hafi verið að ræða og þau hafi ekki verið framið af ásetningi.

Eins og áfrýjunarnefnd samkeppnismála hefur bent á getur huglæg afstaða þeirra sem hlut eiga að broti skipt máli við mat á fjárhæð sekta, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar í máli nr. 8/2008. Samkeppniseftirlitið vísar hér til þess að í samkeppnisrétti er talið að brot sé framið af ásetningi þegar viðkomandi aðila mátti vera ljóst að aðgerðum hans var ætlað að raska samkeppni. Ekki er skilyrði að viðkomandi hafi verið það ljóst að aðgerðir hans fælu í sér brot á samkeppnisreglum.¹⁷⁵ Skýr ásetningur getur falið í sér rök fyrir hækkun sekta en ekki er hins vegar sjálfgefið að brot framin af gáleysi eigi að leiða til lægri sekta en ella.¹⁷⁶ Hér er einnig rétt að líta til þess á að Hæstiréttur hefur talið að bannregla 11. gr. samkeppnislaga sé ekki of óljós til að ákvörðun viðurlaga verði reist á henni, sbr. t.d. dóm Hæstaréttar í máli nr. 323/2003 *Skífan hf. gegn samkeppnisráði*. Líta má einnig til þess að dómstólar ESB hafa talið að ætlað flókið eðli tiltekinnar misnotkunar á markaðsráðandi stöðu eða ætluð ný túlkun á samkeppnisreglum geti ekki leitt til lækkunar sekta.¹⁷⁷

¹⁷⁴ Í athugasemdum við 2. gr. frumvarps sem varð að lögum nr. 52/2007 er fjallað um tillögur að breytingum á 37. gr. samkeppnislaga: „Í ákvæðinu er mælt fyrir um skyldu Samkeppniseftirlitsins til að leggja stjórnvaldssektir á fyrirtæki eða samtök fyrirtækja, við nánar tilteknar aðstæður. Byggist tillagan eins og núgildandi ákvæði á fyrirmyndum úr EES/EB-samkeppnisrétti.“

¹⁷⁵ Sjá t.d. dóm undirréttar ESB í sameinuðum málum nr. T-202, 204 og 207/98 *Tate & Lyle, British Sugar plc and Napier Brown plc v Commission* [2001] 5 CLMR 22: „It is settled case-law that, for an infringement of the competition rules of the Treaty to be regarded as having been committed intentionally, it is not necessary for an undertaking to have been aware that it was infringing those rules. It is sufficient that it could not have been unaware that its conduct was aimed at restricting competition.“

¹⁷⁶ Sjá t.d. dóm dómstóls ESB í máli nr. C-137/95P *SPO v Commission* [1996] ECR I-1611.

¹⁷⁷ Sjá dóm dómstóls ESB í máli nr. C-333/94P *Tetra Pak v Commission* [1996] ECR I-5951. Í því máli hélt fyrirtæki sem misnotað hafði markaðsráðandi stöðu sína því fram að lækka ætti sekt vegna þess að engin fordæmi væru fyrir túlkun framkvæmdastjórnar ESB á samkeppnisreglum í málinu og að brotið byggði á flóknu mati. Hvorki dómstóll ESB né undirrétturinn féllst á þetta: „... the Court of First Instance weighed the seriousness of the infringement against the circumstances invoked by Tetra Pak. It considered that, even if in some respects defining the relevant product markets and the scope of Article 86 may have been a matter of some complexity, Tetra Pak could not have been unaware, given its quasi-monopoly on the aseptic markets and its leading position on the non-aseptic markets, that the practices in issue contravened the rules in the Treaty. The Court of First Instance concluded that the manifest nature and particular gravity of the restrictions on competition resulting from the abuses in question justified upholding the fine, notwithstanding the allegedly unprecedented nature of certain legal assessments in the contested decision. By that reasoning, the Court of First Instance dealt adequately with Tetra Pak's argument based on the mitigating circumstances on which it could rely. The fifth plea in law must therefore also be dismissed.“



Að mati Samkeppniseftirlitsins getur Síminn ekki borið fyrir sig reynslu- og þekkingarleysi. Fyrirtækið hefur margoft sætt afskiptum samkeppnisyrivalda og ætti því að þekkja vel inntak samkeppnislaga. Hér skiptir og máli að Síminn er öflugt fyrirtæki á sínu sviði og hefur í samkeppnismálum notið ráðgjafar sérfræðinga. Þá er ljóst að lengi hefur legið fyrir að markaðsráðandi fyrirtæki geta misnotað stöðu sína með verðþrýstingi, sbr. t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar ESB frá 1988 í Napier Brown-British Sugar málinu.¹⁷⁸ Á árinu 1998 gaf framkvæmdastjórn ESB út tilkynningu um beitingu samkeppnisreglna í fjarskiptum og var tekið fram í henni að hún hefði þýðingu á EES-svæðinu. Í henni er fjallað um hættu á verðþrýstingi á fjarskiptamörkuðum og sú háttsemi skýrð.¹⁷⁹ Á árinu 2000 staðfesti undirréttur ESB að markaðsráðandi fyrirtæki gætu misnotað stöðu sína með verðþrýstingi.¹⁸⁰ Símanum er einnig vel ljóst að við skýringu 11. gr. samkeppnislaga er höfð hliðsjón af EES/ESB-samkeppnisrétti, sbr. t.d. ákvörðun samkeppnisráðs nr. 34/2001 *Kvörtun vegna misnotkunar Landssíma Íslands hf. á markaðsráðandi stöðu við gerð samnings við Hafnarfjarðabæ um síma- og gagnaflutningsþjónustu*.

Af þessu leiðir að Símanum mátti vera ljóst að sú hegðun sem felst í verðþrýstingi geti farið gegn 11. gr. samkeppnislaga og 54. gr. EES-samningsins. Símanum mátti einnig vera kunnugt um þau samkeppnishamlandi áhrif sem það getur haft þegar fyrrum einokunarfyrirtæki í fjarskiptum verðleggur heildsöluaðgang til keppinauta hátt í samanburði við eigin smásöluverðlagningu á tengdri þjónustu, sbr. umfjöllun hér að framan. Mikilvægt er að við mat á sektarákvörðun í þessu máli séu varnaráhrif til framtíðar höfð að leiðarljósi þar sem Síminn er bæði lóðrétt og lárétt samþætt fyrirtæki á fjarskiptamarkaði sem önnur smærri fyrirtæki þurfa eðlilega að eiga viðskipti við á heildsölustigi til að geta keppt við það á smásölustigi. Eins þarf að hafa í huga að samkeppnisyrivöld hafa fram til þessa þurft að hafa töluverð afskipti af fyrirtækinu og forverum þess vegna m.a. misnotkunar á markaðsráðandi stöðu, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 2/2002 *Landssími Íslands hf. gegn samkeppnisráði*. Draga verður þá ályktun af eðli brots Símans í þessu máli að fyrirtækið hafi haft ásetning til að gera rekstur keppinauta félagsins óarðbæran á farsímamarkaði og verja þar með markaðsráðandi stöðu sína með ólögumætum hætti. Ekki er því unnt að fallast á framangreind sjónarmið Símans heldur verður að tryggja að sektarákvörðun í máli þessu hafi fullnægjandi varnaðaráhrif.

Það er ekki rétt hjá Símanum að samkeppnisyrivöld hafi haft þetta mál til rannsóknar frá árinu 2001 og sökum þessa sé ekki unnt að leggja á fyrirtækið sekt. Síminn hefur í þessum sambandi vísað til erindis Tals frá 31. desember 2001. Það erindi fjallaði hins vegar ekki um sömu háttsemi Símans og ákvörðun þessi tekur til. Erindi Tals til Samkeppnisstofnunar varðaði annars vegar afsláttarkjör Símans á fjarskiptamarkaði og þá einkum afslætti til fyrirtækja sem Tal taldi að veittir væru gagngert í því skyni að koma í veg fyrir samkeppni á farsímamarkaði. Í öðru lagi var kvartað undan verðlagningu Símans á símtölum innankerfis hjá Símanum sem voru á lægra verði en önnur símtöl. Tal gerði m.a. þá kröfu að samkeppnisyrivöld tækju ákvörðun um að Símanum væri ekki heimilt að innheimta lægra verð fyrir innankerfissímtöl en önnur símtöl. Í þessu máli er komist að þeirri niðurstöðu að Síminn hafi beitt keppinauta sína verðþrýstingi á farsímamarkaði. Sú niðurstaða byggir á samanburði á gjaldi Símans fyrir það að ljúka símtölum, sem berast úr

¹⁷⁸ Mál nr. IV/30.178.

¹⁷⁹ Tilkynning um beitingu samkeppnisreglna í tengslum við aðgangssamninga á fjarskiptasviði, OJ 1998 C 265/2.

¹⁸⁰ Dómur í máli nr. T-5/1997 Industries des Poudres Sphériques v Council [2000] ECR-II-3755.



öðrum farsímanetum, í farsímanet fyrirtækisins og smásöluverði Símans fyrir innankerfissímtöl. Erindi Tals fjallaði ekki um þetta heldur laut að ætlaðri mismunun sem fælist í smásöluverði Símans á farsímamarkaði. Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins í þessu máli varðar bæði heildsölu- og smásöluverði fyrir farsímabjónustu þar sem fram kemur það mat að Síminn hafi beitt keppinauta sína verðþrýstingi á farsímamarkaði. Kvörtun Tals og mál þetta eru því ekki tengd með þeim hætti sem Síminn heldur fram og fyrirtækið gat því ekki dregið þá ályktun af meðferð á erindi Tals að verðþrýstingur þess væri lögmatur. Þá ber að líta til þess að Síminn hefur í fjölmörgum málum verið talinn vera í markaðsráðandi stöðu á ýmsum fjarskiptamörkuðum. Á markaðsráðandi fyrirtækjum hvílir skv. samkeppnislögum sérstök skylda að tryggja að aðgerðir þeirra raski ekki samkeppni með óeðlilegum hætti eða vinni gegn markmiðum samkeppnislaga. Hefur Síminn verið sérstaklega minntur á þessa skyldu sína í eldri málum. Símanum bar því að tryggja á hverjum tíma fyrir sig að verðlagning fyrirtækisins væri í samræmi við samkeppnislög. Ekki er unnt að vísa þeirri ábyrgð yfir á stjórnvöld ef upp kemst á grundvelli nýrra upplýsinga að verðlagning fyrirtækisins hafi falið í sér samkeppnislagabrot til langs tíma.

Síminn hefur haldið því fram að brot hans hafi ekki haft áhrif og bent á að helsti keppinautur fyrirtækisins hafi haft hærra heildsöluverð en Síminn og lægra smásöluverð.

Samkeppniseftirlitið vísar til þess að ákvæði 37. gr. samkeppnislaga gera ekki samkvæmt orðalagi sínu þá kröfu að sektir séu metnar með hliðsjón af þeim áhrifum sem viðkomandi ráðstöfun hefði í reynd haft á markaðnum. Hefur áfrýjunarnefnd samkeppnismála í því samhengi bent á að „*ekki skipti öllu máli hvort skaðleg áhrif hafi sannanlega orðið í hvert og eitt sinn þegar markaðsráðandi staða er misnotuð*“, sbr. úrskurð í máli nr. 10/2011 *Síminn hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Af þessu leiðir að bæði er heimilt og eðlilegt, í því skyni að skapa varnaðaráhrif, að leggja á stjórnvaldssektir vegna brots á bannreglum samkeppnislaga þrátt fyrir að ekki sé sýnt fram á samkeppnislegan skaða, t.d. að verð hafi hækkað eða keppinautur hafi hrökklast út af markaðnum, sbr. t.d. dóm Hæstaréttar í máli nr. 550/2007 *Árdegi hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.¹⁸¹ Er þetta sama regla og gildir í EES/ESB-samkeppnisrétti.¹⁸² Hefur komið skýrt fram að ekki sé við mat á sektum þörf á

¹⁸¹ Í dómnum var staðfest niðurstaða áfrýjunarnefndar og Héraðsdóms Reykjavíkur um sektir með vísan m.a. til þess að brot Skífunnar hf. voru umfangsmikil, alvarleg og stóðu lengi. Í dómi héraðsdóms sagði: „*Þá er af hálfu stefnanda vísað til þess að ekkert bendi til þess að meint samkeppnisbrot stefnanda hafi haft í för með sér skaðlegar afleiðingar en líta verði meðal annars til áhrifa af broti þegar alvarleiki þess er metinn. Áhrifin í þessu tilviki verði að teljast óveruleg sem hljóti að draga úr alvarleika brotsins. Ummæli og framsetning í ákvörðun stefnda, sem áfrýjunarnefndin virtist staðfesta, að ósannað sé að meint brot hafi haft í för með sér beinar skaðlegar afleiðingar, verði að skilja þannig að stefndi og áfrýjunarnefndin líti svo á að meint brot hafi ekki haft nein skaðleg áhrif á markaðinn. Hér verður að telja að áfrýjunarnefndin hafi litið svo á að háttsemi stefnanda væri til þess fallin að hafa umtalsverð áhrif enda segir í úrskurði nefndarinnar að fyrirsvarsmönnum stefnanda hafi mátt vera ljóst að af samningunum kynni að leiða röskun á samkeppni og að umfang samkeppnishamla hafi verið verulegt, eins og áður er komið fram. Verður ekki fallist á að mat nefndarinnar á alvarleika brotanna hafi verið rangt, enda hefur ekki verið sýnt fram á það af hálfu stefnanda. Þegar litið er til þessa verður ekki fallist á framangreind rök stefnanda og er þessari málsástæðu hans því hafnað.*“

¹⁸² Sjá hér t.d. dóm undirréttar ESB frá 30. september 2003 í máli nr. T-203/01 Michelin v Commission: „*... the applicant states that, in the contested decision ... the Commission based its assessment of the seriousness of the infringement on its alleged effects, without carrying out a detailed analysis. It maintains that the Commission made a serious error of assessment in evaluating the alleged effects of the infringement for the purpose of determining its seriousness. The applicant, submits that the practices complained of never had the anti-competitive effects which the Commission alleges. The Court notes that, in the contested decision, the Commission did not examine the specific effects of the abusive practices. Nor was it required to do so ... It is true that, in recitals 355 to 357 of the contested decision, the Commission speculated on the effects of the abusive conduct. However, the seriousness of the infringement was established by reference to the nature and the object of the abusive conduct. ... it is clear from settled case-law ... that factors relating to the object of a course of conduct may be more significant for the purposes of setting the amount of the fine than those relating to its effects.*“



að horfa til þess að brot hafi ekki skilað viðkomandi fyrirtæki hagnaði eða öðrum ávinningi. Eftir sem áður sé rétt að leggja á sektir til að tryggja varnaðaráhrif.¹⁸³ Ef hins vegar „*sýnt er fram á að ólöglegt aðgerð hafi komist til framkvæmda getur það haft áhrif til hækkunar sekta*“ eins og segir í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008. Skipta ber mati á áhrifum af samkeppnislaga broti í tvennt. Annars vegar hvort tiltekið brot hafi verið framkvæmt. Ólöglegur samningur markaðsráðandi fyrirtækis sem kemst til framkvæmda er dæmi um þetta, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 1/2002 *Skífan hf. gegn samkeppnisráði*. Hins vegar hvort framkvæmdin hafi leitt af sér bein áhrif á markaðnum, t.d. á verð vöru eða þjónustu eða á keppinaut.¹⁸⁴ Báðar þessar tegundir af áhrifum af broti geta falið í sér rök til hækkunar á sektum.

Í máli þessu liggur fyrir að umræddum aðgerðum Símans var hrint í framkvæmd og hefur það áhrif á viðurlög í málinu. Eins og fram hefur komið hér að framan gat innankerfisverðlagning GSM símtala hjá Símanum ekki staðið undir því lúkningargjaldi í heildsölu sem félagið krafði keppinauta sína um fyrir að ljúka símtali í GSM farsímaneti félagsins. Sú verðlagning Símans varð til þess að nýir aðilar á farsímamarkaði hafa þurft að hafa verðlagningu sína fyrir innankerfissímtöl í eigin kerfum þeim mun lægri til þess að geta laðað að sér viðskiptavini vegna þeirra netáhrifa sem Síminn bjó yfir með því að hafa langflesta notendur í viðskiptum. Þessir nýju aðilar á markaði eins og t.d. Tal lögðu megin áherslu á að veita Símanum samkeppni á farsímamarkaði á meðan Síminn hafði áratuga reynslu sem fyrrum einkaleyfishafi á fjarskiptamarkaði og víðtækt þjónustuframboð fram að færa í samkeppni við þessa aðila. Það er því eðlilegt að kostnaður fyrir lúkningu GSM símtala hjá nýjum rekstraraðilum sé hærri en hjá Símanum, a.m.k. tímabundið. Ef verðlagning Símans er skoðuð með hliðsjón af mismunandi þörfum aðila á smásölumarkaði þá kemur í ljós að samkeppnisaðilar Símans á GSM farsímamarkaði hafa lagt áherslu á að veita Símanum samkeppni með lægra verði fyrir fyrirframgreidd kort á meðan Síminn hefur lengst af verið með lægra verð en samkeppnisaðilar fyrir GSM áskriftir á farsímamarkaði hér á landi.¹⁸⁵ Þannig hefur Síminn með ólöglegum hætti varið markaðsráðandi stöðu sína á viðkomandi markaði fyrir þjónustu við eldri og reyndari viðskiptavini á meðan nýir aðilar hafa lagt áherslu á að höfða til yngri viðskiptavina sem voru að hefja sína farsímanotkun. Því er það ekki rétt hjá Símanum að halda því fram að fyrirtækið hafi ekki boðið lægra verð en samkeppnisaðilar á smásölumarkaði fyrir GSM þjónustu á brotatímabilinu. Þessi sjónarmið Símans geta því ekki horft til mildunar viðurlaga. Ber þvert á mót að horfa til þess í málinu að brot Símans voru til þess fallin að raska samkeppni með alvarlegum hætti, sbr. umfjöllun hér að framan um verðþrýsting fyrirtækisins.

¹⁸³ Sjá t.d. dóm undirréttar ESB í máli nr. T-213/00 CMA CGM and others v Commission [2003] ECR II913: „...*the fact that an undertaking did not benefit from an infringement cannot, according to the case-law, preclude the imposition of a fine, since otherwise it would cease to have a deterrent effect ... It follows that, contrary to Senator Lines' argument, the Commission is not required, in order to fix fines, to establish that the infringement brought about an unlawful advantage for the undertakings concerned, or to take into consideration any lack of benefit from the infringement*“

¹⁸⁴ Af úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 14/2001 má ráða að gerður er greinarmunur annars vegar á því hvort tiltekið samráð hafi komist til framkvæmda og hins vegar hvort samráðið hafi haft bein áhrif á verð (verðáhrif). Sjá hér einnig t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar EB í *Zinc Phosphate Cartel* málinu [2003] 5 CMLR 14: „... *the actual impact of a complex of agreements in the market depends on, first whether these arrangements were implemented and, secondly, whether the implementation of these arrangements produced an effect in the market.*“

¹⁸⁵ Viðauki B með ákvörðun PFS á markaði 15, heildsölumarkaður fyrir aðgang og upphaf símtala í almennum farsímanetum (markaður 15). Verðsamanburður á GSM áskriftum og fyrirframgreiddum kortum hér á landi, dags. 5. febrúar 2007, sjá kafla 3: <http://pfs.is/upload/files/Vi%3%b0auki%20B%20loka-%20ver%3%b0samanbur%3%b0ur.pdf>



Í málinu ber á það að líta að brot Símans hafa varað í langan tíma, frá 2001-2007. Horfir þetta til þyngingar viðurlaga. Einnig horfir til þyngingar að um er að ræða ítrekuð brot Símans, sbr. m.a. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 2/2002.

Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 14/2009 *Hagar hf. gegn Samkeppniseftirlitinu* kemur fram að taka verði mið af efnahagslegum styrkleika brotlegs fyrirtækis og samstæðu sem það tilheyrir til að tryggja að sektir skv. samkeppnislögum hafi fullnægjandi varnaðaráhrif. Í dómi Hæstaréttar í máli nr. 188/2010 *Hagar hf. gegn Samkeppniseftirlitinu* var niðurstaða héraðsdóms um sektir staðfest með vísan til forsendna. Í héraðsdómi kemur fram að við mat á sekt hafi m.a. verið tekið tillit til fjárhagslegs styrks Haga „á þeim tíma sem brotið var framið.“ Eins og leiðir af framangreindu er við mat á fjárhæð sekta eðlilegt að horfa til heildarveltu hins brotlega aðila og þeirrar samstæðu, sem hann tilheyrir. Í samkeppnisrétti hefur einnig verið bent á það að velta á þeim markaði sem brotið tók til geti gefið sanngjarna vísbendingu um umfang brotsins. Jafnframt gefi velta á viðkomandi markaði til kynna hlutlægan mælikvarða á því tjóni sem brot getur valdið samkeppni á markaðnum.¹⁸⁶

Síminn er markaðsráðandi á markaði sem skilgreindur hefur verið í máli þessu. Heildarvelta Skipta hf., móðurfélags Símans, var 32,8 milljarðar kr. á árinu 2007. Heildarvelta Símans á árinu 2007 var um 25,5 milljarðar kr. en þ.a. var velta Símans á GSM farsímamarkaði um [...] milljarðar kr. Heildarvelta Skipta var 33,6 milljarðar kr. á árinu 2010. Heildarvelta Símans á árinu 2010 var um [...] milljarðar kr. en þ.a. var velta Símans á GSM farsímamarkaði um [...] milljarðar kr.

Einnig verður að líta til þess að velta á mörkuðum málsins sýnir að umfang brotsins var verulegt og til þess fallið að valda umtalsverðu samkeppnislegu tjóni. Farsímamarkaðurinn er langstærsti undirmarkaður fjarskipta hér á landi og má ætla að heildarvelta á honum hafi verið um 15,4 milljarðar kr. á árinu 2007.

Með vísan til alls framangreinds telur Samkeppniseftirlitið hæfilegt að leggja 390.000.000 kr. sekt á Símann vegna brots fyrirtækisins gegn 11. gr. samkeppnislaga og 54. gr. EES-samningsins.

Samkvæmt 37. gr. samkeppnislaga leggur Samkeppniseftirlitið sekt á fyrirtæki sem brjóta gegn 19. gr. samkeppnislaga, sbr. einnig dóm Hæstaréttar frá 14. maí 2009 í máli nr. 479/2008 *Samkeppniseftirlitið gegn IceCapital ehf.* Hér að framan var rökstutt að Síminn hafi brotið gegn 19. gr. samkeppnislaga með veitingu rangra og villandi upplýsinga í málinu. Samkeppniseftirlitið telur að um alvarlegt brot hafi verið að ræða sem hafi tafið meðferð þessa máls. Í ljósi þessa og því skyni að skapa bæði almenn og sérstök varnaðaráhrif telur Samkeppniseftirlitið nauðsynlegt að leggja 50.000.000 kr. sekt á Símann vegna brota á 19. gr. samkeppnislaga.

¹⁸⁶ Sjá t.d. dóm undirréttar ESB í máli nr. T-224/00 *Amnio Acids* [2003] 5 CMLR 12: „... as is clear from settled case-law ... the proportion of turnover derived from the goods in respect of which the infringement was committed is likely to give a fair indication of the scale of the infringement on the relevant market. In particular, as the Court of First Instance has emphasised, the turnover in products which have been the subject of a restrictive practice constitutes an objective criterion which gives a proper measure of the harm which that practice causes to normal competition ... ”.



VI. ÁKVÖRÐUNARORÐ:

„Síminn hf. (kt. 500269-6779) braut gegn 11. og 19. gr. samkeppnislaga og 54. gr. EES-samningsins með þeim aðgerðum sem nánar er lýst í ákvörðun þessari.

Með vísan til rökstuðnings í ákvörðun þessari og með heimild í 37. gr. samkeppnislaga skal Síminn hf. greiða stjórnvaldssekt að fjárhæð kr. 390.000.000 (þrjúhundruð og níutíu milljónir króna) vegna brots á 11. gr. samkeppnislaga og 54. gr. EES-samningsins.

Með vísan til rökstuðnings í ákvörðun þessari og með heimild í 37. gr. samkeppnislaga skal Síminn hf. greiða stjórnvaldssekt að fjárhæð kr. 50.000.000 (fimmtíu milljónir króna) vegna brots á 19. gr. samkeppnislaga.



Sekt skal greiðast í ríkissjóð eigi síðar en einum mánuði eftir dagsetningu þessarar ákvörðunar.“

Samkeppniseftirlitið

Páll Gunnar Pálsson