



SAMKEPPNISEFTIRLITIÐ

Fimmtudagur, 21. janúar 2016

Ákvörðun nr. 2/2016

Kvörtun Fjarskipta hf. vegna Farice ehf.

I.

Erindið og málsmeðferð

1.

Samkeppniseftirlitið hefur undanförunum misserum fjallað um kvartanir er varða meinta misnotkun Farice ehf. (hér eftir Farice) á markaðsráðandi stöðu. Lúta þessar kvartanir einkum að því að Farice bjóði gagnaverum lægra verð fyrir gagnaflutningsþjónustu en fjarskipafyrirtækjum hér á landi. Varðar málið samkeppnisaðstæður á fjarskiptamarkaði, sem og hagmuni við uppbyggingu gagnavera. Þegar í upphafi komst Samkeppniseftirlitið að því að ekki væru forsendur til töku bráðabirgðaákvörðunar, sem krafist var. Hins vegar aflaði Samkeppniseftirlitið frekari gagna og sjónarmiða í því skyni að varpa ljósi á málið og þróun viðkomandi markaða. Er það niðurstaða Samkeppniseftirlitsins að ekki séu forsendur til að aðhafast í málinu. Er sú niðurstaða nánar rökstudd hér á eftir.

Upphaflega barst Samkeppniseftirlitinu erindi frá Fjarskiptum hf. (hér eftir Vodafone), dags. 27. september 2012, þar sem kvartað var undan meintri misnotkun Farice hf. á markaðsráðandi stöðu sinni. Í erindinu kemur fram að Farice veiti þjónustu á markaði fyrir gagnatengingar við útlönd hér á landi og reki tvo sæstrengi sem liggja á milli Íslands og Skotlands annars vegar og Íslands og Danmerkur hins vegar. Tekið er fram að í júní 2012 hafi Farice tilkynnt Vodafone um uppsögn á samningi um gagnatengingar sem gerður var á árinu 2009. Á sama tíma tilkynnti Farice opinberlega að öllum samningum við fjarskiptafyrirtæki hefði verið sagt upp. Í kjölfar uppsagnar á viðskiptasamningi hafi Farice sent Vodafone verðskrá sem hafi falið í sér verulegar verðhækkningar og að sú verðskrá hafi aðeins gilt fyrir fjarskiptafyrirtæki. Fram hafi komið að Farice hygðist bjóða gagnaverum og öðrum viðskiptavinum sem ekki teldust vera fjarskiptafyrirtæki annað verð en fjarskiptafyrirtækjum.

Í ljósi framangreinds taldi Vodafone að skilyrði Samkeppniseftirlitsins fyrir töku bráðabirgðaákvörðunar í 3. mgr. 16. gr. samkeppnislaga væri fyrir hendi. Var þess krafist að Samkeppniseftirlitið léti málið til sín taka og beitti viðeigandi viðurlögum. Ennfremur var þess farið á leit við Samkeppniseftirlitið að tekin yrði ákvörðun til bráðabirgða til þess að varna yfirvofandi röskun á samkeppni á fjarskiptamarkaði.



Að mati Vodafone sé markaður málsins gagnatengingar við útlönd og viðkomandi landfræðilegur markaður sé Ísland. Vodafone telji að framangreind háttsemi Farice brjóti gegn a-d liðum 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 enda sé Farice markaðsráðandi aðili á viðkomandi markaði málsins. Vodafone lýsir meintu broti Farice þannig að í fyrsta lagi feli sá samningur sem félaginu standi til boða í sér ósanngjarnt kaupverð og viðskiptaskilmála. Í öðru lagi felist í samningi Farice skilyrði um kaup á heildarlausn af félaginu sem valdi því að möguleg kaup á þjónustu af öðrum aðilum, sbr. Tele Greenland, séu útilokuð. Það feli í sér takmarkanir á framleiðslu, markaði eða tækniþróun, neytendum til tjóns. Í þriðja lagi telji Vodafone að viðskiptakjör Farice feli í sér mismunun í skilningi c-liðar 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga gagnvart kjörum sem gagnaverum bjóðist. Í fjórða lagi telji Vodafone að þeim samningi sem Farice gefi kost á við kaup á gagnasambandi fylgi viðbótarskuldbindingar um kaup á öryggisráðstöfunum sem sé andstætt ákvæði d-liðar 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga. Í fimmta lagi bendir Vodafone á að Farice bjóði einvörðungu upp á samning til eins eða þriggja ára og spyr hvort samningur til þriggja ára feli ekki í sér einkasöluákvæði sem brjóti gegn umræddu ákvæði samkeppnislaga. Fram kemur að Farice sé einokunarfyrtæki og þriggja ára viðskiptasamningur um gagnaflutning kunni að hindra innkomu annarra aðila á umræddan markað. Í sjötta lagi telji Vodafone að framsetning gjaldskrár Farice um tiltölulega lítið gagnamagn með innifalinn aukinn hraða hafi bindandi skilmála í för með sér. Í sjöunda lagi telji Vodafone það koma til skoðunar hvort Farice ráði yfir ómissandi aðstöðu í skilningi samkeppnisréttar. Það feli í sér brot á markaðsráðandi stöðu neiti markaðsráðandi fyrirtæki keppinautum sínum um aðgang að ómissandi aðstöðu sem hið markaðsráðandi fyrirtæki ráði yfir, eða veiti aðgang gegn ósanngjörnum skilmálum þar sem brotið sé gegn jafnræði aðila.

2.

Samkeppniseftirlitið óskaði eftir fundi með Farice eftir að erindi Vodafone barst eftirlitinu og var hann haldinn þann 27. september 2012. Á fundinum var Farice afhent erindi Vodafone og skýringa leitað. Þann 28. september 2012 sendi Samkeppniseftirlitið Farice bréf þar sem fram kom að eftirlitið teldi að tilefni gæti verið til bráðabirgðaákvörðunar í málinu. Áður en til þess kæmi að ákveða hvort beita ætti heimild til töku ákvörðunar til bráðabirgða óskaði Samkeppniseftirlitið eftir athugasemdum Farice við þá kröfu Vodafone sérstaklega, fyrir lok vinnudags 28. september 2012. Auk framangreinds var óskað eftir efnislegum athugasemdum Farice við erindið fyrir 10. október 2012. Var upplýst á fundinum að Símanum hf. (Síminn) hafi verið gert sambærilegt tilboð og Vodafone sem samþykkt hafi verið munnlega af hálfu Símans. Fram kom að þáverandi samningur Farice við Símann rynni út þann 10. október 2012.

Í framhaldi af framangreindu sendi Farice tölvupóst til Vodafone, þann 28. september 2012, og tilkynnti að uppsett sambönd Vodafone hjá Farice yrðu ekki rofin nema Vodafone óskaði þess sérstaklega. Tekið var fram að Vodafone gæti því veitt viðskiptavinum sínum sömu þjónustu og fyrirtækið hafi gert og að ekki kæmi til röskunar á starfsemi fyrirtækisins.

3.

Samkeppniseftirlitinu bárust athugasemdir Farice við kröfu Vodafone um bráðabirgðaákvörðun með bréfi dags. 28. september 2012. Í bréfi Farice kemur fram að samningur Farice við Vodafone hafi verið gerður þann 1. október 2009 og hafi gilt til 1.



október 2012. Þann 30. maí 2012 hafi Farice tilkynnt Vodafone að tímabili þjónustu félagsins lyki á ofangreindum tímamarki. Ný verðskrá Farice hafi verið tilkynnt Vodafone í mars 2012 en samningar við Vodafone hafi ekki náðst um áframhaldandi viðskipti. Farice tók fram að félagið hafi veitt fjarskiptafélögum hér á landi sambærileg kjör og afslætti af verðskrá enda væri um að ræða fyrirtæki í sambærilegri stöðu sem eigi í samkeppni sín á milli. Farice féllst ekki á það sem fram kom í erindi Vodafone að íslensk fjarskiptafélög séu sambærileg og gagnaver sem starfi hér á landi.

Í athugasemdum Farice var því mótmælt að skilyrði væru fyrir því að Samkeppniseftirlitið tæki ákvörðun til bráðabirgða í þessu máli þar sem staðfest hafi verið að Vodafone nyti tímabundið sömu þjónustu og áður og að uppsett sambönd félagsins yrðu ekki rofin. Því teldi Farice ekki hægt að fallast á það að röskun yrði á starfsemi Vodafone þótt beðið væri eftir endanlegri niðurstöðu af arhugun Samkeppniseftirlitsins.

Í ljósi framangreindra upplýsinga Farice komst Samkeppniseftirlitið að þeirri niðurstöðu að ekki var ástæða til töku bráðabirgðaákvörðunar í málinu en stofnunin myndi þess í stað afgreiða erindi Vodafone í samræmi við hefðbundnar málsmeðferðareglur Samkeppniseftirlitsins nr. 880/2005. Var framangreind niðurstaða tilkynnt Vodafone með bréfi Samkeppniseftirlitsins, dags. 1. október 2012.

4.

Í framhaldi af framangreindu bréfi Samkeppniseftirlitsins til Vodafone barst eftirlitinu bréf frá félaginu, dags. 3. október 2012, þar sem ítrekuð var krafa um íhlutun í málinu þegar í stað með töku bráðabirgðaákvörðunar. Vodafone taldi verulegan vafa leika á því að Síminn hefði gengið til samninga gegn því verði sem Farice hafi gert Vodafone að greiða. Var Samkeppniseftirlitið hvatt til þess að afla upplýsinga þess efnis. Að öðru leyti voru sjónarmið í erindi félagsins til Samkeppniseftirlitsins ítrekuð.

5.

Efnisleg umsögn Farice barst Samkeppniseftirlitinu með bréfi, dags. 10. október 2012. Af hálfu Farice var athugasemdum sem fram komu í kvörtun Vodafone hafnað. Að mati Farice kepptu íslensk fjarskiptafyrirtæki annars vegar og gagnaver og tengd starfsemi hins vegar á ólíkum mörkuðum og því sé ekki um að ræða mismunun á milli keppnauta í verðlagningu. Fram kom að Farice hafi lagt áherslu á að bjóða jafnsettum aðilum, t.d. fjarskiptafyrirtækjum, upp á sambærileg kjör og skilmála til að raska ekki samkeppni þeirra á milli. Verðskrá fyrirtækisins endurspeglar þetta en byggði jafnframt á því að félagið fengi nægar tekjur til að standa undir föstum kostnaði við afborganir af lánaskuldbindingum og við rekstur kerfisins. Um uppbyggingu kerfisins sagði í umsögn Farice að félagið hefði upphaflega verið stofnað árið 2003 og þá ráðist í lagningu Farice-strengs milli Íslands og Skotlands sem tekinn var í notkun árið 2004. Þegar ákvörðun um að leggja strenginn hafi verið tekin hefði frá árinu 1994 verið í notkun ljósleiðarastrengurinn Cantat-3 auk varasambands í gegnum gervihnött. Ákvörðun hefði síðan verið tekin árið 2007 um að leggja nýjan sæstreng til Íslands. Eignarhaldsfélagið Farice ehf. hafi tekið að sér lagningu þessa nýja strengs og rekstur hans. Byrjað hafi verið að leggja strenginn 2008 og hann hafi síðan verið tekinn í notkun síðla sumars 2009.



Markmiðið með því að taka í notkun nýja strenginn hafi verið að tryggja öryggi fjarskiptatenginga við umheiminn frekar með hringtengingu við Farice-strenginn annars vegar og að opna ný tækifæri í viðskiptum við gagnaver hins vegar. Nýi strengurinn hlaut nafnið Danice þar sem hann liggur til Jótlands í Danmörku en afhendingarstaðir þjónustunnar erlendis séu í Kaupmannahöfn og í öðrum borgum í nálægum löndum. Þegar lagningu Danice lauk hafi verið orðið ljóst að þær forsendur og áætlanir sem voru til staðar þegar ákveðið var að ráðast í lagningu strengsins hefðu breyst verulega. Bæði hafi kostnaður við að leggja strenginn verið mun hærri en gert hefði verið ráð fyrir auk þess sem áform um uppbyggingu gagnavera hér á landi hefðu gengið hægar en til stóð. Þá hafi ytri aðstæður í efnahagsmálum versnað vegna áfalla í efnahagslífi þjóðarinnar. Afborganir Farice af lánum hafi orðið mjög þungar og því verið ákveðið að fara í fjárhagslega endurskipulagningu sem hafi lokið árið 2011. Það hafi falist m.a. í því að Farice hf. og Eignarhaldsfélagið Farice ehf. hefðu verið sameinuð í eitt félag undir heitinu Farice ehf. og nýtt hlutafé verið gefið út.

Stærstu viðskiptavinir Farice séu sem fyrr íslensku fjarskiptafyrirtækin. Samningar hafi verið gerðir við Símann og Vodafone í október 2009 sem báðir hafi runnið út í október 2012. Þegar samið hafi verið um verð við innlendu fjarskiptafyrirtækin haustið 2009 hafi verið samið um að koma til móts við þau varðandi verðlagningu í ljósi erfiðra aðstæðna vegna gengisþróunar o.fl. Vegna þess hafi raunvirði þeirrar verðlagningar lækkað verulega frá árinu 2009 og því verið talið mikilvægt af hálfu Farice að hækka verðskrá fyrirtækisins við endurnýjun samninga 2012 til að afla aukinna tekna.

Við uppbyggingu verðskrárinnar hafi Farice haft að markmiði að jafnsett og sambærileg fyrirtæki á sama markaði sætu við sama borð hvað varðar kjör. Þannig hafi fjarskiptafyrirtækjum staðið ákveðið verð til boða samkvæmt verðskrá enda séu þau í sambærilegri stöðu á markaðnum, í samkeppni sín á milli og bjóði sína þjónustu á sviði fjarskipta á íslenskum fyrirtækja- og neytendamarkaði. Gagnaver og tengd starfsemi séu hins vegar á öðrum markaði og sitji þau við sama borð hvað Farice varðar.

Að mati Farice sé litið svo á að íslensk fjarskiptafyrirtæki annars vegar og gagnaver og tengd starfsemi hins vegar keppi ekki á sama markaði. Viðskiptavinir fjarskiptafyrirtækjanna séu íslenskir neytendur, fyrirtæki og stofnanir og sé þjónustan veitt hér á landi. Fjarskiptafyrirtæki, sem vilji starfa hér á landi, geti ekki flutt starfsemi sína annað. Fyrirtækið verði að vera hér á landi til að geta tengt sig við búnað hér á landi og veitt þá þjónustu sem nauðsynleg sé. Þessu sé öfugt farið með gagnaver og tengda starfsemi. Viðskiptavinir þeirra geti verið staðsettir hvar sem er í heiminum og skipti raunar oftast en ekki við gagnaver í nokkrum löndum. Gagnaverin geti því verið staðsett hvar sem er enda snúist meginverkefni þeirra fyrst og fremst um geymslu gagna og/eða búnaðar fyrir viðskiptavini sína og gildi einu fyrir þá hvort gögnin séu vistuð á Íslandi eða annars staðar. Þá sé ekki um að ræða sameiginlegan markað fyrir vöru enda bjóði íslensk fjarskiptafyrirtæki annars vegar og gagnaver hins vegar upp á ólíka þjónustu þar sem samkeppni þar á milli sé ekki til staðar. Viðskiptavinur íslensks fjarskiptafyrirtækis, sem vilji færa viðskipti sín annað, geti t.d. ekki stofnað til viðskipta hjá gagnaveri. Því sé ekki um sameiginlegan markað fyrir þjónustu að ræða.

Landfræðilegur markaður fyrir gagnaver sé því alþjóðlegur að mati Farice en markaður fyrir íslensk fjarskiptafyrirtæki afmarkist við Ísland.



Af hálfu Farice er því hafnað að félagið hafi boðið Vodafone ósanngjarnt verð fyrir viðkomandi þjónustu sem hafi fylgt ósanngjarnir skilmálar og skilyrði um kaup á viðbótarþjónustu sem fari gegn samkeppnislögum. Verðlagningin hafi verið eðlileg og í samræmi við uppbyggingu á kerfi félagsins og kostnað. Ekki sé um að ræða skilyrði fyrir kaup á meiri þjónustu en þörf sé á eins og Vodafone haldi fram heldur sé þar um að ræða öryggisráðstöfun til að koma í veg fyrir að rof verði á gagnaflutningssambandi vegna bilunar. Um sé að ræða öryggisráðstöfun í kerfi Farice og að mikilvægt sé að slíkar varnir séu fyrir hendi þannig að veruleg truflun verði ekki á netumferð hér á landi. Þá hafnar Farice því að um mismunun sé að ræða í verði til fjarskiptafyrirtækja og gagnavera enda sé um að ræða ólíka skilgreiningu markaða og þjónustu að mati fyrirtækisins. Verðlagning til gagnavera taki mið af verði á alþjóðlegum markaði fyrir þá þjónustu sem þau veiti og sé hún lægri en sú sem íslenskum fjarskiptafélögum bjóðist. Ef sama verð ætti að gilda fyrir þjónustu við gagnaver og þá þjónustu sem fjarskiptafyrirtæki greiði yrði Ísland ekki samkeppnishæft um að fá gagnaver til landsins og því færi sú starfsemi annað. Með því yrðu áætlanir Farice um auknar tekjur af starfsemi gagnavera að öllum líkindum að engu sem aftur þýddi að fyrirtækið þyrfti að fá hærri tekjur frá öðrum innlendum viðskiptavinum sínum. Ennfremur leggur Farice mikla áherslu á að aðrir viðskiptavinir félagsins en fjarskiptafyrirtæki skaði ekki samkeppnisstöðu fjarskiptafyrirtækja með því að bjóða þjónustu á neytendamarkaði fyrir fjarskipti. Skýrt ákvæði um bann við slíkri háttsemi sé í þeim samningi sem Farice notist nú við og tekið verði á þeim tilfellum þar sem slíkt gerist.

6.

Samkeppniseftirlitið veitti Vodafone tækifæri til að gera athugasemdir við framangreinda umsögn Farice og bærust þær með bréfi til eftirlitsins, dags. 24. október 2012. Vodafone segir að athugasemdir Farice breyti engu um umkvörtunarefni félagsins, þ.e. að gagnsæi skorti við birtingu verðskrár, verð sé ekki rökstutt á grundvelli kostnaðargreiningar og ekki sé gætt að jafnræði gagnvart viðsemjendum. Vodafone hafnar því að uppbygging verðskrár Farice geri það að verkum að sambærileg fyrirtæki njóti sambærilegra kjara. Vísað er til þess sem Vodafone hafi áður reifað og sé ekki loku fyrir það skotið að aðili sem njóti gagnaverskjara hjá Farice sé í samkeppni við fjarskiptafyrirtæki sem greiða þurfi annað verð.

Vodafone gagnrýnir mat Farice á markaði málsins og segir að gagnasambönd sem seld séu gagnaverum séu staðgönguvara við gagnasambönd sem seld séu fjarskiptafyrirtækjum þar sem hækkun á verði hinna síðarnefndu búi til eftirspurn eftir hinum fyrrnefndu. Þá sé það rangt hjá Farice að halda því fram að ekki geti verið um sama landfræðilega markað að ræða hjá gagnaverum og fjarskiptafélögum um gagnasambönd. Fjarskiptafélög veiti íslenskum fyrirtækjum og einstaklingum fjarskiptaþjónustu en einnig erlendum aðilum vegna samtenginga við erlend fjarskiptafyrirtæki. Að sama skapi geti gagnaver ekki veitt þjónustu yfir gagnasambönd Farice nema að hafa til þess búnað hér á landi. Þá hafnar Vodafone því að gagnaver og fjarskiptafyrirtæki bjóði alfarið upp á ólíka þjónustu og geti bent á dæmi þess að viðskiptavinir hafi fært viðskipti sín yfir til gagnavera þar sem þau geti boðið upp á mun lægra verð á útlandatengingum. Þegar af þeirri ástæðu séu viðkomandi aðilar í samkeppni.



Vodafone heldur fast við þau sjónarmið sín að í ljósi markaðsráðandi stöðu Farice verði fyrirtækið að geta sýnt fram á að verð sé sanngjarnt og eðlilegt þannig að viðskiptavinum sé ekki mismunað. Það sé skylda Vodafone að tryggja öryggi fjarskiptaneta eftir atvikum sem þurfi ekki að felast í því að kaupa verði þá viðbótarþjónustu af Farice enda séu fleiri kostir í boði frá t.d. erlendum birgjum hvað hana varði. Þá telji Vodafone að tímalengd samninga Farice torveldi mögulega samkeppni á viðkomandi markaði og að til skoðunar gæti komið hvort einokunarstaða Farice geri það að verkum að félagið ráði fyrir ómissandi aðstöðu í skilningi samkeppnisréttar. Það feli í sér að skyldur hvíli á Farice um að gæta jafnræðis og gagnsæis í verðlagningu fyrir þjónustu félagsins.

7.

Samkeppniseftirlitið veitti Farice tækifæri til að gera athugasemdir við framangreint bréf Vodafone og bærust þær með bréfi, dags. 9. nóvember 2012. Farice bendir á að allar þær ákvarðanir sem gagnrýndar séu í kvörtun Vodafone og taldar séu fela í sér samkeppnislagaþrot hafi verið teknar á því tímabili sem Vodafone var hluthafi í félaginu og átti mann í stjórn Farice. Stjórn Farice hafi verið fullkunnugt um það að kostnaður við lagningu Danice-strengsins væri mikill og öllum hlutaðeigandi aðilum hafi verið ljóst að gagnaver kæmu ekki með starfsemi sína hingað til lands nema að bandvídd væri samkeppnishæf miðað við erlenda markaði.

Farice hafnar því að framsetning verðskráa félagsins sé óeðlileg og ógagnsæ. Verðskráin hafi verið gefin út í mars 2012 og kynnt fyrir fjarskiptafélögum á Íslandi. Þá hvíli ekki sú kvöð á félaginu samkvæmt lögum eða reglugerðum að félagið skuli birta verskrá sína opinberlega. Viðsemjendur Farice, þ.á.m. Vodafone, hafi raunar einnig lagt áherslu á að unnt sé að semja um verð og að það skuli ekki vera fyrirfram ákveðið. Viðræður hafi átt sér stað við Vodafone um verð á gagnaflutningi og að Vodafone hafi lagt fram tilboð sem Farice hafi talið of lágt. Farice þurfi að taka mið af því að bjóða þurfi aðilum í sambærilegri stöðu sambærileg kjör og tekur fram að Farice hafi á þessum tíma skrifað undir þriggja ára samning við Símann sem taka þurfi mið af.

Farice ítrekar að fjarskiptafélög og gagnaver séu ekki á sama markaði enda bjóði ekkert þeirra gagnavera, sem starfi hér á landi, upp á sams konar þjónustu fyrir heimili og/eða fyrirtæki og fjarskiptafyrirtækin veiti. Starfsemi gagnaveranna og tekjumódel byggi ekki á slíkri þjónustu, heldur annars konar þjónustu, sem felist einkum í vistun og geymslu gagna fyrir viðskiptavinum hvaðanæva að úr heiminum. Tæknilega væri það flókið fyrir gagnaver að hefja starfsemi á smásölumarkaði fyrir bandvídd hér á landi, t.d. með því að fara að selja netsamband til heimila og fyrirtækja og myndi ávallt útheimta að viðkomandi gagnaver þyrftu að kaupa sig inn á dreifikerfi innanland til að geta tengst viðskiptavinum sínum. Þau dreifikerfi séu í eigu Mílu ehf., Vodafone og Gagnaveitu Reykjavíkur en auk þess gangi viðskiptamódel gagnavera ekki út á slík viðskipti. Farice kannist ekki við dæmi um að gagnaver bjóði þjónustu á smásölumarkaði fyrir gagnaflutning en hafi heyrt um eitt tilfelli þar sem aðili hafi haft áform um slíka þjónustu sem ekkert hafi orðið af. Farice ítrekar að innlend fjarskiptafélög annars vegar og gagnaver starfi á sitthvorum markaði.

Farice vísar til ummæla Vodafone um að fyrirtækið geti sjálft séð um varnir á netsamböndum sínum og bendir á að Farice hafi ávallt séð um að útvega varin sambönd og selji þjónustu sína þannig til fjarskiptafyrirtækja. Þá hafnar Farice því að tímalengd



samninga hjá félaginu til eins og þriggja ára jafngildi einkasöluákvæði líkt og Vodafone haldi fram. Ljóst sé að mikil fjárfesting liggi að baki viðskiptunum. Samningar við birgja og erlenda aðila séu almennt til langs tíma og afar sjaldgæft sé að stærri skuldbindingar í þessum geira séu til styttri tíma en eins árs.

Með tölvupósti Farice til Samkeppniseftirlitsins þann 15. janúar 2013 upplýsti félagið að Farice og Vodafone hefðu náð samningi um fjarskiptasamband til útlanda. Fram kom að samningurinn væri sambærilegur við samning sem Farice hefði gert við Símann í október 2012. Sama dag barst einnig tölvupóstur til Samkeppniseftirlitsins frá Vodafone þar sem tilkynnt var um samninginn við Farice og fylgdi hann með til upplýsinga. Með tölvupósti Vodafone fylgdi samningur sem hafði að geyma samkomulag um niðurfellingu dómsmála vegna fyrri samnings félaganna. Aðdragandi þess var að áður en umræddur samningur féll úr gildi þann 30. september 2012 tilkynnti Vodafone að félagið hygðist halda eftir hluta greiðslna vegna meintra vanefnda Farice sem rekja mætti til þess að umsamin bandvídd hefði ekki verið afhent á þeim tíma sem samningurinn fól í sér. Aðilar náðu ekki saman um gerð nýs samnings og hóf Farice því innheimtu fyrir veitta þjónustu á grundvelli verðskrár sem send hafði verið Vodafone á vormánuðum 2012. Vísaði Vodafone ágreiningi aðila til Samkeppniseftirlitsins og hóf Farice í kjölfarið tvö mál fyrir Héraðsdómi Reykjavíkur en Vodafone tók til varna og hóf gagnsök. Þar sem aðilar náðu samningi um verð og skilmála fyrir þjónustu Farice höfðu þeir því orðið ásáttir um að fella niður framangreind mál svo sem segir í umræddu samkomulagi. Í forsendum samkomulagsins er tekið fram að það sé gert með fyrirvara um niðurstöður Samkeppniseftirlitsins eða annarra lögbærra eftirlitsstofnana um samþýðanleika við viðeigandi lög og reglur. Verði niðurstaða sú að samkomulagið standist ekki, muni aðilar í góðri trú leitast við að ná samkomulagi hið fyrsta. Í tölvupósti Vodafone til Samkeppniseftirlitsins var tekið fram að framangreint samkomulag við Farice hefði ekki áhrif á kröfugerð félagsins í kvörtun til Samkeppniseftirlitsins um meint brot Farice gegn samkeppnislögum.

8.

Með bréfi Samkeppniseftirlitsins til Vodafone, dags. 10. júní 2013, var tilkynnt að vegna mikils málafjölda í meðferð hjá eftirlitinu hefðu orðið tafir á afgreiðslu á erindi félagsins og að erindið yrði tekið til afgreiðslu innan nokkurra mánaða.

9.

Þann 19. september 2014 bárust viðbótargögn frá Vodafone sem sýna áttu að mati félagsins verulega lægra verð Farice á gagnaf lutningi til gagnavera. Sá verðmunur leiddi m.a. til þess að gagnaver væru farin að bjóða ódýrari þjónustu í heildsölu til Fjarskipta en félaginu stæði til boða ef þjónustan væri keypt beint af Farice. Að mati Fjarskipta sé því veruleg hætta á því að aðili sem njóti gagnaverðskjara hjá Farice sé í samkeppni við aðila sem greiða þurfi skilgreint fjarskiptafyrirtækjaverð sem sé margfalt hærra.

10.

Með bréfi Vodafone til Samkeppniseftirlitsins, dags. 11. september 2015, bárust viðbótarupplýsingar um háttsemi Farice. Í bréfinu var vísað til fyrra erindis Vodafone til Samkeppniseftirlitsins, dags. 27. september 2012, og afstaða félagsins áréttuð sem fram kom í bréfi til eftirlitsins, dags. 24. október 2012.



Ólögsmæt sölusynjun

Í framangreindu bréfi Vodafone til Samkeppniseftirlitsins frá 11. september 2015 byggir félagið á sömu málsástæðum og lagarökum og gerð er grein fyrir í fyrri bréfaskriftum og erindum sem getið er um hér að framan. Auk þess heldur Vodafone því fram að félagið hafi orðið fyrir ólögsmætri sölusynjun með því að Farice veiti ekki Vodafone upplýsingar um verð í sambönd sem eru undir 10 GB. Af þeirri ástæðu telji Vodafone að Farice hafi gerst brotlegt við 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 og 54. gr. EES samningsins, sbr. lög nr. 2/1993.

Ólögsmæt mismunun milli fjarskiptafyrirtækja

Í framangreindu bréfi Vodafone er því auk þess lýst að fjarskiptafélagið Hringdu ehf. (Hringdu) hafi nýverið sagt upp samningum við Vodafone um útlandasambönd í heildsölu. Ástæða þess hafi verið að Hringdu hafi fengið betra verð hjá Farice. Af framangreindu hafi Vodafone dregið þá ályktun að Hringdu hafi verið boðið betra verð hjá Farice en Vodafone stæði til boða. Vodafone bendir á í bréfi sínu að óheimilt sé að mismuna fyrirtækjum sem eins sé ástatt um og einnig að afsláttarkjör, séu þau heimil, eigi að endurspegla það kostnaðarlega hagræði sem af magni viðskipta hljótist. Vodafone telji að Farices sé að brjóta gegn þessari meginreglu.

Ógagnsæi í verðlagningu og skilmálum

Að mati Vodafone hafi Farice ekki undirgengist þá samningsskuldbindingu í samningi sínum við Fjarskiptasjóð, dags. 12. apríl 2012, að verðskrá skuli vera „available to all upon request“, sbr. 6. gr. samningsins.

Ólögsmæt mismunun milli fjarskiptafyrirtækja og gagnavera

Vodafone áréttar og ítrekar í bréfi sínu til Samkeppniseftirlitsins þann 11. september 2015, fyrri sjónarmið um ólögsmæta mismunun milli gagnavera og fjarskiptafyrirtækja. Tekið er fram að þegar um óvarin sambönd sé að ræða sé ekki unnt að réttlæta hið ólíka verð á kostnaðarlegum forsendum því sami kostnaður hljótist af því að afhenda slík sambönd til fjarskiptafyrirtækis og gagnavers. Með erindi Vodafone hafi fylgt skilmálar Farice vegna viðskipta félagsins við gagnaver. Að mati Vodafone séu skilmálarnir illskiljanlegir en telji að um ólögsmæta mismunum sé að ræða eins og frammar segir.

Ólögsmætur verðþrýstingur

Vodafone telji að af gögnum málsins megi ráða að það verð sem Farice bjóði öðrum fjarskiptafyrirtækjum, sem og gagaverum, geri félaginu ókleift að keppa á markaði fyrir sölu á millilandasamböndum til þriðju aðila. Gögn málsins sanni að verð Vodafone sé ósamkeppnishæft sé litið til t.d. uppsagnar Hringdu á viðskiptum félagsins við Vodafone.

11.

Samkeppniseftirlitið veitti Farice kost á því að gera athugasemdir við erindi Vodafone til eftirlitsins, dags. 11. september 2015. Umsögn Farice barst Samkeppniseftirlitinu með bréfi, dags. 16. október 2015. Í bréfi Farice kemur fram að Hringdu hafi átt í viðskiptum við Farice í gegnum tíðina og hafi óskað á árinu 2014 eftir því að gera samning við félagið um kaup á bandvídd. Um hafi verið að ræða viðskipti við Hringdu sem sé á sama heildsölumarkaði og önnur fjarskiptafyrirtæki sem Farice eigi viðskipti við um bandvídd.



Farice hafnar því að hafa stundað ólöglega sölusynjun. Vodafone sé með samning við Farice sem farið hafi verið eftir í einu og öllu. Farice hafi boðið Vodafone til viðræðna um gerð nýs samnings og haldið fundi með félaginu þar að lútandi. Farice bendir á að Vodafone keppi við Farice um sölu á bandvidd til minni fjarskiptafélaga líkt og Hringdu og því telji Farice að ítarlegar upplýsingar um verð félagsins milli fyrirtækja geti skekkt samkeppni á viðkomandi markaði. Farice bendir á að þarfir ólíkra fjarskiptafyrirtækja um bandvidd séu mismunandi. Því geti samanburður á verði í slíkum tilfellum ekki verið nákvæmur en samkvæmt mati Farice á verði til Hringdu annars vegar og Vodafone hins vegar þá sýni það að Farice hafi ekki mismunað fjarskiptafélögum í verði.

Um meinta mismunun í verðlagningu Farice til fjarskiptafyrirtækja og gagnavera þá vísar félagið til fyrri sjónarmiða hvað það varði. Hvað varði umrædda skilmála Farice í viðskiptum við gagnaver tekur félagið fram að þeir séu settir fram með því augnamiði að útskýra að gagnaver, sem komi hingað til lands og kaupir af Farice á gagnaversverði, beri að nýta þá bandvidd til þeirrar starfsemi, þ.e. starfsemi gagnavera. Það sé gert til þess að gagnaver selji ekki óhindrað inn á íslenska fjarskiptamarkaðinn og geti þar með undirboðið íslensk fjarskiptafyrirtæki. Því hafi Farice sett ákvæði í samninga við gagnaver að slíkt sé óheimilt, enda sé markaður fyrir gagnaver annar en markaður fyrir fjarskiptapjónustu hér á landi. Í þessu felist ekki að gagnaverum sé óheimilt að selja inn á íslenska fjarskiptamarkaðinn heldur eingöngu að verðlagning Farice miðist við að svo sé ekki gert. Kjósi gagnaver að selja inn á þann markað, sé heimild í samningum Farice að uppfæra verð til viðkomandi gagnavers þannig að þau séu að pari við það verð sem íslensk fjarskiptafyrirtæki greiði.

Farice telji ekki geta komið til álita að félagið hafi beitt Vodafone verðþrýstingi í þessu máli. Bent er á að Farice starfi á heildsölumarkaði fyrir bandvidd til fjarskiptafyrirtækja sem kaupir bandvidd af félaginu og endurselji þjónustu til viðskiptavina sinna á neðra sölustigi sem Farice starfi ekki á.

12.

Samkeppniseftirlitið veitti Vodafone kost á því að gera athugasemdir við umsögn Farice og bærust þær eftirlitinu með bréfi, dags. 11. nóvember 2015. Vodafone bendir á að Farice hafi ekki orðið við því að birta opinbera verðskrá samkvæmt samningsskyldu sinni við Fjarskiptasjóð sem skapi ógagnsæi í verðlagningu félagsins. Tekið er fram að þrátt fyrir fjölda fyrirspurna um verð fyrir minna en 10GB sambönd hafi það ekki orðið til þess að Vodafone geti áttað sig á verði Farice til minni fjarskiptafélaga líkt og Farice haldi fram.

Vodafone tekur fram að Farice hafi ekki hafnað eða mótmælt því að Hringdu hafi verið boðið verð í sambönd undir 10 GB sem ekki hafi verið boðin Vodafone. Það þýði að um óheimila mismunun skv. 11. gr. samkeppnislaga sé að ræða. Að mati Vodafone sé það hin ógagnsæja verðstefna Farice sem raski með umtalsverðum hætti samkeppni á markaði fyrir endursölu á millilandasamböndum. Bent er á að löggjöf á fjarskiptamarkaði leiði til þess að fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk sé skylt að gefa út sk. viðmiðunartilboð fyrir þjónustu sína. Ekki nægi að mati Vodafone að Farice auglýsi verð á þjónustu sinni í því skyni frá mars 2012. Þá telji Vodafone að auk þess séu a.m.k. tvær aðrar verðskrár í gild hjá Farice.



Vodafone áréttar fyrri sjónarmið sín um ólögmæta mismunum milli gagnavera og fjarskiptafyrirtækja. Þá telji Vodafone að Samkeppniseftirlitinu beri að rannsaka og fjalla um málsástæðu Vodafone þess efnis að Farice hafi viðhaft ólögmætan verðþrýsting í þessu máli. Í því sambandi bendir Vodafone á að Farice starfi bæði á markaði fyrir aðgang að vörðum og óvörðum millilandasamböndum en einnig á markaði fyrir endursölu á slíkum samböndum.

13.

Samkeppniseftirlitinu barst bréf frá Vodafone, dags. 2. desember 2015, þar sem vísað var til viðbótarupplýsinga sem félagið sendi eftirlitinu í september 2015. Fram kemur í bréfi Vodafone að félagið hafi nú náð samkomulagi við Farice um framlengingu á núverandi samningi og að verð fyrir mismunandi þjónustu sé nú brotið niður í stað heildarupphæðar eins og núgildandi samningur kveði á um. Að þessu leyti sé verðlagning Farice gagnsæri en áður að mati Vodafone. Tekið er fram að í ljósi þess að samningar hafi tekist milli Farice og Vodafone sjái Vodafone ekki að svo komnu máli ástæðu til að fylgja eftir erindi sínu frá því í september 2015.

Samkeppniseftirlitið gaf Farice kost á því að gera athugasemdir við umsögn Vodafone frá 11. nóvember 2015 og bárust þær með bréfi, dags. 16. desember 2015. Í bréfi Vodafone er vísað til framangreinds samkomulags við Vodafone þann 2. desember 2015 þar sem samningssambandi milli félaganna hafi verið tryggt út árið 2017. Vísað er til þess að sama dag og samkomulag hafi náðst hafi Vodafone tilkynnt Samkeppniseftirlitinu um að ekki sé ástæða til að fylgja eftir erindi félagsins til eftirlitsins frá því í september 2015. Að mati Farice standi þá eftir í erindi Vodafone sú athugasemd sem varðar verðlagningu á sölu bandvíddar til gagnavera annars vegar og fjarskiptafyrirtækja hins vegar. Farice tekur fram að horfa verði til þess að það hafi verið stefna íslenskra stjórnvalda árið 2007 að laða til landsins „grænan iðnað“ en þar hafi einkum verið horft til gagnavera og tengdrar starfsemi. Til þess að svo gæti orðið hafi þurft að bjóða gagnaverum samkeppnishæft verð sem er lægra en það sem íslenskum fjarskiptafyrirtækjum standi til boða. Það sé gert á grundvelli þess að gagnaver og fjarskiptafélög starfi á aðskildum mörkuðum hér á landi og því sé ekki mögulegt að bjóða upp á sameiginlega verðskrá fyrir sölu á bandvídd til þeirra. Þróunin hafi hins vegar verið sú að verð til fjarskiptafyrirtækja hafi farið lækkandi og endurspegli nýr samningur Farice og Vodafone þá þróun.

II.

Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins

Vodafone telur að sá samningur sem Farice bauð félaginu haustið 2012 feli í sér ósanngjarnt kaupverð og viðskiptaskilmála og innihaldi skilyrði um kaup á heildarlausn og viðbótarskuldbindingum af félaginu sem valdi því að möguleg kaup á þjónustu af öðrum aðilum, t.d. Tele Greenland séu útilokuð. Auk þess telur Vodafone að viðskiptakjör Farice feli í sér mismunun í skilningi c-liðar 2. mgr. 11. gr. samkeppnislaga gagnvart kjörum sem gagnaverum bjóðist. Að mati Vodafone bjóði Farice einvörðungu upp á samning til eins eða þriggja ára sem feli í sér einkasöluákvæði og aðgangshindrun annarra aðila á umræddan markað. Þá telji Vodafone að framsetning gjaldskrár Farice um tiltölulega lítið gagnamagn með innifalinn aukinn hraða hafi bindandi skilmála í för með sér. Að lokum telur Vodafone það koma til skoðunar hvort Farice ráði fyrir ómissandi aðstöðu í skilningi



Samkeppnisréttar. Það feli í sér að neiti markaðsráðandi fyrirtæki keppinautum sínum um aðgang að ómissandi aðstöðu sem hið markaðsráðandi fyrirtæki ráði yfir, eða veiti aðgang að á ósanngjörnum skilmálum þar sem brotið sé gegn jafnræði aðila, feli það í sér brot á markaðsráðandi stöðu. Að mati Vodafone sé markaður málsins gagnatengingar við útlönd og að viðkomandi landfræðilegur markaður sé Ísland.

Að mati Farice sé litið svo á að íslensk fjarskiptafyrirtæki annars vegar og gagnaver og tengd starfsemi hins vegar keppi ekki á sama þjónustu- og landfræðilegum markaði. Gagnaver séu ekki keppinautar fjarskiptafyrirtækja um fjarskiptaþjónustu á smásölumarkaði hér á landi heldur keppi um gagnaversþjónustu á alþjóðlegum markaði. Gagnaverin geti verið staðsett hvar sem er í heiminum þar sem meginverkefni þeirra snúist fyrst og fremst um geymslu gagna og/eða búnaðar fyrir viðskiptavinum sína og gildi einu fyrir þá hvort gögnin séu vistuð á Íslandi eða annars staðar. Fjarskiptafélög sem vilji starfa hér á landi geti ekki flutt starfsemi sína annað og haldið uppi þjónustu áfram á Íslandi þar sem þau þurfi að geta tengt sig við búnað hér á landi og veitt þá þjónustu sem nauðsynleg er.

Farice tekur fram að með lagningu Danice-strengsins hafi markmið fyrirtækisins og stjórnvalda verið þau að laða til landsins gagnaver og tengda starfsemi sem ekki hafi gengið eftir eins og áætlanir hafi staðið til. Horft hafi verið til þess að með tilkomu gagnavera myndu tekjur Farice aukast eftir því sem nýr markaður verði til. Þá hafi félagið haft að markmiði við uppbyggingu verðskrár að jafnsett og sambærileg fyrirtæki á sama markaði sætu við sama borð hvað varði kjör. Farice mótmælir því að verðskrá félagsins mismuni viðskiptavinum félagsins, sé ógagnsæ eða hafi bindandi skilmála í för með sér sem gangi gegn samkeppnislögum.

Skilgreining markaða

Í 5. tl. 1. mgr. 4. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 er markaður skilgreindur þannig:

"Markaður er sölusvæði vöru og staðgengdarvöru og/eða sölusvæði þjónustu og staðgengdarþjónustu. Staðgengdarvara og staðgengdarþjónusta er vara eða þjónusta sem að fullu eða verulegu leyti getur komið í stað annarrar."

Við mat á því hvenær fyrirtæki keppa á sama markaði hefur verið horft til ýmissa atriða, s.s. hvort markaður sé þannig að vörur eða þjónusta geti veitt hverri annarri samkeppni og staðgöngu, þ.e. komið í stað hvernar annarrar og einnig er horft til þess hver landfræðileg afmörkun markaðar sé.

Ótvírætt er að Farice starfar á markaði fyrir fjarskiptaþjónustu og þá sérstaklega á einum undirmarkaði sem er heildsala á gagnaflutningsþjónustu til og frá Íslandi. Samkeppnieftirlitið bendir á að bæði fjarskiptafélög og gagnaver kaupa sambærilega þjónustu af Farice en veita síðan tvenns konar ólíka þjónustu hér á landi sem aðgreinir starfssemi þeirra á markaði samkvæmt lögum. Fjarskiptafyrirtæki hafa þannig almenna heimild til reksturs fjarskiptaneta og fjarskiptaþjónustu sbr. 4. gr. laga nr. 81/2003 um fjarskipti. Fjarskiptafyrirtæki sem býður fjarskiptanet, fjarskiptaþjónustu eða aðstöðu sem tengist fjarskiptanetum og þjónustu skal tilkynna það til Póst- og fjarskiptastofnunar (PFS) áður en starfsemi hefst. Starfseminni ber síðan að haga í samræmi við fjarskiptalög



og reglur sem PFS hefur sett um almenna heimild til reksturs fjarskiptaneta og -þjónustu sbr. 6. gr. laga nr. 81/2003. Starfsemi gagnavera er ekki háð framangreindum skilyrðum PFS enda reka þau ekki fjarskiptanet eða bjóði fjarskiptaþjónustu á markaði þó að þau nýti gagnaflutningsþjónustu vegna starfsemi sinnar sem felst í geymslu rafrænna gagna. Það er því mat Samkeppniseftirlitsins að markaður málsins sé heildsala á gagnaflutningstengingum til og frá Íslandi sem fellur undir fjarskiptaþjónustu. Þá er landfræðilegur markaður málsins Ísland.

Farice er eina fyrirtækið á Íslandi, fyrir utan Tele Greenland, sem rekur gagnaflutningsþjónustu um sæstrengi til og frá Íslandi. Tele Greenland rekur eigin sæstreng milli Kanada, Grænlands og Íslands og nær með því fjarskiptatengingu til Evrópu um Danice sæstreng Farice. Tele Greenland hefur boðið til sölu umferðarbandvídd (e. transit capacity) á íslenskum fjarskiptamarkaði en sú þjónusta er óveruleg í samanburði við gagnaflutningsþjónustu Farice hér á landi. Þá er möguleiki til staðar að fleiri aðilar komi til með að bjóða þjónustu á viðkomandi markaði en áætlanir voru um að taka nýjan sæstreng Emerald Networks í notkun á árinu 2014. Sæstrengur Emerald Networks átti að tengja Ísland við Evrópu og Norður-Ameríku en lagningu hans hefur verið slegið á frest.¹ Með hliðsjón af öllu framangreindu er því augljóst að Farice er í markaðsráðandi stöðu á skilgreindum markaði þessa máls.

Þrátt fyrir að fjarskiptafélög annars vegar og gagnaver hins vegar kaupi bæði gagnatengingar af Farice þá er ekki hægt að sjá að þau séu keppinautar enda starfa þau ekki á sama þjónustumarkaði hér á landi. Viðskiptakjör Farice til gagnavera voru háð þeim skilmálum að þau nýti keyptan gagnaflutning einungis til eigin starfsemi. Það var gert til þess að þau myndu ekki nýta keyptan gagnaflutning til þess að undirbjóða fjarskiptafyrirtæki í sölu á þjónustu á fjarskiptamarkaði. Með því hefur Farice aðgreint þjónustu gagnavera og fjarskiptafyrirtækja í tvo aðskilda markaði en vilji gagnaver starfa á fjarskiptamarkaði þá muni þau sæta sömu kjörum og önnur fjarskiptafyrirtæki hér á landi. Ólík kostnaðaruppbygging og tekjuöflun fjarskiptafélaga annars vegar og gagnavera hins vegar getur því réttlætt framangreinda verðaágreiningu Farice í þessu máli. Ekki verður litið fram hjá því að ráðist var í fjárfestingu Farice á Danice-strengnum m.a. í þeim tilgangi að skapa grundvöll fyrir starfsemi gagnavera hér á landi. Sú verðaágreining sem felst í verðlagningu Farice á gagnaflutningi til gagnavera annars vegar og til fjarskiptafyrirtækja hins vegar þarf þó að taka mið af hlutlægum almennum forsendum. Farice hefur bent á að gangi áætlanir um aukna starfsemi gagnavera hér á landi eftir gefi það tilefni til þess að verðmunur milli gagnavera og fjarskiptafyrirtækja minnki frá því sem nú er, fjarskiptafyrirtækjum í hag. Eftir því sem gagnaver ná meiri fótfestu fyrir starfsemi sína hér á landi ættu fjarskiptafélög að geta notið þess þegar afkastagetan af fjárfestingunni í Danice-strengnum er orðin betur nýtt með starfsemi gagnavera eins og að var stefnt í upphafi. Að mati Samkeppniseftirlitsins er mikilvægt að slík þróun gangi eftir og komi þannig almennum neytendum og fyrirtækjum hér á landi til góða í framtíðinni.

Eins og gefur að skilja þá er töluverður aðdragandi hjá nýjum þjónustuaðila að bjóða gagnaflutning á viðkomandi markaði og getur Samkeppniseftirlitið ekki séð að samningur

¹ <http://www.visir.is/nyr-saestrennur-ekki-tekinn-i-notkun-a-arinu/article/2014704059945>



til eins eða þriggja ára feli í sér einkasöluákvæði eða aðgangshindrun annarra aðila á viðkomandi markað. Líta verður þar til formgerðar markaðarins og aðdraganda að starfsemi nýrra aðila sem hyggja á þjónustuframboð hér á landi líkt og Farice gerir. Fjarskiptafélög geta því brugðist við í tíma með gerð samnings til eins árs ef útlit er fyrir að nýr þjónustuaðili hyggist leggja sæstreng til Íslands. Þá hafa Vodafone og Farice auk þess gert með sér nýjan samning um gagnaflutning og þjónustu sem Samkeppniseftirlitið gerir ekki athugasemd við. Með framangreint í huga eru ekki forsendur að aðhafast frekar í þessu máli.

III. Ákvörðunarorð

„Ekki eru efni til að aðhafast frekar í þessu máli“

Samkeppniseftirlitið

Páll Gunnar Pálsson