



SAMKEPPNISEFTIRLITIÐ

Föstudagur, 21. maí 2010

Ákvörðun til bráðabirgða nr. 2/2010

## **Meint brot Símans hf. á markaði fyrir farsímapjónustu**

### **I.**

#### **Tilfni og málsmeðferð**

Með bréfi, dags. 12. apríl 2010, til Samkeppniseftirlitsins sendi Nova ábendingu vegna starfshátta Símans á farsímaparkaði. Í bréfinu kemur fram að fyrirtækið hafi orðið þess áskynja að Síminn hafi undanfarið beint sérstökum tilboðum til viðskiptavina Nova sem teljist til meiri stórnotenda en almennt gerist. Hafi Síminn hringt í viðkomandi notendur og boðið þeim nýja en óopinbera áskriftarleið, sem sé nánast afritun af svokallaðri Súper Nova þjónustuleið hjá Nova sem sé ætluð fyrir stórnotendur. Þá hafi Síminn í þessum markaðssímtölum upplýst að viðkomandi notandi hjá Nova hringdi það mikið í kerfi Símans að það kynni að vera hagkvæmara fyrir viðkomandi að flytja viðskipti sín frá Nova til Símans. Telur Nova að ekki fari á milli mála að Síminn hafi þannig farið fram með grófum og ólögætum hætti, hvort heldur sem varðar hinar sértæku aðgerðir og boð um óopinbera áskriftarleið eða með misnotkun á gögnum um fjarskiptaumferð sem verða til við samtengingu fjarskiptaneta Símans og Nova.

Segir Nova skilmála umrædds tilboðs Símans vera talsvert hagstæðari en þá sem bjóðist almennt öðrum viðskiptavinum Símans samkvæmt auglýstri verðskrá á heimasíðu félagsins. Verði því ekki annað séð en að hið sértæka tilboð sé sérstaklega sett til höfuðs Nova í þeim tilgangi að ná frá Nova þeim viðskiptavinum sem alla jafna nota þjónustuna mest og eru þannig hluti af afar mikilvægum viðskiptavinum félagsins. Þannig feli hið sértæka tilboð Símans í sér áskriftarleið þar sem í mánaðargjaldi eru innifalin símtöl í 1000 mínútur, í farsíma og heimasíma, sem og 500 SMS skilaboð óháð kerfum. Gjald fyrir umframnotkun sé kr. 15 fyrir hverja mínútu en mánaðargjald Símans fyrir þessa áskriftarleið sé nokkuð á reiki. Þannig komi fram í einu tilviki sem Nova hafi vitneskju um að mánaðargjaldið sé kr. 8.055. Í öðru tilviki sé mánaðargjaldið lækkað í kr. 6.055 (yfir a.m.k. sex mánaða tímabil).

Til samanburðar greiði viðskiptavinur Nova 6.990 kr. mánaðargjald samkvæmt áskriftarleiðinni „Súper Nova“ en innifaldar í áskriftinni séu 1000 mínútur í símtöl innanlands, hvort sem er í farsíma eða heimasíma og óháð kerfi. Auk þess séu innifalin 500 SMS skilaboð óháð kerfi. Umframnotkun kosti kr. 14,90 hver mínúta og kr. 10 hvert SMS sending.



Þá segir Nova að Síminn sé markaðsráðandi fyrirtæki á farsímaþjónustumarkaði samkvæmt ítrekuðum niðurstöðum samkeppnisfyrivalda. Telur Nova framangreinda háttsemi Símans ekki vera í samræmi við þær heimildir sem markaðsráðandi fyrirtækjum séu markaðar með samkeppnislögum. Alkunnugt sé að heimildir markaðsráðandi fyrirtækja til að taka þátt í samkeppni séu þrengri heldur en almennt gengur og gerist og vísar Nova í þessu sambandi til 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005. Almennt megi segja að aðgerðir af hálfu markaðsráðandi fyrirtækis sem séu til þess fallnar að viðhalda eða styrkja hina markaðsráðandi stöðu, og grundvallist ekki á eðlilegum kostnaðarlegum forsendum, séu líklegar til að teljast misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Dæmi um háttsemi sem hafi verið talin falla undir misnotkun og þar með brot á 11. gr. samkeppnislaga séu sértækar aðgerðir sem beint sé gegn keppinauti, að því er virðist í þeim eina tilgangi að viðhalda eða styrkja markaðsráðandi stöðu.

Telur Nova allt benda til þess að sú háttsemi Símans sem hér um ræðir teljist vera sértækar aðgerðir gegn Nova. Í því sambandi nefnir Nova fjögur atriði. Í fyrsta lagi sé um að ræða sértæk tilboð sem aðeins séu í boði fyrir ákveðna viðskiptavinum. Í öðru lagi virðist tilboðið ekki vera í hópi almennra tilboða eða áskriftarleiða Símans og sé ekki auglýst á heimasíðu fyrirtækisins. Í þriðja lagi misnoti Síminn símtalsgögn sem verði til við samtengingu fjarskiptaneta Símans og Nova í þeim tilgangi að reyna að sannfæra viðkomandi símnotanda um að hringimynstur hans sé með þeim hætti að hin leynilega þjónustuleið sé honum afar hagstæð. Í fjórða lagi misnoti Síminn símtalsgögn sem verði til við samtengingu milli Símans og Nova í því skyni að greina hvaða viðskiptavinir Nova hringi mikið inn í kerfi Símans og séu líklegir til að vera mikilvægari viðskiptavinir en almennt sé.

Með bréfi Nova fylgdu yfirlýsingar viðskiptavina Nova sem staðfesta að mati Nova að Síminn virðist með markvissum hætti leita uppi þá viðskiptavinum sem séu Nova mikilvægir með því að misnota upplýsingar um hringimynstur viðkomandi notanda sem séu Símanum aðgengilegar vegna samtengisamnings Símans og Nova. Síminn freisti þess þannig að fá umrædda viðskiptavinum Nova til viðskipta við sig með sértækum tilboðum.

Nova óskar eftir að Samkeppniseftirlitið taki umrædda háttsemi Símans til tafalausrar athugunar og svari því hvort um eðlilega eða ólögmetta samkeppnishætti sé að ræða.

## 1.

Þann 21. apríl 2010 framkvæmdi Samkeppniseftirlitið húsleit hjá Skiptum hf., Símanum hf. og Tæknivörum ehf. Í úrskurði Héraðsdóms Reykjavíkur er m.a. vísað til þess að Samkeppniseftirlitið hafi ríkar ástæður til að ætla að Síminn (og eftir atvikum önnur fyrirtæki sem tilheyra sömu fyrirtækjasamstæðu og Síminn, sbr. úrskurð í máli nr. R-187/2010) hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga með margvíslegum aðgerðum á fjarskiptamarkaði. Er þar m.a. vísað til umræddrar ábendingar Nova til Samkeppniseftirlitsins frá 12. apríl sl.

## 2.

Með bréfi Samkeppniseftirlitsins, dags. 6. maí sl., var Símanum tilkynnt að Samkeppniseftirlitið myndi strax næsta dag hefja kerfisbundna skoðun tölvugagna sem aflað var við húsleitina. Var Síminn jafnframt upplýstur um að fulltrúum fyrirtækisins gæfist kostur á að vera viðstaddir athugun á tölvugögnunum.



Með bréfi sama dag sendi Samkeppniseftirlitið Símanum ýmis haldlögð gögn sem fundust í framangreindri húsleit sem virðast styðja þær ávirðingar sem Nova hefur sett fram. Fram kemur í bréfinu að fyrirliggjandi upplýsingar og gögn gefi til kynna að sennilegt sé að Síminn hafi m.a. beitt sértækum markaðsaðgerðum gagnvart Nova á markaði fyrir farsímaþjónustu sem geti farið í bága við ákvæði 11. gr. samkeppnislaga. Var Símanum gefið færi á að tjá sig um fyrirhugaða bráðabirgðaákvörðun Samkeppniseftirlitsins vegna meintra markaðsaðgerða Símans gagnvart Nova á farsímamarkaði og um erindi Nova að öðru leyti.

Með bréfi Samkeppniseftirlitsins, dags. 10. maí sl., var Síminn upplýstur um að við fyrstu skoðun rafrænna gagna hafi fundist fleiri gögn sem Samkeppniseftirlitið telji sennilegt að staðfesti enn frekar þær ávirðingar sem Nova hafi sett fram. Þar sem umrædd gögn koma til skoðunar í tengslum við mat á mögulegri bráðabirgðaákvörðun í málinu var Símanum sent afrit af umræddum gögnum og þar með gefinn kostur á að tjá sig um þau.

### 3.

Þann 11. maí 2010 barst umsögn Símans um erindi Nova og umrædd gögn. Í bréfinu gerir Síminn þá kröfu að fallið verði frá töku bráðabirgðaákvörðunar þar sem skilyrði 3. mgr. 16. gr. samkeppnislega séu ekki uppfyllt í málinu. Rökstyður Síminn það með eftirfarandi hætti.

Í kvörtun Nova og bréfi Samkeppniseftirlitsins sé á því byggt að Síminn hafi beitt sértækum markaðsaðgerðum gagnvart Nova. Með því sé væntanlega átt við að viðskiptavinum Nova hafi verið boðin kjör sem ekki hafi almennt verið í boði hjá Símanum fyrir viðskiptavinum Símans eða annarra samkeppnisaðila. Hér sé á ferðinni grundvallar staðreyndarvilla sem Síminn telur leiða til þess að ætlað brot á 11. gr. samkeppnislaga sé ekki fyrir hendi. Telur Síminn því tilefni til að leiða fram atvik þessa máls með eftirfarandi hætti.

#### *Um stórnotendaleið*

Hjá Símanum hafi ávallt verið nokkrar áskrifaleiðir í boði sem henti ólíkum þörfum mismunandi viðskiptavinahópa. Þetta sé í samræmi við framkvæmd annarra fyrirtækja, jafnt hér á landi sem erlendis, enda eðli tal- og farsímamarkaðar þannig að þarfir viðskiptavina geti verið mjög ólíkar. Allt frá árinu 2006 hafi Síminn boðið svokallaðar betri leiðir, „góður“, „betri“, „bestur“ og „langbestur“. Í hnotskurn megi lýsa þeim þannig að viðskiptavinir fái innifalda notkun gegn hærra mánaðargjaldi.

Fljótlega eftir innkomu Nova á markað hafi félagið hafið að bjóða áskriftarleið sama eðlis og framangreindar leiðir Símans, svokallaða „Súpernova“ leið. Í eðli sínu lúti sú leið sömu lögmálum og betri leiðir Símans, nema hvað meiri notkun sé innifalin. Með Súpernova hafi Nova líkt eftir áskriftarleiðum Símans og bætt þær. Þannig komi fram á heimasíðu Nova að virði leiðarinnar sé kr. 21.000 á mánuði en viðskiptavinurinn greiði aðeins kr. 6.990 á mánuði.

Á árinu 2009 hafi verið tekin sú ákvörðun hjá Símanum að aðlaga áskriftarleiðina „langbestur“ að þörfum þeirra viðskiptavina sem hringdu enn meira á mánuði en þar var innifalið. Voru þessar leiðir nefndar „langlangbestur“ og „langlangbesturplús“.



Tæpum tveimur árum eftir innkomu Nova á markað hafi verið tekin sú ákvörðun hjá Símanum að aðlaga áskriftarleiðina enn að þörfum þeirra viðskiptavina sem hringdu enn meira á mánuði en áður hafi verið innifalið. Var leiðin tilkynnt til Póst- og fjarskiptastofnunar með bréfi, dags. 25. nóvember 2009, og fékk heitið 1000 mínútur. Þessi leið sé sambærileg leiðinni „langlangbestur“, nema hvað meiri notkun sé innifalin gegn hærra mánaðarverði. Þessi leið hafi hvorki mátt né farið undir Súpernova leið Nova í kjörum. Einkum séu kjör fyrir umframnotkun mun hagstæðari í Súpernova leiðinni, gagnamagnið sé innifalið og leiðin ódýrari en leið Símans.

Þegar í upphafi hafi legið fyrir að fremur afmarkaður hópur viðskiptavina myndi hafa áhuga á þessari leið, einkum stórnotendur. Var því afráðið að birta hana ekki á heimasíðu Símans, a.m.k. fyrst um sinn. Ekkert sé því þó til fyrirstöðu.

Bendir Síminn á að markaðssetning á símamörkuðum fari að stórum hluta fram með kynningu í gegnum síma. Keppinautar Símans hafi yfir að ráða símaverum sem hringi daglega í viðskiptavinum og kynni þeim þjónustu félaganna og þær leiðir sem í boði séu. Síminn hafi minna gert af þessu en keppinautar hans og ekki verið jafn aðgangsharður í aðgerðum. Kynning í gegnum síma hafi þó síðastliðin ár verið hluti af markaðsstarfi Símans, líkt og tíðkist hjá öðrum símafyrirtækjum víðs vegar um heim.

Þar sem umrædd áskriftarleið henti aðeins takmörkuðum fjölda viðskiptavina hafi verið farin sú leið að hringja í þá viðskiptavinum sem Síminn taldi að gætu haft áhuga á að nýta sér hana og hún kynnt fyrir þeim. Hafi sú leið verið farin að kynna hana jafnt fyrir viðskiptavinum Símans sem viðskiptavinum annarra símafyrirtækja. Kynningar hafi farið fram með símtölum. Fyrst hafi Síminn þannig kynnt völdum viðskiptavinum þessa áskriftarleið en frá lokum mars til loka apríl árið 2010 hafi áskriftarleið Símans verið kynnt fyrir viðskiptavinum annarra símafyrirtækja. Tilviljun hafi ráðið því að byrjað hafi verið á viðskiptavinum Nova en því næst hafi leiðin verið kynnt fyrir viðskiptavinum Vodafone og Tals. Hafi þessi áskriftarleið eingöngu verið kynnt fyrir viðskiptavinum samkeppnisaðila á einstaklingsmarkaði.

Síminn telur að um almenna leið hafi verið að ræða, óháð því hjá hvaða fyrirtæki viðkomandi viðskiptavinur hafi verið í viðskiptum. Ennfremur hafi verið um afar hóflega aðgerð að ræða hvernig áhrif hafi verið lítil sem engin í samhengi við þá þróun sem hafi átt sér stað á farsímamarkaði undanfarin misseri.

Segir Síminn að í bréfi Nova þann 12. apríl sl. hafi verið vitnað til þess að ekki virðist hafa verið sama verð í boði í öllum tilvikum og vitnað sé til tölvupósts starfsmanns Símans því til stuðnings. Þarna sé á ferð misskilningur enda tölvupósturinn slitinn úr samhengi. Þarna hafi verið um að ræða að inneign að fjárhæð kr. 2.000 hafi fylgt með í sex mánuði og komið þannig til lækkunar á bæði áskriftarverði og notkun í takmarkaðan tíma.

Aðdraganda þess að Síminn hafi farið að bjóða inneign til nokkurra mánaða megi rekja til þess að keppinautar Símans hafi farið í herferð þar sem slíkar inneignir hafi verið boðnar í stórum stíl. Síminn viti þannig dæmi þess að Nova hafi boðið í einhverjum tilfellum kr. 2.000 inneign til tólf mánaða. Þá hafi Vodafone verið að bjóða svokallað Risafrelsi frítt í sex mánuði, kr. 1.990 inneign á mánuði auk annarra fríðinda.



Sá grundvallarmunur sé á þeim inneignum sem annars vegar keppinautar Símans bjóði og hins vegar Síminn að í áskriftarleiðum þeirra fyrrnefndu séu innankerfissímtöl án endurgjalds. Sú inneign sem boðin sé gangi því aðeins upp í símtöl í önnur kerfi. Inneignir sem Síminn bjóði gangi aftur á móti jafnt upp í símtöl innankerfis sem utan. Telur Síminn því ljóst að með þessu hafi hann mætt samkeppni með afar hóflegum hætti.

#### *Um upplýsingar um símaumferð*

Í bréfi Samkeppniseftirlitsins til Símans hafi komið fram að sennilegt sé að Síminn hafi með ólögum hætti misnotað gögn um fjarskiptaumferð í markaðslegum tilgangi á smásölumarkaði og það feli sennilega í sér brot á 11. gr. samkeppnislaga, án þess þó að gerð sé tilraun til að heimfæra lýsinguna undir ákvæðið. Í ljós þessa þyki Símanum rétt að rekja hvaða upplýsingar félagið hafi undir höndum og af hvaða orsökum.

Annars vegar hafi Síminn undir höndum upplýsingar um það hjá hvaða símafyrirtæki öll símanúmer eru. Þessar upplýsingar séu opinberar á grundvelli kvaða frá Póst- og fjarskiptastofnun. Almennur geti flett þessu upp, meðal annars á heimasíðu Símans.

Hins vegar hafi Síminn, jafnt smásala sem heildsala, upplýsingar um hversu oft hringt sé úr tilteknum símanúmerum í viðskiptavini. Þessar upplýsingar séu þannig tilkomnar að við hvert símtal sem viðskiptavinur í GSM þjónustu Símans annað hvort hringi eða fái verði til færsla í símsstöð sem nefnist á ensku Call Detail Record (CDR). Á henni komi meðal annars fram upplýsingar um það úr hvaða númeri sé hringt.

Færslur þessar verði til miðlægt í símsstöð. Ekki sé hægt að segja að þær tilheyri heildsölu Símans sérstaklega fremur en smásölu. Eðlilegast væri raunar að líta svo á að þær tilheyru smásölu enda upplýsingar um símtöl í viðskiptavini Símans.

Allt að einu safnist þessar færslur saman í gagnagrunn og sé þaðan miðlað áfram til annarra kerfa Símans sem þjóni annað hvort heildsölu eða smásölu fyrirtækisins. Þessar upplýsingar séu nauðsynlegar heildsölunni við útreikninga tekna og kostnaðar vegna samtengiuppgjöra við önnur símafyrirtæki. Smásalan hafi hingað til ekki notað þessar upplýsingar við reikningagerð en hins vegar sé ekkert því til fyrirstöðu að það sé gert. Sem dæmi megi nefna að víðsvegar um heim láta símafyrirtæki viðskiptavini sína njóta þess í formi afslátta ef mikið sé hringt í þá, t.d. með hlutdeild í lúkningargjöldum. Þá leið hafi Síminn hins vegar ekki farið.

Einnig megi nefna að á bandarískum símamarkaði gildi meginreglan um að móttakandi símtals borgi (e. Receiving Party Pays), öfugt við þá meginreglu sem gildi hér á landi. Evrópusambandið hafi lýst yfir áhuga á að þróunin á evrópskum símamarkaði verði í þessa átt, þar sem hún sé hagfelldari samkeppni. Það gefi auga leið að við slíkar aðstæður séu þessar upplýsingar nauðsynlegar smásölu til reikningagerðar.

Umræddar upplýsingar hafi verið notaðar af smásölu Símans til að finna úr hvaða símanúmerum hafi verið mest hringt í viðskiptavini Símans. Þær upplýsingar hafi síðan verið keyrðar saman við [www.ja.is](http://www.ja.is) og útbúnir listar. Hringt hafi verið í þá aðila og þeim kynnt umrædd áskriftarleið. Síminn hafi því engar nákvæmar upplýsingar um símhringingar viðskiptavina Nova, aðeins almennar upplýsingar um það hvaða



viðskiptavinir annarra símfyrirtækja hringi mest í viðskiptavini Símans. Líti Síminn svo á að ekkert sé eðlilegra en að smásalan hafi upplýsingar um viðskiptavini sína, þar á meðal úr hvaða símanúmerum sé mest hringt í þá. Keppinautar Símans geti unnið nákvæmlega sömu upplýsingar og hafi þær því ekkert með stöðu Símans á markaði að gera. Þá sé mögulegt fyrir hvaða aðila sem er að vinna sams konar upplýsingar með þarfagreiningu.

Í ljósi framangreinds komi það Símanum mjög á óvart hversu alvarlegum augum Samkeppniseftirlitið virðist líta notkun þessara upplýsinga. Þá tekur Síminn fram að sé það enn afstaða Samkeppniseftirlitsins, þrátt fyrir framangreindar skýringar, að sennilegt sé að notkun þeirra feli í sér brot á 11. gr. samkeppnislaga, lýsi Síminn því yfir að félagið muni hætta notkun þeirra þegar í stað. Óskar Síminn eftir að Samkeppniseftirlitið tilkynni um afstöðu sína hvað þetta varðar. Þá verði ekki séð að skilyrði til töku bráðabirgðaákvörðunar séu fyrir hendi. Bendir Síminn á 7. og 12. gr. stjórnslulaga nr. 37/1993 í því samhengi.

Þá bendir Síminn á að Samkeppniseftirlitið hafi tekið fram að notkun upplýsinganna kunnist að brjóta í bága við fjarskiptalög nr. 81/2003. Póst- og fjarskiptastofnun fari með eftirlit samkvæmt þeim lögum og því fari Samkeppniseftirlitið út fyrir valdmörk sín með umfjöllun um atriði sem að þeim lúti. Síminn telur notkunina í samræmi við 42. gr. fjarskiptalaga og muni rökstyðja það fyrir þar til bæru stjórnvaldi.

#### *Um skilyrði til töku bráðabirgðaákvörðunar og meinta markaðsráðandi stöðu*

Um heimild Samkeppniseftirlitsins til töku bráðabirgðaákvörðana vísar Síminn til 3. mgr. 16. gr. samkeppnislaga. Fyrirtækið bendir á að það sé forsenda þess að taka bráðabirgðaákvörðun í fyrirliggjandi máli að sennilegt sé að háttsemi Símans feli í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu í andstöðu við 11. gr. samkeppnislaga. Þá þurfi að vera líklegt að bið eftir endanlegri ákvörðun leiði til röskunar á samkeppni sem ekki verði afstýrt. Ríkar kröfur séu því gerðar til þess að sennilegt sé að háttsemin feli í sér brot á samkeppnislögum enda beinlínis gert ráð fyrir því að til endanlegrar ákvörðunar komi.

Síminn byggir á því að hvorki sú kynning á umræddri áskriftarleið né sú notkun upplýsinga sem um sé að ræða feli í sér brot á 11. gr. samkeppnislaga. Verði því ekki tekin ákvörðun í málinu í þá veru og þaðan af síður bráðabirgðaákvörðun. Rök Símans fyrir þessu eru eftirfarandi.

Ljóst sé að 11. gr. samkeppnislaga verði ekki beitt nema fyrirtæki sé í markaðsráðandi stöðu á þeim markaði sem málið varðar. Fyrirtæki geti svo ekki verið í markaðsráðandi stöðu fyrr en farið hafi fram nákvæm og vönduð skilgreining á mörkuðum málsins.

Síminn telur ljóst að þjónustumarkaður fyrirliggjandi máls sé farsímapjónusta fyrir einstaklinga. Þannig hafi sú „aðgerð“ sem hér um ræðir aðeins tekið til einstaklinga þar sem eingöngu hafi verið hringt í viðskiptavini annarra símafyrirtækja á einstaklingsmarkaði. Þá lúti farsímapjónusta nokkuð ólíkum lögmálum eftir því hvort um þjónustu við fyrirtæki eða einstaklinga sé að ræða, þar sem þarfir viðskiptavina séu ólíkar. Telur Síminn ljóst að niðurstaða svokallaðs SSNIP prófs myndi leiða til þeirrar niðurstöðu að um aðskilda markaði sé að ræða. Ennfremur bendi ólíkar tölur um markaðshlutdeild til þess að markaðirnir lúti ólíkum lögmálum. Að lokum bendir Síminn á úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 3/2008, en þar sé lögð áhersla á það að hvaða



Þjónustu aðgerðir málsins beindust, við skilgreiningu markaða. Fyrir liggir að „aðgerðir“ Símans í þessu máli hafi eingöngu beinst að farsímaþjónustu fyrir einstaklinga.

Í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 17/1999 hafi verið á það bent að rök gætu staðið til þess að skipta markaði fyrir farsímaþjónustu upp í markaði fyrir farsímaþjónustu einstaklinga annars vegar og fyrirtæki hins vegar. Hið sama hafi verið gert í ákvörðun ráðsins nr. 40/2003, en þar hafi meðal annars verið á það bent því til stuðnings að Síminn hafi þá a.m.k. til skamms tíma haft hlutfallslega sterkari stöðu í farsímaþjónustu fyrir fyrirtæki en einstaklinga. Sá hlutfallslegi munur hafi haldist síðan þá.

Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 17/2007 sé vitnað til þessara tveggja ákvarðana. Í ljósi þess að í því máli, rétt eins og í fyrirliggjandi máli, hafi verið til skoðunar aðgerð sem beindist gegn einstaklingum hafi verið ákveðið að skilgreina markað málsins sem farsímaþjónustu fyrir einstaklinga.

Með vísan til framangreinds telur Síminn ljóst að skilgreina eigi markað þessa máls sem farsímaþjónustu fyrir einstaklinga.

Við mat á því hvort fyrirtæki sé í markaðsráðandi stöðu beri fyrst og fremst að líta til þess hvort fyrirtæki geti hegðað sér án tillits til samkeppnisaðila, sbr. 4. tl. 1. mgr. 4. gr. samkeppnislaga. Þannig hafi framkvæmdastjórn EB litið svo á að fyrirtæki sé markaðsráðandi ef það getur á arðbæran hátt hækkað verð sín yfir verð samkeppnisaðila og haft þau hærri um talsverðan tíma.

Um markaðshlutdeild Símans segir að fyrirtækið hafi á undanförunum misserum kynnt fyrir Samkeppniseftirlitinu þá þróun sem hafi verið að eiga sér stað í markaðshlutdeild á markaði fyrir farsímaþjónustu við einstaklinga. Þannig hafi verið haldinn fundur með Samkeppniseftirlitinu í nóvember 2009 þar sem þróunin hafi verið kynnt. Þá hafi jafnframt verið kynnt álitserð sem unnin var fyrir Símann af doktor í hagfræði. Niðurstaða þessarar álitserðar hafi verið að Síminn sé ekki í markaðsráðandi stöðu, a.m.k. ekki á einstaklingsmarkaði, sem með réttu ætti að skilgreina sem sjálfstæðan markað.

Samkeppniseftirlitið hafi flest ný gögn um þróun markaðshlutdeildar undir höndum eftir húsleit hjá Símanum þann 21. apríl sl. Því komi það Símanum á óvart að Samkeppniseftirlitið skuli vísa til gagna um markaðshlutdeild frá miðju ári 2009 máli sínu til stuðnings, sem aukinheldur geri ekki greinarmun á fyrirtækjamarkaði og einstaklingsmarkaði. Bendir Síminn á að markaðshlutdeild verði að miða við skilgreindan markað málsins og að sterk staða á einum markaði leiði ekki sjálfkrafa til markaðsráðandi stöðu á öðrum, jafnvel þó um tengda markaði kunni að vera að ræða.

Segir Síminn að stærstur hluti markaðshlutdeildar Símans á einstaklingsmarkaði hafa farið til hins ætlaða fórnarlamb í fyrirliggjandi máli, Nova. Allt frá byrjun árs 2009 hafi þróunin verið sú í hverjum mánuði að um [...] %<sup>1</sup> þeirra viðskiptavina sem flytji sig milli félaganna fari frá Símanum til Nova en um [...] %<sup>2</sup> frá Nova til Símans.

---

<sup>1</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

<sup>2</sup> Fellt út vegna trúnaðar.



Nú sé svo komið að markaðshlutdeild Símans sé rétt við það viðmið sem framkvæmdastjórn EB setji. Lækki hlutdeildin þannig um [...] %<sup>3</sup> til viðbótar, sem þróunin bendi til að verði innan skamms, geti Síminn ekki talist í markaðsráðandi stöðu. Þegar hlutdeild Símans sé orðin svo takmörkuð sé ljóst að mikið annað eða einhverjar sérstakar aðstæður þurfi til að koma svo félagið teljist í markaðsráðandi stöðu. Slíkar aðstæður geti til dæmis verið smæð keppinauta eða takmarkaðir möguleikar þeirra til að bæta við sig viðskiptum. Þær aðstæður séu ekki fyrir hendi í þessu máli.

Það sé það skilyrði bráðabirgðaákvörðunar að sennilegt sé að tiltekin háttsemi feli í sér brot á samkeppnislögum. Samkeppniseftirlitið telji sennilegt að háttsemi Símans fari í bága við 11. gr. samkeppnislaga. Þetta mat byggir Samkeppniseftirlitið á tæplega árs gömlum tölum yfir markaðshlutdeild sem ekki séu greindar niður eftir einstaklingum og fyrirtækjum, þrátt fyrir að sú „aðgerð“ sem hér um ræði eigi aðeins við um markað fyrir einstaklinga.

Að mati Símans verði bráðabirgðaákvörðun um ætlað brot á 11. gr. samkeppnislaga ekki tekin ef minnsti vafi leiki á því að fyrirtækið sé í markaðsráðandi stöðu, enda slík staða algjört frumskilyrði þess að um brot á téðri grein sé að ræða. Þeim mun lægri markaðshlutdeild, þeim mun ríkari kröfur verði að gera til ítarlegrar hagfræðilegrar rannsóknar á áætlaðri markaðsráðandi stöðu. Harkalegt inngríp á markað í formi bráðabirgðaákvörðunar við aðstæður þar sem minnsti vafi leiki á tilvist markaðsráðandi stöðu geti haft alvarlegar afleiðingar og gengið þvert á þá hagsmuni neytenda sem samkeppni sé ætlað að tryggja og Samkeppniseftirlitinu að standa vörð um.

Síminn telur með vísan til alls framangreinds að félagið geti ekki lengur verið í markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir farsímaþjónustu við einstaklinga. Því geti ekki komið til álita að taka bráðabirgðaákvörðun í málinu.

#### *Ekki var um sértæka verðlækkun að ræða*

Síminn tekur fram að í bréfi Samkeppniseftirlitsins sé Símanum gefið að sök að hafa „beitt sértækum markaðsaðgerðum gagnvart Nova“. Ekki séu færð fyrir því ítarleg rök hvernig slík háttsemi sé heimfærð undir 11. gr. samkeppnislaga. Því þyki ástæða til að rekja hvernig fræðimenn og dómstólar hafi skilgreint heimildir markaðsráðandi fyrirtækja til verðlagningar.

Hafa verði í huga að verðlagning yfir kostnaði markaðsráðandi fyrirtækis geti almennt ekki talist misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Þannig hafi í Evrópurétti verið talið að svokölluð sértæk verðlækkun (e. selective price cutting) teljist aðeins misnotkun á markaðsráðandi stöðu fyrirtækja sem séu í einstakri yfirburðastöðu (s. superdominance), eða aðrar sérstakar aðstæður. Virðist Hæstiréttur Íslands hafa tekið undir þau sjónarmið með dómi sínum í máli nr. 640/2007. Í ljósi dómafordæma dómstóla EB, fræðiskrifa og áherslu Hæstaréttar í framangreindum dómi verði að telja að sértækar aðgerðir yfir kostnaði brjóti almennt ekki gegn 11. gr. samkeppnislaga nema um einstaka yfirburðastöðu sé að ræða.

---

<sup>3</sup> Fellt út vegna trúnaðar.





Þá vísar Síminn til úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála í málum nr. 17-18/2003 þar sem deilt hafi verið um verðlækkun á viðskiptafargjöldum Icelandair. Telur Síminn að með hliðsjón af rökstuðningi nefndarinnar í framangreindum úrskurðum virðist sem verðlagning markaðsráðandi fyrirtækis yfir kostnaði feli almennt ekki í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu nema tilgangur hennar hafi beinlínis verið sá að bola samkeppnisaðila út af markaði.

Vísar Síminn því næst til úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008 og segir ljóst að um afar sérstök málsatvik hafi þar verið að ræða. Þannig hafi það verið niðurstaða nefndarinnar að um mjög umfangsmikla aðgerð hafi verið að ræða þar sem upplýsingum um stærstu viðskiptavinum keppinautarins hafi verið safnað og þeim kerfisbundið gerð tilboð á mun lægra verði en aðrir viðskiptavinir félagsins hafi fengið. Þá hafi yfirlýst markmið aðgerðanna verið að veikja keppinaut verulega. Fordæmisgildi úrskurðarins hvað sértæka verðlækkun markaðsráðandi fyrirtækja sem ekki njóta einstakrar yfirburðarstöðu sé því takmarkað.

Telur Síminn að af framangreindu megi draga þá ályktun að verðlagning markaðsráðandi fyrirtækja yfir kostnaði en með sértækum hætti teljist ekki brjóta gegn 11. gr. samkeppnislaga nema annað tveggja komi til. Um sé að ræða félag í einstakri yfirburðarstöðu eða markmið með aðgerðunum sé að útrýma aða veikja verulega keppinaut. Í báðum þessum tilvikum sé það að sjálfsögðu skilyrði að aðeins viðskiptavinum þessa tiltekna keppinautar séu boðin betri kjör, og öðrum viðskiptavinum hins markaðsráðandi fyrirtækis standi slík kjör ekki til boða. Ennfremur sé það að sjálfsögðu skilyrði að viðskiptavinum séu boðin betri kjör en samkeppnisaðilinn hafi boðið. Vísar Síminn í þessu sambandi til fyrrnefnds úrskurðar áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008.

Þó deilt sé um það í fræðiritum hvort verðlagning yfir kostnaði geti falið í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu sé það þó að minnsta kosti óumdeilt að verðlagning sem sé bæði yfir kostnaði og yfir verðlagningu samkeppnisaðila geti ekki mögulega falið í sér slíka niðurstöðu. Slík niðurstaða, sem væntanleg bráðabrigðaákvörðun fæli í raun í sér, gengi þannig gegn öllum viðmiðunum og í raum markmiðum samkeppnislaga um verðsamkeppni.

Fyrir liggir að Síminn sé ekki í einstakri yfirburðarstöðu á þeim markaði sem hér um ræðir. Telur Síminn raunar að félagið sé ekki í markaðsráðandi stöðu. Þá liggir fyrir að umfang „aðgerðanna“ hafi vægast sagt verið afar takmarkað. Afar góð framlegð sé af umræddri áskriftarleið og tekjur því yfir kostnaði. Ennfremur liggir svo fyrir að um almenn verðkjör hafi verið að ræða, en ekki sértæka aðgerð gagnvart Nova. Að lokum liggir fyrir að áskriftarleiðin hafi ekki mætt verði Nova, hvað þá undirboðið það, sem endurspeglar í takmörkuðum árangri.

Síminn telur það alveg ljóst í ljósi framangreinds að „aðgerðin“, ef aðgerð skyldi kalla, geti ekki falið í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Fara verði afar varlega í alla íhlutun í verðlagningu markaðsráðandi fyrirtækja, enda samkeppni í verði kjarni þeirrar samkeppni sem Samkeppniseftirlitinu beri að standa vörð um og efla. Eigi það enn frekar við um bráðabirgðaákvörðanir þar sem mál séu ekki að fullu upplýst.



### *Um heimildir Símans til að mæta samkeppni*

Jafnt evrópsk sem innlend samkeppnisyfirvöld hafi viðurkennt að markaðsráðandi fyrirtæki hafi heimildir til að verja viðskiptahagsmuni sína ef á þá sé ráðist og vísar Síminn í þessu sambandi í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 70/2007 og úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í sama máli. Það sé viðurkennt sjónarmið í samkeppnistrétti að markaðsráðandi fyrirtæki sé heimilt að verja viðskiptahagsmuni sína sé á þá ráðist. Þetta eigi til að mynda við þegar viðskiptamanni félagsins sé boðið í viðskipti við samkeppnisaðila. Hafi Samkeppniseftirlitið staðfest að aðgerðir sem ella yrðu taldar ólögmætar geti talist lögmætar sé gripið til þeirra við slíkar aðstæður.

Síminn hafi á rétt um tveimur árum misst um [...] af viðskiptavinum sínum á markaði fyrir farsímaþjónustu fyrir einstaklinga. Sæti Síminn þannig stöðugum árásum keppinautar sem daglega snúi sér að viðskiptavinum hans og bjóði þeim betri kjör. Í mars og apríl hafði Síminn leyft sér að hafa samband við örsmátt hlutfall viðskiptavina samkeppnisaðila sinna í þeirri miklu vörn sem félagið sé í. Hafi þeim verið boðin sömu kjör og sambærilegir viðskiptavinir Símans njóti, sem séu lakari en þau kjör sem samkeppnisaðilar Símans hafi boðið í stöðugum árásum sínum á viðskiptahagsmuni Símans. Þá bætir Síminn því við að á meðan „aðgerðirnar“ hafi staðið yfir hafi mun fleiri viðskiptavinir flutt sig frá Símanum til Nova en frá Nova til Símans.

Ef umrædd „aðgerð“ Símans falli ekki undir heimildir markaðsráðandi fyrirtækja til að verja viðskiptahagsmuni sína ef á þá er ráðist, sé vandséð hvaða hegðun geri það. Samkeppniseftirlitið virðist gera ráð fyrir því að sú skylda hvíli á Símanum að sitja með hendur í skauti á meðan viðskiptavinir hans fái hundruð símtala dag hvern frá samkeppnisaðilanum. Vandséð sé hvernig það samrýmist markmiðum samkeppnislaga eða hagsmunum neytenda.

### *„Aðgerðinni“ lokið*

Segir Síminn að kynningunni á umræddri áskriftarleið sé lokið hvað varðar viðskiptavini Nova. Því liggi fyrir að skilyrði til töku bráðabirgðaákvörðunar, um að líklegt sé að bið eftir endanlegri ákvörðun leiði til röskunar á samkeppni sem ekki verði afstýrt með endanlegri ákvörðun, sé ekki uppfyllt. Það sé því engin samkeppnisleg röskun yfirvofandi. Til sömu niðurstöðu leiði sú staðreynd að meðan á „aðgerðunum“ hafi staðið hafi mun fleiri viðskiptavinir flutt sig frá Símanum til Nova en öfugt. Því sé ætluð samkeppnisleg röskun vægast sagt afar vandséð.

Að lokum segir Síminn að bráðabirgðaákvörðun geti verið afar þungbært úrræði. Þannig virðist hvorki mögulegt að bera slíka ákvörðun undir áfrýjunarnefnd samkeppnismála né dómstóla. Verði Samkeppniseftirlitið því að fara afar varlega með það vald sem því sé falið með þeirri heimild og gera ríkar kröfur, jafnt til málsmeðferðar sem efnis máls. Að mati Símans fari því fjarri að það úrræði komi til greina í fyrirliggjandi máli. Sé bráðabirgðaákvörðun tekin án þess að skilyrði 3. mgr. 16. gr. samkeppnislaga séu uppfyllt megi vænta þess að um ólögmæta ákvörðun sé að ræða með þeim réttaráhrifum sem slíkum ákvörðunum fylgja.

---

<sup>4</sup> Fellt út vegna trúnaðar.



#### 4.

Með bréfi Samkeppniseftirlitsins, dags. 12. maí sl., var Nova kynnt framangreind umsögn Símans vegna mögulegrar bráðabirgðaákvörðunar og gefinn kostur á að koma á framfæri athugasemdum sínum við hana. Í ljósi þess að um mögulega bráðabirgðaákvörðun var að ræða var Nova gefin skammur frestur til að svara.

Athugasemdir Nova bárust Samkeppniseftirlitinu með bréfi dags. 14. maí 2010. Nova mótmælir þeirri staðhæfingu Símans að félagið hafi ekki beitt sértækum markaðsaðgerðum gagnvart Nova heldur að um almenna áskriftarleið hafi verið að ræða. Bendir Nova á í þessu sambandi að fram komi í máli Símans að umrædd kjör hafi ekki verið kynnt neytendum almennt, t.d. á vefsíðu félagsins og þar af leiðandi hafi þau ekki verið aðgengileg öllum viðskiptavinum Símans. Aðeins þeim sem sérstaklega var haft samband við hafi verið boðin umrædd kjör. Þá hafi Síminn lagt nokkuð mikið upp úr því að aðeins hafi verið haft samband við takmarkað hlutfall viðskiptavina Nova til að kynna umrædda áskriftarleið. Það breyti engu um hversu óeðlileg þessi háttsemi hafi verið af hálfu Símans. Hvað sem öðru líði gangi sá málalátubúnaður Símans, að um hafi verið að ræða almenn kjör sem stæðu öllum til boða, ekki upp.

Þá mótmæli Nova því að umrædd áskriftarleið eða önnur þau tilboð sem Síminn hafi boðið viðskiptavinum Nova geti talist hófleg, eins og Síminn heldur fram. Það sem skipti meira máli hér að mati Nova sé að um „leynilega áskriftarleið“ hafi verið að ræða sem notuð hafi verið í sértækri markaðsaðgerð. Síminn haldi því fram að fyrir hafi legið að afmarkaður hópur viðskiptavina myndi hafa áhuga á þessari leið. Þá haldi Síminn því fram að ekkert sé því til fyrirstöðu að birta leiðina opinberlega en hins vegar sé ljóst að það hafi Síminn ekki gert, né heldur fyrirfinnist upplýsingar um áskriftarleiðinar „Langlangbestur“ eða „Langlangbesturplús“ sem Síminn vísar til.

Af orðalagi Símans megi ráða að allir keppinautar Símans stundi umræddar markaðsaðgerðir, þar á meðal Nova, og að Síminn hafi gert minna af slíku og hafi ekki verið eins aðgangsharður í slíkum aðgerðum og keppinautarnir. Engin gögn styðji þessar fullyrðingar Símans og þetta sé rangt í tilfalli Nova sem stundi ekki úthringingar í viðskiptavinum keppinauta og hafi aldrei gert það. Jafnvel þó Nova myndi beita slíkum aðgerðum myndi það ekki réttlæta háttsemi Símans, sem beri sérstakar skyldur á grundvelli markaðsráðandi stöðu sinnar.

Þá komi fram í bréfi Símans að um sé að ræða misskilning af hálfu Nova þess efnis að hin sérstæðu kjör Símans hafi ekki verið boðin á sama verði í öllum tilfellum. Síminn segir ástæðu lægra verðs í umræddu tilviki hafa verið „inneign“ að fjárhæð kr. 2.000 sem fylgt hafi í sex mánuði. Í þessu sambandi bendir Nova á að „inneign“ sé hugtak sem sé aðeins notað fyrir svokallaða frelsisþjónustu, þ.e. fyrirframgreidda þjónustu. Inneign eigi alla jafna ekki við í eftirágreiddum þjónustuleiðum. Í þessu ljósi telur Nova það ekki fara á milli mála að umræddum aðila hafi í raun boðist kr. 2.000 afsláttur af umræddum kjörum Símans í sex mánuði.

Hvað upplýsingar um símaumferð notenda varðar reyni Síminn að leiða rök að því að félagið, eins og önnur fjarskiptafyrirtæki, hafi fulla heimild til þess að mynda gagnasöfn um öll símtöl frá viðskiptavinum sínum og um öll símtöl til viðskiptavina sinna, og að



Þessi gögn eigi eðlilega að vera, og séu aðgengileg í smásölu Símans. Nova telur þessa afstöðu ranga og í algerrri andstöðu við ákvæði fjarskiptalaga. Með þessum málflutningi staðfesti Síminn hins vegar hina óeðlilegu háttsemi sína sem Nova hafi gagnrýnt í málinu.

Fram komi í máli Símans að bæði smásala og heildsala Símans hafi upplýsingar um hversu oft sé hringt úr tilteknum símanúmerum til viðskiptavina Símans. Gerð sé grein fyrir því að þessar upplýsingar séu sóttar úr svokölluðum CDR-færslum í símsstöð. Þess sé hins vegar hvergi getið að umræddar CDR-færslur verði til þegar símtöl fara um samtengingu fjarskiptaneta á milli fjarskiptafélaga. Þetta sé eina samskiptalagið sem færi Símanum upplýsingar um innkomandi símtöl frá öðrum kerfum. Samtenging netanna fari fram á heildsölustigi og það sé skilningur Nova að þessar upplýsingar séu trúnaðarmál, svo sem fram kemur í samtengisamningi Símans og að ekki megi undir nokkrum kringumstæðum nýta þær í markaðslegum aðgerðum. Vegna þessa telur Nova fullkomlega óeðlilegt og rangt sem Síminn haldi fram að ekki sé hægt að segja að þessar færslur tilheyri heildsölu Símans sérstaklega fremur en smásölu. Með málflutningi sínum sé Síminn ber að því að halda úti gagnasöfnun á smásölustigi, þar sem símtalsgögn frá heildsölu (CDR-færslur), séu notuð til að safna upplýsingum um tiltekin símanúmer hjá keppinautum og hversu mikið viðkomandi aðilar hringi í viðskiptavini Símans. Þar með sé Síminn að viðurkenna að félagið sé nú þegar í stakk búið til að velja hvaða símanúmer sem er hjá keppinaut, og fá yfirlit yfir hversu mikið viðkomandi aðili, sem ekki sé í neinu viðskiptasambandi við Símann, hringi inn í fjarskiptakerfi Símans og til hvaða viðskiptavina Símans viðkomandi aðili hringi. Nova telur það raunar með hreinum ólíkindum að Síminn skuli kinnroðalaust gangast við vinnubrögðum sem þessum.

Síminn bæti svo í frekar en hitt með því að taka fram að það mætti hugsa sé að smásalan notaði slíkar upplýsingar við reikningagerð, þó hún hafi ekki gert það hingað til. Nova bendir á að enn fari Síminn með rangt mál. Smásala Símans þurfi alls ekki á umræddum gögnum að halda, hefði hún áhuga á að láta viðskiptavini sína greiða fyrir innkomin símtöl, eða fá afslátt fyrir magn innkomandi símtala. Mikill munur sé á því hvort reikningagerðin mæli heildarfjöldi símtalsmínútna sem berist til ákveðins viðskiptavinar Símans (til að reikna út afslátt eða álag) eða hvort safnað sé upplýsingum um einstaka viðskiptavini keppinauta og hversu mikil samskipti þeir eigi við viðskiptavini Símans.

Þá bendir Nova á að tilvísun Símans um hvaða reglur gildi á bandarískum símamarkaði hafi enga þýðingu hvað þetta mál varði.

Í málflutningi Símans sé það í raun viðurkennt að háttsemi félagsins hafi verið óeðlileg, þegar því er lýst yfir að félagið muni hætta að nýta heildsölugögn á þann hátt sem gert hafi verið. Allur málflutningur Símans um meðhöndlun símtalsgagna opinberi um leið einbeittan ásetning Símans um að nýta símtalsgögn til að kortleggja hegðun viðskiptavina keppinauta sinna m.t.t. símtala til viðskiptavina Símans, og að Síminn hafi nú sannanlega orðið ber að því að nýta slíka gagnasöfnun til markaðsaðgerða gegn keppinautum. Ekki sé aðeins um að ræða það sem Nova telur skýlaust brot á fjarskiptalögum heldur sé hér einnig um að ræða skráningu persónuupplýsinga ótengdra aðila auk hinna samkeppnislegu brota sem Nova telur Símann beran að. Gildi þá einu þó Síminn lýsi því yfir að hann muni hætta að nýta símtalsgögn með þessum hætti. Alvarleiki málsins sé slíkur að það sé ekki aðeins skýlaus krafa Nova að Símanum verði bannað að stunda þær markaðsaðgerðir sem mál þetta snúist um heldur einnig að



strangt eftirlit verið haft með því að Síminn virði slíkt bann og að félagið eyði undir eftirliti öllum slíkum óeðlilegum gagnasöfnum sem kunni að vera fyrir hendi hjá smásölu Símans.

Hvað varðar þá staðhæfingu Símans að skilyrði bráðabirgðaákvörðunar séu ekki uppfyllt segir Nova að meginrök Símans fyrir því séu þau að félagið sé ekki í markaðsráðandi stöðu á þeim markaði sem um ræðir og því geti ekki verið um sennilegt brot á 11. gr. að ræða. Vísar Nova þessum málalíbúnaði Símans alfarið á bug og lætur nægja að vísa til þess sem fram komi í upphaflegri ábendingu Nova til Samkeppniseftirlitsins þann 12. apríl sl., auk þeirra fjöldamörgu fordæma sem fyrir hendi séu um markaðsráðandi stöðu Símans.

Þá hafnar Nova þeim málalíbúnaði Símans að ekki hafi verið um sértæka verðlækkun að ræða og telur auk þess fráleitt að halda því fram, líkt og Síminn gerir, að yfirburðarstaða á markaði, eða „superdominance“, sé skilyrði þess að sértækar aðgerðir eða sértæk verðlækkun teljist vera brot á 11. gr. samkeppnislaga. Jafnframt telur Nova, þvert á það sem fram komi í máli Símans, að úrskurður áfrýjunarnefndar í máli nr. 3/2008 hafi talsvert fordæmisgildi í þessu máli. Að mati Nova á flest sem þar er talið upp við um aðgerðir Símans í þessu máli og nefnir sem dæmi að upplýsingar og fyrirliggjandi gögn bendi til þess að um fremur umfangsmikla aðgerð af hálfu Símans hafi verið að ræða. Upplýsingum um stærstu viðskiptavinum keppinauta hafi verið safnað og þeim kerfisbundið gerð tilboð á mun lægra verði en aðrir viðskiptavinir félagsins fengu.

Hvað sem öllu öðru líður telur Nova ekki hægt að líta öðruvísi á málið en svo að um hafi verið að ræða aðgerðir af hálfu Símans sem brjóti í bága við 11. gr. samkeppnislaga. Þegar Síminn, félag í markaðsráðandi stöðu á umræddum markaði, fari í vandlega ígrundaðar og umfangsmiklar aðgerðir sem felist í því að safna upplýsingum um stærstu notendur keppinautarins, hringja í þá og bjóða þeim sértæk tilboð, sé um að ræða tilraun til þess að veikja samkeppnisstöðu hans verulega.

Með hliðsjón af þessu telur Nova afar sennilegt að Síminn hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga og telur nauðsynlegt að tekin verði bráðabirgðaákvörðun um að Símanum sé óheimilt að stunda slíkar sértækar aðgerðir gagnvart Nova og að Símanum sé óheimilt að starfrækja gagnasöfn um símhringingar viðskiptavina keppinauta Símans. Staðhæfingar Símans um að háttseminni hafi verið hætt komi ekki í veg fyrir nauðsyn á töku bráðabirgðaákvörðunar, þar sem ljóst sé að Síminn geti á hvaða tíma sem er tekið upp hina umdeildu háttsemi eða svipaða háttsemi sem byggja á umræddri gagnasöfnun. Staðreyndin sé sú að Síminn viðhafði umrædda háttsemi og því allar aðstæður til að koma í veg fyrir að henni verði haldið áfram með töku bráðabirgðaákvörðunar. Telur Nova því skilyrði 3. mgr. 16. gr. samkeppnislaga uppfyllt.

Að lokum áréttar Nova að taka verði tafarlausa ákvörðun til bráðabirgða þar sem Símanum verði meinað að viðhafa þær aðgerðir gegn Nova sem málið varðar, sem og allar sambærilegar markaðsaðgerðir, og að Símanum verði tafarlaust gert skylt að eyða úr tölvukerfum sínum, undir eftirliti, öllum gögnum er varða fjarskipti einstakra viðskiptavina keppinauta Símans til viðskiptavina Símans.



## 5.

Með tölvupósti Samkeppniseftirlitsins, dags. 14. maí sl., var framangreint bréf Nova sent Símanum til upplýsingar. Með tölvupósti sama dag var Símanum veittur skammur frestur til að koma á framfæri nýjum athugasemdum í málinu.

Athugasemdir Símans bárust Samkeppniseftirlitinu með bréfi dags. 17. maí 2010. Er þar vísað að mestu til fyrri röksemda og sjónarmiða Símans í málinu.

Hvað varðar söfnun og notkun upplýsinga um símtöl tekur Síminn fram að fyrirtækið hafi engar upplýsingar um hverjir séu stærstu viðskiptavinir Nova. Síminn hafi aðeins upplýsingar um hverjir viðskiptavina annarra símfyrirtækja hringi mest í kerfi Símans, en þetta tvennt þurfi ekki að fara saman. Síminn áréttar að önnur fjarskiptafélög, þ.á.m. Nova, hafi nákvæmlega sömu möguleika til álíkrar upplýsingasöfnunar.

Þá áréttar Síminn að notkun upplýsinganna hafi ekki verið heimfærð undir 11. gr. samkeppnislaga. Síminn telur notkunina í fullu samræmi við 42. gr. fjarskiptalaga og segist muna rökstyðja það fyrir þar til bæru stjórnvaldi.

Að mati Símans er umfjöllun Nova um þær inneignir sem Síminn vék að í bréfi sínu dags. 11. maí sl. nokkuð villandi. Hið rétta sé að Nova sé að gefa inneignir með símtækjum sem félagið selji og gildi þá einu hvort kaupandi þess velji fyrirfram eða eftirgreiddar þjónustuleiðir. Skilgreining Nova á hugtakinu inneign sé því ekki í samræmi við framkvæmd félagsins sjálfs.

Síminn segir Nova fara vísvitandi með rangt mál um það að félagið stundi ekki úthringingar í viðskiptavinum keppinauta. Styður Síminn þetta með undirritaðri yfirlýsingu viðskiptavinar Nova um að honum hafi verið boðin kr. 1.000 inneign í 12 mánuði gegn því að hætta við flutning frá Nova til Símans.

Síminn ítrekar að verðstefna félagsins og kynning hennar sé í fullu samræmi við heimildir 11. gr. samkeppnislaga og segist muna rökstyðja það nánar komi til efnismeðferðar málsins, fari svo að Samkeppniseftirlitið telji Símann í markaðsráðandi stöðu á hinum skilgreinda markaði málsins, sem Síminn telur mikinn vafa leika á. Inngrip í verðsamkeppni fyrirtækja í formi bráðabirgðaákvörðunar að illa upplýstu máli geti verið mjög skaðlegt og gengið gegn markmiðum samkeppnislaga.

Þá áréttar Síminn það sem fram kom í fyrra bréfi Símans um umfang aðgerðanna og þau kjör sem fólust í umræddri áskriftarleið og ítrekar Síminn að þeirri kynningu á umræddri áskriftarleið fyrir viðskiptavinum samkeppnisaðila sem hér hafi verið fjallað um sé lokið. Gefi því augaleið að skilyrði til töku bráðabirgðaákvörðunar séu ekki uppfyllt í málinu enda beri að túlka þau þröngt.

Með vísan til þeirra sjónarmiða og röksemda sem fram hafa komið hjá Símanum í málinu telur Síminn svokallaða 1000 mínútna leið félagsins og kynningu hennar vera í fullu samræmi við 11. gr. samkeppnislaga. Því séu skilyrði til töku bráðabirgðaákvörðunar ekki uppfyllt í málinu enda ekki sennilegt að umrædd háttsemi brjóti gegn ákvæðum samkeppnislaga.



Síminn fullyrðir að sambærileg háttsemi og sú sem hér um ræðir hafi aldrei verið talin misnotkun í markaðsráðandi stöðu, hvorki hér á landi né erlendis. Með því að fella hana undir 11. gr. samkeppnislaga verða lagðar nýjar og áður óþekktar kvaðir á markaðsráðandi fyrirtæki sem vart verði séð að samrýmist markmiðum samkeppnislaga eða hagsmunum neytenda. Allt að einu telur Síminn ljóst að ekki verði kveðið á um slíka stefnubreytingu í formi bráðabirgðaákvörðunar.

## 6.

Samkeppniseftirlitið telur mikilvægt að geta þess að eftirlitinu hefur borist upplýsingabeiðni frá Póst- og fjarskiptastofnun (PFS) með bréfi dags. 19. maí 2010. Er þar vísað til umræddrar kvörtunar Nova sem einnig barst Póst- og fjarskiptastofnun með bréfi dags. 13. apríl sl.

Fram kemur í bréfi PFS að þær upplýsingar sem um sé að ræða séu svokallaðar umferðarupplýsingar, sem feli m.a. í sér upplýsingar um magn umferðar inn í net Símans úr númerum Nova. Slíkar upplýsingar liggi fyrir í heildsölu Símans, en þær séu m.a. skráðar til að gjaldfæra lúkningargjöld og séu nauðsynlegar til framkvæmdar á fleiri þáttum í samtengisamningi á milli fyrirtækjanna á heildsölustigi.

Bendir PFS á að við samning um aðgang að aðstöðu eða samtengingu neta geti skapast þær kringumstæður að fjarskiptafyrirtæki komist í þá aðstöðu að geta aflað upplýsinga um keppinauta sína sem almennt skuli ríkja trúnaður um vegna samkeppnis- og viðskiptahagsmuna. Hafi fjarskiptafyrirtæki aðgang að slíkum upplýsingum sé því óheimilt að afhenda þær öðrum aðilum þar á meðal öðrum deildum innan eigin fyrirtækis, og vísar PFS í þessu sambandi til 26. gr. laga um fjarskipti nr. 81/2003. Þessi skylda til trúnaðar sé í mörgum tilvikum áréttuð í samningum á milli aðila, en Nova vísi í þessu sambandi til þagnarskyldu samkvæmt 9. gr. í samtengisamningi milli félaganna.

Þá tekur PFS fram að í ljósi markaðsráðandi stöðu Símans á fjarskiptamarkaði, þ.e. að flest ef ekki öll fjarskiptafyrirtæki þurfi með einum eða öðrum hætti að eiga viðskipti við félagið, t.d. um samtengingu, aðgang að aðstöðu eða innviðum fjarskiptaneta, hvíli á fyrirtækinu ríkar trúnaðarskyldur. Póst- og fjarskiptastofnun hafi við álagningu kvaða á Símann sérstaklega tiltekið að fyrirtækið skuli virða trúnaðarskyldur samkvæmt 26. gr. fjarskiptalaga í samningum sínum við önnur fjarskiptafyrirtæki, t.d. við útfærslu á jafnræðiskvöð á markaði fyrir lúkningu símtala í farsímaneti (M16).

Með tilliti til þeirra upplýsinga sem fram koma í umræddu bréfi Nova og vitneskju Póst- og fjarskiptastofnunar um húsleit Samkeppniseftirlitsins hjá Símanum þann 21. apríl sl. óskar PFS eftir því að Samkeppniseftirlitið upplýsi stofnunina um hvort einhver gögn eða upplýsingar hafi fundist í fórum Símans sem gefi tilefni til að ætla að ásakanir Nova eigi við rök að styðjast, þ.e. um að Síminn hafi notað umferðarupplýsingar í markaðssókn sinni. Um heimild til þess að óska eftir umræddum upplýsingum og um skyldu annarra stjórnvalda til að afhenda umbeðnar upplýsingar vísar PFS til 7. mgr. 8. gr. laga nr. 69/2003 um Póst- og fjarskiptastofnun.



## II.

### Niðurstöður

Í ábendingu Nova, dags. 12. apríl 2010, er því haldið fram að Síminn, sem sé markaðsráðandi fyrirtæki á markaði fyrir farsímaþjónustu, hafi með grófum hætti misnotað markaðsráðandi stöðu sína á umræddum markaði með sértækum aðgerðum sem beindust gegn Nova sem sé keppinautur Símans á umræddum markaði. Með þessum aðgerðum hafi Síminn ekki aðeins brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga heldur einnig misnotað upplýsingar um símaumferð sem verða til við samtengingu fjarskiptaneta Símans og Nova. Síminn mótmælir þessu.

Síminn heldur því fram að ekki séu skilyrði til þess að taka ákvörðun til bráðabirgða í máli þessu m.a. sökum þess að aðgerðum sem beindust að viðskiptavinum Nova sé lokið. Hins vegar ber að líta þess að í umfjöllun um framangreindar upplýsingar um símaumferð í bréfi Símans frá 11. maí sl. segir:

*„Sé það enn afstaða Samkeppniseftirlitsins, þrátt fyrir framangreindar skýringar, að sennilegt sé að notkun þeirra feli í sér brot á 11. gr. samkeppnislaga, lýsir Síminn því yfir að félagið muni hætta notkun þeirra þegar í stað.“*

Í ljósi þessa og þeirra staðhæfinga sem fram hafa verið settar af hálfu Nova telur Samkeppniseftirlitið að taka verði afstöðu til þess hvort skilyrði fyrir beitingu 3. mgr. 16. samkeppnislaga séu fyrir hendi í þessu máli.

Í 3. mgr. 16. gr. samkeppnislaga kemur fram að Samkeppniseftirlitinu sé heimilt að taka ákvarðanir til bráðabirgða um einstök mál ef „...sennilegt þykir að sú háttsemi eða þær aðstæður sem til athugunar eru fari gegn ákvæðum samkeppnislaga eða ákvörðunum teknum á grundvelli þeirra ...“. Einnig er það skilyrði að málið þoli ekki bið.

Þar sem um bráðabirgðaráðstöfun er að ræða þarf því ekki að ákvarða með endanlegum hætti að svo stöddu hvort sú háttsemi sem hér er til skoðunar telst andstæð samkeppnisreglum. Ákvörðun um það mun bíða endanlegrar afgreiðslu og er Samkeppniseftirlitið ekki bundið af því mati til bráðabirgða sem hér er sett fram. Á þessu stigi málsins þarf að meta hvort sennilegt sé að sú háttsemi sem kvartað er yfir feli í sér brot á 11. gr. samkeppnislaga. Jafnframt ber að meta hvort bið eftir endanlegri niðurstöðu í málinu muni leiða til röskunar á samkeppni eða málið að öðru leyti þoli ekki bið. Eðli málsins samkvæmt eru ekki gerðar sömu kröfur um sönnun brota þegar bráðabirgðaákvörðun er tekin. Verður fyrst vikið að því hvort sennilegt sé að Síminn sé í markaðsráðandi stöðu.

#### 1. Skilgreining markaða

Hugtakið markaður er skilgreint í 5. tl. 1. mgr. 4. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 þannig:

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





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

### 1.1 Mat Símans

Af hálfu Símans er því haldið fram að þjónustumarkaður þessa máls sé farsímaþjónusta fyrir einstaklinga. Rökstyður Síminn þetta með því að vísa til þess að eingöngu hafi verið hringt í viðskiptavinum annarra símafyrirtækja á einstaklingsmarkaði og því ljóst að sú aðgerð sem hér um ræðir hafi aðeins tekið til einstaklinga. Að mati Símans lúti farsímaþjónusta nokkuð ólíkum lögmálum eftir því hvort um þjónustu við fyrirtæki eða einstaklinga sé að ræða, þar sem þarfir viðskiptavina séu ólíkar. Telur Síminn ljóst að niðurstaða svokallaðs SSNIP prófs myndi leiða til þeirrar niðurstöðu að um aðskilda markaði sé að ræða. Ennfremur bendi ólíkar tölur um markaðshlutdeild til þess að markaðirnir lúti ólíkum lögmálum. Að lokum bendir Síminn á úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 3/2008, en þar sé lögð áhersla á það að hvaða þjónustu aðgerðir málsins beindust við skilgreiningu markaða. Fyrir liggja að aðgerðir Símans í þessu máli hafi eingöngu beinst að farsímaþjónustu fyrir einstaklinga.

Síminn bendir á að í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 17/1999 hafi verið á það bent að rök gætu staðið til þess að skipta markaði fyrir farsímaþjónustu upp í markaði fyrir farsímaþjónustu einstaklinga annars vegar og fyrirtæki hins vegar. Hið sama hafi verið gert í ákvörðun ráðsins nr. 40/2003, en þar hafi meðal annars verið á það bent því til stuðnings að Síminn hafi þá a.m.k. til skamms tíma haft hlutfallslega sterkari stöðu í farsímaþjónustu fyrir fyrirtæki en einstaklinga. Sá hlutfallslegi munur hafi haldist síðan þá. Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 17/2007 sé vitnað til þessara tveggja ákvarðana. Í ljósi þess að í því máli, rétt eins og í fyrirliggjandi máli, hafi verið til skoðunar aðgerð sem beindist gegn einstaklingum hafi verið ákveðið að skilgreina markað málsins sem farsímaþjónustu fyrir einstaklinga.

Með vísan til framangreinds telur Síminn ljóst að skilgreina eigi markað þessa máls sem farsímaþjónustu fyrir einstaklinga.

### 2.2 Þjónustumarkaður

Samkeppnisyfirvöld hafa í fyrri ákvörðunum sínum skilgreint markað fyrir farsímaþjónustu, sbr. t.d. ákvörðun samkeppnisráðs nr. 41/1997 *Tilboð Póst og síma hf. á farsímu og farsímaþjónustu til félaga í FÍB*. 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), sbr. t.d. ákvörðun samkeppnisráðs nr. 17/1999 *Erindi Tals hf. um verðlagningu GSM-þjónustu hjá Landssíma Íslands hf.* Þá hefur það verið mat Samkeppniseftirlitsins að það sé takmörkuð eða nánast engin staðganga milli NMT og GSM farsímaþjónustu á ákveðnum svæðum sem bendir til þess að þau tilheyri ekki sama þjónustumarkaði. Samkeppniseftirlitið hefur því hingað til talið að markaður fyrir GSM farsímaþjónustu sé sérstakur samkeppnismarkaður. Þá lítur Samkeppniseftirlitið svo á að GSM farsímaþjónusta á smásölumarkaði, hvort sem um sé að ræða þjónustu sem veitt er með 2G eða 3G tækni og hvort sem hún er greidd fyrirfram eða eftir á, falli undir sama þjónustumarkað.



Eins og áður sagði þá hefur í ákvörðunum samkeppnisyfirvalda almennt verið miðað við að hér á landi sé einn heildarmarkaður fyrir farsímaþjónustu og almennt ekki ástæða til að skipta markaði fyrir farsímaþjónustu upp í markaði fyrir farsímaþjónustu við einstaklinga annars vegar og fyrirtæki hins vegar, sbr. t.d. ákvörðun samkeppnisráðs nr. 21/2005 *Erindi Og fjarskipta hf. vegna misnotkunar Landssíma Íslands hf. á markaðsráðandi stöðu við kynningu og markaðssetningu á tilboði fyrirtækisins undir heitinu „Allt saman hjá Símanum“*. Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 17/2007 *Erindi Og fjarskipta hf. vegna meintrar misnotkunar Landssíma Íslands hf. á markaðsráðandi stöðu á farsímaþjónustu*, voru til athugunar markaðsaðgerðir Símans sem fólust í því að hringja í viðskiptavinum sem óskað höfðu eftir númeraflutningi til Vodafone og bjóða þeim ýmis sérkjör gegn því að þeir yrðu áfram í viðskiptum við Símann. Í því máli beindust aðgerðirnar einkum gegn einstaklingum og eigin viðskiptavinum Símans þar sem hann gat vitað um réttahafa viðkomandi númers og því taldi Samkeppniseftirlitið rétt að skoða aðgerðir Símans með hliðsjón af stöðu aðila á markaði fyrir GSM þjónustu fyrir einstaklinga. Í skýrslu Samkeppniseftirlitsins nr. 2/2008 *Öflug uppbygging* er miðað við markaðshlutdeild Símans í farsímaþjónustu og markaðnum ekki skipt eftir einstaklingum og fyrirtækjum. Í EES/EB-samkeppnisrétti er markaði fyrir farsímaþjónustu ekki skipt eftir einstaklingum og fyrirtækjum. Þessu til stuðnings er byggt á því að þó fyrirtæki séu stórnotendur þá sé farsímaþjónustan til þeirra og einstaklinga sú sama.<sup>5</sup>

Leggja ber mat á viðkomandi markað í hverju máli fyrir sig og eru samkeppnisyfirvöld ekki bundin af eldri markaðsskilgreiningum.<sup>6</sup> Þrátt fyrir að Síminn reki markaðs- og söludeildir annars vegar fyrir smásölumarkað og hins vegar fyrirtækjamarkað eru að mati Samkeppniseftirlitsins sennilega ekki forsendur í fyrirliggjandi máli til að skipta smásölumarkaði fyrir farsímaþjónustu upp að þessu leyti. Er það einkum sökum þess að ekki hefur verið sýnt fram á að raunveruleg notkun hins almenna farsímaþjónustunotanda miðist við þessa skiptingu. Allur gangur er á því hvort símnotkun einstaklinga er greidd af þeim sjálfum eða af vinnuveitanda. Þá er algengt að vinnuveitandi greiði aðeins hluta af símnotkun starfsmanna sinna. Auk þess verður að telja sennilegt að flestir þeir einstaklingar sem njóta símahlunninda hjá vinnuveitanda noti sama síma, þann sem vinnuveitandi hefur útvegað og greiðir símnotkun af, jafnframt til persónulegra nota.

---

<sup>5</sup> Sjá t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar EB frá 1. mars 2010 í máli nr. COMP/M.5650 T-Mobile/Orange: *„In previous decisions the Commission did not further subdivide the market for the provision of mobile telecommunications services to end customers by type of customer (corporate or private, post-paid subscribers or pre-paid customers) or by type of network technology (2G/GSM or 3G/UMTS networks). The Commission therefore assessed the previous cases on the basis of a single market for the provision of mobile telecommunications services to end customers. The parties concur with this assessment. ... although business customers are considered “heavy users” as opposed to private customers who use mobile communication more scarcely, the service offered is substantially the same as the one offered to private customers.“* (nmgr. 6 hljóðar svo: *„For instance, one competitor of the parties submitted that “Even though it may be possible to identify different market segments (such as corporate, small business, personal) these are not reliable because business people routinely place personal calls on their mobiles and individuals who subscribe personally for mobile services often use mobiles for business, and the purchase of the mobile services is often motivated by both purposes. Even the range of services offered to business customers and residential customers are similar.“*)

<sup>6</sup> Sjá t.d. dóma undirréttar EB í máli nr. T-210/01 General Electric Company v Commission [2006] 4 CMLR 15 og máli nr. T-125/97 Coca Cola v Commission [2000] ECR II-1733.



Auk framangreinds er gagnlegt að líta til þess hvaða forsendur Síminn sjálfur gaf sér þegar umrædd þjónustuleið var undirbúin og kynnt, bæði innan fyrirtækisins og síðar út á við. Þrátt fyrir að Síminn haldi því fram að umrædd markaðsaðgerð fyrirtækisins hafi aðeins tekið til einstaklinga og eingöngu hafi verið hringt í viðskiptavinum annarra símfyrirtækja á einstaklingsmarkaði þá benda ýmis gögn sem Samkeppniseftirlitið hefur undir höndum til þess að sennilegt sé að umrædd áskriftarleið hafi verið smíðuð m.a. í þeim tilgangi að grípa til aðgerða gegn Nova bæði á einstaklings- eða fyrirtækjamarkaði, eins og Síminn skilgreinir þá markaði. Eitt af þeim haldlögðu gögnum sem Samkeppniseftirlitið hefur haft tök á að kynna sér er afrit af innanhúss kynningu Símans frá lok október 2009 sem ber heitið „Ný áskriftarleið“<sup>7</sup>. Ber hér að hafa í huga að umrædd áskriftarleið var fyrst kynnt fyrir PFS í lok nóvember 2009 en var þó að því er virðist aldrei opinberlega kynnt. Á blaðsíðu tvö í framangreindri kynningu kemur eftirfarandi fram:

*„Af hverju ný áskriftarleið  
(...)“*

*Fyrirtækja- og einstaklingsmarkaður unnu saman að því að finna áskriftarleið sem hægt yrði að nota á báðum mörkuðum, þar sem einstaklingsmarkaður var búinn að ákveða að loka áskriftarleiðunum Langlangbestur og Langlangbestur plús.“*

Þá kemur fram í skýringum fyrir neðan framangreinda glæru að keppinautar séu að „herja mjög á fyrirtækjamarkað í dag.“

Á næstu blaðsíðu/glæru í sömu kynningu er að finna yfirlit yfir áskriftarleið Nova, Súper Nova, og kemur eftirfarandi þar m.a. fram: „Nova er að herja mjög á fyrirtæki í landinu og bjóða þeim kostakjör“. Því næst er yfirlit yfir það hvað sé innifalið í Súper Nova áskriftarleiðinni. Kemur þar m.a. fram að mánaðargjaldið er kr. 6.990 og innifalið í því séu 1000 mínútur í öll kerfi, 500 SMS skilaboð í öll kerfi og 250 MB í gagnaflutningi.

Á næstu glæru er að finna samskonar yfirlit yfir áskriftarleiðina Vodafone Gull, sem felur í sér þrjár áskriftarleiðir sem ekki er hægt að segja að endurspegli Súper Nova áskriftarleiðina. Auk þess sem þar kemur fram að þessi áskrift sé einungis í boði fyrir þá sem séu með GSM, talsíma og internet hjá Vodafone.

Á næstu glæru þar á eftir gefur að líta yfirlit yfir hvað skuli vera innifalið í nýrri áskriftarleið Símans. Er þar m.a. nefnt mánaðargjaldið kr. 7.990 og innifalið í því séu 1000 mínútur í öll kerfi og 500 SMS skilaboð í öll kerfi. Er þessi áskriftarleið Símans mjög í líkingu við Súper Nova áskriftarleið.

Á síðustu glærunni er að finna framlegðarútreikninga Símans á þessari nýju áskriftarleið og kemur þar fram m.a. að útreikningarnir miðist við markhópana D, E og F.

Í þessu máli eru til rannsóknar meintar markaðsaðgerðir Símans sem beint var sérstaklega að stórnotendum hjá Nova. Getur Samkeppniseftirlitið ekki séð nein rök sem styðja þau sjónarmið Símans um að skilgreina eigi þjónustumarkað þessa máls sem farsímaþjónustu fyrir einstaklinga. Þvert á móti verður að telja framangreind gögn benda

---

<sup>7</sup> „PowerPoint“ kynning haldlögð af starfsstöð framkvæmdastjóra fyrirtækjaviðs Símans, í húslit Samkeppniseftirlitsins hjá Símanum þann 21. apríl sl. Haldlagningarnúmer 1460-1.



til þess að umrædd 1000 mínútna áskriftarleið Símans hafi verið ætluð til nota fyrir bæði einstaklings- og fyrirtækjasvið Símans til að bjóða þeim markhópum sem heyra undir þau svið.

Með vísan til framangreinds kemst Samkeppniseftirlitið að þeirri bráðabirgðaniðurstöðu að annar þjónustumarkaður þessa máls sé smásölumarkaður fyrir farsímaþjónustu við bæði fyrirtækja og einstaklinga.

Mál þetta varðar einnig heilidsölumarkað fyrir lúkningu símtala í farsímaneti Símans. Almennt er litið svo á að hvert fjarskiptanet sé einn markaður og að eitt farsímafyrirtæki sé þannig á hverjum markaði.

### 2.3 Landfræðilegur markaður

Þar sem ekki virðist vera ágreiningur um að landfræðilegur markaður þessa máls sé landið allt er það frummat Samkeppniseftirlitsins í þessu máli að landfræðilegur markaður málsins sé landið allt, Ísland. Er þessi skilgreining í samræmi við fyrri ákvarðanir samkeppnisyfivalda hér á landi í málum sem varða fjarskiptamarkaðinn og undirmarkaði hans.<sup>8</sup>

### 3. **Staða fyrirtækja á mörkuðum**

Eins og fram hefur komið telur Nova að háttsemi Símans feli í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Samkvæmt 4. gr. samkeppnislaga hefur fyrirtæki markaðsráðandi stöðu „...þegar [það] hefur þann efnahagslega styrkleika að geta hindrað virka samkeppni á þeim markaði sem máli skiptir og það getur að verulegu leyti starfað án þess að taka tillit til keppinauta, viðskiptavina og neytenda.“

Rétt er að taka fram að markaðshlutdeild í samkeppnisrétti er að jafnaði ákvörðuð með hliðsjón af tekjum af þeirri þjónustu sem um ræðir, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2006 *Dagur Group hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

Skilgreining 4. gr. samkeppnislaga á markaðsráðandi stöðu sækir fyrirmynd sína til EES/EB-samkeppnisréttar og er efnislega samhljóða skilgreiningu dómstóls EB á markaðsráðandi stöðu.<sup>9</sup> Í dómaframkvæmd, bæði hér á landi og hjá dómstólum EB, hefur ítrekað komið fram að mjög há markaðshlutdeild feli, ein og sér, í sér sönnun fyrir 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.<sup>10</sup> Er það því meginregla í samkeppnisrétti að fyrirtæki sem er með 50% markaðshlutdeild eða meira á hinum skilgreinda markaði er talið markaðsráðandi, nema skýr sönnunargögn bendi til annars, sbr. t.d. dóm Héraðsdóms Reykjavíkur frá 2. febrúar 2010 í máli nr. E-8622/2007, *Icelandair ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu*

Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í t.d. máli nr. 3/2008 *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu* kemur fram að við mat á stöðu fyrirtækja á markaði

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> Sjá t.d. mál nr. 85/76 Hoffmann-La Roche v Commission [1979] ECR 3451.

<sup>10</sup> Sjá hér t.d. dóm undirréttar EB frá 30. janúar 2007 í máli nr. T-340/03 France Télécom v Commission.



skipti mestu að huga að markaðshlutdeild og því skipulagi sem ríki á markaðnum. Með viðmiðinu skipulag á markaðnum er vísað til ýmissa ólíkra atriða sem talin eru geta gefið vísbendingar um markaðsráðandi stöðu. Dæmi um þetta er hvort aðgangur að markaðnum sé auðveldur, hvort viðkomandi fyrirtæki sé almennt öflugt með hliðsjón af fjármagni, tækjum og nægilegu framboði af vöru eða þjónustu. Einnig er horft til fjölda og styrks keppinauta auk þess sem fleiri atriði geta komið til skoðunar, sbr. fyrirnefndan úrskurð áfrýjunarnefndarinnar.

Mikilvægt er að hafa í huga að í hugtakinu markaðsráðandi staða felst ekki krafa um að engin samkeppni ríki á viðkomandi markaði.<sup>11</sup> Um markaðsráðandi stöðu getur þannig verið að ræða þrátt fyrir líflega samkeppni á viðkomandi markaði.<sup>12</sup> Jafnvel þótt markaðshlutdeild viðkomandi fyrirtækis minnki á því tímabili sem til skoðunar er telst það markaðsráðandi ef hlutdeildin er eftir sem áður há.<sup>13</sup>

Fyrirtæki geta einnig verið í markaðsráðandi stöðu þrátt fyrir að hafa lægri hlutdeild en 50% á viðkomandi markaði, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 8/2008 *Fiskmarkaður Íslands hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*, þar sem eftirfarandi kemur fram:

*"Hafa ber í huga að fyrirtæki geta einnig verið í markaðsráðandi stöðu þrátt fyrir að hafa lægri hlutdeild en 50% á viðkomandi markaði, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 5/1999, Landssími Íslands hf. og Skíma ehf. gegn samkeppnisráði, þar sem litið var svo á að Landssíminn væri markaðsráðandi á internetmarkaðnum með 37% markaðshlutdeild. Var í því sambandi m.a. einnig horft til styrkrar stöðu Landssímans á tengdum mörkuðum."*

### 3.1 Staða Símans á markaðnum

Í skýrslu Samkeppniseftirlitsins nr. 2/2008 *Öflug uppbygging* var 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 hf. og Teymi hf. Síminn er eitt af mörgum dótturfélaga Skipta. 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."*

Ljóst er að Síminn og sú fyrirtækjasamstæða sem hann tilheyrir hefur um langa hríð verið í markaðsráðandi stöðu. Hafa samkeppnisyfirvöld og dómstólar komist að þeirri niðurstöðu í eldri málum, sbr. t.d. eftirfarandi mál:

<sup>11</sup> Sjá t.d. dóm dómstóls EB í máli nr. 85/76 *Hoffman-La Roche v Commission* [1979] ECR 3451.

<sup>12</sup> Sjá dóm dómstóls EB í máli nr. 27/6 *United Brands v Commission* [1978] ECR 207. Sjá einnig dóm undirréttar EB frá 30. janúar 2007 í máli nr. T-340/03 *France Télécom v Commission*: „Even the existence of lively competition on a particular market does not rule out the possibility that there is a dominant position on that market ...”

<sup>13</sup> Sjá t.d. dóm undirréttar EB í sameinuðum málum nr. m.a. T-24/93 *Compagnie Maritime Belge v Commission* [1996] ECR II-1201.



- 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.
- Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 2/2002 *Landssími Íslands hf. gegn samkeppnisáði* 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, talsímanotkun 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 samkeppnisáðs 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 farsímaþjónustu* var komist að þeirri niðurstöðu að Síminn væri í markaðsráðandi stöðu á mörkuðum fyrir farsímaþjónustu og sölu á farsímum.

Við mat á markaðshlutdeild fjarskiptafyrirtækja er nauðsynlegt að líta til skipulags og þróunar á þeim markaði sem um ræðir. Einnig verður að líta til stöðunnar á tengdum mörkuðum. Að mati Samkeppniseftirlitsins verður að líta sérstaklega til þess að íslenska ríkið, sem var eigandi forvera Símans, hafði áður fyrir 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.

Mál þetta tekur a.m.k. til tímabilsins 25. nóvember 2009, þ.e. frá því að Síminn tilkynnti umrædda áskriftarleið til Póst- og fjarskiptastofnunar, til a.m.k. síðari hluta aprílmánaðar 2010, en þá á kynningu á umræddri áskriftarleið að hafa lokið að sögn Símans. Þau fyrirtæki sem veittu farsímaþjónustu á umræddu tímabili eru, auk Símans og Nova, Og fjarskipti ehf. (Vodafone) og IP fjarskipti ehf. (Tal).

Til grundvallar töflu 1 eru teknar saman tekjur Símans og Mílu sem tekjur Skipta en með vísan í skilyrði í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 36/2008 um algert rekstrar- og stjórnunarlegt sjálfstæði Tals er ekki litið á Vodafone og Tal sem efnahagslega einingu.



Samkvæmt upplýsingum sem Samkeppniseftirlitið hefur aflað vegna ársins 2008 var markaðshlutdeild fjarskiptafyrirtækja eftirfarandi:

Tafla 1 Markaðshlutdeild á fjarskiptamörkuðum 2008

	Skipti	Vodafone	Aðrir	Hlutfall
Ár	2008	2008	2008	af heild
Fastlínukerfi <sup>14</sup>	70-75%	15-20%	5-10%	45-50%
Farsímaþjónusta GSM	50-55%	35-40%	5-10%	35-40%
Internetþjónusta <sup>15</sup>	45-50%	25-30%	20-25%	5-10%
Önnur þjónusta <sup>16</sup>	45-50%	25-30%	20-25%	5-10%
Fjarskiptatekjur alls:	60-65%	25-30%	5-10%	100%

Eins og fram kemur var markaðshlutdeild Skiptasamstæðunnar langhæst á fjarskiptamarkaði. Til að meta markaðshlutdeild félaganna á árinu 2009 óskaði Samkeppniseftirlitið eftir upplýsingum frá Póst- og fjarskiptastofnun (PFS). Samkvæmt nýjustu greiningu PFS á markaðshlutdeild á farsímamarkaði, þar sem gerður er greinarmunur á smásölu- og heildsölutekjum, var markaðshlutdeild Símans 50-55% á árinu 2009 reiknuð út frá heildartekjum á farsímamarkaði. Ef heildsölutekjur (tekjur af samtengingu milli farsímaneta) eru dregnar frá heildartekjum og markaðshlutdeild þannig reiknuð út frá tekjum á smásölumarkaði fer markaðshlutdeild Símans upp um 5% á árinu 2009. Til samanburðar var markaðshlutdeild Nova, sem hóf fjarskiptarekstur árið 2008, um [...] %<sup>17</sup> á árinu 2008 og um [...] %<sup>18</sup> á árinu 2009, reiknað út frá smásölutekjum af farsímaþjónustu.

Gögn frá Símanum benda einnig til sterkrar stöðu á farsímamarkaði. Samkvæmt haldlögðu skjali frá Símanum „Númeraflutningur, brottfall, nýliðun og áætluð markaðshlutdeild á fjarskiptamarkaði (Síminn 2009)“ er markaðshlutdeild Símans á farsímamarkaði áætluð yfir 18 mánaða tímabil miðað við upplýsingar um númeraflutninga og er meðaltals hlutdeild Símans [...] %<sup>19</sup>. Í skýrslu Símans sem ber heitið „Ungt fólk – Staðan á farsímamarkaði“ er að finna tölur yfir þróun á fjölda viðskiptavina Símans í Frelsi fyrstu sjö mánuði ársins 2009.<sup>20</sup> Kemur fram í skýrslunni að í maí 2009 hafi hlutdeild Símans í Frelsi verið um [...] %<sup>21</sup> en hlutdeild Vodafone um [...] %<sup>22</sup>. Einnig kemur fram í skýrslunni: „Síminn er í dag skilgreindur sem markaðsráðandi á farsímamarkaði“ og settar fram hugmyndir að Síminn muni innan tíðar fá það lagalega svigrúm sem þarf til að „leika lausum hala“. Þá má jafnframt benda á að í skýrslu forstjóra Símans, dags. 21. apríl 2010, er að finna yfirlit yfir greiningu Símans á markaðshlutdeild á farsímamarkaði á tímabilinu 2008 til apríl 2010<sup>23</sup>. Samkvæmt þessari

<sup>14</sup> Tekjur af almenna talsímakerfinu, leigulínum, ADSL tengingum, gagnaflutningi og samtengingum þess við önnur kerfi.

<sup>15</sup> Internetþjónusta án tenginga t.d. ADSL

<sup>16</sup> Meðtaldar eru tekjur af NMT farsímakerfi hjá Skiptum/Símanum og án sölu á notendabúnaði hjá aðilum.

<sup>17</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

<sup>18</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

<sup>19</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

<sup>20</sup> Skýrslan „Ungt fólk – Staðan á farsímamarkaði“, útgáfa 1.0. Haldlagningarnúmer 1209.

<sup>21</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

<sup>22</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

<sup>23</sup> Sjá Report from CEO, 21. apríl 2010, bls. 21. Haldlagt af starfsstöð forstjóra Símans, í húslit Samkeppniseftirlitsins 21. apríl 2010. Haldlagningarnúmer 1607.



greiningu Símans var Síminn með um [...] %<sup>24</sup> markaðshlutdeild á farsímamarkaði á tímabilinu janúar til apríl 2010 á móti um [...] %<sup>25</sup> markaðshlutdeildar Nova á sama tíma.

Varðandi mat á markaðshlutdeild Símans á því tímabili sem hér er til skoðunar verður að hafa í huga að hér er um að ræða ákvörðun til bráðabirgða og því gefst, eðli málsins samkvæmt, ekki tími til þess að rannsaka að fullu nákvæma markaðshlutdeild fyrirtækja á einstaka undirmörkuðum sem áhrif geta haft í niðurstöðu málsins. Hins vegar gefur framangreint til kynna að sennilegt sé að Síminn sé í markaðsráðandi stöðu á farsímamarkaðnum. Síminn er með 100% markaðshlutdeild á markaðnum fyrir lúkningu símtala í farsímaneti fyrirtækisins. Er því einnig sennilegt að hann sé markaðsráðandi á þeim markaði.<sup>26</sup>

#### 4. Bann 11. gr. samkeppnislaga

Í 11. gr. samkeppnislaga er lagt bann við hvers konar misnotkun fyrirtækis á markaðsráðandi stöðu þess. Ákvæði 11. gr. samkeppnislaga hljóðar svo:

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

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

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

Eins og ákvæðið ber með sér er upptalning á því í hverju misnotkun geti verið fólgin ekki tæmandi, sbr. einnig úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2006 *Dagur Group hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*.

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 Keflavíkurlugvelli ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu* kemur fram eftirfarandi:

*„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.“*

<sup>24</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

<sup>25</sup> Fellt út vegna trúnaðar.

<sup>26</sup> <http://pfs.is/upload/files/Viðauki%201-%20uppfærð%20greining%20á%20M.16.pdf>





Samkvæmt þessu er markaðsráðandi fyrirtæki óheimilt að bæta stöðu sína á markaði með öðrum aðgerðum en samkeppni á grundvelli rekstrarlegrar frammistöðu fyrirtækisins (e. *competition on the merits*). Hér má einnig vísa til úrskurða áfrýjunarnefndar samkeppnismála í málum nr. 17-18/2003 og 4/2007 og dóma dómstóla EB.<sup>27</sup>

Framangreint þýðir óhjákvæmilega að möguleikar markaðsráðandi fyrirtækja til að taka þátt í samkeppni eru takmarkaðri heldur en almennt er heimilt í viðskiptum. Þýðir þetta m.a. að ekki er öll verðsamkeppni að hálfu markaðsráðandi fyrirtækis lögmæt.<sup>28</sup>

Samkvæmt t.d. úrskurði áfrýjunarnefndar nr. 17-18/2003 verður að skýra 11. gr. samkeppnislaga þannig að „*sú staðreynd að misnotkun hafi verið beitt af hálfu markaðsráðandi fyrirtækis sé nægjanleg til að aðferðin teljist ólögmæt. Í þessu felst að það er ekki skilyrði fyrir beitingu ákvæðisins að misnotkun hafi tiltekin áhrif eða að ákveðinn skilgreindur tilgangur hafi verið með aðgerðunum.*“, sbr. einnig úrskurð nefndarinnar í máli nr. 3/2008. Samkvæmt þessu er brot á 11. gr. ekki háð því að sýnt sé fram á skaðleg áhrif á samkeppni eða ásetning til þess að raska samkeppni.

Misnotkun á markaðsráðandi stöðu getur falist í hvers konar aðgerðum sem miða að því að styrkja eða verja hina ráðandi stöðu.<sup>29</sup>

Verður nú tekið til athugunar hvort sennilegt sé að Síminn hafi með aðgerðum sínum á hinum skilgreinda markaði brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga.

## 5. Aðgerðir Símans

Í ábendingu frá Nova frá 12. apríl sl. kemur fram að fyrirtækið hafi orðið þess áskynja að Síminn hafi undanfarið beint sérstökum tilboðum til viðskiptavina Nova sem teljist til meiri stórnotenda en almennt gerist. Hafi Síminn hringt í viðkomandi notendur og boðið þeim nýja en óopinbera áskriftarleið, sem sé nánast afritun af svokallaðri Súper Nova þjónustuleið hjá Nova sem sé ætluð fyrir stórnotendur. Þá hafi Síminn í þessum markaðssímtölum upplýst að viðkomandi notandi hjá Nova hringi það mikið í kerfi Símans að það kynni að vera hagkvæmara fyrir viðkomandi að flytja viðskipti sín frá Nova til Símans. Telur Nova að ekki fari á milli mála að Síminn hafi þannig farið fram með grófum og ólögmætum hætti, hvort heldur sem varðar hinar sértæku aðgerðir og boð um óopinbera áskriftarleið eða með misnotkun á gögnum um fjarskiptaumferð sem verða til við samtengingu fjarskiptaneta Símans og Nova. Samkeppniseftirlitið hefur undir höndum undirritaðar yfirlýsingar tveggja notenda hjá Nova sem staðfesta að hafa fengið framangreind símtöl frá þjónustufulltrúa Símans. Eins og fyrr segir hefur Síminn mótmælt því að um brot sé að ræða.

<sup>27</sup> Sjá t.d. dóm undirréttar EB í máli nr. T-228/97 *Irish Sugar v Commission* [1999] ECR II-2969.

<sup>28</sup> Sjá t.d. dóm dómstóls EB frá 2. apríl 2009 í máli nr. C-202/07P *France Telecom v Commission*: „... Article 82 EC prohibits a dominant undertaking from eliminating a competitor and thereby strengthening its position by using methods other than those which come within the scope of competition on the basis of quality. From that point of view, not all competition by means of price can be regarded as legitimate ...“

<sup>29</sup> Sjá t.d. dóm undirréttar EB í máli nr. T-128/98 *Aéroports de Paris v Commission* [2000] ECR II-3929. Sjá einnig ákvörðun framkvæmdastjórnar EB 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.“



Gögn málsins gefa til kynna að sennilegt sé að Síminn hafi gripið til umfangsmikilla aðgerða sem miðuðu að því að ná verðmætum viðskiptavinum frá Nova með sértækum verðlækkunum og óeðlilegri notkun á trúnaðarupplýsingum. Aðgerðir Símans fólust í því að Síminn hringdi í svokallaða stórnotendur hjá Nova og kynnti fyrir þeim nýja og óopinbera áskriftarleið hjá Símanum í þeim tilgangi að reyna fá þá til að flytja sig frá Nova yfir til Símans.

#### *Eðli upplýsinganna*

Upplýsinga um umrædda stórnotendur hjá Nova kveðst Síminn hafa aflað með því að nýta sér svokallaðar CDR-færslur sem verða til miðlægt í símstöð. Þessar upplýsingar hafi verið notaðar af smásölu Símans til þess að finna úr hvaða símanúmerum hafi mest verið hringt í viðskiptavini Símans. Þær upplýsingar hafi síðan verið keyrðar saman við gagnagrunn [www.ja.is](http://www.ja.is) og þannig útbúnir listar.

Þeir listar sem um er að ræða, og Samkeppniseftirlitið hefur undir höndum, hafa að geyma sundurgreinanlegar upplýsingar um mörg þúsund viðskiptavina Nova. Á umræddum listum eru ekki aðeins upplýsingar um símanúmer og nöfn viðkomandi viðskiptavina Nova heldur jafnframt kennitölur, heimilisföng og í mörgum tilvikum starfsheiti þeirra. Auk þess koma á listunum fram upplýsingar um fjölda símtala hvers og eins, lengd í mínútum eða sekúndum og lengd meðaltalssímtals.

Í málalíbúnaði Símans er því haldið fram að fyrirtækið hafi undir höndum upplýsingar um það hjá hvaða símafyrirtæki öll símanúmer eru og að þessar upplýsingar séu opinberar á grundvelli kvaða frá PFS. Almennur geti auk þess flett þessu upp, m.a. á heimasíðu Símans. Notkun á þessum upplýsingum sé bæði eðlileg og lögmæt.

Samkeppniseftirlitið telur sennilegt að mikill munur sé á þeim upplýsingum sem eru opinberar og aðgengilegar almenningi og þeim upplýsingum sem Síminn hefur aflað og útbúið úthringilista sína eftir. Almennur hefur aðeins möguleika á að fletta upp símanúmerum og fá upplýsingar um hjá hvaða farsímabjónustuveitanda númer eru skráð.<sup>30</sup> Ekki eru birtar neinar upplýsingar um rétthafa númera í þessu tilviki. Slíkar upplýsingar er vissulega hægt að finna á heimasíðu Já.is, nema númer sé óskráð eða leyninúmer. Já.is veitir hins vegar engar upplýsingar um kennitölur eða símnotkun rétthafa símanúmera. Að mati Samkeppniseftirlitsins virðist sú staðhæfing Símans að félagið hafi engar nákvæmar upplýsingar um símhringingar viðskiptavina Nova, aðeins almennar upplýsingar um það hvaða viðskiptavinir annarra símfyrirtækja hringi mest í viðskiptavini Símans, vera á skjön við það sem fram kemur í fyrrnefndum úthringilistum Símans. Eins og áður hefur komið fram er þar m.a. að finna upplýsingar um fjölda og lengd símtala einstakra viðskiptavina Nova. Hefur Síminn jafnframt útbúið sambærilega lista yfir verðmæta viðskiptavini hjá öðrum keppinautum á farsímamarkaði. Lítur Síminn svo á að eðlilegt sé að smásala fyrirtækisins hafi upplýsingar um viðskiptavini sína, þar á meðal úr hvaða símanúmerum sé mest hringt í þá. Keppinautar Símans geti unnið nákvæmlega sömu upplýsingar og hafi þær því ekkert með stöðu Símans á markaði að gera. Þá sé mögulegt fyrir hvaða aðila sem er að vinna sams konar upplýsingar með þarfagreiningu.

<sup>30</sup> Sbr. t.d. <http://www.siminn.is/popups/hja-hvada-thjonustuadila-er-numer/>



Í bréfi Póst og fjarskiptastofnunar til Samkeppniseftirlitsins, frá 19. maí 2010, segir um notkun Símans á umræddum upplýsingum:

*„Þær upplýsingar sem um er að ræða eru svo kallaðar umferðarupplýsingar, en þær fela m.a. í sér upplýsingar um magn umferðar inn í net Símans úr númerum Nova. Slíkar upplýsingar liggja fyrir í heildsölu Símans, en þær eru m.a. skráðar til að gjaldfæra lúkningargjöld og eru nauðsynlegar til framkvæmdar á fleiri þáttum í samtengisamningi á milli fyrirtækjanna á heildsölustigi.*

*Við samning um aðgang að aðstöðu eða samtengingu neta geta skapast þær kringumstæður að fjarskiptafyrirtæki komist í þá aðstöðu að geta aflað upplýsinga um keppinauta sína sem almennt skal ríkja trúnaður um vegna samkeppnis- og viðskiptahagsmuna. Hafi fjarskiptafyrirtæki aðgang að slíkum upplýsingum er því er óheimilt að afhenda þær öðrum aðilum þar á meðal öðrum deildum innan eigin fyrirtækis, sbr. 26. gr. laga um fjarskipti nr. 81/2003. Þessi skylda til trúnaðar er í mörgum tilvikum áréttuð í samningum á milli aðila, en Nova vísar í þessu sambandi til þagnarskyldu samkvæmt 9. gr. í samtengisamningi milli félaganna.*

*Í ljósi markaðsráðandi stöðu Símans á fjarskiptamarkaði, þ.e. að flest ef ekki öll fjarskiptafyrirtæki þurfa með einum eða öðum hætti að eiga viðskipti við félagið, t.d. um samtengingu, aðgang að aðstöðu eða innviðum fjarskiptaneta, hvíla á fyrirtækinu ríkar trúnaðarskyldur. Hefur Póst- og fjarskiptastofnun við álagningu kvaða á Símann sérstaklega tiltekið að fyrirtækið skuli virða trúnaðarskyldur samkvæmt 26. gr. fjarskiptalaga í samningum sínum við önnur fjarskiptafyrirtæki, t.d. við útfærslu á jafnræðiskvöð á markaði fyrir lúkningu símatala í farsímaneti (M16)."*

Í ljósi alls framangreinds er sennilegt að notkun Símans á þessum trúnaðarupplýsingum til aðgerða gegn m.a. Nova sé ólögæt. Eins og rökstutt hefur verið hér að framan er sennilegt að Síminn sé markaðsráðandi á bæði heildsölu- og smásölu markaði farsímaþjónustu. Markaðsráðandi fyrirtæki mega ekki beita neinum óeðlilegum eða ólögætum aðgerðum til þess að verja eða styrkja ráðandi stöðu sína.

#### *Aðgerðirnar*

Fyrirliggjandi gögn í málinu sýna að mati Samkeppniseftirlitsins að á því tímabili sem hér um ræðir var hjá söludeild Símans lögð mikil áhersla á góðan árangur af þessari aðgerð sem nefnd var „Nova stórnotendur“. Má þessu til stuðnings nefna sem dæmi að í tölvupóstsamskiptum milli deildarstjóra og sölustjóra Símans, þar sem umræddur listi yfir viðskiptavini Nova var sendur, kemur fram að forstjóri Símans hafi lagt mikla áherslu á þessa aðgerð og bað deildarstjórinn því sölustjórann um að setja aðeins allra bestu starfsmennina í verkefnið<sup>31</sup>. Þá var forstjórinn jafnframt upplýstur reglulega um gang þessa verkefnis með skýrslugjöf yfir árangur þess, þ.e. hversu marga viðskiptavini Nova hefði tekist að ná sambandi við og hversu margir hefðu samþykkt flutning á farsímaþjónustu yfir til Símans. Auk þess er tekið fram hvaða aðrar þjónustur Símans hefði tekist að selja um leið. Í svarpóstum sínum við þessari skýrslugjöf hrósaði forstjóri umræddu starfsfólki fyrir góðan árangur í þessum aðgerðum gegn Nova.<sup>32</sup>

<sup>31</sup> Tölvupóstur merktur „úthringiverkefni ASAP“ milli deildarstjóra og sölustjóra Símans, 22. mars 2010 kl. 15:00.

<sup>32</sup> Tölvupóstur merktur „Vika 15- stórnotendur“ frá forstjóra, 19. apríl 2010 kl. 18:48 og tölvupóstur merktur „Nova Stórnotendur“ frá forstjóra, 24. mars 2010 kl. 21:08.



Varðandi eðli þessara aðgerða ber að áréttu að á grundvelli framangreindra trúnaðarupplýsinga hafði Síminn vitneskju um stórnotendur Nova. Gat Síminn útbúið umrædda lista á grundvelli upplýsinga um símnotkun viðskiptavina Nova. Þessir listar voru síðan notaðir af sölufólki Símans í úthringiveri fyrirtækisins sem hringdi samkvæmt listanum í viðskiptavinum Nova í þeim tilgangi að kynna fyrir þeim 1000 mínútna nýja áskriftarleið Símans (1000 mínútur) og að reyna að fá þá til að flytja sig frá Nova yfir til Símans. Í þessum símtölum hafi sölumenn Símans jafnvel upplýst viðskiptavinum Nova um að þeir hringi svo mikið inn í kerfi Símans að það gæti verið hagstæðara fyrir þá að flytja sig til Símans. Þá virðist sem aðrar þjónustuleiðir Símans hafi jafnframt verið kynntar, þ.e. heimasími, Internet og sjónvarpsþjónusta, ef tækifæri gafst til.

Af fyrirliggjandi gögnum málsins er sennilegt að umrædd 1000 mínútna áskriftarleið Símans hafi ekki verið kynnt opinberlega heldur aðeins í gegnum síma. Sökum þessa stóð hún ekki viðskiptavinum almennt til boða. Að mati Samkeppniseftirlitsins benda gögn á þessu stigi málsins ekki til annars en að Síminn hafi sett saman umrædda 1000 mínútna áskriftarleið í þeim tilgangi fyrst og fremst að ná af Nova verðmætum viðskiptavinum og styrkja um leið markaðsráðandi stöðu Símans á umræddum markaði.

Þegar 1000 mínútna áskriftarleið Símans er borin saman við Súper Nova áskriftarleið Nova má sjá að um er að ræða keimlíkar áskriftarleiðir. Samkvæmt gögnum málsins er það einnig sennilegt að Síminn hafi nýtt sér aðra þjónustu fyrirtækisins til að ná til sín viðskiptavinum Nova. Má þessu til stuðnings benda á sem dæmi að í mánaðarskýrslu úthringinga vegna febrúar mánaðar kemur eftirfarandi fram: „*Hringt í þá sem eru með GSM númer hjá samkeppnisaðila, þeim boðið til Símans einnig er farið yfir öll hans síma og sjónvarpsmál.*“<sup>33</sup> Í tölvupósti milli sölustjóra og deildarstjóra Símans þann 3. mars 2010 er fjallað um þýðingu „*sjónvarps Símans*“.<sup>34</sup> Lögmæti þessa kemur til skoðunar í endanlegri ákvörðun.

## 6. Niðurstaða

Að mati Samkeppniseftirlitsins er, eins og áður hefur komið fram, sennilegt að Síminn sé markaðsráðandi á skilgreindum mörkuðum þessa máls. Þá telur Samkeppniseftirlitið fyrirliggjandi gögn gefa til kynna að sennilega sé um að ræða sértækar aðgerðir sem beint var gegn Nova. Sneri Síminn sér til mikilvægra viðskiptavina Nova og bauð þeim hagstæð kjör. Upplýsingar um þessi kjör voru ekki birt opinberlega og voru kjörin mjög lík þeim sem felast í Súper Nova áskriftarleið Nova. Þá skiptir mjög miklu máli í þessu samhengi að sennilegt er að við þessar aðgerðir hafi Síminn nýtt sér með óeðlilegum og ólöglegum hætti trúnaðarupplýsingar um símnotkun viðskiptavina Nova.

Misnotkun á markaðsráðandi stöðu getur falist í hvers konar aðgerðum sem miða að því að styrkja eða verja hina ráðandi stöðu. Máltilbúnaður Símans er ekki þess eðlis að mati eftirlitsins að sýnt hafi verið fram á að sú háttsemi sem fólst í aðgerðum geti talist til eðlilegrar samkeppni í skilningi samkeppnisréttarins, sbr. t.d. fyrrnefndan úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2006, *Flugþjónustan á Keflavíkurflugvelli ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Þvert á móti telur Samkeppniseftirlitið með hliðsjón af

<sup>33</sup> Mánaðarskýrsla úthringinga febrúar 2010, glæra 3 á bls. 2, sbr. og tölvupóst 15. mars 2010 kl. 11:56.

<sup>34</sup> Tölvupóstur merktur „Sjónvarp Símans“ 3. mars 2010 kl. 21:28 milli sölustjóra og deildarstjóra Símans.



fyrirliggjandi upplýsingum í máli þessu að um óeðlilega aðgerðir í skilningi samkeppnisréttar hafi verið að ræða. Ekki verður annað séð en að þær upplýsingar sem fram koma í áðurnefndu bréfi PFS um trúnaðarskyldur fjarskiptafyrirtækja í tengslum við meðferð á gögnum um fjarskiptaumferð styðji þetta mat Samkeppniseftirlitsins.

Í ljósi þessa alls er það mat Samkeppniseftirlitsins að með umræddum aðgerðum sé sennilegt að Síminn hafi hegðað sér með þeim hætti að ekki geti talist til eðlilegrar samkeppni og að háttsemin sé ekki í samræmi við þær skyldur sem hvíla á fyrirtæki í markaðsráðandi stöðu. Í ljósi þessa telur Samkeppniseftirlitið sennilegt að Síminn hafi að þessu leyti misnotað markaðsráðandi stöðu sína og brotið með því gegn 11. samkeppnislaga nr. 44/2005.

Hefur Síminn lýst því yfir að umræddri aðgerð gagnvart Nova sé lokið og að félagið muni hætta notkun umræddra upplýsinga um símaumferð viðskiptavina keppinauta sinna sé það enn afstaða Samkeppniseftirlitsins, þrátt fyrir skýringar Símans, að sennilegt sé að notkun þeirra feli í sér brot á 11. gr. samkeppnislaga. Þá hefur Síminn óskað eftir því að fyrirtækinu verði tilkynnt um þá afstöðu Samkeppniseftirlitsins.

Eins og leiðir af framangreindu fellst Samkeppniseftirlitið ekki á framangreindar skýringar Símans í ákvörðun þessari. Er Símanum hér með tilkynnt um þessa afstöðu Samkeppniseftirlitsins. Leggur Samkeppniseftirlitið þá til grundvallar að Síminn standi við framangreinda yfirlýsingu sína og hætti allri notkun á umræddum upplýsingum í markaðsaðgerðum gegn keppinautum fyrirtækisins meðan mál þetta er til meðferðar. Jafnframt er lögð til grundvallar sú yfirlýsing Símans að sértækum aðgerðum gegn Nova sé að fullu lokið. Í ljósi þessara yfirlýsinga Símans er ekki rétt að beina fyrirmælum til fyrirtækisins skv. heimild 3. mgr. 16. gr. samkeppnislaga. Skiptir hér máli að þar sem um bráðabirgðaráðstöfun er að ræða verður að liggja skýrt fyrir að ekki sé unnt að bíða endanlegrar niðurstöðu.

Nova hefur hins vegar áréttað mikilvægi þess að tekin verði ákvörðun til bráðabirgða þar sem Símanum verði meinað að viðhafa þær aðgerðir gegn Nova sem málið varðar, sem og allar sambærilegar markaðsaðgerðir. Að mati Nova koma staðhæfingar Símans um að háttseminni hafi verið hætt ekki í veg fyrir nauðsyn á töku bráðabirgðaákvörðunar, þar sem ljóst sé að Síminn geti á hvaða tíma sem er tekið upp hina umdeildu háttsemi, eða svipaða háttsemi og því allar ástæður til þess að koma í veg fyrir að henni verði haldið áfram með töku bráðabirgðaákvörðunar.

Í ljósi sjónarmiða Nova um bráðabirgðaákvörðun, kröfu Símans um afstöðu Samkeppniseftirlitsins til lögmætis aðgerðanna, og með hliðsjón af fyrri brotum Símans telur Samkeppniseftirlitið rétt að birta bráðabirgðaákvörðun þessa og gefa í tengslum við hana út opinbera tilkynningu, sbr. 36. gr. samkeppnislaga. Verður í henni gerð grein fyrir framangreindu og viðskiptavinir keppinauta Símans beðnir að tilkynna Samkeppniseftirlitinu ef þeir fá tilboð frá Símanum sem virðist byggja á upplýsingum um farsímanotkun þeirra.



### **III.**

#### **Ákvörðunarorð:**

**„Eins og nánar er lýst í ákvörðun þessari er sennilegt að Síminn hf. hafi brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga.**

**Í ljósi yfirlýsinga Símans hf., sem nánar er lýst í ákvörðun þessari, er ekki ástæða til þess að beina fyrirmælum til fyrirtækisins skv. 3. mgr. 16. gr. samkeppnislaga“**

Samkeppniseftirlitið

Páll Gunnar Pálsson