



SAMKEPPNISEFTIRLITIÐ

Fimmtudagur 2. júlí 2009

Ákvörðun til bráðabirgða nr. 2/2009

**Meint brot Símans hf. með  
tilboði í 3G netlykil og áskrift**

**I.**

**Tilfni og málsmeðferð**

1.

Í bréfi til Samkeppniseftirlitsins, dags. 28. maí 2009, sendi Nova ehf. (Nova) stjórnarsýslukæru vegna starfshátta Símans hf. (Síminn) í tengslum við tilboð félagsins með yfirskriftinni „3G netlykill og áskrift fyrir 0 kr. í allt sumar“. Telur Nova að með tilboði sínu misnoti Síminn markaðsráðandi stöðu sína á markaði fyrir háhraðanetþjónustu og brjóti þar með gegn 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005.

Nova gerir kröfu um að Samkeppniseftirlitið úrskurði þá háttsemi Símans ólögmæta og að Símanum verði án tafar gert að láta af hinni ólögmætu háttsemi og verði bannað að bjóða upp á tilboð það sem erindið snúist um. Krefst Nova þess að Samkeppniseftirlitið taki ákvörðun gagnvart Símanum á grundvelli a-liðar 1. mgr. 16. gr. samkeppnislaga, sbr. 2. mgr. sömu greinar og að Síminn sæti þyngstu stjórnvaldssekt sem lög leyfa, sbr. b-lið 1. mgr. 37. gr. samkeppnislaga og 2. mgr. sömu greinar.

Þá er þess sérstaklega krafist að Samkeppniseftirlitið taki ákvörðun til bráðabirgða, sbr. 3. mgr. 16. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005, um að Símanum skuli talið óheimilt að bjóða upp á fyrrnefnt tilboð.

Í erindinu er rakið að Nova hafi byrjað rekstur farsímakerfis á Íslandi í lok árs 2007 og sé um að ræða sérhæft þriðju kynslóðar (3G) farsíma- og netþjónustukerfi og lúti erindið að 3G netþjónustu. Þá segir að 3G nettenging sé hefðbundin nettenging sem henti vel fyrir alla almenna notkun sem komið geti í stað ADSL nettengingar. Tengingin virki þannig að hægt sé að stinga svokölluðum 3G pung/netlykli í samband við tölvu og tengja hana þannig við Internetið.

Fram kemur að Síminn hafi nýverið kynnt tilboð í 3G netþjónustu félagsins með yfirskriftina „3G netlykill og áskrift fyrir 0 kr. í allt sumar“. Í tilboðinu felist að viðskiptavinir geri 6 mánaða samning við Símann og fái um leið 3G netlykil sér að kostnaðarlausu til eignar og áskriftarleið að eigin vali fyrir 0 kr. til 1. september 2009. Eftir það greiði viðskiptavinur áskriftargjald samkvæmt verðskrá. Um sé að ræða þrjár áskriftarleiðir þar sem mánaðargjald sé mismunandi eftir því hvað mikið gagnamagn sé innifalið. Verð áskriftarleiðanna sé kr. 990/mán., kr. 2.990/mán. og kr. 4.990/mán. og



fari eftir inniföldu gagnamagni og hraða tengingar. Þá segir að frá 1. júní muni innifalið gagnamagn í ódýrustu áskriftarleiðinni fjórfaldast og einnig muni verð fyrir umfram gagnamagn lækka umtalsvert. Upplýst sé af Símanum að fullt verð fyrir 3G netlykil sé um kr. 17.900,-. Í erindinu er bent á að ef viðskiptavinur tekur ódýrustu áskriftina sem sé á kr. 990,- fái hann afhenta 3G netlykil til eignar en greiði aðeins kr. 2.970,- yfir allt samningstímabilið en Nova telji að yfirgnæfandi fjöldi viðskiptavini velji jafnan ódýrustu áskriftarleiðina. Þar að auki bendir Nova á að í ódýrustu áskriftinni hafi innifalið gagnamagn verið aukið verulega og henti nú stórum hópi Internetnotenda. Þá segir að enginn íslenskur þjónustuveitandi bjóði Internetþjónustu fyrir aðeins kr. 990/mán., sem sé 50% lægra verð en lægst hafi verið á markaðnum til þessa. Telji Nova að útlagður kostnaður Símans, án tillits til kostnaðar vegna eigin fjarskiptakerfis Símans, sé verulega hærri en þær tekjur sem Síminn sé líklegur til að innheimta á samningstímabilinu, auk þess sem mjög langan tíma taki að innheimta raunkostnað vegna þjónustunnar ef viðskiptavinur segi þjónustunni ekki upp að samningstíma loknum. Því sé einsýnt að með 3G tilboði sínu beiti Síminn skaðlegri undirverðlagningu með það að markmiði að framlegð af þessari þjónustu verði óviðunandi og að samkeppnisaðilar, þar með Nova, verði flæmdir af þessum markaði.

Í erindinu segir Nova það alkunnugt að Síminn sé yfirburða rötgróið markaðsráðandi fyrirtæki á svo til öllum stigum fjarskiptamarkaðar á Íslandi. Félagið hafi þá sérstöðu að veita alhliða fjarskiptþjónustu og sé eigandi grunnfjarskiptakerfis landsins sem öll önnur fjarskiptafyrirtæki þurfi að skipta við.

Í erindinu kemur fram að Nova telur að þjónustumarkaðir þessa máls séu annars vegar markaður fyrir háhraða Internettengingu og hins vegar markaður fyrir Internetþjónustu. Vísar Nova meðal annars um þetta atriði í ákvörðun samkeppnissráðs nr. 21/2005 og segir að síðan sú ákvörðun hafi verið tekin hafi 3G nettengingar verið kynntar á markaðnum sem ein tegund af þeirri tækni sem unnt sé að nota til að veita háhraða Internettengingu. Nova telur ekki vafa leika á því að 3G nettengingar falli undir sama markað og ADSL tengingar enda augljós staðganga milli þessara tveggja tegunda nettenginga. Þegar um sé að ræða almenna netnotkun sé staðreyndin sú að ADSL nettenging og 3G nettenging séu til þess fallnar að uppfylla sömu þarfir neytenda. Í báðum tilfellum sé um að ræða háhraða þráðlausa nettengingu.

Nova telur að landfræðilegur markaður þessa máls sé landið allt, Ísland, og vísar hvað það varðar til fyrri ákvarðana samkeppnisyfirvalda um fjarskiptamarkaðinn og undirmarkaða hans, markað fyrir háhraða nettengingu og markað fyrir Internetþjónustu.

Það er mat Nova að Síminn sé í markaðsráðandi stöðu á mörkuðum málsins og vísar fyrirtækið í því sambandi til fyrri ákvarðana, m.a. ákvörðunar Samkeppniseftirlitsins nr. 36/2008 en af þeirri ákvörðun megi álykta að Samkeppniseftirlitið hafi talið að Síminn væri markaðsráðandi á mörkuðum fyrir Internettengingar og Internetþjónustu. Til frekari rökstuðnings sé bent á upplýsingar sem fram komi í skýrslu frá Póst- og fjarskiptastofnun um tölfræði á Íslaska fjarskiptamarkaðnum á fyrri helmingi ársins 2008. Þar komi fram að markaðshlutdeild Símans á markaði fyrir Internettengingar hafi verið 53,5%.

Þá segir að verði ekki fallist á ofangreinda skilgreiningu markaða heldur talið að 3G nettenging tilheyri sérstökum þjónustumarkaði þá telji Nova það ekki hafa neinar



breytingar í för með sér hvað varðar brot Símanns gegn samkeppnislögum. Í öllu falli sé þá um að ræða tvo markaði sem séu mjög nátengdir, annars vegar markað fyrir ADSL nettengingar og hins vegar markað fyrir 3G nettengingar. Síminn sé í markaðsráðandi stöðu á hinum fyrrnefnda. Til viðbótar hafi Síminn verið skilgreindur í markaðsráðandi stöðu á öðrum undirmörkuðum fjarskiptaþjónustu, svo sem á markaði fyrir almenna talsímaþjónustu og á farsímaþjónustumarkaði.

Nova telur auðsýnt að Síminn sé að misnota markaðsráðandi stöðu sína á ADSL nettengingarmarkaði sem og á öðrum undirmörkuðum fjarskiptaþjónustu, til þess að styrkja stöðu sína í þjónustu með 3G nettengingar. Sérstaklega telji Nova að Síminn sé með þessari háttsemi vísvitandi að beita undirverðlagningu í þeim tilgangi að framlegð af þessari þjónustu verði lág eða engin, með það að markmiði að fæla Nova og aðra samkeppnisaðila frá samkeppni á þessum markaði.

Þá segir í erindinu að misnotkun á markaðsráðandi stöðu geti falist í aðgerðum sem miði að því að styrkja eða verja hina ráðandi stöðu. Hegðunin felist í aðgerðum sem ekki geti talist til eðlilegrar samkeppni í skilningi samkeppnisréttar. Kjarni þeirrar misnotkunar á markaðsráðandi stöðu sem raski samkeppni sé að hegðun markaðsráðandi fyrirtækis sé til þess fallin að hamla þeirri takmörkuðu samkeppni sem sé á markaðnum eða hindra vöxt hennar. Markaðsráðandi fyrirtæki sé þannig óheimilt að styrkja stöðu sína á markaði með öðrum aðgerðum en samkeppni á grundvelli rekstrarlegrar frammistöðu fyrirtækisins (e. competition on the merits). Markaðsráðandi fyrirtæki sé þannig ekki heimilt að keppa í verði nema sú samkeppni byggist á eðlilegum rekstrarlegum grunni. Bent er á að brot á 11. gr. sé ekki háð því að sýnt sé fram á að markaðshegðun sem um ræði hafi haft skaðleg áhrif á samkeppni, heldur sé nægjanlegt að líklegt sé að hún geti haft slík áhrif.

Nova telur að með 3G netlykla og nettengingartilboði sínu sé Síminn að stunda skaðlega undirverðlagningu (e. predatory pricing). Það sé vel þekkt í samkeppnisrétti að markaðsráðandi fyrirtæki grípi til verðlækkunar á grundvelli styrks síns sem miði að því að koma keppinautum út af markaði eða hindra að nýr keppinautur hasli sér völl á honum. Í samkeppnisrétti hafi verið byggt á þeirri forsendu að óæskilegt sé að markaðsráðandi fyrirtæki geti í skjóli efnahagslegs styrkleika selt vöru eða þjónustu á óhæfilega lágu verði í þeim tilgangi að raska samkeppni. Jafnvel þó neytendur njóti þess til skamms tíma að fá vöru eða þjónustu á mjög lágu verði sé talið að sú röskun á samkeppni sem óeðlileg verðlækkun valdi leiði þegar til lengri tíma sé litið til herra verðs til neytenda, minni gæða og til þess að valkostum neytenda fækki. Skaðleg undirverðlagning hafi verið talin falla undir misnotkun á markaðsráðandi stöðu.

Við mat á því hvort um skaðlega undirverðlagningu sé að ræða hafi einkum verið litið til þess hvort verðlagningin sé undir kostnaði. Færð hafi verið rök fyrir því þegar verðlagning sé undir tilteknu kostnaðarviðmiði, t.d. verð undir breytilegum meðalkostnaði eða jaðarkostnaði, séu líkur fyrir því að um misnotkun á markaðsráðandi stöðu sé að ræða. Þegar markaðsráðandi fyrirtæki verðleggi vöru eða þjónustu undir breytilegum meðalkostnaði sé hægt að álykta sem svo að um misnotkun á markaðsráðandi stöðu sé að ræða, nema í algerum undantekningartilvikum (AKZO regla).



Nova telur rétt að benda á að hugsanlega sé framangreind kostnaðarviðmiðun ekki besti mælikvarðinn á skaðlega undirverðlagningu í þessu máli. Staðreyndin sé að í fjarskiptarekstri sé mjög kostnaðarsamt að hefja starfsemi en þegar það hafi verið gert sé kostnaður t.d. við að flytja símtöl óverulegur. Í þessu ljósi hafi framkvæmdastjórn EB lagt til að AKZO reglan sé ekki hentug í atvinnugreinum eins og fjarskiptapjónustu. Þess í stað sé hentugra að miða við svokallaða LRIC reglu (e. long run incremental cost). Með því sé átt við þann fasta og breytilega kostnað sem fyrirtæki þurfi að standa straum af þegar það ákveði að framleiða nýja vöru eða bjóða nýja þjónustu. LRIC samanstandi því aðeins af kostnaðinum af viðbótinni og innhaldi engan annan breytilegan eða fastan kostnað. Nova vísar til þess að framkvæmdastjórn EB hafi notað þetta í ákvörðun sinni í Deutsche Post málinu en í því máli komst hún að þeirri niðurstöðu að fyrirtækið hefði stundað skaðlega undirverðlagningu.

Burtséð frá því hvaða kostnaðarviðmið verði talið rétt að nota í tengslum við þetta mál telur Nova engan vafa leika á því að í tilboði Símans felist skaðleg undirverðlagning. Með því að bjóða viðskiptavinum upp á 3G netlykla endurgjalslaust, ásamt því að þeir fái allt að þrjú mánuði í áskrift á kr. 0,-, sé Síminn að niðurgreiða verulega þann kostnað sem félagið hljóti að bera af umræddu tilboði. Til að sýna fram á umfang þess kostnaðar sem leggist á Símann af hverjum viðskiptavini sem taki tilboðinu hafi Nova gert kostnaðarathugun. Miðast athugunin við þau kjör sem Nova bjóðist við innkaup á sambærilegum 3G netlyklum, gengi Evru kr. 170,- og útlagðan kostnað sem miðist við áskriftarleið 1 og 40% meðalnotkun viðskiptavinar.

Tafla 1 Afkoma áskriftaleiða fyrir 3G netlykil hjá Símanum á binditíma tilboðs að mati Nova.

Í krónum án vsk.<sup>1</sup>

Áskriftarleið	Mán.gjald	Kostnaður	Tekjur	Mismunur
Áskrift 1	990	[...]	[...]	- 7.924
Áskrift 2	2.990	[...]	[...]	- 5.505
Áskrift 3	4.990	[...]	[...]	- 4.526

Nova bendir á að í þessum útreikningum hafi ekki verið tekið tillit til kostnaðar Símans af sjálfu fjarskiptakerfinu, fjárfestingu og rekstri. Þó svo að Síminn hafi keypt 3G netlyklana á gengi EUR kr. 100,- þá sé neikvæð afkoma í öllum áskriftarleiðum. Í ljósi þessa telur Nova fullljóst að félagið geti ekki svarað tilboði Símans með sambærilegum hætti án þess að taka á sig gífurlegt tap af hverjum viðskiptavini sem gengi að slíku tilboði. Tilgangur Símans með þessari verðlagningu hljóti að vera sá að laða til sín sem stærstan hluta markaðarins og útiloka jafnframt samkeppni, m.a. frá Nova. Þannig verði Síminn í þeirri stöðu, á síðari stigum, að geta hækkað verð þjónustunnar án tillits til samkeppni, sem verði að öllum líkindum lítil sem engin.

Þá sé athyglisvert að bera saman verðlagningu Símans í 3G netttengingu við verðlagningu á ADSL netþjónustu. Þá komi fram að hið umdeilda 3G tilboð Símans sé hagstæðara en ADSL nettinging hvað varði alla þætti, þ.e. mánaðargjald, innifalið

<sup>1</sup> Fellt niður vegna trúnaðar.



gagnamagn og verð fyrir umfram magn. Það virðist eiga einfalda skýringu. Svo virðist að mati Nova sem markaður fyrir ADSL nettengingar sé svo gott sem mettaður auk þess sem Síminn sé í markaðsráðandi stöðu á þeim markaði. Það sé því enginn hvati fyrir Símann að bjóða upp á sambærilegt verð fyrir ADSL netþjónustu og félagið geri nú fyrir 3G nettengingar. Hins vegar séu 3G nettengingar ennþá ákveðin nýjung á markaði fyrir háhraða nettengingar og vaxtarmöguleikarnir töluverðir. Þó svo að staðganga geti ríkt milli ADSL og 3G Internets verði að horfa til þess að 3G Internet sé einnig viðbót (e. complementary) því margir notendur nýti hinar hraðvirkari ADSL tengingar fyrir viðaukaþjónustur svo sem sjónvarp o.fl., sem 3G Internet bjóði ekki upp á. Þá segir að framboð Nova á 3G nettengingum hafi verið ein af þeim fáu leiðum sem félagið hafi til að skerpa á sérstöðu sinni á íslenskum fjarskiptamarkaði þar sem það hafi ekki að öðrum lausnum að hverfa í netþjónustu.

Nova telur að af öllu framangreindu sé ljóst að háttsemi Símans sem felist í tilboðinu „3G netlykill og áskrift fyrir 0 kr. í allt sumar“ sé misnotkun á markaðsráðandi stöðu félagsins og brjóti þannig gegn 11. gr. samkeppnislaga.

Hvað varðar töku bráðabirgðaákvörðunar þá telur Nova að skilyrði 3. mgr. 16. gr. samkeppnislaga séu uppfyllt. Markaðsráðandi staða Símans liggja fyrir hvort sem 3G nettenging og ADSL nettenging séu á sama markaði eða ekki. Að sama skapi telji Nova blasa við að í tilboði Símans felist alvarleg skaðleg undirverðlagning, sem almennt sé talin jafngilda misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Umrætt tilboð Símans sé gróflega til þess fallið að grafa undan tilraunum Nova til að ná fótfestu á markaði fyrir 3G nettengingar og jafnfram einsýnt að það hafi þau áhrif að hamla uppbyggingu og vexti félagsins á þessu sviði.

Jafnframt telur Nova ljóst að skilyrðið um að málið þoli ekki bið sé uppfyllt í máli þessu. Tilboð Símans hafi þegar tekið gildi og muni verða áfram í boði í sumar, þar til 1. september nk., sbr. aulýsingar Símans. Sumarmánuðirnir þrír, júní, júlí og ágúst, séu þeir söluhæstu á fjarskiptamarkaði. Þá megi leiða líkum að því að þessir mánuðir séu sérstaklega mikilvægir í sölulegum skilningi fyrir 3G netlykla og 3G nettengingar. Þá mánuði séu neytendur líklegastir til að fara í ferðalög og komi 3G nettengingin að sérstaklega góðum notum, enda sé um að ræða þjónustu sem henti vel fyrir viðskiptavinum í ferðahug. Það sé því fyrirséð að fái Síminn óáreittur að bjóða 3G nettíloð sitt í sumar muni Nova bíða umtalsvert óafturkræft tjón. Þar sem Nova hafi ekki þann efnahagslega styrkleika sem Síminn hafi til að geta boðið sambærilegt tilboð, með því tapi sem það hefði í för með sér, sé ljóst að Nova geti ekki með nokkru móti svarað tilboði Símans nema með beinum skaða í formi óásættanlegs taps af þjónustunni. Fái Síminn að bjóða tilboðið áfram í sumar standi allar líkur til þess að Síminn geti ekki aðeins á stuttum tíma náð til sín svo til öllum þeim viðskiptavinum sem hafi áhuga á 3G nettengingu, heldur og ekki síður gert samkeppnisaðilum ómögulegt að keppa á þessum markaði, um leið og þurrkaðir séu upp möguleikar og árangur Nova á þessu sviði.

Við mat á því hvort taka beri ákvörðun til bráðabirgða þurfi að vega saman hagsmuni málsaðila af slíkri ákvörðun. Hagsmunir Símans af því að geta ekki um tíma stundað áðurnefnda skaðlega undirverðlagningu séu hverfandi samanborið við hagsmuni Nova af því að búa við eðlilegt samkeppnisumhverfi og ekki síður hagsmunir neytenda og samkeppninnar í heild á farsímamarkaði.



Í ljósi alls framangreinds krefjist Nova þess að Samkeppniseftirlitið taki tafarlaust ákvörðun til bráðabirgða í máli þessu og banni Símanum að bjóða upp á hið umdeild 3G nettilboð. Að mati Nova séu öll skilyrði 3. mgr. 16. gr. samkeppnislaga uppfyllt.

Með bréfi, dags. 3. júní 2009, sendi Samkeppniseftirlitið Símanum erindið og óskaði eftir umsögn félagsins um kröfu Nova um töku bráðabirgðaákvörðunar og einnig um erindið að öðru leyti.

## 2.

Í bréfi frá Símanum, dags. 8. júní 2009, barst umsögn félagsins um erindi Nova. Þar kemur fram að það sé misskilningur hjá Nova að halda því fram báðar lausnirnar, ADSL nettenging og 3G nettenging, séu þráðlausar lausnir og séu því á sama markaði. Staðreyndin sé sú að 3G þjónustan sé byggð upp líkt og farsímaþjónusta en ADSL þjónusta náist aðeins þráðlaust ef samband sé við beini, t.d. innan heimilis. Síminn segir Nova lýsa vöru á tveimur mörkuðum með því að halda því fram að markaður geti bæði verið mettaður á sama tíma og að á honum geti verið töluverðir vaxtamöguleikar. Þá telur Síminn að Nova staðfesti það í raun að um tvo aðskilda þjónustumarkaði sé að ræða með því að segja 3G þjónustuna henta vel yfir sumarmánuðina fyrir fólk í ferðahug og að hún henti ekki stórnotendum en sé góð fyrir alla almenna notkun.

Fram kemur að Síminn, Vodafone og Nova hafi öll síðla árs 2007 boðið 3G farsímaþjónustu á Íslandi til neytenda. Notkun á 3G gagnaflutningsþjónustu hafi verið afar takmörkuð frá því að samkeppni hófst á markaðnum. Meðal þess sem valdi því sé að neytendur hafi þurft að kaupa sérstakan búnað fyrir þjónustuna. Annars vegar sé það 3G farsími, sem sé hægt að nota bæði fyrir tal og gagnaflutning og hins vegar sé það 3G netlykill sem eingöngu nýtist fyrir gagnaflutning.

Þá segir að Síminn geti ekki fallist á það að ADSL þjónusta og 3G gagnaflutningsþjónusta séu á sama markaði. ADSL þjónusta til neytenda sé veitt frá föstum stað en 3G netþjónusta með lykli sé hreifanleg. ADSL þjónustu sé hægt að nota þráðlaust á mjög afmörkuðu svæði, innan heimila og fyrirtækja, en 3G netþjónustu sé hægt að nota þar sem 3G farsímakerfi hafi verið byggt upp, innanlands og erlendis. Munurinn á ADSL þjónustu og 3G netþjónustu sé því mjög áþekkur muninum á almennri talsímaþjónustu (heimasími) og farsímaþjónustu.

Skilgreining á staðgengdarvöru-/þjónustu feli vanalega í sér að varan geti í hagfræðilegum skilningi komið í stað annarrar vöru. Jafnframt því sé ýmislegt sem snúi að gæðum og eiginleikum vöru sem geri það að verkum að þó vörur leysi í grunninn sömu þörf að þá myndist ekki staðgengdaráhrif á milli þeirra. Það sé því fleiri þættir en eingöngu grunnnotkun vörunnar sem geri hana að staðgengdarvöru, aðrir þættir líkt og gæði og eiginleikar spili stórt hlutverk. Að sama skapi sé ekki hægt að flokka ADSL þjónustu og 3G gagnaflutningsþjónustu sem staðgengdarvörur, enda hafi Síminn ekki upplifað í neinum mæli að viðskiptavinir sem kaupir sér 3G netlykil segi upp ADSL þjónustu á sama tíma. Þessar tvær vörur séu því ekki að uppfylla sömu þörf hjá viðskiptavinum og virki í raun meira sem stuðningsvara en staðgengdarvara, en algengt sé að þeir viðskiptavinir sem séu með 3G netlykil séu einnig með ADSL þjónustu. Að mati Símans séu viðskiptavinir sem fá sér 3G netlykil í flestum tilfellum að fá sér þjónustu til





að geta tengst Internetinu utan heimils, t.d. á almenningsstöðum, utandyra og í sumarbústöðum á meðan ADSL þjónusta sé staðbundin vara sem ætlað sé að veita heimilum (eða fyrirtækjum) traust og öruggt netsamband. Meiri kröfur um uppitíma, hraða og gæði séu lögð á ADSL tengingu. Annað sem greini á milli ADSL þjónusstu og 3G gagnaflutningsþjónustu með netlykli sé að hraði tengingar á 3G netlykli sé að mjög miklu leyti háður fjölda samtímanotenda og því geti netsamband 3G netlykils verið mun óstöðugra en gangi og gerist með ADSL. Ekki dragi úr þeim hraða sem viðskiptavinir fái þó einhver af nágrönnunum sé einnig að nýta sér ADSL á sama tíma. Að auki innihaldi ADSL þjónusta mun meiri viðbótarþjónustu og virðisauka sem tilheyri því sem t.d. sé hægt að flokka undir almenna Internetþjónustu til heimils o.fl.

Í umsögn Símans er rakin mismunandi tæknileg útfærsla og virkni ADSL tengingar annras vegar og 3G nettengingar hins vegar. Kemur þar fram að í ADSL þjónustu sé auðkenning viðskiptavinar alfarið hluti af Internetþjónustu en í 3G nettengingu sé auðkenningin alfarið hluti af farsímaþjónustu. Það sé því ljóst að aðgangsléiðir, búnaður til að auðkenna viðskiptavin, tengja og gjaldfæra í kerfunum sé alfarið aðskilin fyrir ADSL þjónustu og 3G netþjónustu. Einn veigamikill munur á 3G gagnaflutningsþjónustu og ADSL þjónustu sé sá að í 3G sé sérstaklega rukkað fyrir upphal og niðurhal á allri umferð, þ.e. fyrir hvert MB. Í ADSL sé einungis rukkað sérstaklega fyrir hvert MB í umfram gagnamagni fyrir útlandasamband en innanlandsumferð sé innifalin í mánaðarverði.

Þá vísar Síminn í umfjöllun hjá Evrópusambandinu (ESB), Póst- og fjarskiptastofnun og Samkeppniseftirlitinu. Segir Síminn að á vegum ESB hafi komið fram að 3G þjónusta væri ný þjónusta í örri þróun og ætti því ekki falla undir fyrir framkvaðir fjarskiptaftirlitsstofnana. Til samræmis þessu komi eftirfarandi fram í 15. gr. aðfaraorða tilmæla ESB um fyrirfram skilgreinda fjarskiptamarkaði frá 2003:

*„Furthermore, new and emerging markets, in which market power may be found to exist because of ‘firstmover’ advantages, should not in principle be subject to ex-ante regulation“.*

Sama orðalag sé að finna í 7. gr. aðfaraorða gildandi tilmæla ESB frá 17. desember 2007 um sama efni sem leyst hafi þau eldri af hólmi. Á hinn bóginn sé markaður fyrir ADSL þjónustu tilgreindur sem markaður nr. 5 í gildandi tilmælum (áður markaður nr. 12). Af þessu sjáist að 3G gagnaflutningsþjónusta teljist til nýs markaðar í örri þróun og ekki hluti af þeim mörkuðum sem ESB beri að framkvæma markaðsgreiningu á. Markaður fyrir ADSL þjónustu sé hins vegar einn af þeim mörkuðum sem beri að markaðsgreina í öllum löndum evrópska efnahagssvæðisins. Jafnframt komi fram að það sé skilgreiningaratriði fyrir ADSL markað að um sé að ræða þjónustu sem veitt sé á föstum stað (e. at a fixed location). Það eitt og sér útiloki 3G gagnaflutningsþjónustu frá því að teljast til sama markaðar og ADSL þjónusta.

Síðan vísar Síminn í markaðsgreiningu Póst- og fjarskiptastofnunar á heildsölumarkaði fyrir breiðbandsaðgang frá 18. apríl 2008. Í viðauka A við ákvörðun PFS nr. 8/2008, vekur athygli að ekki sé minnst á 3G gagnaflutningsþjónustu þrátt fyrir að þjónustan hafi verið í boði á þeim tíma sem ákvörðunin var tekin. Á hinn bóginn sé minnst á 3G þjónustu í markaðsgreiningu á farsímaþjónustu. Styðji þetta svo ekki verði um villst að 3G



gagnaflutningsþjónustan teljist ekki til markaðar ADSL þjónustu heldur sé um tvo aðskilda markaði að ræða.

Síminn telur að ekki sé hægt að leggja til grundvallar skilgreiningu markaðar í ákvörðun samkeppnissráðs nr. 21/2005 um að í þeirri skilgreiningu felist að 3G gagnaflutningsþjónusta með netlykli sé á sama markaði. Vissulega sé opnað á það að markaðurinn nái ekki einungis til ADSL þjónustu. Það sem hafi hins vegar verið ráðandi um skilgreiningu markaðarins hafi verið að yfir 95% markaðarins hafi verið með ADSL tengingu. jafnfram verði að viðurkenna að talsverður munur sé á þjónustu sem veitt sé um örbylgjunet og vísað sé til í tilvitnaðri ákvörðun miðað við 3G þjónustu. Augljósasti munurinn sé sá að örbylgjutengingar sem hafi verið í boði nái yfir mjög afmarkað svæði miðað við 3G þjónustusvæði, innanlands sem utan. Hæpið sé að viðskiptavinur muni velja að vera með örbylgjutengingu og ADSL tengingu fyrir sama heimili. hins vegar sýni reynslan að viðskiptavinir með netlykil séu einnig með ADSL þjónustu, 3G netlykill sé því viðbót en ekki staðgendarvara.

Þá segir að af öllu famansögðu sé ljóst að ADSL þjónusta og 3G gagnaflutningsþjónusta með netlykli uppfylli ekki skilyrði samkeppnislaga um að teljast til sama markaðar. Eins og vitnað sé til hér að framan þurfi þjónusta að fullu eða verulegu leyti að geta komið í stað annarrar. Um tvær sjálfstæðar og aðskildar vörur sé að ræða. Önnur sé ekki seld með hinni, þær tilheyri sitt hvorum markaðnum sem séu í verulegum atriðum frábrugðnir og notuð séu tvö aðskilin fjarskiptanet. Nova hafi ekki með neinum hætti gert líklegt að staða Símans á ADSL þjónustumarkaði styrki stöðu félagsins á markaði fyrir 3G gagnaflutningsþjónustu með netlykli. Telji Síminn að sýnt hafi verið fram á að svo mikill munur sé á hvorri þjónustu um sig að þær teljist til tveggja aðskilda markaða. Þessir þjónustuþættir geti einungis að takmörkuðu leyti komið í stað hvors annars, hvort sem horft sé til notkunareiginleika eða tæknilegrar uppbyggingar.

Í umsögninni segir að á markaði fyrir 3G gagnaflutningsþjónustu með netlykli keppi þrjár aðilar, Síminn, Nova og Vodafone. Allir þrjár keppinautarnir hafi byrjað jafnir að undangengnu útboði. Hér sé um að ræða markað sem sé rétt að slíta barnsskónum og sé talinn vera einn mesti vaxtarsprotinn á fjarskiptamörkuðum á næstu árum. Það væri því glapræði ef samkeppnisyfirvöld myndu grípa inn í markaðinn þegar hann hefur alla möguleika til að verða heilbrigður samkeppnismarkaður a.m.k. þriggja keppinauta. Að mati Símans bendi vísbendingar til þess að Síminn sé ekki í markaðsráðandi stöðu á markaðnum heldur sé nærtækara að Nova væri í þeirri stöðu.

Fari svo að Samkeppniseftirlitið fallist á skilgreiningu Nova á þjónustumarkaðnum telji Síminn ólíklegt að félagið sé í markaðsráðandi stöðu. Vísar Síminn m.a. til þess að Vodafone hafi keypt ADSL kerfi IP-fjarskipta ehf. (nú Tal) og sé hverfandi munur á hlutdeild Símans og Vodafone á þeim markaði. Einnig er vísað til samþykktra nauðasamninga til handa móðurfélagi Vodafone, Teymis hf., með stórfelldri niðurfellingu skulda sem þýði um leið að félagið sé komið í meirihlutaeigu ríkisins. Megi ætla að með því sé aðgangur Vodafone að fjármagni umtalsvert greiðari en Símans og annarra keppinauta á markaði. Að þessu virtu sé það Vodafone en ekki Síminn sem sé markaðsráðandi á markaði fyrir sí tengt háhraða Internet.





Þá segir að komist Samkeppniseftirlitið að þeirri niðurstöðu að markaðsráðandi staða sé fyrir hendi verði að sýna fram á að háttsemi Símans hafi verið skaðleg samkeppni eða að minnsta kosti að hún sé til þess fallin. Verðlagningu sem hægt sé að skýra út frá eðlilegum rekstarsjónarmiðum beri almennt ekki að fordæma. Þótt 11. gr. samkeppnislaga feli í sér að ákveðnar kvaðir séu lagðar á markaðsráðandi fyrirtæki sem hvíli ekki á öðrum fyrirtækjum þá fari það eftir viðkomandi markaði hversu ríkar þær séu. Þannig geti slíkar kvaðir verið takmarkaðar þegar helsti keppinauturinn sé með mikinn efnahagslegan styrkleika.

Síminn telur að með breyttri nálgun framkvæmdastjórnar EB varðandi túlkun 82. gr. Rómarsáttmáls megi álykta að við greiningu á inntaki 11. gr. samkeppnislaga í dag beri að leggja aukna áherslu á að meta áhrif háttsemi og greina efnahagsleg rök í stað þess að fordæma tiltekna aðgerð fyrir það eitt að henni hafi verið beitt af markaðsráðandi fyrirtæki. Beri því að mati Símans að leggja ríkari áherslu á að meta raunveruleg áhrif af háttsemi markaðsráðandi fyrirtækja og greina hvort hún hafi haft skaðleg áhrif. Í þessu máli hafi ekki verið sýnt fram á að aðgerðir Símans hafi haft skaðleg áhrif á samkeppni á þeim markaði sem málið fjalli um. Nauðsynlegt sé að minna á að markmið samkeppnisreglna sé ekki að vernda samkeppnisaðila heldur samkeppnina sjálfa með velferð neytenda að leiðarljósi. Ef samkeppnisaðilar fái of mikla vernd fyrir samkeppni kunni verðlagning að verða of há og því hætta á að markmið samkeppnislaga um hagkvæma nýtingu framleiðsluþátta verði ekki náð.

Síminn staðhæfir að umrætt tilboð félagsins samræmist samkeppnislögum þar sem það byggir á eðlilegum viðskiptaforsendum.

Varðandi kröfu Nova um töku bráðabirgðaákvörðunar telur Síminn ljóst að skilyrði þar um sé ekki til staðar. Telur Síminn að sönnur hafi verið færðar fyrir því að markaður málsins sé 3G gagnaflutningsþjónusta með netlykli og að telja verði það afar langsótt að félagið sé markaðsráðandi á þeim markaði. Þó svo að markaðurinn yrði skilgreindur sem markaður fyrir sí tengt háhraða Internet sé einnig ólíklegt að Síminn geti talist í markaðsráðandi stöðu. Til þess að heimilt sé að taka íþyngjandi bráðabirgðaákvörðun verði að vera sennilegt að háttsemi feli í sér brot á samkeppnislögum og að líklegt sé að bið leiði til rökunar á samkeppni eða málið þoli ekki bið að öðru leyti. Síminn segir að í erindi Samkeppniseftirlitsins liggja ekki fyrir hver sé markaður málsins né staða Símans á þeim markaði og því ekki fyrirbyggjandi hvort 11. gr. samkeppnislaga eigi yfir höfuð við. Ekki sé hægt að slá því föstu að Síminn sé markaðsráðandi án undangenginnar rannsóknar. Einnig telji Síminn að fullljóst sé að sú háttsemi sem sé til skoðunar fari ekki í bága við ákvæði samkeppnislaga jafnvel þó komist verði að þeirri niðurstöðu að hann sé markaðsráðandi. Þá sé það mjög varhugavert að takmarka athafnafrelsi Símans á grundvelli bráðabirgðaákvörðunar en hann sé í harðri samkeppni á markaði fyrir 3G gagnaflutningsþjónustu. Allar takmarkanir á verðlagningu þjónustu hans séu til þess fallnar að hafa neikvæð áhrif á stöðu hans á markaðnum og einnig samkeppni almennt. Mikilvægt sé að yfirvöld grípi ekki til íhlutunar á markaðnum nema að undangenginni ítarlegri rannsókn þar sem það liggja skýrt fyrir að ekki sé hægt að ná sama markmiði með öðrum og vægari hætti. Síminn telji það fjarri lagi að skilyrði til töku ákvörðunar til bráðabirgða séu fyrir hendi.



## II. Niðurstöður

### 1.

Í erindi Nova, dags. 28. maí 2009, er þess krafist að Samkeppniseftirlitið beiti heimild sinni til að taka ákvörðun til bráðabirgða, sbr. 3. mgr. 16. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005, um að Símanum skuli talið óheimilt að bjóða áfram upp á tilboðið „3G netlykill og áskrift fyrir 0 kr. í allt sumar“. Þá var þess krafist að Samkeppniseftirlitið úrskurði háttsemi Símans ólögmeata, sbr. 11. gr. samkeppnislaga. Af hálfu Símans er þessu mótmælt.

Í ákvæði 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. 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.

### 2.

#### Skilgreining markaða

Af hálfu Nova er því haldið fram að 3G nettengingar falli undir sama markað og ADSL tengingar og því sé þjónustumarkaður þessa máls háhraða Internettengingar. Augljóst sé að staðganga sé á milli þessara tveggja tegunda að nettengingum en staðganga sé einn helsti þátturinn sem litið sé til við skilgreiningu vöru- og/eða þjónustumarkaða í samkeppnisrétti. Landfræðilegur markaður sé landið allt, Ísland.

Af hálfu Símans er talið ljóst að ADSL þjónusta og 3G gagnaflutningsþjónusta með netlykli uppfylli ekki skilyrði samkeppnislaga um að teljast til sama markaðar til þess þurfi þjónusta að fullu eða verulegu leyti að geta komið í stað annarrar. Telur Síminn að svo mikill munur sé á hvorri þjónustu um sig að þær teljist til tveggja aðskildra markaða. Markaður þessa máls sé 3G gagnaflutningaþjónusta með netlykli. Ekki virðist ágreiningur um að landfræðilegur markaður sé Ísland.

Hugatakið 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.“*



Í tilboði Símans felst þjónusta sem varðar mögulega tengingu á tölvum við Internetið með notkun 3G netlykils. Möguleg tenging afmarkast af því landsvæði, innanlands og erlendis, sem 3G farsímaþjónusta nær til. Utan þess svæðis virkar tengingin ekki. ADSL tenging er önnur þjónusta sem tengir tölvur við Internetið í föstum tengipunkti við almenna fastlínusímakerfið. Í því sambandi er þráðlaus tenging möguleg en þá aðeins innan þröngs rýmis, heimilis eða fyrirtækis. Báðar þessar tegundir tenginga eru svo kallaðar háhraðatengingar. Virkni þessara tenginga er eins, með tilliti til hraða þeirra, að öðru leyti en því að hraði tengingar á 3G netlykli er háður fjölda samtímanotenda í farsímakerfinu og getur því verið óstöðugri en ADSL tenging.

Að mati Samkeppniseftirlitsins eru það aðallega tvö atriði, sem þó eru tengd, sem horfa verður til við mat á staðgöngu þessara tveggja tegunda nettenginga. Það fyrra er hreyfanleiki notandans sem aðgreinir þessar tvær tengileiðir. Með 3G netlykli er notandanum gert kleift að vera í Internetsambandi utan heimils og vinnustöðvar þar sem 3G farsímaþjónusta er til staðar, innanlands og erlendis. Notandi með ADSL tengingu er bundinn föstum tengipunkti en með ákveðna stutta fjarlægð mögulega ef þráðlaust samband er til staðar. Hitt atriðið er notagildi sem af þessum hreyfanleika hlýst og þá sérstaklega fyrir starfsmenn fyrirtækja. Með 3G netlykli getur starfsmaður sinnt starfi sínu „úti á akrinum“ að því gefnu að hann sé innan útbreiðslusvæðis 3G farsímaþjónustu. Þetta notagildi er ekki til staðar þegar eingöngu er um ADSL tengingu að ræða. Telja verður að þessi tvö atriði dragi mjög úr mögulegri staðgöngu þessara nettenginga. Hins vegar verður að telja að þessar þjónustutegundir séu nátengdar. 3G netlykill gefur möguleika á víðtækari notkunarmöguleikum fartölva og Internetþjónustu og er því viðbót við ADSL nettengingu. Á þetta sérstaklega við þegar notandinn er utan þéttbýlis, t.d. í sumarþustað og á ferðalagi. Við þessar aðstæður getur tenging við Internetið verið ómöguleg án 3G netlykils. Að sama skapi getur verið um að ræða aðstæður þar sem ADSL tenging er til staðar en ekki samband við 3G farsímakerfi og 3G netlykillinn því ónothæfur.

Að mati Samkeppniseftirlitsins eru fleiri atriði sem rökstyðja aðgreiningu þessara tenginga í tvo aðskilda markaði. Notkun 3G netlykils einskorðast alfarið við gagnaflutning tengdan Internetsnotkun. Með 3G netlykli tengist fartölvann Internetinu beint án þess að notandinn þurfi að gera frekari ráðstafanir og getur hann vafrað á netinu án þess að vera áskrifandi að Internetþjónustu. Notandi með 3G netlykil telst því ekki vera viðskiptavinur hjá Internetþjónustuveitu. Notandi með ADSL tengingu sem tengist Internetinu telst vera viðskiptavinur viðkomandi Internetþjónustuveitu. Möguleikar ADSL tengingar til notkunar eru fjölbreyttari en 3G netlykils. ADSL tenging nýtir koparheimtaug til notanda sem nýtt er einnig til almennrar talsímanotkunar. ADSL tenginguna er síðan hægt að nýta fyrir Internetþjónustu, eins og 3G tengingu, en auk þess t.d. fyrir flutning á sjónvarpsdagskrá sem 3G lykill gerir ekki.

Að öllu framansögðu virtu er það mat Samkeppniseftirlitsins að það mikill munur sé á þessum tveimur tegundum háhraðatenginga og notagildi þeirra að um sé að ræða tvo aðskilda en tengda þjónustumarkaði. Bendir flest til þess að ennþá sé um mjög óverulega staðgöngu að ræða hvað varðar þessar tengingar. Virðist það í raun viðurkennt af báðum aðilum að notkun 3G netlykils eingöngu komi ekki til nema hjá notendum með litla notkun. Með tilliti til alls framangreinds verður ekki betur séð en að 3G nettenging með netlykli sé sérstakur markaður sem komi til viðbótar við ADSL tengingar.



Að öllu framansögðu virtu er það mat Samkeppniseftirlitsins að sennilegt sé að 3G gagnaflutningsþjónusta og ADSL þjónusta séu tveir aðskildir markaðir. Þjónustumarkaður þessa máls er 3G gagnaflutningsþjónusta.

Vegna náninna tengsla þessara markaða og markaðsgerðar fjarskiptamarkaða að öðru leyti telur Samkeppniseftirlitið nauðsynlegt að meta stöðu fyrirtækja á þeim mörkuðum við mat á markaðsstöðu og mögulegu broti Símans á 11. gr. samkeppnislaga í þessu máli.

Það er mat Samkeppniseftirlitsins, sem einnig virðist ekki vera ágreiningur um milli aðila, að landfræðilegur markaður þessa máls sé landið allt, Ísland. Er þessi skilgreining í samræmi við fyrri ákvarðanir samkeppnisyfirvalda hér á landi í málum sem varða fjarskiptamarkaðinn og undirmarkaði hans.<sup>2</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.“*

Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í t.d. máli nr. 4/2007 *Icelandair ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu* kemur fram að við mat á stöðu fyrirtækja á markaði skipti mestu að huga að markaðshlutdeild og því skipulagi sem ríki á markaðnum. Markaðshlutdeild veitir sterka vísbendingu um markaðsráðandi stöðu, sbr. og 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>3</sup> Ítrekað hefur komið fram hjá dómstólum EB 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>4</sup>

Með viðmiðinu skipulag á markaðnum er vísað til ýmissa ólíkra atriða sem talin eru geta gefið vísbendingar um markaðsráðandi stöðu, sbr. t.d. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 3/2008 *Hf. Eimskipafélag Íslands gegn Samkeppniseftirlitinu*. 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. umræddan úrskurð áfrýjunarnefndarinnar. Hafa ber í huga að í hugtakinu markaðsráðandi staða felst ekki krafa um að engin samkeppni ríki á viðkomandi markaði.

<sup>2</sup> Sbr. t.d. ákvörðun samkeppnisráðs nr. 21/2005 og ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 17/2007.

<sup>3</sup> Sjá t.d. mál nr. 85/76 Hoffmann-La Roche v Commission [1979] ECR 3451.

<sup>4</sup> Sjá hér t.d. dóm undirréttar EB frá 30. janúar 2007 í máli nr. T-340/03 France Télécom v Commission.



Rétt er að hafa í huga að fyrirtæki geta einnig verið í markaðsráðandi stöðu þrátt fyrir að hafa lægri hlutdeild en 50% á viðkomandi markaði. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 8/2008 *Fiskmarkaður Íslands hf. gegn Samkeppniseftirlitinu* segir þetta:

*"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."*

Eins og fram hefur komið eru það aðeins Síminn, Vodafone og Nova sem veita 3G nettengingu með 3G netlykli hér á landi. Auk þess eru öll fyrirtækin umsvifamestu seljendur GSM farsímaþjónustu ásamt Tali hér á landi.

Samkeppniseftirlitið bendir á að markaðshlutdeild er að jafnaði ákvörðuð með hliðsjón af tekjum af þeirri þjónustu sem um ræðir, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 4/2006 *Dagur Group hf. gegn Samkeppniseftirlitinu*. Í þessu máli er til skoðunar þjónusta sem fyrst var í boði hér á landi í lok árs 2007 sem tengist 3G farsímaþjónustu fyrrnefndra félaga. Til að meta markaðshlutdeild félaganna óskaði Samkeppniseftirlitið eftir upplýsingum frá þeim um tekjur þeirra af umræddri þjónustu á fyrstu fjórum mánuðum ársins 2009. Var það mat eftirlitsins að það tímabil gæfi besta mynd af stöðu félaganna á umræddum markaði. Samkvæmt þessum upplýsingum var markaðshlutdeild Símans [33]%, Vodafone [25]% og Nova [42]%.

Við mat á framangreindri markaðshlutdeild fyrirtækjanna er jafnframt nauðsynlegt að líta til skipulags og þróunar á þeim mörkuðum 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 árábil lögbundið einkaleyfi til að veita fjarskiptaþjónustu á Íslandi, eða allt til 1. janúar 1998. Síminn hafði því um áratugaskeið einokunaraðstöðu í fjarskiptarekstri og byggði í skjóli þeirrar stöðu upp traust fjarskiptakerfi án þess að nokkur samkeppni ríkti.

Á árinu 2007 var samþykkt á aðalfundi Símans að stofna sérstakt móðurfélag innan Símasamstæðunnar, Skipti hf. og skipta félaginu og rekstri þess í sjálfstæð dótturfélag, þau helstu voru Síminn (núverandi) og Míla hf. (Míla), sem tók yfir helstu grunnkerfi samstæðunnar.

Míla, sem er systurfélag Símans, er eigandi og rekstraraðili grunnfjarskiptakerfisins og er þar af leiðandi óumflýjanlegur viðskiptavinur keppinauta Símans og hagnast af starfsemi þeirra. Míla byggir á aldargamalli reynslu af rekstri og uppbyggingu fjarskiptaneta sem



lagt hefur grunn að öllum fjarskiptum á Íslandi.<sup>5</sup> Í ljósi þessa þá lítur Samkeppniseftirlitið á Símann og Mílu sem eina efnahagslega einingu við mat á markaðsstyrk félagsins á heildarfjarskiptamarkaði. Það sama á ekki við um félögin Vodafone og Tal (áður SKO og Hive), enda er ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 36/2008 ætlað að tryggja það að Tal starfi sem sjálfstæður keppinautur á markaðnum.

Þar sem í þessu máli er gerð krafa um ákvörðun til bráðabirgða 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. 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 í þessu máli.

Tafla 1 Markaðshlutdeild á fjarskiptamörkuðum 2006 og 2007<sup>6</sup>

	Skipti	Skipti	Vodafone	Vodafone	Aðrir	Aðrir
Ár	2006	2007	2006	2007	2006	2007
Farsímaþjónusta	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%
Talsímaþjónusta	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%
ADSL tengingar	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%
Internetþjónusta	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%
Aðrar tekjur	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%
Fjarskiptatekjur alls:	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%	[...]%

Eins og fram kemur í þessari töflu var markaðshlutdeild Skiptasamstæðunnar hæst á fjarskiptamarkaði í heild sinni eða 65-70% og einnig á öllum undirmörkuð hans. Voru Skipti með meira en tvöfalda markaðshlutdeild Teymis, sem næst kom, á heildarfjarskiptamarkaði og afgerandi hæsta hlutdeild á öllum undirmörkuðum. Þar sem skilgreindur markaður þessa máls 3G nettenging með netlykli er þjónusta sem fer um farsímakerfi er rétt að hafa hliðsjón af markaðshlutdeild Símans/Skipta á farsíamarkaði. Eins og hér kemur fram þá var Síminn með afgerandi hæstu markaðshlutdeildina árið 2007 (55-60%) þó hún hafi minnkað lítillega frá árinu 2006. Jafnframt hefur Síminn yfirburði í ADSL-tenginum og Internetþjónustu.

Til viðbótar þessum upplýsingum hefur Samkeppniseftirlitið aflað og borist upplýsingar frá Póst- og fjarskiptastofnun um heildartekjur fjarskiptafélaga og aðrar tölfræðilegar upplýsingar á árinu 2008. Að mati Samkeppniseftirlitsins kemur ekkert fram í þeim upplýsingum sem bendir til þess að staða Símans/Mílu hafi breyst frá árunum 2006 og 2007 þannig að það breyti fyrra mati um markaðsráðandi stöðu Skiptasamstæðunnar á íslenskum fjarskiptamarkaði.

Á árinu 2008 hóf Nova fjarskiptarekstur og samkvæmt upplýsingum frá Nova um heildartekjur félagsins á því ári má að svo komnu máli áætla að hlutdeild félagsins hafi

<sup>5</sup> Samkvæmt heimasíðu Mílu, sjá <http://mila.is/forsida/um-okkur/>.

<sup>6</sup> Fellt niður vegna trúnaðar





verið [...] % á því ári.<sup>7</sup> Að mati Samkeppniseftirlitsins hefur sú hlutdeild ekki veruleg áhrif á þá markaðshlutdeild Símans/Skipta sem fram kemur í töflunni.

Með tilliti til þessa alls og mjög sterkrar stöðu Símans og Mílu á heildarmarkaði fyrir fjarskiptapjónustu og allra undirmarkaða þá er það mat Samkeppniseftirlitsins að líta beri á Símann í þessu máli sem markaðsráðandi fyrirtæki á markaði fyrir 3G gagnaflurningsþjónustu með netlykli.

#### 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 Keflavíkflugvelli 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>7</sup> Fellt niður vegna trúnaðar



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>8</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>9</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>10</sup> Markaðsráðandi fyrirtæki geta misnotað markaðsráðandi stöðu sína með svonefndri skaðlegri undirverðlagningu og með verðlækkunum sem styðjast ekki við kostnaðarlegar forsendur. Vísast nánar um þetta til dóms Hæstaréttar í máli nr. 120/2001 *Landssími Íslands hf. gegn samkeppnisráði* og til úrskurða áfrýjunarnefndar samkeppnismála í t.d. máli nr. 4/2007.

Síminn heldur því fram að í samkeppnisrétti sé almennt litið svo á að fyrirtæki í markaðsráðandi stöðu sé heimilt að verðleggja þjónustu á nýjum mörkuðum í örri þróun tímabundið undir kostnaði á meðan markaðurinn sé að taka við sér. Að mati Samkeppniseftirlitsins fæst ekki séð að um neina slíka almenna reglu sé að ræða.<sup>11</sup>

Verður nú tekið til athugunar hvort Síminn hafi mögulega með aðgerðum sínum á markaði fyrir 3G gagnaflutningsþjónustu með netlykli brotið gegn 11. gr. samkeppnislaga.

<sup>8</sup> Sjá t.d. dóm undirréttar EB í máli nr. T-228/97 *Irish Sugar v Commission* [1999] ECR II-2969.

<sup>9</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>10</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.*“

<sup>11</sup> Sjá hér t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar EB í máli nr. COMP/38.233 *Wanadoo Interactive*: „... *nothing in Article 82 of the Treaty or in the Community case-law on the subject provides for an exception to the application of the competition rules to sectors which are not yet fully mature or which are considered to be emerging markets. To subordinate the application of the competition rules to a complete stabilisation of the market would be to deprive the competition authorities of the power to act in time before the abuses established have exerted their full effect and the positions unduly acquired have thus been finally consolidated.*“ Sjá einnig dóma undirréttar og dómstóls EB í málinu, sbr. hér að framan.



## 5.

### Aðgerðir Símans

Í máli þessu er til skoðunar tilboð Símans „3G netlykill og áskrift fyrir 0 kr. í allt sumar“. Í þessu tilboði felst að Síminn býður nýjum viðskiptavinum frían 3G netlykil og áskrift að 3G gagnaflutningsþjónustu í þrjá mánuði hjá félaginu með sex mánaða samningi. Eftir það er áskrift greidd samkvæmt verðskrá. Tilboðið tekur til þriggja mismunandi áskriftarleiða sem aðgreinast efir mismunandi hraða tenginga og inniföldu gagnamagni. Fram kemur hjá Símanum að fullt verð hjá félaginu fyrir 3G netlykil sé 17.900 krónur.

Í máli þessu hefur Nova fært fyrir því rök að með umræddu tilboði sé Síminn að stunda skaðlega undirverðlagningu. Segir Nova að með því að bjóða viðskiptavinum upp á 3G netlykla endurgjaldslausu, ásamt því að þeir fái endurgjaldslosu áskrift í allt að þrjá mánuði sé Síminn að niðurgreiða með ólögumætum hætti þann kostnað sem félagið hljóti að bera af umræddu tilboði. Að mati Samkeppniseftirlitsins hefur Síminn ekki enn gefið fullnægjandi skýringar á þessu tilboði.

Hér ber að líta til þess að tilboð Símans er bindandi fyrir viðskiptavinum í sex mánuði og felst í því eins og fyrr sagði frír 3G netlykill og frí þjónustuáskrift fyrst þrjá mánuðina. Samkvæmt uppgefnu kostnaðarverði 3G netlykils er það ljóst að í viðkomandi tilboði Símans vantar mikið upp á það að tekjur á binditíma tilboðsins séu nægilegar fyrir kostnaði af lyklinum einum og á þá eftir að taka tillits til annars kostnaðar sem varðar 3G gagnaflutningsþjónustuna. Aðrar upplýsingar sem Síminn hefur látið Samkeppniseftirlitinu í té eru ekki þess eðlis að mati eftirlitsins að sýnt hafi verið fram á að tilboðið skili ásættanlegri arðsemi innan þess tíma sem eðlilegt getur verið að gera kröfu um. Þó svo að miðað sé við tvöfaldan binditíma er að mati Samkeppniseftirlitsins öldungis óvíst, miðað við fyrirliggjandi gögn, að tekjur á þeim tíma skili arðsemi sem gera á kröfu um hjá markaðsráðandi fyrirtæki. Fyrirliggjandi gögn gefa því til kynna að sennilegt sé að verðlagning Símans á umræddu tilboði sé undir kostnaði í skilningi samkeppnislaga.

Við mat á háttsemi Símans hvað þetta tilboð varðar telur Samkeppniseftirlitið einnig rétt að greina stöðu Símans á fjarskiptamörkuðum og við hvaða aðstæður tilboðið er sett fram. Eins og fram kemur hér að framan er Síminn skilgreindur sem markaðsráðandi fyrirtæki á öllum helst mörkuðum fyrir fjarskiptaþjónustu hér á landi og hefur í flestum tilfellum afgerandi markaðshlutdeild og yfirburði yfir keppinauta sína. Á lang flestum þessara markaða er um að ræða þroskaða og mettaða markaði þar sem vaxtarmöguleikar eru takmarkaðir nema á kostnað keppinauta. Á þessum tiltekna markaði fyrir 3G gagnaflutning með netlykli er staðan með öðrum hætti. Þessi þjónusta er veitt í 3G farsímakerfum, sem fyrst voru tekin í notkun hér á landi í lok árs 2007. Þessi akur er því lítt plægður en gera má ráð fyrir því að hann bjóði upp á verulega mikla vaxtarmöguleika. Það sem styður þetta mat er að 3G farsímakerfið er í útbreiðsluferli og möguleikar þess til aukinnar getu til gagnaflutnings eru líklegir til þess að auka vitund neytenda um notagildi og möguleika kerfisins og auka eftirspurn eftir 3G netlyklum. Annað sem styður þetta er að fartölvur, sem er sá búnaður sem lykillinn tengist, eru í notkun hjá mörgum og í vaxandi mæli. Fartölvur og útbreiðsla 3G farsímakerfa eru helstu forsendur fyrir eftirspurn eftir 3G gagnaflutningsþjónustu og þar með 3G netlyklum. Annað atriði sem er líklegt til þess að efla og auka útbreiðslu þjónustunnar er að notkun 3G netlykils er óháð því hvar notandi er með sín farsímavíðskipti að öðru leyti.



Að mati Samkeppniseftirlitsins eru þetta sterkar vísbendingar um góða vaxtarmöguleika á þessum markaði og því nauðsynlegt að gæta þess að markaðsráðandi fyrirtæki aðhafist ekkert það sem hindrar samkeppni á markaðnum.

Hvað varðar ríkjandi aðstæður þegar Síminn kom fram með umrætt tilboð vill Samkeppniseftirlitið, með vísan í framangreint, benda á að upphaf sumars þegar neytendur eru að huga að ferðlögum, dvöl í sumarhúsum og að njóta útiveru þar sem 3G farsímasamband er, er sá tímapunktur sem markaðslega er best til þess fallinn að hafa mikil áhrif á ákvörðun væntanlegra viðskiptavina um val á þjónustuaðila. Getur óeðlilegt tilboð markaðsráðandi fyrirtækis haft verulega skaðleg áhrif á uppbyggingu og samkeppnisaðstæður á svo viðkvæmum markaði.

Með þessu tilboði er Síminn að ganga lengra og bjóða mun betri kjör en þeir aðilar sem félagið keppir við. Þó svo að ekki sé með fullri vissu hægt að spá fyrir um fjölgun viðskiptavina hjá Símanum án tilboðsins og mögulegar tekjur af þeim, er ljóst að Síminn er að fórna umtalsverðum áskriftartekjum með þessu tilboði sem felur í sér að ekki er greitt fyrir þjónustuna í þrjá mánuði auk þess að leggja viðskiptavinum til ókeypiss 3G netlykil. Þá er ljóst að Síminn er með afgerandi stöðu á fjarskiptamarkaði á Íslandi og býr að alda gamalli reynslu á þeim markaði og hefur um leið þá sérstöðu að vera hluti af þeirri fyrirtækjasamstæðu sem hefur yfir að ráða landsdekkandi fjarskiptakerfum sem öll önnur fjarskiptafélög þurfa með einum eða öðrum hætti að eiga viðskipti við. Á hinn bóginn er um að ræða fyrirtæki sem í eitt og hálf ár hefur verið að reyna að komast inn á einn af undirmörkuðum fjarskipta, farsímaþjónustumarkaðinn, og nýtur þar af leiðandi ekki sambærilegrar stöðu og styrks og farsímakerfi Símans, sem hluti af öflugri samstæðu.

Í ljósi þess alls er það mat Samkeppniseftirlitsins að með umræddu tilboði, bæði hvað varðar tímasetningu og kjör, sé Síminn að hegða 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 misnotað markaðsráðandi stöðu sína og brotið með því gegn 11. samkeppnislaga nr. 44/2005.

Eins og rökstutt hefur verið telst markaður þessa máls vera viðkvæmur í samkeppnislegu tilliti. Með hliðsjón af framangreindu er hætta á því að bið eftir endanlegri niðurstöðu geti leitt til alvarlegrar röskunar á markaði þessa máls. Það er því mat Samkeppniseftirlitsins að unnt sé að fallast á það með Nova að aðstæður séu með þeim hætti í málinu að skilyrði b. liðar 3. mgr. 16. gr. samkeppnislaga sé uppfyllt. Í því felst að ekki sé hægt að bíða eftir endanlegri ákvörðun í málinu og því beri að taka ákvörðun til bráðabirgða.



### III.

#### Ákvörðunarorð:

**„Með heimild í ákvæði 3. mgr. 16. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 tekur Samkeppniseftirlitið eftirfarandi ákvörðun til bráðabirgða:**

**Með tilboði sínu „3G netlykill og áskrift fyrir 0 kr. í allt sumar“ braut Síminn hf. gegn 11. gr. samkeppnislaga. Með vísan í 16. gr. samkeppnislaga er Símanum hf. óheimilt að bjóða umrætt tilboð.**

**Bráðabirgðaákvörðun þessi gildir til 1. október 2009. Brot á þessari ákvörðun varðar viðurlögum skv. IX. kafla samkeppnislaga.“**

Samkeppniseftirlitið

Guðmundur Sigurðsson

