

ÚRSKURÐUR

áfrýjunarnefndar samkeppnismála

í máli nr. 11/1999

Landssími Íslands hf.

gegn

samkeppnisráði

I.

Með bréfi, dags. 5. júlí 1999, sem barst áfrýjunarnefnd samkeppnismála 6. júlí s.á., hefur Andri Árnason, hrl., fyrir hönd Landssíma Íslands hf., kært [ákvörðun samkeppnisráðs nr. 17/1999](#), dags. 9. júní 1999.

Samkvæmt hinni kærðu ákvörðun er stórnotendaáskrift Landssíma Íslands hf. og mánaðarlegur magnafsláttur í GSM-þjónustu fyrirtækisins, sem tók gildi 1. júlí 1998, talin hafa skaðleg áhrif á samkeppni skv. 17. gr. samkeppnislaga og þeim fyrirmælum er beint til Landssíma Íslands hf. að þeir viðskiptaskilmálar verði felldir úr gildi. Þá er í hinni kærðu ákvörðun beint ýmsum fyrirmælum til Landssíma Íslands hf., með heimild í 17. gr. samkeppnislaga, varðandi fjárhagslegan aðskilnað GSM-þjónustu fyrirtækisins og annarra deilda þess og auk þess er mælt fyrir um staðfestingu endurskoðenda á hinum fjárhagslega aðskilnaði.

Áfrýjandi krefst þess að hin kærða ákvörðun verði alfarið felld úr gildi.

Samkeppnisráð krefst þess að hin kærða ákvörðun verði staðfest með vísan til forsendna hennar.

II.

Málavextir eru þeir að í júlí 1998 hóf Samkeppnisstofnun rannsókn á ýmsum þáttum er varða GSM-þjónustu áfrýjanda í tilefni óformlegra athugasemda sem stofnuninni höfðu borist.

Með bréfi, dags. 22. september 1998, barst Samkeppnisstofnun erindi frá Ragnari Aðalsteinssyni, hrl., fyrir hönd Tals hf. vegna GSM-fjarskiptaþjónustu Landsíma Íslands hf. Í erindinu var þess krafist að verðlagsstefna Landssíma Íslands hf. á sviði GSM-fjarskiptaþjónustu og sá grundvöllur sem hún væri talin styðjast við, sæti íhlutun.

Samkeppnisstofnun ákvað að sameina fyrrgreinda athugun stofnunarinnar og erindi Tals hf. Málsmeðferð Samkeppnisstofnunar og samkeppnisráðs er lýst í hinni kærðu ákvörðun og vísast til þess.

Á fundi samkeppnisráðs 9. júní 1999 var tekin ákvörðun í máli þessu. Ákvörðunin er nr. 17/1999.

Ákvörðunarorðin hljóða svo:

I.

„Stórnotendaáskrift Landssíma Íslands hf. í GSM-þjónustu og mánaðarlegur magnafsláttur í GSM-þjónustu fyrirtækisins, sem tók gildi 1. júlí 1998, hafa skaðleg áhrif á samkeppni skv. 17. gr. samkeppnislaga nr. 8/1993. Með heimild í því ákvæði beinir samkeppnisráð þeim fyrirmælum til Landssímans að fella framangreinda viðskiptaskilmála úr gildi fyrir 1. september 1999.

II.

Með vísan til 17. gr. samkeppnislaga nr. 8/1993 beinir samkeppnisráð eftirfarandi fyrirmælum til Landssíma Íslands hf.:

1. Óheimilt er að þeim starfsmönnum Landssímans, sem starfa við GSM-þjónustu fyrirtækisins, sé greint frá eða þeim berist í hendur viðskipta- eða tæknilegar upplýsingar sem keppinautar Landssímans veita fyrirtækinu í tengslum við kaup á grunnfjarskiptaþjónustu.
2. Starfsmenn Landssímans sem hafa aðgang að viðskipta- eða tæknilegum upplýsingum sem keppinautar Landssímans í GSM-þjónustu veita fyrirtækinu í tengslum við kaup á grunnfjarskiptaþjónustu skulu undirrita yfirlýsingu um trúnað og þagnarskyldu um slíkar upplýsingar gagnvart þeim starfsmönnum Landssímans sem daglega starfa við GSM-þjónustu.
3. Starfsmönnum Landssímans sem daglega starfa við grunnfjarskiptaþjónustu er óheimilt að taka þátt í fundum, nefndum eða starfshópum innan Landssímans þar sem fjallað er um GSM-þjónustu Landssímans eða koma með öðrum hætti að þeim þáttum í starfsemi Landssímans sem lýtur að samkeppnisrekstri í GSM-þjónustu.
4. Starfsmönnum Landssímans sem daglega starfa við GSM-þjónustu er óheimilt að taka þátt í fundum, nefndum eða starfshópum innan Landssímans þar sem fjallað er um hvers konar atriði sem tengjast viðskiptum Landssímans við keppinauta vegna grunnfjarskiptaþjónustu. Ennfremur er þeim óheimilt að taka þátt í öðrum störfum sem varða þetta atriði.
5. Landssíminn skal tryggja að jafnræði ríki milli keppinauta fyrirtækisins í GSM-þjónustu og þeirra deilda Landssímans sem annast GSM-þjónustu, varðandi aðgang að upplýsingum sem tengjast grunnfjarskiptaþjónustu Landssímans og hafa viðskiptalega þýðingu, s.s. upplýsingar um fyrirhugaðar breytingar á verðlagningu, fyrirhugaða nýja þjónustu og tæknileg atriði. Í þessu felst að

keppinautar skulu fá þessar upplýsingar á sama tíma og viðkomandi deildir Landssímans og í sams konar formi.

III.

Með vísan til 17. gr. og 4. mgr. 39. gr. samkeppnislaga beinir samkeppnisráð eftirfarandi fyrirætlum til Landssíma Íslands hf.

Svo lengi sem GSM-þjónusta Landssímans er rekin sem hluti af Landssíma Íslands hf. skal félagið, árlega, þegar eftir að ársreikningur félagsins hefur verið samþykktur, senda Samkeppnisstofnun áritaða yfirlýsingu löggilts endurskoðanda um uppgjör fyrir GSM-þjónustu Landssímans. Hin áritaða yfirlýsing endurskoðandans skal staðfesta að Landssíminn hafi hagað fjárhagslegum aðskilnaði með þeim hætti sem félagið hefur upplýst. Í því felst eftirfarandi:

- 1. Að GSM-þjónustan sé rekin sem sjálfstæð rekstrareining, aðskilin frá öðrum rekstri Landssímans og gerð upp sérstaklega. Í uppgjöri GSM-þjónustunnar felist að tekjur og gjöld séu gerð upp sérstaklega svo og eignir í rekstri, þ.e. fastafjármunir sem tengjast GSM-þjónustu, að viðbættum hreinum veltufjármunum. Til gjalda sé færður beinn kostnaður og hlutdeild í óbeinum kostnaði.*
- 2. Að GSM-þjónustan beri eðlilegan hluta af sameiginlegum kostnaði Landssímans, s.s. kostnaði vegna yfirstjórnar og stoðdeilda, húsnæðiskostnaði, tölvuþjónustu o.s.frv.*
- 3. Að öll viðskipti milli GSM-þjónustu og annarra sviða Landssímans séu eins og viðskipti milli óskyldra aðila.*
- 4. Að keppinautar Landssímans njóti sömu viðskiptakjara og GSM-þjónustan nýtur.*
- 5. Að rekstur GSM-þjónustunnar sé ekki að neinu leyti niðurgreiddur.“*

Mál þetta var flutt munnlega fyrir áfrýjunarnefnd samkeppnismála 23. júlí 1999. Auk málsaðila var á fundinn boðaður Ragnar Aðalsteinsson, hrl., lögmaður Tals hf.

III.

1.a

Áfrýjandi byggir í fyrsta lagi á því að skilyrði séu ekki til að mæla fyrir um bann við þeim afsláttarkjörum Landssíma Íslands hf., sem felast í svonefndri stórnotendaáskrift annars vegar og í almennum magnafslætti hins vegar. Ekki hafi verið sýnt fram á, að viðskiptaskilmálar þessir séu yfir höfuð skaðlegir samkeppni, séu ómálefnalegir eða teljist vera óheimil undirverðlagning í skilningi samkeppnisréttar. Þá er því alfarið hafnað, að í umræddum viðskiptaskilmálum felist

nokkur ásetningur til að skaða samkeppnisaðila eða að ekki sé um varanlega verðlækkun til neytenda að ræða. Ekkert sé því til fyrirstöðu, að Landssími Íslands hf. stundi samkeppni við einstaka samkeppnisaðila á sanngjarnan og eðlilegan hátt og ekki sé fallist á að samkeppnisyfirvöld með aðgerðum sínum komi í veg fyrir að viðskiptakostum neytenda fjölgi.

Áfrýjandi telur umrædda viðskiptaskilmála ekki fela í sér skaðleg áhrif á samkeppni skv. 17. gr. samkeppnislaga. Hin kærða ákvörðun sé þannig ekki studd nægilegum rökum eða byggi á viðeigandi rannsóknum af hálfu samkeppnisyfirvalda, sbr. 10. gr. stjórnisýslulaga. Hafa verði í huga að þegar samkeppnisyfirvöld banni eða takmarki verðlækkun á markaði beri að gera mjög ríkar kröfur um rökstuðning. Fyrir verði að liggja afdráttarlaus sönnun þess að viðkomandi aðgerð hafi skaðleg áhrif á samkeppni og jafnframt að hafið sé yfir vafa að aðgerðin hafi skaðleg áhrif til lengri tíma litið. Af hálfu áfrýjanda er á það bent að magnafslættir eigi sér óvæfengjanleg viðskiptaleg rök þó svo að ekki liggi nákvæmlega fyrir, útreiknað með tölulegum tilvísunum, hvert sé hið raunverulega kostnaðarlega hagræði. Ekki sé vitað til þess að magnafslættir séu almennt miðaðir við slíka afdráttarlaus útreikninga, svo sem byggt sé á af hálfu samkeppnisráðs. Áfrýjandi telur að hafa verði í huga almennt hagræði af því að þjóna einum viðskiptamanni á móti því að sinna mörgum. Þá fylgi því almennt hagræði að geta gengið að ákveðnu viðskiptamagni vísu á tilteknu tímabili, t.d. varðandi nýtingu fjárfestingar, ráðningu starfsmanna o.s.frv. Ljóst sé að hinir jákvæðu þættir magnviðskipta vegi mun þyngra en neikvæðir þættir sem því fylgja. Meðan slíkur afsláttur sé hóflegur sé fráleitt að hann þurfi að byggjast á sértækum útreikningum á algildum staðreyndum. Að mati áfrýjanda er umræddur afsláttur innan allra viðeigandi marka. Þegar afslátturinn var kynntur hafi legið fyrir að ekki hafi verið raunhæft að ætla að svonefndur magnafsláttur yrði meiri en 10%. Jafnframt hafi legið fyrir upplýsingar um heildaráhrif magnafsláttarins á þessu sviði, en áhrif hans hafi verið hverfandi.

Áfrýjandi bendir á að á sama tíma og afsláttur þessi var kynntur hafi orðið almenn verðlækkun á gjaldskrárn í GSM-þjónustu. Verðlækkun í stórnotendaáskrift hafi því ekki verið 50% svo sem haldið sé fram í ákvörðuninni.

Áfrýjandi heldur því fram að magnafsláttur sem boðinn sé GSM-notendum feli ekki í sér neins konar skuldbindingu. Það sé engin binding fyrir viðskiptavininn þegar hann getur ákveðið að fara til samkeppnisaðila og njóta annars eða meiri afsláttar þar fyrir öll sín viðskipti. Aðalatriði þessa máls sé að áfrýjandi tengi afsláttinn á engan hátt öðrum viðskiptum viðkomandi við Landssíma Íslands hf. Notendum hafi verið og sé frjálst að beina öllum GSM-viðskiptum sínum til Tals hf. eða Landssíma Íslands hf. og njóta þannig magnafsláttar.

Áfrýjandi telur að það hafi ekki verið kannað, upplýst eða líklegt gert, að stórnotendur hafi valið viðskipti við Landssíma Íslands hf. eingöngu vegna umræddra

afsláttarkjara, sem sé þó grundvöllur þess að unnt sé að fullyrða að um skaðleg markaðsáhrif sé að ræða.

Áfrýjandi telur líklegt að áhrif hafi haft að á viðmiðunartímanum hafi þjónusta Tals hf. verið mun takmarkaðri en áfrýjanda. Stórnotendur og fyrirtæki hafi á þessum tíma gert kröfur um útbreiðslu hér á landi sem erlendis, sem Tal hf. hafi ekki getað boðið upp á. Þá er vakin athygli á því að Tal hf. hafi beint markaðssókn sinni fyrst í stað fyrst og fremst að unglingum en ekki að stórnotendum.

Af hálfu áfrýjanda er á því byggt, að viðskiptaskilmálar fyrir stórnotendur og magnafsláttur teljist hvorki vera skaðleg undirverðlagning né verðlagning sem á annan hátt teljist skaðleg á markaði í skilningi samkeppnisréttar. Ekki hafi verið sýnt fram á það í máli þessu, að verðlagning skv. umræddum viðskiptaskilmálum feli í sér, að verðlagning sé undir kostnaðarverði eða undir sambærilegum meðaltalsviðmiðunum líkt og þegar um skaðlega undirverðlagningu er um að ræða. Fyrir liggir að afkoma GSM-þjónustu áfrýjanda sýni að engar líkur séu á því að umræddur afsláttur feli í sér niðurgreiðslu, jafnvel þó ekki sé tekið tillit til líklegra áhrifa afsláttarins á magn viðskipta. Áfrýjandi bendir þó á að í hinni kærðu ákvörðun sé í reynd ekki á því byggt, að um verðlagningu undir kostnaðarverði sé að ræða. Hins vegar sé á því byggt í hinni kærðu ákvörðun, að umræddur afsláttur sé skaðlegur á þeim grundvelli, að um sé að ræða afslátt sem eingöngu sé beint gegn samkeppnisaðila og sé því skaðlegur samkeppni. Sé vísað til meints ásetnings til samkeppnisbrota sem talinn sé styðja umrædda niðurstöðu. Að mati áfrýjanda á þetta sjónarmið ekki rétt á sér, um sé að ræða almenna, varanlega verðlækkun sem teljist samkeppnisvæn í skilningi samkeppnisréttar.

Áfrýjandi bendir á að stórnotenda- og magnafsláttur fyrirtækisins gildi fyrir alla þá sem það kjósa og á öllu markaðssvæði þess. Þannig hafi notendur utan þjónustusvæðis Tals hf. notið afsláttarins að fullu þó svo að þar ríkti engin samkeppni. Afslættinum hafi því ekki verið ætlað að gilda fyrir afmarkaðan hóp

Áfrýjandi bendir á að verð í GSM-þjónustu hafi farið verulega lækkandi í öllum helstu viðmiðunarríkjum. Þrátt fyrir það hafi fjarskiptayfirvöldum fundist að lækkunin hafi gengið of hægt fyrir sig og hafi í undirbúningi aðgerðir í því sambandi. Ekki sé því líklegt að verð á GSM-þjónustu muni hækka eða fara hækkandi í fjárfisáanlegri framtíð. Þegar til þessa sé litið, telur áfrýjandi, að samkeppnisfyrivöld hér geti ekki lagt annað til grundvallar en að lækkanir á GSM-þjónustu séu varanlega til hagsbóta fyrir neytendur. Því skorti öll rök til að líta á verðlagninguna sem skaðlega.

Áfrýjandi bendir á að umræddir viðskiptaskilmálar vegna stórnotenda og svonefnds magnafsláttar hafi verið kynntir samkeppnisfyrivöldum mörgum mánuðum áður en skilmálarnir hafi komið til framkvæmda. Sýni sú viðleitni áfrýjanda að ásetningur hafi ekki staðið til að brjóta rétt á samkeppnisaðila og því síður að um misnotkun á markaðsráðandi stöðu hafi verið að ræða.

Áfrýjandi bendir á að aðstaða í einstökum fjarskiptakerfum sé ólík. Þróun GSM-kerfisins hafi verið mjög frábrugðin þróun annarra fjarskiptagreina. Aukning í notendafjölda og í notkun kerfisins hafi farið langt fram úr öllum áætlunum. Almenna talsímakerfið hafi verið við líði um margra áratuga skeið og hafi verð á almennri talsímaþjónustu í reynd verið haldið í lágmarki í langan tíma. Svigrúm til lækkunar í almenna talsímakerfinu hafi verið fullnýtt. Oftar en ekki hafi verðákvarðanir í almenna talsímakerfinu verið teknar á pólitískum forsendum en ekki með kostnaðar- og arðsemissjónarmið í huga. Einnig er bent á að með setningu fjarskiptalaga, nr. 143/1996, hafi Ísland verið gert að einu gjaldsvæði og m.a. af þeirri ástæðu sé beiting afsláttar í almenna talsímakerfinu erfiðari, þar sem verðlagning byggir ekki beinlínis á kostnaðarlegum forsendum, heldur því að kostnaði er jafnað niður á alla íbúa landsins, óháð búsetu. Á hinn bóginn hafi orðið talsverð aukning í útlendasímtölum, auk þess sem lækkun hafi orðið á svonefndum uppgjörsgjöldum milli landa, sem hafi verið nýtt til lækkunar gjalda vegna útlendasímtala. Þá kveður áfrýjandi rekstur NMT-kerfisins hafi ekki gefið svigrúm til sömu verðbreytinga og í GSM-kerfinu.

Þá bendir áfrýjandi á að reikningagerðarkerfi almennu talsímaþjónustunnar hafi ekki boðið upp á afslátt og mismunandi áskriftarkjör. Nú hafi þó verið tekið í notkun nýtt reikningagerðarkerfi vegna almenna talsímakerfisins og muni opnast möguleikar til að bjóða áskrifendum talsímaþjónustu upp á mismunandi áskriftarflokka og afslætti.

1.b.

Í öðru lagi byggir áfrýjandi á því að ekki séu skilyrði til þess að beita 17. gr. samkeppnislaga til að mæla fyrir um þann stjórnunarlega aðskilnað sem felst í II. hluta ákvörðunarorðanna. Ekki hafi verið sýnt fram á neins konar samkeppnisbrot að þessu leyti í skilningi 17. gr. samkeppnislaga. Þannig hafi ekki verið sýnt fram á það með neinum dæmum, að um misnotkun á aðstöðu hafi verið að ræða. Þá bendir áfrýjandi á að samkeppnisyfirvöldum hafi, áður en hin kærða ákvörðun var tekin, verið tilkynnt um nýtt stjórnskipurit Landssíma Íslands hf. Ákvörðunin sé því brot á meðalhófs- og rannsóknarreglu stjórnsýsluréttar.

Að mati áfrýjanda er ljóst að með nýju skipuriti sé verið að gera verulegar breytingar á aðskilnaði deilda, t.d. með því að gera rekstur neta að sérstakri aðgreindri einingu. Samkeppnisráð hafi hins vegar kosið að virða að vettugi aðgerðir innan fyrirtækisins sjálfs til að greina enn frekar á milli rekstrareininga. Þá telur áfrýjandi að hin kærða ákvörðun sé einnig, að mörgu leyti, tekin á röngum forsendum, t.d. sé vísað til starfsemi svo nefnds GSM-hóps sem skipaður hafi verið þvert á deildir en sá hópur hafi nú verið aflagður.

1.c.

Í þriðja lagi telur áfrýjandi ekkert tilefni eða ástæðu vera til þess að mæla fyrir um það í ákvörðun, að afla skuli sérstakrar staðfestingar löggilts endurskoðanda á því, að GSM-þjónusta Landssíma Íslands hf. sé rekin sem sjálfstæð rekstrareining, að hún taki eðlilegan þátt í heildarkostnaði, um viðskiptakjör GSM-þjónustu og að rekstur GSM-þjónustu sé ekki niðurgreiddur. Byggt er á því að ekkert tilefni sé til umræddrar ákvörðunar, þar sem á engan hátt liggi fyrir að þær uppgjörsaðferðir sem viðhafðar séu af hálfu áfrýjanda séu ekki fullnægjandi. Áfrýjandi telur óásættanlegt að samkeppnisyfirvöld kveði, í sérstakri ákvörðun, á um atriði sem ekki sé víst að ágreiningur sé um milli málsaðila, og ekkert tilefni sé til að ætla að ekki sé í heiðri haft. Telja verði ákvörðunina að þessu leyti misbeitingu valds í skilningi 12. gr. stjórnisýslulaga um meðalhóf.

Áfrýjandi telur að ekki hafi verið vísað til brots gegn ákvæðum 17. gr. samkeppnislaga sem réttlætt geti slíka ákvörðunartöku. Þá er bent á að miklar skipulagsbreytingar eigi sér stað um þessar mundir hjá Landssíma Íslands hf. Þessum breytingum sé ætlað að skerpa á aðgreiningu ólíkra deilda m.a. í þeim tilgangi að auðvelda kostnaðargreiningu og því allar líkur til þess að fjárhagslegur aðskilnaður ólíkra rekstrareininga verði jafnvel enn frekari í kjölfarið.

1.d.

Þá byggir áfrýjandi á því að hin kærða ákvörðun sé reist á þeirri niðurstöðu samkeppnisráðs að Landssími Íslands hf. hafi notið stórfellds ríkisstuðnings andstætt ákvæðum sammingsins um Evrópska efnahagssvæðið. Hvorki Samkeppnisstofnun né samkeppnisráð hafi heimild til þess að kveða á um eða úrskurða um svonefnda „ríkisstyrki“, sbr. 46. gr. samkeppnislaga, nema að undangenginni umfjöllun Eftirlitsstofnunar EFTA (ESA) og þar með að fullnægðum málsmeðferðarreglum, m.a. varðandi undanþágur. Af þessari ástæðu, og þar sem hin kærða ákvörðun, sem sé íþyngjandi stjórnvaldsákvörðun, sé reist á afdráttarlausri afstöðu til sjónarmiða um ríkisstyrki, og þar sem að engu sé gætt þeirra málsmeðferðareglna sem hér um ræðir, sé óhjákvæmilegt að fella hina kærðu ákvörðun að öllu leyti úr gildi.

Bent er á að í 2. kafla sammingsins um Evrópska efnahagssvæðið sé að finna reglur um ríkisaðstoð. Skv. 62. gr. sammingsins skuli eftirlit með ríkisaðstoð á svæðinu vera í höndum Eftirlitsstofnunar EFTA eða framkvæmdarstjórnar ESB eftir atvikum. Í kafla þessum sé þannig ekki gert ráð fyrir að innlend stjórnvöld hlutist til um eftirlit með ríkisstyrkjum. 46. gr. samkeppnislaga kveði á um að íslensk stjórnvöld geti ekki skorið úr um lögmati ríkisaðstoðar fyrr en álit Eftirlitsstofnunarinnar liggur fyrir í málinu. Það sé þannig ljóst að íslenskum samkeppnisyfirvöldum sé hvorki samkvæmt EES samningnum eða íslenskum samkeppnislögum ætlað að fjalla um og taka afstöðu til ríkisstyrkja.

Áfrýjandi vekur athygli á að framangreind umfjöllun samkeppnisráðs um meinta ríkisaðstoð við Landssíma Íslands hf. hafi átt sér stað án þess að ráðið hafi haft í heiðri málsmeðferðarreglu Eftirlitsstofnunar EFTA. Hvorki Landssími Íslands hf. né matsnefnd skv. lögum nr. 103/1996 hafi notið andmælaréttar við meðferð málsins hjá samkeppnisráði. Hér verði að hafa í huga að þótt 61. gr. EES sammingsins mæli fyrir um bann við ríkisaðstoð að meginreglu til séu þar einnig að finna margvísleg undanþáguákvæði frá þeirri bannreglu. Væri niðurstaðan sú að samkeppnisráð hefði á réttu að standa varðandi meinta ríkisaðstoð við Landssíma Íslands hf. hafi ekki farið fram nein formleg könnun á því hvort slíkar undanþágur gætu átt við.

2.a.

Af hálfu samkeppnisráðs er bent á að á markaðsráðandi fyrirtækjum hvíli alveg sérstök skylda til að gæta varúðar í markaðsaðgerðum sínum. Áfrýjandi sé fyrirtæki í einstakri yfirburðastöðu (súperdominant). Til slíkra fyrirtækja séu ekki eingöngu gerðar þær kröfur að þau misnoti ekki markaðsráðandi stöðu sína, heldur að slík fyrirtæki verði að fara einkar varlega í viðbrögðum sínum við samkeppni og þurfi að gæta þess sérstaklega að stefna ekki þeirri samkeppni sem fyrir er í hættu.

Bent er á að afslættir áfrýjanda, sem hér sé deilt um, felist annars vegar í því að fyrirtækjum sé umbunað ef heildarfarsímaviðskipti þeirra ná ákveðinni fjárhæð og hins vegar í áskrift sem ætluð sé stórnotendum, svo að stórnotendur geti fengið magnafslátt af símgjöldum sínum.

Samkeppnisráð bendir á að samkeppnislög banni ekki að markaðsráðandi fyrirtæki veiti afslátt og afsláttur markaðsráðandi fyrirtækis sé almennt ekki litinn hornauga, ef hann byggi á hlutlægum og málefnalegum sjónarmiðum. Dæmi um þetta geti verið magnafsláttur sem sé veittur vegna þess kostnaðarlega hagræðis sem geti fylgt auknum viðskiptum. Á hinn bóginn geti markaðsráðandi fyrirtæki misnotað stöðu sína með því að veita afslátt sem byggi ekki á hlutlægum forsendum, heldur sé veittur í þeim tilgangi að vinna gegn því að viðskiptavinir fyrirtækisins eigi viðskipti við keppinauta. Þetta eigi að sjálfsögðu einungis við um markaðsráðandi fyrirtæki þar sem afsláttur af slíkum toga geti raskað samkeppni vegna hins efnahagslega styrkleika slíkra fyrirtækja.

Bent er á að Samkeppnisstofnun hafi kallað sérstaklega eftir gögnum sem myndu sýna kostnaðarlegar forsendur áfrýjanda fyrir umræddum afsláttum. Gögnum um útreikning á því hvort að aukin farsímanotkun mundi þýða minni tilkostnað hjá Landssímanum, þannig að magnafsláttur endurspegladi raunverulegan mismun í kostnaði. Engar slíkar kostnaðartengdar athuganir hafi verið lagðar fram af áfrýjanda en þess í stað sé byggt á almennum staðhæfingum sem engum gögnum séu studdar. Ekkert haldbært hafi komið frá áfrýjanda um það hvaða hagræði felist í magnviðskiptum hans. Samkeppnisráð telur að hjá „súperdominant“ fyrirtæki, á markaði sem nýverið hafi verið opnaður fyrir samkeppni, og einn annar keppinautur

sé á, dugi ekki að vísa til almennra sjónarmiða eða „notorisk fakta“ um magnafslætti. Í samkeppnisrétti allra nágrannaþjóða okkar séu magnafslættir markaðsráðandi fyrirtækja litnir alvarlegum augum ef ekki hafi verið sýnt fram á að þeir byggist á kostnaðarlegum rökum.

Samkeppnisráð kveðst ekki hafa hafnað því að magnafslættir geti byggst á lægri kostnaði vegna hagræðis. Áfrýjandi hafi hins vegar ekki getað útskýrt með gögnum hvert hið kostnaðarlega hagræði sé. Þess vegna sé engin önnur niðurstaða tæk en að afslættirnir byggist ekki á kostnaðarlegu hagræði. Og jafnvel þótt áfrýjunarnefnd myndi fallast á að magninnkaup hlytu að hafa eitthvert hagræði og sparnað í för með sér þá sé ekki vitað hversu mikið það hagræði sé. Sönnunarbyrðin fyrir þessu liggja hjá hinu markaðsráðandi fyrirtæki.

Samkeppnisráð bendir á að það sé ekki skilyrði fyrir því að verðlagning hafi skaðleg áhrif á samkeppni að verðlagningin sé undir kostnaði. Þetta megi sjá af óteljandi fordæmum svipaðra mála í öðrum ríkjum.

Að mati samkeppnisráðs eru rök áfrýjanda fyrir því að veita afslátt í GSM kerfinu en ekki öðrum kerfum einkennileg. Meðal annars telur samkeppnisráð fullvíst að lengi hafa verið til reikningagerðakerfi sem ráði við að reikna út magnafslátt. Þá tefli áfrýjandi fram rökum um ólíka aðstöðu í einstökum fjarskiptakerfum og ólíkri afkomu kerfanna. Samkeppnisráð kveður afkomuna engu máli skipta við mat á því hvort kostnaðarlegar forsendur séu til að gefa magnafslátt. Það að notendum fjölgi meira en áætlanir gera ráð fyrir hafi engin áhrif á það að ódýrara sé að þjónusta kúnna sem kaupa þjónustuna í miklu magni. Áfrýjandi hafi ekki getað sýnt fram á nein kostnaðarleg rök fyrir því að veita stórum viðskiptavinum magnafslátt.

Samkeppnisráð telur ljóst að áhrif þessara afslátta á samkeppnina á GSM-markaði, séu veruleg. Í öðru lagi að þrátt fyrir að afslættir hafi áhrif á lítinn hluta markaðarins þá komi það ekki í veg fyrir íhlutun samkeppnisyfirvalda enda geti hin samkeppnislegu áhrif verið mikil. Fyrir utan þetta þá beri að benda á að það sé alls ekki skilyrði fyrir íhlutun samkeppnisyfirvalda að áhrifin af samkeppnishamlandi aðgerða séu komin fram þannig að hægt sé að sýna fram á þau í hendi.

2.b.

Hvað viðkemur ákvæðum um stjórnunarlegan aðskilnað telur samkeppnisráð að sýnt hafi verið fram á það með óyggjandi hætti að áfrýjandi hafi misnotað markaðsráðandi stöðu sína, t.d. með því að setja á fót nefndir til að fjalla um og móta svör Landssímans við samkeppni á GSM-markaði þar sem eiga sæti fulltrúar frá öllum helstu deildum fyrirtækisins, bæði þeim sem eiga í samkeppni við Tali hf. og þeim sem selja Tali hf. þjónustu á grundvelli einokunarstöðu.

Að mati samkeppnisráðs er öldungis augljóst að sú aðstaða sem fyrir hendi sé á fjarskiptamarkaði falli undir 17. gr. samkeppnislaga. Hún sé til þess fallin að hafa skaðleg áhrif á samkeppni m.a. með því að viðhalda eða styrkja markaðsráðandi stöðu

Landssímans. Það sé aðstaðan sem slík sem hindri virka samkeppni. Hún skapi tortryggni keppinauta og gefi Landssímanum óeðlilegt forskot verði ekkert að gert. Að mati samkeppnisráðs er vægasta úrræði sem unnt er að grípa til að kveða á um stjórnunarlegan aðskilnað með þeim hætti sem gert er í ákvörðun ráðsins. Með fyrirmælum samkeppnisráðs sé tryggt, að svo miklu leyti sem hægt sé, að Tal hf., eini keppinautur Landssímans á GSM-markaði, sitji við sama borð og GSM-deild Landssímans hvað varðar samskipti við þær deildir Landssímans sem njóta einokunarstöðu á fjarskiptamarkaði.

2.c.

Bent er á að samkeppnisráð hafi ekki mælt fyrir um skyldu áfrýjanda til að framkvæma fjárhagslegan aðskilnað þar sem áfrýjandi hafði lýst því yfir að slíkt væri í burðarliðnum. Hins vegar hafi samkeppnisyfirvöld almennu eftirlitshlutverki að gegna með samkeppni á fjarskiptamarkaði eins og öllum öðrum mörkuðum. Af þessum sökum hafi samkeppnisráð ákveðið að óska eftir staðfestingu löggilts endurskoðanda á því að fjárhagslegur aðskilnaður væri framkvæmdur með þeim hætti sem Landssíminn hafi fullyrt.

Tilvísun áfrýjanda til meðalhófsreglu stjórnsýsluréttar vekur furðu samkeppnisráðs. Bent er á að í meðalhófsreglunni felist að stjórnvaldi beri því aðeins að taka íþyngjandi ákvörðun þegar lögmætu markmiði, sem að er stefnt, verði ekki náð með öðru og vægara móti. Hið lögmæta markmið sé verndun virkrar samkeppni á fjarskiptamarkaði. Það sé óumdeilanlegt að ef fjárhagslegur aðskilnaður sé ekki viðhafður á milli GSM-deildar Landssímans og annarrar starfsemi hafi það í för með sér að virkri samkeppni á GSM-markaði sé hamlað. Þannig að leiðin sem eigi að fara að markmiðinu sé fjárhagslegur aðskilnaður og áfrýjandi sé sammála því og ætli að standa fyrir því. Bent er á að samkeppnisráð hafi lagaheimild til að fyrirskipa fjárhagslegan aðskilnað að þessu leyti hjá Landssímanum en það hafi ekki verið gert af því að hinu lögmæta markmiði hafi mátt ná með öðru og vægara móti, þ.e. með því að taka þau orð Landssímans trúanleg að fjárhagslegur aðskilnaður væri þegar framkvæmdur. En samkeppnisráði beri skylda til að hafa eftirlit með því að ákvarðanir ráðsins og ákvæði samkeppnislaga séu virt. Samkeppnisyfirvöld hafi afar skýr úrræði til að sinna hinu lögbundna eftirlitshlutverki, sbr. ákvæði 39. gr. samkeppnislaga.

2.d.

Af hálfu samkeppnisráðs er málflutningi áfrýjanda um ríkisstyrki mótmælt sem röngum og málinu algerlega óviðkomandi og er þess krafist að öllum kröfum og sjónarmiðum Landsíma Íslands hf. að þessu leyti verði vísað frá málinu enda byggji umfjöllunin á misskilningi á ákvörðun samkeppnisráðs.

Bent er á að það standi hvergi í ákvörðun samkeppnisráðs að Landssíminn hafi notið ríkisaðstoðar sem brjóti gegn ákvæðum EES-samningsins og að það sé þess

vegna sem ákvörðun ráðsins sé tekin. Ákvörðun samkeppnisráðs sé byggð á markaðsráðandi stöðu Landssíma Íslands hf., á þeirri staðreynd að efnahagslegur styrkleiki hans sé svo mikill að fyrirtækið búi yfir einstakri yfirburðastöðu á fjarskiptamarkaði og þeirri niðurstöðu samkeppnisráðs að afslættir Landssímans á GSM-markaði feli í sér misnotkun á markaðsráðandi stöðu og séu til þess fallnir að hamla gegn virkri samkeppni á fjarskiptamarkaði.

Bent er á að í álitum samkeppnisráðs, sem sé annað skjal, komi fram að Landssíminn hafi notið ríkisaðstoðar og að miklar aðgangshindranir séu inn á þann markað sem málið varði. Hins vegar sé ákvörðun samkeppnisráðs byggð á þeirri hegðun fyrirtækis í yfirburðastöðu að veita magnafslætti án kostnaðarlegs hagræðis, burt séð frá öllum ríkisstyrkjum.

Samkeppnisráð bendir á að í hinni kærðu ákvörðun sé vikið að álitum ráðsins nr. 6/1999 og að þar komi fram að samkeppnisráð telji sig ekki hafa heimild til að grípa til bindandi íhlutunar vegna ríkisaðstoðarinnar. Engin bindandi stjórnsluákvörðun hafi verið tekin um ríkisaðstoð til Landssíma Íslands hf. og að hin kærða ákvörðun byggji ekki á slíkri ákvörðun.

Samkeppnisráð bendir á að ekki hafi verið tilkynnt eða óskað eftir álitum eftirlitsstofnunar EFTA (ESA) vegna ríkisaðstoðar til áfrýjanda. Ef ríkisaðstoð sé ekki tilkynnt þá sé ekkert sem komi í veg fyrir að íslensk stjórnvöld grípi til viðeigandi aðgerða á grundvelli sinna eigin lagaheimilda vegna þeirrar ríkisaðstoðar sem veitt sé. Þá gildi reglur samkeppnislaga og annarra laga um það álitaefni hvort ríkisaðstoð sé brot á samkeppnislögum eður ei. Þar sem ríkisaðstoðin til Landssímans átti sér stoð í sérstökum lögum hafi verið girt fyrir beina íhlutun samkeppnisráðs. En bent er á að í 2. mgr. 5. gr. samkeppnislaga sé sérstaklega tekið fram að samkeppnisráð skuli gæta þess að aðgerðir opinberra aðila takmarki ekki samkeppni, benda stjórnvöldum á leiðir til að gera samkeppni virkari og auðvelda aðgang nýrra aðila að markaði. Og í 19. gr. samkeppnislaga segi að telji samkeppnisráð eða Samkeppnisstofnun að ákvæði laga eða stjórnvaldsfyrirmæla stríði gegn markmiði laga þessara og torveldi frjálsa samkeppni í viðskiptum skuli vekja athygli ráðherra á slíku álitum. Þetta sé það sem samkeppnisráð hafi gert.

Samkeppnisráð kveður ákvæði EES-samningsins ekki koma í veg fyrir afskipti samkeppnisráðs af ríkisaðstoð nema hún sé tilkynnt. Þá fari hún til meðferðar hjá ESA. Ríkisaðstoðin til Landssímans hafi ekki verið tilkynnt og málsmeðferðarreglur ESA hafi því ekki orðið virkar. Á því beri Landssíminn eða íslensk stjórnvöld ábyrgð.

Hvað viðkemur andmælarétti er bent á að engin stjórnvaldsákvörðun hafi verið tekin um ríkisaðstoð til Landssímans en stjórnslulögin gildi þegar stjórnvald taki ákvörðun um rétt eða skyldu aðila. Samkeppnisráð kveður andmælarétt ekki hafa verið brotinn gagnvart matsnefnd þeirri sem gerði drög að stofnefnahagsreikningi Pósts og síma hf. Matsnefnd þessi hafi ekki verið aðili að neinu stjórnslumáli og

engin stjórnvaldsákvörðun hafi verið tekin er varði hagsmuni þessarar nefndar. Þar fyrir utan hafi nefndin verið skipuð af samgönguráðherra, skilað skýrslu til hans og hafi lokið störfum. Nefndin sé því ekki lengur til sem sjálfstæður aðili.

Þá er bent á að fullyrðingar um vanmat á eignum Landssímans, skort á mati á viðskiptavild og um önnur atriði sem séu andlag umfjöllunar samkeppnisráðs um ríkisstyrki í álitum ráðsins, komi fram í umsögnum Tals hf. í málinu, sem áfrýjandi hafi fengið tækifæri til að tjá sig um.

Einnig bendir samkeppnisráð á að Landssímanum hafi verið sent sérstakt bréf, dags. 27. janúar 1999, þar sem óskað hafi verið eftir gögnum frá áfrýjanda sem tengdust mati á verðmæti Landssímans. Loks bendir samkeppnisráð á bréf Samkeppnisstofnunar til samgönguráðuneytisins, dags. 31. mars 1999, þar sem athygli ráðuneytisins er vakin á ákvæðum 2. mgr. 5. gr. og 19. gr. samkeppnislaga og ráðuneytinu bent á að í umfjöllun Tals í málinu væri að finna fullyrðingar um að stofnefnahagur Landssímans hafi verið vanmetinn frá upphafi og hafi ráðuneytinu verið gefinn kostur á að koma að sjónarmiðum sínum í málinu.

IV.

Niðurstaða

Að mati áfrýjunarnefndar samkeppnismála er ljóst að Landssími Íslands hf. hefur einstæða yfirburðaaðstöðu í símaþjónustu hérlandis, þ.á.m. á sviði GSM-þjónustu, enda þótt í þeirri grein þjónustunnar gæti nú samkeppni. Ýmsar verðákvarðanir, sem teljast mega eðlilegar og leyfilegar hjá fyrirtækjum, sem ekki eru í þess háttar aðstöðu, geta verið athugaverðar og eftir atvikum óleyfilegar hjá fyrirtæki, sem hefur einstæða yfirburðaaðstöðu á tilteknu viðskiptasviði eins og hér á við. Í ljósi þessa verður að meta áhrif og lagagildi þeirra verðákvarðana forsvarsmanna Landssímans, sem mál þetta snýst um.

Af gögnum málsins er ljóst, að umrædd ákvörðun forsvarsmanna Landssíma Íslands hf. um stórnotendaáskrift og mánaðarlegan afslátt af verði í GSM-þjónustu, sem tók gildi 1. júlí 1998, á sér enga hliðstæðu á öðrum þjónustusviðum fyrirtækisins, þ.e. á þeim sviðum sem lúta að viðskiptum með almenna talsímaþjónustu og svokallaða NMT-þjónustu, enda þótt um tiltekinn afslátt á NMT-þjónustu sé að ræða. Ákvörðun um þessi sérstöku afsláttarkjör, sem einkum henta fyrirtækjum, eiga því einvörðungu við um það þjónustusvið Landssímans þar sem samkeppni ríkir, þ.e. GSM-þjónustuna. Ákvörðunin, sem tekin var áður en Tal hf. hóf starfsemi sína, virðist hafa verið tekin án þess að fyrir lægi nokkur kostnaðarútreikningur um áætlaðan sparnað og hagnað Landssíma Íslands hf. vegna mikilla viðskipta við einstaka viðskiptavini, með samiburði við önnur þjónustusvið. Hefur Landssíminn eigi heldur síðar lagt fram fullnægjandi gögn í þá veru þótt eftir væri leitað, enda þótt telja verði að Landssíminn hafi sönnunarbyrði um það, sem fyrirtæki í einstæðri yfirburðaaðstöðu, að málefnalega hafi verið staðið að ákvörðun sem þeirri, er hér um

ræðir, og að kostnaðarreikningar hafi réttlætt hana. Þá hefur Landsími Íslands hf. ekki gefið neinar frambærilegar skýringar á því hvers vegna afslátturinn sé svo miklu minni í NMT-þjónustu en GSM-þjónustu. Ekki skiptir máli í því sambandi, þó að umrædd þjónusta með afsláttarkjörum væri ekki seld undir kostnaðarverði sökum þess að ákvörðun um verðlagningu hennar var, eins og hér stóð á, ekki tekin á réttum forsendum og var því skaðleg fyrir viðskiptalífið og neytendur þegar til lengri tíma er litið eins og réttilega er rakið í forsendum hinnar kærðu ákvörðunar samkeppnisráðs. Hér er því um að ræða athöfn, sem hefur „skaðleg áhrif á samkeppni“ í merkingu 17. gr. samkeppnislaga, sökum þess að tilgangur hennar var sá einn að Landssíminn héldi við og styrkti markaðsráðandi stöðu sína gagnvart þeim eina keppinaut, sem þá var að koma til sögunnar, enda styðja ýmis ummæli, er finna má í fundargerðum og sambærilegum gögnum Landssímans þá niðurstöðu.

Ekki er skilyrði fyrir því, að 17. gr. laganna sé beitt, að sannað sé að beint tjón hafi þegar hlotist af skaðlegri háttsemi af þessu tagi né hversu mikið það sé, heldur nægir að sýnt sé fram á, eins og gert hefur verið í þessu máli, að aðstæður séu mjög til þess fallnar að skaða samkeppni á viðkomandi sviði.

Af þeim ástæðum, er hér voru raktar, sem og að öðru leyti með vísan til forsendna hinnar kærðu ákvörðunar verður fallist á niðurstöðu samkeppnisráðs í I. lið ákvörðunarorða ráðsins í máli þessu.

Ljóst er af gögnum málsins að talsverð hættu er á því, þrátt fyrir nýtt skipurit Landssíma Íslands hf., sem kynnt hefur verið, að upplýsingar um viðskiptamálf samkeppnisaðila geti borist mönnum innan Landssímans, er starfa við sambærileg viðskipti, og þannig spillt eðlilegu samkeppnisumhverfi. Enda þótt ekki hafi verið sýnt fram á að nein brot af því tagi hafi þegar verið framin á þessum vettvangi eru ákvæði II. liðar ákvörðunarorða samkeppnisráðs í máli þessu eðlilegur og nauðsynlegur þáttur í viðleitni samkeppnisyfirvalda til þess að skapa nægilegt traust hjá samkeppnisaðilum til þeirra starfsmanna Landssímans hf., sem þeir þurfa óhjákvæmilega að hafa samskipti við varðandi grunnfjarskiptaþjónustu. Stuðlar sú ráðstöfun um stjórnunarlegan aðskilnað, sem þar er mælt fyrir um, að bættu viðskiptaumhverfi. Samrýmast þau fyrirmæli fyllilega 17. gr. samkeppnislaga og meðalhófsreglu stjórnsýslulaga, enda hafði samkeppnisráð sérstaka hliðsjón af þeirri reglu stjórnsýsluréttar þegar það tók ákvörðun um að beita eigi jafnframt fyrirmælum um fjárhagslegan aðskilnað. Af þessari ástæðu, svo og með vísun til forsendna hinnar kærðu ákvörðunar, verður því að öllu leyti fallist á fyrirmæli þau um stjórnunarlegan aðskilnað, sem birtast í II. lið ákvörðunarorða hinnar kærðu ákvörðunar.

Jafnframt verður að telja, að fyrirmæli þau, er fram koma í III. lið ákvörðunarorðanna, um að Landssími Íslands hf. gefi Samkeppnisstofnun með reglubundnum hætti fullnægjandi staðfestingu á því að fyrirtækið framfylgi fyrirnefndum fyrirmælum um stjórnunarlegan aðskilnað séu eðlileg í ljósi þess er fyrir segir. Upplýst er að ríkisendurskoðandi annast endurskoðun fyrir Landssímamann hf. og

nægir að sjálfsögðu að hann gefi umrædda staðfestingu um að aðskilnaðurinn sé virtur, en yfirlýsing frá öðrum löggiltum endurskoðanda myndi jafnframt vera fullnægjandi. Rétt er þó að orða þetta sérstaklega til þess að eigi geti valdið neinum vafa. Með þessari athugasemd verður fallist á efni III. liðar ákvörðunarorðanna.

Ekki verða fundnir ágallar á meðferð málsins hjá Samkeppnisstofnun eða samkeppnisráði, m.a. hvað varðar andmælarétt.

Að mati nefndarinnar er ekki nauðsynlegt að taka sérstaklega til skoðunar, við meðferð máls þessa, hvort um ríkisstyrki hafi verið að ræða til Landssíma Íslands hf.

V.

Úrskurðarorð.

Ákvörðun samkeppnisráðs nr. 17/1999 er staðfest með þeirri breytingu, að 2. mgr. III. liðar ákvörðunarorðanna hljóði svo: „Svo lengi sem GSM-þjónusta Landssímans er rekin sem hluti af Landssíma Íslands hf. skal félagið, árlega, þegar eftir að ársreikningur félagsins hefur verið samþykktur, senda Samkeppnisstofnun áritaða yfirlýsingu ríkisendurskoðanda eða annars löggilts endurskoðanda um uppgjör fyrir GSM-þjónustu Landssímans“.

Reykjavík, 10. ágúst 1999

Páll Sigurðsson

Anna Kristín Traustadóttir

Skúli Th. Fjeldsted

[Þessu máli var skotið til dómstóla; sjá dóm Hæstaréttar í máli [nr. 120/2001 \(8. nóvember 2001\)](#)]