

**Úrskurður**  
**úrskurðarnefndar fjarskipta-og póstmála**  
**í máli nr. 6/2012**  
**Nova**  
**gegn**  
**Póst- og fjarskiptastofnun**

**I. Hin kærða ákvörðun og kröfur málsaðila**

Þann 29. nóvember 2012 barst úrskurðarnefnd kæra Nova ehf. vegna ákvörðunar Póst- og fjarskiptastofnunar (PFS) nr. 32/2012 frá 1. nóvember 2012, um heildsölugjaldskrá fyrir lúkningu símtala í einstökum farsímanetum (markaður 7).

Í hinni kærðu ákvörðun ákvað PFS að heildsölugjöld fyrir lúkningu símtala í einstökum farsímanetum á Íslandi skuli vera 1,66 kr./mín. fyrir tímabilið 1. júlí 1013 til 31. desember 2013. Ákvörðunin var tekin á grundvelli verðsamanburðar í samræmi við fyrirmæli í ákvörðun PFS nr. 3/2012 um útnefningu fyrirtækja með umtalsverðan markaðsstyrk og álagningu kvaða á heildsölumörkuðum fyrir lúkningu símtala í einstökum farsímanetum (markaður7).

Kærandi krefst þess að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi og að munnlegur málflutningur fari fram í málinu.

PFS krefst þess aðallega að málinu verði vísað frá en til vara að hin kærða ákvörðun verði staðfest.

**II. Helstu málsatvik**

Mál þetta má rekja til ákvörðunar PFS nr. 3/2012 frá 13. janúar 2012 um að útnefna tiltekin fjarskiptafyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk á heildsölumarkaði fyrir lúkningu símtala í einstökum farsímanetum. Kærandi taldist hafa umtalsverðan markaðsstyrk við lúkningu símtala í UMTS farsímakerfi sínu. Í ákvörðuninni voru einnig lagðar tilteknar kvaðir á þau fjarskiptafyrirtæki sem ákvörðunin tók til, sbr. 27. gr. laga um fjarskipti nr. 81/2003, þ. á m. kvöð um eftirlit með gjaldskrá. Slík kvöð var lögð á kæranda með vísan til 32. gr. sömu laga.

Samkvæmt ákvörðun PFS skyldi kærandi ásamt öðrum tilteknum farsímafyrirtækjum lækka lúkningarverð sín í áföngum til 1. janúar 1013 en þá skyldu öll lúkningarverð vera orðin jafn

há. Í ákvörðuninni kom fram að miða skyldi við kostnaðargreind verð Símans frá árinu 2010 sem gæfu til kynna að lúkningarverð hagkvæms rekens farsímafyrtækis skyldi vera u.þ.b. 4 kr./mín. frá 1. janúar 2013 eða sú fjárhæð sem verðsamanburður PFS leiddi í ljós, væri um aðra fjárhæð að ræða.

Í ákvörðun nr. 3/2012 kom einnig fram að PFS myndi uppfæra verðaðlöguna árlega til samræmis við niðurstöður árlegs verðsamanburðar í kjölfar innanlandssamráðs og samráðs við ESA. Skyldi árlegum verðsamanburði lokið eigi síðar en 1. nóvember ár hvert og niðurstaða hans ákvarða verð þau sem gilda skyldu árið þar á eftir. Við verðsamanburð skyldi miðað við að ákvarðað verð væri ekki hærra en meðalverð þeirra EES-ríkja sem byggðu á svokallaðri „bottom-up LRIC“ kostnaðargreiningaraðferð þann 1. júlí á samanburðarári.

Í hinni kærðu ákvörðun nr. 32/2012 var lúkningarverð ákvarðað 1,66 kr./mín. án vsk. fyrir tímabilið 1. júlí 2013 til 31. desember 2013. Í ákvörðuninni kemur fram að stofnunin hafi, í samræmi við fyrirmæli í ákvörðun nr. 3/2012, framkvæmt verðsamanburð til að ákvarða verð fyrir lúkningu símtala í einstökum farsímanetum. Jafnframt er vísað til þess að ákvörðun nr. 3/2012 kveði á um að við verðsamanburðinn skuli leggja til grundvallar að ákvarðað verð yrði ekki hærra en meðaltal þeirra EES-ríkja sem byggðu á „bottom-up LRIC“ kostnaðargreiningaraðferð þann 1. júlí á samanburðarári.

### **III. Helstu málsástæður kæranda**

Kærandi krefst þess að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi. Telur kærandi að málsmeðferð PFS hafi hvorki verið í samræmi rannsóknarreglu 10. gr. og meðalhófsreglu 12. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993 né 32. gr. laga um fjarskipti nr. 81/2003.

#### *1. Brot á rannsóknarreglu stjórnsýslulaga*

Kærandi tekur fram að með ákvörðun nr. 3/2012 hafi PFS ákveðið að lúkningarverð skyldi vera 4 kr./mín. frá 1. janúar 2013 og hafi sú ákvörðun tekið mið af kostnaðargreindu lúkningarverði Símans hf. Með vísan til tilmæla framkvæmdastjórnar EB og tilmæla ESA hafi PFS hins vegar ákveðið með hinni kærðu ákvörðun að lúkningarverð skyldi vera 1.66 kr./mín. Kærandi telur að verulega hafi skort á rannsókn til grundvallar þessari niðurstöðu um breytt og verulega lækkað hámarksverð lúkningar.

Tilmæli ESA byggi að mati kæranda á því að lúkningarverð taki mið af raunkostnaði hagkvæms rekens fyrirtækis við að veita þá þjónustu sem felist í lúkningu símtala í eigin farsímaneti. Þann kostnað skuli miða við svokallað „pure bottom up LRIC“ kostnaðarlíkan. Í því felist ekki að fjarskiptafyrirtæki veiti þjónustu undir kostnaðarverði, heldur sé ávallt miðað við að lúkningarverð svari til þess kostnaðar sem hagkvæmt rekið fyrirtæki hafi af því að veita lúkningarþjónustu. Fyrir liggir að raunkostnaður Símans sé 4 kr./mín. en ekki hafi verið rannsakað hver kostnaður sé þegar „pure bottom up LRIC“ líkanið sé notað. Kærandi telur þó að ætla megi að hann sé áþekkur raunkostnaði sem kannaður hafi verið hjá Símanum.

Kærandi vísar til þess að fram hafi komið að vegna fjárskorts og vöntun á sérfræðipækkingu sé PFS ókleift að ráðast í markaðsrannsókn þar sem kostnaður sé fundinn á grundvelli „pure bottom- up LRIC“ líkansins. Hafi því án nokkurra rannsókna verið ákveðið að miða hámarkslúkningarverð íslenskra fjarskiptafyrirtækja við meðaltal lúkningarverðs í Belgíu, Bretlandi, Danmörku, Frakklandi, Ítalíu, Portúgal og Spáni, sem framkvæmt hafi greiningu á kostnaði fjarskiptafyrirtækja á grundvelli framangreinds líkans. Að mati kæranda gera tilmæli ESA ekki kröfu um slíka framkvæmd, en mælist til þess, sbr. 12. tölul. tilmælanna, að eftirlitsstjórnvaldi sé, í algerum undantekningartilvikum, heimilt að fresta upptöku á „pure bottom up LRIC“ líkani allt til 1. júlí 2014 og notast við önnur kostnaðarviðmið þangað til. Í enn þrengri undantekningartilvikum sé einnig heimilt að fresta upptöku á fyrrgreindu líkani allt til næstu endurskoðunar á tilmælunum.

Að mati kæranda verði ekki séð að PFS hafi rannsakað hver kostnaðurinn af upptöku á „pure bottom- up LRIC“ líkaninu kunni að vera. PFS hafi einnig litið framhjá mögulegum kostnaði fjarskiptafyrirtækja á Íslandi við lúkningarþjónustu þegar tekið sé mið af lúkningarverði í hinum fyrrnefndu sjö ríkjum. Kærandi telur að lúkningarverð á Íslandi skeri sig verulega úr og liggi það í hlutarins eðli við svo ólíkar aðstæður eins og íbúafjölda hvers lands og íbúa á hvern ferkílómetra. Kostnaður sé í raun ekki samanburðarhæfur. Í öllu falli verði eftirlitsstjórnvald að taka tillit til frávíka og rannsaka á hvern hátt þau kunni að hafa áhrif á kostnað við lúkningu. Svo sé ekki raunin í hinni kærðu ákvörðun.

Kærandi telur að með hinni kærðu ákvörðun séu lagðar sérlega íþyngjandi kvaðir á íslensk fjarskiptafyrirtæki um að niðurgreiða veitta lúkningarþjónustu. PFS hafi látið hjá líða að rannsaka hver mögulegur kostnaður íslensku fjarskiptafyrirtækja kunni að vera, hvað greini rekstur íslenskra fyrirtækja frá rekstri fyrirtækja í þeim ríkjum sem samanburður sé gerður við og hvaða breytur hafi áhrif á mismunandi verð í einstökum ríkjum. Slíkt brjótí í bága við 10. gr. stjórnsýslulaga.

Að mati kæranda felur samþykki ESA á fyrirhugaðri ákvörðun PFS ekki í sér staðfestingu á því að PFS hafi farið að ákvæðum stjórnsýslulaga. Samþykki ESA feli einvörðungu í sér að stofnunin staðfesti að samræming lúkningarverða hafi farið fram en ekki að við slíka samræmingu hafi verið farið á að ákvæðum stjórnsýslulaga. Af hinni kærðu ákvörðun sé að mati kæranda ljóst að PFS hafi engar upplýsingar um hver kostnaður fjarskiptafyrirtækja sé af því að veita umrædda þjónustu. Þegar af þeirri ástæðu standist hin kærða ákvörðun hvorki markmið né tilgang tilmæla ESA né 10. gr. stjórnsýslulaga.

## *2. Brot á 32. gr. laga um fjarskipti*

Kærandi bendir á að um starfsemi fjarskiptafyrirtækja hér á landi gildi lög um fjarskipti. Þar sé einnig að finna heimildir PFS til töku íþyngjandi stjórnvaldsákvarðana. Í hinni kærðu ákvörðun sé vísað til 4. mgr. 32. gr. en í þeirri grein sé fjallað með almennum hætti um eftirlit með gjaldskrá. Í ákvæðinu segi að PFS geti við útreikninga á kostnaði tekið mið af rekstri

sambærilegrar þjónustu sem teljist hagkvæmlega rekin, tekið mið af gjaldskrá á sambærilegum samkeppnismörkuðum og notað kostnaðargreiningaraðferðir sem séu óháðar aðferðum fjarskiptafyrirtækisins.

Kærandi bendir á að það verð sem PFS hafi þá þegar samþykkt taki mið af rekstri þjónustu sem teljist hagkvæmlega rekin og sé það lúkningsverð sem ákveðið hafi verið með ákvörðun nr. 3/2012, þ.e. 4 kr./mín. PFS sé þó samkvæmt 4. mgr. 32. gr. einnig heimilt að horfa til gjaldskráa á sambærilegum samkeppnismörkuðum. Samkvæmt orðalagi ákvæðisins beri PFS að framkvæma athugun og samanburð á þeim mörkuðum sem stofnunin hyggist horfa til í þessu sambandi. Að öðrum kosti sé ekki hægt að fullyrða að þeir séu sambærilegir. PFS sé bundið af ákvæðum fjarskiptalaga og tilmæli ESA eða ESB um þróun lúkningsverðs í framtíðinni leysi stofnunina ekki undan lögbundnum skyldum sínum til að byggja ákvarðanir á þeim grundvelli og forsendum sem fjarskiptalög mæli fyrir um.

Kærandi bendir á að systurstofnun PFS í Noregi hafi nú þegar gert „pure bottom- up LRIC“ greiningu fyrir Noreg og muni ekki beita þeim verðum á norskum markaði þar sem þau hafi verið svo lág. Frá 1. janúar 2013 eru verð í Noregi samhverf ISK 3,23 mín. Norsk fjarskiptayfirvöld hafi ekki talið Holland, Belgíu og Danmörku samanburðarhæf við Noreg m.a. vegna dreifingu íbúa. Í Hollandi hafi einnig verið gerð „pure bottom- up LRIC“ greining og ákvörðun um lúkningsverð tekin í samræmi við þá niðurstöðu. Sú niðurstaða hafi þó verið felld úr gildi af þarlandum dómstól og ákvarðað tvöfalt hærra en hollenska fjarskiptaeftirlitið hafi ákvarðað eða 3,91 kr./mín.

### *3. Meðalhóf*

Kærandi telur hina kærðu ákvörðun ganga gegn meðalhófsreglu stjórnarsýslulaga. Markmiði um lág lúkningsverð beri að ná með aðferð sem ekki íþyngja kæranda meira en nauðsynlegt sé. Engin rök standi til þess að mati kæranda að ákvarða verðið svo lágt sem raun beri vitni frá þeim tíma sem ákvörðunin tilgreini. Lagaskylda standi ekki til þess.

## **IV. Helstu málsástæður PFS**

PFS krefst þess að aðallega að kærinni verði vísað frá og til vara að kröfum kæranda verði hafnað.

### *1. Frávísun*

Rök PFS fyrir frávísun eru þau að kæran varði alfarið efni ákvörðunar PFS nr. 3/2012 en ekki efni hinnar kærðu ákvörðunar. Hin kærða ákvörðun varði einungis framkvæmd þess verðsamanburðar sem kveðið hafi verið á um í ákvörðun 3/2012, ásamt ákvörðun þess lúkningsverðs sem af verðsamanburðinum leiði. Kærandi hafi ekki kært ákvörðun 3/2012. Því beri úrskurðarnefnd að mati PFS að vísa umræddri kæru frá þar sem hún snerti á engan hátt framkvæmd umrædds verðsamanburðar sem fram hafi farið með hinni kærðu ákvörðun

heldur einungis efni álagðrar kvaðar um eftirlit með gjaldskrá sem fram hafi farið með ákvörðun 3/2012.

PFS telur kærana ekki varða framkvæmd verðsamanburðarins heldur eingöngu hvort PFS hafi verið heimilt í ákvörðun 3/2012 að kveða á um beitingu slíkrar aðferðar við ákvörðun lúkningargjalda íslenskra farsímafyrirtækja. Sú ákvörðun PFS að hverfa frá beitingu eldri kostnaðargreiningar Símans og byggja fremur á verðsamanburði hafi ekki verið til umfjöllunar í hinni kærðu ákvörðun og því beri að vísa kærinni frá.

## *2. Rannsóknarreglan*

PFS mómælir því að málið hafi ekki verið rannsakað á fullnægjandi hátt. Í ákvörðun 3/2012 komi fram að beita skuli verðsamanburði við ákvörðun lúkningargjalda símtala í farsímanetum í stað eldri kostnaðargreiningar Símans. Í ákvörðuninni segi að lúkningarverð félaganna skuli vera 4 kr./mín. þann 1. janúar 2013 eða sú fjárhæð sem verðsamanburður PFS leiði í ljós sé um aðra fjárhæð að ræða. Því hafi að mati PFS verið ljóst að gjaldið 4 kr./mín. myndi aðeins gilda frá og með 1. janúar 2013 ef umræddur verðsamanburður myndi leiða sömu fjárhæð í ljós.

PFS hafi við framkvæmd verðsamanburðarins lagt til grundvallar tilmæli framkvæmdastjórnar ESB og ESA. Þar komi fram að niðurstaðan úr samanburðinum skuli skila af sér lúkningarverði sem ekki sé hærra en meðallúkningarverð þeirra ríkja sem byggja á „pure BU-LRIC“ líkani. PFS telur að stofnuninni beri að fara að umræddum tilmælum. PFS telur að ekki þurfi að rannsaka mál með sama hætti þegar verðsamanburði sé beitt og þegar kostnaðargreining sé framkvæmd. Úrskurðarnefnd hafi staðfest í úrskurði nr. 12/2006 að slík aðferð væri tæk.

Kærandi telur að tilmæli ESA byggja á því að lúkningarverð taki mið af raunkostnaði hagkvæms rekens fyrirtækis við að veita þá þjónustu sem felist í lúkningu símtala í eigin farsímaneti. Þann kostnað skuli miða við „pure bottom up LRIC“ kostnaðarlíkan. Fyrir liggja í málinu að raunkostnaður Símans hafi verið 4 kr./mín. en ekki hafi farið fram rannsókn á hver kostnaðurinn hefði orðið hefði framangreint líkan verið notað. PFS bendir á að lúkningargjöldum milli fjarskiptafyrirtækja sé fyrst og fremst ætlað að standa undir þeim viðbótarkostnaði sem viðkomandi þjónusta valdi en ekki að standa undir uppbyggingu farsímaneta nema að því marki sem lúkningarþjónustan kalli á aukna afkastagetu (umferðartengdur kostnaður). PFS telur ljóst að samkvæmt tilmælum ESA eigi notendur þjónustunnar ekki að greiða fyrir annan kostnað fjarskiptafyrirtækis en þann sem stafi af þeirri viðbótarumferð sem lúkning valdi í hagkvæmt hönnuðu farsímaneti. Raunkostnaður Símans, þ.e. 4. kr./mín. hafi verið niðurstaðan úr kostnaðarlíkani Símans sem hafi byggt á „top-down LRAIC+“ líkani. Þar hafi hlutdeild í sameiginlegum kostnaði verið reiknaður með umferðartengdum kostnaði og kostnaði sem ekki sé umferðartengdur. Umrætt líkan sé ekki sambærilegt við „pure bottom- up LRIC“ líkan eins og það sé skilgreint í tilmælunum.

PFS telur að verðsamanburður feli í sér mun minni vinnu en fullburða kostnaðargreining. Hvað varðar þá staðhæfingu kæranda að tilmæli ESA geri ekki ráð fyrir þeirri framkvæmd sem PFS hafi viðhaft þá kveðst PFS hafa farið eftir ákvæðum hennar sem um verðsamanburð gildi og hafi ESA staðfest það. Í ákvörðun 3/2012 hafi verið tekið fram að PFS hygðist nýta sér undanþágur 12. tl. tilmælanna og framkvæma verðsamanburð í stað þess að fara út í gerð „BU-LRIC kostnaðarlíkans“ og hafi ESA engar athugasemdir gert við þá fyrirætlun.

Hvað varði mismunandi kostnað farsímaneta á EES svæðinu þá telur PFS að ekki hafi verið sýnt fram á að aðstæður á Íslandi séu með þeim hætti að landið skeri sig sérstaklega úr meðal þeirra EES ríkja sem miðað hafi verið við hvað varði hærri einingarkostnað í farsímanetrekstri, þannig að þörf sé á sérreglu varðandi lúkningargjaldskrá vegna heildsöluþjónustu á sviði símtalslúkningar til utanaðkomandi aðila hér á landi. PFS telur að gögnum málsins sýni að ekki sé fylgni milli lúkningarverðs og íbúafjölda á hvern ferkílómetra. Hvorki sé hægt að álykta að lúkningarverð fari hækkandi með fjölda íbúa á hvern ferkílómetra né að þau fari lækkandi.

PFS bendir á að samkvæmt 12. tl. tilmæla ESA sé fjarskiptaeftirlitsstofnunum veittur almennur aðlögunarfrestur til 31. desember 2012 til að undirbúa og innleiða „pure LRIC“ kostnaðarlíkan. Fjarskiptaeftirlitsstofnunum sem búi við takmörkuð aðföng sé veittur lengri aðlögunarfrestur eða til 1. júlí 2014 og jafnvel lengur til að innleiða „pure LRIC“ kostnaðarlíkan. Heimilt sé frá og með 1. janúar 2013 að beita t.d. verðsamanburði í stað slíkrar kostnaðargreiningaraðferðar ef sýnt sé fram á að sú aðferð skili útkomu sem samrýmist markmiðum tilmælanna. Jafnframt komi fram að útkoma úr annarri aðferð en LRIC eigi ekki að vera hærri en meðalverð þeirra EES ríkja sem beiti pure LRIC aðferð við útreikning lúkningargjalda í farsímanetum. Með ákvörðun PFS nr. 3/2012 hafi verið kveðið á um að nota verðsamanburð og því hafi PFS síðan framfylgt með ákvörðun nr. 32/2012.

Loks áréttar PFS að rannsókn og undirbúningur stofnunarinnar hafi verið fullnægjandi í ákvörðun 3/2012 þar sem umrædd kvöð um eftirlit með gjaldskrá með beitingu verðsamanburðar hafi verið lögð á kæranda eins og önnur farsímafyrirtæki. Kærandi hafi ekki kært þá ákvörðun heldur aðeins hina kærðu ákvörðun sem kveði á um framkvæmd þess verðsamanburðar sem kærandi efist nú um að standist ákvæði stjórnarsýslulaga. Kærandi hafi því síður bent á hvað sé ábótavant við rannsókn hinnar kærðu ákvörðunar heldur vísi ávallt til ákvörðun 3/2012.

### *3. 32. gr. laga um fjarskipti*

PFS hafnar því að lagaheimild stofnunarinnar fyrir umræddum verðsamanburði sé að einhverju leyti óskýr. Hún komi skýrt fram í 4. mgr. 32. gr. fjarskiptalag. Úrskurðarnefnd hafi staðfest beitingu slíks verðsamanburðar á grundvelli 4. mgr. 32. gr. fjarskiptalaga. PFS bendir á að kærandi hafi tækifæri til að gera athugasemdir við beitingu verðsamanburðar í næstu greiningu PFS á viðkomandi markaði ef að stofnunin komi til með að beita þeirri aðferð þá. Í

tilmælum ESA um lúkningarverð sé einnig að finna heimild fyrir verðsamanburði og nánari útlíðun á aðferðafræði við hann.

Aðferðafræðin sé sú að PFS reikni út verð samkvæmt meðaltali þeirra landa sem beiti „pure bottom-up LRIC“ kostnaðargreiningaraðferð. Frá og með 1. júlí 2013 verði meirihluti EES ríkja kominn með umrædda aðferð og muni ríkjum fjölga hratt mánuðina þar á eftir. Þannig verði lúkningarverð á Íslandi aldrei þau lægstu á svæðinu né þau hæstu. Kærandi hafi ekki lagt fram nein gögn sem sýni fram á að hið boðaða lúkningarverð kunni að vera undir kostnaðarverði hagkvæms rekens fjarskiptanets heldur þvert á móti sýnt fram á að „pure LRIC“ kostnaðargreining á Íslandi myndi eflaust leiða til svipaðs verðs og verðsamanburðurinn hafi leitt fram.

PFS telur að stofnuninni sé skylt að fara eftir tilmælum ESA nema sérstakar innanlandsástæður mæli því í mót en það eigi ekki við í máli þessu. PFS hafi áður beitt verðsamanburðaraðferð enda hafi lagaheimild verið til slíks í 4. mgr. 32. gr. fjarskiptalaga. Þá mótmaelir PFS því að þurfa að leggja út í flókinn og tímafrekan samanburð milli landa til að geta beitt umræddri verðsamanburðaraðferð. PFS telur tilmæli ESA ljós um að meðalverð ríkja sem beiti umræddri aðferð skuli liggja til grundvallar lúkningarverðum hér á landi. Aldrei væri að mati PFS unnt að beita verðsamanburði ef að skilyrði væri sett að aðstæður í viðkomandi ríkjum þyrftu að vera algjörlega sambærileg.

Varðandi vísun kæranda til framkvæmdar systurstofnunar PFS í Noregi (NPT) þá bendir PFS á að samkvæmt upplýsingum sem stofnunin hafi aflað frá Noregi þá hafi niðurstaða úr „pure bottom up LRIC“ frumgreiningu á lúkningarverði í Noregi verið á svipuðu róli og meðalverð sem verðsamanburður PFS hafi leitt í ljós. Í samræmi við ákvörðun NPT, dags. 17. september 2010, muni stofnunin styðjast við umrædda aðferð fyrir árslok 2013. Ályktun ráðuneytisins sem kærandi vísi til fáist ekki staðist þar sem lúkningarverð úr norsku „pure LRIC“ líkani sé ekki hlutfallslega lægra en annars staðar í Evrópu. Því sé ljóst að „pure LRIC“ lúkningarverð muni taka gildi í Noregi áður en langt um líði.

Hvað varði tilvísun kæranda til Hollands þá bendir PFS á að niðurstaða hollenskra dómstóla byggi á því lagaumhverfi sem sé í Hollandi og eigi því eðli málsins samkvæmt ekki við hér á landi. Niðurstaðan í Hollandi breyti því ekki að taka eigi tillit til tilmæla ESA við ákvörðun lúkningarverða hér á landi, nema sérstakar ástæður mæli því gegn. Kærandi hefur ekki að mati PFS bent á neitt atriði í hinum hollenska dómi sem áhrif gæti haft á mál það sem hér sé til úrlausnar.

Loks telur PFS að úrskurðarnefnd eigi með hliðsjón af framangreindu ekki annarra úrkosta vól en að vísa kröfum kæranda frá þar sem krafan varði ógildingum þess þáttar ákvörðunar PFS 3/2012 sem varði beitingu verðsamanburðar til ákvörðunar hámarks lúkningarverðs. Kæran varði á engan hátt hina kærðu ákvörðun, þ.e. ákvörðun PFS nr. 32/2012, sem fjalli aðeins um framkvæmd þess verðsamanburðar sem kveðið hafi verið á um í hinni fyrri ákvörðun.

## V. Afstaða Vodafone

Úrskurðarnefnd óskaði eftir afstöðu Vodafone til kærðu kæranda og barst hún þann 25. janúar sl. Þar kemur m.a. fram að fyrirtækið sé meðvitað um þá undantekningu sem fram komi í 12. tl. tilmæla ESA um kvaðir varðandi lúkningarverð. Samkvæmt þeirri undantekningu sé PFS heimilt að beita annarri úrlausn við mat á kostnaði en „bottom up LRIC“ aðferðafræðinni ef að stofnunin búi við takmörkuð aðföng og unnt sé að sýna fram á að önnur kostnaðargreiningaraðferð leiði til niðurstöðu sem samræmist tilmælunum. Önnur aðferðafræði megi ekki leiða til þess að lúkningargjöld verði hærri en meðaltal lúkningargjalda sem eftirlitsstofnunar innan EES setji á grundvelli bottom up LRIC.

Í tilmælum ESA sé ekki tekið fram hvaða kostnaðargreiningaraðferð skuli beitt sé bottom up LRIC ekki notað. Vodafone mun því ekki taka afstöðu til þess hvaða aðferð skuli beitt en tekur undir með kæranda að Ísland skeri sig úr hópi þeirra landa sem PFS miði við í útreikningum sínum og þau lúkningarverð sem þar eru nefnd séu ekki rétt til viðmiðunar fyrir lúkningarverð á Íslandi. Telur Vodafone að réttara væri að miða lúkningarverð hér á landi við önnur sambærileg lönd, t.d. Noreg og Finnland. Þau lúkningarverð sem viðgangist þar séu í meira samræmi við það verð sem kostnaðargreining Símans hafi leitt í ljós. Miðað við framangreint sé það mat Vodafone að hármarslúkningarverð 1.66 kr./mín. sé langt undir kostnaðarverði fjarskiptafyrirtækja. Réttara sé að verðin séu 4 kr./mín. þar sem þau gjöld nemi kostnaðarverði og íþyngi því ekki íslenskum fjarskiptafyrirtækjum til framtíðar líkt og lúkningargjöld sem eru 1.66 kr./mín. muni gera.

Vodafone tekur ekki efnislega afstöðu til annarra athugasemda kæranda.

## VI. Frekari athugasemdir kæranda

Athugasemdir kæranda við greinargerð PFS komu þann 5. apríl sl., ásamt athugasemdum kæranda til PFS vegna fyrirhugaðrar ákvörðunar PFS um markað 7, lúkning í farsímanetum, dags. 14. september 2012.

Í athugasemdunum mótmælir kærandi m.a. kröfu PFS um frávísun. Kærandi telur ákvörðun PFS nr. 3/2012 ekki hafa falið í sér stjórnvaldsákvörðun sama efnis og hin kærða ákvörðun. Réttaráhrif ákvörðunar PFS nr. 3/2012 hafi falist í því að lagðar hafi verið tiltekna kvaðir á kæranda sem hafi falist í aðgangi að farsímaneti vegna lúkningar símtala, jafnræði og um bókhaldslegan aðskilnað. Jafnframt hafi verið mælt fyrir um lækkun og samræmingu lúkningargjalda í tilteknum skerfum í 4,0 kr. mínútan frá 1. janúar 2013. Ákvörðunin hafi verið miðuð við kostnaðargreind verð Símans frá árinu 2010 og hafi kærandi ákveðið að una henni. Í ákvörðun 3/2012 hafi þess verið getið með almennum orðum í nokkrum línunum að seinna kynni PFS að styðjast við aðrar forsendur við uppfærslu verðaðlögunar. Ekkert hafi nánar verið kveðið á um hvernig að þessu yrði staðið.



Kærandi kveðst ekki sjá hvernig hann hafi átt að geta kært sérstaklega það sem hann kallar framtíðar vangaveltur PFS. PFS virðist að mati kæranda gera ráð fyrir að aðili eigi að kæra umfjöllun í forsendum stjórnvaldsákvörðunar enda þótt hann hyggist ekki kæra niðurstöðu stjórnsýslumálsins. Slíkt er að mati kæranda ófært. Kæranda hafi ekki borið skylda til að kæra hugleiðingar PFS um hvernig stofnunin hygðist standa að verðsamanburði við síðari tíma uppfærslu verðákvörðana né hafi kæranda verið það mögulegt. Þær hugleiðingar hafi verið óljósar og ekkert hafi legið fyrir um hvort og hvaða forsendur myndu standa til að nota þær aðferðir sem PFS hafi nefnt til sögunnar þegar og ef að því kæmi. Það sé fyrst með hinni kærðu ákvörðun sem í ljós hafi komið á hvern hátt PFS hafi í hyggju að standa að nýrri stjórnvaldsákvörðun um lúkningarverð kæranda og það sé fyrst nú sem PFS hafi ákvarðað lúkningarverð sem kærandi telur óásættanlegt.

Kærandi vísar einnig að efnislegum athugasemdum PFS og vísar að mestu leyti til kærðu og þeirra sjónarmiða sem þar komi fram. Kærandi áréttar þó að í tilmælum ESA felist tilmæli og að þau séu ekki bindandi. PFS sé ekki skylt að fara eftir tilmælum ESA. Sýnt hafi verið fram á að misjafnt sé hvernig eintök ríki innan EES standi að ákvörðun um lúkningarverð.

Jafnframt kemur fram í athugasemdum kæranda að fullyrðing PFS um að kostnaður við lúkningu í farsímanetum hér á landi sé ekki verulega frábrugðinn slíkum kostnaði í Evrópu, sé órökstudd og byggir ekki á forsendum sem kærandi hafi möguleika á að yfirfara og gera athugasemdir við. Hvað varðar tilvísun PFS til aðferða systurstofnana PFS um aðferðir við ákvörðun lúkningarverðs þá bendir kærandi á að ýmsar systurstofnanir PFS geri það ekki.

Kærandi telur að vel megi vera að ekki þurfi að rannsaka mál með sama hætti þegar verðsamanburði er beitt og þegar kostnaðargreining sé framkvæmd. Hann bendir þó á að skilyrði þess að heimilt sé að ákvarða lúkningarverð á grundvelli verðsamanburðar eins og tiltekið sé í 4. mgr. 32. gr. fjarskiptalaga, sé að um sambærilega samkeppnismarkaði sé að ræða. Kærandi telur að þeir markaðir sem PFS horfi til í samanburði sínum séu ekki sambærilegir við Ísland og að rökstuðningur skorti í hinni kærðu ákvörðun, á grundvelli viðhlítandi rannsóknar, um að þetta skilyrði fyrir beitingu verðsamanburðar sé fyrir hendi.

Hvað varði tilvísun PFS til fyrri úrskurða úrskurðarnefndar þá telur kærandi, í ljósi þess sem fram hafi komið í máli PFS í tilvísuðum úrskurði, að stofnunin hafi verið þeirrar skoðunar frá árinu 2004 að réttast væri að framkvæma LRIC kostnaðargreiningu fyrir íslenskan fjarskiptamarkað. Frá úrskurði nr. 12/2006 hafi PFS haft sjö ár til að framkvæma slíka greiningu en ekki látið verða af því. Rökstuðningur PFS í þeirri ákvörðun sem fjallað hafi verið um í úrskurði 12/2006 og hinni kærðu ákvörðun sé að mati kæranda ólíkur. Í hinu fyrra máli hafi PFS talið grundvallaratriði að gæta þess að samanburði væri ekki beitt nema við lönd sem væru samanburðarhæf. Í hinni kærðu ákvörðun sé ekkert fjallað um samanburðarhæfi. Þess í stað sé fullyrt að PFS sé skylt að fara eftir tilmælum ESA. Heimildin til að beita verðsamanburði sé í 4. mgr. 32. gr. fjarskiptalaga og sé að mati kæranda bundin

Því skilyrði að um samanburðarhæfa samkeppnismarkaði sé að ræða. Ólöglegt sé að mati kæranda að horfa fram hjá því skilyrði með vísandi til tilmæla ESA sem ekki séu bindandi.

Í máli PFS komi fram að kærandi hafi á árunum 2008 til 2012 haft hærra lúkningarverð en keppinautar. Kærandi bendir á í þessu sambandi að til skamms tíma hafi mismunandi lúkningarverð milli nýrra keppinauta og gömlu ríkiseinokunarfyrtækjanna verið talin forsenda þess að hægt væri að koma við samkeppni. Kærandi hafi byggt upp viðfermt fjarskiptanet og hafi með lágri yfirbyggingu og aukinni hagkvæmni haft jákvæð áhrif á samkeppni á íslenskum fjarskiptamarkaði og stuðlað að lægra verði og aukinni þjónustu.

Hvað varðar fullyrðingar PFS um stöðu mála í Noregi þá séu þær byggðar á upplýsingum sem ekki séu lagðar fram og því geti kærandi ekki gert athugasemdir við þá umfjöllun og séu því að mati kæranda að engu hafandi. Loks áréttar kærandi að PFS beri að fara að íslenskum lögum alveg eins og hollenskum stjórnvöldum beri að fara að hollenskum lögum.

## VII. Frekari athugasemdir PFS

Úrskurðarnefnd bærust frekari athugasemdir PFS þann 18. apríl sl. Þar ítrekar PFS fyrri kröfur og rökstuðning. PFS telur mikilvægt að koma að athugasemdum við málflutning kæranda svo og upplýsingum um þróunina í Evrópu frá því PFS sendi úrskurðarnefnd greinargerð sína.

Að því er varðar þá málsástæðu kæranda að PFS sé ekki bundið af tilmælum ESA um lúkningarverð bendir PFS á að stofnuninni beri samkvæmt 17. gr. fjarskiptalaga að framkvæma markaðsgreiningar með hliðsjón af EES samningnum. Í 19. gr. rammatilskipunar (2002/21/EB) komi fram að gefi framkvæmdastjórnin út tilmæli til aðildarríkjanna um samhæfða beitingu ákvæða rammatilskipunarinnar og sérstílskipana í því skyni að stuðla að markmið hennar náist, skulu aðildarríkin tryggja að innlent stjórnvald taki ítrasta tillit til þessara tilmæla þegar það inni verkefni sín af hendi. PFS telur samkeppnisaðstæður á íslenskum farsímamarkaði vera hliðstæðar markaðsaðstæðum á evrópskum farsímamörkuðum þótt áskrifendur séu færri og veltan minni. Það eitt réttlæti þó ekki hærri lúkningargjöld hér á landi.

PFS telur það lýsa skammsýni af hálfu kæranda að óska eftir að lúkningarverð á íslenskum farsímamarkaði verði ákvarðað í kjölfar „bottom up LRIC“ útreikninga á sama tíma og heimilt sé að beita hinni einföldu og kostnaðarlitlu verðsamanburðaraðferð.

PFS rekur einnig þróun meðal lúkningarverðs Evrópuríkja í BEREC samanburði. Af þeim gögnum megi að mati PFS vera ljóst að lúkningarverð fari hratt lækkandi og stefni í flestum tilfellum á u.þ.b. 1 € cent (u.þ.b. 1,6 kr.) á næstunni. Þeim löndum fari einnig fjölgandi sem hafi tekið ákvörðun um lúkningarverð byggt á hreinu LRIC líkani samkvæmt líkani Cullen International.

Loks kemur fram hjá PFS að kostnaðargreining Símans sem hafi leitt fram 4 kr. lúkningarverð hafi verið samkvæmt LRAIC líkani sem byggði á sögulegum kostnaði (top-down model), sbr.

ákvörðun PFS nr. 9/2010. Engin ástæða sé að mati PFS að leggja út í mikla og kostnaðarsama rannsókn á séríslenskum aðstæðum og væri það ekki í samræmi við ákvörðun nr. 3/2012, eða tilmæli ESA um lúkningarverð, ef PFS færi að miða við annað en hreint meðaltal lúkningargjalda í viðmiðunarríkjunum.

## **VIII. Niðurstöður**

### **1.**

Í máli þessu er deilt um ákvörðun PFS nr. 32/2012 frá 1. nóvember 2012, um heildsölugjöld fyrir lúkningu símtala í einstökum farsímanetum á Íslandi þar sem ákveðið var að lúkningargjöld skyldu verða 1,66 kr./mín. fyrir tímabilið 1. júlí 2013 til 31. desember 2013. Um er að ræða ákvörðun á framkvæmd ákvörðunar PFS nr. 3/2012 frá 13. janúar 2012 þar sem kveðið var á um að heildsölugjald fyrir lúkningu símtala í einstökum farsímanetum skyldi vera 4 kr./mín. eða sú fjárhæð sem verðsamanburður leiddi í ljós væri um aðra fjárhæð að ræða. Verðið skyldi ekki vera hærra en meðaltal þeirra EES ríkja sem byggðu á „bottom-up LRIC“ kostnaðargreiningaraðferð.

Kærandi krefst þess að úrskurðarnefnd felli hina kærðu ákvörðun úr gildi svo og að fram fari munnlegur málflutningur. Kærandi telur málsmeðferð PFS ekki hafa verið í samræmi við stjórnslulög nr. 37/993. Einnig telur hann að hin kærða ákvörðun sé ekki í samræmi við 32. gr. laga um fjarskipti nr. 81/2003.

PFS krefst þess að málinu verði vísað frá úrskurðarnefnd á þeim grundvelli að kæran í málinu beinist ekki að efni hinnar kærðu ákvörðunar heldur að efni ákvörðunar nr. 3/2012 sem kvað á um að beita skyldi verðsamanburði við ákvörðun um lúkningu símtala.

### **2. Munnlegur málflutningur**

Kærandi krefst þess að mál þetta verði flutt munnlega fyrir úrskurðarnefnd. Í kæru er þessi krafa ekki rökstudd frekar en í athugasemdum kæranda við greinargerð PFS kemur fram að ítarlegar athugasemdir PFS og eðli þeirra kalli á munnlegan málflutning.

PFS telur ekki vera þörf á munnlegum málflutningi í máli þessu og bendir á að flóknari og umfangsmeiri mál hafi verið flutt án munnlegs málflutnings fyrir úrskurðarnefnd.

Í 13. gr. laga um póst- og fjarskiptastofnun er fjallað um úrskurðarnefnd og er vísað til reglugerðar nr. 36/2009 um úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála. Í 9. gr. reglugerðarinnar er kveðið á um málsmeðferð fyrir úrskurðarnefnd en þar kemur m.a. fram að meginreglan sé skriflegur málflutningur. Um munnlegan málflutning er fjallað í 10. gr. Þar kemur fram að formaður nefndarinnar ákveði hvort að munnlegur málflutningur fari fram í máli. Munnlegur málflutningur komi einkum til álita ef mál sé flókið, það hafi að geyma vandasöm

úrlausnarefni, sé sérstaklega þýðingarmikið eða varði ágreining um grundvallaratriði í fjarskiptarétti.

Úrskurðarnefnd telur mál þetta ekki uppfylla framangreind skilyrði um frávik frá meginreglunni um skriflegan málflutning. Kröfu kæranda þar að lútandi er því hafnað.

### 3. Frávísunarkrafa

PFS krefst þess að máli þessu verði vísað frá. Þá kröfu byggir PFS á því að kæran beinist ekki að efni hinnar kærðu ákvörðunar heldur alfarið að efni ákvörðunar PFS nr. 3/2012 um útnefningu fyrirtækja með umtalsverðan markaðsstyrk og álagningu kvaða á heildsölumörkuðum fyrir lúkningu símtala í einstökum farsímanetum (markaður 7). Kærandi hafi ekki kært þá ákvörðun innan málskotsfrests til úrskurðarnefndar. Hin kærða ákvörðun nr. 32/2012 kveður að mati PFS aðeins á um framkvæmd verðsamanburðar á grundvelli ákvörðunar PFS nr. 3/2012. Kæran snerti ekki framkvæmd þess samanburðar. Því beri úrskurðarnefnd að vísa kærinni frá.

Kærandi telur að PFS hafi fyrst með hinni kærðu ákvörðun ákvarðað lúkningarverð fyrir kæranda og að hann eigi rétt á að fá þeirri ákvörðun skotið til æðra stjórnvalds til að fá hana fellda úr gildi. Röksemdir og sjónarmið kæranda eigi að öllu leyti við í málinu.

Í ákvörðun nr. 3/2012 kemur fram með hvaða hætti lúkningarverð þeirra fyrirtækja sem ákvörðunin taki til skuli ákvarðað. Kveðið er á um að fyrirtækin skuli lækka gjöld sín í áföngum. Þeir áfangar eru tilgreindir í ákvörðuninni. Í ákvörðuninni er jafnframt tekið fram, að lúkningarverð skuli vera orðið jafnt hjá öllum fyrirtækjunum, að hámarki 4 kr./mín. þann 1. janúar 2013, eða sú fjárhæð sem verðsamanburður PFS leiði í ljós sé um aðra fjárhæð að ræða. Einnig kemur fram að framangreind lækkun taki mið af kostnaðargreindu verði Símans frá 2010 en það verð taki mið af lúkningarverði hagkvæms rekens farsímafyrirtækis. Þá segir í ákvörðuninni að við verðsamanburð skuli „miðað við að ákvarðað verð [verði] ekki hærra en meðaltal þeirra EES-ríkja sem byggja á bottom-up LRIC kostnaðargreiningaraðferð þann 1. júlí á samanburðarári.“

Samkvæmt framansögðu skyldi lúkningarverð vera 4 kr./mín., nema verðsamanburður leiddi í ljós aðra fjárhæð. Ákvörðun nr. 3/2012 ber þannig með sér að sú fjárhæð sem tiltekin var í ákvörðuninni myndi breytast þegar verðsamanburður lægi fyrir. Þetta er skýrt nánar í viðauka A við ákvörðun nr. 32/2012 þar sem fram kemur að horfið hafi verið frá kostnaðargreiningu Símans sem viðmið fyrir lúkningarverði og í þess stað verði stuðst við verðsamanburð. Stuðst hafi verið við lúkningarverð í sjö EES ríkjum sem ákveðið hefðu að byggja á umræddri kostnaðargreiningaraðferð, þ.e. Belgíu, Bretland, Danmörku, Frakkland, Ítalíu, Portúgal og Spáni.

Með vísan til framangreinds telur úrskurðarnefnd að með ákvörðun nr. 3/2012 hafi PFS ákveðið að endanleg ákvörðun um lúkningarverð yrði byggð á verðsamanburði og að það verð

skyldi gilda ef það yrði lægra en 4 kr./mín. Jafnframt var tekin ákvörðun um hvaða aðferðafræði skyldi beitt við slíkan samanburð. Kærandi kærði ekki þá ákvörðun. Verður því ekki frekar fjallað um atriði í málatilbúnaði kæranda sem lúta að ákvörðun PFS um að lúkningarverð skuli ákvarðað á grundvelli verðsamanburðar og hvernig hann skuli fara fram. Þeim þætti kærunnar er því vísað frá úrskurðarnefndinni.

Liggur því fyrir að skoða hina kærðu ákvörðun með tilliti til ákvæða stjórnslulaga nr. 37/1993 og 32. gr. laga nr. 81/2003 um fjarskipti. Áður telur úrskurðarnefnd rétt að víkja nánar að samspili ákvörðunar nr. 3/2012 og hinnar kærðu ákvörðunar um framkvæmd hennar.

#### **4. Samspil ákvörðunar nr. 3/2012 og hinnar kærðu ákvörðunar**

Í hinni kærðu ákvörðun vísar PFS til boðaðrar árlegrar uppfærslu verðaðlögunar í ákvörðun nr. 3/2012, en í síðarnefndu ákvörðuninni segir: „PFS mun uppfæra verðaðlögunina árlega til samræmis við niðurstöður árlegs verðsamanburðar í kjölfar innanlandssamráðs og samráðs við ESA. Hinum árlega verðsamanburði skal lokið eigi síðar en 1. nóvember ár hvert og skal niðurstaðan ákvarða þau verð sem gilda skulu fyrir árið þar á eftir.“ Í hinni kærðu ákvörðun segir síðan að fyrsta verðsamanburði skuli því lokið eigi síðar en 1. nóvember 2012 vegna verða sem gilda myndu frá 1. janúar 2013.

Ákvörðun nr. 3/2012 var tekin 13. janúar 2012. Eins og áður hefur komið fram, kvað hún á um að lækka skyldi lúkningarverð í áföngum til 1. janúar 2013 en þá skyldi fjárhæðin vera orðin 4 kr./mín., eða önnur fjárhæð sem verðsamanburður samkvæmt ákvörðuninni kynni að leiða í ljós. Ákvörðunin snýr því annars vegar að því að lúkningarverð skuli lækka með tilteknum hætti á árinu 2012 og hins vegar að því verði sem skyldi gilda frá 1. janúar 2013. Þannig skyldi lúkningarverð kæranda vera 6,3 kr./mín. 1. janúar 2012, (óbreytt 1. mars 2012) en vera orðið 4 kr./mín. 1. janúar 2013, eða önnur fjárhæð sem verðsamanburður, þegar hann lægi fyrir, leiddi í ljós. Ákvörðun um lúkningarverð 1. janúar 2013 lá því þegar fyrir 13. janúar 2012. Hins vegar átti eftir að framkvæma verðsamanburð samkvæmt henni sem kæmi í stað 4 kr./mín. og var það gert með hinni kærðu ákvörðun. Hin kærða ákvörðun er þannig m.a. ákvörðun um lúkningarverð frá 1. janúar 2012. Hún getur því að mati úrskurðarnefndar ekki talist ákvörðun á grundvelli árlegrar endurskoðunar sem samkvæmt ákvörðun nr. 3/2012 skyldi miðuð við 1. nóvember ár hvert.

Að mati úrskurðarnefndar hlýtur árleg endurskoðun, sem samkvæmt ákvörðun nr. 3/2012 skyldi miðuð við 1. nóvember ár hvert, því að eiga sér stað í fyrsta skipti 1. nóvember 2013.

#### **5. Lög um fjarskipti**

Kærandi telur að PFS hafi með verðsamanburði í hinni kærðu ákvörðun farið út fyrir lagaheimildir sínar. PFS telur lagagrundvöllinn fyrir verðsamanburði koma skýrt fram í 4. mgr. 32. gr. fjarskiptalaga svo og í fordæmi úrskurðarnefndar.

Í 32. gr. laga um fjarskipti eru ákvæði um eftirlit með gjaldskráum fjarskiptafyrirtækja. Í 4. mgr. 32. gr. er kveðið á um þær aðferðir sem PFS getur notað við útreikning á kostnaði. Samkvæmt ákvæðinu getur PFS við slíkan útreikning tekið mið af rekstri sambærilegrar þjónustu sem telst hagkvæmlega rekin, tekið mið af gjaldskráum á sambærilegum samkeppnismörkuðum og notað kostnaðargreiningaraðferðir sem eru óháðar aðferðum fjarskiptafyrirtækisins.

Í ákvörðun nr. 3/2012 var tekin ákvörðun um að nota „bottom-up LRIC“ kostnaðargreiningaraðferð við ákvörðun um lúkningarverð á Íslandi. Jafnframt var ákveðið á grundvelli heimildar í tilmælum ESA að beita verðsamanburði við ákvörðun lúkningarverðs, í stað þess að innleiða eigið kostnaðarlíkan. Þá var ákveðið hvernig að verðsamanburði skyldi staðið. Af ákvörðun nr. 3/2012 verður ráðið að ákvörðun um lúkningarverð á grundvelli meðaltals þeirra ríkja sem ákveðið höfðu lúkningarverð á grundvelli „bottom-up LRIC“ kostnaðargreiningaraðferðarinnar uppfyllti kröfur 4. mgr. 32. gr. Í kafla 3 hér að framan var þeim atriðum sem snúa að ákvörðun nr. 3/2012 um að byggt skyldi á verðsamanburði og hvernig hann skyldi fara fram vísað frá úrskurðarnefndinni. Verður því ekki fjallað nánar um þetta atriði kærunnar af hálfu úrskurðarnefndar.

## 6. Rannsóknarreglan

Kærandi telur að við verðsamanburðinn hafi PFS ekki gætt að rannsóknarreglu 10. gr. stjórnisýslulaga og tryggt að málið væri nægjanlega upplýst áður en ákvörðun um breytt og verulega lækkað lúkningarverð hafi verið tekin.

PFS telur framkvæmd verðsamanburðarins vera í samræmi við ákvörðun 3/2012, svo og tilmæli ESB og ESA. Ekki þurfi að rannsaka mál með sama hætti þegar verðsamanburði sébeitt og þegar um kostnaðargreiningu sé að ræða.

Þeim þáttum kærunnar sem lúta að ákvörðun nr. 3/2012 er vísað frá úrskurðarnefndinni, sbr. kafla 3 hér að framan. Verður því ekki fjallað um sjónarmið kæranda um rannsóknarreglu sem tengjast þeirri ákvörðun. Athugun úrskurðarnefndar takmarkast því við rannsóknarskyldu PFS við framkvæmd hinnar kærðu ákvörðunar.

Samkvæmt hinni kærðu ákvörðun var lúkningarverð ákveðið 1,66 kr./mín. á grundvelli verðsamanburðar við ríki sem beittu „bottom-up LRIC“ kostnaðargreiningaraðferð. Samkvæmt gögnum málsins er framangreind fjárhæð meðaltalsverð þeirra sjö EES ríkja sem tekið höfðu ákvörðun um lúkningarverð samkvæmt framangreindri aðferð þegar ákvörðun nr. 32/2012 var tekin.

Í viðauka A með hinni kærðu ákvörðun kemur fram yfirlit yfir þau EES ríki sem til skoðunar voru fyrir verðsamanburð. Þar kemur m.a. fram hvaða aðferð hafi verið notuð til ákvörðunar lúkningarverðs í hverju landi og þau verð tilgreind sem lágu fyrir í júlí 2012. Þar er einnig sérstakt yfirlit yfir þau lönd sem notuðu umrædda kostnaðargreiningaraðferð með

upplýsingum um lúkningarverð. Gögn málsins bera því með sér að við töku hinnar kærðu ákvörðunar hafi PFS aflað nauðsynlegra upplýsinga um lúkningarverð samkvæmt þeirri aðferð sem fyrir lá að beita skyldi. Þessar upplýsingar lágu svo til grundvallar meðaltalsútreikningi PFS. Í ljósi framangreinds er það mat úrskurðarnefndar að rannsóknarskyldu PFS, sbr. 10. gr. stjórnsýslulaga, hafi verið fullnægt við undirbúning og töku hinnar kærðu ákvörðunar.

## 7. Meðalhófsregla

Kærandi telur PFS hafa brotið gegn meðalhófsreglu 12. gr. stjórnsýslulaga við töku hinnar kærðu ákvörðunar. Engin rök standi til þess að mati kæranda að ákvarða verðið svo lágt sem raun beri vitni frá þeim tíma sem ákvörðunin tilgreini. Lagaskylda standi ekki til þess.

PFS telur að stofnunin hafi gætt meðalhófs með því að fresta gildistöku hinnar kærðu ákvörðunar frá 1. janúar, eins og fyrirhugað hafi verið, til 1. júlí 2013.

Í hinni kærðu ákvörðun er vikið að tilmælum ESB og ESA og samráði PFS við ESA við undirbúning ákvörðunarinnar. Greint er frá því að ESA hafi bent á að frestun gildistöku lúkningarverðs á grundvelli umræddrar kostnaðargreiningaraðferðar væri ekki í fullu samræmi við tilmæli ESA frá 13. apríl 2011 um lúkningarverð. Hins vegar hafi ESA fallist á að fjarskiptaeftirlitsstofnanir hefðu svigrúm til þess að fresta gildistöku slíkra verða um tiltekinn tíma. Innleiðing lúkningarverðs sem byggðist á verðsamanburði við ríki innan EES sem beittu umræddri aðferðafræði í síðasta lagi frá og með 1. júlí væri, að mati ESA „fullnægjandi til að tryggja það að neytendur nytu hámarks ávinnings af kostnaðargreindum lúkningarverðum eins fljótt og unnt væri eftir 31. desember 2012, með því að útrýma samkeppnisvandamálum sem tengjast of háum lúkningarverðum.“

Í ákvörðun PFS kemur fram, að þrátt fyrir tábendingu ESA um að draga mætti úr bratta verðlækkunarferilsins með því að bæta við þrepum á tímabilinu 1. janúar til 1. júlí 2013, væri ákveðið að fresta gildistöku hins nýja verðs alfarið til 1. júlí. Með þessu móti teldi PFS að gætt væri meðalhófs gagnvart markaðsaðilum sem hefðu þá lengri tíma til þess að aðlaga rekstur sinn að þeirri lækkun sem ákvörðunin hefði í för með sér. Nánar er vikið að ástæðum frestunarinnar í viðaukum A og B með hinni kærðu ákvörðun og er ekki ástæða til að rekja þær frekar.

Samkvæmt viðauka A með hinni kærðu ákvörðun, höfðu aðeins sjö af þeim þrjátíu EES ríkjum sem til skoðunar voru fyrir verðsamanburð, ákvarðað lúkningarverð á grundvelli þeirrar aðferðafræði sem hér er til umfjöllunar þegar samanburður PFS fór fram. Ákvörðun um lúkningarverð á grundvelli þeirrar aðferðar sem mælt var fyrir um að beita skyldi í ákvörðun nr. 3/2012, var því byggð á meðaltali þessara sjö ríkja.

Í viðauka A segir einnig, að um helmingur ríkja á EES-svæðinu sem ákvarði lúkningarverð byggt á „pure bottom- up LRIC“ aðferð, verði búinn að taka upp slíka verðlagningu um mitt

næsta ár (2013), en líkur séu á að þau verði fleiri þegar upp verði staðið á þeim tímapunkti. Yfirlit í viðauka A með hinni kærðu ákvörðun sýna jafnframt, að lúkningarverð þessara ríkja er áberandi lægra en þeirra ríkja sem ákvarða lúkningarverð með öðrum hætti.

Að mati úrskurðarnefndar gefa þær aðstæður sem að framan er lýst tilefni til skoðunar á því hvort gildistaka framangreinds lúkningarverðs hafi verið tímabær.

Samkvæmt meðalhófsreglu 12. gr. stjórnslulaga skal stjórnvald því aðeins taka íþyngjandi ákvörðun þegar lögsmætu markmiði, sem að er stefnt, verður ekki náð með öðru og vægara móti. Skal þess þá gætt að ekki sé farið strangar í sakirnar en nauðsyn ber til.

Af hinni kærðu ákvörðun verður ráðið að ákvörðun um gildistöku lúkningarverðs á grundvelli verðsamanburðar hafi miðað að því að færa heildsölugjald fyrir lúkningu símtala hjá fjarskiptafyrirtækjum hér á landi sem fyrst til samræmis við tilmæli ESB og ESA svo og athugasemdir ESA. Að mati úrskurðarnefndar leikur ekki vafi á lögsmæti þessa markmiðs. Úrskurðarnefndin telur jafnframt að frestun gildistöku lúkningarverðs samkvæmt hinni kærðu ákvörðun hafi verið í samræmi við meðalhófsreglu stjórnslulaga að því leyti að með frestun mætti ná því markmiði sem að hafi verið stefnt með vægara móti en gildistaka 1. janúar 2013 hefði falið í sér.

Úrskurðarnefndin telur hins vegar að við ákvörðun um það hvenær lúkningarverð samkvæmt hinni kærðu ákvörðun kæmi til framkvæmdar hafi skipt máli að á þeim tíma sem verðsamanburðurinn fór fram höfðu aðeins sjö af þrjátíu samanburðarríkjum ákveðið að beita „bottom-up LRIC“ kostnaðargreiningaraðferð og ákveðið lúkningarverð á grundvelli hennar, með gildistöku fyrir eða frá 1. júlí 2013. Þótt fyrir hafi legið upplýsingar um að helmingur samanburðarríkjanna yrði búinn að taka upp verðlagningu á grundvelli þessarar aðferðar á miðju ári 2013, lágu ákvarðanir þeirra ríkja um fjárhæð lúkningarverðs ekki fyrir, á þeim tíma sem hin kærða ákvörðunin var tekin. Ályktanir um líkur á því að enn fleiri ríki hefðu tekið slíka kostnaðargreiningaraðferð upp bæta engu við forsendur ákvörðunarinnar. Hin kærða ákvörðun gat því aðeins byggt á meðaltali þeirra sjö samanburðarríkja sem unnt var að leggja til grundvallar.

Hér má geta þess að samkvæmt upplýsingum frá PFS, í júní 2013, hafi alls 20 lönd (þar með talin þau sjö lönd sem ákvörðun PFS lagði til grundvallar) ákveðið að byggja lúkningarverð á „pure-bottom-up LRIC“ kostnaðargreiningaraðferð. Í fimm þessara landa tóku slík verð gildi á tímabilinu 31. desember 2012 - 30. júní 2013. Til viðbótar mun ákvörðun um að beita umræddri kostnaðargreiningaraðferð taka gildi í átta löndum dagana 30. júní og 1. júlí 2013. Í sjö af þessum tuttugu löndum mun lúkningarverð ákveðið á grundvelli framangreindrar kostnaðargreiningaraðferðar taka gildi síðar á árinu 2013 eða á árinu 2014. Samkvæmt framansögðu hafa þrettán, eða tæplega helmingur EES ríkjanna, tekið upp „bottom-up LRIC“, kostnaðargreiningaraðferð á sama tíma og hin kærða ákvörðun kveður á um. Ekki liggja fyrir úrskurðarnefnd upplýsingar um hvort tekin hafi verið ákvörðun um fjárhæð lúkningarverðs í þessum ríkjum og ef svo er hver hún er.



Ljóst er af gögnum málsins að nokkur munur er á lúkningarverðum sem ákveðin eru á grundvelli „bottom-up LRIC“ kostnaðargreiningaraðferðar og öðrum aðferðum sem beitt hefur verið í þeim ríkjum sem samanburður PFS byggði á. Að sama skapi er nokkuð mikill munur á því lúkningarverði, sem gilda skyldi þar til verðsamanburður færi fram og því verði sem verðsamanburðurinn síðan leiddi í ljós. Að mati úrskurðarnefndar er því um íþyngjandi ákvörðun að ræða gagnvart kæranda.

Eins og áður segir telur úrskurðarnefnd það lögmætt markmið að færa lúkningarverð til samræmis við tilmæli ESA eins fljótt og auðið er. ESA hafði látið í ljós þá skoðun að innleiðing lúkningarverðs 1. júlí fullnægðu tilmælunum. Fyrir liggur hins vegar að aðeins sjö EES-ríki höfðu ákvarðað lúkningarverð á grundvelli „bottom-up LRIC“ kostnaðargreiningaraðferðar við töku hinnar kærðu ákvörðunar og að innan við helmingur þeirra þrjátíu ríkja sem verðsamanburðurinn tók til hafði ákveðið að lúkningarverð á þessum grundvelli skyldi taka gildi á sama tíma og hin kærða ákvörðun. Í ljósi þess annars vegar, hversu mörg samanburðarríkja höfðu ákveðið seinni gildistöku eða ekki tekið neina ákvörðun um upptöku umræddrar kostnaðargreiningaraðferðar, og hins vegar að um íþyngjandi ákvörðun var að ræða, telur úrskurðarnefnd ekki augljóst að gildistaka hins nýja lúkningarverðs þann 1. júlí 2013 á Íslandi hafi verið nauðsynleg. Það er mat úrskurðarnefndar að ná hefði mátt því markmiði að samræma lúkningarverð við þau ríki sem samanburðurinn tekur til með lengri frestun á gildistöku lúkningarverðs 1,66 kr./mín.

Með vísan til framangreinds er það mat úrskurðarnefndar að ekki hafi verið nauðsynlegt að láta það lúkningarverð sem ákveðið var í hinni kærðu ákvörðun gilda frá 1. júlí 2013. Lengri frestur á gildistöku lúkningarverðs samkvæmt hinni kærðu ákvörðun hefði verið í betra samræmi við meðalhófsreglu stjórnarsýslulaga. Af þeim sökum er rétt að fella úr gildi þann þátt hinnar kærðu ákvörðunar sem snýr að gildistöku hennar 1. júlí 2013. Gerir úrskurðarnefnd þá ráð fyrir að ákvörðun sem tekin verði í kjölfar úrskurðar þessa, um upphafstíma lúkningarverðs samkvæmt hinni kærðu ákvörðun, gildi þar til árleg endurskoðun sem boðuð var með ákvörðun 3/2012 hafi farið fram og tekið gildi.

## 8.

Í máli þessu er vísað frá úrskurðarnefndinni þeim þáttum sem lúta að ákvörðun nr. 3/2012 um að lúkningarverð skuli ákvarðað á grundvelli verðsamanburðar og hvernig hann skuli fara fram. Þar undir falla þeir þættir kærunnar sem snúa að lagaheimild þeirrar ákvörðunar og rannsóknarreglu 10. gr. stjórnarsýslulaga. Í hinni kærðu ákvörðun um framkvæmd framangreindrar ákvörðunar, var tekin ákvörðun um fjárhæð lúkningarverðs. Var þar byggt á þeirri aðferðafræði sem ákveðin var í ákvörðun nr. 3/2012. Telur úrskurðarnefnd því ekki efni til þess að hrófla við þeirri niðurstöðu.

Með hliðsjón af stöðu innleiðingar „bottom-up LRIC“ kostnaðargreiningaraðferðar í samanburðarlöndunum við töku hinnar kærðu ákvörðunar, íþyngjandi eðli hennar og með vísan til meðalhófsreglu 12. gr. stjórnarsýslulaga, er það niðurstaða úrskurðarnefndar að fella beri ákvörðun um gildistöku lúkningarverðs samkvæmt hinni kærðu ákvörðun úr gildi.

Vilji aðili ekki una úrskurði nefndarinnar getur hann borið úrskurðinn undir dómstóla, en slíkt mál skal höfðað innan sex mánaða frá því að viðkomandi fékk vitneskju um úrskurð nefndarinnar, sbr. 3. mgr. 13. gr. laga nr. 69/2003 um Póst- og fjarskiptastofnun.

### IX. Úrskurðarorð

Felldur er gildi sá hluti ákvörðunar nr. 32/2012 um að heildsölugjöld fyrir lúkningu símtala í einstökum farsímanetum á Íslandi skuli taka gildi 1. júlí 2013.

Málskostnaður nefndarinnar er 1.182.000 kr.

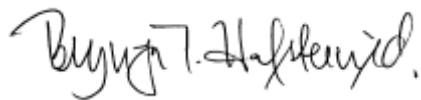
Kærandi greiði málskostnað að fjárhæð 827.400 kr. að frádregnu málskotsgjaldi kr. 150.000 kr.

Ríkissjóður beri málskostnað að fjárhæð 354.600 kr.

Reykjavík, 30. júní 2013.



Margrét Vala Kristjánsdóttir



Brynja I. Hafsteinsdóttir



Kirstín Þ. Flygenring