

Úrskurður
úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála
í máli nr. 8/2015

Kæra Mílu á ákvörðun PFS nr. 21/2015

I. Hin kærða ákvörðun og kröfur málsaðila

Með kæru, dags. 8. september 2015, hefur Míla ehf. kært ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar (PFS) nr. 21/2015, dags. 12. ágúst 2015, *um útnefningu fyrirtækis með umtalsverðan markaðsstyrk og álagningu kvaða á heildsölumarkaði fyrir stofnlínuhluta leigulína (fyrrum markaður 14).*

Í hinni kærðu ákvörðun var kærandi útnefndur með umtalsverðan markaðsstyrk á heildsölumarkaði fyrir stofnlínuhluta leigulína og kvaðir lagðar á um aðgang, jafnræði, gagnsæi, bókhaldslegan aðskilnað og eftirlit með gjaldskrá, þ.m.t. kostnaðarbókhald.

Af hálfu kæranda er þess í fyrsta lagi krafist að frestað verði réttaráhrifum hinnar kærðu ákvörðunar. Með úrskurði úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála, dags. 3. nóvember 2015, var kröfunni hafnað. Af hálfu kæranda er þess í öðru lagi krafist að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi.

PFS krefst þess að úrskurðarnefnd hafni kröfu kæranda og staðfesti hina kærðu ákvörðun.

II. Helstu málsatvik

Með hinni kærðu ákvörðun PFS, nr. 21/2015, útnefndi PFS kæranda með umtalsverðan markaðsstyrk á heildsölumarkaði fyrir stofnlínuhluta leigulína (fyrrum markaður 14). Í hinni kærðu ákvörðun kemur fram að útnefningin hafi verið gerð með hliðsjón af markaðsskilgreiningu og greiningu á samkeppni á heildsölumarkaði fyrir stofnlínuhluta leigulína og í samræmi við 2. mgr. 17. gr., sbr. 18. gr., laga um fjarskipti nr. 81/2003 (fjarskiptalög). Með hinni kærðu ákvörðun voru einnig lagðar á kæranda tilteknar kvaðir samkvæmt heimild í 27. gr. fjarskiptalaga. Var kvöðum sem lagðar voru á kæranda árið 2007 að mestu viðhaldið í óbreyttu formi, en þó var um að ræða einstaka breytingar á útfærslu, s.s. varðandi kostnaðargreiningaraðferð og birtingu bókhaldsupplýsinga. Í hinni kærðu ákvörðun eru tilgreindar sex kvaðir sem komu í stað þeirra kvaða sem lagðar voru á kæranda með ákvörðun PFS nr. 20/2007.

Í fyrsta lagi er lögð kvöð á kæranda um að veita aðgang, með vísan til 28. gr. og 33. gr. fjarskiptalaga. Í kvöðinni felst að kærandi skuli verða við eðlilegum og sanngjörnum beiðnum um aðgang að stofnlínuhluta leigulína og tengdri þjónustu á heildsölustigi. Kvöðin felur einnig í sér að kærandi skuli m.a. verða við eðlilegum og sanngjörnum beiðnum um aðgang til endursölu, samnýtingu eða samhýsinga, opinn aðgang að tæknisniðflötum, samskiptareglum og annarri tækni sem tryggir gagnvirka þjónustu og

samtengingu neta, aðgangi að stoðkerfum og viðeigandi upplýsingum, ásamt því að kærandi skuli tilkynna allar tæknilegar yfirfærslur með tilteknum fyrirvara. Kærandi skal birta lista yfir fyrirhugaðar jarðvegs- og lagnaframkvæmdir með sex mánaða fyrirvara. Þá skal kærandi tilkynna markaðsaðilum um allar breytingar á kerfishögun sem líklegar eru til að breyta samkeppnishæfni fyrirtækja á markaðnum með að lágmarki 5 ára fyrirvara.

Aðgang sem kærandi hefur þegar veitt öðrum, hvort sem er með framboði á leigulínum eða með aðgangi að aðstöðu, má kærandi ekki draga til baka nema með samþykki PFS. Kærandi skal tryggja að sú þjónusta sem er fyrir hendi, standi áfram til boða í hæfilegan tíma og einungis er heimilt að fella niður þjónustu í samráði við hlutaðeigandi notendur og með samþykki PFS. Ef þjónusta er lögð niður skal tilkynna hlutaðeigandi fjarskiptafyrirtækjum og PFS um fyrirhugaðar breytingar eins fljótt og unnt er og eigi síðar en sex mánuðum fyrir áætlaða breytingu. Samkvæmt kvöðinni skal samningum um aðgang og samtengingu við leigunet kæranda jafnframt ljúka innan eðlilegra tímamarka og án óþarfa tafa. Synjun um aðgang þarf kærandi að rökstyðja með fullnægjandi hætti.

Í öðru lagi er lögð á kæranda kvöð um jafnræði. Með vísan til 30. gr. fjarskiptalaga lagði PFS, nánar tiltekið, þá kvöð á kæranda að gæta jafnræðis á heildsölumarkaði fyrir stofnlínuhluta leigulína, bæði hvað varðar verð og önnur skilyrði. Í kvöðinni felst að kærandi skal veita öllum kaupendum á leigulínum, þ.m.t. eigin einingum, þjónustu með sambærilegum skilmálum, verðum, gæðum í framboði á hröðum, flutningsmiðlum og samskiptareglum. Kærandi skal afhenda PFS gjaldskrá fyrir alla hraða og allar samskiptareglur og staðfesta að enginn munur sé á afgreiðslu gagnvart tengdum og ótengdum aðilum. Upplýsingar um aðgang að leigulínum og tengda þjónstu skulu vera aðgengilegar öðrum fjarskiptafyrirtækjum til jafns við tengda aðila. Ótengdum aðilum skal tilkynnt um útbreiðslu, uppbyggingu og aðra þróun leigulínuþjónustu með sama fyrirvara og tengdum aðilum kæranda og skal sá frestur ekki vera skemmri en sex mánuðir. Þá skal kærandi veita tengdum sem ótengdum aðilum færi á að hafa áhrif á þróun nýrrar heildsöluvöru, nýframkvæmda og fyrirhugaðra tengiskil.

Til þess að tryggja að kærandi fari að kvöðinni getur PFS framkvæmt tæknilega og/eða efnahagslega athugun á því hvort ótengdir aðilar geti líkt eftir vöruframboði tengdra aðila með sjálfbærum hætti. Verði niðurstaða PFS sú að ótengdir aðilar geti ekki leikið eftir vöruframboð tengdra aðila, af tæknilegum eða efnahagslegum ástæðum, getur PFS fyrirskipað kæranda að breyta vöruframboði sínu og/eða bjóða fram nýja heildsöluvöru svo ótengdir aðilar geti leikið eftir vöruframboð hins tengda aðila á eðlilegum viðskiptalegum forsendum.

Í kvöðinni felst einnig að kærandi skal gera gæðaviðmiðunarsamninga við alla kaupendur á leigulínum í stofnlínuhluta þar sem m.a. skal kveðið á um gæði þjónustu og atriði sem varða jafnræði og eru talin upp í þeim kvöðum sem PFS hyggst leggja á kæranda á viðkomandi markaði. Þá hyggst PFS leggja þá kvöð á kæranda að gefa út sérstaka yfirlýsingu um gæðatryggingu. Til að tryggja að kærandi fari að jafnræðiskvöðinni og geri

gæðaviðmiðunarsamninga hyggst PFS leggja þá kvöð á kæranda að safna saman og birta reglulega ákveðna lykil frammistöðuþætti. Þjónustusamningar, yfirlýsing um gæðatryggingu og lykilframmistöðuþættir skulu birtir innan sex mánaða frá birtingu ákvörðunar á viðkomandi markaði. Skal kærandi haga starfsemi sinni með þeim hætti að meðferð upplýsinga sé í samræmi við 26. gr. fjarskiptalaga. Óheimilt sé að afhenda öðrum upplýsingar um viðskipti við önnur fyrirtæki um væntanleg kaup, þ.á.m. öðrum deildum Símasamstæðunnar, dótturfyrirtækjum eða samstarfsaðilum.

Í þriðja lagi er lögð á kæranda kvöð um gagnsæi með vísan til heimildar í 29. gr. fjarskiptalaga. Í því felst að kærandi skal birta opinberlega sundurliðað viðmiðunartilboð um stofnlínuhluta leigulína og tengda aðstöðu og þjónustu. Birting á vefsíðu kæranda telst fullnægjandi. Viðmiðunartilboðið skal vera sundurliðað í samræmi við þarfir markaðarins og skal innihalda lýsingu á skilmálum og skilyrðum kæranda ásamt tilheyrandi verðskrá. Kærandi skal birta viðmiðunartilboð í samræmi við lýsingu sem fram kemur í viðauka A við hina kærðu ákvörðun og uppfæra það eftir því sem þörf verður á. Ef viðmiðunartilboð kæranda telst ekki fullnægjandi fyrir markaðinn getur PFS mælt fyrir um breytingar, til samræmis við 2. mgr. 29. gr. fjarskiptalaga. Allar breytingar á viðmiðunartilboði skal leggja fyrir PFS til samþykktar með hæfilegum fyrirvara og taka þær ekki gildi nema með samþykki PFS. Kærandi skal senda PFS alla samninga sem gerðir eru um stofnlínuhluta leigulína í heildsölu.

Í fjórða lagi er í hinni kærðu ákvörðun lögð á kæranda kvöð um bókhaldslega aðgreiningu með vísan til heimildar í 31. gr. fjarskiptalaga. Slíkur aðskilnaður skal samkvæmt kvöðinni fela í sér að lágmarki að rekstur heildsölu leigulína sé bókhaldslega aðskilinn frá öðrum rekstri. Heildsöluverð kæranda og verð innan fyrirtækisins skulu vera gagnsæ, m.a. til að koma í veg fyrir óréttmætar niðurgreiðslur. Kærandi skal aðgreina í bókhaldi sínu tekjur, gjöld, eignir og skuldir fyrir aðgang að stofnlínuhluta leigulína sinna. Kæranda ber að afhenda PFS árlega sérgreindan rekstrar- og efnahagsreikning fyrir starfsemi leigulína sinna ásamt yfirliti yfir kostnaðarliði. Skulu yfirlitin berast PFS eigi síðar en fimm mánuðum eftir lok reikningsárs. Kærandi skal á sama tíma skila álitserð óháðs endurskoðunaraðila til PFS um að samræmi sé milli lýsingar kæranda til PFS um það hvernig kostnaði sé skipt og framkvæmdar á bókhaldslegum aðskilnaði kæranda.

Í fimmta lagi er lögð á kæranda kvöð um eftirlit með gjaldskrá með vísan til 32. gr. fjarskiptalaga. Í kvöðinni felst að gjaldskrá vegna heildsöluþjónustu fyrir stofnlínuhluta leigulína fyrirtækisins sé kostnaðarviðmiðuð. Við ákvörðun verðs fyrir stofnlínuhluta leigulína skal beita kostnaðargreiningaraðferð sem byggir á sögulegum kostnaði sem er heimfærður á viðkomandi þjónustur (HCA FAC). Við framkvæmd kostnaðargreiningar skal kærandi byggja á IV. kafla reglugerðar nr. 564/2011, um bókhald og kostnaðargreiningu í rekstri fjarskiptafyrirtækja, s.s. um mat rekstrarfjármuna, líftíma og ávöxtunarkröfu. Jafnframt skal tekið tillit til afstöðu PFS um forsendur og útreikninga sem fram komu í ákvörðun PFS nr. 14/2011.

Í kvöðinni felst einnig að PFS getur farið fram á endurskoðun á niðurstöðu kæranda, ef kostnaðargreining kæranda fyrir stofnlínuhluta leigulína skilar niðurstöðu sem PFS telur ekki ásættanlega þegar horft er til verðlagsþróunar og þróunar gjaldskráa á sambærilegum samkeppnismörkuðum. Í slíkum tilvikum mun PFS leggja fyrir kæranda að endurskoða þær forsendur sem lagðar eru til grundvallar við mat á virði þeirra fjárfestinga sem krafist er til að inna af hendi viðkomandi þjónustu, í þeim tilgangi að skila niðurstöðu sem er í samræmi við framangreind sjónarmið og markmið framkvæmdarstjórnar ESB um að stuðla að samkeppni og bæta fjárfestingaumhverfi á fjarskiptamarkaði.

Kostnaðargreiningin skal byggja á tilteknum meginforsendum, m.a. þeirri forsendu að heimfærsla kostnaðar byggi á bókhaldslegum aðskilnaði stofnlínunets, eignabókhaldi kæranda og kostnaði úr bókhaldskerfi kæranda þar sem rekstrarkostnaður er skráður á bókhaldslykla. Þá skal einnig byggt á þeim forsendum að kostnaðargrunnur er sögulegur kostnaður (HCA) kæranda, rekstrarkostnaður byggi á síðastliðnu fjárhagsári hverju sinni, nota skuli afskriftaraðferð sem endurspegli nýtingarvirði eignar o.fl.

Skal kærandi tryggja á hverjum tíma að gjaldskrár innihaldi alla þá heildsölupjónustu á markaði fyrir stofnlínuhluta leigulína sem er í boði hjá kæranda til eigin eininga og tengdra fyrirtækja. Einnig ber kæranda að endurskoða vöruframboð í gjaldskrá sinni í takt við þarfir markaðarins á hverjum tíma og ef sanngjarnar beiðnir berast í samræmi við aðgangskvöð. Allar viðbætur á gjaldskránni skulu fyrirfram samþykktar af PFS og taka ekki gildi fyrr en slíkt samþykki hefur verið veitt, að undangengnu innanlandssamráði og samráði við ESA og aðrar eftirlitsstofnanir á EES svæðinu. Kæranda er heimilt að bjóða í gjaldskrá mismunandi flokka tengileiða ef þeir byggja á kostnaðarviðmiði og janfræði milli aðila.

Gjaldskrár kæranda skulu vera auðskiljanlegar og taka mið af þremur meginreglum. Meginreglurnar eru þess efnis að gjaldskrár skulu byggja á kostnaði og fara eftir hlutlægum viðmiðunum eins og afköstum og vegalengdum, taka mið af öllum þjónustubáttum sem innifaldir eru í viðkomandi þjónustu og skulu að jafnaði skiptast í stofngjald og afnotagjald. Þegar önnur skipting er notuð skal hún fara eftir hlutlægum viðmiðum.

Þá kemur fram að PFS telji að kærandi skuli á næstu árum stefna að breytingum á gjaldskrám með þeim hætti að eingöngu verði um að ræða fast afnotagjald á mánuði óháð vegalengd þar sem því verður við komið, en byggt sé á afköstum og þeim þjónustubáttum sem innifaldir eru í viðkomandi þjónustu.

Þá er mælt fyrir um að gjaldskrár kæranda fyrir stofnlínuhluta leigulína skuli endurskoðaðar eigi síðar en fyrir árslok 2016 og síðan árlega í samræmi við uppfærslu kostnaðargreininga í samræmi við þróun magns og kostnaðar. Nýjar heildsöluskrár fyrir

stofnlínuhluta leigulína taka ekki gildi fyrr en samþykki PFS liggur fyrir í kjölfar innanlandssamráðs og samráðs við ESA hverju sinni.

Í sjötta lagi er lögð kvöð á kæranda samkvæmt 32. gr. fjarskiptalaga, um kostnaðarbókhald á ákveðnum tegundum samtengingar eða aðgangs í samræmi við kostnaðarviðmiðaða gjaldskrá. Kvöðin nær yfir þá þætti fjarskiptastarfsemi kæranda sem þarf til þess að veita aðgang að stofnlínuhluta leigulína. Kærandi skal afhenda PFS lýsingu á kostnaðarbókhaldinu varðandi stofnlínuhluta leigulína, þar sem fram koma m.a. kostnaðarflokkar, kostnaðarliðir og tenging þeirra við kostnaðarvaka.

Kærandi skal eigi síðar en sex mánuðum eftir birtingu ákvörðunar um viðkomandi markað afhenda PFS lýsingu á kostnaðarbókhaldi fyrir stofnlínuhluta leigulína og tengda aðstöðu og birta helstu kostnaðarflokka og reglur sem notaðar eru til að úthluta kostnaði. Kærandi skal samtímis skila til PFS skýrslu frá óháðum endurskoðunaraðila um að samræmi sé milli lýsingar kæranda til PFS á kostnaðarskiptingu og útfærslu á kostnaðarbókhaldskerfi kæranda.

Hinni kærðu ákvörðun fylgdu tveir viðaukar. Í viðauka A við hina kærðu ákvörðun er að finna markaðsgreiningu PFS fyrir heildsölumarkað fyrir stofnlínuhluta leigulína sem hin kærða ákvörðun byggist á. Í viðauka B við hina kærðu ákvörðun eru niðurstöður úr samráði um frumdrög að markaðsgreiningu á heildsölumarkaði fyrir stofnlínuhluta leigulína.

III. Helstu sjónarmið aðila máls og PFS

1.

Kærandi gerir þá kröfu að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi. Um kæruefnið og málavexti vísar kærandi til hinnar kærðu ákvörðunar, en kærandi mótmælir málavaxtalýsingunni að því leyti sem hún gengur í berhögg við málatilbúnað sinn.

Í kærinni er gerð grein fyrir samráði PFS við fjarskiptafyrirtæki og Samkeppniseftirlitið sem var undanfari hinnar kærðu ákvörðunar. Kærandi bendir á að í viðauka A við hina kærðu ákvörðun sé að finna hina svokölluðu markaðsgreiningu, sem hin kærða ákvörðun byggir á og í viðauka B við hina kærðu ákvörðun sé að finna athugasemdir sem hafi borist frá hagsmunaaðilum, þ.m.t. kæranda. Kærandi gerir í kærðu grein fyrir umfjöllun viðauka A við hina kærðu ákvörðun, í því skyni að skýra samhengi málsins.

Bendir kærandi á umfjöllun í viðauka A, þar sem fjallað er um skyldur PFS samkvæmt fjarskiptalögum til að skilgreina ákveðna fjarskiptamarkaði eftir þjónustutegundum og landsvæðum í samræmi við meginreglur samkeppnisréttar og skuldbindingar samkvæmt EES-samningnum. Kærandi bendir á að framkvæmdastjórn ESB hafi gefið út leiðbeiningar og tilmæli um markaðsgreiningar, annars vegar leiðbeiningar um markaðsgreiningu og mat á umtalsverðum markaðsstyrk og hins vegar tilmæli um viðkomandi markaði. Eftirlitsstofnun EFTA (ESA) hafi einnig gefið út leiðbeiningar og tilmæli.

Þá vísar kærandi til umfjöllunar í viðauka A við hina kærðu ákvörðun, þar sem fram kemur að reglugerð hafi verið sett um markaðsgreiningar, sbr. reglugerð nr. 741/2009, um markaðsgreiningar á sviði fjarskipta. Reglugerðin sé eðli málsins samkvæmt sú réttarheimild sem gildi að íslenskum rétti þegar markaðsgreiningar eru annars vegar, og taki m.a. mið af áðurgreindum leiðbeiningum og tilmælum framkvæmdastjórnarinnar ESB og ESA.

Kærandi vísar einnig til umfjöllunar í viðauka A við hina kærðu ákvörðun, þar sem PFS kveðst hafa haft hliðsjón af skýrslu Samtaka evrópskra fjarskiptaeftirlitsstofnana (ERG) um kvaðir sem leggja megi á fjarskiptafyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk til að efla samkeppni, ásamt fleiri skýrslum BEREC, sem sé sú stofnun sem tekið hafi við af ERG á árinu 2010. Telur kærandi að þegar markaðsgreiningin í viðauka A sé lesin, sbr. meðal annars skilgreining hins landfræðilega markaðar í kafla 4, komi í ljós að PFS styðjist í verulegum atriðum við skýrslu frá árinu 2008 sem Samtök evrópskra fjarskiptaftirlitsstofnana hafi gefið út og hafi falið í sér sameiginlega afstöðu fjarskiptayfirvalda til ýmissa atriða varðandi landfræðilega greiningu markaða. Kærandi telur að fyrir slíku sé engin stoð. Reifi PFS markaðsgreiningar frá öðrum löndum, sem vísað sé til í skýrslu ERG og komi fram í viðauka A að fordæmi sýni að hinn markaðsráðandi aðili þurfi almennt að vera kominn niður í a.m.k. 40-50% markaðshlutdeild á umræddu svæði og fjarskiptainviðir verði að vera fleiri en tveir svo unnt sé að tala um virka samkeppni og unnt sé að aflétta kvöðum. Þá segi að BEREC hafi í þessari skýrslu og öðrum nýlegum gögnum komist að þeirri niðurstöðu að erfitt sé að ná fram virkri samkeppni þar sem aðeins tvö net séu til staðar. Kærandi telur hins vegar PFS heimfæra þessar markaðsgreiningar gagnrýnislaust upp á íslenska fjarskiptamarkaðinn, án þess að gefa því neinn sérstakan gaum að atvik og aðstæður séu breytilegar frá einu landi til annars og að mat á því hvort aðili sé markaðsráðandi ráðist m.a. af styrk keppinauta. Kærandi telur alls ekki vera einhlítt að slík markaðshlutdeild skapi markaðsráðandi stöðu og vísar kærandi til meginreglna samkeppnisréttar í því sambandi, sbr. 16. gr. fjarskiptalaga þar sem fram komi að PFS skuli skilgreina þjónustu- eða vörumarkaði og landfræðilega markaði í samræmi við meginreglur samkeppnisréttar.

Þá rekur kærandi skilgreiningar PFS í viðauka A á þjónustumarkaði annars vegar og hins vegar á hinum landfræðilega markaði. Kemur fram að kærandi amist ekki við skilgreiningu PFS á þjónustumarkaði, án þess að í því felist viðurkenning á skilgreiningunni. Þá vísar kærandi til þess að í kafla 3 í viðauka A sé fjallað almennt um þróun og stöðu á markaðnum, þ.á.m. stöðu kæranda, Gagnaveitu Reykjavíkur ehf. (GR), sem sé dótturfélag Orkuveitunnar, Vodafone og Orkufjarskipta hf. Telur kærandi umfjöllun PFS hvað þetta varði gildishlaðna þegar kærandi sé annars vegar líkt og raunar öll hin kærða ákvörðun. Hafi GR undanfarin ár lagt ljósleiðaranet á því svæði sem OR þjóni. Þá tekur kærandi fram að í umræddum viðauka sé einnig að finna skýringarmynd, sem sýni útbreiðslu stofnlínunets GR, en líkt og hún beri með sér nái útbreiðslan til stórra hluta höfuðborgarsvæðisins, þótt PFS reyni í lengstu lög að draga úr því. Endurspeglit það í því

að GR sé með umtalsverða markaðshlutdeild á höfuðborgarsvæðinu eða [...]%. Þá bendir kærandi á að einnig komi fram að GR sé ekki með sérstaka heildsöluverðskrá á samböndum sínum en geri tilboð hverju sinni samkvæmt óskum kaupenda. GR sé virkt á heildsölumarkaði þegar stofnlínunet séu annars vegar.

Þá fjallar kærandi um skilgreiningu PFS á landfræðilega markaðnum. Markaðurinn sé skilgreindur sem landið allt og tekur kærandi fram að um sé að ræða frávík frá ákvörðun PFS nr. 20/2007. Að mati kæranda sé niðurstaða PFS um hinn landfræðilega markað í andstöðu við meginreglur samkeppnisréttar, sem sé sú réttarheimild sem eigi að styðjast við að íslenskum lögum við markaðsgreiningu, en ekki einhliða skýrslur samtaka eftirlitsaðila sem taki eðli málsins samkvæmt ekki mið af sérstökum aðstæðum sem séu hér á landi. Þá geti engu breytt þótt ESA hafi ekki gert sérstakar athugasemdir við markaðsgreininguna, hafi stofnunin ekki mikla innsýn í uppbyggingu og innviði fjarskiptamarkaðarins, heldur reiði sig fyrst og síðast á PFS, þ.á.m. þær forsendur sem PFS leggi til grundvallar sínum ákvörðunum. Sama sé að segja um Samkeppniseftirlitið.

Þá vísar kærandi til umfjöllunar í viðauka A um skilgreiningu hins landfræðilega markaðar, þ.m.t. markaðshlutdeild kæranda á höfuðborgarsvæðinu og á landinu öllu. Einnig sé fjallað um markaðshlutdeild annarra aðila á markaðnum í þessu sambandi. Telur kærandi ályktun PFS og forsendu markaðsskilgreiningar stofnunarinnar ranga. Ekki standist að markaðsaðstæður séu í öllum meginatriðum sambærilegar á landinu öllu og því engin ástæða til að gera m.a. greinarmun á höfuðborgarsvæðinu (og eftir atvikum öðrum svæðum sem starfsemi GR nái til) annars vegar og á landsbyggðinni hins vegar. Í öllu falli telur kærandi ljóst að því fari fjarri, m.a. með tilliti til 10. gr. stjórnáskýslulaga, nr. 37/1993, um rannsóknarskyldu stjórnvalda, og í ljósi hversu íþyngjandi ákvörðunin sé í garð kæranda, að einföld forathugun nægi og þörf sé á ítarlegri greiningu.

Þá vísar kærandi til umfjöllunar PFS um hið svokallaða þriggja skilyrða próf, þ.e.a.s. hvort um sé að ræða svo miklar og viðvarandi aðgangshindranir, að ekki sé að vænta virkrar samkeppni á tímabilinu sem miðað sé við og að beiting gildandi samkeppnisréttar myndi ekki nægja ein og sér til að bæta úr þar sem markaðurinn hafi brugðist. Bendir kærandi á að öll þessi umfjöllun taki mið af áðurgreindri skilgreiningu hins landfræðilega markaðar og raunar sé sneitt framhjá þeirri staðreynd að GR hafi umtalsverða markaðshlutdeild á höfuðborgarsvæðinu. Bendir kærandi á að PFS láti með öllu hjá líða að fjalla um stöðu GR á höfuðborgarsvæðinu og á öðrum svæðum sem stofnlínunet GR nái til. PFS einblíni þess í stað á landið allt og smærri markaðsaðila, enda með engu móti, svo vel sé og í samræmi við meginreglur samkeppnisréttar, hægt að heimfæra umfjöllunina upp á höfuðborgarsvæðið (og önnur svæði sem stofnlínunet GR nái til) og markaðsaðstæður þar. Þar sem niðurstöður þriggja skilyrða prófsins séu samandregnar sé enn og aftur horft fram hjá höfuðborgarsvæðinu (og öðrum svæðum sem stofnlínunet GR nái til), og þess í stað dregin fram sú einfalda mynd að hlutdeild kæranda sé „mjög há“ en markaðshlutdeild annarra markaðsaðila „mjög lág“. PFS kjósi þannig að horfa fram hjá því að

markaðshlutdeild GR á langstærsta markaðssvæðinu er [...]%, sem teljist seint „mjög lág“.

Þá vísar kærandi til umfjöllunar í viðauka A við hina kærðu ákvörðun, þar sem m.a. er fjallað um markaðshlutdeild fyrirtækja, þ.á.m. kæranda. Kærandi telur umfjöllunina sama annmarka háð. Sem fyrr reyni PFS að draga fram mjög einfaldaða mynd af meginreglum samkeppnisréttar. Telur kærandi PFS láta hjá líða að nefna að samkvæmt meginreglum samkeppnisréttar sé það alls ekki alltaf svo að hærri markaðshlutdeild en þarna er vísað til verði talin til marks um markaðsráðandi stöðu, þá sér í lagi ef keppinautur búi yfir umtalsverðri markaðshlutdeild, sé sterkt fyrirtæki og kaupendur í sterkri stöðu, sem hér eigi einmitt við. Síðan sé markaðshlutdeild aðila, sem fyrr, miðuð við landið allt. Telur kærandi m.a. látið hjá líða að geta þess að GR er dótturfélag OR sem sé óumdeilt eitt stærsta fyrirtæki landsins.

Tekur kærandi fram að síðan sé fjallað um álagningu kvaða og lagðar á nánar tilgreindar kvaðir út frá fyrri forsendum.

Því næst vísar kærandi að sjónarmiðum sínum. Af hálfu kæranda sé byggt á öllum sömu málsástæðum og lagarökum og byggt hafi verið á fyrir PFS. Vísar kærandi til ítarlegra skriflegra athugasemda sinna á hinu lægra stjórnslustigi, en þau atriði hvert um sig og saman, leiði að mati kæranda til ógildingar hinnar kærðu ákvörðunar, raunar bæði um form og efni.

Kærandi telur rétt að leggja sérstaka áherslu á að fyrrgreind markaðsskilgreining, þ.á.m. skilgreining hins landfræðilega markaðar standist ekki og bresti því forsendur ákvörðunarinnar sem leiðir þá til ógildingar hennar. Í öllu falli sé þörf á svokallaðri ítarlegri greiningu, sbr. einnig 10. gr. laga nr. 37/1993 og meginreglur stjórnsluréttar. Loks telur kærandi að umfjöllun um svokallaðar innri og ytri tekjur ekki standast skoðun.

Hvað varði skilgreiningu PFS á hinum landfræðilega markaði tekur kærandi fram að PFS hafi við mat á umtalsverðum markaðsstyrk einkum litið til skilgreiningar á markaðsráðandi stöðu, sbr. einnig 2. gr. reglugerðar nr. 741/2009, þar sem segi að fyrirtæki teljist hafa umtalsverðan markaðsstyrk ef það eitt sér eða með öðrum hafi þann efnahagslega styrkleika á ákveðnum markaði að geta hindrað virka samkeppni og það geti að verulegu leyti starfað án þess að taka tillit til keppinauta, viðskiptavina og neytenda. Því verði að miða við hvort umfjöllun PFS sé í samræmi við kröfur og meginreglur samkeppnisréttarins hvað þessi atriði áhræri, en reglugerð nr. 741/2009, sé raunar ætlað að vera í samræmi við fyrirmæli laga nr. 44/2005 og meginreglur samkeppnisréttar í þessu tilliti.

Þá vísar kærandi til leiðbeininga framkvæmdarstjórnar ESB, Commission notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law. Segir kærandi PFS ekki vísja að leiðbeiningunum og bendir kærandi á 2. gr., hluta 8. gr., og 28-

31. gr. þeirra. Telur kærandi ákvæðin bera með sér viðtekna dómaframingu á sviði evrópsks samkeppnisréttar og endurspegla að við mat á afmörkun hins landfræðilega markaðar skuli leitast við að skilgreina svæði þar sem markaðsaðstæður séu því sem næst sambærilegar og um leið aðgreinanlegar frá öðrum svæðum vegna mismunandi samkeppnisskilyrða. Tilgangurinn sé að greina hvort, á einstökum landsvæðum séu fyrir hendi mismunandi markaðsaðstæður og þar með mismunandi hömlur á því hvernig fyrirtæki geta hegðað sér á markaði með tilliti til stöðu samkeppnisaðila.

Þegar litið sé til þessa sé að mati kæranda engum vafa háð að höfuðborgarsvæðið (og raunar önnur svæði sem stofnlínunet GR nái til) sé skýrt aðgreinanlegt frá landinu að öðru leyti í samkeppnislegu tilliti. Á höfuðborgarsvæðinu (og öðrum svæðum sem stofnlínunet GR nái til) séu starfrækt tvö fyrirtæki með sterka markaðsstöðu, þ.e.a.s. kærandi annars vegar og GR hins vegar. Stofnlínunet GR nái til stórra hluta höfuðborgarsvæðisins sem endurspeglast í þeirri staðreynd að GR sé með umtalsverða markaðshlutdeild eða [...]% á höfuðborgarsvæðinu. Á landinu öllu sé markaðshlutdeild keppinauta á hinn bóginn talin vera [...]%. GR sé virkt á heildsölumarkaði fyrir stofnlínunet og sé hluti af stórrri samstæðu, enda dótturfélag OR sem sé eitt stærsta fyrirtæki landsins. Þá hafi markaðshlutdeild GR vaxið á síðustu árum og sveiflan í kringum [...]% gagnvart kæranda frá ákvörðun PFS nr. 20/2007, þegar höfuðborgarsvæðið sé annars vegar. Sú staðreynd að markaðsaðstæður á höfuðborgarsvæðinu (og eftir atvikum raunar á öllum svæðum sem stofnlínunet GR nái til) séu aðgreinanlegar frá landinu að öðru leyti endurspeglast síðan í forsendum PFS hvað þennan þátt málsins áhrærir. Umfjöllunin sé þannig ekki einasta gildishlaðin, heldur sé beinlínis sneitt framhjá því að fjalla ítarlega um stöðuna á fyrrnefndum svæðum við mat á því hvort virk samkeppni geti þrífist á markaðnum, sbr. annað skilyrði þriggja skilyrða prófsins, ef kvaðir á markaðsráðandi aðila væru ekki til staðar. Eftir standi að PFS víki sér raunar einnig undan að benda á að á höfuðborgarsvæðinu (og öðrum svæðum sem stofnlínunet GR nái til) sé virkri samkeppni til að dreifa á heildsölumarkaðnum sem endurspeglast í þeirri staðreynd að GR er með [...] markaðshlutdeildar.

Í öllu falli sé ljóst að forathugun dugi aldrei í þessu samhengi, í stað ítarlegrar greiningar, sbr. rannsóknarregla stjórnisýsluréttar og 10. gr. laga nr. 37/1993, sem leiði þá aftur til þess að fella eigi hina kærðu ákvörðun úr gildi. Þá bendir kærandi á að af framangreindri reglu leiði að það sé PFS og raunar fjarskiptayfirvalda að bera sönnunarbyrðina fyrir markaðsgreiningu sinni. Þá sönnunarbyrði hafi PFS ekki axlað, sem endurspeglast í því að sneitt sé ítrekað framhjá augljósum mótrökum.

PFS láti síðan að því liggja að ítarleg greining væri fjarskiptafyrirtækjum þungbær en líti á sama tíma framhjá því hversu íþyngjandi kvaðir, sem hin kærða ákvörðun hafi í för með sér, séu í garð kæranda. Telji kærandi að raunar sé öll umfjöllun PFS hér að lútandi á skjön við meðalhófsreglur íslensks réttar, bæði stjórnskipunar- og stjórnisýsluréttar, þótt PFS kjósi að vísa til hennar. Umfjöllun PFS sé einnig í andstöðu við réttmætisreglu stjórnisýsluréttar, en skýrsla samtaka fjarskiptaeftirlitsstofnana sem PSF vísi til gangi ekki framfar reglum íslensks stjórnisýsluréttar.

Þá viku kærandi að umfjöllun PFS um mat á umtalsverðum markaðsstyrk. Telur kærandi PFS ítrekað vísa til markaðshlutdeildar kæranda þótt það sé aðeins eitt þeirra atriða sem sé nefnt til í 3. mgr. 6. gr. reglugerðar nr. 741/2009 sem PFS vísi í raun ekki til í viðauka A. PFS virðist á hinn bóginn ekki telja sérstaka þörf á að líta til markaðshlutdeildar GR og annarra mikilvægra þátta, nema þá helst á landsvísu, þó svo að mat á því hvort aðili sé markaðsráðandi ráðist m.a. af styrk keppinauta, viðskiptamanna og fjölmörgum öðrum þáttum, líkt og 6. gr. reglugerðarinnar beri einnig með sér og alls ekki einhlítt samkvæmt meginreglum samkeppnisréttar að stór markaðshlutdeild jafngildi markaðsráðandi stöðu.

Þá vísar kærandi til leiðbeininga framkvæmdarstjórnar ESB, Communication from the Commission – Guidance on the Commission’s enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, en síðastnefnd grein svarar til 11. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005. Í leiðbeiningunum sé m.a. fjallað um mat á markaðsráðandi stöðu/markaðsstyrk. Telur kærandi að samkvæmt þeirri umfjöllun sé kjarni málsins sá að við mat á því hvort aðili sé markaðsráðandi samkvæmt meginreglum samkeppnisréttar, skuli horft til þess hvort hann geti í raun hegðað sér án tillits til keppinauta. Heldur sé vandséð hvernig slíkt geti átt við á höfuðborgarsvæðinu þar sem stofnlínunet GR nái til og um slíkt liggi í raun ekkert fyrir, þ.á.m. viðhlítandi greining af hálfu PFS. Vart þurfi að fjölyrða að kaupendamarkaðurinn, þ.e.a.s. fjarskiptafyrirtæki hljóti almennt að horfa til verðlagningar þjónustu á heildsölumarkaði, þar sem sú verðlagning hafi bein áhrif á samkeppnishæfni þeirra á smásölumarkaði. Þannig sé næsta einboðið að ef kaupendum, t.d. Vodafone, þætti verðlagning kæranda óeðlilega há þá myndu þeir snúa sér til GR, a.m.k. á höfuðborgarsvæðinu (og öðrum þeim svæðum sem stofnlínunet GR nái til). Hér skiptir einnig máli að GR sé stórt fyrirtæki á þessum markaði með umtalsverða markaðshlutdeild á þeim svæðum sem það starfi á og vel í stakk búið til að þjóna kaupendamarkaðnum. Eins verði ekki fram hjá því horft að þau fyrirtæki sem starfi á kaupendamarkaði, svo sem Vodafone, séu stór fyrirtæki á íslenskan mælikvarða. Þannig sé bæði til að dreifa hömlum/virkri samkeppni frá keppinautum og vegna stærðar kaupenda. Raunar sé með nokkrum ólíkindum, þegar litið sé til fyrrgreinds, hvernig PFS geti talið að á höfuðborgarsvæðinu (og öðrum þeim svæðum sem stofnlínunet GR nái til) geti kærandi hegðað sér upp á sitt einsdæmi í samkeppnislegu tilliti; slíku er mótmælt sem röngu og ósönnuðu og raunar órannsökuðu, en af því ber PFS jafnframt allan halla, sbr. og 10. gr. laga nr. 37/1993.

Loks tekur kærandi fram að tilgreining markaðshlutdeildar kæranda sé villandi að því leytnu til að væri Símanum sleppt, væri markaðshlutdeild kæranda væntanlega í kringum [...]%. PFS geti ekki bæði haldið og sleppt í þessu tilliti, þ.e.a.s. litið á félögin ýmist sem einn og sama aðila eða tvö mismunandi fyrirtæki allt eftir því sem hentar hverju sinni.

Þá viku kærandi að umfjöllun um innri og ytri tekjur. Telur kærandi að hin kærða ákvörðun sé haldin ákveðinni þversögn. Vísað sé til umfjöllunar í viðauka B, við hina

kærðu ákvörðun hvað þetta atriði varðar. Tekur kærandi fram að í hinni kærðu ákvörðun sé ítrekað fjallað um kæranda og Símann sem eina heild og samstæðu, sem fyrr segi, m.a. til stuðnings ætluðum markaðsstyrk kæranda. Á sama tíma sé hins vegar sala kæranda til Símans flokkuð til ytri tekna, á meðan að sambærileg not Vodafone séu talin utan markaðshlutdeildar (innri tekjur), sem leiðir til mun hærri markaðshlutdeildar kæranda en ella væri og hin kærða ákvörðun raunar þversagnarkennd að þessu leyti.

2.

Úrskurðarnefndin óskaði eftir athugasemdum PFS við efni kærunnar með bréfi dags. 8. október 2015. Greinargerð PFS var móttækin hinn 30. október 2015.

PFS krefst þess að úrskurðarnefndin hafni kröfu kæranda og staðfesti hina kærðu ákvörðun. Til stuðnings kröfu sinni vísar PFS til hinnar kærðu ákvörðunar sem og greinargerðarinnar.

Í greinargerð PFS er fjallað um kröfur og sjónarmið kæranda og afstöðu PFS til þeirra. Að því er varðar umfjöllun kæranda um málsgrein 7 í markaðsgreiningu PFS tekur PFS fram að sú umfjöllun sé stöðluð og hafi verið sambærileg í markaðsgreiningum PFS í fjölda ára án þess að kærandi eða aðrir hafi gert við hana athugasemdir.

Tekur PFS fram að það sé rétt hjá kæranda að PFS hafi haft hliðsjón af skýrslu ERG um kvaðir frá 2006 þegar kvaðir eru útfærðar, ásamt ýmsum öðrum skýrslum ERG og nú BEREC. Um sé að ræða samtök evrópskra fjarskiptaeftirlitsstofnana sem sett voru á laggirnar af hálfu framkvæmdastjórnar ESB til að stuðla að einsleitri framkvæmd fjarskiptaregluverksins sem allar þjóðir ESB, sem og Ísland, Noregur og Liechtenstein eiga að starfa eftir. BEREC samtökin (áður ERG) gefi m.a. út skýrslur sem hafa að geyma sameiginlega afstöðu (e. Common Position) til ýmissa álitafna er tengjast fjarskiptaregluverkinu, sem og leiðbeininga. Umræddar skýrslur séu unnar af helstu sérfræðingum ríkjanna í fjarskiptamálum og byggjast á túlkun á gildandi fjarskiptaregluverki. Þessar skýrslur séu að sjálfsögðu ekki bindandi en PFS hafi oft „horft til þeirra“ við túlkun á fjarskiptaregluverkinu. Því sé ekki um að ræða réttarheimildir heldur oft á tíðum mikilvæg skýringargögn.

Þá kemur fram í greinargerðinni að markaðsgreiningar PFS byggist að sjálfsögðu á 16-18. gr., sbr. 27-34. gr. fjarskiptalaga nr. 81/2003, með síðari breytingum. Þau ákvæði byggist á evrópska fjarskiptaregluverkinu frá 2002, sbr. þær tilskipanir sem getið sé um í markaðsgreiningunni. Í 16. gr. laganna segi að PFS skuli skilgreina þá þjónustumarkaði og landfræðilega markaði í samræmi við meginreglur samkeppnisréttar og skuldbindingar skv. EES-samningnum, í samráði við Samkeppniseftirlitið þegar við á.

PFS telur leiða af framangreindu að skilgreining þjónustumarkaða, skilgreining landfræðilegra markaða og markaðsgreiningin sem slík, þ.m.t. útnefning á fjarskiptafyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk, fari eftir meginreglum

Samkeppnisréttar. Fjarskiptalög kveði ekki nánar á um efnisinntak samkeppnisréttar. Þá veiti samkeppnislög takmarkaða leiðsögn varðandi markaðsgreiningar á sviði fjarskipta. Því hafi framkvæmdastjórn ESB og ESA sett ýmsar leiðbeiningar og tilmæli sem fjarskiptaeftirlitsstofnanir aðildarríkjanna geti stuðst við. Slíkar leiðbeiningar og tilmæli séu ekki bindandi en veiti mikilvæga leiðsögn á efnisinnihaldi fjarskiptaregluverksins.

Þá kemur fram að samkeppnisréttur byggist mikið á fordæmum. Því taldi PFS rétt í umfjöllun um landfræðilega skilgreiningu markaða að fjalla með almennum hætti um skýrslur BEREC (áður ERG) um þetta efni, ásamt þeim fordæmum frá öðrum Evrópuríkjum sem þar séu reifuð. Öll þessi ríki starfi eftir sama fjarskiptaregluverkinu og því mikilvægt að hafa hliðsjón af úrlausnum annarra fjarskiptaeftirlitsstofnana á svæðinu sem og úrlausnum framkvæmdastjórnar ESB og ESA í tengslum við markaðsgreiningar.

PFS ítrekar að stofnunin byggji ekki á umræddum skýrslum BEREC (áður ERG) og fordæmum heldur hafi haft þau til hliðsjónar við túlkun á fjarskiptaregluverkinu. PFS sé ekki heimilt að stunda einangraðar túlkanir á hinu evrópska fjarskiptaregluverki sem fari í bága við framkvæmdina annars staðar. Hins vegar sé PFS heimilt að víkja frá almennri túlkun á einstökum þáttum regluverksins ef sérstakar aðstæður innanlands kalla á það og það sé vel rökstutt. PFS taldi hins vegar að staðan hér á landi varðandi landfræðilega skiptingu markaðarins kallaði ekki á aðgreiningu hins landfræðilega markaðar í tvo eða fleiri markaði. Þessi niðurstaða PFS hafi verið borin bæði undir Samkeppniseftirlitið og ESA sem gerðu engar athugasemdir við þessa niðurstöðu. Ljóst sé því að útilokað hefði verið fyrir PFS að fá samþykki þessara aðila fyrir gagnstæðri niðurstöðu og hefði ESA getað beitt neitunarvaldi gegn slíkri niðurstöðu.

Varðandi þá athugasemd kæranda að PFS hefði ekki sérstaklega skoðað markaðshlutdeild þeirra fjarskiptafyrirtækja sem útnefnd hefðu verið með umtalsverðan markaðsstyrk í þeim ríkjum sem fordæmin náðu til, sé það rétt hjá kæranda. Hins vegar gefi fordæmin skýra vísbendingu um að markaðshlutdeild hins ráðandi fyrirtækis þurfi að vera komin niður í a.m.k. 40-50% til að virk samkeppni sé talin ríkja. Auk þess þurfi netin almennt að vera þrjú sem eiga í samkeppni. Ljóst sé að þessum skilyrðum sé alls ekki fullnægt í tilvikum kæranda.

Í greinargerð PFS er því næst vikið að umfjöllun kæranda um skilgreiningu landfræðilega markaðarins. Varðandi umfjöllun kæranda um að PFS hafi horfið frá tvískiptingu hins landfræðilega markaðar sem kveðið hafi verið á um í fyrri ákvörðun á viðkomandi markaði vísar PFS til þess sem kemur fram í kafla 4.2 í markaðsgreiningunni. Vísað er sérstaklega til þess að ESA hafi gert athugasemdir við þá niðurstöðu á sínum tíma og taldi PFS ekki hafa fært fram næg rök fyrir þeirri niðurstöðu né rannsakað málið nægilega vel. Hins vegar hafi ESA látið gott heita og ekki beitt neitunarvaldi sínu þar sem niðurstaða PFS hafi verið á þá leið að kærandi og Síminn væru með umtalsverðan markaðsstyrk á báðum svæðum og því hefði ekki breytt neinu fyrir niðurstöðuna að skerast í leikinn heldur hefði slíkt valdið töfum.

Þá mótmælir PFS því að litið sé fram hjá SNNIP prófinu við skilgreiningu landfræðilega markaðarins. Í viðauka A, segi PFS að við mat á því hvort samkeppnisaðstæður á milli svæða séu raunverulega ólíkar, svo unnt sé að réttlæta aðgreinda landfræðilega markaði, skuli m.a. horft til eftirspurnar- og framboðsstaðgöngu milli svæða og kanna einsleitni samkeppnisaðstæðna. Við mat á eftirspurnarstaðgöngu væri rétt að horfa á málið út frá sjónarhorni viðskiptavina þeirra fjarskiptafyrirtækja sem störfuðu á viðkomandi markaði og taka þannig mið af þörfum og landfræðilegu innkaupamynstri umræddra viðskiptavina. Við mat á framboðsstaðgöngu bæri að meta líkurnar á því að ný fjarskiptafyrirtæki kæmu inn á viðkomandi markað ef verð myndu hækka þar um 5-10%.

Einnig segi að ljóst sé að fjöldi fyrirtækja á viðkomandi markaði væri ekki lýsandi fyrir þær samkeppnisaðstæður sem ríktu á markaðnum hér á landi. Kærandi bæri höfuð og herðar yfir keppinauta sína á viðkomandi markaði þegar horft væri til markaðshlutdeildar og þjónustuframboðs, hvort sem litið væri til höfuðborgarsvæðisins eða landsins alls. Þá sé vísað til að strangt til tekið gæti mat á framboðsstaðgöngu bent til þess að um væri að ræða marga landfræðilega markaði. Sú staðreynd að net kæranda næði til landsins alls mælti hins vegar gegn slíkri ályktun, ekki síst þar sem staða kæranda væri mjög sterk á samkeppnissvæðum og verð kæranda og annarra fjarskiptafyrirtækja á viðkomandi markaði væru ekki breytileg á milli svæða. Jafnframt komi fram varðandi eftirspurnar- og framboðsstaðgöngu að óhætt væri að segja að afar ólíklegt sé að nægjanlegur fjöldi neytenda myndi taka sig til og flytjast búferlum til annars markaðssvæðis vegna 5-10% verðhækkunar á stofnlínunum á tilteknu svæði. Einnig væri ólíklegt að aðrir netrekendur færu að leggja ný net á því svæði í framhaldi af þess háttar verðhækkun.

PFS hafi komist að þeirri niðurstöðu að SNNIP prófið gæti auk þess leitt til mjög margra og smárra markaða og væri þ.a.l. hvorki raunsætt né gagnlegt við þær aðstæður sem ríktu á viðkomandi markaði hér á landi. Því væri nauðsynlegt að leggja áherslu á samkeppnisaðstæður og athuga hvort þær væru það ólíkar á hinum ýmsu svæðum að unnt væri að skilgreina aðgreinda landfræðilega markaði hér á landi á umræddum markaði.

Varðandi eftirspurnarstaðgöngu komi fram í viðauka A að ekki verði séð að grundvallarmunur væri á þörfum kaupenda á mismunandi landssvæðum. Kaupendur á heildsölumarkaði væru fjarskiptafyrirtæki sem annað hvort notuðu stofnlínur sem aðföng í almennri fjarskiptaþjónustu eða útsendingarþjónustu. Flest þessara fyrirtækja starfræktu þjónustu um allt land. Það væri því ekki hægt að greina sérstaka hópa kaupenda á afmörkuðum landssvæðum sem hefðu aðrar þarfir en kaupendur á öðrum svæðum. Eðli eftirspurnar væri því ekki mismunandi á milli landssvæða svo nokkru næmi.

Að framangreindu virtu hafnar PFS því alfarið að hafa ekki framkvæmt umrædda skilgreiningu á landfræðilegum markaði í samræmi við meginreglur samkeppnisréttar. Umrætt SNNIP próf sé bara eitt tæki af mörgum til að rannsaka markaðsaðstæður, þ.m.t. eftirspurnar- og framboðsstaðgöngu. PFS hafi talið fjölda vísbendinga benda til að um

slíka staðgöngu væri að ræða á milli svæða sem þýddi að hinn landfræðilegi markaður væri landið allt. Nákvæm og tímafrek framkvæmd á SNNIP prófi myndi ekki breyta þeirri niðurstöðu. PFS verði ávallt að vega og meta hvað leggja eigi út í viðamiklar og tímafrekar rannsóknir á hinum ýmsu þáttum markaðsgreininga. PFS hafi unnið að þessari markaðsgreiningu í 2-3 ár og ef lagt hefði verið út í enn frekari rannsóknir á atriðum sem PFS taldi sig vera búíð að rökstyðja með sannfærandi hætti að hefðu þær ekki breytt neinu varðandi niðurstöðu málsins. Tekur PFS fram að Samkeppniseftirlitið og ESA hafi verið sammála þessu mati PFS, eða hafi a.m.k. ekki gert við það athugasemdir.

Kemur fram að PFS átti sig ekki á þeirri staðhæfingu kæranda að niðurstaða PFS um landfræðilega markaðinn sé í andstöðu við meginreglur samkeppnisréttar. Væntanlega eigi kærandi við að aðferðarfræðin við markaðsgreininguna sé í ósamræmi við umræddar meginreglur. PFS hafnar því alfarið að hafa ekki framkvæmt umrædda markaðsgreiningu í samræmi við meginreglur samkeppnisréttar. Þvert á móti hafi PFS lýst því að framan hvernig markaðsgreiningar byggist ávallt á slíkum meginreglum. PFS hafi framkvæmt fjölda markaðsgreininga í gegnum tíðina með þessari aðferðarfræði. Munurinn hér sé kannski sá að umfjöllun um landfræðilega skilgreiningu markaða sé umtalsvert viðameiri nú en áður. PFS hafi talið þörf á því að rökstyðja niðurstöðu sína afar vel þar sem fyrirhugað hafi verið að horfa frá tvískiptingu hins landfræðilega markaðar.

PFS ítrekar að ekki sé byggt á skýrslu BEREC (áður ERG) við greininguna heldur hafi hún verið höfð til hliðsjónar.

PFS vísar til þess að kærandi telji engu breyta þó ESA eða Samkeppniseftirlitið hafi ekki gert sérstakar athugasemdir við markaðsgreininguna, ESA hefði ekki innsýn í uppbyggingu og innviði fjarskiptamarkaðarins hér á landi. Bendir PFS á að ESA hafi haft náíð eftirlit með fjarskiptamarkaðnum hér á landi síðastliðin 12 ár með því að yfirfara allar markaðsgreiningar PFS á sviði fjarskipta. ESA hafi neitunarvald varðandi alla þætti markaðsgreiningar fyrir utan álagningu kvaða, m.a. varðandi landfræðilega skilgreiningu markaða. ESA hafi haft mánuð til að kynna sér markaðsgreiningu PFS, þar sem uppbyggingunni og stöðunni á viðkomandi markaði sé lýst með ítarlegum hætti, ásamt viðauka sem hafi að geyma athugasemdir markaðsaðila við frumdrög PFS og afstöðu PFS til þeirra (viðauki B). ESA þekki vel til uppbyggingar og stöðunnar á viðkomandi fjarskiptamarkaði.

PFS tekur einnig fram að Samkeppniseftirlitið hafi yfirfarið umrædd frumdrög, m.a. að því er varði landfræðilega skilgreiningu markaðarins. Hafi Samkeppniseftirlitið talið hana vel unna og þjóna markmiðum sínum vel. Samkeppniseftirlitið hafi gífurlega reynslu er komi að slíkum verkefnum og hefði stofnunin án efa gert athugasemdir, hefði hún talið PFS á villigötum við markaðsgreininguna.

Hvað varði umfjöllun kæranda um að samkeppnisaðstæður á höfuðborgarsvæðinu séu nægilega frábrugðnar samkeppnisaðstæðum á öðrum svæðum til þess að það réttlæti

aðskilnað þessara markaða landfræðilega bendir PFS á að niðurstaðan hafi verið að svo sé ekki. Þá bendir PFS á að innan höfuðborgarsvæðisins sé staðan ekki allstaðar eins.

PFS tekur fram að niðurstaða markaðsgreiningar hafi verið sú að samkeppnisaðstæður væru ekki nægilega misjafnar á milli höfuðborgarsvæðisins annars vegar og landsbyggðarinnar hins vegar. Sú niðurstaða hafi ekki síst ráðist af sterkri stöðu kæranda á öllum svæðum, þ.m.t. samkeppnissvæðum, sömu verðlagningu á svæðunum og þeirri staðreynd að viðskiptavinir starfandi fyrirtækja á viðkomandi markaði upplifi ekki verulegan mismun eftir svæðum þar sem þarfir þeirra og innkaupamynstur sé almennt sambærilegt hvort sem litið er á landið í heild eða einstök svæði.

PFS vísar því á bug að hafa brotið gegn rannsóknarreglu stjórnarsýslulaga við skilgreiningu á hinum landfræðilega markaði. Bendir PFS á að sá kafli markaðsgreiningarinnar sem fjallar um landfræðilega markaðinn sé 17 blaðsíður en kaflar um þetta efni hafi fram að þessu aðeins verið örfáar blaðsíður. Sérlega ítarleg rannsókn hafi farið fram á stöðunni á umræddum markaði, m.t.t. landfræðilegrar skilgreiningar. Í raun og veru hafi PFS skoðað öll þau atriði sem skoða beri í svokallaðri ítarlegri könnun á samkeppnisskilyrðum sem kveðið sé á um í skýrslu BEREK frá 2014. Hafi mat PFS verið eftir forathugun að ekki væru efni til þess að fara í ítarlegri og tímafrekari rannsókn á þessu atriði þar sem ekki þóttu líkur á að niðurstaðan yrði önnur en raunin hafi orðið. Meðferð markaðsgreiningar hjá PFS hafi tekið 2-3 ár. Hafi ekki verið réttlæt看legt að lengja málsmeðferðina meir en raun bar vitni. Bendir PFS á að einu athugasemdir ESA hafi verið að markaðsgreiningin hafi tekið of langan tíma.

Hvað varði umfjöllun kæranda um að PFS vísi hvergi til leiðbeininga framkvæmdastjórnar ESB um skilgreiningu þjónustumarkaða og landfræðilegra markaða bendir PFS á að leiðbeiningarnar séu almenns eðlis og frá árinu 1997 og að PFS hafi aldrei í markaðsgreiningum sínum vísað til þeirra. PFS byggir fyrst og fremst á leiðbeiningum ESA frá 2004 um þetta efni. Vísar PFS til málsgreinar 7 í markaðsgreiningunni. Bendir PFS einnig á að ekkert í markaðsgreiningu PFS fari í bága við umræddar almennar leiðbeiningar ESB frá 1997.

Þá mótmælir PFS því að hafa brotið í bága við meðalhófsreglu með markaðsgreiningu sinni. Eftir að hafa komist að þeirri niðurstöðu, í kjölfar fullnægjandi rannsóknar að samkeppnisaðstæður væru ekki nægilega misjafnar til að réttlæta aðgreinda landfræðilega markaði hafi stofnunin komist svo að orði að ítarlegri rannsókn hefði getað brotið gegn meðalhófi, þar sem óþarfa gagnaöflun hefði getað reynst fjarskiptafyrirtækjum verulega íþyngjandi. Ekki ber að rannsaka mál ítarlegar en nauðsynlegt er þegar ljóst er að niðurstaða máls muni ekki breytast.

PFS telur rétt að mikilvægi landfræðilegrar skilgreiningar hafi aukist á síðustu árum og sé það ástæða þess að umfjöllun PFS um landfræðilega kaflann sé ítarlegri en áður. Þá segi

að samkeppnisaðstæður „gætu“ verið orðnar ólíkar á milli svæða, það hafi hins vegar verið niðurstaða PFS að svo væri ekki.

Þá fjallar PFS um þriggja skilyrða prófið. Þar sem niðurstaða um landfræðilega markaðinn hafi verið að hann næði til landsins alls og því sé eðlilegt að sá kafli markaðsgreiningar sem fjalli um þriggja skilyrða prófið miðist við þá staðreynd.

PFS hafnar því að hafa sneitt hjá þeirri staðreynd að GR sé með töluverða markaðshlutdeild á höfuðborgarsvæðinu. Komi það skýrt fram í 4. kafla markaðsgreiningar. Ljóst sé að munurinn á markaðshlutdeild kæranda og GR sé verulegur auk þess sem staða kæranda á því svæði hafi verið að styrkjast á kostnað GR á undanförunum misserum og líklegt að sú þróun haldi áfram á líftíma greiningarinnar.

Ekki sé vafa undirorpið að kærandi sé með umtalsverðan markaðsstyrk á höfuðborgarsvæðinu, ef það svæði væri skilgreint sem sérstakur landfræðilegur markaður. Í hinum evrópska samkeppnisrétti hafi verið talið nægja að fyrirtæki sé með 40-50 % markaðshlutdeild til að vera talið í slíkri stöðu.

PFS telji hafið yfir allan vafa að kærandi væri eitt félag með umtalsverðan markaðsstyrk á viðkomandi markaði. Var þá m.a. horft til markaðshlutdeildar fyrirtækisins á landinu öllu og lækkunar milli árána 2005 og 2014. Hafi verið horft til sterkrar stöðu Símasamstæðunnar á öðrum fjarskiptamörkuðum, auk þess sem allar aðrar vísbendingar bentu í sömu átt. Þó svo höfuðborgarsvæðið hefði verið skilgreint sem sérstakur landfræðilegur markaður, hefði sama niðurstaða orðið þar. Rekur PFS hlutfall markaðshlutdeildar kæranda og annarra fjarskiptafyrirtækja á höfuðborgarsvæðinu. Telur PFS að ljóst sé að um stöðnun hafi verið að ræða eða kyrrstöðu á markaðnum, en ekki þróun í átt að virkri samkeppni. Mótmælir PFS því að um gildishlaðið orðalag sé að ræða þegar þróun á markaði er lýst.

Þá bendir PFS á að stofnlínumarkaður innan höfuðborgarsvæðisins sé að vissu leyti nokkuð takmarkaður. Markaðurinn sé lítil bæði landfræðilega og þegar horft er til heildartekna á markaðnum á landinu öllu. Kaupendur séu fáir og kærandi hafi möguleika á að nýta breiddarhagkvæmni sína og bjóða kaupendum margs konar þjónustu sem GR geti illa keppt við. Hagræði af því að hafa alla þjónustu á einum stað sé mikið. Það sé því ekki eingöngu í verðum sem fyrirtækin keppa, þó þau hafi að sjálfsögðu áhrif á val kaupenda. Þar að auki séu verð kæranda almennt hagstæðari en verð GR. Þá hafi PFS sýnt fram á að staða kæranda hafi verið að styrkjast á síðustu misserum á kostnað stöðu GR á höfuðborgarsvæðinu.

Þegar PFS lýsi heildarstærð og styrk fyrirtækja sé fyrst og fremst verið að vísa til stærðar og styrks á fjarskiptamarkaði. GR sé lítið fyrirtæki á fjarskiptamarkaði samanborið við Símasamstæðuna. Þar að auki sé GR bundið af 36. gr. fjarskiptalaga sem leggi bann við að

OR geti niðurgreitt fjarskiptastarfsemi GR með fé úr verndaðri starfsemi í óskyldum greinum. Ákvæðið kveði því á um fjárhagslegan aðskilnað milli GR og OR.

PFS mótmælir þeirri staðhæfingu kæranda að PFS hafi einblínt á markaðshlutdeild kæranda. Í markaðsgreiningunni sé fjallað um markaðshlutdeild allra aðila á markaði, bæði þegar horft er til landsins alls, höfuðborgarsvæðisins sérstaklega eða landsbyggðarinnar sérstaklega.

Telur PFS ljóst að stofnunin hafi byggt mat sitt á umtalsverðum markaðsstyrk kæranda ekki eingöngu skoðun á markaðshlutdeild. Það var því niðurstaða PFS, út frá þeim fjölmörgu þáttum sem skoðaðir voru, að útnefna kæranda sem fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk á viðkomandi markaði. Í því felst að kærandi geti í raun hegðað sér án tillits til keppinauta sinna á viðkomandi markaði.

Hvað varðar umfjöllun kæranda um að kaupendur á umræddum markaði séu fáiir og sterkir tekur PFS fram að það vinni með kæranda á þessum markaði. Kærandi geti boðið upp á mun breiðara þjónustuframboð en t.d. GR, auk þess sem verð kæranda hafi verið heldur lægri. Þróunin á markaðnum á höfuðborgarsvæðinu hafi verið þannig á síðustu misserum að staða kæranda hefur verið að styrkjast á kostnað GR. PFS telur að sú þróun muni halda áfram þrátt fyrir að kvaðir hvíli á kæranda.

Þá kemur fram að PFS telji GR ekki vera stórt fyrirtæki á fjarskiptamarkaði. Verði það að teljast smátt miðað við Símasamstæðuna þegar horft sé til veltu félaganna. Þótt það sé í eigu OR þá gildi ákvæði 36. gr. fjarskiptalaga um þá samstæðu.

PFS hafnar því að málið sé ekki rannsakað með fullnægjandi hætti. Greiningin auk viðauka sé um 150 blaðsíður og var í vinnslu hjá PFS í 2-3 ár.

PFS rekur jafnframt umfjöllun kæranda um að tilgreining markaðshlutdeildar kæranda sé villandi að því leyti að ef Símanum væri sleppt væri markaðshlutdeild kæranda væntanlega lægri. Tekur PFS fram að á markaði fyrir stofnlínuhluta leigulína sinni kærandi heildsöluviðskiptum á leigulínunum til annarra fjarskiptafyrirtækja en Síminn sinni aðallega fjarskiptaþjónustu í smásölu. Kærandi sé bundinn ítarlegum kvöðum, m.a. um að gæta jafnræðis á heildsölumarkaði gagnvart öllum fjarskiptafyrirtækjum, bæði hvað varðar verð og önnur skilyrði. Sala kæranda til Símans teljist því vera ytri viðskipti kæranda í mati á markaðshlutdeild á heildsölumarkaði fyrir stofnlínuhluta leigulína. Að fella út öll viðskipti kæranda við Símann sem er stærsta fjarskiptafyrirtæki landsins, gefi augljóslega mjög ranga mynd af markaðshlutdeild á heildsölumarkaði fyrir stofnlínur og stenst ekki skoðun.

PFS tekur fram að stofnunin telji að ekki sé um að ræða þversögn í hinni kærðu ákvörðun, líkt og kærandi heldur fram.

Markaðsgreining PFS fjalli um heildsölumarkað stofnlínuhluta leigulína, þar sem leitast sé við að greina þá aðila sem raunverulega starfa á viðkomandi markaði. Mat PFS byggist á mörgum samverkandi þáttum í mati á markaðsstyrk fyrirtækja hverju sinni. Hvað varði markaðshlutdeildina sérstaklega, þá sé grunnreglan að miða við þá aðila sem bjóði þjónustu á viðkomandi markaði sem verið sé að greina.

Tekur PFS fram að ESA hafi stutt þessa nálgun PFS á ytri og innri þjónustu í hinni kærðu ákvörðun, svo og í markaðsgreiningu á heildsölumarkaði fyrir lúkningarhluta leigulína (markaður 6) frá árinu 2014 og í markaðsgreiningu á heildsölumarkaði fyrir bitastraumsþjónustu (markaður 5) frá árinu 2014. Kærandi hafi ekki áður gert athugasemdir við þessa viðurkenndu aðferðafræði.

Að lokum tekur PFS fram að það sé mat PFS að úrskurðarnefnd beri að hafna kröfu kæranda um ógildingu hinnar kærðu ákvörðunar og staðfesta hana með vísan til forsendna hennar. Þá tekur PFS fram að ógildi úrskurðarnefnd hina kærðu ákvörðun sé ljóst að útnefning PFS á kæranda sem fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk og allar þær kvaðir sem lagðar hafi verið á félagið með ákvörðun PFS nr. 20/2007 gildi áfram. Slík útnefning og slíkar kvaðir verði ekki afnumdar nema að undangenginni markaðsgreiningu PFS. Engin markaðsgreining hafi farið fram þar sem komist er að slíkri niðurstöðu.

3.

Greinargerð PFS var send kæranda til athugasemda og bárust þær hinn 7. desember 2015. Kærandi ítrekar í athugasemdum sínum fyrri sjónarmið sem koma fram í stjórnarsýslukæru. Tekur kærandi fram að ekki verði betur séð af greinargerð PFS en að stjórnvaldið svari engu efnislegum athugasemdum kæranda, en haldi sig við almennar og óljósar lýsingar og skírskotun til framkvæmdar erlendra fjarskiptayfirvalda.

Kærandi telur kjarna málsins vera eftir sem áður að mat á því hvort aðili sé markaðsráðandi samkvæmt meginreglum samkeppnisréttar, ráðist af því hvort hann geti í reynd upp á sitt einsdæmi hegðað sér án tillits til keppinauta, líkt og PFS raunar viðurkenni í greinargerð sinni. PFS hafi á hinn bóginn ekki fært haldbær rök fyrir því hvernig slíkt geti átt við á höfuðborgarsvæðinu þar sem stofnlínukerfi GR nái til. Um þetta liggi ekkert fyrir, þ.á.m. viðhlítandi greining af hálfu PFS. Aðeins að því gættu og í samræmi við skilgreiningar samkeppnisréttar séu forsendur til þess að leggja á viðeigandi kvaðir. Af framangreindu leiði jafnframt að það sé síður en svo sjálfgefið að telja landfræðilegar aðstæður sambærilegar á landinu öllu, a.m.k. samkvæmt þeim reglum og sjónarmiðum samkeppnisréttar sem hafi verið lagðar til grundvallar við slíkar markaðsskilgreiningar.

Kærandi tekur fram að álagning kvaða sé í eðli sínu íþyngjandi og það sé PFS að sanna að þessi forsenda sé uppfyllt. Þá sönnun hafi PFS ekki axlað og hvað þá að svokölluð forathugun nægi í því sambandi. Kærandi telur næsta einboðið að ef kaupendum þætti verðlagning kæranda of há þá myndu þeir snúa sér til GR, a.m.k. á höfuðborgarsvæðinu. Telur kærandi að svo virðist sem fjarskiptayfirvöld hafi ekki séð ástæðu til þess að

rannsaka þetta sérstaklega. Þá sé það ekki til marks um að kærandi geti hegðað sér upp á sitt einsdæmi, að verðlagning hans sé eilítið lægri en verðlagning GR. Þvert á móti sé það til marks um að kærandi sé ekki í markaðsráðandi stöðu, a.m.k. samkvæmt skilgreiningu samkeppnisréttar. Þá sé afvegaleiðandi í þessu samhengi að lýsa GR sem smáu fyrirtæki.

Kærandi vísar til þess að víða í greinargerð PFS sé vikið að markaðshlutdeild kæranda til samanburðar við markaðshlutdeild GR. Fyrir liggir að markaðshlutdeild GR hafi aukist á höfuðborgarsvæðinu og markaðshlutdeild kæranda minnkað, það sé í raun staðfest í greinargerð PFS. Í andstöðu við framangreint og án tilvísana til upplýsinga staðhæfi PFS í greinargerð sinni að staða kæranda hafi verið að styrkjast á höfuðborgarsvæðinu síðustu misseri á kostnað GR. Sé þessum órökstuddu fullyrðingum stjórnvaldsins hafnað sem röngum og ósönnuðum. Tekur kærandi fram að hann geti, telji úrskurðarnefnd tilefni til sbr. og rannsóknarreglu stjórnsluréttar, veitt upplýsingar úr bókhaldi fyrirtækisins þar sem sjá megi að línunum í notkun hjá kæranda hafi fækkað og tekjur dregist saman. Hægt væri að kalla eftir samskonar upplýsingum frá samkeppnisaðilum til samanburðar.

Telur kærandi það koma á óvart að PFS skuli í tengslum við umfjöllun um markaðsstyrk GR og kæranda ítrekað vísa til 36. gr. laga, nr. 81/2003, um fjárhagslegan aðskilnað GR og Orkuveitunnar. Á sama tíma sé reynt að gera mikið úr styrk „Símasamstæðunnar“, en látið hjá líða að nefna að kærandi starfi m.a. samkvæmt ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 6/2015, þar sem útlistaðar eru ítarlegar kvaðir um sjálfstæði kæranda gagnvart Símanum. Þessum aðskilnaði sé ekki gefinn gaumur þegar markaðsstyrkur kæranda sé til athugunar. Allt að einu telji PFS forsvaranlegt að byggja á fyrrgreindri ákvörðun Samkeppniseftirlitsins við flokkun tekna kæranda frá Símanum og telur þær tekjur sem ytri tekjur sem sé í beinni andstöðu við alla umfjöllun stjórnvaldsins um „Símasamstæðuna“ að öðru leyti, og engum haldbærum rökum skotið undir þessa mismunandi nálgun PFS í greinargerð stofnunarinnar.

Tekur kærandi fram að PFS hafi með ákvörðun nr. 20/2007, talið rétt að skipta landfræðilega markaðnum í tvö svæði, en þá hafi óumdeilanlega markaðshlutdeild GR verið minni en nú. Geti PFS því ekki svo forsvaranlegt teljist stutt ákvörðun um að hinn landfræðilegi markaður sé landið allt, m.a. með því að vísa til þess að markaðshlutdeild kæranda hafi minnkað. Þvert á móti hljóti það að styðja gagnstæða niðurstöðu.

Að síðustu tekur kærandi fram að dómstólar hafi gert þá kröfu að markaðsgreiningar samkeppnisyfirvalda séu reistar á traustum grunni, þ.m.t. að mál séu rannsökuð ítarlega ekki síst ef forsvaranlegur vafi kunni að vera fyrir hendi. Sömu sjónarmið gildi gagnvart fjarskiptayfirvöldum að breyttu breytanda. Vísar hann til dóms Hæstaréttar í máli nr. 111/2014 og til umfjöllunar í kæru. Þá áskilur kærandi sér rétt til að tefla fram nýjum málsástæðum og lagarökum og leggja fram frekari gögn ef ástæða er til.

4.

Voru athugasemdir kæranda vegna greinargerðar PFS sendar PFS til upplýsinga og / eða frekari athugasemda. Með tölvuskeyti PFS til úrskurðarnefndarinnar, dags. 15. desember 2015, tilkynnti stofnunin að hún teldi ekki ástæðu til þess að bregðast sérstaklega við umræddum athugasemdum kæranda. Vísaði PFS til hinnar kærðu ákvörðunar og greinargerðar PFS vegna málsins. Þá taldi PFS að koma skyldi fram að því væri alfarið mótmælt að tölfræðileg gögn stofnunarinnar væru röng.

IV. Niðurstöður

1.

Í máli þessu er deilt um niðurstöðu markaðsgreiningar PFS á heildsölumarkaði fyrir stofnlínuhluta leigulína (áður markaður 4) sem er grundvöllur hinnar kærðu ákvörðunar. Með hinni kærðu ákvörðun er kærandi útnefnt fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk á markaðnum og með vísan til þeirrar niðurstöðu eru lagðar á kæranda tilteknar kvaðir.

Kærandi telur skilgreiningu PFS á hinum landfræðilega markaði ekki standast auk þess sem PFS hafi ekki gætt að rannsóknarreglu stjórnisýsluréttar sem er að finna í 10. gr. stjórnisýslulaga, nr. 37/1993, við skilgreiningu hins landfræðilega markaðar. Forathugun á hinum landfræðilega markaði hafi ekki dugað heldur hefði þurft að fara fram ítarleg greining af hálfu PFS. Þá mótmælir kærandi því sem röngu og ósönnuðu að kærandi teljist fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk og telur PFS hafa einblínt á markaðshlutdeild kæranda þegar komist var að þeirri niðurstöðu, en litið fram hjá markaðshlutdeild GR og öðrum mikilvægum þáttum.

PFS hafnar því alfarið að hafa ekki framkvæmt markaðsgreininguna í samræmi við meginreglur samkeppnisréttarins. Allar vísbendingar hafi bent til þess að samkeppnisaðstæður á milli svæða væru ekki nægilega ólíkar til þess að réttlæta aðgreinda skilgreiningu landfræðilega markaðarins. Þótti ekki ástæða til að leggja í ítarlegri rannsókn en framkvæmd var. PFS tekur einnig fram að Samkeppniseftirlitið og ESA hafi verið sammála því mati. PFS mótmælir því einnig að hafa sneitt hjá þeirri staðreynd að GR sé með töluverða markaðshlutdeild á höfuðborgarsvæðinu.

2.

Deilt er um markaðsgreiningu PFS sem liggur til grundvallar hinni kærðu ákvörðun um að útnefna kæranda sem fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk og leggja á hann kvaðir. Verður því að líta til þeirra laga og reglna sem gilda um markaðsgreiningar PFS.

Samkvæmt 16. gr. fjarskiptalaga skal PFS skilgreina þjónustu- eða vörumarkað og landfræðilegan markað í samræmi við meginreglur samkeppnisréttar og skuldbindingar samkvæmt samningnum um Evrópska efnahagssvæðið. Hafa skal samráð við Samkeppniseftirlitið þegar við á.

Fjallað er um framkvæmd markaðsgreiningar í 17. gr. fjarskiptalaga. PFS skal samkvæmt ákvæðinu, með hliðsjón af 16. gr. laganna, greina viðkomandi markað með hliðsjón af skuldbindingum samkvæmt samningnum um Evrópska efnahagssvæðið. Þegar við á skal gera greininguna í samstarfi við Samkeppniseftirlitið. Markaðsgreining skal vera grundvöllur ákvörðunar um hvort PFS skuli leggja á, viðhalda, breyta eða fella niður kvaðir á fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk skv. 18. gr. Ef samkeppni telst virk skulu ekki lagðar kvaðir á fyrirtæki á þeim mörkuðum. Ef virk samkeppni ríkir ekki á viðkomandi markaði skal útnefna fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk á þeim markaði í samræmi við 18. gr. laganna. Leggja má á þau kvaðir samkvæmt lögunum eða viðhalda eða breyta kvöðum sem þegar hafa verið lagðar á.

Í 18. gr. fjarskiptalaga kemur fram að fyrirtæki telst hafa umtalsverðan markaðsstyrk ef það eitt sér eða með öðrum hefur þann efnahagslega styrkleika á ákveðnum markaði að geta hindrað virka samkeppni og það getur að verulegu leyti starfað án þess að taka tillit til keppinauta, viðskiptavina og neytenda. Þegar fyrirtæki eitt sér eða með öðrum hefur umtalsverðan markaðsstyrk á tilteknum markaði getur það einnig talist hafa umtalsverðan markaðsstyrk á tengdum markaði ef tengsl milli markaðanna eru slík að fyrirtæki getur beitt markaðsstyrk sínum á öðrum markaðinum til að auka markaðsstyrk sinn á hinum.

Nánar er fjallað um markaðsgreiningar PFS í reglugerð um markaðsgreiningar á sviði fjarskipta, nr. 741/2009, sem á sér stoð í 18. gr. fjarskiptalaga. Í 5. gr. reglugerðarinnar segir að PFS skuli skilgreina landfræðileg mörk viðkomandi vöru- eða þjónustumarkaða í samræmi við meginreglur samkeppnisréttar og skuldbindingar samkvæmt samningnum um Evrópska efnahagssvæðið og geta þau miðast við ákveðið svæði hér á landi eða landið allt.

Í 6. gr. reglugerðarinnar er fjallað um þá þætti sem hafa áhrif á mat á markaðsstyrk. Kemur fram að ákvörðun PFS um umtalsverðan markaðsstyrk skuli byggjast á samverkun nokkurra viðeigandi þátta, sem PFS meti viðeigandi í samræmi við sérkenni viðkomandi markaðar. Þá eru nefndir þrettán þættir sem PFS skuli styðjast við í greiningu á samkeppni og mati á markaðsstyrk, m.a. markaðshlutdeild, heildarstærð fyrirtækis, yferráð yfir aðstöðu sem erfitt sé að koma sér upp, tæknilegt forskot eða yfirburðir.

3.

Skilgreining landfræðilega markaðarins

Í markaðsgreiningu PFS, í viðauka A við hina kærðu ákvörðun, er að finna umfjöllun um skilgreiningu hins landfræðilega markaðar stofnlínuhluta leigulína. Markmið greiningarinnar er að komast að því hvort samkeppnisskilyrði séu nægilega frábrugðin til þess að réttlæta aðgreiningu hins landfræðilega markaðar. Af umfjöllun kæranda verður ekki annað ráðið en að kærandi fallist á með PFS að tilgangur greiningar á landfræðilegum markaði skuli vera að greina hvort að á einstökum landsvæðum séu fyrir hendi

mismunandi markaðsaðstæður. Hins vegar deila aðilar málsins um niðurstöðu greiningarinnar.

Í viðauka A er gerð grein fyrir ýmsum þáttum sem PFS telur hafa áhrif við mat á því hvort að markaðurinn skuli teljast vera landið allt eða hvort þörf sé á að markaðnum sé skipt í minni svæði. Í því sambandi er m.a. horft til þess að heildsala að stofnlínuneti kæranda er í boði um land allt og að verð eru ekki breytileg eftir landshlutum. Þá kemur fram að kærandi sé öflugasta fyrirtækið á viðkomandi markaði, bæði þegar horft er til fjölda vara sem í boði eru og fjölda svæða sem þjónustan nái til. Einnig er horft til þess að kærandi hafi mestu markaðshlutdeildina, bæði á landinu öllu og þegar litið er einungis til höfuðborgarsvæðisins. Gerð er grein fyrir markaðshlutdeild keppinauta og hún borin saman við markaðshlutdeild kæranda. Þá kemur fram að það sé mat PFS að höfuðborgarsvæðið hafi ekki nægilega skýr og stöðug mörk til þess að mynda einn landfræðilegan markað. Kemur fram að hluta þyrfti svæðið niður í minni markaði þar sem samkeppnisaðstæður séu sambærilegar. Einnig er greint frá því að samkeppnisvandamál séu ekki frábrugðin eftir svæðum. Þá er gerð grein fyrir útbreiðslu stofnlínunets kæranda og annarra aðila á markaði. Einnig kemur fram að ekki verði séð að grundvallarmunur sé á þörfum kaupenda á mismunandi landssvæðum. Þá séu aðgangshindranir verulegar, hvert sem litið er. PFS álitur að ekki sé unnt að halda því fram að almenn leitni sé í átt til virkrar samkeppni.

Með hliðsjón af framangreindri umfjöllun var það mat PFS að ekki væri þörf á að fram færi fram ítarlegri greining á landfræðilegum aðstæðum á viðkomandi markaði. Samkeppnisaðstæður séu ekki nægilega misjafnar milli einstakra landssvæða til þess að réttlæta skiptingu landsins í svæðisbundna markaði, auk þess sem skil í útbreiðslu neta séu óljós.

Samkvæmt framangreindu er ljóst að niðurstaða PFS um að skilgreina hinn landfræðilega markað sem landið allt er byggð á greiningu stofnunarinnar á viðkomandi markaði. Niðurstaða PFS um skilgreiningu hins landfræðilega markaðar byggist á forathugun PFS. Að mati úrskurðarnefndar er niðurstaða PFS um skilgreiningu hins landfræðilega markaðar á grundvelli forathugunarinnar, ítarlega rökstudd í viðauka A við hina kærðu ákvörðun. Ekki er talin ástæða til að hnekkja því mati PFS, að ítarlegri greining á landfræðilegum aðstæðum á markaðinum hafi verið ónauðsynleg. Með hliðsjón af framangreindu telur úrskurðarnefndin jafnframt ljóst að þau sjónarmið sem liggja til grundvallar greiningu PFS á hinum landfræðilega markaði séu málefnaleg og styðji þá niðurstöðu PFS að skilgreina hinn landfræðilega markað sem landið allt. Gerir nefndin því ekki athugasemd við niðurstöðu PFS þar að lútandi.

Þá telur úrskurðarnefnd að ekki verði annað ráðið en að PFS hafi gætt að rannsóknarskyldu sinni hvað þetta atriði varðar, enda er greiningin sem býr að baki skilgreiningu markaðarins ítarleg, auk þess sem leitað var samráðs við kæranda og aðra aðila sem starfa á viðkomandi markaði, áður en hin kærða ákvörðun var tekin. Þá var

einnig leitað eftir afstöðu annarra stjórnvalda, s.s. Samkeppniseftirlitsins, sem jafnframt féllst á niðurstöðu PFS um skilgreiningu hins landfræðilega markaðar sem landið allt. Voru athugasemdir sem bárust við frumdrög PFS að markaðsgreiningunni teknað saman í viðauka B, við hina kærðu ákvörðun og tekur PFS þar afstöðu til þeirra athugasemda sem bárust.

Með vísan til framangreinds telur úrskurðarnefndin ekki tilefni til þess að gera athugasemdir við niðurstöðu PFS um skilgreiningu landfræðilega markaðarins sem landið allt, hvorki er varðar form- eða efnishlið niðurstöðunnar. Rétt er að taka fram að samkvæmt greiningu PFS hefði niðurstaða hinnar kærðu ákvörðunar um að útnefna kæranda sem fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk orðið sú sama, þrátt fyrir að markaðnum hefði verið skipt með þeim hætti að höfuðborgarsvæðið væri skilgreint sem sérstakur markaður, líkt og kærandi hefur gert kröfu um.

Umtalsverður markaðsstyrkur skv. 27. gr. fjarskiptalaga

Athugasemdir kæranda hvað varðar niðurstöðu PFS um að útnefna kæranda með umtalsverðan markaðsstyrk á markaði fyrir stofnlínuhluta leigulína, lúta fyrst og fremst að því að PFS hafi horft fram hjá þeirri staðreynd að fyrirtækið GR hafi umtalsverða markaðshlutdeild á höfuðborgarsvæðinu. Telur kærandi PFS einnig hafa litið fram hjá öðrum mikilvægum þáttum. Þá telur kærandi að niðurstaðan sé röng þar sem gengið sé út frá því að landfræðilegi markaðurinn taki til landsins alls. Er framangreindu hins vegar hafnað af hálfu PFS.

Markaðsgreiningin sem liggur til grundvallar hinnar kærðu ákvörðunar er að finna í viðauka A við hana er grundvöllur ákvörðunarinnar um að útnefna kæranda sem fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk skv. 27. gr. fjarskiptalaga. Í greiningunni er að finna umfjöllun um mat á skilyrðum þess að leggja megum kvaðir á viðkomandi markaði, svo kallað þriggja skilyrða próf. Þá er greint frá aðgangshindrunum á markaðnum, hegðun markaðsaðila, kaupendastyrk og þrýstingi frá staðgönguvörum. Þá er rétt að taka fram að í markaðsgreiningunni er að finna umfjöllun um markaðshlutdeild kæranda og hún borin saman við markaðshlutdeild keppinauta, m.a. er gerð grein fyrir markaðshlutdeild GR á höfuðborgarsvæðinu og hún borin saman við markaðshlutdeild kæranda.

Með vísan til framangreinds fellst úrskurðarnefndin ekki á það með kæranda að PFS hafi litið fram hjá markaðshlutdeild annarra aðila sem starfa á viðkomandi markaði eða litið fram hjá mikilvægum þáttum. Úrskurðarnefndin telur að ekki verði annað séð en að markaðsgreiningin sem er til grundvallar hinnar kærðu ákvörðunar sé byggð á málefnalegum sjónarmiðum.

Markaðsgreining PFS tekur eðli málsins samkvæmt mið af skilgreiningu á hinum landfræðilega markaði. Var það niðurstaða PFS að skilgreina hinn landfræðilega markað sem landið allt. Líkt og að framan greinir gerir úrskurðarnefndin ekki athugasemd við þá

niðurstöðu PFS og gerir úrskurðarnefndin því ekki athugasemd við að sú greining hafi legið til grundvallar mati á umtalsverðum markaðsstyrk kæranda.

Þá telur úrskurðarnefnd að ekkert í málinu gefi tilefni til þess að ætla að ekki hafi verið gætt að rannsóknarskyldu skv. 10. gr. stjórnsýslulaga, nr. 37/1993. Til grundvallar hinni kærðu ákvörðun er ítarleg greining á markaðnum auk þess sem fyrirbyggjandi eru athugasemdir fjarskiptafyrirtækja sem þar starfa og athugasemdir Samkeppniseftirlitsins og afstaða PFS til athugasemdanna, sbr. viðauki B við hina kærðu ákvörðun.

Með vísan til alls framangreinds gerir úrskurðarnefnd ekki athugasemd við niðurstöðu hinnar kærðu ákvörðunar hvað varðar markaðsstyrk kæranda.

4.

Úrskurðarnefnd fer með fullt endurskoðunarvald á ákvörðunum PFS. Eins og að framan er rakið er það mat úrskurðarnefndarinnar að ekkert í málinu gefi tilefni til ógildingar hinnar kærðu ákvörðunar. Er kröfu kæranda þar að lútandi því hafnað.

Vilji aðili ekki una úrskurði nefndarinnar getur hann borið úrskurðinn undir dómstóla, en slíkt mál skal höfða innan sex mánaða frá því að viðkomandi fékk vitneskju um úrskurð nefndarinnar, sbr. 3. mgr. 13. gr. um laga Póst- og fjarskiptastofnun, nr. 69/2008.

V. Úrskurðarorð

Hin kærða ákvörðun er staðfest.

Kærandi greiði málskostnað að fjárhæð 1.880.000 kr. að frádregnu málskotsgjaldi 150.000 kr.

Reykjavík, 9. júní 2016

Þórður Bogason, formaður

Brynja Ingunn Hafsteinsdóttir

Kirstín Þ. Flygenring