

## Úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála

Þann 1. júlí 2008 er úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála saman komin að Borgartúni 25, Reykjavík, til þess að kveða upp úrskurð í ágreiningsmáli nr. 5/2007.

**Síminn hf.**

**gegn**

**Póst- og fjarskiptastofnun**

**og**

**Og fjarskiptum ehf.**

Nefndina skipa: Ólafur Garðarsson hrl. formaður og meðnefndarmennirnir Heimir Haraldsson endurskoðandi og Guðjón Kárason verkfræðingur. Aðstoðarmaður nefndarinnar í málinu var Garðar Steinn Ólafsson laganemi.

Fyrir nefndinni liggur kæra frá Símanum hf. dags. 12. febrúar 2007, þar sem kærð er ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar (PFS), dags. 14. september 2007 um útnefningu fyrirtækja með umtalsverðan markaðsstyrk og álagningu kvaða á smásöllumarkaði fyrir lágmarksframboð af leigulínum (markaður 7), heildsöllumarkaði fyrir lúkningarluta leigulína (markaður 13) og heildsöllumarkaði fyrir stofnlínuhluta leigulína (markaður 14).

Krafa Símans hf. er að ákvörðun PFS frá 14. september 2007 um að leggja kvaðir um eftirlit með gjaldskrá á markaði fyrir lágmarksframboði á leigulínum verði felld úr gildi.

Krafa Og fjarskipta ehf. er að hin kærða ákvörðun sé staðfest.

Krafa PFS er að hin kærða ákvörðun sé staðfest.

Þann 22. janúar s.l. fór fram munnlegur málflutningur fyrir nefndinni, þar sem mættir voru fyrir hönd fyrir hönd PFS Óskar Hafliði Ragnarsson, fyrir hönd Símans hf. Hallmundur Albertsson hdl., fyrir hönd Mílu ehf. Auður Inga Ingvarsdóttir hdl. og fyrir hönd Og fjarskipta ehf. Jóhanna Helga Halldórsdóttir hdl. Gerðu aðilar þar grein fyrir málalíbúnaði sínum og kröfum, fengu tækifæri til þess að koma á framfæri sínum sjónarmiðum varðandi málflutning gagnaðila og svöruðu spurningum þeim er nefndarmenn höfðu. Að því loknu var ágreiningsmálið tekið til úrskurðar. Úrskurður hefur dregist vegna umfangs þessa máls og annara kærumála sem nefndin hefur haft til meðferðar.

### **1.0 Málavextir.**

Þann 25. júlí 2003 tóku gildi á Íslandi ný lög um fjarskipti, nr. 81/2003, sem innleiða fjórar tilskipanir Evrópusambandsins um fjarskipti og eina tilskipun um persónuvernd í fjarskiptum. Hinni nýju fjarskiptalöggjöf er ætlað að skapa einsleit starfsskilyrði fyrir fjarskiptafyrirtæki í Evrópu, takmarka hindranir og skapa skilyrði fyrir sjálfbæra

samkeppni til hagsbóta fyrir neytendur. Nýju fjarskiptalögin leggja þær skyldur á PFS að skilgreina ákveðna fjarskiptamarkaði eftir vöru- og þjónustutegundum og landsvæðum í samræmi við meginreglur samkeppnisréttar og skuldbindingar skv. samningnum um Evrópska efnahagssvæðið (EES-samningnum) og greina þá til að kanna hvort á þeim ríki virk samkeppni, sjá V. kafla laganna. Ef PFS kemst að þeirri niðurstöðu að það ríki virk samkeppni á viðkomandi markaði, þ.e. að ekkert fyrirtæki sé með umtalsverðan markaðsstyrk, er stofnuninni óheimilt að leggja kvaðir á fyrirtækin. Hafi stofnunin áður lagt kvaðir á fyrirtæki á viðkomandi markaði skal draga þær til baka og ekki leggja á nýjar. Komist PFS hins vegar að þeirri niðurstöðu að á viðkomandi markaði ríki ekki virk samkeppni, vegna þess að eitt eða fleiri fyrirtæki eru með umtalsverðan markaðsstyrk, ber stofnuninni að útnefna þau með umtalsverðan markaðsstyrk og leggja á þau viðeigandi kvaðir sem um er fjallað í VII. kafla fjarskiptalaga. PFS ber að leggja a.m.k. eina kvöð á fyrirtæki sem hefur verið útnefnt. Hafi fyrirtækið áður verið útnefnt skv. eldri fjarskiptalögum skal PFS endurskoða þær kvaðir sem lagðar hafa verið á og ákveða hvort þeim verði viðhaldið, breytt eða þær felldar niður.

Framkvæmdastjórn ESB hefur gefið út leiðbeiningar og tilmæli um markaðsgreininguna. Annars vegar eru leiðbeiningar um markaðsgreiningu og mat á umtalsverðum markaðsstyrk og hins vegar tilmæli um viðkomandi markaði. Eftirlitsstofnun EFTA (ESA) hefur gefið út sambærilegar leiðbeiningar og tilmæli sem PFS hefur til hliðsjónar við framkvæmd markaðsgreininga. Jafnframt er höfð til hliðsjónar skýrsla Samtaka evrópskra fjarskiptaeftirlitsstofnana (ERG) um kvaðir sem leggja má á fjarskiptafyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk til að efla samkeppni.

Í tilmælum ESA um viðkomandi markaði hafa verið skilgreindir fyrirfram 18 fjarskiptamarkaðir sem PFS, í samræmi við nýju fjarskiptalögin og skuldbindingar Íslands skv. EES-samningnum, er skylt að greina. Þessir markaðir hafa verið skilgreindir fyrirfram af framkvæmdastjórn ESB þar sem þeir eru taldir til þess fallnir að leggja þurfi á þá fyrirfram kvaðir. Þessi markaðir uppfylla þau skilyrði að hindranir eru á því að komast inn á þá, markaðirnir hafa ekki eiginleika til að þar sé virk samkeppni og að almennar samkeppnisreglur duga ekki til að afnema hindranir eða efla samkeppni á þeim. Fjarskiptalöggjöfin gerir ráð fyrir því að hlutverk PFS sé að skilgreina þessa 18 markaði í samræmi við aðstæður sem eru á Íslandi.

Markaðsgreining á leigulínumörkuðum 7, 13 og 14 hófst fljótlega eftir að greining hófst á farsímamörkuðum 15 og 16. Undirbúningur fyrir markaðsgreiningu reyndist mjög tímafrekur þar sem byrja þurfti á því að safna tölfræðilegum upplýsingum og öðrum sérgreindum upplýsingum frá starfandi fjarskiptafyrirtækjum og vinna úr því efni til að hægt væri að greina samkeppni og stöðu fyrirtækja. Einnig safnaði stofnunin upplýsingum með könnunum. Þar sem um var að ræða nýjar skyldur og nýja aðferðafræði tók vinna við markaðsgreininguna mun lengri tíma en áætlað var í upphafi og er það í samræmi við reynslu annarra eftirlitsstofnana á Evrópska efnahagssvæðinu (EES). Reynsla annarra þjóða hefur sýnt að leigulínumarkaðirnir eru (meðal flóknustu hinna) með þeim flóknustu af hinum 18 mörkuðum og taka einna mesta tímann í vinnslu. Auk þess tafði það að sögn PFS töku endanlegrar ákvörðunar í máli þessu að í mars 2007 fór fram skipulagsbreyting Skipta hf., Símans hf. og Mílu ehf.

Meðferð þessa máls hófst formlega með gagnaöflun í júlí 2004. Hin kærða ákvörðun byggir á greiningu á mörkuðum 7, 13 og 14 sem lögð var fram til samráðs með bréfi, dags. 15. júní 2006, þar sem fjarskiptafyrirtækjum og öðrum sem eiga hagsmuna að gæta var boðið að gera athugasemdir við greiningu og niðurstöður á ofangreindum mörkuðum. Eftirfarandi aðilar sendu inn athugasemdir við frumdrögin: Síminn hf., Og fjarskipti ehf. (Vodafone), Fjarski ehf. og Samkeppniseftirlitið. Greining á viðkomandi mörkuðum var uppfærð í samræmi við þær athugasemdir sem teknar voru til greina, auk þess sem öll tölfræði var uppfærð í samræmi við nýjustu tölur, þ.e. miðað við áramótin 2005/2006. Athugasemdirnar voru flokkaðar og þeim svarað í viðauka B með ákvörðun PFS nr. 20/2007 um markaði 7, 13 og 14.

Með bréfi, dags. 23. febrúar 2007, tilkynnti PFS til Eftirlitsstofnunar EFTA (ESA) drög að ákvörðun um markaði 7, 13 og 14 ásamt viðaukum, í samræmi við 1. mgr. 7. gr. laga um Póst- og fjarskiptastofnun nr. 69/2003 og tilmæli ESA um tilkynningu skv. 7. gr. rammatilskipunar. Með bréfi, dags. 26. mars 2007, barst PFS álit ESA á framangreindum drögum. ESA heimilaði stofnuninni að taka umrædda ákvörðun en gerði athugasemd við að landfræðileg skipting PFS á markaði 14, í höfuðborgarsvæðið og landsbyggðina, væri ekki studd nægum tölfræðilegum gögnum. ESA benti á að landfræðileg skipting á markaði 14 þyrfti að vera studd viðeigandi tölfræðilegum gögnum, sérstaklega verðsamanburði sem styddi slíka landfræðilega skiptingu. Hins vegar taldi ESA að skipting PFS á markaði 14 í tvo landfræðilega markaði breytti ekki þeirri niðurstöðu að Síminn hf. væri með umtalsverðan markaðsstyrk á báðum mörkuðum. Ennfremur benti ESA á að niðurstöður um kvaðir sem leggjast ættu á Símann væru þær sömu þrátt fyrir landfræðilega skiptingu markaðs 14. Hins vegar bauð ESA PFS að safna saman og greina tölfræði fyrir markað 14 til að styðja niðurstöður um landfræðilega skiptingu á markaði 14. Í ljósi þess að niðurstöður greiningar á markaði 14 væru þær sömu hvort sem landfræðileg afmörkun markaðarins er landið allt eða höfuðborgarsvæðið og landsbyggðin þá taldi PFS ekki nauðsynlegt að endurskoða niðurstöður sínar um landfræðilega afmörkun á markaði 14 að svo stöddu. PFS tók hins vegar fram að stofnunin myndi taka tillit til framangreindrar athugasemdar ESA þegar greining á markaði 14 yrði endurskoðuð.

Eftir að drög að ákvörðun um markaði 7, 13 og 14 ásamt viðaukum var tilkynnt til ESA var gerð skipulagsbreyting á Símanum hf. sem hafði ákveðin áhrif á niðurstöður greiningar á viðkomandi mörkuðum. Á aðalfundi Símans hf. þann 15. mars 2007 samþykktu hluthafar félagsins skipulagsbreytingar á samstæðu Símans hf. Stofnað var sérstakt móðurfélag, Skipti hf., kt. 460207-0880, sem fer með eignarhald á dótturfyrirtækjum sem sem áður heyrðu undir samstæðu Símans hf. Undir Skipti hf. heyrir nú Míla ehf., kt. 460207-1690, sem sér um rekstur fjarskiptanetsins, Síminn hf., kt. 500269-6779, sem einnig hefur fjarskiptastarfsemi með höndum og fasteignafélagið Jörfi ehf. Fjarskiptarekstur Símasamstæðunnar skiptist því nú á milli dótturfélaga Skipta hf., Símans hf. og Mílu ehf.

Vegna ofangreindra skipulagsbreytinga taldi PFS nauðsynlegt að upplýst yrði með skýrum hætti hvaða félag eða félög færu með stjórn á þeirri þjónustu sem félli undir framangreinda markaði, í samræmi við markaðsskilgreiningu stofnunarinnar í greiningu á ofangreindum mörkuðum. Óskað var eftir umræddum gögnum með bréfi til Símans hf., dags. 3. apríl 2007, en svörin reyndust ófullnægjandi. Með bréfi til Símans hf., dags. 20. apríl 2007, óskaði PFS eftir upplýsingum um hvort Síminn hf.

eða Míla ehf. réði yfir og seldi aðgang að ATM neti og IP(MPLS) neti. Í svarbréfi Símans hf., dags. 4. maí 2007, komu heldur ekki fram fullnægjandi upplýsingar um þessi atriði. Því sendi PFS Símanum hf. og Mílu ehf. bréf, dags. 20. júní 2007, þar sem fyrirhuguð ákvörðun var boðuð, m.t.t. áðurgreindra skipulagsbreytinga.

Í síðastgreindu bréfi PFS kom fram að stofnunin teldi að fyrrgreindar skipulagsbreytingar hefðu ekki áhrif á markaðsstyrk samstæðunnar. Því ætti sú greining sem fram fór á markaðsstyrk Símans fyrir skipulagsbreytinguna ennþá við að fullu leyti. Það væri skoðun stofnunarinnar að samstæða þeirra fyrirtækja sem áður var Síminn hf. hefði ennþá umtalsverðan markaðsstyrk á viðkomandi mörkuðum og hefði stofnunin því í hyggju að útnefna fyrirtækin með umtalsverðan markaðsstyrk á viðkomandi mörkuðum og leggja á þau þær kvaðir sem fram komu í drögum að ákvörðun sem send var ESA til umsagnar þann 23. febrúar 2007. Þá kom fram að fengi PFS ekki skýrari upplýsingar en áður um hvar rekstur einstakra flutningsmiðla og samskiptareglna færi fram væri stofnuninni nauðugur sá kostur að útnefna bæði fyrirtækin með umtalsverðan markaðsstyrk á mörkuðum 13 og 14 og leggja kvaðir á þau bæði. Þá hygðist PFS útnefna Símann hf. einan með umtalsverðan markaðsstyrk á markaði 7 og leggja viðeigandi kvaðir á félagið.

Engar athugasemdir bárust frá Mílu ehf. en athugasemdir bárust frá Símanum hf. með bréfi, dags. 27. júlí 2007. Svör PFS við athugasemdunum koma fram í viðauka E við hina kærðu ákvörðun. Fram kom að mati PFS í svörum Símans hf. að bæði Síminn hf. og Míla ehf. byðu þjónustu á mörkuðum 13 og 14 eins og PFS hafði skilgreint þá þjónustumarkaði. Flutningsmiðlarnir væru hjá Mílu ehf. (og samskiptareglurnar SDH/PDH, Ethernet og DWDM) og samskiptareglurnar hjá Símanum hf. (Frame Relay, ATM og IP/MPLS). Því útnefndi PFS bæði félög með umtalsverðan markaðsstyrk á mörkuðum 13 og 14 og lagði sömu kvaðir á bæði félög á umræddum mörkuðum, þar sem að mati stofnunarinnar væru eigna-, stjórnunar- og fjárhagsleg tengsl félaganna ótvíræð. Umræddar upplýsingar frá Símanum hf. leiddu því ekki til breytinga á markaðsgreiningu á mörkuðum 7, 13 og 14.

Það var því mat PFS í ákvörðuninni frá 14. september 2007. að ofangreind skipulagsbreyting á samstæðu Símans hf. hefði engin áhrif á greiningu á mörkuðum 7, 13 og 14 eða mat á umtalsverðum markaðsstyrk að öðru leyti en því að ákvörðun um viðkomandi markaði beindist að þeim dótturfélögum Skipta hf. sem færu með yfirráð yfir þeirri þjónustu sem félli undir viðkomandi markaði. Greiningu og niðurstöðum á viðkomandi mörkuðum var því breytt í samræmi við það. Í ljósi þess að móðurfélagið Skipti hf. og dótturfélög þess, Síminn hf. og Míla ehf., væru í eigu sömu aðila og áður áttu Símann hf. leit PFS svo á að mat á markaðsstyrk samstæðu Símans hf. á fjarskiptamarkaði hefði ekki breyst við það að ákveðnar rekstrareiningar væru nú reknar sem dótturfélög Skipta hf. Staða fjarskiptafélaga þeirra sem tilheyrðu Skiptum hf. voru því metin sem ein efnahagsleg heild þar sem eignarhalds-, stjórnunarleg- og fjárhagsleg tengsl milli félaganna væru ótvíræð.

Þann 12. október 2007 kærði Síminn hf. ákvörðunina hvað varðar markað 7. Sú kæra er hér til meðferðar.

## **2.0 Málsástæður kæranda.**

Í kæru Símans hf. koma fram eftirfarandi sjónarmið um efnishlið málsins:

Ákvörðun um að leggja kvaðir á Símann er íþyngjandi stjórnvaldsákvörðun. Ákvörðun um hvort og hvaða kvaðir eigi að leggja á fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk byggir að mestu leyti á mati PFS. Þegar bæði er um íþyngjandi og matskenndar stjórnvaldsákvörðanir að ræða eru gerðar strangari kröfur en ella til þess að gætt sé ítrustu stjórnsýslureglna.

PFS ber að gera grein fyrir tilgangi með hverri og einni kvöð sem lögð er fyrir Símann og rökstyðja hvers vegna nauðsynlegt er að leggja þær á og hvaða samkeppnislegu vandamál þetta muni leysa. Slíkt mat hefur ekki farið fram í markaðsgreiningu PFS heldur velur PFS að leggja á allar mögulegar kvaðir án þess að ganga rækilega úr skugga um að nauðsyn beri til að beita að ganga eins langt og mögulegt er í hverju einstöku tilviki. Er því bæði brotið gegn meðalhófsreglu og rannsóknarreglu í þessu tilviki.

Við ákvörðun um að leggja á kvaðir þess eðlis að eign í eigu eins fyrirtækis er veitt til afnota fyrir önnur fyrirtæki verður að gæta þess að ekki sé gengið lengra í skerðingu á friðhelgum stjórnarskrárvörðum eignarréttindum en almenningsþörf krefst og fullt verð komi fyrir.

Samkvæmt b. lið 2. tl. 1. mgr. 3. gr. laga um Póst- og fjarskiptastofnun nr. 69/2003 er eitt af meginverkefnum PFS að stuðla að samkeppni á fjarskiptamörkuðum með því að hvetja til fjárfestinga í innviðum fjarskipta og stuðla að nýsköpun. Með ákvæðinu er innleidd 2. mgr. 8. gr. rammatilskipunar ESB.

Samkvæmt 3. mgr. 28. gr. FL skal PFS við ákvörðun um að leggja á skyldur um aðgang taka mið af því hvort það sé:

- a. tæknilega og fjárhagslega raunhæft að nota eða setja upp eigin aðstöðu í samkeppni með hliðsjón af markaðspróun og eðli og gerð samtengingar og aðgangs sem um ræðir,
- b. framkvæmanlegt að veita þann aðgang sem tillaga er um,
- c. forsvaranlegt með hliðsjón af upphaflegri fjárfestingu eiganda aðstöðunnar og áhættu sem tekin var með fjárfestingunni,
- d. í þágu samkeppni til lengri tíma litið,
- e. óheppilegt með hliðsjón af vernd hugverkaréttinda,
- f. til þess fallið að auka framboð þjónustu.

Síminn telur sérstaklega ámælisvert að ekkert raunverulegt mat fer fram á því hvort álagðar kvaðir á Símann hvetji til fjárfestinga í innviðum fjarskipta og efla nýsköpun. Þá er engin efnisleg umfjöllun um það hvort það sé forsvaranlegt að ganga eins langt og raun ber vitni með hliðsjón af upphaflegri fjárfestingu Símans og þeirri áhættu sem tekin var með fjárfestingunni og hvort hinar álögðu kvaðir þjóni samkeppninni til lengri tíma litið.

Hinar álögðu kvaðir Símans ganga eins langt og mögulegt er við beitingu úrræða fjarskiptalaga. Reyndar telur Símann PFS ganga lengra en lagaheimild er fyrir í sumum tilvikum. Virðist aðferðafræði PFS vera sú að leggja allar kvaðir á Símann og við útfærslu á einstökum kvöðum er gengið eins hart fram og mögulegt er. Er því ljóst að meðalhófsregla 12. gr. SSL hefur verið brotin.

*Gaukur Jörundsson var fyrstur manna til að nefna meðalhófsregluna hér á landi. Hann rökstuddi nafngjöfina með því að reglan fæli annars vegar í sér að stjórnvöld yrðu að gæta hófs í meðferð valds síns, og hins vegar að við beitingu valdheimilda sinna yrðu stjórnvöld að taka tillit til andstæðra hagsmuna og fara þar ákveðinn meðalveg.<sup>1</sup> Vandséð er að ákvörðun PFS rati meðalveginn.*

*Síminn telur að meðalhófsregla 12. gr. stjórnsýslulaga hafi verið brotin við fyrirhugaða álagningu kvaða á Símann. Í fyrsta lagi er óljóst að ákvörðunin nái því markmiði sem að er stefnt með henni þar sem eiginlegt mat fer ekki fram. Í öðru lagi hyggst PFS velja hörðustu úrræði sem völ er á við val á kvöðum sem stofnunin hyggst leggja á Símann. Í þriðja lagi gætir PFS ekki hófs í beitingu þeirra úrræða sem valin eru. Beiting PFS á álögdum kvöðum er því harkalegri en nauðsyn ber til. Á það sérstaklega við um fyrirætlanir um verðlagseftirlit PFS.*

*Ákvæði 1. mgr. 32. gr. fjarskiptalaga nr. 81/2003 um eftirlit með gjaldskrá er svohljóðandi:*

*„Þegar markaðsgreining gefur til kynna að skortur á virkri samkeppni hafi í för með sér að fjarskiptafyrirtæki með [umtalsverðan markaðsstyrk]<sup>1)</sup> krefjist of hárra gjalda eða að óeðlilega lítill munur sé á heildsölu- og smásöluverði getur Póst- og fjarskiptastofnun lagt kvaðir á fjarskiptafyrirtæki um kostnaðarviðmiðun gjaldskrár og kvaðir um kostnaðarbókhald á ákveðnum tegundum samtengingar eða aðgangs. Taka skal tillit til fjárfestinga fjarskiptafyrirtækisins og hæfilegrar arðsemi af bundnu fjármagni með hliðsjón af áhættu við fjárfestinguna.”*

*Til að ákvæði 32. gr. fjarskiptalaga um eftirlit með gjaldskrá verði beitt þarf annað skilyrði af tveimur að vera uppfyllt. Fjarskiptafyrirtæki þarf að hafa krafist of hárra gjalda eða óeðlilega lítill munur þarf að vera á heildsölu- og smásöluverði. Í markaðsgreiningu PFS er ekki að finna neina rannsókn sem leiðir það í ljós að Síminn krefjist of hárra gjalda eða óeðlilega lítill munur sé á heildsölu- og smásöluverði. Rök PFS eru þau að það sé mögulegt að munur á heildsölu- og smásöluverðum Símans verði of lítill. Þá er talið að kostnaðareftirlit sé nauðsynlegt til að koma í veg fyrir að verðlagt sé umfram kostnað. Þessi nálgun stenst ekki skoðun. Síminn telur að þegar um jafn íþyngjandi ákvörðun er að ræða eins og í þessu máli, sem varðar verð fyrir aðgang að eignum fyrirtækis og því friðhelg stjórnarskrárvarin eignarréttindi undir, geti möguleikar á broti gegn lagaákvæði ekki talist grundvöllur jafn íþyngjandi ákvörðunar. Slík niðurstaða myndi brjóta gegn 72. gr. stjórnarskrárinnar og meðalhófsreglu stjórnsýsluréttarins. Það myndi horfa allt öðru vísi við ef PFS hefði leitt það í ljós með rannsókn sinni að Síminn hefði brotið gegn öðru af skilyrðum fyrir álagningu verðlagseftirlits. Er í þessu sambandi vísað til meginreglunnar um að allan vafa beri að skýra þeim sem ákvörðunin beinist gegn í hag auk þess sem PFS hefur lagaúrræði til þess að rannsaka slíkt ofan í kjölinn.*

### **3.1.4.2 Drög að nýjum tilmælum ESB um fyrirfram skilgreinda fjarskiptamarkaði**

*Skylda PFS til markaðsgreiningar á fjarskiptamörkuðum byggir á tilmælum ESB um fyrirfram skilgreinda markaði sem fjarskiptaftirlitsstjórnvaldi í hverju landi ber að*

<sup>1</sup> Sjá nánar: Gaukur Jörundsson: „Meðalhófsreglan í stjórnskipunarrétti og stjórnsýslurétti.” Afmælisrit, Gizur Bergsteinnsson níræður 18. apríl 1992, bls. 222. Reykjavík 1992.

fara eftir. Ísland er skuldbundið á grundvelli EES-samningsins til að taka mið af tilmælunum og í raun eru það þessi tilmæli sem markaðsgreining PFS byggir á. Endurskoðun fjarskiptalöggjafar ESB stendur nú yfir. Í drögum að nýjum tilmælum sem munu leysa gildandi tilmæli af hólmi er gert ráð fyrir því að markaður fyrir lágmarksframboð af leigulínum falli út af lista yfir þá markaði sem PFS ber að framkvæma markaðsgreiningu á. Með öðrum orðum þá er það niðurstaða framkvæmdarstjórnar ESB að ekki sé þörf á markaðsgreiningu á markaði fyrir lágmarksframboð af leigulínum. Markaðsgreiningin verður því úrelt innan skamms þar sem ekki er ætlast til þess að fjarskiptaeftirlitsstofnanir hafi afskipti af honum því almennar samkeppnisreglur dugi til að leysa samkeppnisvandamál séu þau til staðar. Yrði því að teljast afar hart fyrir Símann ef lagðar yrðu á kvaðir á fyrirtækið á markaði sem almennt er talið að óþarft að framkvæma markaðsgreiningu á. Er skorað á úrskurðarnefnd að taka mið af þessu við meðferð málsins.

### **1.0. Tilvísun í málatilbúnað Símans á fyrri stigum**

Að öðru leyti en því sem að framan er rakið vísast til málatilbúnaðar Símans á fyrri stigum, sérstaklega bréfa Símans til PFS, dags. 5. september 2006 og 27. júlí 2007.

Vísast að öðru leyti í kærur félagsins og önnur fylgigögn.

### **3.0 Málsástæður Og fjarskipta ehf.**

Eftirfarandi kemur fram í athugasemdum Og fjarskipta ehf. dags. 17. desember 2007:

#### **I. Almenn um kærur Símans hf. og Mílu ehf.**

Þrátt fyrir að Síminn og Míla hafi hvort um sig kært umrædda ákvörðun PFS þá er það mat Vodafone að eðlilegast sé að um þessar kærur sé fjallað sameiginlega. Vodafone tekur undir það mat sem fram kom í hinni kærðu ákvörðun að skipulagsbreyting á samstæðu Símans, nú Skipta hf., hafi engin áhrif á greiningu á mörkuðum 7, 13 og 14 að öðru leyti en því að ákvörðunin beinist að tveimur félögum í samstæðunni, Mílu ehf. og Símanum hf. eftir því sem við á, í stað þess að beinast eingöngu að Símanum hf. eins og var fyrir umrædda skipulagsbreytingu. Það er rétt sem PFS bendir á að móðurfélagið Skipti hf. og dótturfélögin Síminn hf. og Míla ehf. eru í eigu sömu aðila og áttu Símann hf. fyrir skipulagsbreytinguna, þannig að eignarhaldið er það sama auk þess sem stjórnunar- og fjárhagsleg tengsl milli þessara félaga eru ótvíræð. Markaðsstyrkur samstæðunnar á fjarskiptamarkaði, þ.á.m. leigulínumarkaði, breytist ekki þó ákveðnar rekstrareiningar séu reknar sem dótturfélög.

Fyrir liggur að bæði Síminn og Míla bjóða þjónustu á mörkuðum 13 og 14 og því er eðlilegt að útnefna bæði félögin með umtalsverðan markaðsstyrk og leggja sömu kvaðir á þau. Að mati Vodafone er nauðsynlegt að lagðar séu kvaðir á bæði Símann og Mílu á viðkomandi leigulínumörkuðum svo að tryggt sé að kvaðirnar nái þeim tilgangi sem þeim er ætlað að ná og hægt sé að skapa aðstæður fyrir virkari samkeppni á fjarskiptamörkuðum.

Vodafone mun haga eftirfarandi athugasemdum sínum með þeim hætti að kærur Símans vegna markaðs 7 verður svarað sérstaklega og kærur Símans og Mílu vegna

markaða 13 og 14 verður svarað sameiginlega enda sömu kröfur hjá báðum félögum og sami rökstuðningur hjá Símanum fyrir báða markaði.

## **II. Markaður 7 - smásöllumarkaði fyrir lágmarksframboð af leigulínum**

Smásöllumarkaður fyrir lágmarksframboð á leigulínum er einn af þeim 18 mörkuðum sem Eftirlitsstofnun EFTA (ESA) hefur í gildandi tilmælum sínum um viðkomandi markaði<sup>2</sup> mælt fyrir um að eftirlitsstofnanir í EFTA ríkjunum skulu greina samkeppnina á og hugsanlega leggja á fyrirfram (ex-ante) kvaðir. Þessi tilmæli ESA eru enn í fullu gildi og því er PFS skylt að greina samkeppnina á framangreindum markaði og leggja eina eða fleiri kvaðir á það fyrirtæki sem er með umtalsverðan markaðsstyrk á honum.

Vodafone er sammála þeim niðurstöðum sem PFS hefur komist að á markaði 7. Það er alveg ljóst að Síminn er með ráðandi stöðu á þessum markaði, með yfir 80% markaðshlutdeild eftir tekjum. Þá eru aðgangshindranir verulegar og möguleg samkeppni takmörkuð vegna yfirburðastöðu Símans á leigulínumörkuðum og í fastlínunetum almennt. Að mati Vodafone kalla aðstæður á viðkomandi markaði á þær kvaðir sem PFS hefur mælt fyrir um í hinni kærðu ákvörðun. Vodafone er ekki sammála því að PFS hafi gengið lengra við álagningu kvaða en nauðsynlegt og eðlilegt er. Í nánast öllum tilvikum þegar fyrirtæki eru útnefnd með umtalsverðan markaðsstyrk, hvort það er hér á landi eða í öðrum ríkjum EES, eru lagðar á allar kvaðir sem heimilt er að leggja á lögum samkvæmt<sup>3</sup> enda styðja kvaðirnar hver við aðra. Að mati Vodafone er nauðsynlegt að leggja á Símann kvöð um eftirlit með gjaldskrá enda eru verð í mörgum tilfellum meginorsök samkeppnisvandamála og því verður að telja að kvöð um eftirlit með gjaldskrá sé árangursríkasta leiðin til að taka á slíku máli. Að mati Vodafone eru aðrar kvaðir ekki nægjanlegar til að skapa aðstæður til að virkja samkeppni á viðkomandi markaði og ryðja úr vegi samkeppnishindrunum.

Vísast að öðru leyti í málflutning félagsins fyrir nefndinni.

### **4.0 Málsástæður PFS.**

Málsástæður PFS koma fram í greinargerð stofnunarinnar frá 17. desember 2007 og fer viðeigandi kafli hennar hér á eftir:

### **3. Athugasemdir við kæru Símans á markaði 7 – Lágmarksframboð á leigulínum**

Síminn krefst þess að ákvörðun PFS um að leggja kvaðir um eftirlit með gjaldskrá á markaði fyrir lágmarksframboð á leigulínum verði felld úr gildi.

<sup>2</sup> Tilmæli Eftirlitsstofnunar EFTA frá 14. júlí 2004 um viðkomandi vöru- og þjónustumarkaði á sviði fjarskipta sem ástæða kann að vera til að fella undir fyrirframkvaðir í samræmi við tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2002/21/EB um sameiginlegan regluramma um rafræn fjarskiptanet og – þjónustu, í þeirri mynd sem hún var felld inn í samninginn um Evrópska efnahagssvæðið, EES-viðbætur nr. 21, frá 27.4.2006 (íslensk útgáfa).

<sup>3</sup> Sjá í þessu sambandi ákvörðun PFS á markaði 16, dags. 20. júlí 2006, og ákvörðun PFS nr. 4/2007 á markaði 15, dags. 5. febrúar 2007.

### **3.1. Almenn**

*Að mati PFS einkennast athugasemdir kæranda að miklu leyti á röngum fullyrðingum um greiningu og ákvarðanir PFS á markaði 7. PFS telur rétt að svara og leiðrétta helstu athugasemdir sem fram koma í kærnum og draga fram þau aðalatriði sem PFS telur að skipti máli í þessu sambandi.*

*Þegar litið er á kröfugerð Símans í kæru vegna viðkomandi markaðar kemur í ljós að þess er aðeins krafist að ákvörðun PFS um að leggja á kvaðir um eftirlit með gjaldskrá á markaði fyrir lágmarksframboð á leigulínunum verði felld úr gildi. Þess er því ekki krafist að ákvörðun um tilnefningu Símans sem fyrirtækis með umtalsverðan markaðsstyrk verði felld úr gildi né ákvörðun um álagningu annarra kvaða á félagið en kvaðarinnar um eftirlit með gjaldskrá.*

*Þrátt fyrir þessa kröfugerð er töluverð umfjöllun í kæru Símans á viðkomandi markaði um almenn atriði varðandi rannsóknarreglu og meðalhófsreglu stjórnarsýslulaga og ákvæði 3. mgr. 28. gr. fjarskiptalaga um atriði sem taka skal mið af þegar PFS leggur á skyldur um aðgang. Ekki er ljóst hvernig þessi umfjöllun tengist kærutriði málsins. PFS mun þó fjalla í stuttu máli um þessi atriði í kæru Símans í kafla 3.3. hér að aftan. Umfjöllun PFS hefst þó á athugasemdum stofnunarinnar varðandi kæruefni málsins, sbr. kafla 3.2. (kvöð um eftirlit með gjaldskrá).*

### **3.2. Kvöð um eftirlit með gjaldskrá**

Fram kemur í kæru Símans að til að ákvæði 32. gr. fjarskiptalaga um eftirlit með gjaldskrá verði beitt þurfi að uppfylla annað að tveimur skilyrðum ákvæðisins. Fjarskiptafyrirtæki þurfi að hafa krafist of hárra gjalda eða óeðlilega lítill munur sé á heildsölu- og smásöluverði. Í markaðsgreiningu PFS sé ekki að finna neina rannsókn sem leiði það í ljós að Síminn krefjist of hárra gjalda eða að óeðlilega lítill munur sé á heildsölu- og smásöluverði. Rök PFS væru þau að það væri mögulegt að munur á heildsölu- og smásöluverðum Símans yrði of lítill. Þá væri talið að kostnaðareftirlit væri nauðsynlegt til að koma í veg fyrir að verðlagt væri umfram kostnað. Um íþyngjandi ákvörðun væri að ræða sem varðaði verð fyrir aðgang að eignum fyrirtækisins. Það hefði horft allt öðru vísi við ef PFS hefði leitt það í ljós með rannsókn sinni að Síminn hefði brotið gegn öðru af skilyrðunum fyrir álagningu verðlagseftirlits.

*Mikilvægustu aðgangshindruninni á viðkomandi markaði var aflétt með kvöðum þegar einkaréttur Símans til að bjóða leigulínur var afnuminn að hluta þann 30. október 1996. Þann 1. janúar 1998 voru síðan aðrir hlutar fjarskiptamarkaðarins gefnir frjálsir og frá þeim tíma var fjarskiptamarkaðurinn opnaður að fullu fyrir samkeppni. Jafnræðiskvöð að því er varðar leigulínur var lögð á Landssíma Íslands í gildistíð eldri fjarskiptalaga. Í henni fólst m.a. að Símanum bar að gæta fyllsta jafnræðis og gæta þess að bjóða ekki ólíka skilmála í sams konar viðskiptum þannig að ekki hallaði á óskylda aðila miðað við eigin deildir Símans eða tengda aðila. Þá skyldi gjald fyrir leigulínur byggja á kostnaði. Umræddar kvaðir um kostnaðartengd verð höfðu það m.a. að markmiði að vega upp á móti markaðsstyrk fyrirtækisins og að auka samkeppni á viðkomandi markaði til hagsbóta fyrir neytendur.*

Eftir að leigulínumarkaðurinn var gefinn frjáls var verðskrá Símans tekin til endurskoðunar. Í nóvember 1998 hófu fulltrúar Landssíma Íslands og PFS vinnu við að skilgreina kostnaðargrundvöll leigulína. Sjónarmið PFS var að ekki væri hægt að samþykkja gjaldskrá sem ekki væri byggð á tilkostnaði og vísaði því til stuðnings í tilskipun 92/44/EB (sbr. tilskipun 97/51/EB), ákvæði í þágildandi leyfisbréfi Landssímans og reglugerð nr. 608/1996 um aðgang að leigulínum á almenna fjarskiptanetinu. Þar sem fyrirsjáanlegt var í júní 1999 að talsverða vinnu þyrfti að leggja í undirbúning gjaldskrár sem PFS gæti samþykkt þannig að markaðsaðilar gætu treyst því að hún væri byggð á kostnaðartölum ákvað stofnunin að heimila Landssímanum að gefa út bráðabirgðagjaldskrá fyrir leigulínur. Sú gjaldskrá var formlega birt þann 1. október 1999 og byggði á þeim kostnaðartölum sem þá lágu fyrir og bætti úr ýmsum hnökrum á fyrri gjaldskrá Landssímans. Vinna við frekari kostnaðargreiningu var haldið áfram og ný gjaldskrá var birt 1. september 2000 og var hún byggð á kostnaðarútreikningum þannig að hún byggði á tilkostnaði og hæfilegum arði af fjárfestingu Landssímans, sbr. 19. gr. laga nr. 107/1999 um fjarskipti. Hin nýja gjaldskrá fól í sér umtalsverðar breytingar á leigulínugjöldum. Umræddar kostnaðargreiningar leiddu almennt til verulegra verðlækkana á leigulínum.

Síminn var útnefndur með umtalsverða markaðshlutdeild á markaði fyrir leigulínur skv. eldri fjarskiptalögum nr. 107/1999. Sú staða hafði í för með sér tilteknar kvaðir skv. 19. gr. ofangreindra laga, sem m.a. eru birtar í fyrirmælum PFS til Símans um aðgang og samtengingu<sup>4</sup>. Það kemur m.a. fram að gjöld fyrir leigulínur skulu fylgja grunnreglum um kostnað og gagnsæi. Varðandi lágmarksframboð leigulína sagði að Síminn skyldi bjóða til leigu að lágmarki línur í samræmi við viðauka II við tilskipun 92/44/EBE með breytingum gerðum með tilskipun 97/51/EB. Kvaðir þessar voru í gildi þar til PFS tók hina kærðu ákvörðun þann 14. september s.l. Í þeirri ákvörðun tilnefndi stofnunin Símann með umtalsverðan markaðsstyrk á markaði fyrir lágmarksframboð á leigulínum og endurskoðaði áðurgildandi kvaðir á félagið.

Ef markaðsgreining leiðir í ljós að ekki ríkir virk samkeppni á viðkomandi markaði og að fjarskiptafyrirtæki hefur umtalsverðan markaðsstyrk ber PFS að útnefna það sem fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk og leggja hið minnsta eina eða fleiri kvaðir á það. Hafi PFS áður lagt kvaðir á fyrirtækið samkvæmt eldri fjarskiptalögum ber að endurskoða þær þannig að þeim er viðhaldið, breytt eða þær afnumdar í samræmi við niðurstöður markaðsgreiningar. Í 27. gr. fjarskiptalaga segir að þegar fjarskiptafyrirtæki er talið hafa umtalsverðan markaðsstyrk sé PFS heimilt að leggja á það kvaðir um gagnsæi, jafnræði, bókhaldslegan aðskilnað, opinn aðgang að sérstakri netaðstöðu, eftirlit með gjaldskrá og kostnaðarbókhald eins og þarf í þeim tilgangi að efla virka samkeppni. Kvöðum þessum er nánar lýst í 28.–32. gr. laganna.

Greining á markaði fyrir lágmarksframboð á leigulínum í smásölu leiddi í ljós að ekki ríkir virk samkeppni á markaðinum. Við þær aðstæður hvílir sú skylda á PFS, skv. 33. gr. fjarskiptalaga, að tryggja að a.m.k. eitt fjarskiptafyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk bjóði fram leigulínur af þeirri tegund sem stofnunin telur að þörf sé fyrir á fjarskiptamarkaði. Ofangreint lagaákvæði er ætlað að innleiða 18. gr.

<sup>4</sup> Gildandi kvaðir á Símann um aðgang og samtengingu voru hluti af skilyrðum rekstrarleyfis fyrirtækisins. Skv. bráðabirgðaákvæði II í lögum um fjarskipti nr. 81/2003, skyldu þessar kvaðir gilda áfram þar til nýjar ákvarðanir hafa verið teknar í kjölfar markaðsgreiningar. Kvaðir um aðgang og samtengingu voru endurútfærnar í sérstöku skjali á grundvelli þessa ákvæðis 5. apríl 2005.

alþjónustutilskipunar þar sem m.a. segir að komi í ljós í kjölfar markaðsgreiningar að ekki ríki virk samkeppni á markaði fyrir lágmarksframboð á leigulínum beri innlendu stjórnvaldi að útnefna viðkomandi fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk og leggja skyldur á fyrirtækið um lágmarksframboð á leigulínum. Þar kemur ennfremur fram að skilyrði sem setja **ber** til að tryggja slíkt lágmarksframboð á leigulínum sé í VII. viðauka við tilskipunina. Þetta er skilyrði um jafnræði, gagnsæi og **kostnaðartengingu**.

Í ákvörðun sinni frá 14. september s.l. kom fram að PFS hefði greint samkeppnisvandamál á viðkomandi markaði sem leysa þyrfti með því að leggja á viðeigandi kvaðir á Símann sem markaðsráðandi fyrirtæki. Fram kom að áðurgildandi kvaðir samkvæmt eldri fjarskiptalögum hefðu enn gegnt hlutverki í því að draga úr samkeppnisvandamálum á umræddum smásölumarkaði og bæri því að viðhalda þeim kvöðum þar sem þær væru viðeigandi og nauðsynlegar enn um sinn á viðkomandi markaði. Niðurstöður markaðsgreiningar bentu eindregið til þess að samkeppni væri ekki nægilega virk á umræddum markaði. Viðkomandi markaður einkennist af sterkum yfirburðum Símanns sem rekja má til þess að Síminn er fyrrum einkaleyfishafi og var með einokunaraðstöðu í fjarskiptum hér á landi til ársins 1998. Félagið var fyrst með ýmsar gerðir leigulína og nýtur ávinnings af því.

Við val á kvöðum sem beita á til að leysa ákveðin samkeppnisvandamál þarf að hafa ákveðnar grundvallarreglur að leiðarljósi. Allar álagðar kvaðir skulu vera byggðar á eðli hins skilgreinda samkeppnisvandamáls og vera sniðnar til að leysa það. Þær skulu vera gagnsæjar, réttlætanlegar, rökstuddar og í samræmi við þau markmið sem þeim er ætlað að ná, þ.e. að efla samkeppni og standa vörð um hagsmuni notenda. Kvaðir mega ekki ganga lengra en nauðsynlegt er og mega ekki leggja þyngri byrðar á fyrirtæki en nauðsynlegt þykir.

Í skýrslu Samtaka evrópskra fjarskiptaeftirlitsstofnana (ERG)<sup>5</sup> um kvaðir er lögð áhersla á að byggð verði upp samkeppni í gerð fjarskiptavirkja og neta þar sem það er talið vænlegt. Í þeim tilvikum eiga álagðar kvaðir að styðja slíka uppbyggingu. Þegar samkeppni í gerð fjarskiptaneta er ekki talin vænleg, vegna verulegrar og stöðugrar stærðar- og breiddarhagkvæmni eða annarra aðgangshindrana, þarf að tryggja fullnægjandi aðgang að fjarskiptanetum og búnaði á heildsölustigi. Í þessu sambandi þarf að gæta að tvennu; í fyrsta lagi að hvetja til þjónustusamkeppni og í öðru lagi að tryggja nægjanlegt endurgjald fyrir aðgang að þeim fjarskiptanetum sem eru til staðar og hvetja þannig til frekari fjárfestinga og endurnýjunar og viðhalds á þeim. Þjónustusamkeppni sem byggð er á stýrðum aðgangi á kostnaðartengdu verði getur til lengri tíma litið verið tæki til að koma á samkeppni í endurgerð fjarskiptaneta. Hér er átt við það sem á ensku kallast “the investment ladder” en markmið þess er að skapa skilyrði sem gera nýjum fyrirtækjum kleift að byggja upp fjarskiptanet sitt í stigvaxandi skrefum.

Við ákvörðun um hvaða kvaðir eru best til þess fallnar að efla samkeppni á viðkomandi markaði er oft gott að velta fyrir sér þeirri stöðu sem væri uppi ef ekki væru lagðar kvaðir á fyrirtæki á viðkomandi markaði og hvort staðan væri

---

<sup>5</sup> Revised ERG common position on the approach to appropriate remedies in the electronic communication networks & services regulatory framework (ERG (06)33). Skýrsla þessi var birt í maí 2006. Um er að ræða endurskoðun á skýrslu um sama efni sem birt var 1. apríl 2004. Opið samráð um efni skýrslunnar fór fram í nóvember 2005.

fullnægjandi ef eingöngu væri stuðst við samkeppnislög til að tryggja virka samkeppni.

Markaðsgreining á viðkomandi markaði leiddi í ljós verulegar aðgangshindranir og umtalsverðan samningsstyrk Símans sem langstærsta seljanda leigulína í smásölu hér á landi. Slíkur seljandastyrkur getur haft veruleg áhrif á verðmyndun á markaðinum og aukið möguleika slíks aðila til að verðleggja þjónustu umfram það sem annars væri á virkum samkeppnismarkaði. Slíkur samningsstyrkur getur einnig virkað sem aðgangshindrun gagnvart nýjum fyrirtækjum sem vilja hefja rekstur á viðkomandi markaði. Þá leiddi markaðsgreiningin í ljós að kaupendastyrkur væri ekki mikill á viðkomandi markaði og hefði ekki teljandi áhrif á markaðsstyrk Símans.<sup>6</sup> Til að koma í veg fyrir að Síminn verðlegði umfram kostnað á viðkomandi markaði (e. excessive pricing) taldi PFS að eftirlit með gjaldskrá Símans væri nauðsynlegt úrræði til að fyrirbyggja að slík staða kæmi upp.

Eins og fram kom hér að framan ber að leggja á kvaðir á fyrirtæki sem útnefnt hefur verið með umtalsverðan markaðsstyrk til að leysa ákveðin samkeppnisvandamál. Með hugtakinu “samkeppnisvandamál” er átt við aðstæður sem skapast á markaði vegna markaðsráðandi stöðu fyrirtækis og/eða aðferða sem slíkt fyrirtæki notar til að ryðja keppinautum sínum af markaði, hindra mögulega samkeppni inn á markað eða misnota aðstöðu sína gagnvart neytendum. Aðstæðum sem geta skapast á markaði vegna markaðsráðandi stöðu fyrirtækis er lýst í markaðsgreiningu. Aðferðir sem markaðsráðandi fyrirtæki getur beitt til að ryðja keppinautum úr vegi eða hindra mögulega samkeppni geta m.a. falist í synjun á aðgangi eða viðskiptum, skaðlegri undirverðlagningu, mismunun í gæðum þjónustu, seinkun afgreiðslu og misnotkun upplýsinga.

Samkvæmt 1. mgr. 32. gr. fjarskiptalaga getur PFS lagt kvaðir á fjarskiptafyrirtæki um kostnaðarviðmiðun gjaldskrár ef markaðsgreining gefur til kynna að skortur á virkri samkeppni hafi í för með sér að fjarskiptafyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk krefjist of hárra gjalda eða að óeðlilega lítill munur sé á heildsölu- og smásöluverði. PFS komst að þeirri niðurstöðu í hinni kærðu ákvörðun að skilyrði framangreinds ákvæðis væru fyrir hendi á viðkomandi markaði. Niðurstöður markaðsgreiningar gáfu til kynna að Síminn væri einn með umtalsverðan markaðsstyrk á viðkomandi markaði. Þar sem skortur á samkeppni ríkti á viðkomandi markaði gæti Síminn yfirverðlagt þjónustu sína eða hindrað mögulega samkeppni sem myndi hafa í för með sér skaðleg áhrif á samkeppni og óhagræði fyrir notendur. PFS taldi því nauðsynlegt að viðhafa eftirlit með verðlagningu á lágmarksframboði af leigulínum þannig að stofnunin gæti metið hvort verðlagning væri í samræmi við kostnað.

PFS telur að kvöð um eftirlit með gjaldskrá á smásöllumarkaði fyrir lágmarksframboð á leigulínum sé í samræmi við 32. gr. og 33. gr. fjarskiptalaga og þau markmið sem fram koma í þeim tilskipunum sem umrædd ákvæði byggjast á, þ.e. aðgangstilskipun 2002/19/EB og alþjónustutilskipun 2002/22/EB, og viðeigandi fyrir það tímabil sem gert er ráð fyrir að líði þar til viðkomandi markaður verður greindur aftur.

---

<sup>6</sup> Hefði kaupendastyrkur verið talinn mikill hefði hugsanlega mátt rökstyðja að fyrirtækið gæti ekki krafist of hárra gjalda þar sem notendur hefðu það mikinn styrk. Þá hefði verðkvöðin hugsanlega verið óþörf.

Ákvæði 1. mgr. 32. gr. fjarskiptalaga hljóðar svo:

„Þegar markaðsgreining **gefur til kynna** að skortur á virkri samkeppni **hafi í för með sér** að fjarskiptafyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk **krefjist of hárra gjalda** eða að óeðlilega lítill munur sé á heildsölu- og smásöluverði getur Póst- og fjarskiptastofnun lagt kvaðir á fjarskiptafyrirtæki um kostnaðarviðmiðun gjaldskrár og kvaðir um kostnaðarbókhald á ákveðnum tegundum samtengingar og aðgangs. Taka skal tillit til fjárfestinga fjarskiptafyrirtækisins og hæfilegrar arðsemi af bundnu fjármagni með hliðsjón af áhættu við fjárfestingunar.” (leturbr. undirritaðs)

*Fram kemur í athugasemdum með 32. gr. frumvarps þess sem varð að fjarskiptalögum nr. 81/2003 að ákvæði ofangreint ákvæði væri byggt á 13. gr. aðgangs- og samtengitilskipunarinnar 2002/19/EB. Í athugasemdunum kemur m.a. fram að þegar markaðsgreining hefur leitt til þeirrar niðurstöðu að skortur á samkeppni leiði til þess að fjarskiptafyrirtæki krefjist of hárra gjalda geti PFS lagt á fyrirtækið ýmis konar kvaðir varðandi verðlagningu. Orðalag ákvæðisins bendir til þess að skortur á samkeppni hafi í för með sér tiltekna afleiðingu, þ.e. of há gjöld. Ekki er unnt að túlka umrætt ákvæði eins þröngt og Síminn vill gera, þ.e. að gjöldin sem Síminn krefst núna séu of há. PFS bendir á að smásölugjaldskrá Símans fyrir leigulínur byggist á kostnaðargreiningu frá árinu 1999 og 2000. Fyrir þann tíma er ljóst að Síminn krafði of hárra verða þar sem niðurstöður umræddrar kostnaðargreiningar leiddu til töluverðrar lækkunar á gjöldum. Eins og markaðsgreiningin leiddi í ljós væru verulegar líkur á að Síminn myndi krefjast of hárra gjalda ef verðlagskvöðinni yrði aflétt á þessari stundu. PFS leggur á kvaðir til að fyrirbyggja misnotkun á markaðsráðandi stöðu en markaðsráðandi staða þarf hins vegar ekki að hafa verið misnotuð. Samkeppniseftirlitið fjallar um misnotkun á markaðsráðandi stöðu.*

Ákvæði 13. gr. ofangreindrar aðgangstilskipunar, sem 32. gr. fjarskiptalaga innleiddi í íslenskan rétt, heimilar innlendu stjórnvaldi að leggja á skyldur að því er varðar verðlagseftirlit, þ.m.t. skyldur varðandi kostnaðartengingu, þar sem markaðsgreining gefur til kynna að skortur á virkri samkeppni þýði að hlutaðeigandi rekstraraðili **geti haldið verði of háu eða beitt verðþvingunum sem skaða neytendur fjarskiptapjónustu**<sup>7</sup>. Í 20. forsendu aðgangstilskipunarinnar kemur fram að verðlagseftirlit kann að vera nauðsynlegt ef markaðsgreining leiðir í ljós að samkeppni er ekki skilvirk og hægt er að mæla fyrir um kostnaðartengingu **ef samkeppni er ekki nægilega mikil til að koma í veg fyrir of háa verðlagningu.**

Með 33. gr. fjarskiptalaga var 18. gr. alþjónustutilskipunar 2002/22/EB innleidd í íslenskan rétt. Í 18. gr. tilskipunarinnar kemur fram að ef innlent stjórnvald ákvarðar í kjölfar markaðsgreiningar að ekki sé virk samkeppni á markaði fyrir framboð á lágmarkssamstæðu leigulína skal stjórnvaldið tilnefnda tiltekið fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk á viðkomandi markaði. Innlent stjórnvald skal leggja skyldu á slíkt fyrirtæki varðandi framboð á lágmarkssamstæðu leigulína eins og tilgreint er í skilyrðum fyrir slíku framboði í VII. viðauka með tilskipuninni. Í umræddum viðauka segir að innlendu stjórnvaldi beri að tryggja að við framboð lágmarkssamstæðu leigulína, sem um geti í 18. gr. tilskipunarinnar, sé farið eftir

<sup>7</sup> “... in situations where a market analysis indicates that a lack of effective competition means that the operator concerned **might** sustain prices at an excessive high level, or apply a price squeeze, to the detriment of end-users.”

grundvallarreglum um bann við mismunun, **kostnaðartengingu** og gagnsæi. Innlendu stjórnvaldi ber að tryggja að í gjaldskrá fyrir leigulínur sé farið eftir grundvallarreglunni um kostnaðartengingu.

Þessar tilskipanir, sem innleiddar hafa verið í íslenskan rétt, sbr. ákvæði 32. og 33. gr. fjarskiptalaga nr. 81/2003, sýna svo ekki verður um villst að skýring Símans á ákvæði 1. mgr. 32. gr. laganna er alltof þröng. Þannig þarf skaðinn ekki að vera skeður heldur er nægilegt að samkeppnin sé ekki nægilega mikil til að koma í veg fyrir of háa verðlagningu. Í 3. gr. laga nr. 2/1992, um Evrópska efnahagssvæðið, segir að skýra skuli lög og reglur, að svo miklu leyti sem við á, til samræmis við EES-samninginn og þær reglur sem á honum byggja. Í almennum athugasemdum með þeim lögum segir að íslenskum dómstólum beri að túlka íslensk lög í samræmi við þjóðarrétt. Það er því viðurkennt sjónarmið við lögskýringu hér á landi að leitast eigi við að skýra ákvæði landsréttar til samræmis til þjóðréttalegar skuldbindingar. Úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála hefur staðfest þessi sjónarmið í úrskurðum sínum nr. 1/2006 og 7/2006. Orðrétt kemst úrskurðarnefnd svo að orði í úrskurði nr. 7/2006:

„Íslenskur fjarskiptamarkaður er enn sem komið er fákeppnismarkaður. Ekki er ýkja langt síðan aðeins eitt fyrirtækin hafði völdin í íslensku fjarskiptaumhverfi og umskiptin frá ríkisrekinni einokun yfir í frjálsa samkeppni eru tímafrek og flókin. Í samræmi við þjóðréttarlegar skuldbindingar Íslands og samræmingu regluverks innan Evrópska efnahagssvæðisins, sbr. EES-samningurinn: XI. viðauki og tilskipunar 90/388/EB, 2002/19/EB, 2002/20/EB, 2002/21/EB og 2002/22/EB hefur Póst- og fjarskiptastofnun verið falið það verkefni í samvinnu við samkeppnisyrðvöld að stuðla að eðlilegri þróun fjarskiptamarkaðarins og að stuðla að því að samkeppni megi verða sem öflugust á þeim vettvangi. **Þetta hlutverk Póst- og fjarskiptastofnunar ber stofnuninni að hafa að leiðarljósi við lagatúlkun sína og málsmeðferð alla.**” (leturbr. höfundar).

Hafa verður í huga að þegar kvaðir eru lagðir á, er staðan oft sú að eftirlitsstofnanirnar hafa ekki greint ákveðna samkeppnishamlandi hegðun eða misnotkun hjá fyrirtækjunum heldur hafa þær séð fyrir að upp muni koma, ef ekki verður gripið til aðgerða, möguleg samkeppnisvandamál með hliðsjón af markaðsaðstæðum og hvötum fyrirtækis til þess að hegða sér á þann hátt. Það er því mikilvægt að skoða hvaða kringumstæður hvetja markaðsráðandi fyrirtæki til að haga sér á ákveðinn hátt. Hér ber að sérstaklega að hafa í huga tvennar markaðsaðstæður. Annars vegar markaðir sem bera einkenni einokunar þar sem til staðar eru verulegar aðgangshindranir og virk samkeppni er ólíkleg. Hins vegar markaðir þar sem viðkomandi fyrirtæki hafa haft ávinning af því að vera fyrstir á markaðinn, sem gefur þeim möguleika á því að halda stórum hluta viðskiptavina og/eða innheimta herra verð. Viðkomandi smásölumarkaður ber einkenni beggja þessara markaðsaðstæðna sem hér var lýst. Í þessum tilvikum verða eftirlitsstofnanir að beina athyglinni að óhagstæðum áhrifum markaðsstyrksins sem gætu orðið ríkjandi, s.s. óhóflegri verðlagningu.

Í skýrslu ERG um álagningu kvaða<sup>8</sup> frá árinu 2006 er m.a. fjallað um álagningu kvaða á smásölumarkaði á bls. 48-49. Þar kemur m.a. fram að meginreglan um að aðeins skuli leggja á kvaðir á smásölumarkaði ef kvaðir á viðkomandi heildsölumörkuðum reynast ekki nægjanlegar til að leysa samkeppnisvandamál er

<sup>8</sup> Revised ERG common position on the approach to appropriate remedies in the electronic communication networks & services regulatory framework (ERG (06)33). Skýrsla þessi var birt í maí 2006. Um er að ræða endurskoðun á skýrslu um sama efni sem birt var 1. apríl 2004. Opið samráð um efni skýrslunnar fór fram í nóvember 2005.

*haldin þeim veikleika að jafnvel þótt heilðsölukvaðir komi til með að virka, taki það oft töluverðan tíma. Á meðan geti því verið nauðsynlegt að leggja á smásölukvaðir í þágu neytenda varðandi verlagseftirlit<sup>9</sup>.*

*Eins og fram kom í markaðsgreiningunni á viðkomandi markaði krafðist Síminn of hárra gjalda áður en kvaðir um kostnaðartengd verð voru lagðar á fyrirtækið árið 1999. Í greiningunni koma fram fjölmörg dæmi um að félög í stöðu Símans á viðkomandi markaði myndu almennt hækka verð við slíkar markaðsaðstæður og þannig misnota markaðsráðandi stöðu sína. Hagfræðin hefur sýnt fram á það að almennt leiti neytendur að lægsta verðinu og að fyrirtæki reyni að hámarka hagnað sinn. Þegar fyrirtæki hafa mikinn markaðsstyrk hefur tilhneigingin verið sú að þau hækka verð að öllu jöfnu. Greining á viðkomandi markaði hefur sýnt fram á að ekkert afl sé til staðar á markaðinum sem unnið gæti á móti slíkum hækkanartilhneigingum, hvorki styrkur keppninauta eða mögulegra keppninauta né mikill kaupendastyrkur. PFS hefur því fært rök fyrir því að Síminn kæmi til með að krefjast herra verðs en eðlilegt gæti talist, miðað við aðstæður á viðkomandi markaði og skort á samkeppni, ef kvöð um eftirlit með gjaldskrá yrði aflétt á þessum tímapunkti. Ljóst er að slíkt væri ekki í þágu aukinnar samkeppni á viðkomandi markaði.*

*Verð eru í mörgum tilvikum meginorsök samkeppnisvandamála og því verður að telja að kvöð um eftirlit með gjaldskrá sé árangursríkasta leiðin til að taka á slíku máli. Að mati PFS eru kvaðir um gagnsæi, og jafnræði ekki nægilegar einar sér til að leysa samkeppnisvandamál eins og víxlniðurgreiðslur, verðmismunun og yfirverðlagningu. Að mati PFS er kvöð um eftirlit með gjaldskrá nauðsynleg til að koma á samkeppni á viðkomandi markaði.*

*Það er mikilvægt atriði í máli þessu að ESA hefur heimilað PFS að taka umrædda ákvörðun. ESA gerði ekki athugasemdir við þær kvaðir sem PFS hafði í hyggju að leggja á Símann á viðkomandi markaði eins og ESA gerði t.d. á markaði 15 þar sem stofnunin benti á að 4. mgr. 35. gr. fjarskiptalaga (2 ára aðlögunartími varðandi innlent reiki) mætti ekki takmarka aðgangskvaðirnar skv. 28. gr. fjarskiptalaga. Þó svo ESA hafi ekki neitunarvald varðandi beitingu kvaða hefur stofnunin (og/eða framkvæmdastjórn ESB) iðulega tjáð sig um álagningu kvaða, bæði ef talið er að kvaðir séu ófullnægjandi til að tryggja samkeppni og/eða einsleitni og þegar kvaðir hafa þótt ganga of nærri fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk. ESA hefði án efa bent PFS á það ef stofnuninni hefði þótt skorta á rökstuðning fyrir álagningu kvaðanna.*

*Þess má einnig geta að samkvæmt yfirliti frá Cullen International ráðgjafafyrirtækinu komust aðeins tvö fjarskiptayfírvöld í Evrópu að þeirri niðurstöðu að ekkert fyrirtæki væri með umtalsverðan markaðsstyrk á markaði 7. Um var að ræða yfirlit yfir öll ESB löndin 27 og Noreg. Af þeim 25 löndum þar sem fyrirtæki fannst sem hafði umtalsverðan markaðsstyrk á viðkomandi markaði voru lagðar kvaðir á um eftirlit með gjaldskrá í öllum löndunum nema einu.*

---

<sup>9</sup> “The problem with imposing obligations at the retail level is that given it is only appropriate to impose such obligations where obligations at the wholesale level are not effective, there is a danger that, even where wholesale controls may be ultimately effective, such controls may take a prolonged period of time to take effect. In the meantime and in the interest of consumers welfare it may be necessary to impose some retail price controls”.

*Að lokum má geta þess að óheppilegt er að Síminn byggji málatilbúnað sinn á málsástæðum sem ekki hafa áður komið fram við meðferð málsins. Síminn hefur tvívegis fengið tækifæri til að tjá sig um fyrirhugaða ákvörðun PFS í máli þessu án þess að geta um það að kvaðir þær sem PFS hygðist beita hefðu ekki lagastof eða að beiting þeirra væri ekki rökstudd með nægilega skýrum hætti. Úrskurðarnefnd hefur áður bent Símanum á að óheppilegt sé að byggja á sjónarmiðum í kæru máli sem ekki hafa verið sett fram við meðferð málsins hjá Póst- og fjarskiptastofnun.<sup>10</sup>*

### **3.3. Almenn um aðgangskvöð, rannsóknarreglu og meðalhófsreglu**

Síminn heldur því fram að PFS hafi ekki sinnt þeirri lagaskyldu í 3. mgr. 28. gr. fjarskiptalaga að taka mið af öllum viðeigandi viðmiðum sem tilgreind eru í ákvæðinu. Síminn telur sérstaklega ámælisvert að ekkert raunverulegt mat hafi farið fram á því hvort álagðar kvaðir á Símann hvetji til fjárfestinga í innviðum fjarskipta og eflni nýsköpun. Hinar álögðu kvaðir gangi eins langt og mögulegt er við beitingu úrræða fjarskiptalaga og að mati Símans lengra en lagaheimild er fyrir í sumum tilvikum. Þannig sé meðalhófsregla stjórnslulaga brotin ásamt rannsóknarreglu sömu laga.

*Ofangreind umfjöllun í kæru Símans virðist ekki vera í tengslum við kröfu Símans í umræddri kæru, þ.e. að ákvörðun PFS um að leggja kvaðir um eftirlit með gjaldskrá á viðkomandi markaði. Fjallað var ítarlega um þá kröfugerð kæranda í kafla 3.2. hér að framan. Ofangreind umfjöllun er almenns eðlis og getur ekki leitt til þess að ákvörðun PFS verði hnekk.*

*Ákvörðun PFS um markað 7 er margþætt. Í fyrsta lagi er um að ræða ákvörðun um að útnefnda Símann sem fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk og í öðru lagi hefur hún að geyma ákvarðanir um álagningu kvaða á Símann, þar á meðal kvöð um að veita aðgang skv. 28. gr. fjarskiptalaga. Rökstuðning fyrir öllum þessum ákvörðunum er að finna í greiningu á viðkomandi markaði og öðrum viðaukum með ákvörðuninni. Ekki er hægt að fallast á það að annmarki á mati skv. 3. mgr. 28. gr. valdi ógildingu á allri ákvörðun PFS um markað 7 þar sem matið á aðeins við um álagningu skyldna skv. 1. mgr. 28. gr., þ.e. um að veita aðgang að netum og þjónustu. Auk þess hvílir sú skylda PFS að tryggja að a.m.k. eitt fjarskiptafyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk bjóði fram leigulínur í heildsölu og smásölu, sbr. 33. gr. fjarskiptalaga. Þessi ótvíræða lagaskylda hlýtur eðli málsins samkvæmt að takmarka umrætt mat samkvæmt 3. mgr. 28. gr. laganna.*

*Í kæru á markaði 15 krafðist Síminn þess að skortur á rökstuðningi PFS fyrir beitingu 3. mgr. 28. gr. fjarskiptalaga leiddi til ógildingar ákvörðunarinnar. Um þetta segir úrskurðarnefnd:*

*„Þá er það mat nefndarinnar að rökstuðningur PFS á ákvörðun sinni sé ekki þeim annmörkum háður að varði ógildingu. Auk þess felst nefndin á það mat PFS að jafnvel þó að komist væri að þeirri niðurstöðu að mat á grundvelli 3. mgr. 28. gr. fjarskiptalaga sé ekki nægilega vel rökstutt varði það ekki ógildingu ákvörðunarinnar í heild, þar sem mat þetta lýtur eingöngu að álagningu kvaða en ekki að útnefningu félaga sem fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk. Er því kröfu um ógildingu í heild byggt á þeirri röksemd einnig hafnað.“*

<sup>10</sup> Sbr. bls. 24 í úrskurði úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála nr. 1/2007 (jöfnunarsjóðsmál hið síðara).

*Nefndin hafnaði því að ógilda umrædda ákvörðun á þessum rökum og ekki verður heldur séð að nefndin hafi talið þetta atriði skipta máli varðandi mat á kvöðum þeim sem PFS lagði á Símann í umræddu máli. Varðandi kæru Símans um að dregið yrðu úr álagningu kvaða á félagið komst nefndin svo að orði:*

„Lokakrafa Símans hf. er að dregið sé úr álagningu kvaða á félagið og þeim fækkað. Byggist krafa þessi á röksemdafærslu félagsins fyrir öðrum kröfum í málatilbúnaði sínum, auk þess að byggjast á meintum brotum gegn meðalhófsreglu 12. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993. Að mati Símans hf. er álagning kvaða óþörf og þær of þungar.

Í samræmi við það að nefndin fellst á meginsjónarmið PFS í greiningu sinni og þau rök sem færð eru fyrir útnefningu Símans hf. sem fyrirtæki með umtalsverða markaðshlutdeild telur nefndin einnig að álagning kvaða hafi verið í samræmi við þau markmið sem stefnt var að. Hlutverk PFS, skv. 3. gr. laga nr. 69/2003 um PFS er m.a. að tryggja virka samkeppni á fjarskiptamarkaði hér á landi. Álagning kvaða um aðgang að GSM-neti, jafnræði, gagnsæi, bókhaldslegan aðskilnað og eftirlit með gjaldskrá gengur ekki lengra en efni standa til að mati nefndarinnar og túlkun PFS á ákvæðum fjarskiptalaga til samræmis við alþjóðlegar skuldbindingar er ekki í andstöðu við túlkunarvenjur og réttarheimildir hér á landi.”

*Úrskurðarnefnd hafnaði því þeirri kröfu Símans um að kvaðir yrðu felldar niður eða þær mildaðar á ofangreindum forsendum. PFS telur að sömu sjónarmið eigi við um álagningu kvaða á markaði 7. Algjörlega sambærileg vinnubrögð voru viðhöfð við markaðsgreiningu á viðkomandi markaði og markaði 15 og er rökstuðningur fyrir álagningu kvaða sambærilegur í báðum tilvikum. Því væri afar óeðlilegt ef úrskurðarnefnd úrskurðaði með öðrum hætti í sambærilegu máli nú.*

#### **3.4. Drög að nýjum tilmælum ESB um fyrirfram skilgreinda fjarskiptamarkaði**

Fram kemur í kæru Símans að skylda PFS til markaðsgreiningar á fjarskiptamörkuðum byggði á tilmælum ESB um fyrirfram skilgreinda markaði sem fjarskiptaeftirlitsstjórnvaldi í hverju landi bæri að fara eftir. Ísland væri skuldbundið til að taka mið af tilmælunum. Endurskoðun fjarskiptalöggjafar ESB stæði nú yfir. Í drögum að nýjum tilmælum væri gert ráð fyrir að markaður fyrir lágmarksframboð af leigulínum falli út af lista yfir þá markaði sem PFS ber að framkvæma markaðsgreiningu á. Það væri því niðurstaða framkvæmdastjórnar ESB að ekki væri þörf á markaðsgreiningu á viðkomandi markaði. Markaðsgreiningin yrði því úrelt innan skamms þar sem ekki væri ætlast til þess að fjarskiptaeftirlitsstofnanir hefðu afskipti af honum þar sem almennar samkeppnisreglur myndu duga til að leysa samkeppnisvandamál væru þau til staðar. Yrði því að teljast afar hart fyrir Símann ef lagðar yrðu á kvaðir á fyrirtækið á markaði sem almennt væri talið óþarft að framkvæma markaðsgreiningu á. Væri skorað á úrskurðarnefnd að taka mið af þessu við meðferð málsins.

*Það er rétt hjá Símanum að tilmæli ESB um fyrirfram skilgreinda markaði frá árinu 2003 hafa verið í endurskoðun hjá framkvæmdastjórn ESB. Ný tilmæli voru samþykkt 13. nóvember 2007 eða um tveimur mánuðum eftir að PFS tók hina kærðu ákvörðun. Þar er mörkuðum sem öll aðildarríki ESB þurfa ávallt að framkvæma markaðsgreiningar á fækkað úr 18 í 7. Fram kemur að í framkvæmd verði það þó svo að flest ríkin þurfa að markaðsgreina fleiri en 7 markaði í næstu umferð. Umræddir 7 markaðir eru undir öllum kringumstæðum taldir uppfylla þau þrjú skilyrði (e. three criteria test) sem þarf til að fyrirfram reglusetning (ex ante regulation) komi til greina. Umrædd skilyrði eru: 1) Hindranir eru á því að komast inn á viðkomandi markað, 2) markaðurinn hefur ekki eiginleika til að þar sé virk samkeppni og 3)*

almennar samkeppnisreglur duga ekki til að afnema hindranir eða efla samkeppni á viðkomandi markaði. Þeir markaðir sem ekki eru í nýju tilmælunum eru markaðir sem að mati framkvæmdastjórnar ESB uppfylla ekki lengur sjálfkrafa skilyrðin þrjú í flestum aðildarríkjum ESB.

Markaðir 7 og 14 eru meðal þeirra markaða sem sleppt hefur verið í hinum nýju tilmælum en markaður 13 er ennþá meðal markaðanna 7. Ástæða þess að markaður 7 fellur niður er sú að framkvæmdastjórn ESB telur að virk heildsölureglusetning ætti almennt að væri nægileg til að tryggja samkeppni á smásölumarkaði fyrir leigulínur. Markaður fyrir stofnlínuhluta leigulína er að sögn framkvæmdastjórnar ESB felldur niður sem skyldumarkaður í tilmælunum þar sem 1) uppbygging stofnlínukerfa er í fullum gangi í aðildarríkjunum, sérstaklega á stærri leiðum, sem gefur til kynna að aðgangshindranir séu ekki miklar og 2) það er augljós leitni í átt að virkri samkeppni milli ólíkra stofnlínukerfa. Þó segir í vinnuskjali með nýju tilmælunum að engu að síður sé líklegt að sú staða sé víða uppi að aðeins eitt fyrirtæki þjónusti tiltekna leiðir, sérstaklega þar sem umferð og verðmæti hennar er lítið. Þetta getur verið mismunandi milli aðildarríkja og ekki er unnt að gera ráð fyrir því að nýir aðilar geti keppt við rótgróin fjarskiptafyrirtæki á öllu ESB-svæðinu á jafnréttisgrundvelli. Fjarskiptaeftirlitsstjórnvald tiltekinnna ríkja geta sýnt fram á að markaður fyrir stofnlínuhluta leigulína uppfylli ennþá skilyrðin þrjú (e. Three criteria test) og sé því áfram andlag fyrirfram reglusetningar (ex ante regulation).

Í skýringum framkvæmdastjórnar ESB kemur fram að fjarskiptaeftirlitsstjórnvöld eigi að framkvæma nýjar markaðsgreiningar til að viðhalda, breyta eða fella niður áður álagðar kvaðir burtséð frá því hvort viðkomandi markaður er meðal hinna 7 markaða í nýju tilmælunum eða ekki. Til að fyrirbyggja allan misskilning þá þarf að greina að nýju þá markaði sem ekki eru meðal hinna umræddu 7 markaða ef ætlunin er að fella niður kvaðir á þeim mörkuðum. Hins vegar þarf fjarskiptayfirvald ekki að greina markað þar sem ekkert fyrirtæki hefur verið tilnefnt sem fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk og um er að ræða markað sem ekki er meðal hinna 7 framangreindra markaða.<sup>11</sup> Þetta þýðir í framkvæmd að fjarskiptaeftirlitsstofnanir allra ríkjana þurfa að endurskoða fleiri en 7 markaði í næstu umferð markaðsgreininga. Ástæðan er sú að í fyrstu umferð markaðsgreininganna fann meirihluti fjarskiptaeftirlitsstofnananna markaði, sem ekki eru nú meðal hinna 7 markaða, þar sem virk samkeppni var ekki talin ríkja og því voru tilnefnd fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk og kvaðir lagðar á þau.<sup>12</sup>

Eftirlitsstofnun EFTA (ESA) hefur ekki gefið út tilmæli sambærileg hinum nýju tilmælum framkvæmdastjórnar ESB og þaðan af síður hafa slík tilmæli verið samþykkt af sameiginlegu EES-nefndinni eða verið birt í EES-viðbæti við

<sup>11</sup> Bls. 6 í skýrslu Cullen International frá 16. nóvember 2007 um nýju tilmæli ESB um fyrirfram skilgreinda markaði. "For the avoidance of doubt, markets not identified in this Recommendation where remedies are in place must be reassessed in order to justify their withdrawal ... Conversely, where no SMP was found in a market which is no longer included in this Recommendation, NRAs have no obligation to review that market."

<sup>12</sup> Bls. 6 í skýrslu Cullen International frá 16. nóvember 2007 um nýju tilmæli ESB um fyrirfram skilgreinda markaði. "In practice, this means that all NRAs will have to review more than 7 markets in their next round of market analysis. The reason is that a majority of NRAs in the first round of notifications found a number of the markets that have been removed from the revised recommendation not to be effective competitive, designated operators as having SMP and imposed regulatory obligations on those operators."

Stjórnartíðindi ESB að frumkvæði sameiginlegu EES-nefndarinnar, en slík birting telst jafngild birtingu í C-deild Stjórnartíðinda sbr. 4. gr. laga nr. 15/2005 um Stjórnartíðindi og Lögbirtingablaðið. Þangað til gilda nágildandi fjarskiptalög og afleiddar gerðir ESB sem innleiddar hafa verið í íslenskan rétt með fullnægjandi hætti. Tilmæli ESA (nr. 194/04/COL) frá 14. júlí 2004, um viðkomandi vöru- og þjónustumarkaði á sviði fjarskipta sem ástæða kann að vera til að fella undir fyrirframkvæðir, voru birt í EES-viðbæti við Stjórnartíðindi ESB nr. 21 frá 27. apríl 2006 (2006/EES/21/02). Það eru því þau tilmæli sem PFS ber að fara eftir við markaðsgreiningar þar til önnur tilmæli hafa verið sett af ESA, samþykkt af sameiginlegu EES-nefndinni og birt í EES-viðbæti Stjórnartíðinda ESB.

Þess má að lokum geta að í bréfi Símans til Póst- og fjarskiptastofnunar, dags. 18. apríl s.l., kom fram að í drögum að ákvörðun um markaði 7, 13 og 14, byggði PFS alfarið á tilmælum sem stöfuðu frá ESA. Umrædd tilmæli hefðu ekki verið innleidd í landsrétt og ekki vísað til þeirra með beinum hætti í lögum eða stjórnvaldsfyrirmælum. Hvorki tilmæli um hvaða markaði skyldi greina né um þær aðferðir sem beita skyldi við markaðsgreiningu. PFS hefði því byggt á ESB- og EES-gerðum án þess að innleiðing þeirra hefði átt sér stað með nokkrum hætti. Síminn krafðist þess að PFS svaraði því sjálfstætt fyrir töku endanlegrar ákvörðunar á leigulínumörkuðum hvort það að gerðir ESB sem markaðsgreining byggði á hefðu ekki verið innleiddar í landsrétt með beinum hætti gerði það að verkum að ákvarðanir byggðar á henni kynnu af þeim sökum að teljast ógildanlegar. Með bréfi, dags. 20. júní s.l., svaraði PFS umræddu erindi Símans. PFS vísaði til þess að umrædd tilmæli ESA hefðu verið birt í EES-viðbæti Stjórnartíðinda ESB og því hefðu þau verið innleidd með fullnægjandi hætti í landsrétt. Síminn hefur ekki haldið umræddu sjónarmiði fram í framhaldi málsins.

Það skýtur óneitanlega skökku við að Síminn krefjist þess nú að PFS fari ekki eftir þeim tilmælum sem innleidd hafa verið í landsrétt heldur fari fram á að stofnunin fari eftir öðrum tilmælum sem væntanlega verða innleidd í íslenskan rétt í ófyrirsjáanlegri framtíð. PFS skal samkvæmt framansögðu greina fjarskiptamarkaði í samræmi við meginreglur samkeppnisréttar og skuldbindingar skv. EES-samningnum. Í samræmi við skuldbindingar skv. EES-samningnum er stofnuninni skylt að hafa til hliðsjónar framangreind tilmæli og leiðbeiningar ESA eins og fram kemur í athugasemdum við frumvarp það sem varð að lögum nr. 81/2003.

Þess má geta að öll ESB ríkin og Noregur hafa þegar framkvæmt markaðsgreiningu á mörkuðum 7, 13 og 14 og sum hver eru búin með aðra umferð.<sup>13</sup> Því má ætla að aðstæður erlendis séu almennt allt aðrar og betri en hér á landi þar sem örfáir mánuðir eru síðan ákvörðun var tekin í fyrsta sinn á umræddum mörkuðum og kvöðunum hefur ekki verið framfylgt ennþá. Að sjálfsögðu er ekki útilokað að kvöðum verði fækkað á Símann í næstu umferð á viðkomandi markaði ef félagið verður þá með umtalsverðan markaðsstyrk ef kvæðir á heildsölumarkaði verða skilvirkar og leysa þau samkeppnisvandamál sem hér hefur verið lýst.

Umrædd tilmæli ESB hafa því ekki tekið gildi á Íslandi auk þess sem slík tilmæli, verði þau innleidd hér á landi, leiða ekki sjálfkrafa til þess að PFS geti ekki útnefnt

<sup>13</sup> Rétt er að nefna að Noregur tilkynnti markaði 7, 13 og 14 til ESA aðeins mánuði á undan PFS þar sem byggt var á tölulegum gögnum frá árinu 2005, en það eru jafngömul gögn og PFS byggði á.

*fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk á viðkomandi markaði og lagt á það kvaðir í kjölfar markaðsgreiningar. Meta þarf samkeppnisstöðuna í hverju landi fyrir sig.*

Vísast að öðru leyti á rökstuðning hinnar kærðu ákvörðunar og málflutning PFS fyrir nefndinni.

## **5.0 Niðurstaða.**

Úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála hefur kynnt sér gögn málsins, athugað lög, reglugerðir og aðrar réttarheimildir og fundað um ágreiningsefnið. Að störfum sínum loknum hefur nefndin komist að niðurstöðu.

Fram kemur í kæru Símans hf. að til að ákvæði 32. gr. fjarskiptalaga um eftirlit með gjaldskrá verði beitt þurfi að uppfylla annað af tveimur skilyrðum ákvæðisins. Fjarskiptafyrirtæki þurfi að hafa krafist of hárra gjalda eða óeðlilega lítill munur sé á heildsölu- og smásöluverði. Í markaðsgreiningu PFS sé ekki að finna neina rannsókn sem leiði það í ljós að Síminn hf. krefjist of hárra gjalda eða að óeðlilega lítill munur sé á heildsölu- og smásöluverði. Rök PFS væru þau að það væri mögulegt að munur á heildsölu- og smásöluverðum Símans hf. yrði of lítill. Þá væri talið að kostnaðareftirlit væri nauðsynlegt til að koma í veg fyrir að verðlag væri umfram kostnað. Um íþyngjandi ákvörðun væri að ræða sem varðaði verð fyrir aðgang að eignum fyrirtækisins. Það hefði horft allt öðru vísi við ef PFS hefði leitt það í ljós með rannsókn sinni að Síminn hf. hefði brotið gegn öðru af skilyrðunum fyrir álagningu verðlagseftirlits.

Markaðsgreining PFS á viðkomandi markaði leiddi að mati nefndarinnar í ljós verulegar aðgangshindranir og umtalsverðan samningsstyrk Símans hf. sem langstærsta seljanda leigulína í smásölu hér á landi. Slíkur seljandastyrkur getur haft veruleg áhrif á verðmyndun á markaðinum og aukið möguleika slíks aðila til að verðleggja þjónustu umfram það sem annars væri á virkum samkeppnismarkaði. Slíkur samningsstyrkur getur einnig virkað sem aðgangshindrun gagnvart nýjum fyrirtækjum sem vilja hefja rekstur á viðkomandi markaði. Þá leiddi markaðsgreiningin í ljós að kaupendastyrkur væri ekki mikill á viðkomandi markaði og hefði ekki teljandi áhrif á markaðsstyrk Símans. Það var mat PFS að til að koma í veg fyrir að Síminn hf. verðlegði umfram kostnað á viðkomandi markaði væri eftirlit með gjaldskrá félagsins nauðsynlegt úrræði til að fyrirbyggja að slík staða kæmi upp.

Með því að ekki ríkir virk samkeppni á umræddum markaði og verulegar aðgangshindranir eru fyrir hendi er ljóst að PFS bar að leggja eina eða fleiri kvaðir á það fyrirtæki sem útnefnt var með umtalsverðan markaðshlut. Kvöð um eftirlit með gjaldskrá virðist nefndinni vera til þess fallin að stuðla að samkeppni og fyrirbyggja yfirverðlagningu. Þegar markaðsgreining PFS fer fram er þegar fyrir hendi kvöð á Símanum hf. um eftirlit á gjaldskrá þar sem fyrri markaðsgreining leiddi í ljós yfirverðlagningu og verður að telja að ef slík kvöð væri ekki fyrir hendi væru miklar líkur á henni. Fellst nefndin á mat PFS og túlkun stofnunarinnar á 32. gr. fjarskiptalaga.

Síminn hf. heldur því fram að PFS hafi ekki sinnt þeirri lagaskyldu í 3. mgr. 28. gr. fjarskiptalaga að taka mið af öllum viðeigandi viðmiðum sem tilgreind eru í ákvæðinu. Síminn telur sérstaklega ámælisvert að ekkert raunverulegt mat hafi farið

fram á því hvort álagðar kvaðir á Símann hf. hvetji til fjárfestinga í innviðum fjarskipta og eflí nýsköpun. Hinar álögðu kvaðir gangi eins langt og mögulegt er við beitingu úrræða fjarskiptalaga og að mati Símans hf. lengra en lagaheimild er fyrir í sumum tilvikum. Þannig sé meðalhófsregla stjórnýslulaga brotin ásamt rannsóknarreglu sömu laga.

Ákvörðun PFS er tekin eftir þriggja ára rannsókn á íslenskum markaði. Fullt samráð var haft við hagsmunaaðila og var rannsóknin að mörgu leyti nákvæmari en tíðkast í sumum nágrannalöndum okkar. Liggur ekki fyrir í gögnum málsins neitt sem gefur til kynna að PFS hafi ekki sinnt rannsóknarskyldu sinni. Eru að mati nefndarinnar engir þeir hnökror á rannsókninni að leiði til ógildingar hinnar kærðu ákvörðunar PFS.

Nefndinni þykja fullyrðingar kæranda um að ekki hafi verið gætt meðalhófs fá litla stöð í gögnum málsins. Verður ekki séð að gengið hafi verið lengra en í sambærilegum málum hjá íslenskum samkeppnisyfirvöldum og eftirlitsstofnunum í öðrum Evrópulöndum. Stefnt er að lögbundnu takmarki PFS og virðist val og beiting á aðferð hafa verið í fullu samræmi við 12. gr. stjórnýslulaga.

Síminn hf. bendir einnig á að skylda PFS til markaðsgreiningar á fjarskiptamörkuðum byggði á tilmælum ESB um fyrirfram skilgreinda markaði sem fjarskiptaeftirlitsstjórnvaldi í hverju landi bæri að fara eftir. Ísland væri skuldbundið á grundvelli EES-samningsins til að taka mið af tilmælunum og í raun væru það þessi tilmæli sem markaðsgreining PFS byggði á. Endurskoðun fjarskiptalöggjafar ESB stæði nú yfir. Í drögum að nýjum tilmælum væri gert ráð fyrir að markaður fyrir lágmarksframboð af leigulínum falli út af lista yfir þá markaði sem PFS ber að framkvæma markaðsgreiningu á. Það væri með öðrum orðum niðurstaða framkvæmdastjórnar ESB að umræddur markaður væri almennt þannig að þar ríkti samkeppni og því ekki þörf á markaðsgreiningu. Í flestum ríkjum Evrópu hefði niðurstaðan verið sú að virk samkeppni væri á markaðinum. Því mætti halda fram að markaðsgreining á markaði 14 yrði úrelt innan skamms þar sem ekki væri ætlast til þess að fjarskiptaeftirlitsstofnanir hefðu afskipti af honum því almennar samkeppnisreglur dygðu til að leysa samkeppnisvandamál væru þau til staðar. Yrði því að teljast afar hart fyrir Símann hf. ef lagðar yrðu á kvaðir á fyrirtækið á markaði sem almennt væri talið óþarft að framkvæma markaðsgreiningu á og flest ríki hefðu talið um virka samkeppni að ræða.

Umrædd tilmæli ESB hafa ekki tekið gildi á Íslandi auk þess sem slík tilmæli, verði þau innleidd hér á landi, leiða ekki sjálfkrafa til þess að PFS geti ekki útnefnt fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk á viðkomandi markaði og lagt á það kvaðir í kjölfar markaðsgreiningar Orðalag tilmæla ESB gerir ráð fyrir því að mati nefndarinnar að fram fari mat í hverju aðildaríki á hvaða markaðir þar uppfylli þrjú skilyrði þess að teljast andlag reglusetningar og samkeppnisstaðan sé þannig metin í hverju landi fyrir sig. Ekki er tekið fram í tilmælunum að óheimilt sé að greina fleiri markaði en sjö ef sérstakar aðstæður mæla með því. Að mati PFS eru slíkar aðstæður fyrir hendi hér á landi og fellst nefndin á það mat.

Af þessum ástæðum telur úrskurðarnefndin rétt að staðfesta ákvörðun PFS nr. 20/2007 frá 14. september 2007 um útnefningu fyrirtækja með umtalsverðan markaðsstyrk og álagningu kvaða á smásölumarkaði fyrir lágmarksframboð af leigulínum (markaður 7), heildsölumarkaði fyrir lúkningarluta leigulína (markaður

13) og heildsölumarkaði fyrir stofnlínuhluta leigulína (markaður 14) með vísun til forsendna sinna og frekari rökstuðnings sem fram hefur komið í málflutningi stofnunarinnar fyrir nefndinni.

## 6.0 Úrskurðarorð

**Hin kærða ákvörðun PFS nr. 20/2007 frá 14. september 2007 um útnefningu fyrirtækja með umtalsverðan markaðsstyrk og álagningu kvaða á smásölumarkaði fyrir lágmarksframboð af leigulínum (markaður 7), heildsölumarkaði fyrir lúkningarluta leigulína (markaður 13) og heildsölumarkaði fyrir stofnlínuhluta leigulína (markaður 14) er staðfest með vísun til forsendna sinna og nefndarinnar.**

**Ef aðilar máls vilja ekki una úrskurði þessum þarf að bera hann undir dómstóla innan sex mánaða frá því að aðilar fengu vitneskju um hann.**

Reykjavík, 1. júlí 2008

---

Ólafur Garðarsson, hrl., formaður

---

Guðjón Kárason, verkfr.

---

Heimir Haraldsson, endursk.