



PÓST- OG FJARSKIPTASTOFNUN

Kynningarrit um markaðsgreiningu

Ágúst 2009

Efnisyfirlit

1. Inngangur.....	3
1.1. Fjarskiptalöggjöf á Íslandi og á EES svæðinu	3
1.2. Framkvæmd markaðsgreiningar	3
1.3. Leiðbeiningar og tilmæli um markaðsgreiningu.....	5
2. Markaðsskilgreining.....	6
2.1. Þjónustumarkaðir skv. tilmælum ESA	6
2.2. Skilgreining á þjónustumarkaði	7
2.3. Afmörkun landfræðilegs markaðs	8
2.4. Skilyrði þess að skilgreina megi aðra markaði.....	10
2.5. Endurskoðun tilmæla ESA um viðkomandi þjónustumarkaði	11
3. Mat á umtalsverðum markaðsstyrk	12
3.1. Almenn	12
3.2. Þættir sem hafa áhrif á mat á umtalsverðum markaðsstyrk.....	13
3.2.1. Markaðshlutdeild	13
3.2.2. Heildarstærð fyrirtækis	14
3.2.3. Yfirráð yfir aðstöðu sem erfitt er að koma sér upp	14
3.2.4. Aðgangshindranir	14
3.2.4.1. Almenn um aðgangshindranir	14
3.2.4.2. Óafturkræfur kostnaður	15
3.2.4.3. Tæknilegir yfirburðir	15
3.2.4.4. Aðgangur að fjármagni	15
3.2.4.5. Vöruaðgreining / samtönnun	16
3.2.4.6. Stærðarhagkvæmni	16
3.2.4.7. Breiddarhagkvæmni	16
3.2.4.8. Lóðrétt samþætting.....	16
3.2.4.9. Dreifi- og sölukerfi	16
3.2.4.10. Frelsi kaupenda, aðgangur að upplýsingum og skiptikostnaður	17
3.2.4.11. Vaxtarhindranir	17
3.2.5. Verðlagning og arðsemi.....	17
3.2.6. Samningsstyrkur kaupenda	18
3.2.7. Möguleg samkeppni	18

3.3. Vísendingar um virka samkeppni	18
3.4. Yfirfærsla á markaðsstyrk til tengdra markaða	19
3.5. Sameiginleg markaðsyfirráð	19
3.5.1. Skilyrði fyrir sameiginlegum markaðsyfirráðum	20
4. Samráðsferli.....	22
4.1. Samráð við hagsmunaaðila.....	22
4.2. Samráð við Samkeppniseftirlitið.....	22
4.3. Samráð við ESA og aðrar fjarskiptaeftirlitsstofnanir EES.....	23
5. Álagning kvaða.....	24
5.1. Almenn um kvaðir	24
5.2. Samkeppnisvandamál.....	25
5.3. Kvaðir sem hægt er að leggja á fyrirtæki á heilsölumarkaði	26
5.3.1. Aðgangur að netum og þjónustu.....	26
5.3.2. Gagnsæi	26
5.3.3. Jafnræði	27
5.3.4. Bókhaldslegur aðskilnaður	27
5.3.5. Eftirlit með gjaldskrá	27
5.4. Kvaðir sem hægt er að leggja á fyrirtæki á smásölumarkaði	29
5.4.1. Almenn	29
5.4.2. Aðgangur að leigulínum.....	29
5.4.3. Forval og fast forval	29
5.4.4. Aðrar smásölu kvaðir.....	29

1. Inngangur

1.1. Fjarskiptalöggjöf á Íslandi og á EES svæðinu

1. Þann 25. júlí 2003 tóku gildi ný lög um fjarskipti. Lögin, sem eru nr. 81/2003, innleiða fjórar tilskipanir Evrópusambandsins (ESB) um fjarskipti¹ og eina tilskipun um persónuvernd í fjarskiptum.² Umræddum tilskipunum ESB, sem gefnar voru út árið 2002, er ætlað að skapa einsleit starfsskilyrði og einsleitann markað fyrir fjarskiptafyrirtæki í Evrópu.

2. Meðal þess sem fjallað er um í lögum um fjarskipti er það verkefni Póst- og fjarskiptastofnunar (PFS) að skilgreina fjarskiptamarkaði eftir þjónustu og landsvæðum í samræmi við meginreglur samkeppnisréttar og skuldbindingar skv. EES-samningnum. Jafnframt er PFS skylt að greina stöðuna á þessum mörkuðum og kanna hvort á þeim ríki virk samkeppni. Ef PFS kemst að þeirri niðurstöðu að á tilgreindum markaði ríki ekki virk samkeppni vegna þess að fyrirtæki, eitt eða með öðru(m), hafi umtalsverðan markaðsstyrk, ber stofnuninni að útnefna það sem slíkt og leggja á það viðeigandi kvaðir. Ef PFS kemst að þeirri niðurstöðu að virk samkeppni sé á tilgreindum markaði, þ.e. að ekkert fyrirtæki sé þar með umtalsverðan markaðsstyrk, hefur stofnunin ekki heimild til að leggja kvaðir á fyrirtækin. Hafi hún áður lagt kvaðir á fyrirtæki á þeim markaði skal draga þær til baka.

3. Með fjarskiptalöggjöf ESB frá 2002 voru gerðar nokkrar breytingar á því hvernig staðið skuli að markaðsgreiningu og útnefningu fyrirtækja með umtalsverðan markaðsstyrk. Í fyrsta lagi hefur inntaki hugtaksins "umtalsverður markaðsstyrkur" verið breytt frá því sem var í eldri löggjöf eða úr 25% markaðshlutdeild yfir í að vera nánast það sama og "markaðsráðandi staða" samkvæmt samkeppnisrétti þ.e.: *"Fyrirtæki telst hafa umtalsverðan markaðsstyrk ef það eitt sér eða með öðrum hefur þann efnahagslega styrkleika að getað hindrað virka samkeppni á þeim markaði sem máli skiptir og það getur að verulegu leyti starfað án þess að taka tillit til keppinauta, viðskiptavina og neytenda."* Í öðru lagi eru þeir þjónustumarkaðir sem taka á til skoðunar skilgreindir fyrirfram af framkvæmdastjórn ESB og Eftirlitsstofnun EFTA (ESA). Í þriðja lagi skoðast lúkning símtala í hverju fjarskiptaneti fyrir sig sem sértækur markaður í stað þess að líta á allar samtengingar sem einn markað sbr. eldri lög. Í fjórða lagi hafa aðferðir við að greina markaðsstöðu og útnefna fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk verið settar fram í leiðbeiningum frá framkvæmdastjórn ESB og ESA og eru þær byggðar á dómaframkvæmd Evrópudómstólsins í samkeppnismálum.

1.2. Framkvæmd markaðsgreiningar

4. Skipta má framkvæmd markaðsgreiningar í þrjá áfanga:

¹ Tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins nr. 2002/19/EB frá 7. mars 2002 um aðgang að, og samtengingu við, fjarskiptanet og aðstöðu sem þeim tengist (aðgangs- og samtengingartilskipun).

Tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins nr. 2002/20/EB frá 7. mars 2002 um veitingu heimilda fyrir fjarskiptanet og þjónustu (heimildartilskipun).

Tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins nr. 2002/21/EB frá 7. mars 2002 um sameiginlegan ramma stjórnarsýslu um fjarskiptanet og þjónustu (rammatilskipun).

Tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins nr. 2002/22/EB frá 7. mars 2002 um alþjónustu og réttindi notenda í sambandi við fjarskiptanet og þjónustu (alþjónustutilskipun).

² Tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins nr. 2002/58/EB frá 12. júlí 2002 um vinnslu persónulegra upplýsinga og verndun einkalífs í fjarskiptum (persónuverndartilskipun).

- 1) Þjónustumarkaðir eru skilgreindir og afmarkaðir landfræðilega.
- 2) Sérhver markaður sem hefur verið skilgreindur er tekinn til greiningar og kannað hvort samkeppni þar sé virk og tekin ákvörðun um hvort útnefna beri eitt eða fleiri fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk.
- 3) Ákvörðun er tekin um hvort leggja skuli á, viðhalda, breyta eða draga til baka kvaðir á fyrirtæki.

5. PFS aflar gagna fyrir markaðsgreiningu með því að senda fyrirtækjum á hverjum markaði spurningalista og beiðni um sérstakar tölfraeðiupplýsingar. Stofnunin safnar einnig almennum tölfraeðiupplýsingum frá fjarskiptafyrirtækjum á sex mánaða fresti og eru þær m.a. notaðar í markaðsgreiningum. PFS er heimilt að krefja fjarskiptafyrirtæki um allar upplýsingar sem nauðsynlegar þykja til að greina markaðinn sbr. 5. gr. laga um Póst- og fjarskiptastofnun nr. 69/2003. Auk þess er öllum hagsmunaaðilum gefinn kostur á að senda inn athugasemdir. Einnig aflar stofnunin upplýsinga með neytendakönnunum, ef þörf þykir, svo sem um vitund og hegðun neytenda á fjarskiptamarkaði, og gerir verðsamanburð á smásöllumarkaði innanlands sem utan.³

6. Eftir að úrvinnsla gagna er lokið og frumniðurstaða markaðsgreiningar liggur fyrir eru frumdrög greiningarinnar birt og hagsmunaaðilum gefinn kostur á að gera athugasemdir við drögin. Á sama tíma er aflað umsagnar frá Samkeppniseftirlitinu. Drögin eru endurskoðuð með hliðsjón af þeim athugasemdum sem berast og síðan eru þau send Eftirlitsstofnun EFTA (ESA) og öðrum fjarskiptaeftirlitsstofnunum á Evrópska efnahagssvæðinu til umsagnar. Jafnframt fá fyrirtækin og Samkeppniseftirlitið endurskoðuð drög til skoðunar. Geri ESA engar verulegar athugasemdir við greiningu og niðurstöður PFS eru ákvarðanir sem byggja á greiningunni birtar hlutaðeigandi fyrirtækjum.

7. Allar upplýsingar um markaðsgreininguna sem heimilt er að gera opinberar og allar ákvarðanir PFS sem teknar eru á grundvelli hennar eru birtar á heimasíðu stofnunarinnar www.pfs.is.

8. Aðilar sem veita upplýsingar sem notaðar eru við markaðsgreiningar skulu geta þess þegar upplýsingarnar eru veittar, ef þeir telja að viðkomandi upplýsingar varði mikilvæga fjárhags- eða viðskiptahagsmuni og sanngjarnt og eðlilegt sé að farið sé með þær sem trúnaðarmál. PFS metur hvort viðkomandi upplýsingar skuli birta eða ekki.

9. Niðurstaða markaðsgreiningar er ekki varanleg heldur verður að endurskoða hana reglulega. Markaði, sem breytast stöðugt og verulega, þarf að greina að nýju innan skynsamlegra tímamarka. Markaðir eru greindir með tilliti til þróunar í nánustu framtíð, að því marki sem mögulegt er. Það tímabil sem tekið er mið af ætti að endurspegla sérkenni á tilgreindum markaði og áætlaðan tíma þar til næsta markaðsgreining á honum fer fram.⁴ Almennt er talið hæfilegt að endurskoða markaðsgreiningar á tveggja til þriggja ára fresti.

10. Ákvarðanir sem PFS tekur í kjölfar markaðsgreiningar eru kærarlegar til úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála, skv. 1. mgr. 13. gr. laga um Póst- og

³ PFS hefur við verðsamanburð stuðst við gagnagrunn breska fyrirtækisins Teligen.

⁴ Sjá málsgrein 20 í leiðbeiningum ESA.

fjarskiptastofnun nr. 69/2003. Skal kærán berast úrskurðarnefnd innan fjögurra vikna frá því að viðkomandi varð kunnugt um ákvörðun PFS.

1.3. Leiðbeiningar og tilmæli um markaðsgreiningu

11. Framkvæmdastjórn ESB hefur gefið út leiðbeiningar og tilmæli um hvernig staðið skuli að markaðsgreiningu. Annars vegar eru það leiðbeiningar um markaðsgreiningu og mat á umtalsverðum markaðsstyrk⁵ og hins vegar tilmæli um viðkomandi markaði.⁶ ESA hefur gefið út sambærilegar leiðbeiningar⁷ (hér eftir kallaðar “leiðbeiningarnar”) og tilmæli⁸ (hér eftir kölluð “tilmælin”). PFS hefur bæði leiðbeiningar og tilmæli ESA og framkvæmdastjórnarinnar til hliðsjónar þegar markaðir eru greindir. Um samskipti PFS og ESA vegna markaðsgreininga er farið eftir tilmælum ESA um tilkynningar, fresti og samráð sem kveðið er á um í 7. gr. tilskipunar 2002/21/EB⁹. Við ákvörðun um kvaðir er höfð til hliðsjónar skýrsla Samtaka evrópskra fjarskiptaefirlitsstofnana (ERG¹⁰) sem fjallar um kvaðir sem leggja má á fjarskiptafyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk til að efla samkeppni.¹¹ ERG hefur einnig gefið út skjöl sem lýsa sameiginlegri afstöðu varðandi einstaka þætti markaðsgreininga og álagningu kvaða á tilteknum þjónustumörkuðum.¹²

⁵ Commission Guidelines on market analysis and the assessment of significant market power under the Community regulatory framework for electronic networks and services, 2002/C 165/3.

⁶ Núgildandi tilmæli eru; Commission Recommendation of 17 December 2007 on relevant product and service markets within the electronic communications sector susceptible to *ex ante* regulation in accordance with Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council on a common regulatory framework for electronic communications networks and services (*notified under document number C(2007) 5406*) (2007/879/EC).

⁷ EFTA Surveillance Authority Guidelines of 14 July 2004 on market analysis and assessment of significant market power under the regulatory framework for electronic communications networks accordance with directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council on a common regulatory framework for electronic communication networks and services referred to in Annex XI of the Agreement on the European Economic Area.

⁸ Núgildandi tilmæli eru; Efta Surveillance Authority Recommendation of 5 November 2008 on relevant product and service markets within the electronic communications sector susceptible to *ex ante* regulation in accordance with the Act referred to at point 5cl of Annex XI to the EEA Agreement (Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council on a common regulatory framework for electronic communication networks and services).

⁹ Recommendation on notifications, time limits and consultations provided for in Article 7 of the Framework Directive 2002/21/EC, OJ 27.4.2006, L 113/10.

¹⁰ Skammstöfun fyrir “European Regulatory Group of National Regulatory Authorities”.

¹¹ Revised ERG Common Position on the approach to Appropriate remedies in the ECNS regulatory framework – ERG (06) 33

¹² Skjöl varðandi sameiginlega afstöðu ERG eru birt á vefsíðu samtakanna: http://erg.eu.int/documents/docs/index_en.htm

2. Markaðsskilgreining

2.1. Þjónustumarkaðir skv. tilmælum ESA

12. Samkvæmt tilmælum ESA eru tveir flokkar markaða sem ber að skoða, annars vegar þeir sem byggja á þjónustu fyrir endanotendur (smásölumarkaðir) og hins vegar þeir sem byggja á aðgengi þjónustuveitenda að nauðsynlegri aðstöðu til að veita fjarskiptaþjónustu (heildsölumarkaðir). PFS ber skylda til að framkvæma greiningar á þeim mörkuðum sem tilgreindir eru í tilmælunum, í samræmi við fjarskiptalögin og skuldbindingar Íslands skv. EES-samningnum. Fjarskiptalöggjöfin gerir jafnframt ráð fyrir því að PFS skilgreini þessa markaði í samræmi við séríslenskar aðstæður. Því má gera ráð fyrir að markaðsskilgreining PFS geti verið frábrugðin þeirri sem er í tilmælunum. PFS er jafnframt heimilt að rannsaka aðra fjarskiptamarkaði en þá sem taldir eru upp í tilmælunum. Núgildandi tilmæli ESA voru gefin út 5. nóvember 2008, en í þeim eru mun færri markaðir tilgreindir heldur en í fyrri tilmælum ESA um sama efni sem gefin voru út árið 2004. Talið var að almennt uppfylltu ekki allir markaðirnir í tilmælunum frá 2004 lengur þau skilyrði sem eru forsenda þess að beita megi fyrirfram kvöðum.¹³ Þeir markaðir sem skylt er að taka til skoðunar samkvæmt núgildandi tilmælum ESA eru eftirfarandi:

Markaðsstig	Þjónustumarkaðir skv. tilmælum ESA 2008
Smásala	1. Aðgangur að fasta talsímanetinu fyrir heimili og fyrirtæki.
Heildsala	2. Upphaf símatala í fastaneti.
	3. Lúkning símtala í einstökum fastanetum.
	4. Aðgangur að föstum aðgangsnetum (þ.m.t. skiptur og óskiptur aðgangur).
	5. Breiðbandsaðgangur.
	6. Lúkningarhluti leigulína.
	7. Lúkning símtala í einstökum farsímanetum.

¹³ Sjá umfjöllun um skilyrðin í kafla 2.4

13. Þrátt fyrir að þjónustumörkuðum í tilmælum ESA hafi verið fækkað þá getur Póst- og fjarskiptastofnun þurft að endurtaka greiningar sem gerðar voru á mörkuðum samkvæmt eldri tilmælunum. Um það er nánar fjallað í kafla 2.5. við hvaða aðstæður þarf að gera greiningar á þeim mörkuðum sem fallið hafa úr tilmælunum. Þeir markaðir sem tilgreindir voru í tilmælum ESA frá 2004 voru eftirfarandi:

Markaðsstig	Markaðir skv. tilmælum ESA 2004 (fallin úr gildi)
Smásala	<ol style="list-style-type: none"> 1. Aðgangur að fasta talsímanetinu fyrir heimili. 2. Aðgangur að fasta talsímanetinu fyrir fyrirtæki. 3. Almenn innanlands talsímaþjónusta á fasta talsímanetinu fyrir heimili. 4. Almenn millilanda talsímaþjónusta á fasta talsímanetinu fyrir heimili. 5. Almenn innanlands talsímaþjónusta á fasta talsímanetinu fyrir fyrirtæki. 6. Almenn millilanda talsímaþjónusta á fasta talsímanetinu fyrir fyrirtæki. 7. Lágmarksframboð á leigulínum.
Heildsala	<ol style="list-style-type: none"> 8. Upphaf símtala í fastaneti. 9. Lúkning símtala í einstökum fastanetum. 10. Flutningur símtala um fastanetið. 11. Aðgangur að heimtaugum (þ.m.t skiptur aðgangur). 12. Breiðbandsaðgangur. 13. Lúkningarhluti leigulína.. 14. Stofnlínuhluti leigulína. 15. Aðgangur og upphaf símtala í farsímanetum. 16. Lúkning símtala í einstökum farsímanetum. 17. Innanlandsmarkaður fyrir alþjóðlegt reiki. 18. Útsendingarþjónusta fyrir útvarpsendingar.

2.2. Skilgreining á þjónustumarkaði¹⁴

14. Skv. 16. gr. fjarskiptalaga nr. 81/2003 ásamt síðari breytingum skal Póst- og fjarskiptastofnun skilgreina þjónustu- eða vörumarkaði og landfræðilega markaði í samræmi við meginreglur samkeppnisréttar og skuldbindingar skv. EES-samningnum. Eins og fram

¹⁴ Sjá nánar kafla 2.2 í leiðbeiningunum, kafla 3.1. í Explanatory Memorandum með tilmælum framkvæmdastjórnar og COMMISSION NOTICE on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law. (OJ C372 9/12/1997)

hefur komið er nauðsynlegt fyrir PFS að meta hvort markaðir, eins og þeir hafa verið skilgreindir í tilmælunum, falli að íslenskum aðstæðum. Það þarf bæði að skilgreina þjónustumarkað og landfræðilegan markað áður en hægt er að meta hvort markaðsaðstæður séu þannig að nauðsynlegt sé að leggja á kvaðir.

15. Í 4. gr. samkeppnislaga nr. 8/1993 er markaður skilgreindur sem sölusvæði vöru og staðgönguvöru og/eða sölusvæði þjónustu og staðgönguþjónustu. Staðgönguvara og staðgönguþjónusta eru skilgreind sem vara eða þjónusta, sem að fullu eða verulegu leyti getur komið í stað annarrar, ekki einungis á grundvelli hlutlægra eiginleika vörunnar, fyrirhugaðri notkun kaupanda á henni og verði, heldur einnig með tilliti til samkeppnisskilyrða og/eða skilyrða eftirspurnar og framboðs. Þær vörur sem veita samkeppnislegt aðhald eru því nefndar staðgönguvörur og samanstandur hver markaður af vörum sem hafa innbyrðis staðgengi. Vörur sem geta aðeins að litlum hluta komið í stað hver annarrar eru ekki á sama markaði. Staðganga er metin út frá tveimur sjónarhornum. Annars vegar hversu auðveldlega viðskiptavinir telji vöruna geta komið í stað annarrar (eftirspurnarstaðganga). Hins vegar hversu auðveldlega keppinautar tiltekens fyrirtækis geta breytt framleiðslu sinni þannig að þeirra vara falli innan þess markaðar sem vara hins tiltekna fyrirtækis er á (framboðsstaðganga).

16. Eftirspurnarstaðganga er talin undirstaða markaðsskilgreiningar en framboðsstaðganga hefur minni þýðingu og tengist fremur mati á mögulegri samkeppni. Sá munur er á mögulegri samkeppni og framboðsstaðgöngu að framboðsstaðganga getur gerst með minni fyrirvara en möguleg samkeppni. Að auki krefst framboðsstaðganga ekki eins mikilla fjárfestinga og ný fyrirtæki þurfa að ráðast í þegar þau koma á markað. Mat á mögulegri samkeppni er gert í þeim tilgangi að sjá hvort aðgangshindranir séu fyrir hendi sem takmarki eðlilega samkeppni.

17. SSNIP-prófið¹⁵ hefur verið notað til að mæla staðgöngu. Skv. SSNIP-prófinu er staðganga milli vöru A og B ef lítil (5-10%) en marktæk og varanleg verðhækkun á vöru A leiðir til þess að viðskiptavinir fari að kaupa vöru B og verðhækkun á A verði því óarðbær vegna sölutaps. Ef slík verðhækkun reynist aftur móti arðbær má telja að ekki sé um staðgöngu að ræða. Framangreind aðferð kallar á umfangsmikla gagnaöflun sem oft er erfið í framkvæmd. Það er hins vegar ekki skilyrði að SSNIP-prófið sé notað við að skilgreina markaði. Aðrar aðferðir koma einnig til greina. Notast má við hagrænar mælingar á framboði og eftirspurn á markaði ef slíkar rannsóknir eru fyrir hendi. Við mat á eftirspurn þarf einnig að taka mið af aðgangi endanotenda að upplýsingum og athuga hvort hindranir séu fyrir því að þeir geti skipt um þjónustuaðila. Ef endanotandi stendur frammi fyrir verulegum kostnaði vilji hann skipta frá þjónustu A til þjónustu B ættu þessar tvær þjónustur ekki að tilheyra sama þjónustumarkaði. Við mat á framboði þarf að taka mið af raunverulegum valkostum seljenda til að breyta starfsemi sinni ásamt lagaskilyrðum sem gætu tafið eða hindrað innkomu samkeppnisaðila á markað.

2.3. Afmörkun landfræðilegs markaðs

18. Þegar þjónustumarkaður hefur verið skilgreindur tekur við landfræðileg afmörkun hans. Það er venja við landfræðilega afmörkun markaða á fjarskiptasviði að miðað er við

¹⁵ SSNIP er skammstöfun á enska orðasambandinu „*small but significant non-transitory increase in price*”. SSNIP-prófið er einnig kallað “*the hypothetical monopolist test*”. Sjá málsgrein 41 í leiðbeiningunum þar sem þetta er nánara útskýrt.

umfang fjarskiptanetsins og þess lögsagnarumdæmis sem viðkomandi lög ná yfir. Landfræðileg afmörkun byggir einnig á mati á staðgöngu vöru eða þjónustu hvort heldur er framboðs- eða eftirspurnarmegin ef lítil en varanleg verðhækkun á sér stað eins og lýst var hér að ofan. Landfræðilegur markaður er það svæði þar sem vörur eða þjónusta eru í boði á nægjanlega einsleitum samkeppnislegum forsendum. Við mat á staðgöngu eftirspurnarmegin er rétt að taka mið af smekk og landfræðilegu innkaupamunstri viðskiptavina. Á grundvelli þessa er hægt að afmarka markaði sem staðbundna, svæðisbundna, landið allt eða milli landa, þ.e. að þeir nái yfir fleiri ríki. PFS hefur þó ekki heimild til þess að afmarka upp á sitt eindæmi fjölbjóðlega markaði. Ef markaður er talinn ná yfir fleiri en eitt ríki hafa evrópsku eftirlitsstofnanirnar samstarf um skilgreiningu ásamt framkvæmdastjórn ESB og/eða ESA eftir því sem við á. Tvennt skiptir miklu máli við landfræðilega afmörkun á markaði; annars vegar umfang og dreifing fjarskiptanets og hins vegar verð. Ef fjarskiptanet dreifist yfir allt landið er það vísbending um að afmörkunin skuli vera landið allt. Ef dreifing netsins er svæðisskipt og engin skörun er á milli svæða er það vísbending um að afmörkunin skuli vera svæðisskipt. Ef verðið er það sama yfir allt landið er það vísbending um að afmörkunin skuli vera landið allt. Sé verðið ólíkt eftir svæðum er það sterk vísbending um að ekki sé fyrir hendi staðganga framboðs- eða eftirspurnarmegin og að um aðskilda landfræðilega markaði sé að ræða.¹⁶

19. ERG hefur gefið út skjal sem felur í sér sameiginlega afstöðu um ýmis atriði varðandi landfræðilega skiptingu markaða.¹⁷ Þar kemur fram að aukin útbreiðsla og aukin markaðshlutdeild nýrra fjarskiptaneta gæti sums staðar hafa leitt til þess að samkeppnisskilyrði séu orðin mismunandi milli einstakra landssvæða innan sama ríkis. Ef vafi getur leikið á því að landið sé allt einn markaður, þá er ráðlagt að byrja á því að gera einfalda forathugun á markaðsskilyrðum, þar sem litið er á eftirspurnar- og framboðsstaðgöngu milli svæða og einsleitni samkeppnisaðstæðna er könnuð með tilliti til útbreiðslu nýrra fjarskiptaneta, verðlagningar og eiginleika þjónustu. Ef niðurstöður forathugunar benda til þess að um mismunandi markaðssvæði geti verið að ræða þá er ástæða til að gera ítarlegri greiningu. Þá eru afmörkuð þau svæði sem ástæða þykir til að kanna og síðan lagt nákvæmara mat en í forkönnuninni á einsleitni samkeppnisskilyrða. Þeir þættir sem rétt er að kanna í því sambandi eru eftirfarandi:

- Munur á aðgönguhindrunum
- Munur á fjölda fyrirtækja
- Munur á markaðshlutdeild
- Munur á verðlagningu

Einnig getur verið gagnlegt að skoða mun á markaðssetningarstefnu, mun á gæðum og eðli þjónustu og mun á eftirspurnarmunstri.

20. Samanburður á samkeppnisskilyrðum getur leitt til þeirrar niðurstöðu að skipta verði landinu í aðgreinda markaði, ef mörg af þeim atriðum sem kanna á benda í þá átt. Ef niðurstaðan verður sú að landið sé allt einn markaður getur samt sem áður verið hægt að greina ákveðnar séraðstæður í einstökum landshlutum sem kalla á mismunandi kvaðir til lausnar á samkeppnisvandamálum á hverju svæði.

¹⁶ Fjallað er um afmörkun landfræðilegra markaða í kafla 2.2.2 í leiðbeiningunum og einnig í COMMISSION NOTICE on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law. (OJ C372 9/12/1997)

¹⁷ ERG Common Position on Geographic Aspects of Market Analysis (definition and remedies) - October 2008 ERG (08) 20 final CP Geog Aspects 081016

2.4. Skilyrði þess að skilgreina megi aðra markaði

21. PFS getur skilgreint aðra markaði en þá sem eru í tilmælum ESA, t.d. vegna sérstakra aðstæðna hér á landi. Í þeim tilvikum skal hafa samráð við ESA. Ef PFS skilgreinir þjónustumarkaði með öðrum hætti en gert er í tilmælunum, þá þarf að leggja mat á það hvort þeir markaðir eru þess eðlis að til greina komi að beita fyrirfram (ex ante) kvöðum gagnvart fyrirtækjum á mörkuðunum.¹⁸ Við það mat skal beita sömu aðferðafræði og beitt var þegar markaðir voru valdir í tilmælin. Skilyrðin sem viðkomandi markaðir þurfa að uppfylla eru eftirfarandi:¹⁹

- 1) Að um sé að ræða miklar og viðvarandi aðgangshindranir, hvort sem þær eiga sér skipulagslegar, lagalegar eða stjórnsýslulegar orsakir. Horfa þarf til þess hvort unnt sé að yfirvinna slíkar hindranir á tímabilinu sem miðað er við, með tilliti til þess hvað fjarskiptamarkaðir eru sveigjanlegir.
 - a. Aðgangshindranir varðandi skipulag eða formgerð markaðar geta t.d. tengst umfangi fjarskiptanets, óafturkræfum kostnaði og yfirráðum yfir aðstöðu sem erfitt er að koma sér upp.
 - b. Lagalegar eða stjórnsýslulegar hindranir geta t.d. tengst tíðniúthlutunum.
- 2) Að ekki sé að vænta virkrar samkeppni á tímabilinu sem miðað er við. Í tengslum við þetta þarf meðal annars að rannsaka hvaða samkeppnis skilyrði liggja að baki aðgangshindrununum.
- 3) Að beiting gildandi samkeppnisréttar á Evrópska efnahagssvæðinu myndi ekki nægja ein og sér til að bæta úr þar sem markaðurinn hefur brugðist. Eftirfarandi atriði geta bent til þess:
 - a. Ef umfangsmiklar aðgerðir þarf til að leiðrétta markaðsbrest.
 - b. Ef hafa þarf afskipti tiltölulega oft og án tafa.
 - c. Ef sérstakar aðgerðir þarf til þess að skapa lagalegan fyrirsjáanleika.

22. Framangreind skilyrði eru að mati framkvæmdastjórnar ESB og ESA til staðar á þeim mörkuðum sem skilgreindir hafa verið fyrirfram í tilmælunum.

23. Markaði sem ekki eru í tilmælunum ber að skilgreina á grundvelli meginreglna samkeppnisréttar, sbr. tilkynningu framkvæmdastjórnar ESB um skilgreiningu markaða frá 1997. Slíkir markaðir skulu einnig vera í samræmi við leiðbeiningar ESA um markaðsgreiningu og uppfylla skilyrðin þrjú sem lýst er hér að ofan.

¹⁸ Sjá 6. 7. og 15. gr. Rammatilskipunar, 6. og 22. tl. aðfaraorða tilmæla ESA um viðkomandi markaði frá 2008 og kafla 2.2. og 2.3 í skýringum (Explanatory Memorandum) með til mælum framkvæmdastjórnar ESB um viðkomandi markaði frá 2007.

¹⁹ ERG hefur gefið út skjal þar sem nánar er fjallað um mat á þessum skilyrðum; ERG Report on guidance on the application of the three criteria test - ERG (08) 21 ERG Report on 3 criteria test final 080604

2.5. Endurskoðun tilmæla ESA um viðkomandi þjónustumarkaði

24. Tilmæli ESA og framkvæmdastjórnar ESB um viðkomandi markaði ber að endurskoða reglulega, skv. 15. gr. Rammatilskipunarinnar. Þegar breytingar eru gerðar á tilmælunum ber að framkvæma nýjar greiningar á mörkuðum í samræmi við breytt tilmæli, sbr. 1. mgr. 16. gr. tilskipunarinnar.

25. Í 21. og 22. tl. aðfararorða tilmæla ESA frá 2008 er fjallað um tilvik þar sem eftirlitsstofnanir kunna að hafa ástæðu til að víkja frá tilmælunum. Þar kemur m.a. fram að ef markaður sem var í tilmælunum frá 2004 er ekki í nýju tilmælunum getur fjarskiptaeftirlitsstofnun tekið til skoðunar hvort hann uppfylli ennþá skilyrði fyrir fyrirfram kvöðum miðað við aðstæður í viðkomandi landi.

26. Þetta þýðir að ef PFS telur að aðstæður séu þannig hér á landi að staðan á einhverjum þeirra markaða sem fallið hafa úr tilmælunum sé frábrugðin því sem almennt gerist á EES svæðinu, þannig að aðgönguhindranir séu enn verulegar, samkeppni ekki fyrirsjáanleg í nánustu framtíð og að almennar samkeppnisreglur dugi ekki til þess að leysa vanda markaðarins, þá getur PFS óskað eftir samþykki ESA fyrir því að taka viðkomandi markað til skoðunar með það fyrir augum að taka ákvörðun varðandi kvaðir. PFS getur lagt fyrir ESA í einu lagi, mat á því hvort markaðurinn uppfylli skilyrðin þrjú, greiningu á markaðnum og lýsingu á fyrirhuguðum kvöðum.

27. PFS getur einnig komist að þeirri niðurstöðu að markaður sem er í nýju tilmælunum uppfylli ekki skilyrðin miðað við innlendar aðstæður og því verði ekki framkvæmd greining á viðkomandi markaði.

28. Á bls. 50 í skýringum með tilmælum framkvæmdastjórnarinnar frá 2007 er fjallað um skilin milli yngri og eldri tilmæla. Þegar ný tilmæli taka gildi er búið að ljúka greiningu á flestum mörkuðum sem var að finna í eldri tilmælunum. Ef PFS hefur áður komist að því að virk samkeppni ríki á einhverjum markaði sem ekki er í nýju tilmælunum eða að sá markaður uppfylli ekki skilyrðin þrjú miðað við aðstæður hér á landi þá verður sá markaður ekki tekinn til greiningar að nýju miðað við óbreyttar aðstæður.

29. Ef niðurstaða markaðsgreiningar hefur hins vegar verið sú að samkeppni sé ekki virk er nauðsynlegt að greina viðkomandi markað að nýju. Ef hann er ekki í nýju tilmælunum þá þarf að framkvæma mat á því hvort markaðurinn uppfylli skilyrðin þrjú. Ekki er hægt að breyta kvöðum né fella þær niður án þess að ný markaðsgreining fari fram, jafnvel þó að markaður sé ekki lengur í tilmælunum.

30. Kvaðir sem lagðar hafa verið á í gildistíð eldri tilmæla gilda áfram þar til ákvörðun hefur verið tekin um að fella þær niður í kjölfar nýrrar markaðsgreiningar. Samkvæmt skýringum með tilmælum framkvæmdastjórnarinnar ber að túlka 1. mgr. 16. gr. Rammatilskipunarinnar á þann veg að kvaðir sem lagðar hafa verið á og samþykktar af ESA skuli gilda þann tíma sem þeim var ætlaður og að ekki sé þörf á að endurtaka markaðsgreiningu þegar í stað eftir gildistöku nýrra tilmæla, heldur skuli hún fara fram þegar tilsettur tími er liðinn frá fyrri greiningu, sem er að jafnaði 2-3 ár.

31. Ef PFS kemst að þeirri niðurstöðu í nýrri greiningu að rétt sé að fella niður kvaðir, þá skal það tilkynnt þeim sem niðurfelling kvaðanna hefur áhrif á með hæfilegum fyrirvara.

3. Mat á umtalsverðum markaðsstyrk

3.1. Almenn

32. Þegar markaður hefur verið skilgreindur er komið að því að greina samkeppni með hliðsjón af þeim þáttum sem hafa áhrif á markaðsstyrk og komast að því hvort styrkur eins eða fleiri fyrirtækja sé umtalsverður. Þeir þættir sem notaðir eru til að mæla markaðsstyrk fara eftir sérkennum hvers markaðs og það er í höndum eftirlitsstofnana að meta til hvaða þátta skuli litið hverju sinni. Í leiðbeiningum um markaðsgreiningu²⁰ er að finna lista yfir þá þætti sem taka á tillit til við mat á umtalsverðum markaðsstyrk og verður gerð grein fyrir þeim hér á eftir. Listinn er ekki tæmandi og PFS er heimilt að bæta við hann öðrum þáttum sem átt geta við.

33. Markaðsgreining og útnefning fyrirtækja með umtalsverðan markaðsstyrk byggist alfarið á aðferðum samkeppnisréttar við mat á markaðsráðandi stöðu og dómaframkvæmd þar að lútandi. Sá munur er þó á að PFS greinir fyrirfram skilgreindan markað, en Samkeppniseftirlitið skilgreinir markaði sérstaklega og greinir stöðu á þeim eftir að upp koma ákveðin álitamál t.d. vegna misnotkunar eða samruna. Markaðsgreining felst í því að safna upplýsingum um tilgreindan markað og meta út frá viðeigandi þáttum hvort samkeppni sé virk eða ekki og þar með hvort eitt eða fleiri fyrirtæki séu með umtalsverðan markaðsstyrk.

34. Við mat á umtalsverðum markaðsstyrk þarf að skoða alla viðeigandi þætti. Ákvörðun um umtalsverðan markaðsstyrk getur ekki alfarið byggst á einum þætti heldur verður hún að hvíla á fleirum þáttum og samspili þeirra. Það er jafnframt ekki hægt að gefa sér fyrirfram hvaða þættir vega þyngra en aðrir, en það ræðst af aðstæðum á sérhverjum markaði.

35. Í tilmælunum²¹ kemur fram að rétt sé að byrja greiningu á því að lýsa smásölumarkaði yfir tilgreindan tíma, með hliðsjón af eftirspurnar- og framboðsstaðgöngu. Þegar markaður, sem nær yfir framboð og eftirspurn í smásölu, hefur verið greindur, myndar það grunn til að greina heildsölumarkaðinn, þ.e. markað fyrir eftirspurn og framboð á vöru sem þriðji aðili vill bjóða á smásölumarkaði. Ef samkeppni á smásölumarkaði er ábótavant má oft ná fram úrbótum með aðgerðum á heildsölustigi. Samkeppni á smásölustigi endurspeglar að mörgu leyti samkeppni á heildsölustigi og sambærileg markaðsskilyrði er hægt að finna á báðum mörkuðum.

36. Álagning kvaða á fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk á heildsölustigi verður að vera hægt að réttlæta með skorti á samkeppni á smásölustigi. Í 1. mgr. 18. gr. fjarskiptalaga nr. 81/2003, sbr. 12. gr. laga um breytingu á lögum um fjarskipti nr. 81/2003, nr. 78/2005, segir:

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 keppninauta, viðskiptavina og neytenda.

37. Hægt er að útnefna fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk eitt og sér (single dominance) eða sameiginlega með öðru(m) (collective dominance). Ef niðurstaðan er sú að eitt fyrirtæki er með umtalsverðan markaðsstyrk þarf yfirleitt ekki að velta fyrir sér spurningunni um sameiginleg markaðsyfirráð. Ef niðurstaðan er hins vegar sú að ekkert

²⁰ Sjá kafla 3.1 í leiðbeiningunum.

²¹ Sjá forsendu 10 í tilmælunum.

fyrirtæki eitt og sér er með umtalsverðan markaðsstyrk skal leita svara við spurningunni hvort fleiri en eitt fyrirtæki séu sameiginlega með markaðsyfirráð. Auk þess getur fyrirtæki, sem er með umtalsverðan markaðsstyrk á einum markaði, einnig talist hafa umtalsverðan markaðsstyrk á tengdum markaði ef tengsl milli þeirra eru slík að fyrirtækið getur beitt styrk sínum á öðrum til að auka styrk sinn á hinum, sbr. 2. mgr. 18. gr. fjarskiptalaga, sjá kafla 3.4.

3.2. Þættir sem hafa áhrif á mat á umtalsverðum markaðsstyrk

3.2.1. Markaðshlutdeild²²

38. Markaðshlutdeild fyrirtækis er mikilvægur þáttur í markaðsgreiningu. Hún ræður þó ekki úrslitum um hvort fyrirtæki er talið vera með umtalsverðan markaðsstyrk, en gefur sterka vísbendingu um það. Löglíkur eru taldar fyrir því að fyrirtæki með 50% markaðshlutdeild sé með markaðsráðandi stöðu og það væri undantekning ef fyrirtæki með slíka hlutdeild væri ekki talið markaðsráðandi. Skv. leiðbeiningunum vaknar venjulega ekki grunur um markaðsráðandi stöðu hjá einu fyrirtæki (single dominance) fyrr en markaðshlutdeild nær a.m.k. 40%. Þetta fer þó eftir stærð fyrirtækis í samanburði við keppinautana. Í sumum tilvikum getur fyrirtæki með hlutdeild undir 40% verið markaðsráðandi. Fyrirtæki með markaðshlutdeild undir 25% myndi að öllum líkindum ekki vera talið markaðsráðandi, nema um sameiginleg markaðsyfirráð með öðrum væri að ræða.

39. Þróun á markaðshlutdeild yfir ákveðin tíma hefur einnig þýðingu þegar metið er hvort fyrirtæki sé með umtalsverðan markaðsstyrk. Sé fyrirtæki stöðugt með háa markaðshlutdeild bendir það til markaðsráðandi stöðu. Hins vegar bendir sveiflukennd eða lækkanði markaðshlutdeild til hins gagnstæða. Á nýjum og vaxandi markaði bendir há markaðshlutdeild síður til markaðsstyrkleika en á þroskuðum og hægt vaxandi markaði.

40. Markaðshlutdeild er hægt að reikna út á grundvelli magns (stærðar, mínútuþjölda, fjölda endapunkta ofl.) eða arðsemi af sölu (tekna). Aðferðin fer eftir eðli hvers markaðar. Almennt má telja að heppilegasta reikniaðferðin fyrir vörur í heildsölu byggji á magntölum, en á grundvelli arðsemi í smásölu. Ef það er hins vegar mikill munur á verði myndi magn reikniaðferðin ekki gefa rétta mynd af stöðu á markaði og því er markaðshlutdeild venjulega reiknuð út frá sölutekjum í stað sölumagns. Ef markaðshlutdeild er meiri í tekjum en magni bendir það til þess að markaðsstyrkurinn felist í því að verðleggja herra en samkeppnisaðilar.

41. Það getur einnig verið gagnlegt að kanna hversu mikil samþjöppun er á markaði. Sá vísir sem helst er stuðst við í þessu sambandi er svonefndur samþjöppunarstuðull (Herfindahl Hirschman-stuðull (HHI)).²³ HHI-hlutfallið er summa markaðshlutdeildar allra fyrirtækja á tilgreindum markaði í öðru veldi og gefur það ítarlegri mynd af formgerð markaðarins en markaðshlutdeild. Hlutfallið hækkar bæði eftir því sem fyrirtækjum fækkar á markaði og markaðshlutdeild fyrirtækja verður ójafnari. Á markaði þar sem einokun ríkir mælist samþjöppunarhlutfallið 10.000. Eftir því sem samþjöppunarhlutfallið er lægra þeim mun meiri samkeppni ríkir á markaði.²⁴

²² Þessi áhrifaþáttur svarar til “market shares” í málsgrein 76 og 77 í leiðbeiningunum.

²³ ³⁶ HHI-stuðullinn virkar þannig að hlutdeildir hvers fyrirtækis á markaði í öðru veldi eru lagðar saman. Gildi stuðulsins liggur á milli 0-10.000. Eftir því sem gildi hans er herra telst samþjöppun á markaðinum meiri. Sé útkoman undir 1000 er ekki talin ástæða til að hafast nokkuð að. Sé útkoman á bilinu 1000 til 1800 er um miðlungssamþjöppun að ræða og yfir 1800 er veruleg samþjöppun.

²⁴ HHI-stuðullinn er notaður í evrópskum samkeppnisrétti og af samkeppnisyfirvöldum. HHI er lagður til grundvallar í Horizontal Merger Guidelines frá bandaríska dómsmálaráðuneytinu og Federal Trade Commission

3.2.2. Heildarstærð fyrirtækis²⁵

42. Stærð fyrirtækis, t.d. á grundvelli veltu eða annars mælikvarða, getur skipt máli við mat á umtalsverðum markaðsstyrk. Ef fyrirtæki er verulega stærra en helstu keppinautar getur það haft í för með sér samkeppnislega yfirburði. Yfirburðir geta falist í betri framleiðsluáðferðum, hagstæðari innkaupum, efnahagslegum styrkleika, aðgangi að fjármagni, dreifingu og markaðssetningu. Fyrirtæki með lengri sértæka reynslu á markaði en keppinautarnir hefur svipaða yfirburði, t.d. sérfræðipækkingu í tæknimálum, þekkingu á markaði og lagaumhverfi.

3.2.3. Yfirráð yfir aðstöðu sem erfitt er að koma sér upp²⁶

43. Þegar fyrirtæki hefur yfirráð yfir aðstöðu sem torvelt og dýrt er fyrir aðra að koma sér upp, getur það verið veruleg hindrun fyrir samkeppnisaðila. Dæmi um slíka aðstöðu er fasta talsímanetið. Þennan þátt þarf að skoða í samhengi við umfjöllun um óafturkræfan kostnað í kafla 3.2.4.2. Hægt er að draga úr fjárfestingarkostnaði með því að sameinast um fjarskiptavirki, þ.e. sameiginlega staðsetningu eða aðra nýtingu á neti. Sameiginleg staðsetning felst t.d. í því að nýir aðilar staðsetja tæki sín þar sem fyrir eru möstur. Sparnaður sem af þessu hlýst gæti orðið töluverður, sérstaklega á dreifbýlissvæðum. Samnýting getur ýmist verið á grundvelli frjálsra samninga eða samninga sem eru tilkomnir vegna skyldu sbr. 25. gr. fjarskiptalaga eða álagðrar kvaðar um að veita aðgang sbr. 28. gr. s.l.

3.2.4. Aðgangshindranir²⁷

3.2.4.1. Almenn um aðgangshindranir

44. Aðgangshindrun er samheiti yfir ýmsa þætti sem hafa áhrif á markaðsstyrk fyrirtækja. Ef hindranir eru fáar á markaði er möguleg arðsemi aðdráttarafl fyrir ný fyrirtæki til að vinna markaðshlutdeild af þeim sem þar eru fyrir. Möguleg samkeppni frá nýjum aðilum getur haft áhrif á hegðun markaðsráðandi fyrirtækis og dregið úr skaðlegum áhrifum þess á samkeppni. Aðgangshindranir veikja hins vegar eða koma í veg fyrir samkeppni.

45. Sterk tengsl eru á milli aðgangshindrana og arðsemi. Eftir því sem aðgangshindranir eru fleiri, þeim mun meiri arðsemi má vænta hjá starfandi fyrirtækjum sem rekja má oft til skorts á samkeppni fremur en hagkvæmni. Ákjósanlegast er fyrir starfandi fyrirtæki að aðgangshindranir séu miklar en útgönguhindranir litlar. Við slíkar aðstæður fæla starfandi fyrirtæki ný frá því að hasla sér völl og óarðbær fyrirtæki munu auðveldlega leggja upp laupana.

46. Markmiðið með markaðsgreiningu PFS og hugsanlegum úrræðum í kjölfarið er að efla samkeppni á markaði. Það er gert í þeim tilgangi að örva nýbreytni og þróun og efla

frá árinu 1992, með síðari breytingum. HHI-stuðullinn er aðallega notaður við mat á afleiðingum af samruna samkeppnisfyrirtækja og talið er að ef hann hækkar um 100 og fari yfir 1.800 megi gera ráð fyrir að samruninn raski með alvarlegum hætti samkeppni. Þessi viðmiðunarmörk eru ekki nákvæm, en gefa þó grófa vísbendingu um samkeppnisstöðu í ljósi markaðsaðstæðna.

²⁵ Þessi áhrifaþáttur svarar til “*overall size of the undertaking*” í málsgrein 79 í leiðbeiningunum.

²⁶ Þessi áhrifaþáttur svarar til “*control of infrastructure not easily duplicated*” í málsgrein 79 í leiðbeiningunum.

²⁷ Þessi áhrifaþáttur svarar til “*barriers to entry*” í málsgrein 81 í leiðbeiningunum.

samkeppnishæfni fyrirtækja og hag neytenda. Ein leiðin til þess er að draga úr aðgangshindrunum.

47. Ýmsir þættir geta haft áhrif á aðgengi nýrra aðila að markaði. Ef aðgangshindranir eru verulegar er aðgangur að tilgreindum markaði takmarkaður (möguleg samkeppni lítil) og markaðsstaða þeirra sem fyrir eru styrkist.

48. Aðgangshindranir geta verið af þrennum toga. Þær geta tengst sértækum aðstæðum á markaði, hegðun markaðsaðila eða lagalegu umhverfi. Þeir þættir sem hér verður fjallað um tengjast fyrst og fremst aðstæðum á markaði.

3.2.4.2. Óafturkræfur kostnaður²⁸

49. Þegar fyrirtæki fer inn á nýjan markað þarf það oft að undirbúa jarðveginn og leggja út með stofnkostnaði. Ef innkoma á markað mistekst má stundum ná stofnkostnaðinum til baka, t.d. með sölu á grunnfjárfestingu og búnaði. Óafturkræfur kostnaður er aftur á móti sá sem nýr aðili situr uppi með sem tap takist honum ekki að vinna sér sess á markaði. Óafturkræfur kostnaður er aðgangshindrun vegna þess að þau fyrirtæki sem fyrir eru á markaði standa ekki frammi fyrir honum. Þeirra útlagði kostnaður hefur í flestum tilvikum þegar verið greiddur. Kostnaður, t.d. vegna markaðssetningar, er mun meiri í upphafi rekstrar. Ef nýr aðili á að ná til sín verulegum hluta viðskiptavina þeirra fyrirtækja sem fyrir eru, þarf hann væntanlega mikla og dýra markaðssetningu. Óafturkræfur kostnaður getur legið í fjárfestingum í fjarskiptabúnaði og viðskiptakostnaði tengdum markaðssetningu og þá sérstaklega hjá ungum félögum sem eru að ná fótfestu á markaði. Telja má að óafturkræfur kostnaður sé almennt mikill á Íslandi vegna landfræðilegra aðstæðna og dreifðrar byggðar.

3.2.4.3. Tæknilegir yfirburðir²⁹

50. Yfirburðir fyrirtækis í tækni eða þekkingu geta skapað hindranir fyrir ný fyrirtæki sem vilja koma inn á markað og veitt þeim sem fyrir eru samkeppnislegt forskot. Fjármögnun rannsókna og þróunar er óafturkræfur kostnaður og það líður oft langur tími þar til ávinningur af þeim verður söluvara. Mikilvægi tæknilegs forskots er mun meira á mörkuðum þar sem lítið er um nýbreytni og tækniþróun.

3.2.4.4. Aðgangur að fjármagni³⁰

51. Aðgangur að fjármagni getur haft afgerandi áhrif á hvernig fyrirtæki vegnar á samkeppnismarkaði. Þetta á sérstaklega við ef mikilla fjárfestinga er þörf í upphafi. Fjárhagslega stöndug fyrirtæki með góðan aðgang að fjármagni standa, að öðru óbreyttu, betur að vígi og geta frekar varist keppinautum en sambærileg fyrirtæki sem eiga ekki jafn greiðan aðgang að fjármagni.

²⁸ Þessi áhrifaþáttur svarar til “*sunk cost*” í málsgrein 81 í leiðbeiningunum og í neðanmálsgrein 86 segir að óafturkræfur kostnaður sé ein mikilvægasta aðgangshindrunin, sérstaklega á fjarskiptasviðinu.

²⁹ Þessi áhrifaþáttur svarar til “*technological advantages or superiority*” í málsgrein 79 í leiðbeiningunum.

³⁰ Þessi áhrifaþáttur svarar til “*easy or privileged access to capital markets/financial resources*” í málsgrein 79 í leiðbeiningunum.

3.2.4.5. Vöruaðgreining / samtvinnum³¹

52. Með vöruaðgreiningu er átt við hvernig neytandinn skilgreinir vöru og gerir greinarmun á henni og annarri sambærilegri. Skýr vöruaðgreining í framboði fyrirtækja getur skapað trúnað hjá viðskiptavinum, en jafnframt torveldað nýjum aðilum að koma inn á markað andstætt því sem er ef vöruframboð er einsleitara. Sterk vörumerki hafa sambærileg áhrif.

53. Fyrirtæki, sem er markaðsráðandi á einum markaði getur nýtt stöðu sína til að tvinna saman vörur á þeim markaði við vörur á öðrum markaði með tilboðum sem samkeppnisaðilar eiga erfitt með að líkja eftir. Ef keppinautarnir hafa ekki tækifæri til að bjóða sambærilegt tilboð styrkir það markaðsráðandi stöðu fyrirtækisins á fyrrgreindum markaði og skapar samkeppnislegt forskot á hinum síðari. Forskot af þessu tagi gæti þurft að skoða þegar markaðsstyrkur á síðargreinda markaðinum er metinn.

3.2.4.6. Stærðarhagkvæmni³²

54. Stærðarhagkvæmni er fyrir hendi í rekstri fyrirtækja þegar aukin framleiðsla hefur í för með sér lægri heildarkostnað á vöru- eða þjónustueiningu. Þetta er einkennandi fyrir tæknifyrirtæki með tiltölulega háan fastan kostnað og lágan breytilegan kostnað. Stærðarhagkvæmni getur virkað hvort tveggja í senn sem aðgangshindrun og sem markaðsforskot. Starfandi netrekendur leitast við að reka netin með hliðsjón af bestri nýtingu. Nýir netrekendur þurfa tíma til að byggja upp starfsemina, afla sér viðskiptavina og umferðar og geta því ekki vænst þess að njóta sömu stærðarhagkvæmni og þeir sem rekið hafa fjarskiptanet árum saman.

3.2.4.7. Breiddarhagkvæmni³³

55. Breiddarhagkvæmni felst í því að það er ódýrara að framleiða tvær eða fleiri vörur saman heldur en í sitt hvoru lagi. Lægri kostnaður næst fram með því að samnýta aðföng í framleiðslunni. Gott dæmi um þetta er nýting á fjarskiptaneti þar sem boðin er ólík þjónusta til endanotenda. Breiddarhagkvæmni getur bæði virkað sem aðgangshindrun fyrir nýja aðila og sem forskot á samkeppnisaðila

3.2.4.8. Lóðrétt samþætting³⁴

56. Lóðrétt samþætting er þegar sami aðili starfar á fleiri en einu framleiðslu- og/eða sölustigi, t.d. framleiðir vöru, selur öðrum aðilum í heildsölu og selur einnig sjálfur í smásölu. Fyrirtæki sem samþættir þannig ólíka starfsemi í virðiskeðjunni getur á grundvelli stöðu sinnar á heildsölu- eða smásölumarkaði hindrað samkeppni í þeim tilgangi að styrkja stöðu sína gagnvart keppinautum.

3.2.4.9. Dreifi- og sölukerfi³⁵

³¹ Þessi áhrifaþáttur svarar til “*product/services diversification (e.g. bundled products or services)*” í málsgrein 79 í leiðbeiningunum.

³² Þessi áhrifaþáttur svarar til “*economies of scale*” í málsgrein 79 í leiðbeiningunum.

³³ Þessi áhrifaþáttur svarar til “*economies of scope*” í málsgrein 79 í leiðbeiningunum.

³⁴ Þessi áhrifaþáttur svarar til “*vertical integration*” í málsgrein 79 í leiðbeiningunum.

³⁵ Þessi áhrifaþáttur svarar til “*a highly developed distribution and sales networks*” í málsgrein 79 í leiðbeiningunum.

57. Þróað dreifi- og sölukerfi getur virkað sem aðgangshindrun fyrir nýja aðila og sem samkeppnisforskot. Þetta á sérstaklega við á markaði þar sem mikill kostnaður er bundinn í uppbyggingu dreifi- og sölukerfis eða þar sem eldri fyrirtæki hafa gengið frá einkasamningum við stærstu og/eða mikilvægustu dreifingaraðila á markaði.

3.2.4.10. Frelsi kaupenda, aðgangur að upplýsingum og skiptikostnaður

58. Takmarkanir eða kostnaður sem endanotendur hafa af því að skipta um þjónustuaðila eykur svigrúm markaðsráðandi fyrirtækis til að starfa án tillits til markaðarins og viðhalda þar með óbreyttri hlutdeild. Slíkar takmarkanir geta verið af hagkvæmum, tæknilegum eða efnahagslegum orsökum eða stafað af því að endanotendur bera meira traust til þeirra sem hafa starfað lengi á markaði fremur en nýrra aðila og taka því ekki þá áhættu að skipta.

59. Skortur á upplýsingum um markaðinn takmarkar einnig valkosti endanotenda t.d. ef þeir vilja skipta um þjónustuaðila. Til að þeir hafi raunverulegt val á tilgreindum markaði (við skipti eða upphaf viðskipta) verða þeir að hafa aðgang að upplýsingum sem gerir þeim kleift að bera saman tilboðsverð. Notkun flókinna verðlista, bónus- og afsláttarfyrirkomulags o.fl. takmarkar gagnsæi og getur styrkt stöðu markaðsráðandi aðila.

60. Samningsskilyrði sem felast í skiptikostnaði eða læsingu á farsíma og takmarkaður aðgangur að upplýsingum geta haft áhrif á möguleika nýrra fyrirtækja að koma inn á markaðinn.

3.2.4.11. Vaxtarhindranir³⁶

61. Markaður með mikla vaxtarmöguleika er til muna meira aðlaðandi fyrir nýja aðila en staðnaður markaður (þroskaður markaður). Fyrirtæki sem íhuga innkomu á staðnaðan markað verða væntanlega að ná viðskiptavinum frá þeim sem fyrir eru markaði. Ef takmarkanir eru á því að markaður geti stækkað og að bjóða megi upp á víðtækari þjónustu er aðgangshindrun ef til vill fyrir hendi.

3.2.5. Verðlagning og arðsemi

62. Ef fyrirtæki getur verðlagt þjónustu sína verulega yfir jaðarkostnaði (einokunarverð) eða hækkað til muna verðið án þess að salan minnki er það vísbending um umtalsverðan markaðsstyrk. Ef markaðsráðandi aðili á tilgreindum markaði er með mikla arðsemi í samanburði við markaðsráðandi aðila á sambærilegum markaði, getur það bent til þess að hann sé með sterka markaðsstöðu. Hins vegar ber að taka tillit til þess að há arðsemi getur stafað af öðrum þáttum en einokunarverði, t.d. stærðarhagkvæmni, afkastagetu eða nýbreytni. Á sama hátt er lítil arðsemi ekki endilega röksemd gegn því að fyrirtæki sé með umtalsverðan markaðsstyrk.

³⁶ Þessi áhrifaþáttur svarar til “barriers to expansion” í málsgrein 79 í leiðbeiningunum.

3.2.6. Samningsstyrkur kaupenda³⁷

63. Kaupendur með sterka samningsstöðu geta haft áhrif á samkeppni og takmarkað möguleika seljenda til að starfa án tillits til keppnauta og viðskiptavina. Sterk samningsstaða er helst fyrir hendi þegar kaupandinn kaupir stóran hluta af framleiðslu seljanda, er vel upplýstur um annað framboð, getur skipt yfir til annarra seljenda án mikils tilkostnaðar og hefur jafnvel möguleika á að hefja framleiðslu á sambærilegri vöru/þjónustu.

3.2.7. Möguleg samkeppni³⁸

64. Þessi þáttur ræðst af þeim tækifærum sem ný fyrirtæki eiga á því að koma inn á markað. Hafi þau góð tækifæri á að koma inn á markað getur það haft áhrif á verð starfandi fyrirtækja og dregið úr möguleikum þeirra til að halda uppi herra verði en ella. Ef vænta má nýrra samkeppnisaðila getur það dregið úr tilhneigingu starfandi fyrirtækja til að misnota markaðsstyrk sinn. Nauðsynlegt er að skoða þennan þátt með hliðsjón af aðgangshindrunum, sjá kafla 3.2.4. Fylgni er jafnan milli aðgangshindrana og skorti á mögulegri samkeppni.

65. Þegar ný fyrirtæki sækja inn á markað er ástæðan oft sú að þau ásælast markaðshlutdeild og hagnað starfandi fyrirtækja. Sú áhætta veitir starfandi fyrirtækjum aðhald og samkeppni sem þau reyna með ýmsum hætti að bregðast við. Dæmi um það er viðleitni þeirra til að auka stærðarhagkvæmni og lækka einingakostnað. Vöruaðgreining í formi gæða eða vörumerkja er einnig til þess fallin að bregðast við samkeppni. Mikill fjarfestingarkostnaður veitir viðnám og þá sérstaklega ef hann hefur í för með sér endurfjárfestingu á þeim eignum sem fyrir eru (switching cost). Þá getur takmarkaður aðgangur að dreifileiðum gert samkeppnisaðilum erfitt fyrir. Fyrirtæki sem eru fyrst inn á markað geta oft nýtt sér reynslu sína og þekkingu sem forskot á samkeppnisaðila sem eftir koma. Aðgengi að auðlindum t.d. tíðnum, aðgerðir stjórnvalda og tækniþreytingar geta einnig haft áhrif á getu og áhuga nýrra fyrirtækja til að hefja starfsemi.

3.3. Vísbendingar um virka samkeppni

66. Við mat á umtalsverðum markaðsstyrk má einnig líta til annarra vísbendinga um hversu virk samkeppnin er. Þær geta verið:

- Hvort endanotendur á tilgreindum markaði búi á ákveðnu tímabili við sama úrval, gæði og verð og aðrir endanotendur á sambærilegum markaði í öðrum löndum.
- Hvort verðsamkeppni og verðþróun sé eðlileg.
- Hvort samkeppni sé í gæðum og vörur skýrt aðgreindar.
- Hvort neytendur séu ánægðir með þjónustuúrval, gæði og verð.

67. Vísbendingar um óvirka samkeppni geta styrkt þá niðurstöðu að fyrirtæki sé með umtalsverðan markaðsstyrk. Hins vegar eru slíkar vísbendingar einar og sér ekki nægar til að útnefna fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk og ekki má leggja of mikla áherslu á þær. Þá þarf að taka hæfilegt tillit til þeirra reglna sem geta haft áhrif á niðurstöðuna, t.d. reglur um

³⁷ Þessi áhrifaþáttur svarar til “absence of or low countervailing buying power” í málsgrein 79 í leiðbeiningunum.

³⁸ Þessi áhrifaþáttur svarar til “absence of potential competition” í málsgrein 79 í leiðbeiningunum.

verðlagningu og jafnræðisskyldu. Framangreindar vísbendingar er einnig hægt að nota við mat á því hvaða aðferðir eru áhrifaríkastar til að efla samkeppni á tilgreindum markaði.

3.4. Yfirfærsla á markaðsstyrk til tengdra markaða³⁹

68. Í 2. mgr. 18. gr. fjarskiptalaga nr. 81/2003 sbr. 12. gr. laga nr. 78/2005, um breytingu á lögum um fjarskipti, segir eftirfarandi:

Pegar 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.

69. Framangreind yfirfærsla á markaðsstyrk getur ýmist verið lóðrétt, t.d. milli heildsölumarkaðs og smásölumarkaðs, eða lárétt, t.d. milli tveggja smásölumarkaða. Yfirfærslan getur falist í því að vörur af sitthvorum markaðinum eru seldar saman eða að vörur frá einum markaði eru notaðar til að greiða niður vörur af öðrum. Yfirfærsla á markaðsstyrk getur líka falist í því að neita fyrirtæki um aðgang að aðstöðu eða takmörkun á sölu eða hagnaði samkeppnisaðila.

70. Á fjarskiptasviði er algengara að yfirfærsla á markaðsstyrk eigi sér stað lóðrétt, þannig að fyrirtæki er markaðsráðandi á fjarskiptanetsmarkaði og hefur einnig umtalverð áhrif á þjónustumarkaði. Undir slíkum kringumstæðum getur verið rétt að útnefna fyrirtækið með umtalsverðan markaðsstyrk á báðum mörkuðum. Í framkvæmd ætti hins vegar að nægja að útnefna fyrirtækið með umtalsverðan markaðsstyrk á heildsölumarkaði þar sem álagning kvaða vegna þess ætti að koma í veg fyrir að markaðsstyrkur yfirfærir á smásölumarkað. Það er því aðeins í undantekningartilvikum sem beita ætti framangreindu ákvæði 2. mgr. 18. gr.

71. Hvort sem um er að ræða lóðrétt eða lárétt markaði, skulu báðir markaðir vera á sviði fjarskipta og skilyrði sem réttlæta álagningu kvaða þurfa að vera til staðar.

3.5. Sameiginleg markaðsyfirráð⁴⁰

72. Með sameiginlegum markaðsyfirráðum er átt við að tvö eða fleiri fyrirtæki sem eru lagalega og fjárhagslega óháð geti haft sameiginleg markaðsyfirráð ef á milli þeirra eru tengsl sem leiða til þess að þau hagi sér í raun sem eitt fyrirtæki á markaði. Tengslin þurfa ekki að vera formleg heldur nægir að markaðsaðstæður séu fallnar til óformlegrar samræmingar á markaðsaðferðum sem leiða til óvirkrar samkeppni.⁴¹

73. Túlkun á hugtakinu sameiginleg markaðsyfirráð byggir á dómafordæmum dómstóla ESB um 82. gr. Rómarsáttmálans sem er sambærileg 54. gr. ESS-samningsins. PFS er einnig heimilt að taka tillit til ákvarðana framkvæmdastjórnarinnar á grundvelli

³⁹ Sjá kafla 3.1.1 *Leveraging of market power* í leiðbeiningum ESA.

⁴⁰ Sjá kafla 3.1.2 *Collective dominance*, í leiðbeiningum ESA.

⁴¹ Mál nr. C 395-396/96: *Compagnie Maritime Belge Transports SA* og mál T-102/96: *Gencor Ltd v. Commission*.

samrunareglugerðarinnar⁴². Í svokölluðu Airtours máli⁴³ setti dómstólinn fram þrjú skilyrði sem öll þurfa að vera fyrir hendi svo að tvö eða fleiri fyrirtæki teljist saman hafa markaðsyferráð á fákeppnismarkaði:

1. Fyrirtækin verða að vera í aðstöðu til að geta haft með sér þegjandi fyrirkomulag (tacit co-ordination). Í því sambandi þurfa markaðsskilyrði að vera nægjanlega gagnsæ, þannig að fyrirtækin geti með hæfilegri nákvæmni og hraða fylgt hvort öðru. Mikilvægustu forsendur þess að þetta skilyrði teljist uppfyllt er markaðsstyrkur, gagnsæ markaðsskilyrði, þroskaður markaður, minnkandi eftirspurn og einsleitar vörur.
2. Það verður að vera fyrir hendi hvatning til lengri tíma lítið fyrir fyrirtækin að hverfa ekki frá fyrirkomulaginu sem þýðir að einhvers konar refsikerfi er á milli þeirra sem gerir það óarðbært að brjóta á eða víkja frá fyrirkomulaginu.
3. Starfandi samkeppnisaðilar, framtíðarkeppinautar og viðskiptavinir mega ekki vera í aðstöðu til að spilla árangri af fyrirkomulaginu. Mikilvægt í þessu sambandi er hvort mögulegir keppinautar séu til staðar og hvort þeir geti barist gegn sameiginlegum markaðsyferráðum. Verulegar hindranir á því að koma inn á markað eru þýðingarmiklar við mat á þessu skilyrði.

74. Í málsgrein 99 í leiðbeiningum ESA segir að ef ekki eru fyrir hendi formleg tengsl milli fyrirtækja sé nauðsynlegt að skoða hvort ákveðnar forsendur séu til staðar á markaði sem hvetji til sameiginlegra markaðsyferráða. Þessar forsendur eru m.a.⁴⁴: mikil samþjöppun á markaði, gagnsæi, þroskaður markaður, minnkandi eftirspurn, einsleitar vörur, lág eftirspurnarteygni, sambærileg kostnaðaruppbygging, sambærileg markaðshlutdeild, þroskuð tækni, miklar aðgangshindranir, veik samningsstaða kaupenda, skortur á mögulegri samkeppni, ýmis óformleg tengsl milli fyrirtækja, refsikerfi og skortur eða lítið svigrúm fyrir verðsamkeppni.

3.5.1. Skilyrði fyrir sameiginlegum markaðsyferráðum

75. Ef allmörg eftirfarandi atriða eiga við á viðkomandi markaði getur það bent til þess að um sameiginleg markaðsyferráð sé að ræða:

- **Mikil samþjöppun á markaði**⁴⁵: Sameiginleg markaðsyferráð eru líklegri á markaði þar sem fáir aðilar hafa samanlagt háa markaðshlutdeild og samþjöppun er mikil.
- **Gagnsæi**⁴⁶: Sú aðstaða að fyrirtæki geta auðveldlega aflað sér góðrar vitneskju um verð og hegðun keppinautanna auðveldar sameiginleg markaðsyferráð.

⁴² The Merger Control Regulation No 4064/89 frá 21. desember 1989, sjá málsgrein 103 í leiðbeiningum ESA.

⁴³ Mál nr. T-342/99 Airtours v. Commission frá 6. júní 2002.

⁴⁴ Sjá lista yfir skilyrði fyrir sameiginlegum markaðsyferráðum í málsgrein 98 í leiðbeiningum ESA, sbr. II. viðauka rammatilskipunarinnar 2002/21/EB. Listinn er ekki tæmandi og það útilokar ekki sameiginleg markaðsyferráð þótt eitthvað af skilyrðunum sé ekki uppfyllt.

⁴⁵ Þessi forsenda svarar til “*market concentration*” í málsgrein 98 í leiðbeiningum ESA.

⁴⁶ Þessi forsenda svarar til “*transparency*” í málsgrein 98 í leiðbeiningum ESA.

- **Proskaður markaður**⁴⁷: Það er erfiðara fyrir fyrirtæki að koma inn og afla sér viðskiptavina á þroskuðum mörkuðum.
- **Stöðnuð eftirspurnarteygni**⁴⁸: Þegar eftirspurn neytenda breytist lítið við verðbreytingar hvetur það lítt til þess að lækka verð og undirbjóða keppninautana. Stöðnuð eftirspurnarteygni getur stafað af margvíslegum ástæðum þ.á.m. að vara hefur lítið vægi í heildarinnkaupum viðskiptavina.
- **Einsleitir vörur**⁴⁹: Því einsleitari sem vörurnar eru eða því líkara sem viðskiptavinirnir bregðast við þeim, þeim meiri möguleikar eru á verðsamkeppni milli framleiðanda sem aftur gæti hvatt til samráðs.
- **Sambærilegt kostnaðarfyrirkomulag**⁵⁰: Það hvetur til samkomulags um verð ef kostnaðarfyrirkomulag er sambærilegt þar sem það leiðir til sambærilegs hagnaðar.
- **Sambærileg markaðshlutdeild**⁵¹: Mikil munur á markaðshlutdeild fyrirtækja dregur úr líkum á sameiginlegum markaðsyfrráðum, en útilokar þau ekki. Meiri líkur eru á samkeppnishamlandi hegðun ef fyrirtæki eru með svipaða markaðshlutdeild.
- **Skortur á tæknilegum nýjungum, þroskuð tækni**⁵²: Eftir því sem tæknivæðingin verður almennari eru minni möguleikar á samkeppni á grundvelli nýbreytni.
- **Umframafkastageta ekki til staðar**⁵³: Skortur á umframafkastagetu getur viðhaldið samkomulagi um að draga úr samkeppni, þar sem fyrirtækin hafa litla möguleika á að brjóta samkomulagið með því að auka afköst til að lækka verð.
- **Miklar aðgangshindranir**⁵⁴: Verulegar aðgangshindranir koma í veg fyrir innkomu nýrra aðila á markað og viðhalda þannig gildandi fyrirkomulagi, sjá kafla 3.2.4.
- **Skortur á samningsstyrk kaupenda**⁵⁵: Samningsstyrkur kaupenda getur skapað aðhald á seljendur og haft jákvæð áhrif á samkeppni, sjá kafla 3.2.6.
- **Skortur á mögulegri samkeppni**⁵⁶: Möguleikinn á því að nýir samkeppnisaðilar komi á markaðinn getur skapað aðhald á starfandi fyrirtæki og leitt til verðlækkunar, sjá kafla 3.2.7.
- **Ýmis óformleg tengsl milli fyrirtækja**⁵⁷: Slík tengsl geta hvatt til samráðs og vakið grunsemdir. Hins vegar eru slík tengsl ekki forsenda þess að finna megi sameiginleg markaðsyfrráð, þeim getur t.d. hafa verið komið á til að leysa sameiginleg vandamál.

⁴⁷ Þessi forsenda svarar til “*mature market*” í málsgrein 98 í leiðbeiningum ESA.

⁴⁸ Þessi forsenda svarar til “*low elasticity of demand*” í málsgrein 98 í leiðbeiningum ESA.

⁴⁹ Þessi forsenda svarar til “*homogeneous product*” í málsgrein 98 í leiðbeiningum ESA.

⁵⁰ Þessi forsenda svarar til “*similar cost structures*” í málsgrein 98 í leiðbeiningum ESA.

⁵¹ Þessi forsenda svarar til “*similar market shares*” í málsgrein 98 í leiðbeiningum ESA.

⁵² Þessi forsenda svarar til “*lack of technical innovation, mature technology*” í málsgrein 98 í leiðbeiningum ESA.

⁵³ Þessi forsenda svarar til “*absence of excess capacity*” í málsgrein 98 í leiðbeiningum ESA.

⁵⁴ Þessar forsendur svara til “*high barriers to entry*” í málsgrein 98 í leiðbeiningum ESA.

⁵⁵ Þessi forsenda svarar til “*lack of countervailing buying power*” í málsgrein 98 í leiðbeiningum ESA.

⁵⁶ Þessar forsendur svara til “*lack of potential competition*” í málsgrein 98 í leiðbeiningum ESA.

⁵⁷ Þessi forsenda svarar til “*various kind of informal or other links between the undertakings concerned*” í málsgrein 98 í leiðbeiningum ESA.

- **Refsikerfi⁵⁸**: Refsikerfi þarf að vera til staðar milli fyrirtækjanna til að hindra að samráðssamningar séu brotnir. Dæmi um slíkt kerfi gæti verið raunveruleg hótun um mikla verðsamkeppni með misjöfnum afleiðingum fyrir fyrirtækin.
- **Skortur eða lítið svigrúm fyrir verðsamkeppni⁵⁹**: Ef samkeppni er virk má gera ráð fyrir að söluverð sé nálægt eða færist nær jaðarkostnaði. Möguleiki á harðri verðsamkeppni getur dregið úr vilja markaðsaðila til frekari samkeppni. Sum framangreindra skilyrða geta einnig gefið vísbendingu um lítið svigrúm fyrir verðsamkeppni. Reglulegar samræmdar verðbreytingar geta verið vísbending um að fyrirtæki hafi með sér samráð.

4. Samráðsferli

4.1. Samráð við hagsmunaaðila

76. Í 6. gr. laga nr. 69/2003 um Póst- og fjarskiptastofnun segir að áður en PFS taki ákvörðun sem hefur veruleg áhrif á tilgreindum fjarskiptamarkaði skuli stofnunin veita hagsmunaaðilum rétt til umsagnar. Með hagsmunaaðilum er fyrst og fremst átt við þau fyrirtæki sem ákvörðun PFS hefur áhrif á og er í flestum tilvikum miðað við þau sem hafa beina hagsmuni af ákvörðuninni, þ.e. fyrirtæki sem starfa á tilgreindum markaði.

77. Þegar gagnaöflun og úrvinnsla er lokið og frumniðurstöður liggja fyrir birtir PFS frumdrög markaðsgreiningar á vefsíðu sinni og tilkynnir hagsmunaaðilum um að óskað sé eftir umsögnum þeirra og athugasemdum innan tiltekins tíma. Það fer eftir hverju og einu máli hvað telst sanngjarn tímafrestur og eins því hversu mikilvægt er að ákvörðun verði tekin með skjóttum hætti. Til viðmiðunar mætti áætla að í þeim tilvikum sem niðurstaðan hefur umtalsverð áhrif á markaðinn verði að gefa hagsmunaaðilum a.m.k. 4 vikna frest til að setja fram athugasemdir. Athugasemdir hagsmunaaðila verða gerðar opinberar nema í þeim tilvikum sem PFS hefur fallist á beiðni um trúnað. Þegar umsagnir hagsmunaaðila hafa borist og drög að ákvörðun um tilgreindan markað liggur fyrir eru þau drög birt hagsmunaaðilum um leið og þau fara til umsagnar hjá ESA og öðrum fjarskiptaeftirlitsstofnunum EES (sjá kafla 4.3).

4.2. Samráð við Samkeppniseftirlitið

78. V. kafli fjarskiptalaga gerir ráð fyrir því að PFS hafi einnig samráð við Samkeppniseftirlitið áður en tekin er ákvörðun sem hefur veruleg áhrif á fjarskiptamarkaði. PFS sendir því Samkeppniseftirlitinu frumniðurstöður markaðsgreiningar til umsagnar á sama tíma og þær eru sendar hagsmunaaðilum. Þegar drög að ákvörðun um tilgreindan markað liggja fyrir fær Samkeppniseftirlitið þau samhliða því að þau eru send ESA og öðrum fjarskiptaeftirlitsstofnunum EES til umsagnar.

⁵⁸ Þessi forsenda svarar til “*retaliatory mechanisms*” í málsgrein 98 í leiðbeiningum ESA.

⁵⁹ Þessi forsenda svarar til “*lack or reduced scope for price competition*” í málsgrein 98 í leiðbeiningum ESA.

79. PFS leggur mikla áherslu á að vinna markaðsgreininguna í samráði við Samkeppniseftirlitið svo að tryggja megi að samræmi sé í vinnubrögðum og ákvörðunum þessara stofnanna í fjarskiptamálum.

4.3. Samráð við ESA og aðrar fjarskiptaeftirlitsstofnanir EES

80. Í 7. gr. laga nr. 69/2003, er fjallar um samskipti við eftirlitsstjórnvöld á Evrópska efnahagssvæðinu. Þar segir orðrétt:

Áður en Póst- og fjarskiptastofnun tekur ákvörðun, sem hefur áhrif á viðskipti milli ríkja, um skilgreiningu fjarskiptamarkaða og greiningu þeirra, um kvaðir á fjarskiptafyrirtæki með umtalsverða markaðshlutdeild eða um aðgang og samtengingu og breytingar á skyldum á smásölumarkaði skal stofnunin hafa samráð við Eftirlitsstofnun EFTA og eftirlitsstofnanir í einstökum ríkjum Evrópska efnahagssvæðisins í samræmi við skuldbindingar samkvæmt samningnum um Evrópska efnahagssvæðið.

Heimilt er að víkja frá ákvæði 1. mgr. þegar sérstaklega stendur á og skal þá tilkynna Eftirlitsstofnun EFTA og eftirlitsstofnunum í einstökum ríkjum Evrópska efnahagssvæðisins tafarlaust um ákvörðunina.

Póst- og fjarskiptastofnun skal veita Eftirlitsstofnun EFTA almennar upplýsingar sem skylt er að veita með hliðsjón af skuldbindingum samkvæmt samningnum um Evrópska efnahagssvæðið, svo sem varðandi fjarskiptamarkaði, alþjónustu og kvaðir sem lagðar eru á fyrirtæki.

81. PFS skal hafa samráð við ESA og aðrar fjarskiptaeftirlitsstofnanir á EES-svæðinu þegar tekin er ákvörðun sem hefur áhrif á viðskipti milli ríkja:

- 1) um skilgreiningu fjarskiptamarkaða og greiningu þeirra
- 2) um kvaðir á fjarskiptafyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk
- 3) um aðgang og samtengingu og breytingar á skyldum á smásölumarkaði.

82. Framangreint samráð felst í því að PFS tilkynnir ESA um fyrirhugaða ákvörðun sem byggir á greiningu á tilgreindum markaði þegar drög að henni liggja fyrir og samráði við hagsmunaaðila og Samkeppniseftirlitið er lokið. ESA hefur gefið út tilmæli um tilkynninguna⁶⁰ og útbúið rafrænt tilkynningarskjal⁶¹. Tilkynningin er gerð á ensku til þess að auðvelda virkt samráð milli evrópskra eftirlitsstofnanna. Með tilkynningunni ber PFS að senda með öll gögn sem talin eru nauðsynleg svo ESA geti lagt mat á drögin.

83. Á sama tíma og tilkynningin er send ESA er hún gerð aðgengileg á heimasíðu PFS. ESA gerir svo ráðstafanir til þess að tilkynningin og meðfylgjandi gögn séu aðgengileg öðrum fjarskiptaeftirlitsstofnunum á EES-svæðinu og framkvæmdastjórn ESB. ESA og aðrar eftirlitsstofnanir EES hafa mánaðarfrest til að setja fram athugasemdir við ákvörðunardrögin.

⁶⁰ EFTA Surveillance Authority Recommendation of 14 July 2004 on notifications, time limits and consultations provided for in Article 7 of Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council on a common regulatory framework for electronic communications network and services (No 193/04/COL).

⁶¹ Sjá <https://eea.eftasurv.int/portal/>

PFS skal taka tillit til athugasemda ESA og annarra eftirlitsstofnana áður en endanleg ákvörðun er tekin.

84. Telji ESA að ákvörðunin geti skapað hindrun á fjarskiptamarkaði milli landa eða að hún standist ekki skuldbindingar skv. EES-samningnum skal ákvörðunartöku frestað um aðra tvo mánuði. ESA skal veita PFS tækifæri til að koma með athugasemdir áður en endanleg niðurstaða ESA liggur fyrir. ESA getur óskað eftir því að PFS dragi ákvörðunina til baka og einnig lagt fram tillögu að breytingum á ákvörðuninni. Í öllu falli ætti niðurstaða ESA að liggja fyrir innan þriggja mánaða frá því að tilkynningin barst stofnuninni. Ekki er gert ráð fyrir lengri fresti en þó segir í 15. tl. í tilmælum ESA að heimilt sé að framlengja hann um tvo mánuði ef mál reynist erfitt úrlausnar.

85. Eins og segir í 2. mgr. 7. gr. laga um Póst- og fjarskiptastofnun er PFS heimilt í undantekningartilvikum að sleppa samráði við ESA og aðrar eftirlitsstofnanir áður en ákvörðun er birt og er þeim þá tilkynnt um ákvörðunina um leið og hlutaðeigandi aðilum. Þessi heimild er eingöngu nýtt í þeim tilvikum sem ástandið á markaði er það alvarlegt að hætta er talin á að samkeppni raskist verulega ef ekki er gripið strax til aðgerða og þá er eingöngu um bráðabirgðaákvörðun að ræða til að vernda samkeppni og hagsmuni neytenda. Það ber hins vegar að hafa samráð við ESA og aðrar eftirlitsstofnanir EES um það hvort slík bráðabirgðaákvörðun yrði gerð varanleg eða hvort gildistími hennar yrði framlengdur.

5. Álagning kvaða

5.1. Almennt um kvaðir

86. Þegar markaðsgreining leiðir í ljós að ekki ríkir virk samkeppni og að fjarskiptafyrirtæki á tilgreindum markaði, eitt eða fleiri, hafi umtalsverðan markaðsstyrk, er PFS heimilt að leggja kvaðir á það fyrirtæki sem útnefnt er með umtalsverðan markaðsstyrk eins og með þarf í þeim tilgangi að efla virka samkeppni.

87. Hafi PFS áður lagt kvaðir á fyrirtækið skv. eldri fjarskiptalögum, eru þær endurskoðaðar, viðhaldið, breytt eða afnumdar í samræmi við niðurstöður markaðsgreiningar. Í 27. gr. fjarskiptalaga segir að þegar fjarskiptafyrirtæki er talið hafa umtalsverðan markaðsstyrk sé Póst- og fjarskiptastofnun heimilt að leggja á það kvaðir um gagnsæi, jafnræði, bókhaldslegan aðskilnað, opinn aðgang að sérstakri netaðstöðu, eftirlit með gjaldskrá og kostnaðarbókhald eins og með þarf í þeim tilgangi að efla virka samkeppni.⁶² Kvöðum þessum er nánar lýst í 28. – 32. gr. laganna. Þær kvaðir sem leggja má á fyrirtæki á smásölumarkaði eru aðgangur að leigulínum á kostnaðargreindu verði sbr. 33. gr. fjarskiptalaga, forval og fast forval sbr. 53. gr. s.l. og kvaðir varðandi verðlagningu, jafnræði og bann við samvinnun sbr. 2. mgr. 27. gr. s.l. sbr. 2. gr. laga nr. 118/2008.

88. Við val á kvöðum til að leysa skilgreind samkeppnisvandamál þarf að hafa nokkrar grundvallarreglur að leiðarljósi.⁶³ Allar álagðar kvaðir skulu taka mið af eðli hins skilgreinda samkeppnisvandamáls og vera sniðnar að því að leysa það. Þær skulu vera gagnsæjar, réttlætanager, rökstuddar og í samræmi við þau markmið sem þeim er ætlað að ná, þ.e. að efla samkeppni, stuðla að uppbyggingu innri markaðar og standa vörð um hagsmuni notenda.

⁶² Sjá 9. – 14. gr. aðgangstilskipunar.

⁶³ Sjá 8. gr. rammatilskipunar.

Kvaðir mega ekki ganga lengra en nauðsynlegt er og ekki má leggja þyngri byrðar á fyrirtækin en nauðsynlegt þykir.

89. Í áðurnefndri skýrslu Samtaka evrópskra fjarskiptaeftirlitsstofnanna (ERG) 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 stöðugar 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 fyrir eru og hvetja þannig til frekari fjárfestinga, endurnýjunar og viðhalds á þeim. Þjónustusamkeppni sem byggist á stýrðum aðgangi að aðstöðu á kostnaðargreindu verði getur til lengri tíma litið verið tæki til að koma á samkeppni í endurgerð fjarskiptaneta. Hér er átt við það sem kallast á ensku “the investment ladder” en markmið þess er að gera nýjum fyrirtækjum kleift að byggja upp fjarskiptanet í áföngum.

90. Við ákvörðun um hvaða kvaðir eru best til þess fallnar að efla samkeppni á tilgreindum markaði er oft gott að velta fyrir sér þeirri stöðu sem væri uppi ef ekki væru álagðar kvaðir á fyrirtæki og hvort staðan væri fullnægjandi ef eingöngu væri stuðst við samkeppnislög.

91. Þar sem kvaðir á markaði á fyrra sölustigi (upstream) geta haft áhrif á tengdan markað á síðara sölustigi (downstream) og geta í sumum tilvikum leyst úr vandamálum á síðarnefnda markaðnum, er almennt æskilegt að markaðir á fyrri sölustigum séu teknir til greiningar á undan mörkuðum á síðari sölustigum. Þetta þýðir t.d. að markað fyrir heimtaugar eða önnur aðgangsnét ber almennt að taka til greiningar á undan breiðbandsmarkaði og markaði fyrir aðgang að talsímaneti. Þegar markaðsgreining fer fram á síðara sölustigi þarf að leggja mat á það hvort kvaðir á fyrra sölustigi dugi til þess að leysa vandamál á báðum sölustigum.⁶⁴

5.2. Samkeppnisvandamál

92. Með hugtakinu samkeppnisvandamál er átt við aðstæður sem skapast vegna markaðsráðandi stöðu fyrirtækis eða fyrirtækja og aðferðir sem þau nota til að ryðja keppinautum sínum úr vegi, hindra mögulega samkeppni inn á markað eða misnota aðstöðu sína gagnvart neytendum. Um aðstæður sem geta skapast vegna fyrirtækis með umtalsverðan markaðsstyrk hefur verið fjallað um hér framar í kafla 3. Hér á eftir verða tekin dæmi um þær margvíslegu aðferðir sem markaðsráðandi fyrirtæki getur notað til að ryðja keppinautum sínum af markaði eða hindra mögulega samkeppni.

93. Markaðsráðandi fyrirtæki á heildsölumarkaði gæti neitað aðgangi eða hafnað viðskiptum við fyrirtæki sem starfa á heildsölu- eða smásölumarkaði og eru í samkeppni við smásölurekstur þess. Neitun um aðgang eða höfnun viðskipta getur beinlínis lokað markaði, t.d. í þeim tilfellum þar sem heildsöluvaran er nauðsynlegt aðfang fyrir smásölumarkaðinn, og getur á endanum leitt til þess að kostnaður keppinautanna hækkar. Hindrun á aðgangi getur einnig komið fram í annarri mynd en beinni höfnun, t.d. með ósanngjörnum viðskiptaskilyrðum og verðum.

⁶⁴ EXPLANATORY NOTE Accompanying document to the Commission Recommendation of 17 December 2007 on Relevant Product and Service Markets, kafla 2.5.

94. Markaðsráðandi fyrirtæki getur einnig misnotað stöðu sína með undirverðlagningu, þ.e. verðlagt vöru sína undir kostnaðarverði, og haft þannig skaðleg áhrif á samkeppni. Á þann hátt gæti fyrirtækið rutt minni keppinautum af markaði og/eða haldið öðrum frá honum.

95. Jafnvel þegar skylt er að veita aðgang á kostnaðargreindu verði geta markaðsráðandi fyrirtæki mismunað öðrum fyrirtækjum til hagsbóta fyrir eigin þjónustu. Þetta gæti verið gert t.d. með því að beita öðrum aðferðum en verðlagningu, s.s. halda eftir upplýsingum, mismuna í gæðum, seinka afgreiðslu, setja ósanngjörn skilyrði, vera með skipulega hönnun á vöru og misnota upplýsingar. Þessir þættir geta haft áhrif á gæði þeirrar þjónustu sem keppinautarnir bjóða, hækkað kostnað þeirra eða hindrað sölu.

5.3. Kvaðir sem hægt er að leggja á fyrirtæki á heildsölumarkaði

5.3.1. Aðgangur að netum og þjónustu

96. Lykilatriði fyrir ný fjarskiptafyrirtæki á markaði er að hafa aðgang að fjarskiptanetum og þjónustu, enda er í mörgum tilvikum óframkvæmanlegt fyrir þau að koma sér upp aðstöðu í líkingu við þá sem fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk hefur byggt upp á löngum tíma. Því er nauðsynlegt að heimild sé fyrir því að leggja á kvaðir um að fyrirtæki verði við eðlilegum og sanngjörnum beiðnum um aðgang og notkun á fjarskiptanetum og tengdum búnaði.

97. Um aðgangskvöðina er mælt fyrir í 28. gr. fjarskiptalaga og talin upp atriði sem falla undir hana. Listinn er ekki tæmandi, en á honum er m.a. úrræði eins og aðgreindur aðgangur að heimaugum, samnýting húsnæðis og búnaðar, aðgangur fyrir sýndarnet, reiki og skylda til að bjóða upp á ákveðna þjónustu í heildsölu til endursölu. Þessi kvöð er ein sú mikilvægasta og leikur stórt hlutverk þegar nauðsynlegt er að efla samkeppni. Hún getur nægt ein og sér með almennum skilyrðum um að heimila aðgang og sanngjarna samninga, en oftast eru lagðar á fleiri kvaðir til að styrkja hana frekar.

5.3.2. Gagnsæi

98. Skilmálar um samtengingu og/eða aðgang að netum og þjónustu skipta nær öll ný fjarskiptafyrirtæki miklu máli því þeir geta haft úrslitaáhrif á möguleika þeirra á að ná fótfestu á markaði. Ljóst er að samkeppnisstaða þeirra er veikari ef þau búa við ólíka skilmála. Það auðveldar því fyrirtækjum að koma inn á markað ef fyrirsjáanlegt er hvaða kjör eru í boði fyrir aðgang og þjónustu sem þau þurfa að kaupa og hver er grundvöllur verðlagningar og annarra skilmála.

99. Skv. 1. mgr. 29. gr. fjarskiptalaga getur PFS lagt þá kvöð á að fyrirtæki opinberi tilgreindar upplýsingar, s.s. bókhaldsupplýsingar, tæknilýsingar, upplýsingar um verð, einkenni neta, skilmála og skilyrði fyrir afhendingu og notkun búnaðar. Heimilt er að veita undanþágu frá birtingu upplýsinga ef fyrirtæki getur sýnt fram á að þær varði mikilvæga fjárhags- eða viðskiptahagsmuni sem sanngjarnt eða eðlilegt er að fari leynt.

100. Þegar fjarskiptafyrirtæki er gert að gæta jafnræðis getur PFS skyldað það til að gefa út viðmiðunartilboð sem innihalda sundurliðaða lýsingu á samtengingu eða aðgangi, ásamt skilmálum og skilyrðum, þ.á.m. gjaldskrá, sbr. 2. mgr. 29. gr. s.l. Birting viðmiðunartilboðs

gefur öllum markaðsaðilum kost á að sjá hvað er í boði og tryggir að fyrirtæki verði ekki krafín um greiðslu fyrir þjónustu og aðstöðu sem er þeim ekki nauðsynleg.

101. Gagnsæiskvöðin nægir líklega ekki ein og sér og gera má ráð fyrir að hún sé notuð með eða til stuðnings við aðrar kvaðir.

5.3.3. Jafnræði

102. Skv. 30 gr. fjarskiptalaga getur PFS lagt þær kvaðir á fjarskiptafyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk að það gæti jafnræðis þegar það samþykkir samtengingu eða aðgang. Slíkar kvaðir eiga einkum að tryggja að ráðandi fjarskiptafyrirtæki setji öðrum fjarskiptafélögum í sams konar viðskiptum sömu skilmála og veiti þjónustu og upplýsingar með sömu skilmálum og sömu gæðum og það veitir eigin þjónustudeildum, dótturfyrirtækjum eða samstarfsaðilum.

103. Jafnræðiskvöðinni er ætlað að hindra að lóðrétt starfandi fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk haldi uppi háttsemi sem hefur neikvæð áhrif á samkeppni. Henni er ætlað að hindra að slíkt fjarskiptafyrirtæki mismuni t.d. í verðum og gæðum þjónustu, þ.e. selji ódýrari og betri heilðsöluþjónustu til smásöluðeildar sinnar en til annarra.

104. Sanngjörn, hófleg og réttmæt skilyrði fyrir aðgangi, þ.á.m. verð, eru grundvallaratriði í þeirri viðleitni að efla samkeppni. Jafnræðiskvöðin felur hins vegar ekki í sér þá skyldu að öll fyrirtæki búi við nákvæmlega sömu skilyrði heldur skal allur mismunur byggjast á hlutlægum forsendum.

105. Jafnræði er kvöð sem hægt er leggja á eina og sér, en til þess að skila viðunandi árangri þarf oftast að beita henni með öðrum kvöðum, sérstaklega aðgangskvöð.

5.3.4. Bókhaldslegur aðskilnaður

106. PFS getur skv. 31. gr. fjarskiptalaga lagt skyldur á fjarskiptafyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk um bókhaldslegan aðskilnað milli starfsemi sem tengist samtengingu eða aðgangi annars vegar og annarrar starfsemi hins vegar þannig að skipta megi öllum tekjum og kostnaði niður á rekstrareiningar sem tengja má ólíkri þjónustu. Að auki getur stofnunin krafist þess af fyrirtæki sem rekur bæði fjarskiptanet og fjarskiptaþjónustu að heilðsöluverð þess og verð innan fyrirtækisins sé gagnsætt, m.a. til að koma í veg fyrir óréttmætar niðurgreiðslur. PFS getur ákveðið hvaða bókhaldsaðferðir skal nota. Til að tryggja gagnsæi og jafnræði getur PFS krafist þess að fá bókhaldsgögn fyrirtækisins, þ.m.t. upplýsingar um tekjur frá þriðja aðila. Þessari kvöð er sérstaklega ætlað að styðja við kvaðir um gagnsæi og jafnræði.

5.3.5. Eftirlit með gjaldskrá

107. Þegar markaðsgreining gefur til kynna að skortur á virkri samkeppni leiði til þess að fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk krefjist of hárra gjalda eða að óeðlilega lítill munur sé á heilðsölu- og smásöluverði, getur PFS skv. 32. gr. fjarskiptalaga lagt á það kvaðir um kostnaðarviðmiðun gjaldskrár og kvaðir um kostnaðarbókhald á ákveðnum tegundum samtengingar eða aðgangs. Setja má fram kröfu um að gjaldskrá miðist við kostnað og að

haldið verði kostnaðarbókhald á ákveðnum tegundum samtengingar eða aðgangs. Sönnunarbyrði þess að gjaldskrá byggist á raunkostnaði liggur hjá viðkomandi fyrirtæki.

108. Verð er í mörgum tilfellum meginörsök 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 almennt ekki nægjanlegar einar sér til að leysa samkeppnisvandamál eins og víxlniðurgreiðslur, verðmismunun og yfirverðlagningu.

109. Ýmsar aðferðir koma til greina við eftirlit og ákvörðun um verð. Skv. 32. gr. fjarskiptalaga getur PFS krafist þess að fjarskiptafyrirtæki geri kostnaðarlíkan til að sýna fram á útreikninga á verði. Við kostnaðarútreikninga getur PFS tekið mið af rekstri sambærilegrar þjónustu sem telst hagkvæmlega rekin, miðað við gjaldskrár á sambærilegum samkeppnismörkuðum og notað kostnaðargreiningaraðferðir sem eru óháðar aðferðum hlutaðeigandi fjarskiptafyrirtækis. Helstu aðferðir sem stuðst er við þegar heildsöluverð er ákvarðað eru:

- *Sögulegur kostnaður.* PFS hefur hingað til að mestu stuðst við þessa aðferð sem felst í því að greina sögulegan kostnað í bókhaldi hlutaðeigandi fyrirtækis.
- Aðferðir sem byggja á *greiningu á langtíma viðbótarkostnaði* (LRIC, Long Run Incremental Costs). Aðferðin byggir á kostnaðarlíkani. Ýmsar útfærslur eru til á þessari aðferð.
- *Verðsamanburður.* Borin eru saman verð á sambærilegum samkeppnismörkuðum. Verð er miðað við meðaltal ákveðins úrtaks úr samanburðarhópnum.
- *Smásöluverð mínus* (Retail minus). Með smásölu mínus aðferðinni er fundið út heildsöluverð með því að draga ákveðið hlutfall frá smásöluverði. Mismunurinn sem dregst frá smásöluverði er til kominn vegna þess kostnaðar sem að öðrum kosti hefði fallið á fyrirtækið á smásölustigi.

110. ERG hefur gefið út sameiginlega afstöðu varðandi samhverf lúkningargjöld.⁶⁵ Í því skjali kemur fram sú afstaða að þegar um er að ræða eftirlit með lúkningagjöldum fyrirtækja, sem eru hvert um sig með umtalsverðan markaðsstyrk í sínu eigin neti, skuli almennt stefna að því að jafna lúkningargjöld milli neta.

111. Framkvæmdastjórn ESB gaf út tilmæli varðandi afskipti eftirlitsstofnana af lúkningsverðum í farsímanetum og föstum netum í maí 2009.⁶⁶ Þar er mælt til þess að eftirlitsstofnanir kveði á um gjöld sem miða við kostnað fyrirtækis sem er rekið á hagkvæman hátt og því eigi gjöld almennt að vera samsvarandi hjá öllum fyrirtækjum. Frávik frá meginreglunni ættu að byggjast á aðstæðum sem viðkomandi fyrirtæki ræður ekki við, svo sem ójöfnum tíðniheimildum farsímafyrirtækja. Ef nýtt fyrirtæki er svo lítið að það nær ekki fullri hagkvæmni í rekstri og ber þess vegna hærri einingakostnað og sýnt hefur verið fram á

⁶⁵ ERG's Common Position on symmetry of fixed call termination rates and symmetry of mobile call termination rates – ERG (07) 83

⁶⁶ COMMISSION RECOMMENDATION of 7.5.2009 on the Regulatory Treatment of Fixed and Mobile Termination Rates in the EU

hindranir í vegi innkomu og vaxtar á smásöllumarkaði, geta aðstæður réttlætt að viðhaldið sé hærri verðum hjá nýja fyrirtækinu í allt að fjögur ár frá innkomu á markaðinn, að mati framkvæmdastjórnarinnar.

5.4. Kvaðir sem hægt er að leggja á fyrirtæki á smásöllumarkaði

5.4.1. Almennt

112. Þær kvaðir sem skv. fjarskiptalögum er heimilt að leggja á fyrirtæki sem útnefnt er með umtalsverðan markaðsstyrk miðast flestar við heildsölustigið en ekki smásölustigið. Almennt er litið svo á að kvaðir og skyldur skuli einungis leggja á smásöluþjónustu þegar viðeigandi aðgerðir varðandi heildsölu eða aðgerðir varðandi forval og fast forval hafa ekki borið árangur til að tryggja virka samkeppni og hagsmuni almennings.

5.4.2. Aðgangur að leigulínum

113. PFS getur lagt þá kvöð á fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk að það bjóði fram leigulínur í smásölu af þeirri tegund sem stofnunin telur að þörf sé á fyrir fjarskiptamarkaði sbr. 33. gr. fjarskiptalaga.

5.4.3. Forval og fast forval

114. Fyrirtæki sem hafa umtalsverðan markaðsstyrk í tengingum við almenna fasta talsímanetið verða að gera áskrifendum sínum kleift að fá aðgang að þjónustu allra samtengdra fyrirtækja sem veita almenna talsímaþjónustu sbr. 53. gr. fjarskiptalaga. Fyrirkomulag þessa aðgangs getur annað hvort verið með þeim hætti að notandi velji forskeyti á undan hverju símtali eða með föstu forvali sem hægt er að fara framhjá í einstökum símtölum með því að velja forskeyti. Gjöld fyrir aðgang og samtengingu vegna forvals og fasts forvals skulu taka mið af kostnaði ásamt hæfilegri álagningu.

5.4.4. Aðrar smásöluþjónuðir

115. Telji Póst- og fjarskiptastofnun í kjölfar markaðsgreiningar skv. 17. gr. að heildsöluþjónuðir eða ráðstafanir varðandi forval eða fast forval muni ekki skila tilætluðum árangri við að efla virka samkeppni og tryggja hagsmuni notenda fjarskiptaþjónustu er stofnuninni heimilt að leggja smásöluþjónuðir á fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk. Slíkar kvaðir geta m.a. falist í að leggja skyldur á fyrirtæki um þak á smásöluverð, kostnaðartengda gjaldskrá og kostnaðarbókhald, að verð miðist við verð á sambærilegum mörkuðum, banni við mismunun milli notenda og banni við að binda mismunandi tegundir fjarskiptaþjónustu í einn heildarpakka skaði það samkeppni.

Viðauki

Réttarheimildir, leiðbeiningar og önnur skjöl varðandi markaðsgreiningu

1. Íslensk lög og reglugerðir⁶⁷

- a. Lög um fjarskipti nr. 81/2003
- b. Lög um Póst- og fjarskiptastofnun nr. 69/2003.
- c. Reglugerð um markaðsgreiningar á sviði fjarskipta nr. 741/2009

2. Tilmæli og leiðbeiningar ESA og framkvæmdastjórnar ESB⁶⁸

- a. Leiðbeiningar Eftirlitsstofnunar EFTA frá 14. júlí 2004 um markaðsgreiningu og mat á verulegum markaðsstyrk samkvæmt rammaákvæðum um rafræn fjarskiptanet og –þjónustu
- b. Tilmæli Eftirlitsstofnunar EFTA frá 5. nóvember 2008 um viðkomandi vöru- og þjónustumarkaði á sviði fjarskipta sem ástæða kann að vera til að fella undir fyrirframkvæðir
- c. Explanatory Note Accompanying document to the Commission Recommendation on Relevant Product and Service Markets within the electronic communications sector susceptible to ex ante regulation in accordance with Directive 2002/21/EC (á einnig við tilmæli ESA frá 2008)
- d. Tilmæli Eftirlitsstofnunar EFTA nr. 193/04/COL frá 14. júlí 2004 um tilkynningar, fresti og samráð sem kveðið er á um í 7. gr. tilskipunar Evrópuþingsins og ráðsins 2002/21/EB um sameiginlegan regluramma um rafræn fjarskiptanet og –þjónustu.
- e. Commission Notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law. (OJ C372 9/12/1997)
- f. Commission Recommendation of 7.5.2009 on the Regulatory Treatment of Fixed and Mobile Termination Rates in the EU.

3. Skjöl frá European Regulators Group⁶⁹

- a. Revised ERG Common Position on the approach to Appropriate remedies in the ECNS regulatory framework – ERG (06) 33
- b. Revised ERG Common Position On Remedies Explanatory Memorandum – ERG (06) 19
- c. ERG Report on Guidance on the application of the three criteria test
- d. ERG's Common Position on symmetry of fixed call termination rates and symmetry of mobile call termination rates – ERG (07) 83

⁶⁷ Birt á www.pfs.is

⁶⁸ Birt á <http://www.eftasurv.int/fieldservices/telecoms/ecom/dbaFile5538.html>,
http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecommlibrary/recomm_guidelines/index_en.htm og
http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecommlibrary/proposals/index_en.htm

⁶⁹ Birt á http://erg.eu.int/documents/docs/index_en.htm

- e. ERG Common Position On Best Practice In Remedies Imposed As A Consequence Of A Position Of Significant Market Power In The Relevant Markets For Wholesale Leased Lines – ERG (07) 54
- f. Report On ERG Best Practices On Regulatory Regimes In Wholesale Unbundled Access And Bitstream Access – (07) 53
- g. ERG Common Position on Geographic Aspects of Market Analysis (definition and remedies) - October 2008 ERG (08) 20 final CP Geog Aspects 081016

4. Tilskipanir ESB sem varða markaðsgreiningu⁷⁰

- a. Tilskipun Evrópuþingsins og Ráðsins **2002/19/EB** frá 7. mars 2002 um aðgang að rafrænum fjarskiptanetum og samtengingu þeirra og tilheyrandi aðstöðu.
- b. Tilskipun Evrópuþingsins og Ráðsins **2002/21/EB** frá 7. mars 2002 um sameiginlegan regluramma um rafræn fjarskiptanet og –þjónustu.
- c. Tilskipun Evrópuþingsins og Ráðsins **2002/22/EB** frá 7. mars 2002 um alþjónustu og réttindi notenda að því er varðar rafræn fjarskiptanet og –þjónustu.

⁷⁰ Birt á http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecom/library/legislation/index_en.htm og www.ees.is