

Úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála

Þann 3. júlí 2007 er úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála saman komin að Vegmúla 2, Reykjavík, til þess að kveða upp úrskurð í ágreiningsmáli nr. 2/2007.

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 tók ekki þátt í þessu máli.

Fyrir nefndinni liggur kæra frá Símanum hf., dags. 5. mars 2007, þar sem kærð er ákvörðun PFS frá 5. febrúar 2007, um útnefningu fyrirtækis með umtalsverðan markaðsstyrk og álagningu kvaða á markaði fyrir aðgang og upphaf símtala í almennum farsímanetum (markaður 15). Og fjarskipti ehf. skilaði svo inn athugasemdum við kæru Símans hf. þann 28. mars 2007.

Um kæruheimild vísast til 13. gr. laga nr. 69/2003 um Póst- og fjarskiptastofnun og reglugerð nr. 378/1999 um úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála.

Kröfugerð kæranda er aðallega að nefndin felli úr gildi hina kærðu ákvörðun og leggi fyrir PFS að taka málið á ný til löglegrar meðferðar.

Til vara er þess krafist að ákvörðun um að Síminn hf. verði útnefnt með umtalsverðan markaðsstyrk verði felld úr gildi þar sem möguleg samkeppni og skortur á aðgangshindrunum leiðir til þess að samkeppni er virk á markaði fyrir aðgang og upphaf símtala í almennum GSM farsímanetum.

Til þrautavara er þess krafist að úrskurðarnefnd ákvarði um að enginn aðili sé með umtalsverðan markaðsstyrk á markaði fyrir aðgang og upphaf símtala í almennum GSM farsímanetum.

Til þrautþrautavara krefst kærandi að bæði Síminn hf. og Og fjarskipti ehf. séu sameiginlega útnefnd með umtalsverðan markaðsstyrk á þeim markaði sem hin kærða ákvörðun varðar.

Að lokum er þess krafist af hálfu Símans hf. að verði ekki fallist á aðal- og varakröfur félagsins verði kvöðum samkvæmt hinni kærðu ákvörðun fækkað og úr þeim dregið, eins og nánar er greint í málatilbúnaði Símans hf.

Af hálfu PFS er þess krafist að nefndin staðfesti hina kærðu ákvörðun PFS frá 5. febrúar 2007.

Og Fjarskipti ehf. krefjast þess að öllum kröfum kæranda verði hafnað og hin kærða ákvörðun PFS verði látin standa óhögguð.

Úrskurðarnefnd hefur tekið þá ákvörðun að aðild að ágreiningsmáli þessu skuli háttað þannig að Síminn hf. verði sóknaraðili en PFS og Og fjarskipti ehf. varnaraðilar.

Þann 17. apríl s.l. fór fram munnlegur málflutningur fyrir nefndinni, þar sem mættir voru fyrir hönd Símans hf. Auður Inga Ingvarsdóttir, fyrir hönd PFS Jóhanna Helga Halldórsdóttir og fyrir hönd Og fjarskipta ehf. Dóra Sif Tynes. Gerðu aðilar þar grein fyrir málatilbúnaði 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.

Úrlausn þessa máls hefur dregist nokkuð vegna anna formanns og eru málsaðilar beðnir velvirðingar á því.

1.0 Málavextir.

Málavöxtum er lýst ítarlega í hinni kærðu ákvörðun og málatilbúnaði aðila og þykir því ekki ástæða til þess að fara djúpt í þá hér. Reifun undirbúnings ákvörðunar PFS hér er byggð á lýsingu stofnunarinnar í greinargerð sinni.

Lög um fjarskipti, nr. 81/2003, tóku gildi þann 25. júlí 2003. Með lögnum voru innleiddar fjórar tilskipanir Evrópusambandsins um fjarskipti og ein tilskipun um persónuvernd í fjarskiptum. Með lögnum er PFS skyldað til að skilgreina ákveðna fjarskiptamarkaði eftir vöru- og þjónustutegundum og landsvæðum í samræmi við meginreglur samkeppnisréttar og alþjóðlegar skuldbindingar skv. samningnum um Evrópska efnahagssvæðið (EES-samningnum) og greina þá til að kanna hvort á þeim ríki virk samkeppni, sjá V. kafla laganna. Sé virk samkeppni ekki fyrir hendi ber stofnuninni að útnefna þau fyrirtæki sem ráðandi eru á markaðinum 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 með umtalsverðan markaðsstyrk. Hafi fyrirtækið þegar verið útnefnt skv. eldri fjarskiptalögum skal PFS endurskoða þær kvaðir sem lagðar hafa verið á fyrirtækið og ákveða hvort þeim viðhalda skuli þeim, þeim breytt eða þær felldar niður.

Í tilmælum ESA um viðkomandi markaði hafa verið skilgreindir fyrirfram 18 fjarskiptamarkaðir sem PFS er skylt að greina í samræmi við nýju fjarskiptalögin og skuldbindingar Íslands skv. EES-samningnum Jafnframt þessum mörkuðum gera lögin ráð fyrir að PFS skilgreini þá markaði í samræmi við þær aðstæður sem eru á Íslandi. Að höfðu samráði við fyrirtæki á íslenskum fjarskiptamarkaði um greiningu fjarskiptamarkaða á Íslandi ákvað PFS með bréfi dags. 8. október 2003 að byrja að greina farsímamarkaðina, heildsölumarkað fyrir aðgang og upphaf símtala í almenn

farsímanet (markaður 15) og heildsölumarkað fyrir lúkningu símtala í einstök farsímaneti (markaður 16). Mat stofnunarinnar var að þessir markaðir væru fremur aðkallandi verkefni en önnur þar sem við fyrstu sýn virtist virk samkeppni takmarkaðri þar en annars staðar.

Eftir langt undirbúnings- og greiningarferli voru drög að greiningu á markaði 15 og 16 lögð fram með bréfi til hagsmunaaðila, dags. 8. júlí 2005, þar sem þeim var boðið að gera athugasemdir við markaðsgreininguna og niðurstöðurnar fyrir 15. september 2005. Sendu eftirfarandi aðilar inn athugasemdir við þessi frumdrög: Og fjarskipti hf. (Og Vodafone), Samkeppniseftirlitið og Síminn. PFS uppfærði síðan greiningu á mörkuðunum í samræmi við þær athugasemdir er teknar voru til greina og uppfærði einnig alla tölfræði til samræmis við nýjustu tölur.

Með bréfi, dags. 24. ágúst 2006, tilkynnti PFS til Eftirlitsstofnunar EFTA (ESA) lokadrög að ákvörðun um markað 15 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. 8. september 2006, voru lokadrög að ákvörðun um markað 15 ásamt viðaukum send til fjarskiptafyrirtækja til þess að þau hefðu tækifæri til að koma að frekari athugasemdum. Engar athugasemdir við lokadrögin bárust frá fjarskiptafyrirtækjum. Með bréfi, dags. 28. september 2006, bárust PFS athugasemdir ESA við framangreind lokadrög. Þar sem innanlandssamráð um lokadrögin fór fram á sama tíma og ESA var með þau til skoðunar, minnti ESA á að einhverjar efnisbreytingar á drögunum vegna viðbótar athugasemda frá hagsmunaaðilum myndu krefjast þess að PFS þyrfti að tilkynna drögin að nýju. Athugasemdir ESA beindust einungis að 35. gr. fjarskiptalaga og fyrirhugaðri áætlun PFS að beita 4. mgr. 35. gr. sömu laga. ESA hafði áhyggjur af því hvort 35. gr. samræmdist EES-rétti. ESA leit svo á að PFS túlki 4. mgr. 35. gr. svo að hún takmarki heimildir stofnunarinnar til að leggja á Símann skyldu um að bjóða fullan aðgang á markaði 15 fyrir innanlandsreiki skv. 28. gr. fjarskiptalaga.

PFS ákvað að taka tillit til framangreindra athugasemda ESA og endurskoðaði lokadrög að ákvörðun um markað 15 og uppfærði viðeigandi viðauka í samræmi við það. Af því tilefni lagði PFS lokadrög að ákvörðun um markað 15 ásamt viðaukum fram að nýju til samráðs fyrir fjarskiptafyrirtæki, með bréfi, dags. 9. nóvember 2006, auk þess að tilkynna þau til ESA á sama tíma í samræmi við 1. mgr. 7. gr. laga um Póst- og fjarskiptastofnun nr. 69/2003 og tilmæli ESA um tilkynningu skv. 7. gr. rammatilskipunar 2002/21/EB. Með bréfi, dags. 11. desember 2006, barst PFS svar ESA þar sem engar athugasemdir voru gerðar heldur einungis minnt á að allar efnisbreytingar vegna innanlandssamráðs um lokadrögin myndu krefjast þess að PFS þyrfti að tilkynna drögin að nýju. Síminn hf. og IP fjarskipti ehf. sendu inn athugasemdir. Það var mat PFS að athugasemdirnar gæfu ekki tilefni til að breyta framangreindum lokadrögum að ákvörðun um markað 15 og var þeim því svarað sérstaklega í skjali sem er að finna í viðauka D með ákvörðun um markað 15.

Síminn hf. kærði ákvörðun PFS með kæru þann 5. mars 2007. Er sú kæra hér til umfjöllunar, ásamt athugasemdum Og fjarskipta ehf.

2.0 Málsástæður kæranda Símans hf.

Síminn hf. rekur málsástæður sínar í stjórnslukæru dagsettri þann 5 mars s.l. Fara hér á eftir þeir kaflar úr erindinu sem eiga við:

A Um kröfu um ógildingu ákvörðunar vegna formgalla:

Síminn byggir á því að ákvörðun PFS sé haldin svo miklum formgalla að það varði ógildingu hennar.

a. Vanhæfi forstjóra.

Svo sem fram kemur í gögnum málsins hefur Síminn undir rekstri þess gert þá kröfu að forstjóri PFS víki sæti sökum vanhæfis. Málsatvik eru þau, að þann 27. september 2006 birti PFS fréttatilkynningu um niðurstöðu norræns samburðar á verði fyrir farsímaþjónustu. Í lok tilkynningarinnar segir orðrétt:

„Þessi staða er áhyggjuefni. Viðbrögð Póst- og fjarskiptastofnunar eru þau helst að hlutast til um lækun og jöfnun lúkningaverðs farsímafyrirtækjanna og leggja aðgangskvöð á Símann til að auðvelda nýjum þjónustuaðilum leið inn á markaðinn. Þessar aðgerðir birtast í niðurstöðu markaðsgreininga fyrir farsímaþjónu, sem nú liggja fyrir.”

Í úrdrætti úr samnorræni skýrslu, sem fylgdi fréttatilkynningunni og birtur var á heimasíðu PFS, í nafni PFS, er í löngu máli útskýrt það sem ekki gafst færi á að útskýra í fréttatilkynningu. Þar segir orðrétt (undirstrikun Símans):

*“Á Íslandi eru starfandi tvö farsímanet sem veita farsímaþjónustu á landsvísu líkt og í Noregi en þau eru fleiri á hinum Norðurlöndunum. Tvíkeppni hefur verið ríkjandi markaðsform hér á landi frá árinu 2002 og hefur markaðshlutdeild milli fyrirtækja verið stöðug frá þeim tíma. **Á Íslandi hefur Síminn verið útnefndur (2006) með umtalsverðan markaðstyrk á heildsölumarkaði fyrir aðgang og upphaf símtala í farsímanetum samkvæmt nýjum fjarskiptalögum.** Þá voru bæði Síminn (1999) og Og Vodafone (2003) áður útnefnd með umtalsverða markaðshlutdeild á farsímaþjónustu samkvæmt eldri fjarskiptalögum. Þeirri útnefningu fylgdi ekki aðgangskvöð fyrir sjálfstæða þjónustuaðila heldur einungis kvöð um reikiaðgang. Aðgangur og þátttaka sjálfstæðra þjónustuaðila á heildsölustigi er afar takmörkuð hér á landi í samanburði við önnur Norðurlönd. Þau hafa öll, að frátöldu Finnlandi, þar sem heildsöluáðgangur var fyrir hendi, lagt á aðgangskvaðir á starfandi fyrirtæki til að greiða götu sjálfstæðra þjónustuaðila samkvæmt eldri fjarskiptalögum. Það hefur leitt af sér meiri samkeppni á farsímaþjónustu. **Því lagði Póst- og fjarskiptastofnun aðgangskvaðir á Símann í framhaldi af niðurstöðu markaðsgreiningar.** Vonast er til þess að það verði til þess að fleiri þjónustuaðilar muni því geta boðið GSM þjónustu til almennings í framhaldi af því og eflt þar með samkeppni.” (leturbreytingar eru Símans)*

Í sjónvarpsfréttum kl. 22 þann 27. september sl. sagði forstjóri PFS nauðsynlegt að grípa til aðgerða og lýsti þeim aðgerðum orðrétt á þessa leið:

„Það gerum við með þeim hætti að leggja aðgangskvöð á Símann þannig að félög geti keypt í heildsölu þjónustu af Símanum og selt síðan undir eigin merkjum í smásölu.”

Í bréfi Símans, dags. 13. október 2006, þar sem krafa var gerð að forstjóri PFS myndi víkja sæti sagði að, umrædd fréttatilkynning, íslenskur úrdráttur úr skýrslu og ummæli forstjóra PFS yrði ekki skilin með neinum öðrum hætti en að PFS hafi verið fyrirfram búin að komast að niðurstöðu um aðgangskvöð á Símann þann 27. september sl. Af þeim sökum taldi Síminn þýðingarlaust að koma frekari athugasemdum á framfæri, enda var svokallað samráð augljóslega einungis til málamynda. Í umræddu bréfi var stuttlega gerð grein fyrir málsástæðum og lagarökum að baki kröfugerð Símans þess efnis að forstjóri PFS og allir hans starfsmenn myndu víkja sæti við frekari meðferð málsins. Þar sagði orðrétt:

„Krafa Símans byggir á, að uppi séu aðstæður sem eru til þess fallnar að draga óhlutdrægni forstjóra PFS í efa með réttu, sbr. 6. tl. 1. mgr. 3. gr. stjórnarsýslulaga nr. 37/1993. Um áhrif þessa vanhæfis fer samkvæmt 4. gr. stjórnarsýslulaga og hinni óskráðu meginreglu stjórnarsýsluréttarins um undirmannavanhæfi. Samkvæmt 2. mgr. 5. gr. stjórnarsýslulaga liggur það fyrir forstjóra PFS að taka sjálfur afstöðu til þess hvort hann teljist vanhæfur í málinu og beri að víkja sæti. Ákveði forstjórinn að víkja sæti þarf samgönguráðherra að skipa setuforstjóra í þessu tiltekna máli. Af þeim sökum er afrit bréfs þessa sent á samgönguráðherra.

Síminn telur ljóst að forstjóri PFS hafi orðið vanhæfur með því að taka opinbera afstöðu til úrlausnarefnis máls, sem hann hefur til meðferðar, enda leiðir samþætt mat á öllum aðstæðum til þess að gera verði strangar hæfiskröfur. Mat þetta byggir á eftirfarandi megin sjónarmiðum:

Forstjórinn hefur tjáð sig beint um það tiltekna mál, sem hér er til umfjöllunar. Forstjórinn hefur tjáð sig mjög eindregið um niðurstöðu málsins. Vísast um þetta til dómaframkvæmdar héraðs og á Norðurlöndum.¹ Forstjórinn tjáði sig á opinberum vettvangi. Um er að ræða matskennda ákvörðun, sem snertir verulega hagsmuni. PFS er lögum samkvæmt sjálfstæð stofnun sem annast ákveðið eftirlit.

Það er því niðurstaða Símans að gera verði strangar hæfiskröfur til forstjóra PFS. Með því að gefa út fréttatilkynningu, úrdrátt úr skýrslu og viðhafa eindregin og afdráttarlaus ummæli í fjölmiðlum um niðurstöðu í máli sem varðar mikilsverða hagsmuni félagsins og þar sem mat ræður miklu um niðurstöðu, hefur forstjórinn gert sig vanhæfan til frekari meðferðar málsins. Hin almenna óskráða meginregla stjórnarsýsluréttarins um undirmannavanhæfi leiðir jafnframt til þess að allir starfsmenn PFS eru vanhæfir til frekari meðferðar málsins.”

Með bréfum, dags. 3. nóvember 2006 og 5. febrúar 2007, hafnaði PFS kröfugerð Símans. Síðara bréfið er ritað sama dag og hin formlega ákvörðun um markað 15 var tekin. Í millitíðinni hafði Síminn ritað bréf, dags. 22. desember og óskað eftir tilteknum skýringum vegna bréfs PFS, dags. 3. nóvember 2003. Í bréfinu frá 3. nóvember 2006 hafði komið fram, að „Í ljósi þess að PFS hefur ákveðið að hefja nýtt samráðsferli um lokadrög að ákvörðun um markað 15 með tilliti til athugasemda ESA verður ekki talið nauðsynlegt að fjalla um framangreinda kröfu Símans um að forstjóri PFS víkji sæti þar sem málinu verður ekki lokið efnislega á grundvelli fyrra samráðsferlis.” Í bréfinu kom jafnframt fram að PFS féllist ekki á það mat Símans að

¹ Sjá t.d. Hrd. 1952:523 – Hrd. 1954:684 – Hrd. 1972:1033

forstjóri PFS væri vanhæfur til frekari meðferðar málsins. Sú niðurstaða var útrekuð í béli PFS, dags. 5. febrúar 2007.

Nánar um megin sjónarmið sem liggja að baki kröfunni:

Vanhæfisástæðan sem hér er byggt á snýr að því að forstjóri PFS hafði áður en hann tók hina formlegu ákvörðun í máli þessu tjáð sig eindregið þannig að ljóst sé að hann hafði áður gert upp hug sinn til úrlausnarefnisins (e. prejudice). Um þessa vanhæfisástæðu fjallar Páll Hreinsson í kafla 26.4-26.5 í doktorsritgerð sinni: *Hæfisreglur stjórnarsýslulaga*. Byggir eftirfarandi umfjöllun í megin atriðum á þessum kafla í riti Páls, sér í lagi undirkafla 26.4.4. Af dómi Hæstaréttar frá 22. janúar 2004 í máli nr. 280/2003 segir Páll vera ljóst að dómstólar hafa byggt á því að starfsmaður geti orðið vanhæfur hafi hann tekið opinbera afstöðu til úrlausnarefnis máls. Ætla verði að helst komi til greina að telja starfsmann vanhæfan af þesari ástæðu þegar samþætt mat á öllum aðstæðum mælir með því að gera beri mjög strangar hæfiskröfur. Verður nú vikið að helstu atriðum sem litið er til í því samþætta mati:

Starfsmaður tjáir sig beint um það tiltekna mál, sem er til meðferðar:

Í fréttatilkynningu PFS er vísað til „**niðurstöðu** markaðsgreininga sem nú liggja fyrir”. Í úrdrætti úr norrænu skýrslunni er síðan útskýrt nákvæmlega við hvaða markaðsgreiningu þarna er átt, þ.e. á farsímaþjónustumarkaði og útskýrt að „**Því lagði Póst- og fjarskiptastofnun aðgangskvaðir á Símann í framhaldi af niðurstöðu markaðsgreiningar.**” Að síðustu útskýrir forstjórinn nákvæmlega í hverju þessar aðgangskvaðir felist í viðtali við RÚV, sem vísað er til hér að ofan, þ.e. að „félög geti keypt í heildsölu þjónustu af Símanum og selt síðan undir eigin merkjum í smásölu.”

Þykir því sannað að ummælin varða beint þetta tiltekna mál. Tekið skal sérstaklega fram að í fréttatilkynningunni, úrdrættinum og ummælum forstjórans er gengið lengra en einfaldlega að draga fram þá staðreynd að á þessu stigi lá fyrir frumniðurstaða markaðsgreiningar PFS, sbr. tilvitnanir í næstu málsgrein að ofan.

Starfsmaður tjáir sig eindregið um niðurstöðu máls:

Vart er unnt að finna eindregnari lýsingu á niðurstöðu máls, en vísað hefur verið til hér að ofan. Sagt er frá að niðurstaða markaðsgreiningar liggja fyrir og því lýst í þátíð að stofnunin hafi lagt á aðgangskvaðir í framhaldi af þeirri niðurstöðu. Þá lýsir forstjórinn því í nútíð í hverju aðgerðirnar felist.

Tekið skal fram að af hálfu PFS voru engir fyrirvarar gerðir um að þetta væri væntanleg niðurstaða máls heldur er endanlegri niðurstöðu einfaldlega lýst ýmist í nútíð eða þátíð. Hér er því ekki uppi sú staða, sem Páll Hreinsson lýsir í ritgerð sinni, þ.e. að starfsmenn lýsi væntanlegri niðurstöðu í máli þar sem um lögbundna ákvörðun er að ræða. Í slíkum tilvikum telur Páll að ætla verði að starfsmenn geri sig ekki vanhæfa „enda er þá almennt um slíkan fyrirsjáanleika að ræða um niðurstöðu og lítið sem ekkert mat falið starfsmanni við úrlausn máls.” Auk þess er skilyrðið um fyrirsjáanleika alls ekki uppfyllt í þessu máli, þótt um lögbundna ákvörðun sé að ræða, enda þvert á móti um að ræða afar matskennda ákvörðun, sbr. umfjöllun hér að neðan.

Starfsmaður tjáir sig á opinberum vettvangi:

Páll Hreinsson telur það auka líkur á vanhæfi hafi maður tjáð sig opinberlega um mál. Fyrir liggur að ummælin voru látin falla í fréttatilkynningum og í fjölmiðlum.

Um er að ræða matskennda ákvörðun, sem snertir verulega hagsmuni:

Í máli þessu er PFS eftirlátið mat í fyrsta lagi við greiningu markaðarins á hvort Síminn sé með umtalsverðan markaðsstyrk, einn og sér eða sameiginlega með öðrum. Komist PFS að þeirri niðurstöðu að um umtalsverðan markaðsstyrk sé að ræða er stofnuninni í öðru lagi eftirlátið mat um til hvaða úrræða grípa skal. Þar ber PFS að gæta meðalhólfis við val á úrræðum. Í máli þessu hefur stofnunin kosið að beita heimildum sínum til hins ítrasta, m.a. með fyrirmælum um öll möguleg form aðgangs að farsímaneti Símans. Í 3. mgr. 28. gr. er að finna upptalningu á matskenndum atriðum í staflíðum a. til f, sem öll þurfa að vera uppfyllt við ákvörðun um að leggja aðgangskvöð að farsímaneti. Reyndar verður að telja rökstuðningi mjög ábótavant í ákvörðuninni hvað snertir skilyrði þessara staflíða. Verður vikið nánar að þessu í efnishlið málsins. Þá hefur stofnunin lagt á kvöð um gagnsæi, jafnræði, bókhaldslegan aðskilnað og eftirlit með gjaldskrá. Varðandi síðast nefndu kvöðina hefur stofnunin gengið lengra en dæmi eru um í að mæla sérstaklega fyrir um þau viðskiptakjör sem gilda skuli um einstakar tegundir aðgangs, þ.e með sk. retail mínus reglu, áður en samningaleiðin hefur verið reynd.

Samkvæmt ofansögðu er einsýnt að um er að ræða tegund af stjórnvaldsákvörðun þar sem stjórnvaldinu er eftirlátið í ríkum mæli mat á hvort umtalsverður markaðsstyrkur er til staðar og val á úrræðum til að bregðast við slíkum markaðsstyrk. Er því skilyrðið um matskennda ákvörðun augljóslega uppfyllt. Auk þess er ágreiningslaust í málinu að um matskennda ákvörðun sé að ræða, sbr. ummæli í bréfi forstjóra PFS, dags. 3. nóvember 2006, bls. 2: “Þrátt fyrir að um matskennda ákvörðun sé að ræða...”

Þá verður að líta til þess hvort málið varði mikilsverða hagsmuni. Við það mat ber í fyrsta lagi að líta til þess að hagsmunir málsins eru svo mikilsverðir, að þeir njóta verndar eignarréttarákvæðis 72. gr. stjórnarskrár lýðveldisins. Þá felur hin kærða ákvörðun í sér inngríp í óskráða meginreglu íslensks réttar um samningafrelsi. Þá varðar málið umtalsverða fjárhagslega hagsmuni, sem tengjast nýtingu fjárfestinga Símans í farsímadreifikerfum, sem skipta hundruðum milljóna króna. Í því sambandi nægir að benda á, að seinna á þessu ári mun félagið leggja út í nýj fjárfestingu, sem skiptir hundruðum milljóna, vegna svokallaðs þriðju kynslóðar farsímadreifikerfis. Niðurstaðan er því kristaltær um að málið varðar mikilsverða hagsmuni.

PFS er lögum samkvæmt sjálfstæð stofnun sem annast ákveðið eftirlit:

Páll Hreinsson telur að minnst svigrúm til að tjá sig um mál án þess að verða vanhæfir hafi starfsmenn á kærustigi og starfsmenn sem annast ákveðið eftirlit og starfsmenn sjálfstæðra eða óháðra stjórnvalda.² Póst- og fjarskiptastofnun uppfyllir tvö síðarnefndu skilyrðin, þ.e. er sjálfstæð stofnun, skv. lagafyrirmæli þar um og

² Páll Hreinsson, Hæfisreglur stjórnvísulaga, bls. 706

annast auk þess ákvæðið eftirlit. Nægilegt er að eitt skilyrðina sé uppfyllt til að vanhæfisákvæði komi til skoðunar.

Skv. 2. mgr. 1. gr. laga nr. 69/2003, um PFS, er stofnunin sjálfstæð en undir yfirstjórn samgönguráðherra.

Páll Hreinsson hefur bent á að ákvæði af þessum toga feli í sér innbyrðis ósamræmi í skilgreiningu á stöðu stofnunar. Telur Páll að ef ekki er ótvírætt á því tekið í lögskýringargögnum að um sjálfstæða stofnun sé að ræða, yrði slík stofnun ekki talin sjálfstæð heldur sérstök stofnun, sem heyrði undir yfirstjórnunarheimildir ráðherra í samræmi við meginreglu 14. gr. stjórnarskrárinnar.³

Ákvæði 2. mgr. 1. gr. hefur verið í lögum um stofnunina allt frá stofnun hennar og kom fyrst í lög með lögum nr. 147/1996. Í greinargerð með frumvarpi til þeirra laga segir orðrétt:

„Póst- og fjarskiptastofnun er samkvæmt frumvarpinu sjálfstæð stofnun, en undir yfirstjórn samgönguráðherra. Þannig heyrir stofnunin undir samgönguráðherra í skilningi stjórnsýsluréttar án þess þó að hann hafi boðvald yfir stofnuninni eða starfsmönnum hennar, í þeim skilningi að hann geti haft áhrif á einstakar ákvarðanir hennar....”.

Hér er því afdráttarlaust á því tekið í lögskýringargögnum, að stofnunin sé sjálfstæð, að því er varðar þær stjórnvaldsákvarðanir sem hún tekur. Því er hún sjálfstæð að því er varðar undirbúning og töku hinnar kærðu ákvörðunar. Auk þess er vikið að því í greinargerð með frumvarpinu að sérstaklega sé mælt fyrir um sjálfstæði úrskurðar og eftirlitsaðila (e. regulator) í tilskipunum ESB á sviði fjarskiptamála. Með regulator er ekki einungis átt við æðra sett stjórnvald heldur tekur þetta hugtak til lægra setts stjórnvalds, þ.e. stjórnvalds á borð við PFS. Þannig tekur stofnunin t.d. þátt í starfi ERG (European Regulators Group).

Í evrópuréttinum er raunar notað hugtakið „national regulatory authorities”. Þannig segir orðrétt í 2. mgr. 3. gr. tilskipunar 2002/21 (sk. rammatilskipun):

„Member States shall guarantee the independence of national regulatory authorities by ensuring that they are legally distinct from and functionally independent of all organisations providing electronic communications networks, equipment or services. Member States that retain ownership or control of undertakings providing electronic communications networks and/or services shall ensure effective structural separation of the regulatory function from activities associated with ownership or control.”

Í 3. mgr. sama ákvæðis er áréttað að stjórnvaldið skuli framkvæma valdheimildir sínar á hlutlausan (impartially) og gagnsæan hátt:

„Member States shall ensure that national regulatory authorities exercise their powers impartially and transparently.”

³ Ibid, bls. 738

Með vísan til alls ofangreinds er ljóst að í reglu 2. mgr. 1. gr. laga um PFS og í 2. og 3. mgr. 3. gr. rammatilskipunar felst, að utanaðkomandi aðilar, hvort sem það eru önnur stjórnvöld eða málsaðilar, megi ekki hafa aðstöðu til að hafa bein áhrif á úrlausn máls hjá PFS. Hefur Páll Hreinsson talið að slá megi því föstu að slík lagaákvæði kalli almennt á strangari hæfiskröfur til starfsmanna slíkra stjórnvalda.

Samandregið hefur Páll Hreinsson talið að minnst þurfi til að koma svo að starfsmenn sjálfstæðra stjórnvalda sbr. umfjöllun að ofan geti orðið vanhæfur með ummælum sínum í fjölmiðlum um stjórnsýslumál þar sem eindregin afstaða er tekin til úrlausnarefnisins varði málið mikilsverða hagsmuni og mat ræður miklu um niðurstöðu máls.⁴

Rökstuðningur PFS gegn vanhæfi

Í þeim brotakennda rökstuðningi sem PFS hefur fært fyrir að ekki sé um vanhæfi forstjóra PFS að ræða hefur eftirfarandi komið fram:

Í fyrsta lagi hefur verið vísað til þess að ekki sé nauðsynlegt að fjalla um kröfu Símans þar sem málinu verði ekki lokið efnislega á grundvelli fyrra samráðsferils.

Svo sem fram hefur komið í bréfi Símans, dags. 22. desember 2006, er fráleitt að nýtt og meira íþyngjandi samráðsferli í sama máli verði til þess, að ekki sé nauðsynlegt að fjalla um kröfur Símans. Þær aðstæður sem uppi voru í málinu og voru til þess fallnar að efast um óhluðrægni forstjóra PFS hurfu ekki við það eitt að sami forstjóri ákvað að hefja svokallað nýtt samráðsferli.

Í öðru lagi hefur PFS bent á, að þrátt fyrir að um matskennda ákvörðun sé að ræða þá byggir hún á fyrirfram ákveðnu ferli sem er gagnsætt og til þess fallið að tryggja hagsmuni fjarskiptafyrirtækja og neytenda. Með hliðsjón af þessu og í ljósi þess að PFS hafði birt lokadrög að ákvörðun um markað 15 verði að telja að svigrúm forstjóra PFS til að láta ómálefnaleg sjónarmið hafa áhrif á frekari meðferð málsins sé nánast ekkert.

Þrátt fyrir að ekki sé vísað til undantekningarreglu 2. mgr. 3. gr. stjórnsýslulaga virðist þessi röksemdarfærsla taka mið af þeirri reglu, sér í lagi þess liðar sem vísar til eðli málsins. Í 2. mgr. 3. gr. kemur fram að ekki valdi vanhæfi ef þeir hagsmunir sem málið snýst um eru það smávægilegir, eðli málsins er með þeim hætti eða þáttur starfsmanns í meðferð málsins það lítilfjörlegur að ekki sé talin hætta á að ómálefnaleg sjónarmið hafi áhrif á ákvörðunina. Þegar grannt er skoðað er hins vegar ljóst, að skilyrði 2. mgr. 3. gr. eru alls ekki uppfyllt í málinu. Augljóslega eru hagsmunir málsins hvorki smávægilegir né þáttur forstjóra PFS lítilfjörlegur við afgreiðslu þess.

Þá stendur eftir að skoða hvort eðli málsins sé með þeim hætti að ekki valdi vanhæfi. Svo sem fram kemur hjá Páli Hreinssyni⁵ segir um þetta skilyrði í athugasemdum við frumvarp sem varð að stjórnsýslulögum, að eðli máls sem til úrlausnar er, kunni að

⁴ Ibid, bls. 706

⁵ Ibid bls. 810

vera með þeim hætti að ekki verði talin hættá á að ómálefnaleg sjónarmið hafi áhrif við úrlausn málsins. Þetta eigi við um mál þar sem lagaskilyrði ákvörðunar eru að öllu leyti lögbundin og ekkert eða afar lítið mat látið eftir starfsmanninum. Verði annars vegar að vera lögbundið hvaða efni ákvörðun eigi að hafa að geyma, að uppfylltum lagaskilyrðum. Þá verða lagaskilyrði að vera auðskýrð og komin föst venja á túlkun þeirra. Loks verði staðreyndir mála að vera fyllilega upplýstar svo ekki þurfi að beita réttarreglum um sönnun. Í dæmaskyni nefnir Páll þá stjórnvaldsákvörðun að gefa saman hjón, sem er mjög einföld og lögbundin ákvörðun. Úr fjarskiptaréttinum mætti nefna þá athöfn að veita almenna heimild til fjarskiptastarfsemi á grundvelli 4. gr. fjarskiptalaga. Allt öðru gildir hins vegar um hina kærðu ákvörðun:

Eru lagaskilyrði fyrir ákvörðun um markað 15 að öllu leyti lögbundin og ekkert eða lítið mat eftirlátið stjórnvaldinu?

Hér að ofan hefur verið vikið að því að um afar matskennda ákvörðun er að ræða þar sem stjórnvaldið hefur ríkt val um úrræði, sem því er heimilt en ekki skylt að beita. Svárið við spurningunni er því neitandi.

Eru lagaskilyrðin auðskýrð og föst venja komin á beitingu þeirra?

Í máli þessu reynir í fyrsta sinn á beitingu 28. gr. fjarskiptalaga. Ákvæðið er langt frá því að vera auðskýrt. Auk þess er í fyrsta sinn mælt fyrir um svokallaðan sýndarnetsaðgang og endursölu. Svárið við spurningunni er því neitandi.

Eru staðreyndir fyllilega upplýstar svo ekki þurfi að beita réttarreglum um sönnun?

Á ný er svarið neitandi. PFS byggir m.a. á að Síminn hafi neitað IMC um aðgang að reikisamningum. Síminn telur þetta rangt og ósannað, sbr. umfjöllum um efnishlið málsins.

Í þriðja og síðasta lagi bendir forstjóri PFS á að engir dómur eða álit séu til þar sem starfsmaður stjórnvaldsákvörðunar hefur verið talin vanhæfur af þeirri ástæðu einni að hann hafði tjáð sig opinberlega um mál. Þessi fullyrðing var rétt þegar hún var rituð en áður en hin kærða ákvörðun var formlega tekin féll dómur í Hæstarétti í máli Ríkislögreglustjóra gegn A-E nr. 661/2006. Niðurstaðan var sú að ríkislögreglustjóri, þ.e. starfsmaður stjórnvaldsákvörðunar, gerði sig vanhæfan til frekari meðferðar máls með ummælum sem hann viðhafði í fjölmiðlum. Að því leyti er mál þetta hliðstætt máli forstjóra PFS. Á hitt ber að líta, að Hæstiréttur byggði niðurstöðu sína á ákvæði í lögreglugögum sem vísar til þess að sömu hæfiskröfur séu gerðar til ríkislögreglustjóra og dómara.

Eftir stendur það mat Símans, sem byggir á niðurstöðum í doktorsritgerð Páls Hreinssonar, að aðstæður í máli þessu séu með þeim hætti að gera verði svo strangar hæfiskröfur til forstjóra PFS, að stappi nærri þeim hæfiskröfum sem gerðar eru til dómara. Í það minnsta verði að gera sömu hæfiskröfur til forstjóra PFS og gerðar voru til dómara fram til ársins 1990, þegar ákvæði mannréttindasáttmála Evrópu fóru að hafa áhrif á túlkun hæfisreglna dómara. Vissulega eru stjórnvaldsákvörðun byggð á því viðhorfi að ekki beri að gera jafn strangar kröfur til starfsmanna stjórnvaldsákvörðunar og dómara. Eins og bent var á í álitum umboðsmanns Alþingis, UA nr. 2308/1997, getur

komið til greina af þessum sökum að líta til dóma sem gengu um hæfi dómara fyrir 1990.

Í bréfi Símans, dags. 13. október 2006, var einmitt vísað til þriggja dóma Hæstaréttar sem gengu á árabílinu 1952-1972. Þau mál eiga það öll sammerkt að dómara og í einu tilviki skiptaráðandi höfðu tekið ótvíræða afstöðu til málsins áður en endanlegir úrskurðir þeirra féllu. Skilyrðið um eindregna og ótvíræða afstöðu er að sama skapi uppfyllt í máli þessu.

Um áhrif vanhæfis forstjóra PFS

Brot á sérstökum hæfisreglum eru almennt talin leiða til þess að stjórnvaldsákvörðun sé ógildanleg. Fyrir liggur að hin kærða ákvörðun er haldin annmarka að formi að því marki að sérstakar hæfisreglur hafa verið brotnar. Óumdeilt er að hæfisreglur eru flokkaðar sem svokallaðar öryggisreglur, en það er einmitt við brot á slíkum reglum sem ákvarðanir eru ógildanlegar. Kemur því næst til skoðunar hvort brot á hæfisreglunni teljist verulegur annmarki. Sé beitt svokölluðum almennum mælikvarða telst sérhvert brot á öryggisreglu verulegur annmarki og leiðir þegar af þeirri ástæðu til ógildingar stjórnvaldsákvörðunar. Hins vegar kemur einnig til álita að beita svokölluðum sérstökum mælikvarða, en í honum felst að brot gegn hæfisreglu er aðeins talið ógildanlegt ef það hefur leitt til rangrar efnislegrar niðurstöðu. Páll Hreinsson⁶ bendir á að dómstólar hafi í seinni tíð fetað veginn milli hins sérstaka og almenna mælikvarða: Hafi öryggisregla verið brotin veldur það ógildingu ákvörðunar nema sannanlegt sé að annmarkinn hafi í raun ekki haft áhrif á efni ákvörðunar. Í raun er hin sérstaki mælikvarði notaður en sönnunarbyrðin lögð á stjórnvöld.

Í máli þessu ber því annað hvort að beita almennum mælikvarða, sem leiðir sjálfkrafa til ógildingar, eða sérstökum mælikvarða með sönnunarbyrði á PFS um að annmarki hafi í raun ekki haft áhrif á efni ákvörðunar. Í báðum tilvikum telur Síminn annmarkan ekki geta leitt til annars en ógildingar, enda er um svo matskennda ákvörðun að ræða að ómögulegt er að endurskoða hvort ómálefnaleg sjónarmið hafi haft áhrif á efni hinnar kærðu ákvörðunar. Það felst í eðli þeirrar greiningarvinnu sem liggur að baki markaðsgreiningu á markaði 15, svo og þess ríka mats sem eftirlátið er PFS við val á úrræðum í kjölfar greiningar að alger ógjörningur er fyrir PFS að sanna að annmarkinn hafi ekki haft áhrif á efni ákvörðunar. Með öðrum orðum, ef forstjóri PFS hefði vikið sæti vegna vanhæfis og nýr forstjóri verið settur af ráðherra, sbr. kröfugerð Símans þar um, er ómögulegt að fullyrða að nýr forstjóri hefði tekið nákvæmlega sömu ákvörðun með öllum þeim sömu úrræðum og beitt er í hinni kærðu ákvörðun. Úr annmarkanum verður einfaldlega ekki bætt nema með því að endurtaka markaðsgreininguna í heild sinni, sbr. hér til hliðsjónar H 1953:36 (41). Skiptir hér einnig máli eðli og mikilvægi þeirra hagsmuna sem um ræðir.

Þrátt fyrir að einsýnt sé, að sönnunarbyrðin eigi í öllu falli að hvíla á stjórnvaldinu, skal rökræðunnar vegna og til að tæma umfjöllunina farið nokkrum orðum um þau raunverulegu áhrif sem vanhæfi forstjóra PFS hafði á efnisniðurstöðu málsins. Þegar fréttatilkynningin var gefin út og hin eindregnu ummæli forstjóra PFS um niðurstöðu máls féllu, var ekki liðinn sá frestur sem Símanum hafði verið gefinn til að koma að

⁶ Ibid bls. 884

efnislegum athugasemdum við frumniðurstöðu að markaðsgreiningu. Taldi Síminn úr því sem komið var þýðingarlítið að koma að frekari sjónarmiðum þar sem ákvörðun hefði í raun þegar verið tekin og það sem eftir stóð af samráðsferlinu því eingöngu til málamynda. Eftir nokkur bréfaskipti við PFS, þar sem stofnunin skoraði útrekað á Símann að tefla fram frekari sjónarmiðum var ákveðið að láta reyna á ferlið. Setti Síminn fram afar ítarlega greinargerð þar sem m.a. var bent á nýlega dóma og stjórnarsýsluframkvæmd hér á landi og í Evrópu, sem lýtur að þeim skilyrðum samkeppnisréttar sem uppfylla þarf til að um sameiginleg markaðsyfirráð geti verið að ræða. Jafnframt var stutt málefnalegum rökum að svokölluð retail mínus regla ætti ekki við í málinu. Skemmst er frá því að segja, að ekki var hlustað á eitt einasta atriði sem Síminn byggði á í málinu eftir að forstjórinn tjáði sig um niðurstöðu málsins í fjölmiðlum. Sé texti hinnar kærðu ákvörðunar borinn saman við frumniðurstöðu markaðsgreiningar kemur í ljós að varla hefur verið breytt stafkrók, að frátaldri u-beygju sem PFS tók varðandi túlkun á 35. gr. fjarskiptalaga, sem leiddi til enn meira íþyngjandi ákvörðunar fyrir Símann. Þykir því sannað að forstjórinn hafi ekki getað tekið málefnalega afstöðu til sjónarmiða Símans eftir að hafa kynnt niðurstöðu sína í fjölmiðlum.

Samkvæmt öllu ofansögðu ber úrskurðarnefnd að ógilda hina kærðu ákvörðun þegar af þeirri ástæðu að sérstakar hæfisreglur voru brotnar við meðferð og úrlausn PFS á málinu.

b. Ákvörðun tekin degi áður en lögboðin álitsgerð ESA lá fyrir

Að auki er sá annmarki á ákvörðuninni að hún er tekin deginum áður en lögboðin álitsgerð ESA lá fyrir, sbr. fréttatilkynning PFS dags. 27. september og bréf ESA dags. 28. september 2007. Það liggur í hlutarins eðli að lögboðin umsögn á að liggja fyrir áður en ákvörðun er tekin.

Þetta er að mati Símans svo verulegur ágalli á ákvörðuninni að varði ógildingu hennar.

c. Lögbundin sjónarmið í 3. mgr. 28. gr. fsl.

Þar að auki er sá annmarki á ákvörðun PFS um álagningu kvaða sem varðar að mati Símans ógildingu hennar að við ákvörðun um aðgangskvöðina, skv. 28. gr. fsl. hefur stofnunin ekki sinnt þeirri lagaskyldu í 3. mgr. 28. gr. fsl. að taka mið af öllum viðeigandi viðmiðum sem greinir í ákvæðinu. Það er til dæmis engin umfjöllun um það hvort það sé forsvaranlegt með hliðsjón af upphaflegri fjárfestingu eiganda aðstöðunnar og áhættu sem tekin var með fjárfestingunni, sbr. c. lið 3. mgr. 28. gr. fsl. Þetta atriði skiptir verulegu máli m.a. um hvort aðgangur skuli veittur, t.d. að nýffjárfestingum og verðlagningu aðgangsins. Á það skortir einnig verulega að önnur lögbundin sjónarmið sem ber að hafa í huga við álagningu kvaða skv. 3. mgr. 28. gr. fsl. séu rakin og nægilega skýrð þ.a. ákvörðunin sé nægilega rökstudd. Þetta er svo verulegur ágalli á rökstuðningi íþyngjandi ákvörðunar að það varðar að mati Símans ógildingu ákvörðunarinnar.

d. Ekki gætt lögboðins samráðs við Samkeppniseftirlitið, skv. 16. gr. fsl.

Að lokum er það verulegur galli á ákvörðun PFS að greining og niðurstöður um það hvort um sameiginlega markaðsráðandi stöðu er að stofni til frá árinu 2005.

Mikilvægar nýjar dóma- og stjórnvísuákvæðanir urðu til árið 2006 um skilgreiningu á sameiginlegri markaðsráðandi stöðu. Það liggur einnig fyrir að Samkeppniseftirlitið rannsakar nú mál á farsímamarkaði þar sem það er m.a. til skoðunar hvort Síminn og Vodafone hafi sameiginlega markaðsráðandi stöðu. Samkvæmt 16. gr. fsl. skal PFS skilgreina markaði í samræmi við meginreglur samkeppnisréttar og skuldbindingar samkvæmt samningum um Evrópska efnahagssvæðið. Ákvæðið mælir einnig fyrir um að haft skuli samráð við Samkeppnisstofnun (nú Samkeppniseftirlitið) þegar við á. Í ljósi þessa nýju fordæma um sameiginlega markaðsráðandi stöðu og mikilvægi þess að ekki verði misræmi í niðurstöðum þessara tveggja aðila er það ljóst að það er viðeigandi af hálfu PFS að leita álits Samkeppniseftirlits um þetta atriði. Það samráð sem haft var við samkeppnisyfirkvöld er frá árinu 2005 og því úrelt með tilliti til atvika sem gerst hafa eftir að eftir að það var fengið.

Það að hafa ekki leitað eftir lögbundnu samráði við Samkeppniseftirlitið samkvæmt 16. gr. fsl. er að mati Símans svo verulegur annmarki á ákvörðuninni og jafnframt brot á rannsóknarreglu stjórnvísulaga að varðar ógildingu ákvörðunarinnar í heild sinni.

Með vísan til alls framangreinds ber úrskurðarnefnd að ógilda ákvörðun PFS og senda hana til lögmeðrar umfjöllunar hjá stofnuninni.

Um varakröfu Símans um að úrskurðarnefndin ákvarði að felld verði úr gildi ákvörðun PFS um útnefningu Símans sem fyrirtækis með umtalsverðan markaðsstyrk á markaði fyrir aðgang og upphaf símtala í almennu GSM farsímaneti:

Síminn byggir á því að veigamesta aðgangshindrun fyrirtækis sem vill bjóða GSM farsímaþjónustu er sú að geta ekki fengið úthlutað tíðni. Tíðnisviðið er takmarkað og gerir aðeins tilteknum fjölda kleift að fá úthlutað af því. Á Íslandi eru mögulegir tíðnileyfishafar a.m.k. fjórir í 900 MHz og 1800 MHz tíðni, en í dag tvö fyrirtæki, Síminn og Vodafone, með leyfi fyrir 900 MHz og 1800 MHz og IMC er með úthlutun á 1800 MHz tíðnisviði. Að auki eru nú í boði allt að fjögur leyfi á tíðnisviði fyrir svonefnda þriðjukynslóðarfarsímaþjónustu⁷. Nýtt fyrirtæki á fjarskiptamarkaðnum Nova hf. hefur lýst því opinberlega að það muni sækja um og hefur þegar fengið úthlutað tilraunaleyfi frá PFS. Koma þess aðila inn á markaðinn er sönnun þess að engar aðgangshindranir eru að markaðnum. Í forsendum ákvörðunar PFS segir hins vegar að óljóst sé hvenær uppbygging þriðju kynslóðarnets muni verða og því sé ekki unnt að taka tillit til þess við markaðsgreininguna.⁸ Þessi forsenda er í beinni mótsögn við staðreyndir málsins þar sem það liggur fyrir að búid er að bjóða út þjónustuna, þeir sem bjóða í munu verða að tryggja lágmarksútbreiðslu og tímamörk eru sett í útboðslýsingunni. Þetta er dæmi um það hversu vafasamar þær forsendur eru sem PFS byggir hina matskenndu ákvörðun sína á.

⁷ Sbr. útboð PFS tíðna fyrir þriðju kynslóðar farsíma umsóknarfrestur til 12. mars n.k.

⁸ Póst- og fjarskiptastofnun, 5. febrúar 2007 *Greining á heildsölumarkaði fyrir aðgang og upphaf símtala í almennum farsímanetum (markaður 15)*, bls. 73

ESB og ESA hafa skilgreint fyrirfram 18 markaði sem ástæða kann að vera til að fella undir fyrirfram kvaðir. Til þess að markaðir verði skilgreindir þannig þarf að uppfylla eftirtalin þrjú skilyrði:

1. Hindranir eru á því að komast inn á viðkomandi markað
2. Markaðurinn hefur ekki eiginleika til að þar sé virk samkeppni
3. Almennar samkeppnisreglur duga ekki til að afnema hindranir eða efla samkeppni á viðkomandi markaði.

Það er svo skilgreint eftir eðli viðkomandi markaðar hvað telst hindrun á þeim markaði. Ástæða þess að ESB skilgreindi fyrirfram heildsölumarkað fyrir aðgang og upphaf símtala í almennum farsímanetum er sú að vandamálið í langflestum Evrópulöndum er það að tíðnisviðinu hefur öllu verið úthlutað. Því er enginn kostur fyrir ný fyrirtæki að byggja upp sín eigin net. Í tilmælum ESB um viðkomandi markaði segir (leturbreytingar Símans): „**This market is still subject to entry barriers, because undertakings without spectrum assignments can only enter the market on the basis of future spectrum allocations and assignment, secondary trading of spectrum or by purchasing a licenced operator.**” Síðar segir á sömu blaðsíðu: „However the level of competition generally observed in this market at the retail level indicates that ex-ante regulatory intervention at a wholesale level may not be warranted.

The Commission does not anticipate that this market will be included in future revisions of this Recommendation.”⁹

Á bls. 43 Í viðauka A Greining á heildsölumarkaði fyrir aðgang og upphaf símtala í almennum farsímanetum viðurkennir PFS að svo framarlega sem til eru tíðnir fyrir farsímasamskipti sé hægt að byggja upp ný farsímanet. PFS telur hins vegar að það sé ekki vænlegt með vísan til kostnaðar og markaðsaðstæðna. PFS viðurkennir jafnframt að í samanburði við önnur fjarskiptanet þá sé GSM farsímanet ódýrara í uppbyggingu. PFS telur hins vegar að aðstaðan á Íslandi sé sérstök og byggðir dreifðar og því sé dýrara að byggja upp farsímadreifikerfi á Íslandi. Síminn telur að þessi sjónarmið séu ekki nægilegur rökstuðningur til þess að hægt sé að byggja íþyngjandi ákvörðun á. Hér hefur ekki farið fram neitt hagfræðilegt mat á því hvort uppbygging nets sé raunhæfur kostur. Það er heldur ekki tekið inn í þetta mat að fyrir liggur að Síminn hefur gert reikisamninga, byggða á 35. gr. fsl., við Vodafone (áður Tal og Íslandssíma) þar sem Síminn veitir reikiaðgang að neti sínu í hinum dreifðu byggðum. Það liggur fyrir að Síminn hefur boðið öðrum sams konar reikisamninga¹⁰ þannig er ljóst að fyrirtækið virðir jafnræði í viðskiptum við aðila sem óska aðgangs að netinu.

Til viðbótar við framangreint hefur verið sannreynt að verð fyrir GSM þjónustu á Íslandi er meðal þess lægsta í samanburðarlöndum (og er þá ekki tekið tillit til

⁹ Sjá bls. 30 í Commission Recommendation and Explanatory Memorandum on Relevant Product or Service Markets within the Electronic Communications sector susceptible to ex ante regulation in accordance with directive 2002/21/EC, 11/02/2003

¹⁰ Ódýra farsímafélagið ehf. (Sko) og IMC á Íslandi.

frímínútna og vinaafslátta.)¹¹ Það bendir því til að samkeppni á smásöllumarkaði í farsímaþjónustu sé nægilega virk.

Þegar ofangreint er virt þ.e. að ekki er skortur á tíðnum fyrir nýja aðila inn á markaðinn og að verð er með því lægsta í samanburðarlöndum, þá er ljóst að enginn grundvöllur er til þess að útnefna fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk á þeim markaði sem hér er til umfjöllunar. Með hliðsjón af framansögðu er þess því krafist að útnefning Símans sem fyrirtækis með umtalsverðan markaðsstyrk á framangreindum markaði verði felld úr gildi.

C Um þrautavarakröfu Símans um að úrskurðarnefndin ákvarði að enginn hafi umtalsverðan markaðsstyrk á greindum markaði.

1. Almenn

PFS kemst að þeirri niðurstöðu að Síminn hafi einn markaðsráðandi stöðu á heildsöllumarkaði fyrir aðgang og upphaf símtala. Við greiningu á viðkomandi þjónustumarkaði tekur stofnunin mið af smásöllumarkaðnum.

Fyrirtæki telst markaðsráðandi þegar það hefur þann efnahagslega styrkleika að geta 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, sbr. 4. gr. samkeppnislaga.

Við mat á markaðsráðandi stöðu skiptir markaðshlutdeild þess verulegu máli, svö og staða keppinauta. Samkeppnisráð hefur sértaklega tekið fram að hlutfallsleg stærð viðkomandi fyrirtækis gagnvart keppinaut skipti hér máli.¹² Þjónustumarkaðurinn í máli þessu er heildsöllumarkaður á aðgangi og upphafi símtala í almennum farsímanetum. Ef gengið er út frá þeirri aðferðafræði PFS að miða þennan markað við smásöllumarkaðinn, þá eru hlutföllin milli þessa tveggja fyrirtækja á fjarskiptamarkaði c.a. 60%-65% hlutdeild Símans og 35% - 40% hlutdeild Vodafone miðað við tekjur.¹³ Hátt í 40% hlutdeild á fjarskiptamarkaði sem telur aðeins tvö fyrirtæki hlýtur að teljast sterk staða. Á slíkum markaði bendir það einnig til sterkrar stöðu þótt markaðshlutdeildin sé lægri eða kringum 35%.

2. Landfræðilegi markaðurinn

PFS hefur einnig skilgreint landfræðilega markaðinn og kemst að þeirri niðurstöðu að landið allt sé einn markaður. PFS álitur að landið sé allt eitt markaðssvæði, m.a. sökum þess að farsímanetið er allt samtengt og að sama verðskrá sé fyrir aðgang að netinu um allt land.

Síminn telur að skilgreina beri landfræðilega markaðinn með öðrum hætti. Síminn byggir á því að markaðsforsendur eru allt aðrar í þéttbýli þar sem tvö farsímanet eru

¹¹ Póst- og fjarskiptastofnun, 5. febrúar 2007 *Alþjóðlegur verðsamanburður og innlend verðþróun á smásöllumarkaði fyrir farsímaþjónustu á Íslandi*, bls. 5-8,

¹² Sjá t.d. ákvörðun samkeppnisráðs nr. 32/2002 erindi Portland vegna Sementsverksmiðjunnar

¹³ Póst- og fjarskiptastofnun 5. febrúar 2007 *Greining á heildsöllumarkaði fyrir aðgang og upphaf símtala í almennum farsímanetum (markaður 15)* bls. 67

starfrækt (höfuðborgarsvæðið og Eyjafjarðarsvæðið) og í dreifbýli þar sem aðeins er starfrækt eitt net hins vegar.

Til landfræðilegs markaðar telst það svæði sem hlutaðeigandi fyrirtæki eru viðriðin framboð og eftirspurn vöru og þjónustu, þar sem samkeppnisskilyrði eru nægilega lík og þar sem unnt er að greina frá nærliggjandi svæðum, einkum vegna þess að samkeppnisskilyrði eru greinilega frábrugðin þeim svæðum.¹⁴ Einnig skiptir máli á hvaða landsvæðum fyrirtæki hafa verið að selja mestan hluta framleiðsluvöru sinnar á¹⁵.

Sé hliðstæður mælikvarði notaður hér, er ljóst að Vodafone selur yfirgnæfandi hluta þjónustu sinnar á þéttbýlissvæðum en ekki út á hinum dreifðu byggðum. Öll markaðsfærsla Vodafone einkennist af þessari staðreynd. Þannig hefur Vodafone ekki virka markaðsfærslu utan þéttbýliskjarna á SV-horninu og á Eyjafjarðarsvæðinu, nema að mjög takmörkuðu leyti. Að mati Símans er regin munur á framangreindum þéttbýlissvæðum annars vegar og dreifbýlissvæðum hins vegar sem felst í því að á síðarnefndu svæðunum hefur Vodafone ekki byggt upp nein dreifikerfi og býður neytendum því enga valkosti í þjónustu, umfram þá sem felast í reikisamningi Vodafone við Símann. Hann getur heldur ekki boðið upp á heildsöluadgang á þessu svæði. Samkeppnisskilyrði eru því afar ólík á þessum svæðum. Það breytir engu þótt báðir geti boðið þjónustu á þessum svæðum, það gerist með mjög mismunandi hætti eftir því hvort það er gert á grundvelli reikisamnings við annan þjónustuveitanda eða í gegnum eigið dreifikerfi. Ástæða þess að Vodafone hefur ekki byggt upp eigið dreifikerfi í dreifbýli er að fyrirtækið telur það ekki hagkvæman kost. Það telur hagkvæmara að reika í kerfi Símans á þessum svæðum. Það getur með vísan til þess ekki breytt markaðsskilgreiningunni þótt báðir keppinautar verðleggi þjónustu sína með svipuðum sama hætti um allt land. Það á sér m.a. sögulegar forsendur. Aðalatriðið er að markaðsfærsla Símans og Vodafone er með allt öðrum hætti á þessum svæðum.

Þessu til frekari stuðnings má benda á ummæli forstjóra Vodafone í Viðskiptablaðinu þ. 13. janúar 2006 þar sem hann lýsir dreifikerfi Vodafone svo að það sé betra en Símans og geri Vodafone kleift að bjóða upp á aðrar lausnir og þjónustu en Síminn geti. Í dreifbýli þar sem Vodafone hefur ekki áhuga á að byggja upp dreifikerfi, sé félagið með reikisamning við Símann. Samkeppnin og skilyrðin til hennar eru allt önnur þar sem Vodafone telur sig hafa tæknilegar lausnir umfram Símans.

Samkvæmt leiðbeiningarreglum framkvæmdastjórnar EB¹⁶ um markaðsgreiningu og mat á umtalsverðri markaðshlutdeild, skal við mat á staðgöngu eftirspurnarhliðar m.a. taka mið af “current patterns of purchase” þegar landfræðilegi markaðurinn er skilgreindur.

Sé litið til höfuðborgarsvæðisins eins og sér er enginn vafi á því að um tvíkeppni er að ræða. Útbreiddasta greiningartæki við mat á viðeigandi markaðsskilgreiningu er hið

¹⁴ Sjá t.d. ákvörðun samkeppnisráðs nr. 32/2002 erindi Portland vegna Sementsverksmiðjunnar

¹⁵ Sjá ákvörðun samkeppnisráðs nr. 5/1998 um yfirtöku Myllunnar á Samsölubakarí

¹⁶ Commission guidelines on market analysis and the assessment of significant market power under the Community Regulatory Framework (OJ 2002/C/165/03).

svokallaða sýndareinokunarpróf eða SSNIP¹⁷ próf sem notað er til að mæla hugsanlega staðgöngu¹⁸ Í stuttu máli snýst prófið um það að ef ímyndaður einokunaraðili gæti aukið hagnað sinn með því að hækka verð um hóflega fjárhæð (5-10%) þá hljóti umræddur markaður að vera það einangraður frá öðrum mörkuðum að hann teljist sjálfstæður markaður. Ef litið er á markað fyrir aðgang og upphaf símtala á landsbyggðinni sérstaklega þá er erfitt að komast að annarri niðurstöðu út úr sýndareinokunarprófinu en að það sé jákvætt, þ.e. að Síminn sé ráðandi þar. Á markaði fyrir aðgang og upphaf símtala í þéttbýli horfir málið allt öðru vísi við. Þar bjóða tvö fyrirtæki upp á aðgang og upphaf símtala. Með tilkomu SKO inn á markaðinn hefur markaður fyrir upphaf og aðgang símtala virkjust, en aðeins í þéttbýli.

Samkvæmt Gallup könnun¹⁹ sést að markaðshlutdeild Símans í Reykjavík og nágrennasveitarfélögum er ekki nema um 55%. Það sýnir að á þeim svæðum sem þéttbýlið er mest þá er markaðshlutdeild þessara félaga mjög svipuð.

Að síðustu skal áréttað að þó að landfræðilegi markaðurinn sé skilgreindur sem allt landið þá er ljóst að Vodafone er nú með svo verulega markaðshlutdeild og styrkleika að öðru leyti, að útilokað er fyrir Símann að taka ekki tillit til þessa verðuga keppinautar.

3. Markaðshlutdeild

Í íslenskum og evrópskum samkeppnisrétti er viðurkennt, að þrátt fyrir háa markaðshlutdeild – í sumum tilvikum mun hærri en Síminn hefur á farsímaþjónustumarkaði – geti verið fyrir hendi sérstakar aðstæður sem valdi að félög teljast engu að síður ekki ráðandi.

Að mati Símans eiga hliðstæð rök við á íslenskum fjarskiptamarkaði. Vegna styrkrar stöðu helsta keppinautar á tvíkeppnismarkaði getur Síminn í verðhegðun og annarri hegðun á markaði ekki annað en tekið tillit til keppinautarins og brugðist við aðgerðum hans á markaði. Af sömu ástæðu getur Síminn heldur ekki annað en tekið tillit til viðskiptavina, enda er ljóst að ef félagið myndi reyna að nýta styrkleika sinn, t.d. til að hækka verð á farsímaþjónustu, myndi hlutdeild á markaði falla enn hraðar en verið hefur.

PFS segir á bls. 6 í viðauka A að verð hafi verið svipuð hjá keppinautunum s.l. fjögur ár. Það rennir enn frekari stoðum undir það að aðilar á markaði eru ekki í aðstöðu til þess að haga sér án þess að taka tillit til keppinauta á markaði. Verð á farsímaþjónustu er mikilvægur mælikvarði á það hvort það ríki samkeppni á smásölumarkaðnum. Verð á Íslandi eru hins vegar lág í alþjóðlegum samanburði sem bendir til þess að á markaði fyrir gsm farsímaþjónustu ríki virki samkeppni.

Írski fjarskiptastofnunin ComReg²⁰ komst að þeirri niðurstöðu í markaðsgreiningu á írski heildsölumarkaðnum fyrir aðgang og upphaf að farsímanetum, að Vodafone og

¹⁷ SSNIP er skammstöfun á enska orðasambandinu “small but significant non-transitory increase in price.”

¹⁸ Sjá t.d. Motta, M(2004). Competition Policy-Theory and practice. Cambridge University Press, bls.

102

¹⁹ Gallup í nóvember og desember 2006 og janúar 2007

O2 hafi sameiginleg markaðsyfíráð. Í forsendum greiningarinnar segir m.a. "The fact that O2 has a market share of 40% and prices that run in parallel manner to Vodafone, suggests that Vodafone cannot act independently of it."

Lúxemborg er dæmi um ríki sem Síminn telur að raunhæft sé að bera sig við. Aðstæður eru hliðstæðar hvað varðar íbúafjölda (550.000 í Lúxemborg) og hátt hlutfall farsímanotkunar (120 % í Lúxemborg). Þar í landi eru þrír keppinautar á heildsölu og smásölustigi. Eftirlitsstofnunin í Lúxemborg (ILR) komst að þeirri niðurstöðu að á heildsölustigi væri í raun um tvíkeppni að ræða. Á smásölustigi eru tveir hinir sömu keppinautar með afgerandi markaðshlutdeild. ÍLR í Lúxemborg komst að þeirri niðurstöðu, sem er einboðin á tvíkeppnismarkaði, að hvorugur aðilinn geti starfað án þess að taka tillit til hins. Þá taldi ÍLR reikisamning við þriðja aðila vísbendingu um að ekki væri um sameiginleg markaðsyfíráð að ræða. Með vísan til þessa taldi ÍLR engan aðila með umtalsverðan markaðsstyrk á markaði 15 og afturkallaði þær kvaðir sem áður voru í gildi. Hér er um mikilvægt fordæmi að ræða sem ekki verður litið hjá við ávörðun á þessu máli.

Með vísan til ofangreinds er það mat Símans að fyrirtækið sé ekki í þeirri stöðu á þeim markaði sem hér er til umfjöllunar að geta að verulegu leyti hegðað sér án þess að taka tillit til keppinautarins Vodafone og neytenda. Þetta leiðir af sterkri stöðu helsta keppinautarins Vodafone á markaði sem hefur öll einkenni tvíkeppni og af þeim sökum eru allar aðstæður á fjarskiptamarkaði mjög sérstakar að mati Símans. Af því leiðir að þar sem hvorugur aðili getur hagað sér án þess að taka tillit til hins þá sé hvorugur aðili með umtalsverðan markaðsstyrk á heildsölumarkaði fyrir aðgang og upphaf símtala í almennum GSM farsímanetum.

D Um þrautþrautavarakröfu Símans um að útnefna beri bæði Símann og Vodafone sameiginlega með umtalsverðan markaðsstyrk.

Verði ekki fallist á það að hvorugur aðili hafi umtalsverðan markaðsstyrk ber að útnefna bæði Símann og Vodafone með umtalsverðan markaðsstyrk á heildsölumarkaði fyrir aðgang og upphaf símtala í almenna GSM farsímanetinu.

Síminn telur að byggja eigi ákvörðun um sameiginlega markaðsráðandi stöðu á eftirfarandi forsendum um sameiginleg markaðsyfíráð.

1. Um sameiginleg markaðsyfíráð:

Þrátt fyrir að komast að þeirri niðurstöðu í lokin að Síminn hafi einn markaðsráðandi stöðu á markaði fyrir aðgang og upphaf símtala fer PFS yfir greiningu á því hvort Síminn og Vodafone njóti sameiginlegra markaðsyfíráða

Greining PFS byggir á leiðbeiningum frá ESB og ESA og dómafordæmum úr samkeppnisrétti²¹ (Airtours málið). Eins og Síminn bendir á hér að framan og einnig síðar í umfjölluninni þá er það verulegur ágalli að ekki er miðað við nýjustu dóma-

²⁰ Gerð var sátt á áfrýjunarstigi um að ComReg drægi ákvörðun sína til baka og var ákvörðunin því ógilt. Enginn hefur útnefndur með umtalsverðan markaðsstyrk á markaði 15 á Írlandi, þ.a. draga má þá ályktun af því að þrátt fyrir fákeppni hafi ekki þótt ástæða til að gripa til aðgerða.

²¹ Mál nr. T-342/99 Airtours v. Commission

og stjórnsluframkvæmd um sameiginleg markaðsyfíráð. Síminn bendir einnig á mikilvæg fordæmi úr samrunaákvörðunum framkvæmdastjórnarinnar þar sem að fyrirtæki með yfir 60% markaðshlutdeild eru ekki talin hafa markaðsráðandi stöðu ein og sér. Sjá nánar umfjöllun hér að neðan.

Með sameiginlegum markaðsyfíráðum er átt við að tvö eða fleiri fyrirtæki sem eru lagalega og fjárhagslega óháð hvort öðru geti haft sameiginleg markaðsyfíráð ef 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 aðferðum milli ólíkra markaðsaðila sem leiðir til óvirkrar samkeppni.²²

PFS telur að markaðurinn hér á landi beri öll merki um að hér ríki tvíkeppni á farsímamarkaði.²³ Síminn telur að því verði ekki á móti mælt að markaðurinn sé tvíkeppnismarkaður. Munurinn á markaðsstyrk er ekki það mikill að þegar öll atriði eru tekin saman þá er augljóst að báðir aðilar hafa sterka stöðu á markaðnum og veigamikil rök lúta að því að um sameiginleg markaðsyfíráð sé að ræða. PFS vísar til þessarar sterku stöðu beggja fyrirtækjanna í forsendum sínum fyrir því að það séu hindranir fyrir ný fyrirtæki að koma inn á markaðinn. Á bls. 85 segir PFS að „miðað við sterka stöðu Símans og líka Vodafone þá sé líklega erfitt fyrir nýja aðila að koma inn á markaðinn.”

Hvað varðar skilgreiningu á markaði og markaðshlutdeild byggir Síminn á öllum sjónarmiðum sem fram komu í umfjöllun hér að framan.

Sameiginleg markaðsyfíráð þurfa ekki að fela í sér misbeitingu á markaðsráðandi stöðu, fremur en markaðsráðandi staða eins fyrirtækis. Vert er að benda á að þrátt fyrir að einungis séu tvö farsímafyrirtæki á Íslandi, þá er verð fyrir farsímanotkun á Íslandi mun lægra en í flestum öðrum samanburðarlöndum. Í verðsamanburði PFS (sem tekur einungis tillit til mínútuverðs en ekki sparnaðarleiða eins og td. 0 kr. í 3 vini, sem hafa töluverð áhrif til lækkunar símreiknings) kemur eftirfarandi í ljós. Verð fyrir GSM þjónustu á Íslandi er alls staðar langt fyrir neðan meðaltal í alþjóðlegum samanburði²⁴ Það skal vakin athygli á því að verð á Íslandi eru einnig lægri en í löndum þar sem ríkir mikil þjónustusamkeppni eins og í Bretlandi og Bandaríkjunum. Það er því ljóst að það er ekkert augljóst samband milli aukinnar þjónustusamkeppni og þess að verð séu lægri. En markmið þess að leggja á kvaðir eru þær að neytandinn græði á fleiri samkeppnisaðilum en hún er ekki gerð fyrir samkeppnisaðilana.

Þegar meta á markaðsstyrk fyrirtækja á markaði skiptir markaðshlutdeild verulegu máli. Talið er að löglíkur séu fyrir því að fyrirtæki með 70% markaðshlutdeild eða meira sé með markaðsráðandi stöðu. Þegar markaðshlutdeild er yfir 50% er einnig alla jafna talið að um markaðsráðandi stöðu sé að ræða. Þar ber að taka tillit til annarra þátta svo sem tímalengdar yfíráða og hlutfallslegrar stærðar keppinauta. Í

²² Mál nr. C 395-396/96: Compagnie Maritime Belge Transports SA og mál T-102/96: Gencor Ltd. V. Commission.

²³ Póst- og fjarskiptastofnun 5. febrúar 2007 Greining á heildsölumarkaði fyrir aðgang og upphaf símtala í almennum farsímanetum (markaður 15), bls. 7, 41, 42, 68 og 85

²⁴ Póst- og fjarskiptastofnun, 5. febrúar 2007 Alþjóðlegur verðsamanburður og innlend verðþróun á smásölumarkaði fyrir farsímaþjónustu,

Hoffman La Roche málinu benti EB dómstóllinn á að markaðshlutdeild La Roche væri nokkrum sinnum stærri en helstu keppinauta. Af þeim sökum var félagið talið ráðandi með um 50% markaðshlutdeild.

Á markaði þar sem sameiginleg markaðsyfíráð eru til staðar eru hins vegar ekki löglíkur fyrir markaðsyfíráðum einum og sér þrátt fyrir um eða yfir 50% markaðshlutdeild.²⁵

Í rökstuðningi við ákvörðun PFS um markað 15 er tekið undir framangreind sjónarmið. Þar segir að þegar um er að ræða tvíkeppnismarkað eins og hér er í raun og veru til skoðunar gefi reglan um 50% markaðshlutdeild ekki eins sterka vísbendingu um markaðsstyrk eins og ef það væru fleiri starfandi fyrirtæki á markaði. Því er nauðsynlegt að kanna hvort til staðar eru skilyrði sem gefa vísbendingar um sameiginleg markaðsyfíráð Símans og Og fjarskipta á viðkomandi markaði. Þau skilyrði ráðist aðallega af markaðsaðstæðum og hegðun markaðsaðila.²⁶

PFS segir²⁷ að túlkun á hugtakinu sameiginleg markaðsyfíráð byggji á dómafordæmum dómstóla ESB um 82. gr. Rómarsáttmálans sem er sambærileg 54. gr. EES samningsins. PFS er einnig heimilt að taka tillit til ákvarðana framkvæmdastjórnarinnar á grundvelli samrunareglugerðarinnar²⁸

Framkvæmdastjórnin hefur í tvígang komist að þeirri niðurstöðu að um sameiginlega markaðsráðandi stöðu hafi verið að ræða á farsímaþjónustumarkaði. Bæði málin voru samrunamál.

Í Vodafone/Airtouch málinu²⁹ komst framkvæmdastjórnin að þeirri niðurstöðu að samrunafyrirtækið myndi hafa skipt yfíráð (joint control) fyrir tveimur af fjórum farsímafyrirtækjum á farsíamarkaði í Þýskalandi (þ.e. D2 og E-Plus, hin tvö voru T-mobil og VIAG Intercom) sem sameiginlega hefðu allt að 60% markaðshlutdeild.³⁰

²⁵ Sjá Richard Wish; Competition Law, fourth edition, bls. 43

²⁶ Póst- og fjarskiptastofnun Greining á heildsölumarkaði fyrir aðgang og upphaf símtala í almennum farsímanetum, bls. 68

²⁷ Póst- og fjarskiptastofnun Greining á heildsölumarkaði fyrir aðgang og upphaf símtala í almennum farsímanetum, bls. 69.

²⁸ The Merger Control Regulation No. 4064/89 frá 21. desember 1989, sjá málsgrein 103 í leiðbeiningum ESA

²⁹ Mál IV/M.1430

³⁰ Í ákvörðuninni segir orðrétt:

26. There are currently four operators on the German market for mobile telecommunications. The merged entity would have joint control in two of the four operators in the German market, D2 and E-Plus, which together command a [50-60]% share in the German market. The only other large player in the market is T-Mobil, a subsidiary of Deutsche Telekom, with a market share of [35-40]% on the basis of figures provided by the parties. The fourth German operator, VIAC Intercom, is a fledgling operator which only launched its service in October 1998 and commands a market share of just [<5]%.³⁰

27. The market for provision of mobile telecoms services in Germany is – as in other Member States – regulated at national level. This necessarily restricts entry to the market, since all operators must first

Samruninn var síðan heimilaður með því skilyrði að Vodafone losaði sig að fullu við eignarhlut sinn í E-Plus.

Í France Telecom /Orange málinu³¹ voru málavextir þeir, að France Telecom hugðist kaupa Orange farsímafélagið. Kaupin höfðu ákveðna samþjöppun í för með sér á farsímamarkaði í Belgíu.³² Samruninn var leyfður með því skilyrði að Orange losaði sig við 50% hlut sinn í KPN Orange Belgium.

gain a license from the national regulator. The national regulator's ability to award new licences is in itself restricted by the limited amount of available radio frequencies.

28. The presence of T-Mobil makes it unlikely that the newly combined entity would be able to achieve single dominance in the market. Nevertheless, it would have decisive influence and joint control within the meaning of the ECMR over two of the main three market players, who together enjoy a combined share of [50-60]% of the market. In addition, the proposed operation, by creating a structural link between two of the three main market operators in Germany would create a duopolistic market situation, accounting for almost 100% of a market which has considerable amount of barriers to entry and in which information is readily available to customers and competitors who wish to make price comparisons. It cannot be ruled out at this stage that these factors could lead to anticompetitive parallel behaviour.

29. In the absence of the modifications to the proposal offered by the parties (see below). The operation would have raised doubts serious enough to warrant the opening of a proceedings in accordance with Article 6(1)(c) of the ECMR.

³¹ Mál IV/M.2016

³² Orðrétt segir um þetta í ákvörðuninni:

23. The Belgian mobile telephony market is an affected market as France Télécom has a presence in the Belgian mobile telecommunication market via its 50,9% owned subsidiary Mobistar SA. France Télécom has sole control over Mobistar. Orange is present in KPN Orange Belgium SA via its 50% shareholding in this company. The other shareholder is the Dutch telecom operator KPN having the remaining 50% shareholding.

24. According to the notifying party, Mobistar has an estimated market share of [>25%], KPN Orange Belgium about [<5%] and Belgacom Mobile (Proximus), which is a subsidiary of Belgacom (75%) and Vodafone Airtouch (25%), has a market share of [60]% in the Belgian market based on the number of subscribers. The merged entity would have a combined market share of [>30]% and will enable France Télécom that already has sole control over the second mobile operator in Belgium to have joint control, together with KPN, over the third mobile operator in this market. This means that the number of players on the Belgian mobile telecommunication market will be reduced from 3 to 2 through the link between Mobistar and KPN Orange Belgium.

Í Vodafone/Airtouch málinu komst framkvæmdastjórnin sem sagt að þeirri niðurstöðu að vegna stöðu og markaðshlutdeildar T-Mobil á farsímamarkaði (á bilinu 35-45%), myndi markaðshlutdeild samrunafélagsins (á bilinu 50-60%) ekki leiða til þess að samrunafélagið væri markaðsráðandi eitt og sér. Þetta er afar mikilsverð niðurstaða og styður eindregið að útilokað er fyrir PFS að telja Símann markaðsráðandi einan og sér á markaði þeim sem hér um ræðir.

Í France Telecom/Orange málinu leiddi samruninn til 30% markaðshlutdeildar samrunafélagsins og án skilyrða hefði France Telecom, sem einnig hafði yfirráð (sole control) yfir Mobistar, náð skiptum yfirráðum (joint control) yfir þriðja

25. Market entry is in other member States, regulated at the national level. This entry restricts entry to the market, as all operators must first gain a license from the national regulator. The national regulator's ability to award new licences is restricted by the limited amount of available frequencies. The lack of available spectrum for additional GSM 900 and CDS 1800 mobile licences in Belgium acts as a barrier to new entry in this market and no new GSM operator. The Belgian authorities will grant four mobile telecommunication 3G licenses in beginning of 2001. the effective operation of the licenses are not foreseen on a short – term basis and consequently this element will not have any impact of the assess of the competitive situation in the Belgian market for mobile telecommunications services.

*26. Before April 1999 when Orange started operating on the Belgian mobile telecommunications market, the mobile tariff prices of the two market players Proximus and Mobistar were high. The rates per minute on mobile calls from Mobistar and Proximus' network were in 1997 for both networks around 30 BEF per minute. In 1998, the rates were for calls from Mobistar network 30 BEF/minute and for calls from Proximus network 26 BEF/minute. Thus, the tariff prices of Mobistar and Proximus were kept at a similar level. **As Proximus and Mobistar were the only players on the Belgian market for mobile telecommunication and as they had a similar and transparent pricing, Proximus and Mobistar were in a position to exercise joint dominance and will not have any incentive to deviate from the collusive prices.***

27. The mobile tariff prices dropped in 1999 and this tendency continued in 2000. The rates for mobile calls from Mobistar network droppes from 30 BEF/minute in 1998 to 25 BEF/minute in 1999 and in 2000 to 15 BEF/minute. The rates for mobile calls from Proximus mobile network dropped from 26 BEF/minute in 1998 and 1999 to 20 BEF/minute in 2000. For Proximus and Mobistar the price reduction from 1997 to 2000 is around 33% to 50% which is an indicator of an increased degree of competiton in this market.

28. In the light of the above and given the role played by Orange in breaking the duopolistic pricing behaviour of both Proximus and Mobistar prior to its entry into the market, it can be concluded that the proposed concentration raises serious doubts as to its compatibility with the common market in relation to the Belgian market for mobile telecommunication services.

farsímafélaginu á markaði. Þetta þýddi, að mati framkvæmdastjórnarinnar, að farsímafélögum á Belgíska markaðnum hefði í raun fækkað úr þremur í tvö.

Málið telst hafa mikilsvert fordæmi, þar sem framkvæmdastjórnin komst að þeirri niðurstöðu að fyrir innkomu þriðja aðilans, Orange, hafi Proximus og Mobistar verið í sameiginlega markaðsráðandi stöðu á farsíma markaði í Belgíu. Með vísan til þess að Proximus hafði rúmlega 60% hlutdeild á markaðnum á árinu 2000 þegar ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar var tekin er einsýnt að hlutdeild Proximus hefur verið enn hærri áður en Orange kom til sögunnar í apríl 1999. Engu að síður taldi framkvæmdastjórnin sameiginleg markaðsyfíráð vera til staðar á þeim tíma, þ.e. Proximus taldist ekki ráðandi eitt og sér þrátt fyrir vel yfir 60% hlutdeild.

Þetta fordæmi styður einnig mjög eindregið, að Síminn hafi ekki lengur markaðsyfíráð einn og sér heldur í mesta lagi sameiginleg yfíráð með Vodafone

Á bls. 68 í viðauka A Greining á heildsölumarkaði fyrir aðgang og upphaf símtala í almennum farsímanetum segir að bæði Síminn og Vodafone búi við stærðarhagkvæmni en þó verði að telja að Vodafone líði fyrir að koma töluvert seinna inn á markaðinn. Síminn hóf að veita GSM farsímaþjónustu árið 1994 og Vodafone og fyrirrennarar hans komu inn á markaðinn árið 1998. Síðan eru liðin 7 ár og fyrirtækið hefur náð að festa sig vel í sessi og hefur nú sterka stöðu á íslenskum farsíma markaði.³³ Þetta hefur verið viðurkennt í úrskurði úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála.³⁴ Því er af hálfu Símans mótmælt að líta beri á Vodafone sem nýliða á íslenskum markaði sem líði fyrir að hafa komið seinna inn á markaðinn. Í ákvörðun írsku fjarskiptastofnunarinnar ComReg var komist að þeirri niðurstöðu að Vodafone og O2 nyttu sameiginlegra markaðsyfíráða á markaði fyrir aðgang og upphaf símtala í almenna farsímaferfinu. Ekki verður séð að það hafi nokkra þýðingu að Vodafone hafi byrjað farsímaþjónustu á írsku markaðnum 1993 en O2 1997³⁵ og bæði fyrirtækin eru talin vera gróin fyrirtæki gagnvart þriðja aðila sem kom inn á markaðinn 2001.

ComReg komst að þeirri niðurstöðu að Vodafone og O2 njóti sameiginlegra markaðsyfíráða eftir að hafa farið í gegnum sambærilega greiningu og PFS gerir í sínum drögum að markaðsgreiningu.³⁶ ComReg segir á einum stað í ákvörðun sinni: "...ComReg is of the view that the existence of a number of structural links between Vodafone and O2, given the nature of the mobile communication sector in Ireland, increases the likelihood that Vodafone and O2 are aware of their common interests in ways which are conducive to the creation and maintenance of a position to collective dominance on the market for wholesale mobile access and call origination in Ireland." Síminn telur að sömu grundvallaratriði eigi við um íslenska heildsölumarkaðinn fyrir aðgang og upphaf símtala í GSM farsímanetum eins og þann írsku. Öll rök hníga að því að það eigi að vera niðurstaða PFS að Síminn og Vodafone verði sameiginlega útnefndir með umtalsverða markaðshlutdeild á heildsölumarkaði fyrir aðgang og upphaf í GSM farsímanetum.

³³ Þessi sterka staða er viðurkennd víða í Greining á heildsölumarkaði fyrir aðgang og upphaf símtala í almennum farsímanetum, markaði 15.

³⁴ Sbr. úrskurð í úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála í máli nr. 3/2003.

³⁵ bls. 41 í ComReg market analysis – wholesale Mobile Access and call origination, dags. 9. desember 2004

Ef farið er í gegnum greiningu PFS³⁷ þá er það mat Símans að rök PFS gegn því að um sameiginleg markaðsyfíráð sé að ræða eru mun veikari en þau sem renna stöðum undir að um sameiginleg markaðsyfíráð sé að ræða. Sé tekið tillit til atriða sem farið er í gegnum við greiningu PFS á sameiginlegum yfíráðum, auk þeirra þátta sem fjallað er um í kafla 5.2 í frumgreiningu PFS um stöðu þessara fyrirtækja á markaði í sambandi við aðgangshindranir gagnvart þriðja aðila,³⁸ er það mat Símans að mun fleiri og veigameiri rök hnígi að því að um sameiginleg markaðsyfíráð sé að ræða á heildsölumarkaði fyrir aðgang og upphaf í GSM farsímanetum.

2. Helstu atriði við greiningu á sameiginlegum markaðsyfíráðum³⁹:

Há samþjöppun. Á íslenska markaðnum er mikil samþjöppun sem bendir að mati PFS til sameiginlegra markaðsyfíráða. Þetta formkilyrði er því óumdeilanlega fyrir hendi.

Gagnsæi í verði. Verðskrár á smásölumarkaði eru opinberar og aðgengilegar öllum. PFS telur hins vegar ekki gagnsæi í verðum og að neytendur skilji verðskrárnar illa. Hins vegar má benda á að fyrir fjarskiptafyrirtæki er ekki erfitt að greina verðskrár hvers annars. Í greiningu ComReg á sama markaði og hér er til umfjöllunar er talið að þrátt fyrir að verðskrár geti talist flóknar geti samkeppnisaðilar fylgst með og greint verðskrár hvers annars hvort sem um er að ræða opinberar verðskrár á einstaklingsmarkaði eða verð á fyrirtækjamarkaði sem oft felur í sér sérniðnar lausnir og eru ekki opinberar með sama hætti.⁴⁰ Síminn telur að sömu rök eigi við á íslenska markaðnum og þess vegna teljist skilyrðið um gagnsæi í verðskráum uppfyllt.

Gagnsæi í fjárfestingum. PFS telur gagnsæi lítið í eftirliti með fjárfestingum þótt þau fylgist með fjárfestingum hvors annars. Það telur Síminn einmitt styðja við að það sé gagnsæi. Síminn telur því að skilyrðið um gagnsæi í fjárfestingum eigi við. Reyndar telur PFS að það sé “töluvert” gagnsæi en ekki “nægilegt” gagnsæi. Að mati Símans er þetta svo matskenndur og óljós rökstuðningur að byggja verði á því að “töluvert” gagnsæi sé “nægilegt” gagnsæi og þetta skilyrði sé uppfyllt. Sjá einnig nánar um skilyrðið um gegnsæi í nýlegum fordæmum í ákvörðunum íslenskra samkeppnisyfírvalda og dómi undirréttar ESB í málum er varða sameiginleg markaðsyfíráð.

Þroskaður markaður og stöðnuð eftirspurn. Það er mat PFS að markaður fyrir GSM þjónustu sé þroskaður. Síminn tekur undir það mat PFS að markaður fyrir GSM þjónustu sé þroskaður. Þetta skilyrði telst því uppfyllt.

Einsleitar vörur. PFS kemst að þeirri niðurstöðu þótt vörur fyrirtækjanna séu einsleitar á smásölustigi þurfi það ekki að þýða einsleitni á heildsölustigi. Síminn telur röksemdafærslu PFS mjög óljósa og ekki til þess fallna að renna stöðum undir þessa niðurstöðu. PFS er einnig í mótsögn við þá almennu staðhæfingu PFS annars staðar í greiningu sinni að það beri að greina heildsölumarkaðinn útfrá

³⁷ Greining á heildsölumarkaði fyrir aðgang og upphaf símtala í almennum farsímanetum, bls. 70.

³⁸ Ibid, bls. 38

³⁹ Ibid bls. 70

⁴⁰ sjá bls. 46 í ComReg Market Analysis Wholesale Mobile Access and Call origination, 9 December 2004

smásölumarkaðnum. Síminn telur því ljóst að formskilyrði um einsleitni vöru er uppfyllt.

Sambærileg kostnaðaruppbygging. PFS telur að það sé ekki sambærileg kostnaðaruppbygging hjá Símanum og Vodafone og byggir það á þeirri staðreynd að Vodafone er yngri fyrirtæki en Síminn. Þetta er önnur niðurstaða en PFS komst að í ákvörðun um markað 16, hér eftir greinargerðin, en þar segir að það sé ekki verulegur munur á rekstrarkostnaði GSM nets Og Vodafone og Símans. Síminn telur eins og greinargerð PFS við markað 16 styður að enginn grundvallarmunur á rekstri fyrirtækjanna réttlæti mismunandi kostnaðaruppbyggingu. Síminn telur því að skilyrðið um sambærilega kostnaðaruppbyggingu sé uppfyllt.

Sambærileg markaðshlutdeild. Eins og áður hefur verið bent á telur Síminn að miða eigi markaðshlutdeild út frá tekjum. PFS tekur einnig undir það á nokkrum stöðum í markaðsgreiningu að réttara sé að miða við tekjur. Miðað við tekjur eru hlutföllin þau að Síminn hefur ríflega 60% en Vodafone tæplega 40% jafnvel þótt að miðað sé við að landfræðilegi markaðurinn sé aðeins einn. Einnig hefur Síminn bent á að samkvæmt landfræðilegri skiptingu markaðarins sé munurinn á markaðshlutdeild mun minni, sbr. umfjöllun hér að framan.

Síminn vísar einnig í umfjöllun sína hér að framan um markaðshlutdeild og þýðingu þess að um tvíkeppnismarkað er að ræða, en á tvíkeppnismarkaði skiptir markaðshlutdeild minna máli. ComReg segir í sinni markaðsgreiningu á sama markaði: "...It is clear that the similarity or proximity in market shares between members of an oligopoly can be very helpful indicator of joint dominance. However it is also clear that a relative symmetry of market shares is merely one corroborating factor in a finding of joint dominance⁴¹ The issue of relative symmetry of market shares enjoyed by Vodafone and O2 needs to be seen in broader context. ComReg is of the view that, while the market shares of O2 and Vodafone are not identical, the size of O2's share of the market, especially given the overall size and structure of the market, is sufficiently large to indicate that it has an incentive to engage in a behaviour that gives rise to coordinated effect..."

Á írsku markaðnum hafa Vodafone og O2 allt að 97% markaðshlutdeild. Síminn bendir á að á íslenska markaðnum hafa Síminn og Vodafone samtals 100% markaðshlutdeild. Það verður því ekki um villst að öll sömu rök eiga við um þann markað og þann írsku í þessu tilliti.

Benda má einnig á að PFS hefur sjálft komist að þeirri niðurstöðu í greiningu á markaði 16 (lúkning símtala í farsímanetum) að PFS líti svo á að staða **beggja** félaganna skapi aðgangshindranir á farsímamarkaði. Þessu til stuðnings er á það bent af hálfu PFS að Neytendakannanir sem PFS lét IMG Gallup gera í febrúar mars 2004 sýndu að tæp 44% svarenda búsettir í Reykjavík voru með GSM kort hjá Vodafone sem hafði hækkað í rúm 45% í apríl 2005. Það er því mótsagnarkennt að komast að því nú að staða Vodafone sé ekki nægilega sterk vegna mismunandi markaðshlutdeildar.

Gerð markaðarins sem tvíkeppnismarkaðar þar sem tvö fyrirtæki hafa samtals 100% markaðshlutdeild og sterk markaðshlutdeild Vodafone á markaðnum bendir því að

⁴¹ Hér vísar ComReg til Gencor málsins

mati Símans til þess að um sameiginleg markaðsyfírráð sé að ræða. Að mati Símans þarf eingöngu að uppfylla skilyrðið um sambærilega markaðshlutdeild þegar markaðurinn er samsettur af fleiri aðilum en tveimur, þar sem kanna þarf hvort tveir eða fleiri af mörgum aðilum á markaði hafi sameiginlega markaðsráðandi stöðu.

Þroskuð tækni. Það er óumdeilt að tæknin á farsímamarkaðnum er þroskuð. Það er verkefni þessarar markaðsgreiningar að líta á markaðinn eins og hann er í dag og nánustu framtíð. Síminn tekur undir að það verður alltaf þróun en ekki er fyrirjáanleg nein stökkbreyting í nánustu framtíð sem réttlæti það sjónarmið að segja að ekki sé um þroskaða tækni að ræða. Þetta formaskilyrði er því uppfyllt hér.

Miklar aðgangshindranir og skortur á mögulegri samkeppni. Það er niðurstaða PFS að það séu verulegar aðgangshindranir fyrir ný fyrirtæki að koma inn á markað og skortur á mögulegri samkeppni. Það er að mati Símans ljóst að staða beggja aðila er slík að hún skapar meintar aðgangshindranir fyrir nýja aðila. Þetta formaskilyrði er því fyrir hendi að mati PFS.

Veik sammingsstaða kaupenda. PFS telur að sammingsstaða kaupenda sé ekki nægilegur. Það bendi því til sameiginlegra markaðsyfírráða. PFS kemst þó að þeirri niðurstöðu að “þegar þessi háttur er skoðaður í samanburði við aðra þætti þá verður mikilvægi hans að teljast takmarkaðri í þessu sambandi.”⁴² Enn sem fyrr er niðurstaða PFS byggð á ákaflega óljósum og matskenndum röksemdum. Formaskilyrðið virðist því uppfyllt.

Ýmis óformleg tengsl. Síminn tekur undir að lagaumhverfi og önnur atvik háttá þannig til að ýmis óformleg og jafnvel formleg tengsl eru óumflýjanleg milli fyrirtækjanna tveggja. Síminn tekur undir umfjöllun PFS um þetta atriði um að þetta þýði engan veginn að um ólögmeitt samráð milli fyrirtækjanna sé að ræða. Hin ýmsu óformlegu tengsl eru þó eitt af þeim formaskilyrðum sem benda til þess að um sameiginleg markaðsyfírráð sé að ræða.

Refsikerfi. Að mati PFS eru það það mikilvæg rök gegn því að fyrirtækin njóti sameiginlegra markaðsyfírráða að ekki sé nægilega sýnt fram trúverðugt refsikerfi. PFS telur þó að margt benda til þess að verð Vodafone hafi tilhneigingu til að nálgast verð Símans bæði til hækkunar og lækkunar og öll umfjöllun PFS í markaðsgreiningunni almennt leiðir til þeirrar niðurstöðu að ekki sé mikill munur á verði milli aðila. Í Airtours málinu er einhvers konar refsikerfi eitt af þrem skilyrðum sem uppfylla þarf:

Fyrirtæki þurfa að vera í aðstöðu til að geta haft með sér þegjandi samkomulag (tacit co-ordination). – gagnsæ markaðsskilyrði, þroskaður markaður, minnkandi eftirspurn og einsleitar vörur eru forsendur. Að mati Símans eru þessi skilyrði uppfyllt hér.

Hvatning til lengri tíma fyrir fyrirtækin að hverfa ekki frá fyrirkomulaginu sem þýðir einhvers konar refsikerfi⁴³ milli fyrirtækjanna. Samkvæmt dómáfordæmum er það

⁴² Bls. 74 í Greining á heildsölumarkaði fyrir aðgang og upphaf símtala í almennum farsímanetum.

⁴³ Í Airtours málinu var hins vegar bent á að : “the Commission must not necessarily prove that there is a special ‘retaliation mechanism’ involving a degree of severity, but it must none the less establish that deterrents exist, which are such that it is not worth the while of any member of the dominant oligopoly

nægilegt að sýna fram á að aðili á fákeppnismarkaði sjái fram á að öllum tilburðum til að auka markaðshlutdeild sína með frávikum frá því sem gerist á markaðnum td. miklum verðlækkunum verði mætt af hálfu samkeppnisaðila, þannig að ávinningurinn yrði enginn.⁴⁴ Nýlegir fordæmi um sameiginleg markaðsyfíráð sýna að skilyrðið um refsikerfi skiptir ekki sköpum um niðurstöðu um það hvort fyrirtæki hafi sameiginlega markaðsráðandi stöðu. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 6/2006 var ákvörðun Samkeppniseftirlits nr. 28/2006 staðfest. Í forsendum áfrýjunarnefndar samkeppnismála var fallist á röksemdir Samkeppniseftirlitsins fyrir því að markaður fyrir smásölu sé tvíkeppnismarkaður. Jafnframt sagði í forsendum nefndarinnar:

„Varðandi einkenni markaðarins sem máli kunna að skipta við ákvörðun um líkur á samhæfðri hegðun fellst áfrýjunarnefndin á þau rök Samkeppniseftirlitsins að gagnsæi smásölumarkaðar lyfja sé nægilegt til að keppinautar geti fylgst með aðgerðum hvors annars. Jafnframt að vörur séu nægilega einsleitar til þess að vöruframboð sé sambærilegt milli lyfjabúða og að kostnaðaruppbygging lyfjakeðjanna geti talist áþekk. Öll framangreind atriði teljast auka líkur á samhæfðri hegðun á markaði.”

Í kafla 3.2 í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins (SE) er gerð ítarleg grein fyrir þeirri niðurstöðu SE, að á smásölumarkaði lyfja væru samrunaaðilar sameiginlega markaðsráðandi. Telur Síminn að flest þau rök sem þar eru sett fram geti átt við farsímamarkaðinn að breyttu breytanda. Að sama skapi er það mat Símans að rökstuðningur PFS í ákvörðun um markað 15 sé í ósamræmi við þær mælistikur sem SE setur fyrir skilgreiningu á sameiginlegum markaðsyfíráðum.

Þessu til viðbótar hefur undirréttur ESB nú kveðið upp úrskurð í svonefndu Impala máli⁴⁵ Hefur SE talið að þessi fordæmi hafi töluverð réttarskýrandi áhrif hvað varðar kröfur til sameiginlegra markaðsyfíráða. Helstu vísireglur sem þessi fordæmi gefa er að markaðurinn verði að vera nægilega gagnsær og að vörur séu einsleitar. Með gagnsæi er átt við að fyrirtæki geti áttað sig á þeim viðmiðum sem lögð eru til grundvallar án þess þó að vera í beinum samskiptum. Ekki er gerð krafa um algjört gagnsæi en geta fylgst með hvort fyrirtækin bregði út frá hinni samhæfðu hegðun.

Í Impala málinu⁴⁶ taldi undirréttur ESB rökstuðningi framkvæmdastjórnarinnar um gagnsæi áfátt, Þar segir orðrétt:

„It follows from the foregoing considerations that the findings made in the Decision concerning the transparency of the market are not supported by a statement of reasons of the requisite legal standard and are vitiated by a manifest error of assessment in that they do not rest on an examination of all the relevant data that must be taken into

to depart from the common course of conduct to the detriment of the other oligopolists” (sbr. Para 195, Judgement of the Court of First Instance (5th chamber, Extended composition), 6 June 2002

⁴⁴ “The notion of retaliation in respect of conduct deviating from the common policy is thus inherent in this condition. In this instance, the parties concur that, for a situation of collective dominance to be viable, there must be adequate deterrents to ensure that there is a long-term incentive in not departing from the common policy, which means that each member of the dominant oligopoly must be aware that highly competitive action on its part designed to increase its market share would provoke identical action by the others, so that it would derive no benefit from its initiative (see, to that effect, Gencor v. Commission, paragraph 276)”, para. 62, Airtours CFI Judgment

⁴⁵ Mál T-464/04

⁴⁶ Mál T-464/04

consideration and are not capable of supporting the conclusion that the market is not sufficiently transparent to permit a collective dominant position.”

Að mati Símans fjallar rökstuðningur PFS í niðurstöðu um markað 15, um meintan skort á gagnsæi alls ekki um aðalatriði máls, þ.e. hvort fyrirtæki geti fylgst með því hvort önnur fyrirtæki bregði út af samhæfðri hegðun. Umfjöllun PFS er því að mati Símans byggð á misskilningi á verkefninu. Ákvörðun PFS fellur því einnig á kröfu sem gerð er til rannsóknar, sbr. Impala málið. Ekki er unnt að sjá að niðurstaða PFS um það hvort markaðurinn sé nægilega gagnsær sé byggð á neins konar greiningu á tölulegum rökum sem máli geta skipt. Þannig skortir alfarið greiningu á verðhegðun fyrirtækjanna.

Dómar og stjórnarsýslufordæmi um sameiginleg markaðsyfirlráð gerir ekki kröfur um að fullsannað sé að ávallt hafi verið svarað í sömu mynt. Þvert á móti dugir að hvati til að samhæfa markaðsstefnu sé fyrir hendi og líkur séu á að samkeppni verði svarað í sömu mynt, sbr. ummæli í Impala málinu⁴⁷

Skortur eða lítið svigrúm fyrir verðsamkeppni. Það er niðurstaða PFS að hér ríki ekki verðsamkeppni. Þetta formaskilyrði er því uppfyllt að mati Símans.

Af framangreindri röksemdafærslu og greiningu PFS er ljóst að langflest af ofangreindum atriðum bendir til þess að um sameiginleg markaðsyfirlráð sé að ræða. Heildstætt mat á þessum atriðum leiðir því að mati Símans til þeirrar niðurstöðu að Síminn og Vodafone hafi sameiginlega umtalsverðan markaðsstyrk á markaði 15. Þessi markaðsyfirlráð eru ekki vegna formlegs samráðs heldur byggja á uppbyggingu markaðarins sem tvíkeppnismarkaðar með tveimur sterkum fyrirtækjum.

Öll umfjöllun PFS hér leiðir til þeirrar niðurstöðu að Síminn getur ekki verið einráður á heildsölumarkaði fyrir aðgang og upphaf símtala í farsímakerfinu. Þess vegna hlýtur það að verða niðurstaða úrskurðarnefndarinnar að á heildsölumarkaði fyrir aðgang og upphaf símtala í GSM farsímanetum hafi Síminn og Vodafone sameiginleg markaðsyfirlráð.

E Um kröfu um að úrskurðarnefndin felli niður og dragi úr álögðum kvöðum:

1. Almenn.

Síminn byggir á því að álagning kvaða samkvæmt fsl. og tilskipunum ESA og almennum reglum stjórnarsýsluréttarins er háð verulegum takmörkunum. Það er viðurkennt að um er að ræða íþyngjandi ákvörðun sem snertir verulega hagsmuni og varðar réttindi sem vernduð eru af 72. gr. stjórnarskrár íslenska lýðveldisins. Samkvæmt tilskipunum ESA ber að leggja a.m.k. eina kvöð á fjarskiptafyrirtæki sem útnefnd hafa verið með umtalsverðan markaðsstyrk á viðkomandi markaði. Kvaðir mega ekki ganga lengra en nauðsynlegt er og mega ekki leggja þyngri byrðar á

⁴⁷ „The mere existence of effective deterrent mechanisms is sufficient, in principle, since if the members of the oligopoly conform with the common policy, there is no need to resort to the exercise of a sanction. As the applicant observes moreover, the most effective deterrent is that which has not been used.”

fyrirtækin en nauðsyn krefur.⁴⁸ Við álagningu kvaða ber eftirlitsstofnuninni að sýna fram á að kvaðir byggja á eðli þeirra samkeppnishindrana sem stofnunin hefur greint, að gætt sé meðalhófs og að unnt sé að réttlæta kvaðirnar í ljósi þeirra meginmarkmiða sem fram eru sett Rammatilskipuninni.⁴⁹ Einnig eru lögbundin sjónarmið sem hafa skal í huga við ákvörðun um aðgang að fjarskiptaneti.

Álagðar kvaðir eru slíkt inngríp í rekstur fyrirtækja og skerðing á grundvallarreglu laga um samningafrelsi að þær þurfa að vera studdar mjög sterkum rökum. Kvaðir sem sem lagðar eru á Símann í hinna kærðu ákvörðun eru ekki rökstuddar með þeim hætti að það réttlæti álagningu svo íþyngjandi og yfirgripsmikilla kvaða. Megin réttlæting PFS fyrir þessum íþyngjandi og ítarlegu kvöðum eru endurteknar tilvísanir í meint samskipti Símans og IMC. Þrátt fyrir að Síminn hafi reynt að leiðrétta þessar rangfærslur PFS⁵⁰ þá hefur ekkert tillit verið tekið til sjónarmiða Símans. Í því sambandi skal það enn áréttað hér að beiðni IMC varðaði reiki inn í þéttbýli en byggði ekki á 35. gr. fsl. um reikiaðgang. Ekki hefur verið farið fram á nein gögn um samskipti aðilanna og efni þeirra. PFS byggir þessa niðurstöðu sína ekki á neinum öðrum gögnum en málatilbúnaði annars aðilans og leitaði ekki eftir afstöðu Símans í þessu máli við undirbúning ákvörðunarinnar. Að öðru leyti byggir mat PFS á því hvaða kvöðum skuli beita á umfjöllun um fræðilegan möguleika fyrirtækja á því að beita samkeppnishindrunum. Engin umfjöllun er um það hvaða aðrar og vægari leiðir er unnt að fara eða hvort almennar samkeppnisreglur nægi til. Ákvörðunin er því órökstudd þar sem ákvörðunin byggir ekki á rannsókn á staðreyndum málsins og brýtur reglur um meðalhóf og sérstakar reglur ESA um að ekki skuli beita þyngri kvöðum en nauðsyn ber til. Síminn telur að rannsóknarregla stjórnsýslulaga, sbr. 10. gr. l. nr. 37/1993 og meðalhófsregla í 12. gr. sömu laga hafi verið brotnar og að það sé svo verulegur ágalli á ákvörðuninni að varði ógildingu hennar.

Eðli þeirra samkeppnishindrana sem PFS hefur greint og byggir kvaðir sínar á er helst það að Síminn hafi hafnað IMC um reikiaðgang og sú höfnun virðist undirstaða og réttlæting á hinum mörgu og ítarlegu kvöðum. Þrátt fyrir að PFS telji sig ekki þurfa að sýna fram á einstök samkeppnisvandamál við ákvörðun kvaða ef önnur skilyrði eru fyrir hendi, þá er ljóst að PFS réttlætir álagningu kvaða á þessu dæmi um meinta andstöðu við reikiaðgang IMC. Kemur þetta ítrekað fram í rökstuðningi PFS við ýmsar kvaðir sem lagðar eru á, sbr. kvöð um aðgang og kvöð um eftirlit með gjaldskrá. Á hinn bóginn kýs PFS ekki að virða það Símanum til framdráttar að samningar um verð fyrir reikiaðgang við Vodafone og fyrirrennara þess fyrirtækis og samningar um samnýtingu og samhýsingu hafa verið gerðir á viðskiptalegum forsendum milli aðila og þar hafa ekki komið upp vandkvæði. PFS tekur hins vegar tillit til þess við ákvörðun um eftirlit með gjaldskrá fyrir reikiaðgang og samnýtingu samhýsingu, þar sem ekki eru fyrirfram lagðar á kvaðir um verð.

⁴⁸ Sjá 8. gr. rammatilskipunar

⁴⁹ Bls. 14 í Tilmælunum segir: "...in order to establish that a proposed remedy is compatible with the principle of proportionality, the action taken must pursue a legitimate aim and the means employed to achieve the aim must be both necessary and the least burdensome, i.e. it must be the minimum necessary to achieve the aim."

⁵⁰ Sjá bls. 19 í athugasemdum Símans frá 15. september 2005 við Póst- og fjarskiptastofnun 8. júlí 2005 frumdrög að markaðsgreiningu á heildsölumarkaði fyrir aðgang og upphaf símtala í almennum farsímanetum.

Við ákvörðun þessa byggir PFS á því að reynslan sýni að þar sem Símanum sé ekki lögskylt að veita aðgang þá muni hann ekki veita slíkan aðgang. Það sé því mikilvægt að leggja þessa kvöð á Símann. Af þessu leiðir einnig að þar sem Símanum hefur verið skylt að veita aðgang hefur hann ekki staðið í vegi fyrir slíku. Það er því ljóst af framansögðu að það er nægilegt að leggja á kvöð um aðgang og þar með mun Síminn sinna skyldu sinni til að veita hann. Þau sjónarmið sem liggja til grundvallar því að beita beri fleiri íþyngjandi kvöðum til stuðnings aðgangskvöðinni byggja að mati Símans á órökstuddum og ómálaefnalegum sjónarmiðum.

2. Kvöð um aðgang.

Samkvæmt framansögðu er gert ráð fyrir að nægilegt sé að leggja á eina kvöð til þess að ná fram meginmarkmiðum. Meðalhöfsregla stjórnslulaganna, sbr. 12. gr. laga nr. 37/1993, mælir einnig fyrir um það að stjórnvald skuli því aðeins taka íþyngjandi ákvörðun þegar markmiði sem að er stefnt verður ekki náð með öðru og vægara móti.

Aðgangskvöðin ein og sér veldur því að fyrirtæki sem útnefnt er með umtalsverðan markaðsstyrk ber að verða við eðlilegum og sanngjörnum beiðnum annarra fyrirtækja um aðgang. Aðgangskvöðin er nægileg til þess að ná fram því markmiði sem stefnt er að. Nægilegt er að fyrirtækin semji um aðgang á viðskiptalegum grundvelli og útfæri eðlilegan og sanngjarnan aðgang í frjálsum samningum og með hliðsjón af almennum samkeppnisreglum. Það er aðeins ef í ljós kemur að samningar nást ekki á viðskiptalegum grundvelli að inngrip PFS er réttlætanlegt.

Í hinni kærðu ákvörðun er einnig lögð kvöð um að samningum skuli lokið innan „eðlilegra tímamarka og án óþarfa tafa. Ef Síminn hafnar beiðni um aðgang þá skal félagið gefa umsækjanda skriflega og rökstudda ástæðu fyrir höfnuninni.”

Í forsendum PFS fyrir ákvörðun í gr. 2.1.1, sbr. gr. 333 í viðauka A með hinni kærðu ákvörðun er helsta réttlæting fyrir þessari útarlegu kvöð sú að “miklar líkur séu á að Síminn muni hindra eða hafna því að veita reiki í farsímaneti sínu ef ekki verður lögð kvöð á félagið um að bjóða innanlandsreiki í GSM farsímaneti sínu á grundvelli e. liðs 2. mgr. 28. gr. fjarskiptalaga. Því til stuðnings vísar PFS til meintra útrekaðra tilrauna IMC Ísland til að semja við bæði Símann og Vodafone um innanlandsreiki. Við ákvörðun um þetta braut PFS rannsóknarreglu stjórnslulaganna, svo sem er rakið hér að framan.

PFS hefur einnig ákveðið að lögboðinn tveggja ára aðlögunar tími í 4. mgr. 35. gr. fsl. gildi ekki um 28. gr. fsl. Þessari niðurstöðu PFS er mótmælt af hálfu Símans. Síminn byggir á því að löggjafinn hefur sérstaklega gert breytingar á 35. gr.⁵¹ sem miða að því að draga úr letjandi áhrifum innanlandsreikis á uppbyggingu neta⁵² með því að veita tveggja ára aðlögunartíma. Þessum aðlögunartíma er ætlað að veita þeim sem byggir upp net sitt sanngjarnt svigrúm til þess að njóta arðs af fjárfestingu sinni.⁵³ PFS hefur enga heimild til þess að ganga gegn skýru lagaákvæði sem hefur

⁵¹ 1. nr. 78/2005, 5. gr.

⁵² Sjá athugasemdir við 5. gr. laga nr. 78/2005

⁵³ Á alþingi vorið 2005 var samþykkt breyting á 35. gr. fjarskiptalaga sem er svohljóðandi: “Við 35. gr. laganna bætist ný málsgrein sem orðast svo:

Ákvörðun um reikisamning skv. 3. mgr. verður ekki beitt til aðgangs að GSM-farsímastöð sem sett er upp til viðbótar útbreiðslu farsímanets fyrr en tveim árum eftir að hún er tekin í notkun.” Með þessu

það að markmiði að hvetja til fjárfestinga. Því er mótmælt að almennar vangaveltur ESA um að þetta ákvæði geti mögulega verið í andstöðu við EES rétt valdi því að stjórnvaldið ákvæði að afnema þetta lagaákvæði einhliða. Á það skal bent að engin formleg rannsókn hefur farið fram á því af hálfu ESA, né að lögð hafi verið fram kæra á hendur ríkinu hvað þá að dómur EFTA dómstólsins liggi fyrir. Með þessu er PFS í raun að taka sér lagasetningarvald og jafnvel dómsvald þar sem það telur sér fært að meta það hvort ákvæðið fari gegn EES rétti.

Það ber einnig að hafa í huga við skýringu á 3. mgr. 28. gr. að löggjafinn hefur tekið á því í sérstöku lagaákvæði að hvetja skuli til fjárfestinga og hefur þess vegna mælt fyrir um tveggja ára aðlögunartíma í 4. mgr. 35. gr fsl. Ákvæðið nær ekki tilgangi sínum nema það eigi við um allt reiki, þ.m.t reiki skv. 28. gr. og allan aðgang að fjarskiptanetum þ.m.t. sýndarnetsaðgangi skv. 28. gr. Enda er enginn eðlismunur á reiki skv. 35. gr. og 28. gr. og skv. rökstuðningi PFS þá er reiki í raun ein tegund sýndarnetsaðgangs, sbr. skilgreining PFS.⁵⁴ Það er því vilji löggjafans, sbr. 4. mgr. 35. gr. fsl. að það beri að hvetja til fjárfestinga í innviðum fjarskipta og þetta ákvæði hefur það markmið. Ákvæðið styður c. lið 3. mgr. 28. gr. um að PFS skuli líta til þess hvort aðgangur sé “forsvaranlegur með hliðsjón af upphaflegri fjárfestingu eiganda aðstöðunnar og áhættu sem tekin var með fjárfestingunni.” Þ.e. löggjafinn hefur þegar metið það svo að það sé ekki forsvaranlegt með hliðsjón af fjárfestingu að veita umsvifalaust aðgang að nýfjárfestingum. Samkvæmt röksemdafærslu PFS í gr. 343 þá virðist svo vera að PFS telji að það sé ekki þörf á að vernda fjárfestingarhvata Símans sérstaklega vegna meintrar markaðsráðandi stöðu fyrirtækisins. Það má ráða af röksemdafærslu PFS að það sé t.a.m. ekki ástæða til að hvetja Símann til að fjárfesta í kerfum úti á landi þar sem það myndi skerða öryggi þeirra sem eru hjá öðrum fyrirtækjum ef þeir fengju ekki umsvifalaust aðgang. Það er þá samkvæmt þessu betra að Síminn sleppi því frekar að byggja upp kerfið og enginn njóti þá nokkurn tímann góðs af uppbyggingunni. Síminn telur því að rök PFS um að það sé í þágu samkeppni til lengri tíma litið og til þess fallið að auka framboð þjónustu að afnema skýra lagareglu sem hefur það að markmiði að hvetja til fjárfestinga í farsímanetinu rökleysu.

Með vísan til framangreinds er því mótmælt af hálfu Símans að lögboðinn tveggja ára aðlögunartími sé felldur úr gildi og krefst þess að úrskurðarnefndin staðfesti að hann skuli einnig gilda um reikiaðgang skv. 28. gr. fsl.

PFS ber einnig að líta til þess hvort 3. mgr. 28. gr. eigi við (lögbundin sjónarmið við ákvörðun). Verulegur misbrestur er á því að PFS hafi farið í gegnum greiningu á því hvort þau skilyrði eigi við. Eins og að áður greinir hefur PFS ekki fjallað um það hvort kvöð um aðgang sé forsvaranleg með hliðsjón af upphaflegri fjárfestingu eiganda aðstöðunnar og áhættu sem tekin var með fjárfestingunni, sbr. c. liður, 3. mgr. 28. gr. fsl. Það er eingöngu af hálfu PFS fjallað um hagræði þess sem sækir um

hefur löggjafinn sjálfur tekið af skarið um það að veita beri fjarskiptafyrirtækjum eðlilegan og sanngjarnan tíma til þess að njóta arðs af eigin fjárfestingum. Í athugasemdum með frumvarpinu segir: “Ljóst er að núverandi ákvæði um reiki minnka enn frekar arðsemi og vilja til uppbyggingar neta. Leitast er við að draga úr þessum neikvæðu áhrifum með tveggja ára aðlögun eða forskoti þess fjarskiptafyrirtækis sem tilbúið er til að leggja í uppbyggingarkostnað til útbreiðslu á GSM-farskiptaneti sínu.”

⁵⁴ Póst- og fjarskiptastofnun 5. febrúar 2007 Greining á heildsölumarkaði fyrir aðgang og upphaf símtala í almennum farsímanetum (markaður 15) bls.. 16

aðgang. Enga heildstæða umfjöllun um lögbundin sjónarmið sem hafa ber í huga við ákvörðun um aðgang er að finna í greiningu PFS á markaðnum sem liggur til grundvallar ákvörðuninni. Ekkert hagfræðilegt mat liggur grundvallar ákvörðun um aðgang og hvort aðgangur og þær tegundir sem boðnar eru í ákvörðuninni hvetji til innkomu hagkvæmra aðila (e. efficient entry). Á það skal bent í þessu sambandi að norskri eftirlitsaðilinn taldi ekki að skylda bæri endursöluaðgang þar sem það taldi að það stuðlaði ekki að því markmiði sem álagning kvaða átti á ná.

Þessi skortur á rökstuðningi og umfjöllun um lögbundin sjónarmið í ákvörðuninni er svo verulegur ágalli á ákvörðun PFS að þess er krafist af hálfu Símans að það verði ógilding ákvörðunarinnar.⁵⁵

3. Kvöð um jafnræði.

Með vísan til framangreinds um að fella beri niður og fækka álögðum kvöðum krefst Síminn þess að álögð kvöð um jafnræði í gr. 2.1.2. í hinni kærðu ákvörðun verði felld niður. Síminn byggir kröfu um niðurfellingu ákvörðunar á því að þessi kvöð er óþörf þar sem almennar samkeppnisreglur banna markaðsráðandi fyrirtæki að misnota markaðsráðandi stöðu sína, m.a. með því að mismuna einstökum fyrirtækjum í samningum.

4. Kvöð um um gagnsæi.

Síminn krefst þess einnig að kvöð um gagnsæi í gr. 2.1.3 verði felld niður með vísan til framangreinds um niðurfellingu og fækkun álagðra kvaða.

Síminn birtir nú þegar viðmiðunartilboð um samtengingu þar sem m.a. er fjallað um upphaf og lúkningu símtala í farsímaneti. Síminn telur það hins vegar ónauðsynlegt að leggja á kvöð um gagnsæi og birtingu viðmiðunartilboðs og að það beri að velja eingöngu þær kvaðir sem nauðsynlegar eru til þess að ná fram tilgangi laganna. Síminn telur að nægilegt sé að beita kvöðum um aðgang til að tilgangi laganna sé náð.

5. Kvöð um bókhaldslegan aðskilnað.

Síminn krefst þess einnig að kvöð um bókhaldslegan aðskilnað í gr. 2.1.2. verði felld úr gildi með vísan til framangreinds um niðurfellingu og fækkun álagðra kvaða. Síminn byggir á því að bókhaldslegur aðskilnaður sé við lýði hjá Símanum og að sérstök kvöð um bókhaldslegan aðskilnað sé ónauðsynleg og ofaukið og því í andstöðu við reglur um meðalhóf. Síminn leggur einnig áherslu á að kvöð um að birta opinberlega bókhaldsupplýsingar um afkomu í GSM farsímaneti gangi lengra en nauðsyn krefur. Til þess að ná markmiði um að auka traust á heildsöluverðum eins þá er nægilegt að PFS hafi aðgang að þessum upplýsingum og geti staðfest grundvöll heildsöluverðs.

Í forsendum PFS í gr. 7.4.1.4 í viðauka A segir m.a. að nauðsynlegt sé að leggja þessa kvöð á Símann til þess að tryggja að jafnræðis og gagnsæis sé gætt og til að leiða megí í ljós raunkostnað í þeim tilfellum sem það á við. Á það skal bent að ef

⁵⁵ sbr. umfjöllun Símans um aðalkröfu hér að framan í kafla A.

ákvörðun PFS verður staðfest um eftirlit með gjaldskrá þá skal ekki miða verðið við raunkostnað heldur s.k. smásöllumínus aðferð (e. retail minus).

6. Kvöð um eftirlit með gjaldskrá.

Síminn krefst þess einnig að kvöð um eftirlit með gjaldskrá í gr. 2.1.5. verði felld úr gildi með vísan til framangreinds um niðurfellingu og fækkun álagðra kvaða. Síminn byggir kröfu sína um að felld verði niður kvöð um eftirlit með gjaldskrá á ólögfestri meginreglu laga um samningafrelsi og meðalhófsreglu stjórnsýslulaganna og vísar auk þess í leiðbeinandi reglur ESA um að ekki skuli leggja á kvaðir sem leggi þyngri byrðar á fyrirtæki en nauðsyn ber til. Síminn byggir á því að meðan að ekki er fullreynt að aðilar á markaði nái samningum á viðskiptalegum grundvelli sé óþarfi að leggja á kvaðir um eftirlit með gjaldskrá og önnur fyrirmæli um grundvöll heildsöluverðs. Á það skal bent þessu til stuðnings að Síminn og Vodafone og fyrirrennarar þess náðu samningum um innanlandsreiki á viðskiptalegum forsendum án þess að PFS hlutuðust til um verð. Það hefur því þegar sýnt sig að samningar á viðskiptalegum grundvelli á heildsölumarkaði eru raunhæfir. Einnig hafa samningar um aðgang samnýtingu og samhýsingu gengið án þess að inn grip yfirvalda hafi þurft til. Kvöð um eftirlit með gjaldskrá er því ónauðsynleg og ofaukið og því í andstöðu við reglur um meðalhóf og fyrirmælum um að kvaðir eigi einungis að leggja á í því tilviki að um raunveruleg samkeppnisvandamál sé að ræða.

Ef ekki er fallist á að fella alfarið niður kvöð um eftirlit með gjaldskrá krefst Síminn þess að ákvörðun um að beita svonefndri smásöllumínus aðferð. Síminn byggir á því að ákvörðun um smásöllumínus aðferðina hafi enga lagastöð. Í eldri fjarskiptalögum nr. 107/1999 (eldri fsl.) var í 3. mgr. 21. gr. eldri fsl. mælt fyrir um smásöllumínusaðferð í þeim tilvikum þegar PFS þurfti að ákvarða um verð á reikiaðgangi (þegar viðræður á viðskiptalegum grundvelli höfðu ekki borið árangur). Ekki var mælt fyrir um tiltekna prósentu afsláttar frá gjaldskrá heldur að gilda ætti gjaldskrá að frádregnum þeim þjónustuliðum sem fjarskiptafyrirtæki þarf ekki að veita. Í nýjum fjarskiptalögum hefur löggjafinn fallið frá slíkum aðferðum enda er meginreglan í EES tilskipunum sem lögunum er ætlað að innleiða sú að byggja á raunkostnaði ef á annað borð er talin ástæða til að hlutast til um grundvöll verðs.

Ef ekki er fallist á það að fella niður kvöð um að beita smásöllumínus aðferðinni er gerð krafa um að felld verði úr gildi ákvörðun PFS um að fyrirfram séu gefnar fastar prósentutölur í sambandi við smásöluverðmínus aðferð við að finna út heildsöluverð. Síminn byggir á því að meginreglan sé sú að fyrirtækin semji sín á milli á viðskiptalegum grunni og að íhlutun PFS er eingöngu réttlætunleg ef þær viðræður sigla í strand. PFS viðurkennir einnig að fyrirtækin eigi að semja á viðskiptalegum grundvelli en sviptir um leið fyrirtækin öllum samningsrétti. Síminn byggir einnig á því að PFS hefur valið þessa prósentu er valin að því er virðist af handahófi og eini rökstuðningurinn er tillaga Íslandssíma í umsögn um frumvarp til fjarskipta árið 2003. Eins og núgildandi lög um fjarskipti bera með sér hafnaði löggjafinn á sínum tíma þessari aðferð og voru ákvæði er vísa til smásöllumínus ekki tekinn inn í nýju lögin. Síminn byggir einnig á því að eins og PFS bendir réttilega á í forsendum að markaðsgreiningu sinni þá er verð hér á landi lágt í alþjóðlegum samanburði. Þegar PFS leggur til prósentu af smásöluverði virðist stofnunin ekki taka tillit til þessa þáttar. Það er því engan veginn hægt að vísa til aðferða í öðrum löndum þar sem ekki hefur verið rannsakaður mismunur á smásöluverðum og áhrifum af því að taka

upp slíka prósentutölu hér á landi. Það er hefur einnig ekki verið leitt rökum að því að smásöluverðmínus aðferð sé til hagsbóta fyrir neytendur og leiða má líkum að því að hún gangi gegn hagsmunum þeirra þar sem hún dregur úr hvata til að lækka smásöluverð og frystir í rauninni alla verðmyndun.

Síminn byggir á því að kvöð um smásöluverðmínus er í andstöðu við meðalhófsreglu stjórnarsýslulaganna og hefur í för með sér að fyrirtæki eru svipt allri samningsstöðu sem stríðir gegn almennri reglu um samningafrelsi.

Að lokum byggir kærandi á því að ákvörðun um heildsöluverð krefst eðlilegrar málsmeðferðar og niðurstaðan verður að byggja á ígrundaðri umfjöllun þar sem allir þættir eru teknir til greina. Í greiningu PFS á markaðnum skortir allan rökstuðning byggðan á staðreyndum og hagfræðilega greiningu á því að leggja á kvöð um verðstýringu á þessum markaði.

5. kvaðir á markaði fyrir NMT þjónustu

Síminn gerir ekki ágreining um að fyrirtækið sé útnefnt með umtalsverðan markaðsstyrk á markaði fyrir aðgang og upphaf símtala í NMT farsímanetum. Með vísan til framangreinds rökstuðnings um álagðar kvaðir á markaði fyrir aðgang og upphaf símtala í almennum GSM farsímanetum er þess krafist að felldar verði niður og dregið úr kvöðum á markaði fyrir NMT þjónustu.

Með vísan til framangreinds er þess er krafist að álagning kvaða um jafnræði, gagnsæi og eftirlit með gjaldskrá verði felld niður.

Um frekari málsástæður kæranda vísast í skjöl þau er lögð hafa verið fyrir nefndina.

3.0 Málsástæður Og fjarskipta ehf.

Málsástæður Og fjarskipta ehf. koma fram í bréfi þeirra frá 28. ágúst 2007 og fer viðeigandi hluti hennar hér á eftir:

4.1. Almenn um kröfugerð Símans hf.

Kröfur Símans hf. virðast í stuttu máli lúta að því, að annars vegar krefjast þess að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi þar sem samkeppni sé virk á markaði, en hins vegar að að krefjast þess að úrskurðarnefndin ákveði að Síminn njóti umtalsverðs markaðsstyrks sameiginlega með Vodafone sem felur í sér að engin samkeppni sé á farsímamarkaði. Þá virðast varakrafa og þrautavarakrafa vera ein og sama krafan, þ.e. að fella úr gildi ákvörðun PFS um að útnefna Símann hf. sem fyrirtæki er nýtur umtalsverðs markaðsstyrk á markaði fyrir aðgang og upphaf símtala í almennum GSM farsímanetum (hér eftir nefndur markaður 15).

Það vekur og athygli að samkvæmt kröfulið E. virðist Síminn hf. ekki krefjast þess að kvaðir þær sem PFS lagði á fyrirtækið í hinni kærðu ákvörðun verði felldar úr gildi fallist úrskurðarnefndin á þrautþrautavarakröfu um að bæði Síminn og Vodafone séu sameiginlega með umtalsverðan markaðsstyrk á markaði 15. Samkvæmt þessu verður ekki séð að Síminn hafi hagsmuni af slíkri ákvörðun og hlýtur því að vera um aðildarskort af hálfu Símans að ræða. Þegar af þeirri ástæðu ber að vísa umræddri

kröfu frá nefndinni. Vodafone telur jafnframt kröfugerðina svo sundurlausa þar sem annars vegar er byggt á því að um virka samkeppni sé að ræða en hins vegar að engin samkeppni sé fyrir hendi að nefndinni beri að skoða ex officio hvort ekki varði frávísun málsins í heild.

Vodafone telur ekki ástæðu til þess að fjalla sérstaklega um aðalkröfu Símans að öðru leyti en því að tekið er undir reifuð sjónarmið PFS um hæfi starfsmanna stofnunarinnar. Allt að einu telur félagið að einsýnt sé að ekki séu slíkar ambögur á málsmeðferð stofnunarinnar að valdi ógildi hinnar kærðu ákvörðunar. Að því er varðar lögbundið samráð við Samkeppniseftirlitið er rétt að geta þess sérstaklega að ekki verður annað séð af gögnum málsins en að PFS hafi viðhaft slíkt samráð. Engin lagarök standa til þess að álykta sem svo að slíkt samráð ógildist að einhverjum tilteknum tíma liðnum. Þá er því mótmælt sérstaklega að Samkeppniseftirlitið sé með það til sérstakrar skoðunar hvort Síminn og Vodafone hafi sameiginlega markaðsráðandi stöðu.

Hið rétta er að Síminn hefur borið því við í máli sem hefur verið til meðferðar hjá Samkeppniseftirlitinu frá því í nóvember 2004 að slík sameiginleg markaðsráðandi staða sé fyrir hendi. Þessi afstaða Símans kom fyrst fram með bréfi til Samkeppnisstofnunar frá 13. desember 2004. Hins vegar liggur fyrir að PFS hafði formlega samráð við stofnunina í júlí 2005. Ef Samkeppnisstofnun hefði þá talið að til álita kæmi í málinu hvort um sameiginlegan umtalsverðan markaðsstyrk gæti verið að ræða hefði stofnunin auðveldlega getað komið þeim athugasemdum á framfæri í samráðinu.

4.2. Krafa um ógildi ákvörðunar um útnefningu Símans sem fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk á grundvelli þess að um virka samkeppni sé að ræða

Líkt og að framan greinir telur Vodafone að varakrafa og þrautavarakrafa Símans hf. séu efnislega samhljóða. Er því rétt að gera athugasemdir við báðar kröfur í einu lagi.

Í fyrsta lagi byggir Síminn umrædda kröfu á því að skortur á aðgangshindrunum og tiltölulega lágt verð á farsímaþjónustu beri með sér að samkeppni á markaði 15 sé nægilega virk og beri því að fella útnefningu Símans sem fyrirtækis með umtalsverðan markaðsstyrk úr gildi.

Að því er varðar skort á aðgangshindrunum virðist Síminn einkum byggja á því þar sem ekki sé skortur á tíðnum til þess að veita farsímaþjónustu hér á landi sé slíkum aðgangshindrunum ekki til að dreifa. Vodafone hafnar því alfarið að þetta atriði eitt og sér leiði til þess að ekki sé um að ræða aðgangshindranir á markaði 15. Vodafone telur þannig PFS réttilega hafa greint hin fjölmörgu atriði sem taka ber til skoðunar við mat á aðgangshindrunum svo sem aðgang að fjármagni, stærðar- og breiddar hagkvæmni, tæknilega yfirburði og lóðréttu samþættingu. Vegur þar einna þyngst að Síminn nýtur sérstöðu á markaði í ljósi sterkar stöðu sinnar á skyldum mörkuðum s.s. mörkuðum fyrir fastlínu, leigulínur og heimtaugar. Vodafone er til að mynda

ómögulegt að veita farsímaþjónustu án þess að eiga viðskipti við Símann bæði að því er varðar leigulínur og leigu á aðstöðu. Vodafone telur jafnframt fráleitt að það komi til álita við mat á aðgangshindrunum að Síminn hafi gert reikisamninga við aðra farsímarekendur á grundvelli lögboðinnar skyldu.

Því er jafnframt alfarið hafnað að tiltölulega lágt verð á farsímaþjónustu hér á landi leiði til þeirrar niðurstöðu að samkeppni sé virk á markaði enda er sú staðhæfing með engu rökstudd af hálfu Símans. Líkt og Síminn hefur bent á hefur reikiaðgangur að neti Símans verið veittur á viðskiptalegum forsendum án þess að til hafi komið kostnaðargreining á verðum. Mætti því leiða að því nokkrar líkur að unnt væri að bjóða lægri verð en nú þekkist á markaði ef verð á reiki myndi lækka.

Að því er varðar mat á markaðshlutdeild Símans virðist einkum byggt á því annars vegar að skilgreining landfræðilega markaðarins sé röng og hins vegar að staða Vodafone sé slík á markaði að Síminn geti ekki að verulegu leyti hagað sér án tillits til keppinautarins eða neytenda.

Síminn telur að skilgreina beri landfræðilega markaðinn með öðrum hætti en PFS gerir í hinni kærðu ákvörðun, þ.e. að hann skiptist í þéttbýli og dreifbýli. Þessi fullyrðing Símans virðist byggja á því að markaðsfærsla Vodafone sé önnur í dreifbýli en þéttbýli og jafnframt að þar sem Vodafone ráði ekki yfir dreifikerfi í hinu svonefnda dreifbýli og geti því ekki boðið neytendum upp á aðra þjónustu en þá sem felist í reikisamningi fyrirtækisins við Símann. Er hér skautað algerlega yfir þá staðreynd að vöruframboð Símans er hið sama hvort sem heldur er í hinu svonefnda dreifbýli eða þéttbýli og verð eru jafnframt hin sömu. Jafnframt er ekki minnst á þá staðreynd að Vodafone hefur byggt upp dreifikerfi bæði á Vesturlandi og Sudurlandi og jafnframt að fyrirtækið býður upp á farsímaþjónustu á sömu kjörum hvaðanæva á landinu.

Að því er varðar ráðandi markaðshlutdeild Símans er það að segja að líkt og Síminn sjálfur bendir á stendur hún í um 65% en markaðshlutdeild Vodafone er um 35%. Við það bætist, líkt og bent er á hér að framan, sterk staða Símans t.d. á leigulínumarkaði. Jafnframt er ljóst að markaðshlutdeild Símans hefur lítið haggast frá því að Vodafone hóf starfsemi í núverandi mynd á árinu 2003. Tilvísanir Símans til ákvörðunar úrskurðarnefndar sem tekin var í tíð eldri laga hefur enn fremur tæplega þýðingu við mat á stöðu aðila á markaði 15.

Þá eru tilvísanir Símans í svonefnd erlend fordæmi að mati Vodafone með öllu óskiljanlegar. Í fyrsta lagi vísar Síminn til þess að Írska fjarskiptaeftirlitið hafi komst að þeirri niðurstöðu að á írska markaðnum hafi Vodafone þar í landi og O2 haft sameiginleg markaðsyfirráð. Ekki verður með nokkru móti séð hvernig þessi ákvörðun, sem dregin var til baka á áfrýjunarstigi, hafi fordæmisgildi að því er varðar íslenskan farsíamarkað, enda er um að ræða ákvörðun sem ekki einu sinni hefur réttaráhrif í heimalandinu. Enn síður verður séð hvers vegna niðurstaða írskra yfirvalda um að útnefna engan aðila sem fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk í kjölfarið hafi þýðingu í málinu sem hér er til meðferðar. Að því er varðar niðurstöðu fjarskiptaeftirlits Lúxemborgar er það að segja að ekkert bendir til þess að aðstæður á markaði 15 í Lúxemborg séu með þeim hætti að taka beri tillit til niðurstöðu þeirrar stofnunar við mat á markaðshlutdeild Símans á markaði 15.

4.3. Krafa um að Síminn og Vodafone verði útnefnd sameiginlega með umtalsverðan markaðsstyrk

Vodafone hafnar því alfarið að til sé að dreifa sameiginlegum umtalsverðum markaðsstyrk fyrirtækisins og Símans á markaði 15. Því er jafnframt alfarið hafnað að það sé verulegur ágalli á ákvörðun PFS að ekki sé miðað við nýjustu dóma- og stjórnarsýsluframkvæmd um sameiginleg markaðsyfírráð. Ekkert liggur fyrir í málinu sem bendir til þess að þau fordæmi sem Síminn vísar til kalli á aðra niðurstöðu en þá er PFS kemst að í hinni kærðu ákvörðun.

Líkt og PFS greinir frá í hinni kærðu ákvörðun er með sameiginlegum markaðsyfírráðum átt við þau tengsl milli tveggja fyrirtækja á markaði er leiða til þess að þau hagi sér í raun og veru sem eitt. Ekki er skilyrði að tengslin séu formlegs eðlis heldur hefur þótt nægja að markaðasaðstæður séu fallnar til óformlegrar samræmingar á aðferðum óskyldra fyrirtækja er leiðir til takmörkunar á samkeppni.

Í *Compagnie Maritime Belge* málinu⁵⁶ skýrði EB-dómstóllinn til muna hvað fælist í reglunni um sameiginleg markaðsyfírráð. Dómstóllinn taldi þannig að um sameiginleg markaðsyfírráð tveggja eða fleiri fyrirtækja gæti verið að ræða ef að fyrirtækin út frá hagfræðilegu mati kæmu fram eða hegðuðu sér sem ein efnahagsleg heild á markaði. Þannig væri nauðsynlegt að skoða efnahagsleg tengsl (e. economic links) eða önnur atriði sem kæmu á tengslum á milli fyrirtækja. Dómstóllinn lagði einnig áherslu á að við mat á því hvort um sameiginleg markaðsyfírráð gæti verið að ræða þyrfti að fara fram hagfræðilegt mat á stöðu fyrirtækjanna á viðkomandi markaði.

Í *Airtours* málinu⁵⁷ fyllti dómstóllinn á fyrsta dómstigi enn betur í túlkun á framangreindri reglu. Dómstóllinn lagði áherslu á að þrjú skilyrði þyrftu að vera uppfyllt:

Í fyrsta lagi þyrftu allir aðilar fákeppnismarkaðar að eiga möguleika á því að fylgjast náið með markaðshegðun hinna aðilanna til að geta metið hvort þeir fylgi hinni sameiginlegu stefnu. Þannig er ekki nóg að aðilar á markaði viti að sambærileg markaðshegðun sé þeim öllum til góða heldur þurfa þeir að geta fylgst með hvort að aðrir aðilar á markaði fylgi sömu stefnu eftir og viðhaldi henni. Gagnsæi markaðar er því nauðsynlegt til að tryggja að aðilar á markaði geti fylgst náið með framferði hinna.

Í öðru lagi þarf hið þegjandi samkomulag um sambærileg markaðshegðun að geta átt sér stað í einhvern tíma þannig að aðilar sjái ekki ástæðu til að breyta frá hinni sameiginlegu stefnu. Allir þátttakendur í hinu þegjandi samkomulagi þurfa þannig að fylgja hinni sameiginlegri stefnu til þess að njóta góðs af. Þannig þurfa aðilar að vera í þeirri stöðu að geta beitt þá sem sveigja frá hinni sameiginlegri stefnu refsiaðgerðum til þess að tryggja að menn sjái sér ekki hag í að víkja frá henni.

Í þriðja lagi verður að vera unnt að sýna fram á að hugsanleg viðbrögð núverandi og hugsanlegra keppinauta auk viðskiptavina myndu ekki verða til þess að stefna útkomu

⁵⁶ Mál C-396/96 P *Compagnie Maritime Belge Transports* gegn *Framkvæmdastjórninni* [2000] ECR I-1365.

⁵⁷ Mál T-342/99 *Airtours plc* gegn *Framkvæmdastjórninni* [2002] ECR II-2585.

hinnar sameiginlegu stefnu í hættu. Í málinu lagði dómstóllinn ennfremur ríka áherslu á að framkvæma þyrfti hagfræðilegt mat á viðkomandi markaði og þeim þáttum er leitt gætu til sameiginlegra markaðsyfirráða áður en unnt væri að slá föstu að slíkar aðstæður væru fyrir hendi. Dómstóllinn ítrekaði þannig að reglunni um sameiginleg markaðsyfirråd ber að beita varfærnislega enda alls ekki loku fyrir það skotið að sambærileg hegðun fyrirtækja á markaði geti verið lögmæt.

Síminn virðist með vísan til samrunaákvæðanna Framkvæmdastjórnar ESB í fyrsta lagi byggja á því að sé markaðshlutdeild fyrirtækja með tilteknum hætti séu komnar fram löglíkur á því að um sameiginlegan umtalsverðan markaðsstyrk sé að ræða. Þessu er alfarið hafnað af hálfu Vodafone. Síminn hefur þannig ekki á nokkurn hátt rökstutt að markaðsaðstæðum í tilvitnuðum máli hafi svipað til aðstæðna á markaði 15 hér á landi. Til að mynda verður á engan hátt séð að niðurstaða Framkvæmdastjórnarinnar í France Telecom / Orange málinu styðji mjög eindregið að Síminn hafi njóti ekki lengur einn og sér markaðsyfirráða heldur í mesta lagi sameiginleg yfirråd með Vodafone líkt og segir í kæru Símans. Virðist svo sem Síminn hafi af handahófi valið ákvarðanir þar sem til umfjöllunar voru fyrirtæki með líka markaðshlutdeild og Síminn án þess að nokkur rök séu færð fyrir fordæmisgildi þeirra fyrir markað 15 hér á landi.

Þá verður að telja með öllu óskiljanlegt að Síminn skuli vísa í áður nefnda ákvörðun írska fjarskiptaeftirlitsins máli sínu til stuðnings. Í fyrsta lagi verður að líta til þess að umrædd ákvörðun var felld úr gildi og hefur því hvorki réttaráhrif í heimalandinu né fordæmisgildi uppi á Íslandi. Í öðru lagi hafa ekki verið færð fyrir því nein rök að aðstæður á hinum írska markaði sé sambærilegar þeim sem eru fyrir hendi hér á landi að öðru leyti en því að í báðum löndum starfa farsímafyrirtæki undir vörumerkinu Vodafone.

Vodafone telur PFS réttilega álykta að markaður 15 beri ekki merki þess að þar njóti Síminn og Vodafone sameiginlegra umtalsverðs markaðsstyrks. Kostnaðaruppbygging fyrirtækjanna er töluvert ólík og munur á fjárhagslegum styrk. Mikill munur er á markaðshlutdeild fyrirtækjanna hvort heldur sem litið er til fjölda áskrifenda eða tekna. Þá telur fyrirtækið sterka stöðu Símans á öðrum fjarskiptamörkuðum styrkja þá niðurstöðu að Símans njóti umtalsverðs markaðsstyrks á viðkomandi markaði.

Vodafone telur fráleitt að svokölluð óformleg tengsl milli félaganna geti falið í sér vísbendingu um þegjandi samkomulag um samræmda markaðshlegðun. Samskipti félaganna eru að mestu leyti tilkomin vegna lagaskyldu s.s. um númeraflutning og skyldu til samtengingar. Að öðru leyti eru samskipti félaganna til kominn vegna þeirra stöðu að annað fyrirtækið, Síminn, hefur fram að þessu ráðið yfir ómissandi aðstöðu sem er Vodafone nauðsynleg til þess að geta veitt alhliða fjarskiptaþjónustu s.s. leigulínur og reikiaðgangur.

Vodafone telur líkt og PFS að sú staðreynd að ekki sé fyrir hendi trúverðugt refsikerfi feli í sér mikilvæg rök gegn því að sameiginlegum umtalsverðum markaðsstyrk sé til að dreifa á markaði 15. Í Airtours málinu⁵⁸ vísaði EB-dómstóllinn til þess að ekki væri nauðsynlegt að færa sönnur fyrir sérstöku refsikerfi á viðeigandi markaði þótt

⁵⁸ Sjá fótnotu 4.

sýna yrði fram á að til staðar væru atriði með fælingaráhrif þannig að það borgaði sig ekki fyrir aðila að hinum sameiginlegu markaðsyfirláðum að víkja frá sameiginlegri stefnu þannig að það kæmi öðrum aðilum illa.⁵⁹

Í Impala málinu⁶⁰ afmarkaði Dómstóllinn á fyrsta dómstigi frekar hvaða skilyrði þyrfti að uppfylla til þess að trúverðugt refsikerfi teldist vera til staðar. Í fyrsta lagi þyrfti að sína fram á að aðili að hinum meintu sameiginlegu markaðsyfirláðum hafi vikið frá sameiginlegri stefnu og í öðru lagi að slíkt frávik hafi ekki leitt til refsiaðgerða af hálfu annarra aðila.⁶¹

Vodafone telur að innkoma Ódýra farsímafélagsins (SKO) á farsímamarkað sé skýrt frávik frá meintri sameiginlegri stefnu og jafnframt ljóst að Síminn hafi ekki gripið til neinna aðgerða sem flokka mætti sem refsiaðgerðir í kjölfarið. Þegar af þeirri ástæðu er ljóst að sameiginlegur umtalsverður markaðsstyrkur er ekki fyrir hendi á markaði 15.

Að því er varðar gegnsæi markaðar og niðurstöður Dómstólsins á fyrsta dómstigi sem og Samkeppniseftirlits um það skilyrði⁶² telur Vodafone ljóst að fyrirtækið hefur komið með ýmsar vörunýjungar á markað, s.s. þjónustu SKO og sjónvarp í farsíma, án þess að Síminn hafi svarað í sömu mynt. Bendir það eindregið til þess að ekki sé nægjanlegt gagnsæi á markaði 15 til þess að sameiginlegur umtalsverður markaðsstyrkur sé til staðar.

Loks ítrekar Vodafone þá afstöðu sína að í ljósi þess að Síminn hefur enga hagsmuni af því að umrædd krafa verði tekin til greina, þar sem þess er ekki krafist að kvaðir þær sem lagðar eru á Símann í hinni kærðu ákvörðun verði fækkað eða úr þeim dregið að þessu leyti, beri úrskurðarnefndinni að vísa þessum kærulið frá á grundvelli aðildarskorts.

I. Krafa um að kvöðum verði fækkað eða úr þeim dregið

Vodafone telur að PFS hafi með langri og ítarlegri umfjöllun um samkeppnishindranir á markaði 15 sýnt fram á í hinni kærðu ákvörðun að þær kvaðir sem lagðar eru á Símann séu bæði nauðsynlegar og til þess fallnar að bæta úr þeim samkeppnishindrunum sem fyrir séu á markaði. Síminn fullyrðir í kæru sinni að PFS hafi ekki fjallað um hvort almennar samkeppnisreglur nægi til þess að bæta úr þessum vanköntum og þar með brotið hinar ýmsu reglur stjórnisýslulaga. Rétt er að benda á að ESA hefur sérstaklega fjallað um nauðsyn þess að fjalla um almennar samkeppnisreglur við mat á hæfilegum kvöðum. Í bréfi til norska fjarskiptaeftirlitsins frá 6. september 2005⁶³ tilmála ESA sérstaklega að þegar um væri að ræða markaði

⁵⁹ 195. málsgrein. Málsgreinin er tekin upp óbreytt í fótnótu 43 í kæru Símans hf.

⁶⁰ Mál T-464/04 Impala gegn Framkvæmdastjórninni ECR [2006] nyr.

⁶¹ Sjá 466. málsgrein: “Two cumulative elements must be satisfied in order for the fact that no retaliatory measures have been employed to be taken to mean that the condition relating to retaliation is not satisfied, namely proof of deviation from the common course of conduct, without which there is no need to consider the use of retaliatory measures, and then actual proof of the absence of retaliatory measures.”

⁶² Sjá Impala mál sem vísað er til í fótnótu 7 og ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 28/2006 sbr. ákvörðun áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 6/2006.

sem þegar hefðu verið skilgreindir í tilmælum ESA um viðeigandi markaði bæri eftirlitsstofnunum að leggja viðeigandi kvaðir á fyrirtæki sem útnefnd væru með umtalsverðan markaðsstyrk án tillits til þess hvort hugsanleg úrræði væru til staðar að samkeppnislögum. Er því ekki unnt að fallast á þessi rök Símans.

Ekki verður heldur séð að PFS beri skylda til þess að virða Símanum það á einhvern hátt til framdráttar að gerðir hafi verið samningar við Vodafone á viðskiptalegum forsendum. Það er beinlínis rangt að slíkir samningar hafi verið alfarið án vandkvæða. Til að mynda tók það riflega eitt og hálf ár að ná samningum við Símann um reikjaðgang Vodafone. Þá hefur fyrirtækið frá því um mitt síðasta ár óskað eftir endurskoðun nágildandi reikisamnings án árangurs. Bendir þetta til þess að nágildandi samningar Símans eigi fremur rætur að rekja til lagaskyldu en velvilja Símans.

Að því er varðar kvöð um aðgang telur Vodafone að slík kvöð sé forsenda þess að stuðla að samkeppni á markaði 15. Varðandi ummæli Símans um túlkun PFS á ákvæðum 35. sbr. 28. gr. fjarskiptalaga telur Vodafone rétt að benda á skyldu PFS sem annarra stjórnvalda skv. 3. gr. EES samningsins sbr. Bókun 35 við samninginn. Túlkun Símans á ákvæðum 35. gr. fjarskiptalaga felur í sér að ákvæðið takmarkar heimildir PFS til að leggja á kvaðir í andstöðu við fyrirmæli fjarskiptalöggjafar EES. Ef niðurstaða Símans væri rétt fæli það í sér ranga innleiðingu á umræddri löggjöf sem væri brot á samningsskuldbindingum íslenska ríkisins.

Það vekur athygli að Síminn gerir ekki ágreining um að fyrirtækið sé útnefnt með umtalsverðan markaðsstyrk að því er varðar NMT farsímanet en krefst engu að síður að kvaðir að því er varðar NMT netið verði felldar niður eða úr þeim dregið. Í þessu sambandi er rétt að koma því á framfæri við úrskurðarnefnd að Vodafone óskaði á árinu 2004 eftir aðgangi að NMT neti Símans án árangurs. Allt að einu er umrædd krafa Símans alfarið án frekari rökstuðnings.

Vísast að öðru leyti til annarra framlagðra gagna.

4.0 Málástæður PFS.

Greinargerð PFS frá 15. september 2006 útlistar málatilbúnað þeirra og lagarök. Fer sá hluti hennar hér á eftir:

3.1 Almenn

PFS vill fyrir það fyrsta taka fram að kröfugerð kæranda er með þeim hætti að eðlilegt væri að vísa henni frá þar sem hún er bæði óskýr og mótsagnarkennd og með öllu óframkvæmanleg eins og sýnt verður fram í athugasemdum PFS sem gert verður grein fyrir hér á eftir.

Þá vill PFS benda á að undir markaði 15 voru skilgreindir tveir markaðir, annars vegar markaður fyrir aðgang og upphaf símtala í almenn GSM farsímanet og hins vegar markaður fyrir aðgang og upphaf símtala í NMT 450 farsímanet. Ákvörðun PFS, dags. 5. febrúar 2007, um útnefningu fyrirtækis með umtalsverðan markaðsstyrk og álagningu kvaða á markaði fyrir aðgang og upphaf símtala í almennum farsímanetum, fól í sér útnefningu og álagningu kvaða á báðum mörkuðum. Þótt sumar kröfur Símans tiltaki það ekki með beinu hætti að þær eigi eingöngu við GSM

farsímamarkaðinn þá verður ekki annað skilið af röksemdum í málsástæðum og lagarökum að svo sé. Sérstaklega í ljósi þess að í kröfu E er að finna kröfu sem eingöngu varðar NMT farsímanet Símans auk þess sem Síminn tekur þar fram að ekki sé gerður ágreiningur um að fyrirtækið sé útnefnt með umtalsverðan markaðstyrk á markaði fyrir aðgang og upphaf símtala í NMT 450 farsímanet. Í samræmi við það munu athugasemdir PFS eingöngu varða ákvörðun um útnefningu Símans með umtalsverðan markaðsstyrk og álagningu kvaða á markaði fyrir aðgang og upphaf símtala í GSM farsímanet, að undanskildum lokahluta umfjöllunar um kröfu E, sem fjallar um kvaðir á markaði fyrir NMT þjónustu.

Flestar röksemdir í kærðu Símans hafa komið fram áður við meðferð greiningar á markaði 15 og hefur flestum þeirra verið svarað oftast en einu sinni. Þar sem Síminn heldur þeim enn á lofti þá sér PFS ekki annað fært en að reifa enn og aftur sömu sjónarmið og fram hafa komið áður. Hins vegar, svo að ekki sé um algjöra endurtekningu að ræða á þeim blaðsíðufjölda sem þegar liggur að baki ákvörðun um markað 15, mun PFS í mörgum tilfellum vísa aðallega í umfjöllun í viðaukum með ákvörðun um markað 15.

PFS vill leggja áherslu á að eftir ítarlega greiningu á markaði 15 er að mati PFS alveg ljóst að Síminn er með umtalsverðan markaðsstyrk á markaði fyrir aðgang og upphaf símtala í almennum GSM farsímanetum. Allur rökstuðningur í viðaukum með hinni kærðu ákvörðun og sú umfjöllun sem hér kemur á eftir styður þessa niðurstöðu. Þá vill PFS leggja áherslu á, eins og áður hefur komið fram, að ESA hefur heimilað PFS að taka umrædda ákvörðun og hefur með því samþykkt greiningu PFS á markaði 15, niðurstöður og kvaðir, sem og málsmeðferð við töku hinnar kærðu ákvörðunar.

Komist úrskurðarnefndin að annarri niðurstöðu en PFS vill stofnunin leggja áherslu á að nefndin meti hvaða hagsmunir eru í húfi ef ákvörðunin verður felld úr gildi. Má í því sambandi geta þess að nýverið fór fram útboð á tíðnum fyrir þriðjukynslóðarnet og tilboð bárust frá Símanum hf., Og fjarskiptum ehf. (Vodafone) og Nova ehf. sem er nýtt fyrirtæki. Uppbygging á þessum netum mun standa yfir í ákveðin tíma og PFS gerir ráð fyrir að á þeim tíma munu viðskiptavinir þessarar nýju þjónustu reika í starfandi GSM netum þar til uppbyggingu er lokið. Í þessu sambandi má benda á að Nova á ekki GSM farsímanet og þarf því að treysta á að fá aðgang að starfandi GSM farsímanetum til að geta veitt notendum sínum fullnægjandi farsímaþjónustu um allt land meðan á uppbyggingunni stendur. Þá má benda á að það er mun mikilvægara fyrir fyrirtæki að fá aðgang að GSM farsímaneti Símans þar sem það er með meiri útbreiðslu en GSM net Vodafone. Það er mat PFS að staða allra nýrra farsímafyrirtæki yrði verulega skert ef hin kærða ákvörðun um markað 15 yrði ekki staðfest, þar sem þau gætu ekki búið notendum sínum sambærilega þjónustu og Síminn og Vodafone. Slík niðurstaða myndi væntanlega leiða til þess að áfram yrðu bara tvö fyrirtæki á farsímamarkaði sem að mati PFS er notendum ekki til hagsbóta.

3.2 Athugasemdir við kröfu A

Síminn krefst þess aðallega að hin kærða ákvörðun verði felld úr gildi og lagt verði fyrir PFS að taka málið á ný til löglegrar meðferðar. Síminn byggir á því að hin kærða ákvörðun PFS sé haldin svo miklum formgalla að það varði ógildingunni hennar.

PFS hafnar framangreindri kröfu Símanns enda mun stofnunin sýna fram á hér á eftir að þau tilvik sem Síminn heldur fram að séu formgallar voru ekki með þeim hætti að hægt sé að líta á þau sem formgalla né að þau eigi að leiða til þess að ógilda beri hina kærðu ákvörðun. Komist úrskurðarnefndin að annarri niðurstöðu en PFS vill stofnunin leggja áherslu á að nefndin meti hvaða hagsmunir eru í húfi ef ákvörðunin verður felld úr gildi. Niðurstöður greiningar á markaði 15 geta ekki leitt til annarrar niðurstöðu en að Síminn sé með umtalsverðan markaðsstyrk og ekki verður séð að sú staða eigi eftir að breytast á næstunni. Í ljósi þess myndi ógilding á hinni kærðu ákvörðun eingöngu leiða til þess að ákvörðun um að útnefna Símann með umtalsverðan markaðsstyrk á markaði 15 myndi frestast þar til hægt yrði að taka nýja ákvörðun og á meðan væri farsímamarkaðurinn settur í uppnám þar sem engar skyldur hvíldu á Símanum um að veita aðgang að GSM-farsímaneti sínu.

a. Meint vanhæfi forstjóra PFS

Síminn hefur gert þá kröfu undir rekstri málsins að forstjóri PFS víki sæti sökum vanhæfis. Málsatvikum er lýst í kærðu Símanns og ekki ástæða til að fara útarlega í þá lýsingu. Rökstuðningur Símanns um vanhæfiskröfuna er byggður á því að forstjóri PFS hafi áður en hann tók hina formlegu ákvörðun í máli þessu tjáð sig eindregið þannig að ljóst sé að hann hafi áður gert upp hug sinn til úrlausnarefnisins. Umfjöllun Símanns um meint vanhæfi forstjóra PFS byggir í meginatriðum á doktorsritgerð Páls Hreinssonar um hæfisreglur stjórnarsýslulaga sem kom út í Reykjavík 2005. Í ljósi þess að Páll Hreinsson er manna fróðastur hér á landi um hæfisreglur stjórnarsýslulaga og einnig sá sem Síminn styðst við í umfjöllun sinni þá ákvað PFS að leita til Páls Hreinssonar og fá hann til þess að gefa álit sitt á vanhæfiskröfu Símanns í máli þessu. PFS taldi mikilvægt að fá úr þessu skoridð enda er það álit PFS að alvarlegar aðstæður myndu skapast ef úrskurðarnefndin myndi fallast á vanhæfiskröfu Símanns. Í fyrsta lagi yrði vanhæfishugtakið útvíkkað með þeim hætti að Síminn myndi krefjast ógildingar á stjórnarsýsluákvörðunum stofnunarinnar af minnsta tilefni sem myndi leiða til þess að stofnunin gæti ekki sinnt lögbundnu hlutverki sínu með fullnægjandi hætti. Í öðru lagi hefði sú niðurstaða ekki bara áhrif á starfsemi og hlutverk Póst- og fjarskiptastofnunar heldur einnig starfsemi annarra stjórnarsýslustofnanna þar sem slíkur úrskurður er fordæmisgefandi á meðan málið hefur ekki verið borið undir dómstóla. Í þriðja lagi hefur stofnunin engar heimildir til að bera slíka niðurstöðu undir dómstóla þar sem til þess þarf sérstaka lagaheimild. Það er því mjög mikilvægt að úrskurðarnefndin hafni vanhæfiskröfu Símanns og stöðvi tilburði félagsins til að fresta ráðstöfunum sem nauðsynlegar eru til að koma á virkri og sjálfbærri samkeppni á farsímamarkaði hér á landi neytendum til hagsbóta.

Álit Páls Hreinssonar á framgreindri vanhæfiskröfu Símanns liggur nú fyrir, dags. 27. mars 2007, og fylgir með greinargerð þessari. Þar fjallar Páll Hreinsson útarlega um málið með hliðsjón af reglum stjórnarsýslunnar og þeim dómafordæmum sem liggja fyrir og Síminn vísar til, sem og lögbundnum starfsskyldum PFS við markaðsgreiningu. PFS telur ekki nauðsynlegt að fara útarlega í álitgerð Páls enda er hún hluti af gögnum PFS í máli þessu en PFS telur þó rétt að gera grein fyrir eftirfarandi niðurstöðum Páls Hreinssonar á vanhæfiskröfu Símanns:

Í álitgerðinni er rakið að í réttarfari var byggt á því fram til 1990 að dómari yrði vanhæfur af þessari ástæðu hefði hann eindregið tjáð sig um niðurstöðu máls. Farið var að skýra hæfisreglur dómara til náins samræmis við fordæmi MDE og MNE við beitingu 6. gr. MSE, frá 9. janúar 1990, sbr. H 1990:2. Frá þeim tíma verður að atla að á því hafi verið

byggt að dómari verði ekki aðeins vanbæfur hafi hann með ummalum sínum tekið eindregna afstöðu til niðurstöðu málsins heldur einnig í þeim tilvikum ef ummáli hans virðast veita vísbendingu um það.

Hæfisreglur 3. gr. stjórnýslulaga nr. 37/1993 gilda um forstjóra Póst og fjarskiptastofnunar en ekki hæfisreglur dómara. Í álitargerðinni eru áréttuð þau ummáli sem fram koma í athugasemdum við frumvarp það er varð að stjórnýslulögum nr. 37/1993 um að ekki beri að gera jafn strangar hæfiskröfur til starfsmanna stjórnýslunnar og dómara. Sérstök áhersla er lögð á þetta skýringarsjónarmið í frumvarpi, sem varð að lögum nr. 49/2002 og breytti hæfisreglum stjórnýslulaga.

Rakið er að í stjórnýslurétti hefur lengst af verið byggt á því að starfsmaður verði ekki vanbæfur enda þótt hann hafi áður tjáð sig um mál opinberlega. Í álitargerðinni eru reifud bæði álit umboðsmanns og dómara sem styðja þá niðurstöðu. Þá er bent á að í athugasemdum við 3. gr. frumvarps þess, er varð að stjórnýslulögum nr. 37/1993, er tekin skýr afstaða til þessarar vanbæfisástaðu í ljósi ákvæða 4. og 6. tölul. 1. mgr. 3. gr. ssl. Þar er hún einskorðuð við það þegar síðari umfjöllun um málið er til eftirlits eða endurskoðunar í þágu réttaröryggis. Sá varnagli er þó sleginn að starfsmaður geti orðið vanbæfur hafi hann áður komið fram á mjög persónulegan hátt. Sú undantekning, sem hér er bent á, snertir þær vanbæfisástaður, um að starfsmaður hafi t.d. gerst ber að óvild í garð málsaðila, sé honum mótsnúinn eða hafi sýnt af sér aðra framkomu af þeim toga. Í lögskýringargögnum er ekki vikið að þeim möguleika að starfsmaður verði vanbæfur af þeirri ástaðu einni að hann hafi tjáð sig opinberlega um málið. Þar sem umfjöllun í lögskýringargögnum um þessa vanbæfisástaðu er fremur ítarleg, er nærtækt að draga þá ályktun að þessi vanbæfisástaða hafi almennt ekki verið talin koma til greina, í ljósi ríkjandi fræðikenninga á þeim tíma. Enda þótt framangreind lögskýringargögn og fordæmi verði tæplega talin koma í veg fyrir það að hagt sé í ákveðnum undantekningartilvikum að telja starfsmann vanbæfan af þessari ástaðu á grundvelli 6. tölul. 1. mgr. 3. gr. ssl. verður að atla að það komi einvörðungu til greina þegar samþætt mat á öllum aðstaðum mælir með því að gera beri mjög strangar hæfiskröfur.

Í kafla 13. var bent á að úrlausnarefni málsins réðist af skýringu hæfisreglnanna í ljósi lögbundinna starfsskyldna Póst- og fjarskiptastofnunar varðandi málsmeðferð við markaðsgreiningu og undirbúning að ákvörðunum um útnefningu fyrirtækis með umtalsverðan markaðstyrk og kvaddir sem lagðar eru á, viðhaldið, breytt eða afnumdar í frambaldi af slíkri útnefningu. Bent var á að Póst- og fjarskiptastofnun væri skyld að birta opinberlega rökstudd drög að markaðsgreiningu um það hvaða fyrirtæki hefðu umtalsverðan markaðsstyrk. Gæfist þá viðkomandi fyrirtækjum, sem og öðrum sem hagsmuni hafa að gæta, tæki færi til að fara yfir alla þætti málsins og koma að athugasemdum og andmælum sem Póst- og fjarskiptastofnun tekur síðan afstöðu til áður en hin endanlega ákvörðun er tekin. Hið sama gildi um þær fyrirbugðu kvaddir sem atlinin væri að grípa til. Einkenni þessarar málsmeðferðar er að gagnsæi væri um úrvinnslu gagna og afstöðu stofnunarinnar til allra meginþátta málsins en það leiddi aftur til þess að málsaðilar sem og aðrir sem hagsmuna hafa að gæta fengju mun víðtækari andmælarétt en leiddi af stjórnýslulögum, sem aftur leiddi til þess að réttaröryggi þeirra væri á margan hátt mun betur tryggt en ella. Á hinn bóginn var bent á að þessi málsmeðferð leiddi til þess að Póst- og fjarskiptastofnun lýsti afstöðu sinni til allra meginþátta málsins opinberlega í frumniðurstöðum áður en hin endanlega ákvörðun er tekin. Ekki yrði séð að þessi málsmeðferð, sem þannig væri atlað að auka réttaröryggi málsaðila, leiddi til þess að starfsmenn Póst- og fjarskiptastofnunar yrðu vanbæfir til þess að taka endanlega ákvörðun í málinu á grundvelli frumniðurstöðunnar að fengnum andmælum og athugasemdum enda þótt frumniðurstöðan hafi áður verið opinberlega birt. Af þessari niðurstöðu var einnig talið leiða að fyrst starfsmönnum Póst- og fjarskiptastofnunar væri skyld að lýsa afstöðu sinni til allra meginþátta málsins opinberlega í frumniðurstöðum áður en hin endanlega ákvörðun væri tekin væri einnig ljóst að það leiddi heldur ekki til vanbæfis enda þótt þau efnisatriði, sem fram kæmu í binni birtu frumniðurstöðu, væru síðar endurtekin eða áréttuð opinberlega áður en hin endanlega ákvörðun

væri tekin í málinu. Hér væri aðstaðan í raun orðin sambærileg við það sem tekið var fram í H 1989:828 þar sem deilt var um hæfi ríkissaksóknara vegna ummæla sem höfð voru eftir honum í fjölmiðlum eftir útgáfu ákæru. Í dómi Hæstaréttar sagði: „Ummæli ákæruvaldsins eftir útgáfu ákæru utan dóms eru því á engan hátt umfram það, sem þegar liggur fyrir við útgáfu ákæru um viðhorf þess til sakargjfta, og valda því ekki vanhæfi.“

Það er niðurstaða undirritaðs að þegar lítið er til þeirra ummæla sem Síminn hefur bent á og látnu voru falla af hálfu Póst- og fjarskiptastofnunar og forstjóra hennar hinn 27. september 2006 þá verði að telja að þau feli í meginatriðum ekki annað í sér en þá afstöðu sem fram kom hjá Póst- og fjarskiptastofnun í lokadrögum að markaðsgreiningu og drögum að ákvörðun sem birt var í samræmi við starfsskyldur sem á starfsmönnum stofnunarinnar hvíla hinn 8. september 2006. Af þeim sökum var talið að þessi ummæli gætu ekki hafa gert forstjóra Póst- og fjarskiptastofnunar vanhæfan til þess að taka endanlega ákvörðun um markaðsgreiningu á markaði 15 og ákvarðanir á grundvelli hennar.

Framangreind niðurstaða Páls Hreinssonar um vanhæfiskröfu Símans er sú sama og PFS hefur haldið fram undir rekstri málsins og kom fram í bréfi stofnunarinnar til Símans, dags. 3. nóvember 2006, og ítrekuð var í bréfi til Símans, dags. 5. febrúar 2007.

Á þeim tímapunkti sem forstjóri PFS tjáði sig um niðurstöður í samnorrænu skýrslunni lágu fyrir lokadrög að ákvörðun um markað 15 en ekki frumniðurstöður markaðsgreiningar eins og Síminn heldur fram í kæru sinni m.a. á bls. 7 og bls. 14. Frumniðurstöður greiningar á markaði 15 voru send fjarskiptafyrirtækjum til samráðs þann 8. júlí 2005 og Síminn sendi inn athugasemdir þá auk þess sem PFS átti einnig fund með Símanum í kjölfarið á því. Að því loknu voru frumdrögin endurskoðuð með hliðsjón af athugasemdum og athugasemdum svarað sérstaklega í viðauka C með ákvörðun um markað 15. Lokadrög að ákvörðun um markað 15 voru send bæði ESA og fjarskiptafyrirtækjum til samráðs með bréfum, dags. 28. ágúst og 8. september 2006. Lokadrögin byggðu á þeim niðurstöðum sem PFS hafði birt í frumdrögum og þar sem þær niðurstöður byggja að mesta á tölfræðiupplýsingum frá fyrirtækjunum sjálfum voru niðurstöður í frumdrögum og lokadrögum nánast samhljóða. Það var svo þann 27. september 2006 sem umrædd ummæli forstjóra birtust en á þeim tíma lágu fyrir og höfðu birst opinberlega bæði frumdrög og lokdrög um greiningu á markaði 15.

Eins og áður segir hafði PFS svarað vanhæfiskröfu Símans með bréfi, dags. 3. nóvember 2006. Í því bréfi stofnunarinnar var m.a. ítarlegur rökstuðningur fyrir þeirri afstöðu stofnunarinnar að ekki væri fallist á það mat Símans að forstjóri PFS væri vanhæfur til frekari meðferðar málsins vegna umræddra ummæla. PFS getur ekki falist á það að sá rökstuðningur hafi verið brotarkenndur. PFS hefur aldrei haldið því fram að þeir hagsmunir sem málið snúist um séu smávægilegir né að þáttur forstjóra í afgreiðslu þess sé lítilfjörlegur og því hefur PFS ekki stuðst við 2. mgr. 3. gr. stjórnarsýslulaga.

Í I. kafla laga nr. 81/2003 um fjarskipti kemur fram að markmið laganna sé að tryggja hagkvæm og örugg fjarskipti og efla virka samkeppni. Þá segir þar einnig að PFS skuli hafa umsjón með fjarskiptum innan lögsögu íslenska ríkisins og hafa eftirlit með framkvæmd laganna. Verkefni PFS eru svo talin upp í 3. gr. laga nr. 69/2003 um Póst- og fjarskiptastofnun. Þau verkefni sem snúa að fjarskiptum eru m.a.:

- Að annast framkvæmd laga um fjarskipti og hafa eftirlit með fjarskiptum, svo sem nánar er kveðið á um í lögum um það efni. Stofnunin skal framfylgja lögnum og stuðla að því að markmið þeirra náist.
- Að stuðla að samkeppni á sviði fjarskiptaþjónustu og koma í veg fyrir óréttmæta viðskiptahætti með því m.a. að:
- Að gæta hagsmuna almennings með því m.a. að stuðla að vernd neytenda í viðskiptum þeirra við fjarskiptafyrirtæki, stuðla að birtingu skýrra upplýsinga fyrir notendur og krefjast gagnsæi gjaldskráa og skilmála fyrir notkun almennrar fjarskiptaþjónustu og tryggja hag notenda, þ.m.t. einstakra þjóðfélagshópa, svo sem öryrkja, sem best að því er varðar val, verð og gæði,

Eftirlitshlutverk PFS er svo áréttað í 4. gr. laga um Póst- og fjarskiptastofnun en þar segir að PFS hafi eftirlit með starfsemi fjarskiptafyrirtækja, þar með talið fjárhagsstöðu þeirra, og skuli fylgjast með því að starfsemi þeirra sé í samræmi við lög, reglugerðir, reglur, skilyrði eða ákvarðanir sem um starfsemina gilda og að starfsemin sé að öðru leyti í samræmi við heilbrigða og eðlilega viðskiptahætti.

Meginhlutverk PFS er að hafa eftirlit með fjarskiptum, stuðla að samkeppni og gæta hagsmuna almennings. Markaðsgreiningin og álagning kvaða á fyrirtæki sem útnefnd hafa verið með umtalsverðan markaðsstyrk er eitt vegamesta verkfærið til að sinna þessum meginhlutverkum PFS. Telja má að í skyldum PFS gagnvart neytendum felist m.a. skylda til að upplýsa þá um ástandið á fjarskiptamarkaðinum og þær aðgerðir sem stofnunin hyggst beita til að laga ástandið þar. Telja má að það sama gildi fyrir fjarskiptafyrirtæki og að þau hafi einnig rétt á slíkum upplýsingum. Umrædd vanhæfiskrafa Símans kom fram vegna ummæla forstjóra PFS sem birtust í fréttatilkynningu og sjónvarpsviðtali þegar niðurstöður úr samnorrenni skýrslu um farsímamarkaðinn voru kynntar. Þær niðurstöður voru neikvæðar fyrir Ísland og sýndu m.a. að verð til neytenda hér á landi höfðu hækkað á meðan verð til neytenda í öðrum Norðurlöndum höfðu lækkað. Með hliðsjón af meginhlutverkum PFS má líta svo á að stofnuninni hafi verið skylt að gera almennings og fjarskiptamarkaðinum grein fyrir því hvernig stofnunin hygðist bregðast við slíkum niðurstöðum. Það var nákvæmlega það sem forstjóri PFS gerði þegar hann greindi frá niðurstöðunum. Þau viðbrögð sem forstjórinn boðaði voru í samræmi við þær fyrirætlanir sem stofnunin hafði tilkynnt í frumdrögum og lokadrögum að greiningu á markaði 15 um aðgang og upphaf símtala í almennum farsímanetum sem þegar lágu fyrir og voru öllum kunnar.

Síminn segir að PFS hafi verið búin að komast að niðurstöðu um aðgangskvöð á Símann þann 27. september 2006 og af þeim sökum hafi Símann talið þýðingarlaust að koma frekari athugasemdum á framfæri, enda svokallað samráð augljóslega einungis til málamynda. Af þessu tilefni vill PFS benda á að niðurstöðu um að nauðsynlegt væri að leggja aðgangskvöð á Símann lá fyrir miklu fyrr og var birt opinberlega þegar drög að greiningu að markaði 15 voru send öllum skráðum fjarskiptafyrirtækjum til samráðs þann 8. júlí 2005. Það er því alveg með ólíkindum að Símann sé að halda því fram að umfjöllun um leggja aðgangskvöð á Símann, sem á sér stað löngu eftir að niðurstöður um það lágu fyrir og voru birtar í samræmi við starfskyldur stofnunarinnar, valdi því að forstjóri PFS og allt starfsfólk hans sé vanhæft í málinu. Þá vill PFS einnig benda á að samráð við hagsmunadila er lögbundin skylda skv. 6. gr. laga nr. 69/2003. Markaðsgreining og niðurstöður hennar byggja á tölfræði og upplýsingum sem PFS fær frá fjarskiptafyrirtækjunum sjálfum. Í ljósi þess er ekki hægt að gera ráð fyrir því að niðurstöður úr samráði við

hagsmunaaðila umbylti niðurstöðum markaðsgreiningar nema ef í ljós kæmi að þær upplýsingar sem PFS hefði fengið frá fjarskiptafyrirtækjunum væru rangar. Síminn var áður búinn að gera skriflegar athugasemdir við greininguna á markaði 15 og gat ekki búist við að annað samráð um sömu greiningu myndi leiða til mjög breyttrar niðurstöðu.

Síminn heldur því fram að þar sem PFS hafi ekki breytt niðurstöðum sínum í lokadrögum að ákvörðun um markað 15 í kjölfar athugasemda Símans, dags. 22. desember 2006, sé sannað að forstjórinn hafi ekki getað tekið málefnalega afstöðu til sjónarmiða Símans eftir að hafa kynnt niðurstöðu sína í fjölmiðlum. Að mati PFS er þetta fráleitt sjónarmið. Það er alls ekki hægt að fallast á það að niðurstöður markaðsgreiningar séu ómálefnalegar eingöngu af því að Síminn er ósáttur við þær eða getur ekki lagt fram sannanir sem kalla á breytingar á þeim. Eins og áður hefur komið fram byggja niðurstöður markaðsgreiningar á upplýsingum frá fjarskiptafyrirtækjunum sjálfum og þær niðurstöður sýna það ótvírætt að Síminn er með mjög sterka stöðu á markaði 15 og því var rétt að útnefna fyrirtækið eitt með umtalsverðan markaðsstyrk. Það skýrir það fyrst og fremst af hverju niðurstöðunum var ekki breytt. Í þeirri greinargerð sem Síminn sendi inn vegna samráðsins um lokadrög að ákvörðun um markað 15 voru að miklu leyti sömu rök og áður höfðu komið fram. Þau rök Símans sem telja verður ný í þessu máli voru ekki talin gefa tilefni til að breyta þeim niðurstöðum sem PFS hafði komist að og var því svarað útarlega í viðauka D með ákvörðun um markað 15 og gerð grein fyrir því hvers vegna væri ekki hægt að fallast á þau. Nánar verður farið í þau rök hér á eftir þar sem Síminn hefur tekið þau upp í kærú sinni.

Það er mat PFS að öll gögn í máli þessu sýni fram á að hin kærða ákvörðun sé bæði lögleg og rétt. Í ljósi þess er eðlilegt að sönnunarbyrði fyrir fullyrðingu Símans um að ómálefnaleg sjónarmið hafi ráðið niðurstöðu PFS í hinni kærðu ákvörðun sé lögð á Símann.⁶⁴ Að mati PFS hefur Símanum ekki tekist að sýna fram á ómálefnaleg sjónarmið hafi ráðið niðurstöðunni enda engin leið að sýna fram á það, þar sem niðurstaðan er sú sama áður og alveg ljóst af gögnum málsins að ómálefnaleg sjónarmið hafa hvorki haft áhrif á meðferð né niðurstöður PFS í hinni kærðu ákvörðun.

Með hliðsjón af framangreindu er það að mati PFS bæði eðlilegt og rétt að hafna framangreindri vanhæfiskröfu Símans.

b. Lögbundin álitserð ESA

PFS hafnar fullyrðingu Símans um að ákvörðun hafi verið tekin degi áður en lögboðin álitserð ESA lá fyrir og að það sé svo verulegur ágalli á ákvörðuninni að það valdi ógildi hennar. Formleg ákvörðun um markað 15 var birt þann 5. febrúar sl. og tók gildi sama dag. Samráðsferli við ESA um lokadrög að ákvörðun um markað 15 fór fram annars vegar 28. ágúst – 28. september 2006 og hins vegar 11. nóvember – 11. desember 2006. Eins og fram hefur komið hér að framan þá tóku lokadrögin ákveðnum, en afmörkuðum, breytingum eftir fyrra samráðið við ESA og þar af leiðandi taldi PFS rétt að tilkynna lokadrögin að nýju til ESA um leið og þau voru lögð að nýju fyrir fjarskiptafyrirtækin til samráðs. PFS telur því ekki hægt að líta svo á að formleg ákvörðun, sbr. 1. mgr. 7. gr. laga nr. 69/2003 um Póst- og

⁶⁴ Sjá umfjöllun í kafla 40.5 í doktorsritgerð Páls Hreinssonar um hæfisreglur stjórnisýslulaga.

fjarskiptastofnun, hafi verið tekin áður en samráð var haft við ESA og afstaða þess lá fyrir.

PFS vill þó benda á að skv. 2. mgr. 7. gr. laga nr. 69/2003 er heimilt að víkja frá samráði við ESA skv. 1. mgr. þegar sérstaklega stendur á en tafarlaust skal tilkynna til ESA um ákvörðunina eftir að hún hefur verið tekin. Það skal hins vegar tekið fram að með þessari ábendingu er PFS ekki að halda því fram að samráði við ESA hafi verið sleppt.

Með hliðsjón af framangreindu er það mat PFS engin sá ágalli sé á ákvörðun PFS að það varði ógildingu hennar.

c. Lögbundin sjónarmið í 3. mgr. 28. gr. fjarskiptalaga

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 og að það sé annmarki sem varði ógildingu hinnar kærðu ákvörðunar.

Ákvörðun PFS um markað 15 er margþætt. Í fyrsta lagi er um að ræða ákvörðun um að útnefna 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 markaði 15 og öðrum viðaukum við ákvörðunina. Í ljósi þess er það mat PFS að þessi krafa eigi ekki heima í þessum hluta. Auk þess er ekki hægt að fallast á það að annmarki á mati skv. 3. mgr. 28. gr. valdi ógildingu á allri ákvörðun PFS um markað 15 þar sem matið á aðeins við um álagningu skyldna skv. 1. mgr. 28. gr. þ.e. um að veita aðgang að netum og þjónustu.

Í 3. mgr. 28. gr. fjarskiptalaga segir að við ákvörðun um að leggja á skyldur skv. 1. mgr. skuli PFS taka mið af því hvort það sé:

- a. tæknilega og fjárhagslega raunhæft að nota eða setja upp eigin aðstöðu í samkeppni með hliðsjón af markaðsþróun 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.

Eins og sjá má á framangreindu ákvæði þá er um ræða viðmið sem varða annars vegar hagsmuni þess fyrirtækis sem leggja á aðgangskvöð á og hins vegar hagsmuni mögulegra samkeppnisadila og samkeppninnar almennt. Eins og áður segir er rökstuðning fyrir álagningu aðgangskvaðar fyrst og fremst að finna í greiningu á markaði 15 og er hann að mati PFS fullnægjandi og í samræmi við aðferðir annarra fjarskiptaeftirlitsstofnana á EES svæðinu. PFS telur of langt mál að tíunda hér öll þau rök sem þar er að finna en vísar fyrst og fremst til umfjöllunar í kafla 7.3.2 og 7.4.1.1 í greiningu á markaði 15 (viðauki A). Að mati PFS er mjög erfitt fyrir nýja adila að koma inn á farsímamarkaðinn nema að í boði sé aðgangur að starfandi farsímanetum. Uppbygging á nýju farsímaneti felur í sér mikinn fjárfestingarkostnað og PFS telur að ekki verði auðveldlega ráðist í uppsetningu og rekstur nýrra

farsímastöðva eða farsímaneta, miðað við núverandi markaðsaðstæður á Íslandi. Aðgangur að farsímanetum á heildsölustigi hefur ekki verið í boði hér á landi, ef undan er skilinn reikisamningur Símans og Vodafone sem gerður var á grundvelli lagaskyldu sbr. 35. gr. fjarskiptalaga. PFS telur að það sé algjör forsenda fyrir því að auka samkeppni á farsímamarkaði að lögð sé á Símann kvöð um að veita aðgang að GSM farsímaneti sínu. PFS telur að hagsmunir neytenda muni batna með innkomu fleiri sjálfstæðra þjónustuaðila á farsímamarkaðinn, hvort sem þeir séu í formi endursöluaðila, sýndarnetsaðila eða netrekenda. Þá telur PFS það sé forsvaranlegt að leggja aðgangskvöð á Símann sbr. c. lið 3. mgr. 28. gr. Fjarskiptakerfi Símans, þ.á.m. NMT og GSM netið var að stórum hluta byggt upp í skjóli einkaleyfis í fjarskiptum sem gerir það að verkum að staða Símans á farsímamarkaði hefur frá upphafi verið mun sterkari en annarra aðila á farsímamarkaði. Í ljósi þess og með hliðsjón af því að nauðsynlegt er að efla samkeppnina á markaðinum verður að telja að það sé eðlilegt að leggja aðgangskvöð á Símann.

Að lokum bendir PFS á að aðgangskvöðin leggur þá skyldu á Símann að verða við sanngjörnum og eðlilegum beiðnum um aðgang að GSM neti sínu og þjónustu. Gengið er út frá því að þeir aðilar sem koma til með að óska eftir heildsöluadgangi að GSM farsímaneti Símans semji sjálfir við Símann. Komi hins vegar til að samningaviðræður um aðgang gangi ekki upp er hægt að vísa slíku ágreiningsmáli til PFS. PFS mun skoða hvert mál fyrir sig þegar þau koma upp. Það er hins vegar ekki augljóst að allar aðgangsbeiðnir verði metnar sanngjarnar og mun PFS, í ákvörðun í hverju einstöku máli, hafa til hliðsjónar þau viðmið sem talin eru upp í 3. mgr. 28. gr. fjarskiptalaga.

d. Samráð við Samkeppniseftirlitið, skv. 16. fjarskiptalaga

Síminn heldur því fram að ekki hafi verið gætt lögboðins samráðs við Samkeppniseftirlitið, skv. 16. gr.

Í 16. gr. fjarskiptalaga segir orðrétt: Póst- og fjarskiptastofnun skal skilgreina þjónustu- eða vörumarkaði og landfræðilega markaði í samræmi við meginreglur samkeppnisréttar og skuldbindingar samkvæmt samningnum um Evrópska efnahagssvæðið. Haft skal samráð við Samkeppnisstofnun þegar við á.

Eins og sjá má á framangreindu ákvæði þá skal hafa samráð við Samkeppnisstofnun (nú Samkeppniseftirlitið) þegar PFS skilgreinir þjónustu- eða vörumarkaði og landfræðilega markaði. Ákvæðið gerir ekki kröfu um að greining á samkeppni skuli borin undir Samkeppniseftirlitið. Í 1. mgr. 17. gr. fjarskiptalaga segir að PFS skuli, með hliðsjón af 16. gr., greina viðkomandi markaði með hliðsjón af skuldbindingum samkvæmt samningnum um Evrópska efnahagssvæðið. Þegar við á skal gera greininguna í samstarfi við Samkeppniseftirlitið.

PFS hafði bæði óformlegt og formlegt samráð við Samkeppniseftirlitið við undirbúning og greiningu á markaði 15. Með bréfi PFS, dags. 8. júlí 2005, var greining á markaði 15 send til Samkeppniseftirlitsins til formlegs samráðs. Samkeppniseftirlitið svaraði með bréfi, dags. 15. september 2005, þar sem fram kom að Samkeppniseftirlitið beindi athugun sinni eingöngu að skilgreiningu á viðkomandi þjónustumarkaði og landfræðilegum markaði og þeim þáttum sem ætla mætti að hafi áhrif við mat á markaðsstyrk fyrirtækja á einstaka markaði. Samkeppniseftirlitið

gerði ekki athugasemdir við þessa þætti draganna og taldi greininguna að því leyti sé vel unna og að hún þjónaði markmiðum sínum.

Með hliðsjón af framangreindu ákvæði 16. gr. er það álit PFS að skyldu til að hafa samráð við Samkeppniseftirlitið hafi verið fullnægt. Samkeppniseftirlitið gerði ekki athugasemdir við skilgreiningu á markaði 15 og í ljósi þess að hún var óbreytt þegar annað og þriðja samráð um markað 15 átti sér stað verður ekki séð að PFS hafi borið skylda til að bera skilgreiningu á markaði 15 og greiningu á samkeppninni þar aftur undir Samkeppniseftirlitið. Enda segir ákvæðið að hafa skuli samráð við Samkeppniseftirlitið þegar við á.

PFS hafnar því að greining og niðurstöður á markaði 15 um það hvort um sameiginlega markaðsráðandi stöðu sé að ræða séu að stofni til frá árinu 2005. Þegar lokadrög að ákvörðun um markað 15 voru tilkynnt til ESA í ágúst 2006 hafði greining á markaði 15 verið uppfærð. Það er vissulega rétt hjá Símanum að á sama tíma komu fram nýjar dóma- og stjórnvísluákvæðanir um skilgreiningu á sameiginlegri markaðsráðandi stöðu. PFS skoðaði þau fordæmi vel áður en hin kærða ákvörðun um markað 15 var formlega tekin og svaraði sérstaklega, í viðauka D við ákvörðun um markað 15, öllum þeim athugasemdum sem Síminn lagði fram um það efni í bréfi sínu, dags. 22. desember 2006.

Þá vill PFS benda á að Póst- og fjarskiptastofnun og Samkeppniseftirlitið eru tvær sjálfstæðar stofnanir sem starfa skv. ólíkum lögum. PFS er ekki bundin af ákvörðunum samkeppnisyfirvalda við greiningu á fjarskiptamörkuðum þó svo að þær aðferðir sem PFS á að beita við skilgreiningu á markaði og mat á umtalsverðum markaðsstyrk séu byggðar á meginreglum samkeppnisréttar. Með sama hætti er Samkeppniseftirlitið ekki bundið af aðferðafræði og niðurstöðum PFS í greiningu á fjarskiptamörkuðum eins og fram kom í bréfi Samkeppniseftirlitsins, dags. 15. september 2005. Það er því ekkert því til fyrirstöðu að stofnanirnar tvær komist að ólíkum niðurstöðum á sömu mörkuðum.⁶⁵

Síminn hefur í nokkur ár haldið fram þeirri kröfu að félagið sé sameiginlega markaðsráðandi með Vodafone á farsímamarkaði og það eru engin ný tíðindi að Samkeppniseftirlitið sé að fjalla um þá kröfu. Í því sambandi bendir PFS á að Samkeppniseftirlitið hefur í fjölmörgum ákvörðunum staðfest að Síminn sé einn með markaðsráðandi stöðu á GSM farsímamarkaði sbr. m.a. ákvörðun Samkeppnisráðs nr. 40/2003 og nr. 21/2005. Í seinna málinu féllst Samkeppnisráð ekki á þá kröfu Símans að félagið væri sameiginlega markaðsráðandi með Vodafone en krafa Símans byggði einkum á sjónarmiðum um stöðu Símans á fákeppnismarkaði. Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 10/2006 frá 31. mars 2006 komst eftirlitið að þeirri niðurstöðu að aðstæður á farsímamarkaði hefðu ekki breyst með þeim hætti að Síminn teldist ekki enn með markaðsráðandi stöðu.

3.3 Athugasemdir við kröfu B

Síminn krefst, til vara, að úrskurðarnefndin ákvarði að felld verði úr gildi ákvörðun PFS um útnefningu Símans sem fyrirtækis með umtalsverðan markaðsstyrk á markaði 15.

⁶⁵ Sjá málsgrein 26-29 í leiðbeiningum ESA.

Vegna framangreindrar kröfu vill PFS benda á að áður en fyrirtæki er útnefnt með umtalsverðan markaðsstyrk, eða slík útnefning felld úr gildi, þarf að fara fram greining á samkeppni og stöðu fyrirtækja á þeim markaði í samræmi við ákvæði fjarskiptalaga og tilmæli ESA um viðkomandi markaði og leiðbeiningar ESA um markaðsgreiningu. Ákvörðun um útnefningu eða niðurfellingu á útnefningu verður að byggja á mati á samkeppni á viðkomandi markaði. Samkvæmt V. kafla fjarskiptalaga er það lögbundið hlutverk PFS að greina samkeppni á fjarskiptamörkuðum. Það verður að telja í hæsta máta óraunhæft að úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála leggist í þá miklu vinnu sem felst í því að greina markað 15 sem er, eins og áður segir, nauðsynlegur undanfari þeirrar ákvörðunar sem Síminn gerir kröfu um. Auk þess sem ekki er gert ráð fyrir í lögum um fjarskipti sem og fjarskiptatilskipunum ESB að aðrir en Póst- og fjarskiptastofnun taki slíkar efnislegar ákvarðanir. Þá vill PFS einnig benda á að skylt er að hafa samráð við ESA áður en teknar eru ákvarðanir um skilgreiningu fjarskiptamarkaða og greiningu þeirra sbr. 7. gr. laga um Póst- og fjarskiptastofnun.

Síminn byggir framangreinda kröfu sína á því að þar sem enginn skortur sé á tíðnum á Íslandi séu engar aðgangshindranir fyrir ný fyrirtæki til að koma inn á farsímamarkað. Í því sambandi bendir Síminn á að væntanleg koma Nova ehf. inn á farsímamarkað sé sönnun þess að engar aðgangshindranir séu á markaðinum. PFS hafnar þessum fullyrðingum enda eru þær alrangar og mikil einföldun á þeim staðreyndum sem liggja fyrir í þessu máli. Niðurstöður greiningar á markaði 15 sýna að það eru fjölmargar og verulegar aðgangshindranir á farsímamarkaði. Í því sambandi vísar PFS m.a. til umfjöllunar í kafla 5.2.4 í greiningu á markaði 15. Það er verulega hár og óafturkræfur kostnaður samfara því að byggja upp farsímanet hér á landi með viðunandi dreifingu. Uppbyggingu farsímanets á Íslandi þarf að skoða með hliðsjón af fámenni og metnun farsímamarkaðarins. Bæði Síminn og Vodafone búa við stærðarhagkvæmni á viðkomandi markaði en þó verður að telja að Síminn njóti töluverðs forskots með því að hafa verið fyrstur á farsímamarkaðinn. Síminn hefur notið góðs af mikilli breidd í starfsemi sinni og umfangi sem hefur gefið honum meira fjárhagslegt bolmagn en samkeppnisáðilum. Sterk staða Símans á öðrum mörkuðum, sérstaklega fastlínumarkaði og mörkuðum um heimtaugar og leigulínur, skapar honum sérstöðu og getur falið í sér aðgangshindrun fyrir ný fyrirtæki sem vilja koma inn á farsímamarkað, þar sem þau þurfa í flestum tilvikum að semja við Símann um aðgang að netum og aðstöðu.

Hvað varðar komu Nova ehf. inn á farsímamarkað þá á eftir að koma í ljós hvernig því fyrirtæki á eftir að vegna í samkeppni við Símann og Vodafone og fullsnemmt að draga miklar ályktanir af því að svo stöddu. PFS gerir einnig ráð fyrir að Nova muni, til að byrja með, þurfa að reiða sig á aðgang að starfandi GSM farsímanetum til að bjóða fullnægjandi þjónustu um allt land, meðan félagið byggir upp þriðjukynslóðarnet sitt. Úthlutun tíðnileyfa til uppbyggingu farsímakerfa hafa ekki alltaf orðið að veruleika og má í því sambandi benda á að Halló! Frjáls fjarskipti hf. og Lína.net fengu farsímaleyfi árið 2000 en féllu frá áformum um að bjóða upp á farsímahjónustu, sjá mynd 1. Í ljósi niðurstaðna úr greiningu á markaði 15 verður að telja að það sé algjört grundvallaratriði fyrir innkomu nýrra farsímafyrirtækja að úrskurðarnefndin staðfesti hina kærðu ákvörðun svo uppbyggingu nýrra farsímaneta og markmiði um að efla samkeppni verði ekki stefnt í voða.

Hvað varðar tíðnisviðið á Íslandi þá er það ekki ótakmarkað þó svo að það feli ekki í sér aðgangshindrun að markaði að svo stöddu. Í dag eru Síminn og Vodafone með leyfi fyrir 900 MHz og 1800 MHz og IMC er með úthlutun fyrir 1800 MHz. PFS telur rétt að benda á að Síminn og Vodafone hafa fengið stóran hluta af GSM tíðnum í 900 MHz. Þann 2. febrúar 2007 birti PFS útboðsauglýsingu fyrir allt að tvö GSM leyfi á 1800 MHz tíðnisviðinu. Frestur til að sækja um rennur út 3. apríl nk.

PFS er heldur ekki sammála Símanum um að eina vandamálið í langflestum Evrópulöndum sé að tíðnisviðinu þar hafi öllu verið úthlutað. Það er vissulega vandamál í einhverjum löndum en langt frá því að vera eina vandamálið. Skertur aðgangur fyrir ný fyrirtæki að starfandi farsímanetum er einnig mikið vandamál í mörgum Evrópulöndum með sama hætti og hér. Það hefur hins vegar reynst erfitt að taka á því vandamáli í mörgum löndum þar sem ekki hefur verið hægt að sýna fram á að eitt eða fleiri fyrirtæki séu með umtalsverðan markaðsstyrk. Síminn vísar, máli sínu til stuðnings, í tilmæli framkvæmdastjórnar ESB en sleppir í tilvitnun sinni á bls. 16-17 því sem ekki hentar umfjöllun hans. Af því tilefni taldi PFS rétt að birta alla málsgreininna (það sem er feitletrað er sú setning sem Síminn sleppti að taka upp í kæru sinni):

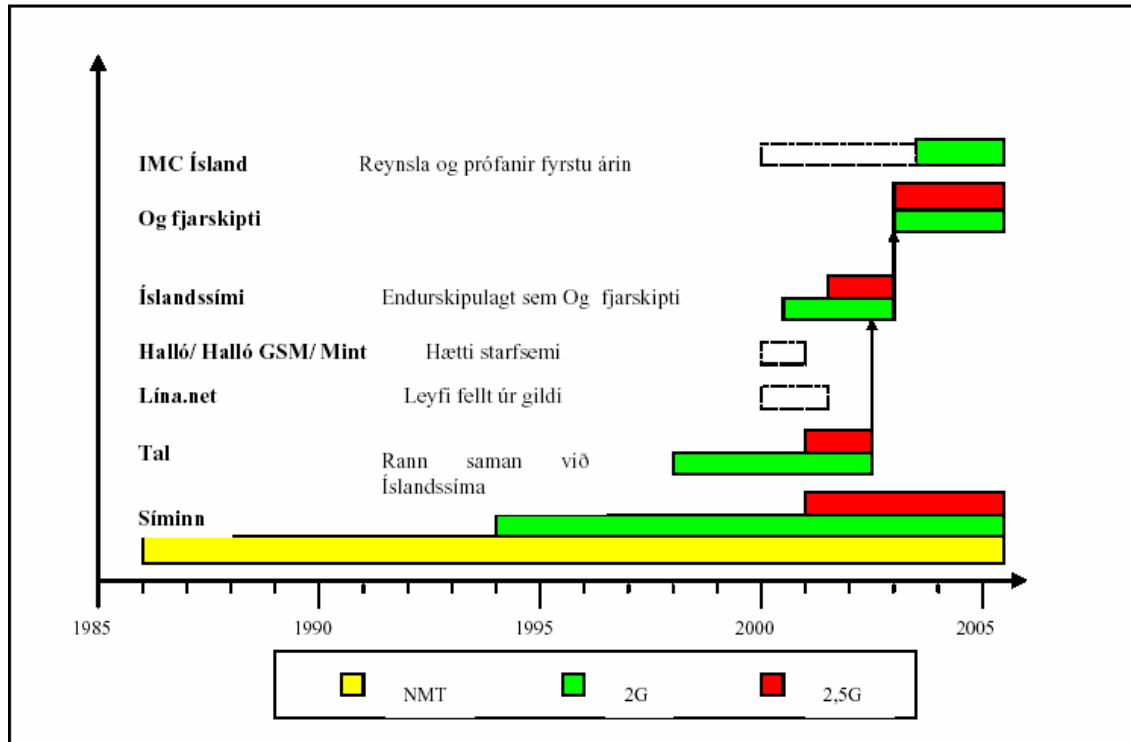
This market is still subject to entry barriers, because undertakings without spectrum assignments can only enter the market on the basis of future spectrum allocations and assignment, secondary trading of spectrum or by purchasing a licensed operator. While in principle this is not an absolute entry barrier since there are various possibilities to share spectrum including the development of national roaming or indirect access relationships, such structures have not evolved to date in this market. However, the level of competition generally observed in this market at the retail level indicates that ex-ante regulatory intervention at a wholesale level may not be warranted.

Síminn kvartar yfir því að PFS hafi ekki tekið tillit til uppbyggingar þriðjukynslóðarnets í ákvörðun sinni á markaði 15. Ástæðan fyrir því er sú að uppbygging var ekki hafin þegar markaðurinn var greindur, en eins og fram hefur komið fór útboð á tíðnum fyrir þriðjukynslóðarnet fram nýverið og þá fyrst kom í ljós hverjir hyggest byggja upp slík net. Það var því ógerlegt á þeim tíma sem markaður 15 var greindur þ.e. 2005-2006, að spá fyrir um hver eða hverjir myndu byggja upp slík net og hvernig samkeppninni þar yrði háttáð. PFS bendir á að enn á eftir að úthluta formlega tíðnum fyrir þriðjukynslóðarnet en það verður væntanlega gert á næstum dögum. Það væri talið mjög vafasamt ef PFS tæki upp á því að setja sig í spádómstellingar og byggja niðurstöður sínar á atburðum sem ekki hafa átt sér stað. Þá bendir PFS á að ekkert er því til fyrirstöðu að markaður 15 verði tekinn að nýju til greiningar þegar uppbygging þriðjukynslóðarneta er farin að hafa áhrif á samkeppnina á farsímamarkaðinum.

Síminn kvartar einnig yfir því að ekki hafi farið fram hagfræðilegt mat á því hvort uppbygging GSM farsímanets sé raunhæfur kostur og að ekki sé heldur tekið inn í þetta mat að fyrir liggi að Síminn hafi gert reikisamninga byggða á 35. gr. fjarskiptalaga við Vodafone. Þá segir Síminn að fyrir liggi að félagið hafi boðið öðrum samskonar reikisamninga. Hvað varðar uppbyggingu farsímaneta þá er það mat PFS að sagan sýni að önnur fyrirtæki en Síminn hafa átt erfitt uppdráttar á farsímamarkaði. Eins og sjá má á mynd 1 (mynd 7 í greiningu á markaði 15) hefur

innkoma annarra fyrirtækja en Símans á farsímamarkaðinn verið nokkuð brotakennd sem bendir til þess að verulegar aðgangshindranir séu á markaðinum og að uppbygging fleiri heildstæðra GSM farsímaneta en nú eru til staðar sé ekki raunhæf. Í því sambandi má minna á að innkoma Vodafone er afleiðing af samruna smærri fyrirtækja á markaðinum í lok árs 2002 og endurskipulagningu í upphafi árs 2003.

Mynd 1 Leyfishafar á farsímamarkaði á árunum 1985-2005



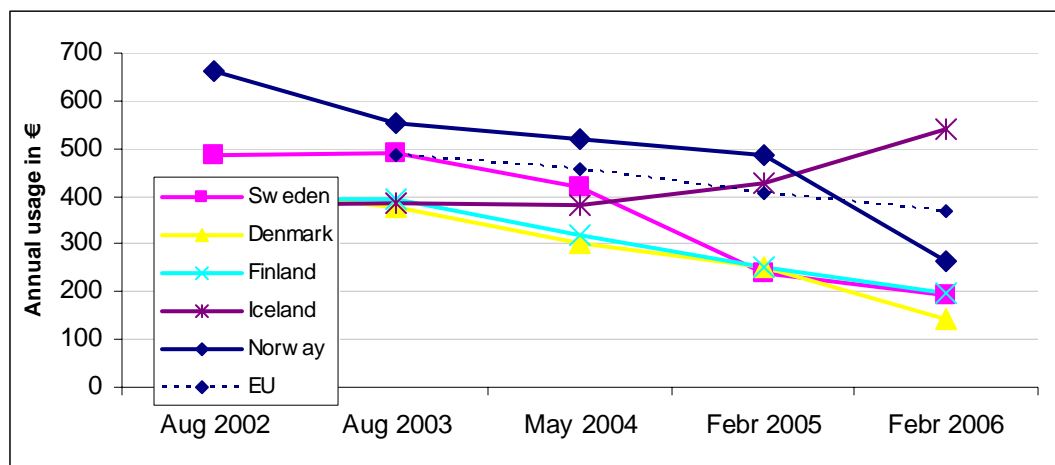
Heimild: Póst- og fjarskiptastofnun

Hvað varðar reikisamning Símans við Vodafone þá er hann eins og fram hefur komið gerður á grundvelli lagaskyldu í 35. gr. fjarskiptalaga. Síminn segist hafa boðið Ódýra símafélaginu ehf. (SKO) og IMC Ísland ehf. sambærilega reikisamninga. Í því sambandi vill PFS benda á að það er ekki fullnægjandi að ætla að bjóða öllum sambærilegan reikisamning og Vodafone hefur. Það gengur í tilfalli SKO þar sem félagið er í eigu sama móðurfélags og á Vodafone og endurselur þjónustu frá Vodafone. Hins vegar er það ekki fullnægjandi fyrir IMC að fá sama reikisamning og Vodafone þar sem uppbygging IMC á farsímaneti er á engan hátt jafnlangt komin og uppbygging farsímanets Vodafone. Þarfir fyrirtækja eru mismunandi og að mati PFS er ekki hægt að túlka ákvæði 1. mgr. 35. gr. á þann hátt að skyldunni þar sé einungis ætlað að fullnægja einhverri lágmarkspörf til reikis. Að mati PFS sýnir þetta að full þörf er á að leggja á Símann kvöð um að bjóða reikiaðgang að GSM neti sínu. PFS telur að reikisamningur Símans og Vodafone sé á engan hátt sönnun fyrir því að Síminn bjóði sjálfviljugur upp á aðgang að farsímaneti sínu og að aðgangshindranir séu ekki á markaði 15.

Hvað varðar verð fyrir GSM þjónustu á Íslandi þá vill PFS árétt að í viðauka B við ákvörðun um markað 15 segir á bls. 13 að verðsamanburður sýni að verð á farsímamarkaði hér á landi er frekar lágt í alþjóðlegum samanburði landa innan OECD en hátt sé miðað við nágrannalönd með sambærilegan kaupmátt. Það vekur athygli að Ísland hefur farið niður um nokkur sæti á undanförunum árum í

alþjóðlegum samanburði á kostnaði vegna áskrifta. Það virðist sem verð hér á landi hafi staðið í stað eða hækkað á meðan verð í öðrum OECD löndum hafa lækkað. Ísland hefur einnig farið niður um sæti í alþjóðlegum samanburði á kostnaði vegna fyrirfram greiddra korta en þó í minna mæli en hvað varðar áskriftir. Þar sem Ísland ber sig oftast saman við önnur Norðurlönd þá er rétt að nefna niðurstöður samnorrænnar skýrslu um samkeppni á farsímamörkuðum á Norðurlöndum sem kom út þann 26. september 2006, en þar kom Ísland ekki vel út í verðsamanburði. Eins og sjá má á mynd 2 sem birtist í skýrslunni hefur verð til neytenda hér á landi hækkað frá 2002 meðan það hefur lækkað á öðrum Norðurlöndum. Að mati PFS er þetta ekki ásættanleg þróun og bendir alls ekki til þess að samkeppni á farsímamarkaði hér á landi sé nægilega virk.

Mynd 2 Samanburður á kostnaði fyrir meðalnotkun farsíma á Norðurlöndum árin 2002-2006⁶⁶



Það liggur fyrir í þessu máli að greining á markaði 15 hefur farið fram og byggist hún á upplýsingum og tölfræði sem stofnunin hefur aflað á undanförunum árum að miklu leyti frá fjarskiptaefirtækjunum sjálfum. Að mati PFS eru niðurstöður greiningarinnar mjög skýrar og ekki verður séð hvernig hægt væri að komast að annarri ákvörðun en stofnunin hefur þegar gert í hinni kærðu ákvörðun.

Að lokum vill PFS benda á umfjöllun í málsgrein 71 og 72 í leiðbeiningum ESA um markaðsgreiningu þar sem borin eru saman verkefni samkeppnisyfirvalda og fjarskiptaefirlitsstofnana hvað varðar greiningu á samkeppni. Í samkeppnisréttinum eru markaðir yfirleitt skilgreindir eftir á og greining á þeim miðast við atburði sem þegar hafa orðið á markaðinum. Fjarskiptaefirlitsstofnanir þurfa hins vegar að horfa fram á við og um það segir í leiðbeiningunum að þó að markaðsspá eftirlitsaðila gangi ekki eftir í ákveðnu tilviki þurfi það ekki að þýða að ákvörðun þeirra hafi verið andstæð tilskipuninni þegar hún var tekin. Eftirlitsyfirvöld, sem eiga að beita hugtakinu umtalsverður markaðsstyrkur fyrirfram, verða að hafa ákvörðunarvald sem er í samræmi við hina flóknu efnahagsþætti, málsatvik og lagaatriði sem meta þarf. Samkvæmt ákvæðum rammatilskipunarinnar eiga eftirlitsyfirvöld að framkvæma markaðsgreiningu með reglulegu millibili. Það gefur

⁶⁶ Á þessari mynd eru verið að bera saman lægsta mögulega kostnað fyrir meðalnotkun farsíma á Norðurlöndunum árin 2002-2006 og er bæði tekið tillit til kostnaðar vegna áskrifta og fyrirfram greiddra korta og valin sú leið í hverju landi sem er ódýrari.

þeim færi á að bregðast reglulega við þróun markaðarins og gera þær ráðstafanir sem þurfa þykir.

3.4 Athugasemdir PFS við kröfu C

1. Almenn

Þrautarvarakrafa Símans er að úrskurðarnefnd ákvarði að enginn aðili sé með umtalsverðan markaðsstyrk á markaði fyrir aðgang og upphaf símtala í almennum farsímanetum.

Eins og fram kom í athugasemdum PFS við kröfu B þá er nauðsynlegt, áður en hægt er að ákvarða að enginn aðili sé með umtalsverðan markaðsstyrk á markaði 15, að fram fari greining á samkeppni og stöðu fyrirtækja á þeim markaði í samræmi við ákvæði fjarskiptalaga og tilmæli ESA um viðkomandi markaði, og leiðbeiningar ESA um markaðsgreiningu. PFS vísar því til umfjöllunar sinnar við kröfu B og ítrekar það sem fram kemur þar.

Eins og áður hefur komið fram þá liggur fyrir í máli þessu að greining á markaði 15 hefur farið fram og byggist hún á upplýsingum og tölfræði sem stofnunin hefur aflað sér á undanförunum árum að miklu leyti frá fjarskiptafyrirtækjunum sjálfum. Að mati PFS eru niðurstöður greiningarinnar mjög skýrar og ekki verður séð hvernig hægt væri að komast að annarri ákvörðun en stofnunin hefur þegar gert.

Markaðshlutdeild skiptir vissulega máli við mat á markaðsráðandi stöðu sem og staða keppinauta. Þessir þættir skipta miklu máli í greiningu PFS á markaði 15 en þar er markaðshlutdeild félaganna tveggja á GSM farsímamarkaði mæld í tekjum, fjölda mínútna úr farsímum og fjölda viðskiptavina. Vegna trúnaðar eru upplýsingar um fjölda mínútna ekki birtar og upplýsingar um markaðshlutdeild miðað við tekjur birtar með 5% viktarmarkum, en hins vegar eru tölur um markaðshlutdeild í fjölda viðskiptavina birtar án viktarmark. PFS hefur kosið, eins og margar aðrar eftirlitsstofnanir, að styðjast aðallega við markaðshlutdeild mælda í fjölda viðskiptavina þar sem hún er nákvæm og gefur góða mynd af stöðunni.⁶⁷ Síminn var með 65,0% markaðshlutdeild í fjölda GSM viðskiptavina í lok árs 2005 en 64,3% markaðshlutdeild í 30. júní 2006. Í þessu sambandi minnir PFS á það að mjög mikil markaðshlutdeild – þ.e. yfir 50%- nægir ein og sér samkvæmt viðtekinni dómafrankvæmd til að úrskurða megi að fyrirtæki njóti yfirburðastöðu, nema í undantekningartilvikum. Að mati PFS hefur Síminn ekki sýnt fram á að til staðar séu einhver slík undantekningartilvik á markaði 15.

Staða Vodafone á markaði 15 er einnig skoðuð mjög gaumgæfilega í greiningu á markaði 15, eins og viðaukar við hina kærðu ákvörðun bera með sér. Þrátt fyrir að Vodafone sé með ágæta stöðu á farsímamarkaði sem annað stærsta fyrirtækið þar þá er það mat PFS að staða Símans á þeim markaði sé mun betri en staða Vodafone. Í greiningu á markaði 15 benda flestar niðurstöður til þess að Síminn sé með umtalsverðan markaðsstyrk á farsímamarkaði. Auk þess er rétt að ítreka að Vodafone er háð Símanum í mörgum tilvikum, t.d. varðandi innanlands reiki, heimtaugarleigu, leigulínur og nýtingu á aðstöðu. Útbreiðsla GSM farsímanets Símans er jafnframt

⁶⁷ Írski eftirlitsstofnunin (ComReg) studdist aðallega við markaðshlutdeild miðað við fjölda viðskiptavina í niðurstöðum sínum í greiningu á markaði 15. Það sama má segja um norsku eftirlitsstofnunina (NPT) og þá bresku (Ofcom) svo einhverjar séu nefndar.

meiri en hjá Vodafone og sú staða virðist ekki koma til með að breytast mikið í nánustu framtíð.

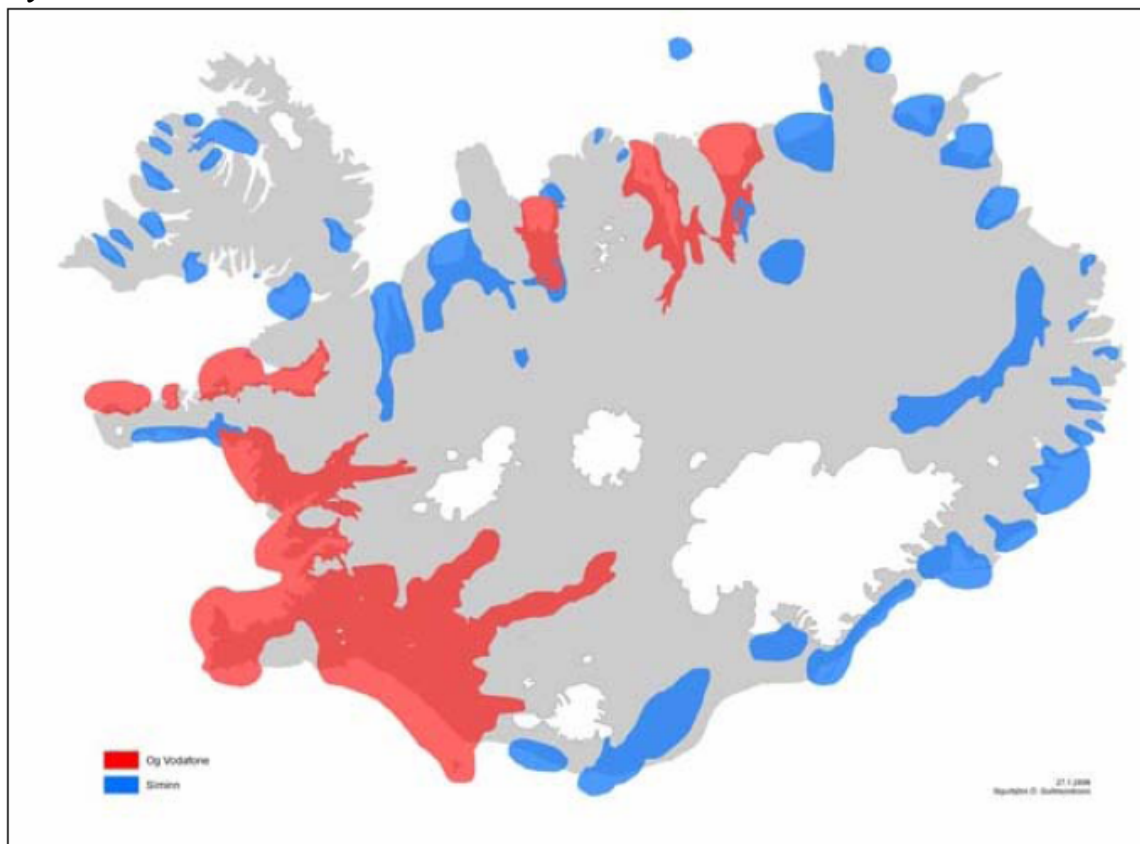
Síminn vísar í ákvörðun Samkeppnisráðs. Í því sambandi bendir PFS á, eins og áður hefur komið fram, að samkeppnisyfirvöld hafa í fjölmörgum ákvörðunum staðfest að Síminn sé einn með markaðsráðandi stöðu á GSM farsímamarkaði sbr. m.a. ákvörðun Samkeppnisráðs nr. 40/2003 og 21/2005 og ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 10/2006 frá 31. mars 2006.

2. Landfræðilegur markaður

Síminn telur að skilgreina beri landfræðilega markaðinn með öðrum hætti en PFS hefur gert og byggir á því að markaðsforsendur séu allt aðrar í þéttbýli, þar sem tvö farsímanet eru starfrækt (höfuðborgarsvæðið og Eyjafjarðarsvæðið), en í dreifbýli þar sem aðeins er starfrækt eitt net.

Að mati PFS er þessi tillaga Símans bæði óskýr og óframkvæmanleg og því ekki annað hægt en að hafna henni. Aðferðafræði Símans við að skipta landinu upp í þessi tvö svæði er mjög óraunhæf svo ekki sé meira sagt, sérstaklega þegar skoðuð er mynd af dreifisvæði GSM farsímanets Vodafone, sjá mynd 3. Sjá má að GSM net Vodafone nær víða og því eru ummæli Símans um að uppbygging Vodafone sé eingöngu í þéttbýli. Einnig er mjög óljóst hvað Síminn á við með dreifbýli og hvað tilheyrir höfuðborgarsvæði.

Mynd 3 GSM dreifikerfi Vodafone ásamt reikisvæðum Símans



Heimild: www.ogvodafone.is

Landfræðileg afmörkun er að meginreglu miðuð við umfang fjarskiptanetsins og þess lögsagnarumdæmis sem viðkomandi lög ná yfir. Að auki skiptir verð miklu máli. Ef fjarskiptanet dreifist yfir allt landið er það vísbending um að afmörkunin skuli vera landið allt. Ef verð er það sama yfir allt landið er það einnig vísbending um að afmörkunin skuli vera landið allt. Hér á landi verður að telja að samkeppnisskilyrði á farsímamarkaði séu í grundvallaratriðum þau sömu fyrir allt landið og hingað til hefur smásölu- og heildsöluverð verið það sama fyrir allt landið. Lög um fjarskipti nr. 81/2003 gilda fyrir allt landið og í leyfum til handa starfandi farsímafyrtækjum kemur fram að réttur til notkunar tíðnisviðsins nái til landsins alls. Í dag ná farsímanet Símans og Vodafone yfir mest allt landið. Farsímanet Símans er þó stærra, en bæði félögin bjóða farsímaþjónustu um allt land. Í ljósi þess telur PFS eðlilegt að landfræðileg afmörkun á viðkomandi þjónustumarkaði sé landið allt.

Síminn vísar máli sínu til stuðnings m.a. í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 5/1998. Að mati PFS er alls ekki um sambærilegt dæmi að ræða þar sem í því máli voru umrædd fyrirtæki að selja um 99% af vörum sínum á afmörkuðu svæði. Að mati PFS er eðlilegt að líta svo á að landfræðileg afmörkun eigi að vera landið allt. Sú niðurstaða er í samræmi við niðurstöður annarra eftirlitsstofnanna við greiningu á viðkomandi markaði. Í því sambandi bendir PFS á að engin eftirlitsstofnun hefur skilgreint markað 15 þrengra á grundvelli þess að þar séu starfandi fyrirtæki með ekkert (sýndarnetsfyrirtæki) eða lítið farsímanet (með reikisamning).

Þar sem Síminn vísaði í ákvörðun samkeppnisráðs bendir PFS á ákvörðun samkeppnisráðs í máli nr. 17/1999, um erindi Tals hf. um verðlagningu á GSM þjónustu Landssíma Íslands. Þar taldi ráðið að landfræðilegur markaður fyrir GSM farsímaþjónustu væri Ísland. Sama niðurstaða var í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 40/2003 og 21/2005 og ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 10/2006. Að mati PFS styður þetta þá niðurstöðu PFS að afmarka markað 15 sem landið allt.

Síminn nefnir að Vodafone geti ekki boðið upp á heildsöluaðgang í svokölluðu dreifbýli og því séu samkeppnisskilyrði ólík. Ef þetta væri upplagið í greiningunni myndi niðurstaðan væntanlega verða sú að Síminn sé með yfirgnæfandi sterka stöðu á heildsölumarkaði fyrir aðgang og upphaf símtala í GSM farsímanet þar sem Síminn er eina félagið sem á GSM farsímanet sem nær um allt land. Að öðru leyti vísar PFS til umfjöllunar um landfræðilega afmörkun í viðaukum við ákvörðun um markað 15.

3. Markaðshlutdeild

Síminn heldur því fram að félagið geti ekki annað en tekið tillit til keppinautarins og geti því ekki verið í þeirri stöðu að vera með umtalsverðan markaðsstyrk á markaði 15.

PFS telur það óhjákvæmilegt á samkeppnismarkaði að þau félög sem þar starfa taki eitthvert tillit til hvers annars og bregdist við samkeppni eins og t.d. verðlækkun, með því að mæta henni með svipaðri eða meiri lækkun. Þrátt fyrir orðalag 1. mgr. 18. gr. fjarskiptalaga um að fyrirtæki teljist hafa umtalsverðan markaðsstyrk geti það að verulegu leyti starfað án þess að taka tillit til keppinauta, viðskiptavina og neytenda, þá telur PFS að ekki sé hægt að skýra þetta orðalag svo þröngt að gert sé ráð fyrir að engin samkeppni sé á viðkomandi markaði þannig að fyrirtæki þurfi ekki að taka neitt tillit til hvers annars. Að mati PFS er fyrirsjáanlegt á fákeppnismarkaði að viðkomandi félög bregðist við breytingum og nýjungum hjá hvert öðru með

sambærilegum aðgerðum. Með þessu er PFS hins vegar ekki að leggja blessun sína yfir samræmdar verðskrárbreytingar heldur einungis að lýsa þeirri skoðun sinni að ákveðin viðbrögð og gagnviðbrögð félaganna geta verið eðlileg á slíkum markaði sem hér um ræðir.

Þó að Síminn þurfi að taka tillit til helsta keppinautar síns á farsímamarkaði þá breytir það ekki þeirri niðurstöðu að Síminn sé með mun sterkari stöðu á farsímamarkaði en Vodafone eins og niðurstöður greiningar á markaði 15 gefa til kynna.

PFS hefur áður svarað athugasemd Símans um stöðuna á farsímamarkaði í Lúxemborg. Það er mat PFS að ekki sé hægt að líta á Lúxemborg sem mikilvægt fordæmi. PFS telur að staðan á farsímamarkaðinum í Lúxemborg sé mjög ólík stöðunni á íslenska farsímamarkaðinum og því engan veginn hægt að taka mið af niðurstöðum fjarskiptaeftirlitsins í Lúxemborg (ILR) á markaði 15. Í því sambandi er hægt að nefna að í Lúxemborg eru þrjú farsímanetsrekendur og á smásölumarkaði eru auk þess þrjú þjónustuveitendur. Stærstu farsímanetsrekendurnir, EPT og Tango, eiga farsímanet sem nær um allt landið og eru með sambærilega markaðshlutdeild (53% og 40%). Þriðji farsímanetsrekandinn, Voxmobile er með 7% markaðshlutdeild og samning um innanlandsreiki við EPT. Bara þessar staðreyndir sýna greinilega að staðan á farsímamarkaðinum í Lúxemborg og á Íslandi er á engan hátt sambærileg.

PFS vill leggja áherslu á að án ákvörðunar PFS um markað 15 getur nýtt farsímafyrirtæki sem vill bjóða GSM eða þriðjukynslóðar farsímaþjónustu um landið allt ekki gert það nema að byggja upp heildstætt farsímanet. Síminn og Vodafone eru einu fyrirtækin sem geta boðið heildsöluáðgang að GSM farsímaneti. Að mati PFS er ekkert útlit fyrir að Síminn bjóði fullnægjandi heildsöluáðgang að GSM farsímaneti sínu nema á félaginu hvíli skyldur þess efnis. Endursölusamningurinn milli Vodafone og SKO er að mati PFS enginn trygging fyrir því að sambærilegur samningur standi óskyldum aðilum einnig til boða, auk þess sem gera þyrfti reikisamning við Símann um það svæði þar sem Vodafone hefur ekki byggt upp farsímanet. Það er að mati PFS alveg ljóst að Síminn hefur réttilega verið útnefndur með umtalsverðan markaðsstyrk á markaði 15 og viðeigandi kvæðir hafa verið lagðar á fyrirtækið til að tryggja að Síminn geti ekki hafnað öllum beiðnum um aðgang að GSM farsímaneti sínu.

3.5 Athugasemdir PFS við kröfu D

Þrautarþrautarvarakrafa Símans er sú að útnefna beri bæði Símann og Vodafone sameiginlega með umtalsverðan markaðsstyrk.

Framangreind krafa Símans byggir, eins og krafa B og C, á því að úrskurðarnefndin taki efnislega ákvörðun í málinu. Eins og fram kom í athugasemdum PFS við kröfu B þá er nauðsynlegt, áður en hægt er að ákvarða að útnefna eitt eða fleiri fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk á markaði 15, að fram fari greining á samkeppni og stöðu fyrirtækja á þeim markaði í samræmi við ákvæði fjarskiptalaga, tilmæli ESA um viðkomandi markaði og leiðbeiningar ESA um markaðsgreiningu. PFS hefur greint samkeppni og stöðu fyrirtækja á markaði 15 og komist að þeirri niðurstöðu að Síminn sé einn með umtalsverðan markaðsstyrk þar. Til að úrskurðarnefndin geti komist að annarri niðurstöðu þarf nefndin að greina markaðinn að nýju og leggja fram ný sjónarmið sem ekki hafa komið fram áður er stutt geta slíka niðurstöðu. Að öðru leyti

vísar PFS til umfjöllunar sinnar við kröfu B og útrekar það sem fram kemur þar um þetta efni.

Framangreind krafa hefur, eins og flestar aðrar í kröfugerð þessari, komið áður fram og PFS hefur svarað henni áður með útarlegum hætti, þá sérstaklega í viðauka D við ákvörðun um markað 15. Framangreind krafa Símans og málatilbúnaður er í mikilli mótsögn við það sem áður hefur komið fram í kröfugerð þessari. Í kröfugerð B og C hefur Síminn krafist þess annars vegar að útnefning félagsins með umtalsverðan markaðsstyrk verði felld úr gildi og hins vegar að úrskurðarnefndin ákvarði að enginn aðili sé með umtalsverðan markaðsstyrk. Kröfur B og C byggja fyrst og fremst á því að engar aðgangshindranir séu á markaði 15 og að þar ríki virk samkeppni. Í framangreindri kröfu D krefst Síminn þess að Síminn og Vodafone verði útnefnd með sameiginleg markaðsyfírráð. Að mati PFS fara þessar kröfur ekki saman og sú staðreynd að Síminn haldi þeim öllum fram hér dregur úr trúverðugleika málatilbúnaðs Símans í þessu máli.

Ef tvö eða fleiri fyrirtæki hafa sameiginlega markaðsyfírráð er gert ráð fyrir því að milli fyrirtækjanna sé ekki virk samkeppni⁶⁸ en Síminn heldur hins vegar fram í kröfu B að samkeppni sé nægilega virk á farsímamarkaði. Auk þess þurfa margar aðrar forsendur að vera til staðar til að tvö eða fleiri fyrirtæki geti talist hafa sameiginleg markaðsyfírráð, þ.á.m. miklar aðgangshindranir, en eins og áður hefur komið fram heldur Síminn fram í kröfu B að engar aðgangshindranir séu á markaði 15. Það verður jafnframt að teljast einkennilegt að Síminn sé að krefjast þess að útnefna eigi félagið sameiginlega markaðsráðandi með öðru félagi. Það jafngildir því að Síminn fallist á að hafa með öðru félagi þegjandi fyrirkomulag um að samræma hegðun sína til að koma í veg fyrir virka samkeppni í þeim tilgangi að hámarka sameiginlegan hagnað. Áhrif af sameiginlegri markaðsráðandi stöðu eru neikvæð með svipuðum hætti og áhrif af markaðsráðandi stöðu eins fyrirtækis. Samkeppni verður takmörkuð og samkeppnislegur þrýstingur minnkar eða er takmarkaður, sem leiðir til þess að viðkomandi fyrirtæki geta hækkað verð sín verulega, umfram samkeppnisverð.

Þá vill PFS benda á að útnefning tveggja fyrirtækja sameiginlega með umtalsverðan markaðsstyrk felur einnig í sér að leggja þarf a.m.k. eina kvöð á fyrirtækin. Það er hins vegar ekki sjálfsagt að sömu eða sambærilegar kvaðir séu lagðar á viðkomandi fyrirtæki. Framangreind krafa Símann er einungis um að félagið verði útnefnt sameiginlega með Vodafone með umtalsverðan markaðsstyrk. Það þýðir að ef krafa Símans yrði samþykkt yrði félagið eftir sem áður með sömu kvaðir.

1. Um sameiginleg markaðsyfírráð

Eins og fram hefur komið byggir túlkun á hugtakinu sameiginleg markaðsyfírráð á dómafordæmum dómstóla ESB um 82. gr. Rómarsáttmálans sem er sambærileg 54. gr. EES-samningsins. PFS er einnig heimilt að taka tillit til ákvarðana framkvæmdastjórnarinnar á grundvelli samrunareglugerðarinnar. ESB dómstóllinn hefur í nokkrum samrunamálum gefið leiðbeiningar um hvernig eigi að túlka hugtakið sameiginleg markaðsyfírráð og hvaða skilyrði þurfa að vera til staðar⁶⁹. Í svokölluðu Airtours máli⁷⁰ setti ESB dómstóllinn svo fram þrjú skilyrði sem öll þurfa að vera til

⁶⁸ Sjá kafla 3.1.2 í leiðbeiningum Eftirlitsstofnunar EFTA um markaðsgreiningu.

⁶⁹ The Merger Control Regulation No 4064/89 frá 21. desember 1989, sjá málsgrein 103 í leiðbeiningum ESA.

⁷⁰ Mál nr. T-342/99 Airtours v. Commission frá 6. júní 2002.

staðar svo að tvö eða fleiri fyrirtæki teljist saman hafa markaðsyfíráð á fákeppnismarkaði:

1. Fyrirtækin verða að vera í aðstöðu til að geta haft með sér þegjandi samkomulag (tacit co-ordination). Í því sambandi þurfa markaðsskilyrðin að vera nægjanlega gagnsæ, þannig að fyrirtækin geti með hæfilegri nákvæmni og hraða fylgt hvort öðru og greint hvort verið sé að brjóta fyrirkomulagið. Mikilvægustu forsendur þess að þetta skilyrði teljist uppfyllt er samþjöppun á markaði, gagnsæ markaðsskilyrði, þroskaður markaður, minnkandi eftirspurn og einsleitar vörur.
2. Það verður að vera fyrir hendi hvatning til lengri tíma fyrir fyrirtækin að hverfa ekki frá fyrirkomulaginu sem þýðir að einhvers konar refsikerfi er á milli fyrirtækjanna sem gerir það óarðbært fyrir nokkurt þeirra að brjóta á eða víkja frá fyrirkomulaginu. Fyrirtækin þurfa að vera meðvituð um að frávík frá fyrirkomulaginu leiði til samskonar aðgerða af hálfu annarra fyrirtækja, og því ekki arðbært til lengri tíma lítið.
3. Starfandi og framtíðar samkeppnisáðilar og viðskiptavinir mega ekki vera í aðstöðu til að spilla árangri af fyrirkomulaginu. Mikilvægt í þessu sambandi er hvort til staðar séu mögulegir samkeppnisáðilar og neytendur sem geti barist gegn hinum sameiginlegu markaðsyfíráðum. Verulegar aðgangshindranir fyrir því að koma inn á markað eru þýðingarmiklar við mat á þessu skilyrði.

Í dómafordæmum ESB eru gerðar strangar kröfur um sönnun á samræmdri hegðun. Í framangreindu máli var staðfest að rík sönnunarbyrði hvíldi á framkvæmdastjórninni þegar leitast væri við að banna samruna vegna hættu á sameiginlegum markaðsyfíráðum.

Í málsgrein 99 í leiðbeiningum ESA segir að ef ekki eru fyrir hendi formleg tengsl milli viðkomandi fyrirtækja sé nauðsynlegt að skoða hvort ákveðnar forsendur séu til staðar á markaði sem hvetji til sameiginlegra markaðsyfíráða. Þessar forsendur eru m.a.⁷¹: mikil samþjöppun á markaði, gagnsæi, þroskaður markaður, minnkandi eftirspurn, einsleitar vörur, lítill sveigjanleiki í eftirspurn, sambærileg kostnaðaruppbygging, sambærileg markaðshlutdeild, þróuð tækni, miklar aðgangshindranir, veik samningsstaða kaupenda, skortur á mögulegri samkeppni, ýmis óformleg tengsl milli fyrirtækja, refsikerfi og skortur eða lítið svigrúm fyrir verðsamkeppni.

Þrátt fyrir að há markaðshlutdeild Símans, auk annarra þátta, benti til þess að Síminn væri með umtalsverðan markaðsstyrk á viðkomandi markaði þá taldi PFS, í ljósi aðstæðna á markaði, viðeigandi að skoða í greiningu á markaði 15 hvort til staðar væru skilyrði sem gæfu vísbendingar um sameiginleg markaðsyfíráð Símans og Vodafone. Þegar um er að ræða tvíkeppnismarkað eins og hér er í raun og veru til skoðunar er meiri hætta á samráði á markaði sem getur annað hvort byggst á þegjandi samkomulagi eða samanteknum ráðum starfandi fyrirtækja. Það var mat PFS í greiningu á markaði 15 að ekki væru nægar forsendur til að komast að þeirri niðurstöðu að sameiginleg markaðsyfíráð væri að finna á markaði 15 að svo stöddu. PFS er enn á sömu skoðun og telur að öll fordæmi bendi til þess að það sé rétt

⁷¹ Sjá lista yfir skilyrði fyrir sameiginlegum markaðsyfíráðum í málsgrein 98 í leiðbeiningum ESA. Listinn er ekki tæmandi og það útilokar ekki sameiginleg markaðsyfíráð þótt eitthvað af skilyrðunum sé ekki uppfyllt.

niðurstaða. Um frekari rökstuðning fyrir þessari niðurstöðu vísast í kafla 6.2.1.1 í viðauka A, kafla 5.2 í viðauka C og kafla 3 í viðauka D. Einnig verður fjallað nánar um einstakar forsendur við mat á sameiginlegum markaðsyferráðum hér á eftir.

Síminn vísar til fordæma úr samrunaákvörðunum framkvæmdastjórnar þar sem fyrirtæki með yfir 60% markaðshlutdeild eru ekki talin hafa markaðsráðandi stöðu ein og sér. Að mati PFS eru aðstæður á þeim mörkuðum sem umræddar ákvarðanir fjalla um á engan hátt sambærilegar við þá stöðu sem er hér á landi. Aðstaðan á íslenska farsímamarkaðinum er einstök í Evrópu að því leyti að hér starfa í raun aðeins tvö farsímafyrirtæki en umræddar ákvarðanir fjalla um mun stærri markaði með fleiri en tvö farsímanet og mun fleiri þjónustuveitendur. PFS telur hæpið að byggja mat á markaðshlutdeild Símans á þessum tveim samrunamálum og vill í því sambandi ítreka að umfjöllun um markaðshlutdeild í greiningu á markaði 15 byggist á þeim viðmiðunum sem framkvæmdastjórnin beitir í samkeppnisákvörðunum sínum.⁷² Þar segir m.a. að löglíkur séu taldar fyrir því að fyrirtæki með yfir 50% markaðshlutdeild sé með markaðsráðandi stöðu og það væri undantekning ef fyrirtæki með slíka hlutdeild væri ekki talið markaðsráðandi. Þetta er sá mælikvarði sem almennt er miðað við þ.á.m. í markaðsgreiningum annarra fjarskiptaeftirlitsstofnanna.

Það er óumdeilt að Síminn hefur starfað mun lengur en önnur fyrirtæki á fjarskiptamarkaði og byrjaði töluvert fyrr en Vodafone að bjóða farsímaþjónustu. Þetta er hins vegar einungis einn þáttur af mörgum sem hefur áhrif á mat PFS á stöðu fyrirtækjanna á markaði 15. Síminn vísar til niðurstöðu írsku fjarskiptaeftirlitsstofnunarinnar (ComReg) á markaði 15. Að mati PFS er staðan á írsku farsímamarkaðinum ekki alveg sambærileg við stöðuna á farsímamarkaðinum hér á landi. Í greiningu ComReg á markaði 15 var O2 með 40% markaðshlutdeild miðað við fjölda áskriftra og Vodafone með 54% og fram kom að munurinn á milli félaganna hafði minnkað síðan 2001. Til samanburðar má geta þess að markaðshlutdeild Símans var 65% miðað við fjölda viðskiptavina í lok árs 2005 en á sama tíma var markaðshlutdeild Vodafone 35% og þessar tölur hafa lítið breyst á undanförunum árum. Þá má einnig geta þess að í greiningu á markaði 15 í Noregi kom fram að markaðshlutdeild Telenor var 68% og 32% hjá NetCom, en aðstæður þar eru nokkuð svipaðar og hér á landi. Norska fjarskiptaeftirlitsstofnunin NPT komst að þeirri niðurstöðu að Telenor væri eitt með markaðsráðandi stöðu á markaði 15. Svo má einnig benda á að þrjú sjálfstæð farsímafyrirtæki eru starfandi á Írlandi og þau tvö stærri eru hluti af stórum evrópskum félögum, sem hafa sambærilega útbreiðslu og dreifingu. Ekki er heldur hægt að horfa framhjá því að fyrir lá dómur frá apríl 2001 þar sem niðurstaðan var sú að Vodafone væri ekki með markaðsráðandi stöðu á írsku farsímamarkaðinum. PFS vekur einnig athygli á því að ákvarðanir um sameiginleg markaðsyferráð og álagningu kvaða, sem ComReg byggði á framangreindri greiningu á markaði 15, hafa verið dæmdar ógildar með ákvörðun áfrýjunardóms, dags. 14. desember 2005. Í ljósi þess telur PFS hæpið að byggja rökstuðning á þeim niðurstöðum sem fram koma í greiningu ComReg á markaði 15 þar sem óvissa ríkir um þær.

Að mati PFS er ekki hægt að fallast á niðurstöðu Símans, hvorki um virka samkeppni né sameiginleg markaðsyferráð með Vodafone. Allar niðurstöður benda til þess að

⁷² Sjá hér leiðbeiningar ESA um markaðsgreiningu, málsgrein 76.

Síminn sé einn með umtalsverðan markaðsstyrk á heildsölumarkaði fyrir aðgang og upphaf símtala í GSM farsímanetum og vísar PFS í því sambandi til framangreindrar umfjöllunar og niðurstaðna í greiningu á markaði 15 í viðauka A með hinni kærðu ákvörðun.

2. Helstu atriði við greiningu á sameiginlegum markaðsyfíráðum

Í greiningu á markaði 15 kom fram í kafla 6.2.1.1, að ýmislegt í umfjöllun um mat á sameiginlegum markaðsyfíráðum benti til þess að aðstæður fyrir sameiginleg markaðsyfíráð væru til staðar á GSM farsímamarkaði, t.d. há samþjöppun, þroskaður markaður, minnkandi eftirspurn, þróuð tækni, miklar aðgangshindranir, skortur á mögulegri samkeppni og veik samningsstaða kaupenda. Eins og áður hefur komið fram eru markaðir, þar sem framangreind skilyrði eru fyrir hendi, betur til þess fallnir að stuðla að samræmdri hegðun. Mörg þessara skilyrða eru óhjákvæmileg afleiðing þeirrar aðstöðu sem skapast vegna smæðar farsímamarkaðsins, fámennis íslensku þjóðarinnar og þess þroska sem tækni og eftirspurn hefur almennt náð hér og annars staðar í Evrópu. Í ljósi þess er vægi þessara þátta að mati PFS minna en þeirra sem eru frekar á forræði viðkomandi félaga eða afleiðing af stöðu þeirra á markaði.

Skilyrðin fyrir sameiginlegum markaðsyfíráðum gera ráð fyrir að hin samræmda hegðun hafi staðið yfir í ákveðinn tíma. Í þessu sambandi ber að líta til þess að samruni þeirra fyrirtækja sem runnu saman og urðu Vodafone, átti sér stað á seinni hluta árs 2002, sem þýðir að félagið hefur starfað í núverandi mynd í rúm 4 ár. Að mati PFS er útilokað að forverar Vodafone sem voru með farsímaþjónustu, þ.e. Íslandssími og Tal, hafi verið í þeirri stöðu að annað eða bæði hafi getað talist með sameiginleg markaðsyfíráð með Símanum.⁷³

Hér á eftir verður farið í þá þætti sem PFS telur nauðsynlegt að gera athugasemdir við í kærðu Símans um þetta efni.

Gagnsæi

Að mati PFS er rökstuðningur um gagnsæi í greiningu á markaði 15 fullnægjandi og í fullu samræmi við dómafordæmi dómstóla ESB. Eins og segir í svokölluðu Airtours máli⁷⁴ þá er gagnsæi markaðar ein af forsendum þess að tvö eða fleiri fyrirtæki geti talist hafa saman markaðsyfíráð á fákeppnismarkaði. Til þess að fyrirtæki séu í aðstöðu til að geta haft með sér þegjandi samkomulag (e. tacit co-ordination) þá þurfa markaðsskilyrði að vera nægjanlega gagnsæ þannig að fyrirtæki geti með hæfilegri nákvæmni og hraða fylgt hvort öðru og greint hvort verið sé að brjóta samkomulagið.

Eins og segir í greiningu PFS á markaði 15 eiga farsímafyrirtækin auðveldara með að fylgjast með hreyfingum hvors annars í ljósi þess að Ísland er lítið og fá fyrirtæki eru á farsímamarkaði. Farsímafyrirtæki á smásölumarkaði birta gjaldskrár sínar og eru þær því opinberar og aðgengilegar öllum m.a. á heimasíðum þeirra. Þetta eru fyrst og fremst gjaldskrár fyrir einstaklinga en önnur lögmál gilda fyrir fyrirtæki þar sem þau geta samið sérstaklega við farsímafyrirtæki um kjör sín og eru þeir samningar ekki birtir opinberlega. Þó má gera ráð fyrir að farsímafélögin hafi

⁷³ Sjá ákvörðun PFS frá 15. júlí 2003 um erindi Landssíma Íslands um markaðshlutdeild Og fjarskipta hf.

⁷⁴ Mál nr. T-342/99 Airtours v. Commission frá 6. júní 2002.

einhverjar vísbendingar um hvaða kjör keppninautar eru að bjóða á fyrirtækjamaarkaði vegna þess hve markaðurinn er lítill. Á einstaklingsmarkaði eru öll verð opinber eins og áður segir en hins vegar telur PFS að þau verð séu ekki gagnsæ að því leyti að erfitt er að greina hvernig þau eru upp byggð og hvað liggur að baki þeim. Það er mat PFS að erfitt geti verið að bera saman áskriftarleiðir og átta sig á hver er að bjóða hagstæðari áskrift þar sem innifaldar frímínútur og frí SMS er ekki mjög gagnsætt fyrirkomulag.

Þá er það mat PFS að sú staðreynd að innkoma SKO á farsímamarkað hafi ekki verið kunnug Símanum fyrr en hún varð öllum opinber bendi til þess að markaðurinn sé ekki það gagnsær að fyrirtækin geti með hæfilegri nákvæmni og hraða fylgt hvort öðru. Að mati PFS var Síminn ekki í aðstöðu til að bregðast strax við innkomu SKO eins og búast hefði mátt við hefði Síminn vitað fyrr af þessari nýju samkeppni.

Með vísan til umfjöllunar í kafla 6.2.1.1 í viðauka A og framangreindrar umfjöllunar þá er það mat PFS að margt bendi til þess að markaður 15 sé ekki nægjanlega gagnsær til að hægt sé að komast að þeirri niðurstöðu að félögin séu sameiginlega með markaðsyfirráð.

Einsleitni

Eins og fram kemur í kafla 5.1 í greiningu á markaði 15 í viðauka A er enginn raunverulegur heildsölumarkaður fyrir aðgang og upphaf símtala í farsímaneti til staðar hér á landi og því er nauðsynlegt að byggja greiningu á viðkomandi markaði á þeim forsendum að eftirspurn á heildsölustigi eigi rætur sínar að rekja til eftirspurnar á smásölustigi. Þar af leiðandi þarf að greina viðkomandi heildsölumarkað á grundvelli þeirra samkeppnisskilyrða sem eru ríkjandi á smásölustigi. Það kemur þó ekki í veg fyrir að hægt sé að skoða mögulegan heildsölumarkað og draga ályktanir af honum. Hafa ber í huga að það er heildsölumarkaður fyrir aðgang og upphaf símtala sem hefur verið skilgreindur fyrirfram í tilmælum ESA og PFS er skylt að greina. Að mati PFS er bæði eðlilegt og nauðsynlegt að skoða hvernig möguleg skilyrði til viðskipta eru á heildsölustigi þrátt fyrir að þau eigi sér ekki stað í dag, því viðskipti á smásölustigi og heildsölustigi eru ólík og byggja á ólíkum samningum. Mögulegir samningar á heildsölustigi fara eftir því hvernig aðgangur er keyptur og hversu mikill, þ.e. hvort um er að ræða reiknaaðgang, sýndarnetsaðgang eða endursölu á mínútum. Í ljósi þess telur PFS að ekki sé hægt að segja að þjónusta á heildsölustigi sé einsleit. Að öðru leyti vísar PFS til umfjöllunar í kafla 6.2.1.1 í viðauka A.

Sambærileg kostnaðaruppbygging

PFS vísar því á bug að niðurstaða um sambærilega kostnaðaruppbyggingu á markaði 15 sé í ósamræmi við ákvörðun á markaði 16. PFS vill benda á að þrátt fyrir að um sama farsímanetið sé að ræða í hvorri greiningu fyrir sig þá er aðgangur og upphaf símtala annars vegar, og lúkning símtals hins vegar, ekki sami hluturinn enda hefur framkvæmdastjórn ESB og ESA talið nauðsynlegt sé að skilja þarna á milli og skilgreint þetta sem aðskilda markaði. Heildsöluaðgangur að farsímaneti getur verið margvíslegur eins fram kemur í greiningu á markaði 15 og því er flókið að reikna út verð á honum, á meðan lúkning símtala er einföld þjónusta á ákveðnu verði.

Í greiningu á markaði 15 kom fram það mat PFS að kostnaðaruppbygging Símans og Vodafone væri ekki sambærileg og var það mat byggt m.a. á þeirri staðreynd að Vodafone er yngra fyrirtæki en Síminn. En auk þess má nefna að Síminn var byggður

upp í skjóli einkaleyfis, félagið á stærra farsímanet og ræður yfir meirihluta leigulína. Þá vekur PFS athygli á því að í umfjöllun í kafla 6.2.1.1 í greiningu á markaði 15 kemur einnig fram að PFS sé á þeirri skoðun að sambærileg kostnaðaruppbygging varðandi lúkningarverð sé hjá Símanum og Vodafone til lengri tíma litið og að bæði félögin eigi þar möguleika á góðri arðsemi. Einnig er rétt að benda á að í umfjöllun um þetta í greiningu á markaði 15 er horft aðeins lengra í kostnaðaruppbyggingunni heldur en á markaði 16. Munurinn felst m.a. í því að á markaði 15 geta aðilar verið að fá mun meiri aðgang en á markaði 16, t.d. aðgang að ýmsum stöð- og upplýsingakerfum. Þá hefur Síminn betri aðgang að heimilum landsins vegna sterkrar stöðu sinnar á fastlínumarkaði þar sem um 85% landsmanna eru í áskrift hjá Símanum, en Síminn notar innheimtukerfi sitt fyrir fastlínusíma til að kynna viðskiptavinum sínum helstu tilboð og þjónustumöguleika á öðrum fjarskiptasviðum. Þessi kerfi gefa Símanum ákveðna yfirburði á viðkomandi markaði en hafa hins vegar ekki áhrif við mat á kostnaði við að veita lúkningu.

Í viðauka 2 með ákvörðun um markað 16 kemur fram í kafla 4.0 að PFS hafi talið eðlilegt að taka tillit til þess hversu lengi félögin hafa starfað á farsímamarkaði og í ljósi þess hafi PFS talið rétt að gera félögunum kleift að lækka lúkningarverð sín í þrepum innan ákveðins aðlögunartíma. PFS bendir á að þessi aðlögunartími var einmitt hugsaður til þess að taka tillit til að kostnaður Vodafone er hærri núna en hjá Símanum en gert er hins vegar ráð fyrir að hann verði sá sami í lok aðlögunartímans.

Með hliðsjón af framangreindu er það mat PFS að framangreindar niðurstöður fari saman. Þá er PFS enn á þeirri skoðun að kostnaðaruppbygging félaganna sé ekki sambærileg en telur hins vegar að kostnaður félaganna við rekstur GSM-nets komi til með að verða sambærilegur til lengri tíma litið.

Sambærileg markaðshlutdeild

Ein af forsendum þess að til staðar sé aðstaða sem hvetji til samræmdrar hegðunar er að viðkomandi fyrirtæki séu með sambærilega markaðshlutdeild. Samkeppnishamlandi hegðun, í formi samræmdra aðferða, er líklegri til að eiga sér stað þegar markaðshlutdeild viðkomandi fyrirtækja er svipuð eða sambærileg. Mikil munur á markaðshlutdeild milli fyrirtækja dregur hins vegar úr líkum á sameiginlegum markaðsyfirráðum. Eins og fram hefur komið var Síminn með 65% markaðshlutdeild og Vodafone með 35%, þegar horft er til fjölda viðskiptavina í GSM farsímaþjónustu, miðað við árslok 2005. Í lok júní 2006 var markaðshlutdeild Símans 64,3%. Munurinn á markaðshlutdeild Símans og Vodafone hefur því verið á bilinu 29-30 prósentustig, sem að mati PFS er talsverður munur og bendir til þess að skilyrði um sambærilega markaðshlutdeild sé ekki fullnægt.

Síminn telur að réttara sé að miða við markaðshlutdeild mælda í tekjum heldur en fjölda viðskiptavina. Eins og áður hefur komið fram er, í greiningu á markaði 15, markaðshlutdeild félaganna tveggja á GSM farsímamarkaði mæld í tekjum, fjölda mínútna úr farsímum og fjölda viðskiptavina. Vegna trúnaðar eru upplýsingar um markaðshlutdeild miðað við tekjur og fjölda mínútna með 5% vikmörkum en hins vegar eru tölur um markaðshlutdeild í fjölda viðskiptavina birtar án vikmarka. PFS hefur kosið, eins og margar aðrar eftirlitsstofnanir, að styðjast aðallega við markaðshlutdeild mælda í fjölda viðskiptavina, þar sem hún er nákvæm og gefur góða mynd af stöðunni. PFS hafnar því að fram komi í greiningu á markaði 15 að réttara sé að miða við tekjur eins Síminn heldur fram í kæru sinni.

PFS hafnar því enn og aftur að niðurstöður á markaði 15 séu í mótsögn við niðurstöður á markaði 16. Í niðurstöðum úr greiningu á markaði 15 kemur fram að Vodafone sé með ágæta stöðu á farsímamarkaði, félagið býr við stærðarhagkvæmni og hefur yfir að ráða traustri og góðri reynslu á farsímasviði. Markaðshlutdeild Vodafone á farsímamarkaði sýnir einnig að félagið er með sterka stöðu, sem skapar vissulega aðgangshindranir fyrir aðra til að koma inn á hann, þar sem markaðurinn er bæði lítill og töluvert mettur. Hins vegar er ekki hægt að horfa framhjá því að Síminn er með mun sterkari stöðu á farsímamarkaði en Vodafone, eins og niðurstöður á markaði 15 sýna, og því varð ekki hjá því komist að útnefna Símann með umtalsverðan markaðsstyrk á markaði 15.

Þá vill PFS benda á að niðurstöður um markaðshlutdeild byggja á tölum sem stofnunin fær frá farsímafélögunum sjálfum, sem telja verður áreiðanlegustu upplýsingarnar sem hægt er að byggja á, en ekki á tölum úr neytendakönnunum sem stofnunin eða aðrir hafa látið gera. Auk þess bendir PFS á að þrátt fyrir að einhver munur sé á markaðshlutdeild farsímafyrirtækja á höfuðborgarsvæðinu annars vegar og á landsbyggðinni hins vegar þá er edlilegt að landfræðileg afmörkun á viðkomandi þjónustumarkaði sé landið allt eins og PFS hefur sýnt fram á hér að framan. Varðandi frekari rökstuðning vísar PFS til umfjöllunar í kafla 6.2.1.1 í viðauka A með hinni kærðu ákvörðun.

Refsikerfi

Eitt af þeim skilyrðum sem þurfa að vera til staðar svo að tvö eða fleiri fyrirtæki teljist saman hafa markaðsyferráð á fákeppnismarkaði er að til sé einhvers konar refsikerfi sem hvetur viðkomandi fyrirtæki til að viðhalda og víkja ekki frá hinu þegjandi samkomulagi. Í því felst að fyrirtæki í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu geri sér grein fyrir því að allar aðgerðir af þess hálfu í því skyni að auka markaðshlutdeild munu aðeins leiða til hliðstæðra aðgerða keppinauta og ekkert fyrirtæki hafi þess vegna hag af slíkum aðgerðum. Þar sem þetta er eitt meginskilyrða fyrir því að sameiginleg markaðsyferráð séu fyrir hendi þá hefur framkvæmdastjórnin og dómstólar ESB hingað til gert töluverðar kröfur um sönnun þess að til staðar sé einhvers konar refsikerfi. Það er því fyrst með dómi undirréttar ESB í svokölluðu Impala máli að svo virðist sem verið sé að slaka á þessum sönnunarkröfum. Þess vegna eru athugasemdir Símans um að PFS hafi misskilið þetta algjörlega ekki við hæfi þar sem dómur í Impala málinu var kveðinn upp 13. júlí 2006 og ekki lá fyrir strax hvort dóminum yrði áfrýjað til Evrópudómsstólsins og enn er óljóst hvaða áhrif hann muni hafa við mat á sameiginlegri markaðsráðandi stöðu. Hins vegar er það mat PFS að hvorki dómur í Impala málinu né úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 6/2006 breyti einhverju um þær niðurstöður sem stofnunin hefur komist að í greiningu á markaði 15.

Þá vill PFS einnig benda á að ekki er hægt að yfirfæra ákvarðanir, dóma eða úrskurði í samrunamálum með einföldum hætti á greiningu á fjarskiptamörkuðum skv. fjarskiptatilskipunum ESB, m.a. vegna þess að tilefni og edli þessara mála eru ólík. Hins vegar eiga fjarskiptaeftirlitsstofnanir að hafa hliðsjón af ákvörðunum framkvæmdastjórnar á grundvelli samrunareglugerðar og dómum dómstóla ESB í sömu málum, þegar þau beita hugtakinu sameiginleg markaðsyferráð eins og PFS gerði í greiningu á markaði 15. Svo verður einnig að hafa í huga að þær forsendur sem þurfa að vera til staðar til að þess að sameiginleg markaðsráðandi staða sé fyrir

hendi hafa mismikið vægi eftir því um hvaða markað er ræða hverju sinni og nauðsynlegt er að meta þetta heildstætt í hvert sinn.

Umræddur úrskurður áfrýjunarnefndar samkeppnismála sem Síminn vísar til fjallar um samruna á lyffjamarkaðinum, sbr. 4. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005, og var með honum staðfest ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 28/2006. Við mat á samruna ber að meta hvort samruni hindri virka samkeppni með því að markaðsráðandi staða, eins eða fleiri fyrirtækja, verði til eða slík staða styrkist, sbr. 1. mgr. 17. gr. samkeppnislaga. Í viðkomandi ákvörðun komst Samkeppniseftirlitið m.a. að þeirri niðurstöðu að Lyfja annars vegar og Lyf og heilsa hins vegar væru í sameiginlegri markaðsráðandi stöðu á markaðinum fyrir smásölu lyfja og að samruni DAC, sem er í eigu Lyfja og heilsu, og Lyffjavers styrki þá stöðu. Að mati PFS er markaður fyrir smásölu lyfja og farsímamarkaðurinn á Íslandi mjög ólíkir og vill PFS í því sambandi benda á það sem helst greinir þar á milli. Íslenskur lyffjamarkaður, þ.á.m. markaður fyrir smásölu lyfja, lýtur í veigamiklum atriðum opinberum reglum. Stjórnvöld ákveða hámarksverð lyfja bæði í heildsölu og smásölu, greiðsluþátttöku almannatrygginga og verðbreytingar á lyfseðilsskyldum lyffjum. Ákvörðun um hámarksverð lyfja í smásölu er því ekki í höndum smásöluaðila sjálfra heldur í höndum lyffjagreiðslunefndar. Vegna þessa er markaður fyrir smásölu lyfja að þessu leyti mjög gagnsær. Eftirspurn notenda lyfja eftir lyffjum er óteygjin, sem merkir að lyfsala mun hvorki minnka marktækt ef verð hækkar né aukast ef það lækkar. Staða Lyfju og Lyfja og heilsu er mjög áþekk á markaðinum, Lyfja er með 35-40% markaðshlutdeild á höfuðborgarsvæðinu og Lyf og heilsa með 40-45%. Auk þess eru sex minni lyffjaverslanir starfandi á höfuðborgarsvæðinu og er Lyffjaver þar á meðal. Markaðshlutdeild lyffjakeðjanna tveggja hefur vaxið með svipuðum hætti á síðastliðnum árum með kaupum þeirra á einkareknum apótekum. Sama þróun hefur átt sér stað út á landi og aðeins sex lyffjaverslanir starfa þar sem ekki eru í eigu Lyfju og Lyfja og heilsu. Þá er ljóst að til staðar er tilhneiging hjá lyffjakeðjunum að staðsetja lyffjaverslanir sínar á höfuðborgarsvæðinu fremur í nálægð við einkarekin apótek sem starfa utan keðjanna en í nálægð við apótek hvorrar annarrar. Á landsbyggðinni einkennist dreifing lyffjaverslana að meginstefnu af því að aðeins eru starfræktar lyffjaverslanir á vegum annarrar hvorrar lyffjakeðjunnar í hverjum landsfjórðungi og draga má þá ályktun að keðjurnar telji það ekki samræmast hagsmunum sínum að staðsetja lyffjaverslanir sínar nálægt verslunum hvorrar annarrar á landsbyggðinni. Að mati PFS er ljóst af framangreindu að markaður fyrir smásölu lyfja er í mörgum mikilvægum þáttum mjög ólíkur íslenskum farsímamarkaði og því engan veginn hægt að komast að þeirri niðurstöðu að þau rök sem koma fram í kafla 3.2 í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins geti átt við um farsímamarkaðinn að breyttu breytanda.

Í ljósi þess að Síminn styðst í kæru sinni við framangreinda ákvörðun Samkeppniseftirlitsins í máli nr. 28/2006 þá vill PFS benda, á eins og áður hefur komið fram, að staðfest hefur verið af samkeppnisyfirlöðum að Síminn sé með markaðsráðandi stöðu á GSM farsímamarkaði sbr. m.a. ákvörðun Samkeppnisráðs nr. 40/2003 og nr. 21/2005. Í seinna málinu féllst Samkeppnisráð ekki á þá kröfu Símans að félagið væri sameiginlega með Vodafone með markaðsráðandi stöðu en krafu Símans byggði einkum á sjónarmiðum um stöðu Símans á fákeppnismarkaði. Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 10/2006 frá 31. mars 2006 komst eftirlitið að þeirri niðurstöðu að aðstæður á farsímamarkaði hefðu ekki breyst með þeim hætti að Síminn teldist ekki enn með markaðsráðandi stöðu. Þó svo að PFS sé ekki bundin af

ákvörðunum samkeppnisyfirvalda við greiningu á fjarskiptamörkuðum þá eru þær aðferðir sem PFS á að beita við skilgreiningu á markaði og mat á umtalsverðum markaðsstyrk byggðar á meginreglum samkeppnisréttar. Þá vill PFS einnig benda á að Síminn getur ekki verið með umtalsverðan markaðsstyrk bæði einn og sér og sameiginlega með öðrum.

Þrátt fyrir að undirréttur ESB hafi í svokölluðu Impala máli talið að skort hafi greiningu á tölulegum gögnum þá er ekki þar með sagt að hægt sé að yfirfæra þá niðurstöðu á greiningu á markaði 15. Um er að ræða mjög ólíka markaði. Í þessu sambandi vill PFS benda á að niðurstaða Samkeppniseftirlitsins um gagnsæi í framangreindu samrunamáli byggði ekki á greiningu á tölulegum gögnum.

PFS telur að hafa verði í huga þá aðstöðu sem skapast vegna smæðar farsímamarkaðsins og fámennis íslensku þjóðarinnar. Í ljósi þess að það eru fyrst og fremst tvö farsímafélög starfandi á íslenskum markaði er ekki óeðlilegt að félögin fylgi hvort öðru í verðum þótt PFS telji það ekki æskilegt. PFS telur að með hliðsjón af aðstæðum á markaði sé ekki hægt að ganga út frá því að lítil verðsamkeppni stafi eingöngu af einhvers konar refsikerfi. Í þessu sambandi bendir PFS á að hótun um mikla verðsamkeppni ef vikið er frá samhæfðri verðstefnu er ekki eina dæmið um refsikerfi. Frávik frá samræmdri hegðun getur einnig falist í því að fyrirtæki reyni að auka markaðshlutdeild sína með öðrum hætti. Að mati PFS verður að telja að innkoma SKO á farsímamarkað í apríl 2006 bendi til þess að Vodafone sé að reyna að auka markaðshlutdeild sína á farsímamarkaði, þar sem bæði félögin eru í eigu Teymis ehf. og SKO endurselur farsímaþjónustu frá Vodafone. PFS telur þetta ekki bera vott um samræmda hegðun heldur frekar frávik frá samræmdri hegðun. Þá getur PFS ekki séð að þessu hafi verið svarað af hálfu Símans með þeim hætti að vísbending sé um að virkt refsikerfi sé til staðar.

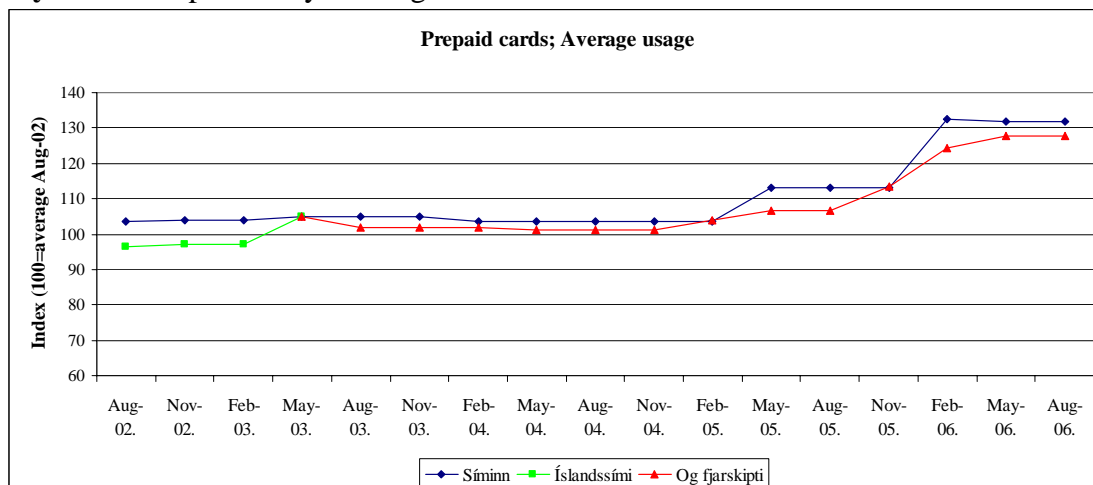
Með hliðsjón af framangreindu er það mat PFS að ekki sé til staðar fullnægjandi sönnun fyrir einhvers konar refsikerfi á farsímamarkaðinum. Að öðru leyti vísar PFS til umfjöllunar um þetta í kafla 6.2.1.1 í viðauka A.

Skortur eða lítið svigrúm fyrir verðsamkeppni

Að mati PFS er ákveðin samræming í verðum, þó að félögin séu ekki með nákvæmlega sömu verð, og verð hafi farið hækkandi. Þetta bendir til þess að ekki ríki mikil verðsamkeppni milli farsímafélagana. Lítil verðsamkeppni eða sambærileg verð geta bent til samræmdra aðgerða af hálfu félaganna. Á móti kemur að töluverð samkeppni á sér stað um ímynd fyrirtækjanna, áskriftarleiðir og frímínútur. Það er mat PFS að félögin tvö keppi fyrst og fremst í því að bjóða eigin viðskiptavinum hlunnindi á borð við fríar mínútur og frí SMS í eigin neti en verðsamanburðurinn getur ekki tekið tillit til slíkra hlunninda.

Myndir 4 og 5 sýna hvernig verðþróunin á GSM farsímaþjónustu hefur verið frá 2002 miðað við meðalnotkun, annars vegar á fyrirframgreiddum kortum og hins vegar á eftirágreiddum áskriftum. Þessi samanburður er byggður á sömu forsendum og gert var í viðauka B. Eins og sjá má á mynd 4 hefur kostnaður fyrir meðalnotkun á fyrirframgreiddum kortum hækkað frá því í ágúst 2002 til nóvember 2006 um 27,4% hjá Símanum en um 32,6% hjá Vodafone (áður Íslandssími). Sjá má að bæði farsímafélögin hafa hækkað sín verð frá því í ágúst 2005 en Vodafone er þó enn aðeins lægra en Síminn.

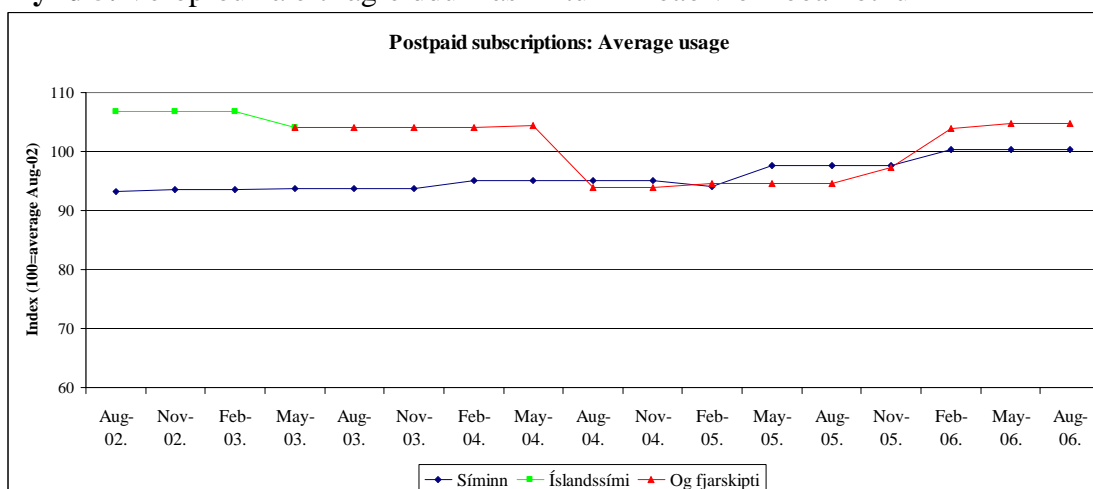
Mynd 4. Verðþróun á fyrirframgreiddum kortum miðað við meðalnotkun



Heimild: Teligen. *Skýring:* Vísitölupróun á árlegum kostnaði fyrir meðalnotkun. Lægsti kostnaður valinn á hverjum tíma.

Kostnaður fyrir meðalnotkun á eftirágreiddum áskriftum hefur hækkað frá því í ágúst 2002 til nóvember 2006 um 7,8% hjá Símanum en lækkað um 1,2% hjá Vodafone (áður Íslandssími) eins og sjá má á mynd 2. Hér má sjá að Vodafone hefur hækkað töluvert frá því í ágúst 2005. Síminn hefur einnig hækkað lítillega en er þó lægri en Vodafone.

Mynd 5. Verðþróun á eftirágreiddum áskriftum miðað við meðalnotkun



Heimild: Teligen. *Skýring:* Vísitölupróun á árlegum kostnaði fyrir meðalnotkun. Lægsti kostnaður valinn á hverjum tíma.

Myndirnar hér að framan sýna að verð hér á landi virðist hafa hækkað á undanförunum árum. Þó farsímafélögin tvö séu ekki alveg samstíga í hækkunum sínum virðast þau enn elta hvort annað. Að mati PFS er þetta ekki góð þróun, æskilegt er að félögin keppi meira í verðum og að þróun sýni lækkun en ekki hækkun. Það er hins vegar ekki hægt að líta svo á að verð farsímafélaganna hafi verið alveg stöðug eins og gera má ráð fyrir þegar fyrirtæki eru með samræmda verðhegðun, sem bendir til þess að Síminn og Vodafone séu ekki með þegjandi samkomulag um að keppa ekki í verðum.

Þó að innlendir verðsamanburður leiði í ljós litla verðsamkeppni milli félaganna þá telur PFS að það sé ekki nægileg vísbending um samræmda hegðun. Hins vegar telur PFS að verð fyrir farsímaþjónustu á smásölumarkaði geti ekki haldið áfram að þróast á sama hátt og verið hefur því þá megi telja að kominn sé grundvöllur fyrir grunsemdir um samræmda hegðun. Bæði Síminn og Vodafone hafa möguleika á því að fara í verðsamkeppni en telja má að slíkt væri þyngra fyrir Vodafone þar sem fjárhagslegur styrkleiki Símans, sérstaklega á fjarskiptasviði, er meiri.

Samantekt um sameiginleg markaðsyfíráð

Eins og PFS hefur sýnt fram á í framangreindri umfjöllun er ekki hægt að fallast á kröfu Símans um sameiginleg markaðsyfíráð með Vodafone, auk þess sem þessi krafa Símans er í algjörrri mótsögn við kröfur B og C eins og áður hefur komið fram. Rökstuðningur Símans fyrir framangreindri kröfu styður það hins vegar að ekki ríki nægjanlega virk samkeppni á markaði 15 og að markaðurinn einkennist af verulegum aðgangshindrunum. Með hliðsjón af því er ljóst að það var rétt ákvörðun hjá PFS að útnefna aðeins Símann með umtalsverðan markaðsstyrk á heildsölumarkaði fyrir aðgang og upphaf símtala í GSM farsímanetum.

Það er mat PFS að skortur á virkri samkeppni á markaði 15 stafi ekki af því að félögin séu með sameiginleg markaðsyfíráð. PFS telur að ekki liggi fyrir afgerandi niðurstaða sem bendi til að félögin tvö starfi með samræmdum hætti. Eins og stendur eru ekki nægar vísbendingar um að félögin séu sem eitt gagnvart öðrum fjarskiptaþyrirtækjum, viðskiptavinum eða neytendum þar sem nokkrum mikilvægum skilyrðum fyrir sameiginlegum markaðsyfíráðum er ekki fullnægt, t.a.m. skilyrði um gagnsæi, sambærilega markaðshlutdeild og kostnaðaruppbyggingu og trúverðugt refsikerfi. Það er mat PFS að staða Símans sé með þeim hætti að félagið þurfi ekki á þegjandi samkomulagi við Vodafone að halda til að takmarka samkeppni á farsíma- og markaði.

3.6 Athugasemdir PFS við kröfu E

1. Almenn

Síminn krefst þess, ef ekki er fallist á aðal- og varakröfur A-C, að kvöðum samkvæmt hinni kærðu ákvörðun verði fækkað og úr þeim dregið.

Vegna framangreindrar kröfu Símans bendir PFS á að kvöðum er ætlað að taka á ákveðnum samkeppnisvandamálum sem skilgreind hafa verið við greiningu á viðkomandi markaði. Í greiningu á markaði 15 hefur PFS greint ákveðin samkeppnisvandamál sem kalla á nauðsyn þess að umræddar kvaðir séu lagðar á Símann. Ef draga á úr álagningu kvaða eða fækka þeim þarf slík ákvörðun að byggjast á nýjum niðurstöðum í greiningu á markaði 15 og nýjum sjónarmiðum sem ekki hafa komið fram. PFS getur ekki séð að í röksemdum Símans sé að finna slík sjónarmið sem réttlæta framangreinda kröfu. Í þessu sambandi vill PFS minna á að það er umtalsverður markaðsstyrkur sem er sá mælikvarði sem miða skal við en ekki misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Álagning kvaða á fjarskiptaþyrirtæki er ekki bundin því skilyrði að markaðsráðandi staða hafi verið misnotuð heldur nægir að sýna fram á að aðstæður séu til staðar sem gera markaðsráðandi þyrirtækjum mögulegt að misnota styrk sinn. Þetta þýðir hins vegar ekki að hegðun þyrirtækja á markaði skipti ekki máli. Hegðun sem stuðlar að markaðsráðandi stöðu eða viðheldur samkeppnisforskoti hjá markaðsráðandi þyrirtæki getur dregið úr samkeppni á markaði.

PFS hafnar því algjörlega að rannsókn á markaði 15 hafi verið ábótavant og telur að greiningin og aðrir viðaukar með ákvörðun um markað 15 beri vott um það hversu vel og ítarlega PFS rannsakaði þetta. PFS er jafnframt ósammála því að ekki hafi verið gætt meðalhófs við töku umræddrar ákvörðunar og bendir á að reynt var að koma til móts við sjónarmið farsímafélaganna eins og kostur var og sjá má m.a. á viðauka C og D með hinni kærðu ákvörðun. Þá hafnar PFS því að ákvörðun um markað 15 sé órökstudd enda verður slík fullyrðing markleysa þegar viðaukar við hina kærðu ákvörðun eru skoðaðir. Auk þess vill PFS benda á að ESA gerði ekki athugasemdir við þær kvaðir sem PFS hugðist leggja á Símann á markað 15, sbr. bréf ESA, dags. 11. desember 2006.

Kvaðir eru vissulega íþyngjandi en PFS dregur í efa að þær séu eins íþyngjandi og Síminn vill meina. Að mati PFS hefur Símanum ekki tekist að sýna fram á að þær kvaðir sem stofnunin hefur lagt á félagið séu eins íþyngjandi og yfirgripsmiklar og Síminn heldur fram. Þá bendir PFS á að stofnunin hefði getað gengið mun lengra í álagningu kvaða enda komu fram kröfur um það m.a. frá IP fjarskiptum ehf. (Hive) í bréfi þeirra dags. 22. desember 2006, sjá viðauka D við hina kærðu ákvörðun. PFS hafði hins vegar til hliðsjónar reglu um meðalhóf og lagði eingöngu á Símann þær kvaðir sem stofnunin taldi nauðsynlegar til að ná þeim markmiðum að efla samkeppni á farsíma markaði.

Í leiðbeiningum ESA segir að ef markaðsgreining leiðir í ljós að ekki ríki virk samkeppni á viðkomandi markaði og að fjarskiptafyrirtæki, eitt eða fleiri, hafi umtalsverðan markaðsstyrk beri fjarskiptaefirlitsstofnun að leggja hið minnsta eina eða fleiri kvaðir á það fyrirtæki sem útnefnt er með umtalsverðan markaðsstyrk.⁷⁵ 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.⁷⁶ Kvöðum þessum er nánar lýst í 28. – 32. gr. laganna.

Framkvæmdastjórn ESB og ESA hefur með ákvörðun sinni um að setja markað 15 í tilmæli um viðkomandi markaði, komist að þeirri niðurstöðu að hindranir séu á því að komast inn á viðkomandi markað, að markaðurinn hafi ekki eiginleika til að þar sé virk samkeppni og að almennar samkeppnisreglur duga ekki til að afnema hindranir eða efla samkeppni á viðkomandi markaði. Til þess að tryggja að markmiðum fjarskiptatilskipana ESB verði náð og stuðla að samkeppni á fjarskiptamörkuðum eru fjarskiptaefirlitsstofnunum veittar heimildir til að grípa til ákveðinna ráðstafana. Þær ráðstafanir felast í því að leggja fyrirfram kvaðir á fyrirtæki sem teljast hafa umtalsverðan markaðsstyrk til að tryggja að þau geti hvorki nýtt sér markaðsstyrk sinn til þess að takmarka eða brengla samkeppni á viðkomandi markaði né til þess að auka ítök sín á nærliggjandi mörkuðum.⁷⁷

PFS vill hér ítreka það sem fram kom í athugasemdum við kröfu B um hlutverk samkeppnisyfirvalda og fjarskiptaefirlitsstofnana hvað varðar greiningu á samkeppni. Í samkeppnisréttinum eru markaðir yfirleitt skilgreindir eftir á og

⁷⁵ Sjá málsgrein 21 og 115 í leiðbeiningunum.

⁷⁶ Sjá 9. – 14. gr. aðgangstilskipunar.

⁷⁷ Sjá kafla 1.2 og málsgrein 16 í leiðbeiningum ESA.

greining á þeim miðast við atburði sem þegar hafa orðið á markaðinum. Fjarskiptaeftirlitsstofnanir þurfa hins vegar að horfa fram á við enda er tilefni markaðsgreiningar hvorki samningur eða samstilltar aðgerðir í skilningi 53. gr. EES-samningsins, né samfylking í skilningi samrunareglugerðar, né heldur meint misnotkun á yfirburðastöðu í skilningi 54. gr. EES-samningsins, heldur byggist greiningin á almennu mati á því hvernig markaðurinn, sem er til athugunar er uppbyggður og hvernig hann starfar með framtíðarþróun í huga.⁷⁸ Eftirlitsyfirvöld, sem eiga að beita hugtakinu umtalsverður markaðsstyrkur fyrirfram, verða að hafa ákvörðunarvald sem er í samræmi við hina flóknu efnahagsþætti, málsatvik og lagaatriði sem meta þarf.

Í áðurnefndri skýrslu 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 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.

Við val á kvöðum sem beita á til að leysa ákveðin samkeppnisvandamál þarf að hafa ákveðnar grundvallarreglur að leiðarljósi.⁷⁹ Allar álagðar kvaðir skulu vera byggðar á eðli hins skilgreinda samkeppnisvandamáls og vera sniðnar til 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 markaðs og standa vörð um hagsmuni notenda. Kvaðir mega ekki ganga lengra en nauðsynlegt er og mega ekki leggja þyngri byrðar á fyrirtækin en nauðsynlegt þykir.

Að mati PFS kalla aðstæður á markaði 15 á nauðsyn þess að leggja á Símann umræddar kvaðir. PFS telur að ekki nægi að leggja á eina til tvær mildar kvaðir til að leysa þau vandamál sem eru á farsímamarkaði. PFS telur að umræddar kvaðir séu til þess fallnar að skila sér í betra verði til notenda og auknu vali á þjónustuaðilum. PFS hefur við val á kvöðum haft að leiðarljósi ofangreindar grundvallarreglur. Hér á eftir verður farið nánar í þau samkeppnisvandamál sem greind hafa verið á markaði 15.

Niðurstöður markaðsgreiningar og fákeppni á íslenskum GSM farsímamarkaði benda til þess að samkeppni þar sé ekki nægjanlega virk. Engir sjálfstæðir þjónustuaðilar eða sýndarnetsfyrirtæki eru starfandi á GSM farsímamarkaði og BT GSM, eini sjálfstæði endursöluaðilinn sem komið hefur inn á farsímamarkaðinn, er hættur. Litlar líkur eru á að nýir aðilar ráðist í uppbyggingu á heildstæðu GSM farsímaneti og hingað til hefur ekki samist um heildsöluáðgang að starfandi farsímanetum að undanskildum samningi Símans og Vodafone um innanlands reiki og endursölusamningi Vodafone og SKO. Það liggur hins vegar ekkert fyrir um hvort sambærilegur endursölusamningur sé í boði fyrir aðra og hingað til hefur gengið erfiðlega fyrir IMC að semja við Símann og Vodafone um innanlands reiki.

⁷⁸ Sjá málsgrein 28 í leiðbeiningunum.

⁷⁹ Sjá 8. gr. rammatilskipunar.

Megin niðurstaða markaðsgreiningar er að viðkomandi markaður einkennist af sterkum yfirburðum Símans á markaði sem rekja má til þess að Síminn er fyrrum sérleyfishafi og var með einokunarstöðu í fjarskiptum hér á landi til ársins 1998. Síminn var einnig fyrstur með þjónustuframboð á farsímamarkaði og nýtur ávinnings af því. Brotthvarf fyrirtækja af farsímamarkaði, þ.e. þeirra fyrirtækja sem runnu saman og urðu að Vodafone, gefa einnig vísbendingar um styrk Símans umfram önnur fyrirtæki.

Hvað varðar athugasemdir Símans um samskipti þess við IMC þá kemur fram í greiningu PFS á markaði 15 að fyrir liggi að hvorki Síminn né Vodafone hafa samið um innanlands reiki í netum sínum við IMC Ísland þrátt fyrir óskir IMC um slíkt. Sú staðreynd að IMC Ísland þurfti að gera alþjóðlegan reikisamning við Vodafone til að geta boðið upp á farsímaþjónustu á Íslandi á landsvísu bendir til þess að Síminn og Vodafone séu að beita markaðsstyrk sínum þar sem hvorugt fyrirtækið hefur fengist til að semja við IMC um innanlands reiki. Síminn hefur sagt að beiðni IMC um innanlands reiki hafi farið algjörlega á skjön við 35. gr. fjarskiptalaga. Í 1. mgr. 35. gr. segir að þar sem ekki verður ráðist í uppsetningu eða rekstur farsímastöðva eða farsímanets, vegna eðlis eða umfangs fjárfestingar, eða þar sem aðstæður til uppsetningar og rekstrar farsímastöðva og farsímanets eru sérstaklega erfiðar, svo sem vegna náttúrulegra aðstæðna, eða þegar nauðsynlegt er að stuðla að virkri samkeppni, skulu farsímafyrirtæki sem veita almenna farsímaþjónustu eiga aðgang að almennum farsímanetum annarra farsímafyrirtækja. Ákvæði um reiki er breytt frá eldri lögum og m.a. er nú gert ráð fyrir að meta megi þörfina fyrir reikisamning út frá sjónarmiðum um eflingu samkeppni. PFS telur það ekki fullnægjandi að bjóða IMC sama reikisamning og Síminn hefur boðið Vodafone þar sem uppbygging IMC á farsímaneti er á engan hátt jafnlangt komin og uppbygging á farsímaneti Vodafone. Þarfir fyrirtækja eru mismunandi og að mati PFS er á engan hátt hægt að túlka ákvæði 1. mgr. 35. gr. á þann hátt að skyldunni þar sé einungis ætlað að fullnægja einhverri lágmarkspörf til reikis.

IMC hefur greint PFS frá því að félagið hafi í febrúar 2001 óskað eftir innanlands reiki hjá öllum þá starfandi farsímafyrirtækjum á landinu. IMC óskaði aftur eftir innanlands reiki á árinu 2002 og 2003 án árangurs. Með bréfi, dags. 4. september 2003, hafnaði Síminn samningi um innanlands reiki þar sem félagið taldi það ekki viðskiptalega hagkvæmt að bjóða reiki í Reykjavík. IMC hefur einnig óskað eftir innanlands reikisamningi frá Vodafone en félagið taldi sér ekki fært að veita hann. Í september 2005 óskaði IMC eftir fundi með forstjóra Símans sem ekki fékkst. Skv. upplýsingum frá IMC hefur Síminn aðallega hafnað reikiaðgangi að höfuðborgarsvæðinu.

Það er mat PFS að aðgerðaleysi og hegðun Símans gagnvart óskum IMC um að semja um innanlands reiki bendi til að félagið sé að hindra aðgang að farsímaneti sínu og dragi úr möguleikum á frekari samkeppni á farsímamarkaði. Að mati PFS bendir árangur af framangreindum samskiptum IMC við starfandi farsímafyrirtæki til þess að innkoma IMC á íslenskan farsímamarkað geti ekki talist vera tiltölulega auðveld og gefur vísbendingu um að þannig verði ástatt fyrir öðrum fyrirtækjum sem vilja koma inn á farsímamarkað nema að hin kærða ákvörðun PFS um markað 15 verði staðfest.

Síminn heldur því fram að PFS byggi niðurstöðu sína eingöngu á málatilbúnaði annars aðilans og ekki hafi verið leitað eftir afstöðu Símans í þessu máli við undirbúning ákvörðunarinnar. Í þessu sambandi bendir PFS á að markaður 15 fór þrisvar sinnum í samráð við hagsmunaaðila og í viðauka C með ákvörðun um markað 15 er gerð grein fyrir athugasemdum Símans um þetta efni og þeim svarað sérstaklega. Þetta er því alls ekki rétt hjá Símanum. Það er óumdeilt að IMC hefur ekki fengið reikjaðgang hjá Símanum og Síminn hefur ekki neitað því að hafa fengið beiðni frá IMC um slíkan aðgang. PFS skilur röksemdir Símans svo að félagið telji að sér hafi verið heimilt að hafna beiðni IMC um reiki þar sem Síminn leit svo á að hún væri ekki í samræmi við 35. gr. fjarskiptalaga. Um það er PFS hins vegar ekki sammála eins og gerð er grein fyrir hér framar.

Það hefur einnig komið fram í svörum frá Vodafone að illa hafi gengið fyrir nýja aðila að fá lögbundinn aðgang að fjarskiptaneti Símans og verðlagning hafi verið há. Vodafone nefnir þessu til stuðnings erfiðleika í byrjun samkeppni á að fá aðgang að möstrum og aðstöðu Símans. Vodafone heldur því fram að mörg þau samkeppnisvandamál sem nefnd eru í skýrslu ERG um kvaðir hafi komið fram á farsímamarkaði í viðskiptum félagsins við Símann t.d. upplýsingum haldið leyndum, seinkunaraðferðir, óviðeigandi skilyrði og undirverðlagning.

Hvað varðar reikisamning Símans og Vodafone þá er það ekki rétt hjá Símanum að ekki hafi komið upp vandkvæði við gerð þessara samninga. Það hafa komið upp deilur um reiki og eins og úrskurðarnefndin man eflaust eftir var ágreiningur um viss atriði reikisamnings Símans og Vodafone og málið kom bæði til kasta PFS, sbr. ákvörðun dags. 10. nóvember 2003, og úrskurðarnefndarinnar, sbr. úrskurður nr. 1/2004, dags. 4. mars 2004. Eftir að úrskurður nefndarinnar lá fyrir var komin rammi að samningi og eftir það náðu fyrirtækin saman og undirrituðu samning þann sem nú er í gildi. PFS telur að núgildandi samningur sé hagstæður fyrir Símann og það má ganga út frá því að Síminn hafi verið í betri samningsstöðu en Vodafone við gerð samningsins.

Varðandi samninga um samhýsingu og samnýtingu þá hafa þeir samningar heldur ekki gengið átakalaust fyrir sig og vissulega komið upp vandamál. Í því sambandi má benda á deilumál milli Símans og Og fjarskipta hf. um pláss í símstöðinni í Árbænum sem lauk með ákvörðun PFS, dags. 23. júlí 2004.

Með hliðsjón af framangreindu eru að mati PFS miklar líkur á því að Síminn muni neita öðrum fyrirtækjum um kaup á heildsöluþjónustu fyrir aðgang og upphaf símtala eða hindra slíkan aðgang, til þess að vernda eigin smásöluþjónustu gegn samkeppni, ef ekki eru lagðar á félagið viðeigandi kvaðir. Í því sambandi er nauðsynlegt að leggja á Símann kvöð um aðgang og kvöð um verðlagningu á aðgangsjónustu auk jafnræðiskvaðar. Þá eru einnig líkur á því að með aukinni samkeppni og innkomu nýrra aðila á farsímamarkað komi Síminn til með að beita ýmsum aðferðum til að vernda eigin smásöluþjónustu, t.d. með því að seinka samningaviðræðum eða afgreiðslu á þjónustu, halda eftir eða leyndu upplýsingum sem nauðsynlegar eru fyrir þann sem vill kaupa heildsöluþjónustu af Símanum, setja óréttmæt skilyrði eða mismuna í gæðum. Í ljósi þessa telur PFS nauðsynlegt að leggja viðeigandi kvaðir á Símann til að draga úr möguleikum félagsins til að hafa í frammi slíka samkeppnishamlandi hegðun, m.a. kvöð um gagnsæi.

Að mati PFS duga samkeppnislög hvorki til þess að taka á þeim vandamálum sem eru á farsímamarkaði né tryggja að Síminn verði við eðlilegum og sanngjörnum beiðnum um aðgang að farsímaneti sínu. Vegna athugasemda Símans um að engin umfjöllun sé um hvort almennar samkeppnisreglur nægi, vill PFS benda á athugasemd ESA sem fram kom í bréfi ESA til norsku fjarskiptaeftirlitsstofnunarinnar NPT, dags. 6. september 2005, vegna markaðs 16 um lúkningu símtala í einstökum farsímanetum. Þar minnti ESA á að fyrir þá markaði sem eru í tilmælum ESA um viðkomandi markaði, hefur farið fram fyrirfram mat á því að skyldur skv. samkeppnislögum EES einar og sér dugi ekki og að þessir markaðir séu til þess fallnir að leggja á þá fyrirfram kvaðir.⁸⁰

Eins og áður segir taka samkeppnislögin á samkeppnisbrotum eftir að þau hafa átt sér stað en tilgangur markaðsgreiningar og álagning kvaða á fyrirtæki sem útnefnt er með umtalsverðan markaðsstyrk er að tryggja og koma í veg fyrir að samkeppnisbrot eigi sér stað. Í ljósi framangreinds er ekki fullnægjandi að treysta eingöngu á samkeppnislög og því nauðsynlegt að leggja umræddar kvaðir á Símann. Þá má einnig benda á að engin fjarskiptaeftirlitsstofnun á EES-svæðinu hefur talið það fullnægjandi að leggja einungis eina kvöð á fyrirtæki sem útnefnd eru með umtalsverðan markaðsstyrk. Í nánast öllum tilvikum eru lagðar á fyrirtækin fullt sett kvaða, þ.e. allar kvaðir sem heimilt er að leggja á. Þar sem Síminn vísar oft í ákvörðun norsku eftirlitsstofnunarinnar NPT á markaði 15 þá vill PFS benda á að NPT útnefndi, eins og fram hefur komið, Telenor með umtalsverðan markaðsstyrk og lagði fullt sett kvaða á fyrirtækið, þ.e. sambærilegar kvaðir og PFS lagði á Símann á markaði 15.

PFS er á þeirri skoðun að samkeppni á GSM farsímamarkaði geti orðið mun virkari ef skapaðar verða betri aðstæður fyrir þjónustusamkeppni. Aðgangur sjálfstæðra þjónustuaðila að starfandi farsímanetum á sanngjörnum kjörum er vænleg leið til að örva samkeppni og auka val neytenda. Aukin þjónustusamkeppni kæmi væntanlega til með að skila árangri í því að bæta farsímaþjónustu og lækka gjöld til endanotenda, sérstaklega hvað varðar dýra þjónustu eins og millilandasímtöl, en mun þó væntanlega aðeins að takmörkuðu leyti örva samkeppni um uppbyggingu fjarskiptavirkis. PFS telur þó, eins og staðan er í dag, að rétt sé að stuðla að aukinni þjónustusamkeppni á farsímamarkaði.

2. Kvöð um aðgang

Það kemur hvergi fram í fjarskiptatilskipunum ESB né leiðbeiningum eða tilmælum ESA, að nægilegt sé að leggja á eina kvöð til þess að ná fram meginmarkmiðum eins og Síminn fullyrðir í kærú sinni. Það eina sem fram hefur komið er að fjarskiptaeftirlitsstofnanir þurfi a.m.k. að leggja eina kvöð á fyrirtæki sem er útnefnt með umtalsverðan markaðsstyrk.

PFS getur ekki fallist á það að með álagningu kvaðar um aðgang sé gengið of langt. Að mati PFS er eitt helsta samkeppnisvandamálið á markaði 15 það að ný fyrirtæki komast ekki inn á markaðinn nema með því að byggja upp eigið net þar sem Síminn hefur ekki viljað veita aðgang að farsímaneti sínu. PFS leggur upp með að fyrirtækin sjálf semji í góðri trú um aðgang að farsímanetinu. Reynslan hefur hins vegar sýnt að erfitt er semja um aðgang að farsímanetum. Í ljósi þess og með hliðsjón af

⁸⁰ Sjá kafla 3.2. í bréfi ESA til NPT, dags. 6. september 2005.

framangreindum samkeppnisvandamálum á GSM farsímamarkaði taldi PFS nauðsynlegt að leggja aðgangskvöð á Símann til að efla samkeppni á farsímamarkaðinum og gera nýjum aðilum kleift að koma inn á markaðinn. Kvöðin felur í sér að Síminn skuli ganga að sanngjörnum og eðlilegum beiðnum um heildsöluáðgang að GSM farsímaneti sínu og þjónustu. PFS gengur ekki út frá því að stofnunin komi að samningaviðræðum um aðgang en komi hins vegar til þess að þær gangi ekki upp þá er hægt að vísa slíku ágreiningsmáli til PFS. PFS mun skoða hvert mál fyrir sig þegar þau koma upp. PFS tekur þó fram að það er ekki sjálfsagt að allar aðgangsbeiðnir verði metnar sanngjarnar.

Síminn gerir athugasemdir við það skilyrði sem PFS setti í hina kærðu ákvörðun að samningum skuli lokið innan eðlilegra tímamarka og án óþarfa tafa. PFS telur að þetta sé mjög eðlilegt skilyrði enda er þetta eitt af þeim áhyggjuefnum sem fyrirtæki hafa þegar þau þurfa að semja við Símann um aðgang. PFS settur einungis það skilyrði að samningum skuli lokið innan eðlilegra tímamarka og ekki verður skilið af hverju Síminn gerir athugasemdir við þetta skilyrði nema bara til þess að geta haft áfram möguleika á að draga samningaviðræður fram úr hófi og hindra þannig að ný félög geti hafð starfsemi á farsímamarkaði í samkeppni við smásöluþjónustu Símans.

PFS mótmælir því að stofnunin sé að taka sér lagasetningarvald með ákvörðun sinni um að 4. mgr. 35. gr. fjarskiptalaga gildi ekki við álagningu kvaða skv. 28. gr. s.l. Eins og fram kemur í umfjöllun PFS um innanlandsreiki í kafla 7.4.1.1 í viðauka A eru forsendur fyrir þeim skyldum sem felast í 28. gr. annars vegar og 35. gr. hins vegar mjög ólíkar. Skyldur skv. 28. gr. fjarskiptalaga eru einungis lagðar á fyrirtæki sem útnefnd eru með umtalsverðan markaðsstyrk í kjölfar markaðsgreiningar, í þeim tilgangi að auka samkeppni á markaði til hagsbóta fyrir neytendur. Með 28. gr. fjarskiptalaga hefur íslenska ríkið innleitt 12. gr. aðgangstilskipunar ESB sem heimilar eftirlitsstofnun, í samræmi við ákvæði í 8. gr., að leggja skyldur á netrekendur um að verða við réttmætum beiðnum um aðgang að og notkun á sérstökum neteiningum og tilheyrandi aðstöðu, m.a. við aðstæður þar sem eftirlitsstofnun telur að synjun um aðgang eða óréttmætir skilmálar og skilyrði, sem hafa svipuð áhrif, muni hamla því að til verði sjálfbær samkeppnismarkaður á smásölustigi eða verði ekki til hagsbóta fyrir endanlega notendur.

Skyldan í 35. gr. er hins vegar almenn og hvílir á öllum farsímafyrirtækjum sem eiga net, burtséð frá því hvort fyrirtækin séu með umtalsverðan markaðsstyrk eða ekki. Auk þess er ekki gerð krafa um að fram þurfi að fara mat á samkeppni eins og skylt er að gera skv. 28. gr. Í fjarskiptatilskipunum ESB er ekki að finna hliðstætt ákvæði við 35. gr. enda er gert ráð fyrir í 8. gr. aðgangstilskipunar að kvaðir séu einungis lagðar á fyrirtæki sem í kjölfar markaðsgreiningar eru útnefnd með umtalsverðan markaðsstyrk. Í aðgangstilskipuninni er auk þess ekki gert ráð fyrir að takmarkanir séu á aðgangi fyrir reiki eins og felst í 4. mgr. 35. gr.

Þá er einnig mikilvægt í þessu sambandi að 35. gr. vísar ekki í 28. gr. á neinn hátt. Í 4. mgr. 35. gr. er einungis vísað til 3. mgr. sömu greinar. Að mati PFS hefði verið einfalt fyrir löggjafann að vísa einnig til 28. gr. hefði það verið vilji hans að láta þessa takmörkun í 4. mgr. 35. gr. einnig gilda við álagningu á skyldu skv. e. lið 2. mgr. 28. gr. Skv. 3. gr. laga nr. 2/1993 ber að skýra lög og reglur, að svo miklu leyti, sem við á, til samræmis við EES-samninginn og þær reglur sem á honum byggja og það er nákvæmlega það sem PFS hefur leitast við að gera í framangreindri túlkun

sinni á 28. gr. og 35. gr. fjarskiptalaga. PFS hafnar því að stofnunin sé á nokkurn hátt að taka sér í hendur löggjafarvald. Sú skylda sem PFS lagði á Símann um að veita aðgang fyrir innanlandsreiki byggir á e. lið 2. mgr. 28. gr. fjarskiptalaga eingöngu, en ekki á 35. gr. s.l. Í ljósi þess er að mati PFS framangreind túlkun á 28. gr. og 4. mgr. 35. gr. rétt og eðlileg og samræmi við þær skyldur sem hvíla á íslenska ríkinu skv. 3. gr. laga nr. 2/1993. Varðandi frekari rökstuðning um þetta vísar PFS til umfjöllunar í kafla 7.4.1.1 í viðauka A með hinni kærðu ákvörðun.

Það er ekki rétt sem Síminn heldur fram að PFS hafi ekki haft 3. mgr. 28. gr. til hliðsjónar við ákvörðun sína um framangreint. PFS bendir á að í kafla 7.4.1.1 í viðauka A er að finna umfjöllun um þetta en PFS taldi eðlilegt að meta hvort rétt væri að takmarka reikiaðgang skv. e. lið 2. mgr. 28. gr. með vísan til 3. mgr. 28. gr. Þar kemur fram að helst ætti að skoða c. lið 3. mgr. 28. gr. um að taka mið af því hvort það sé forsvaranlegt með hliðsjón af upphaflegri fjárfestingu eiganda aðstöðunnar og áhættu sem tekin var með fjárfestingunni. PFS velti fyrir sér í þessu sambandi hvort nauðsynlegt væri að vernda fjárfestingu Símans í nýjum GSM farsímastöðvum í einhvern tíma til að hvetja félagið til uppbyggingar á farsímastöðvum. Gert er ráð fyrir að í flestum tilvikum sé um að ræða nýjar GSM farsímastöðvar á dreifbýlissvæðum þar sem engar stöðvar eru fyrir og því ekkert farsímasamband. Slík nálgun er í samræmi við markmið fjarskiptalaga sem er að tryggja hagkvæm og örugg fjarskipti hér á landi og að landsmönnum öllum bjóðist aðgangur að fjarskiptaþjónustu. Á móti kemur að takmörkun á reikiaðgangi að þessum farsímastöðvum myndi gera það að verkum að notendur annarra farsímafyritækja væru ekki í farsímasambandi á þessum stöðum. Þá má ekki gleyma að það er einnig markmið fjarskiptalaga að efla virka samkeppni. Það er mat PFS að það sé ekki í samræmi við það markmið laganna að takmarka aðgang að farsímanetum þar sem aðgangur er talin nauðsynlegur til að koma á samkeppni. Jafnframt telur PFS að það sé í flestum tilvikum ekki tæknilega eða fjárhagslega raunhæft fyrir þriðja aðila að setja upp eigin aðstöðu á þeim svæðum sem hér um ræðir í samkeppni við Símann með hliðsjón af markaðsþróun sbr. a. liður 3. mgr. 28. gr. PFS telur að það sé framkvæmanlegt fyrir Símann að veita reikiaðgang að nýjum farsímastöðvum sbr. b. lið 3. mgr. 28. gr. Auk þess sem telja má að það sé í þágu samkeppni til lengri tíma litið og til þess fallið að auka framboð þjónustu sbr. d. og f. liður 3. mgr. 28. gr.

Þá má geta þess að stofnaður hefur verið fjarskiptasjóður sem ætlað er að hrinda í framkvæmd verkefnum fjarskiptaáætlunar. Eitt af þeim verkefnum er að þetta GSM farsímanetið úti á landi og ljúka við uppbyggingu GSM netsins á hringveginum. Eftir að haldið var lokað útboð um þetta árið 2006 var gert samkomulag við Símann um taka þetta verkefni að sér. Eitt af skilmálum útboðsins var að önnur farsímafyritæki fái reikiaðgang að þeim nýju sendum sem byggðir verða upp á vegum fjarskiptasjóðs. Í ljósi þess væri einnig óeðlilegt að takmarka kvöð um aðgang fyrir innanlandsreiki með þeim hætti sem gert er í 4. mgr. 35. gr. fjarskiptalaga.

Hvað varðar heildstæða umfjöllun um 3. mgr. 28. gr. fjarskiptalaga þá vísar PFS til þess sem fram kom í kafla 3.2, c. lið, hér að framan. Hvað varðar ákvörðun norsku eftirlitsstofnunarinnar NPT á markaði 15 þá kom fram í greiningu NPT að á norska farsíma markaðinum höfðu verið gerðir aðgangssamningar við 20 endursöluaðila, þrjá sýndarnetsaðila og einn samningur um innanlands reiki. Telenor gerði fyrsta endursölusamninginn 1999 og þar sem Telenor hafði staðfest að þeir myndu áfram bjóða upp á endursöluaðgang taldi NPT ekki nauðsynlegt að leggja slíka skyldu á

Telenor. Hins vegar taldi NPT rétt að leggja á Telenor skyldu til að bjóða upp á reiki og sýndarnetsaðgang þrátt fyrir að slíkur aðgangur væri þegar í boði, auk þess að leggja á aðrar kvaðir, eins og fram hefur komið. Að mati PFS er nokkuð ljóst að sömu sjónarmið eiga ekki við hér á landi þar sem endursölu- eða sýndarnetsaðgangur hefur aldrei verið í boði hjá Símanum.

3. Kvöð um jafnræði

PFS hafnar þeirri fullyrðingu Símans að kvöð um jafnræði sé óþörf vegna almennra samkeppnisreglna sem banna markaðsráðandi fyrirtæki að misnota markaðsráðandi stöðu sína, m.a. með því að mismuna einstökum fyrirtækjum í samningum. Að mati PFS er augljóst að Síminn gerir ráð fyrir að samkeppnisyfírvöld muni ekki breyta afstöðu sinni til þess að Síminn sé með markaðsráðandi stöðu á farsímamarkaði, sem er í samræmi við niðurstöðu PFS í þessu máli. Þrátt fyrir það er það mat PFS að samkeppnislög dugi ekki til þess að tryggja jafnræði í viðskiptum Símans á markaði 15. Eins og áður segir taka samkeppnislögin á samkeppnisbrotum eftir að þau hafa átt sér stað en tilgangur markaðsgreiningar og álagning kvaða á fyrirtæki sem útnefnt er með umtalsverðan markaðsstyrk er að koma í veg fyrir að samkeppnisbrot eigi sér stað. Jafnræðiskvöðin er mjög mikilvæg skylda að mati PFS. Henni er ætlað að hindra að lóðrétt starfandi fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk mismuni t.d. í verðum og gæðum þjónustu, þ.e. selji ódýrari og betri heildsöluþjónustu til eigin smásöludeildar en það selur öðrum, eða í afgreiðslutíma, þ.e. afgreiði eigin smásöludeild fyrr en aðra utanaðkomandi aðila. Sanngjörn, hófleg og réttmæt skilyrði fyrir aðgangi, þ.á.m. verð, eru grundvallaratriði í þeirri viðleitni að efla samkeppni. Í ljósi þess telur PFS ekki fullnægjandi að treysta eingöngu á samkeppnislög og bæði nauðsynlegt og eðlilegt að leggja kvöð um jafnræði á Símann.

4. Kvöð um gagnsæi

PFS hefur sýnt fram á að kvöð um aðgang sé forsenda þess að hægt sé að skapa skilyrði fyrir aukna samkeppni á farsímamarkaði. En eins og fram hefur komið er aðgangskvöðin ein og sér ekki nægjanleg til að tryggja virka samkeppni og taka á þeim samkeppnisvandamálum sem eru á farsímamarkaði. Skilmálar sem gilda fyrir aðgang að netum og þjónustu skipta miklu máli fyrir nýja aðila og geta haft úrslitaáhrif á möguleika þeirra til að vinna sér markaðshlutdeild. Ljóst er að samkeppnisstaða þessara aðila er í hættu ef þau búa við mismunandi skilmála. Ennfremur auðveldar það fyrirtækjum að koma inn á markað ef fyrirsjáanlegt er hvaða kjör eru í boði varðandi aðgang og þjónustu sem þau þurfa að kaupa og hver er grundvöllur verðlagningar og annarra skilmála. 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. PFS telur alveg ljóst að nauðsynlegt er að kvöð um gagnsæi hvíli á Símanum á markaði 15 og um frekari rökstuðning fyrir því vísar PFS til kafla 5.4.1.3 í viðauka A með hinni kærðu ákvörðun.

5. Kvöð um bókhaldslegan aðskilnað

PFS vill ítreka það sem áður hefur komið fram að allar þær kvaðir sem PFS hefur lagt á Símann á markaði 15 eru nauðsynlegar til að skapa skilyrði fyrir aukna samkeppni á farsímamarkaði, neytendum til hagsbóta. Kvaðirnar styðja hver við aðra og kvöð um bókhaldslegan aðskilnað er m.a. ætlað að tryggja að jafnræðis og gagnsæis sé gætt. Það er mikilvægt að heildsala Símans sé aðskilin frá smásölu þess fyrir farsímaþjónustu til að geta metið afkomu m.t.t. þess hvort verðlagning á

heildsöluþjónustu sé rétt, hvort víxlniðurgreiðslur eigi sér stað og til að tryggja að allir njóti jafnræðis varðandi verð og skilmála. Bókhaldslegur aðskilnaður er forsenda þess að hægt sé að beita kostnaðargreiningu og finna kostnaðargrunn fyrir heildsöluaðgang sem Símanum er gert að bjóða sbr. 28. gr. fjarskiptalaga. Í því sambandi bendir PFS á að smásala mínus er sú aðferð sem beita á varðandi aðgang fyrir endursölu og sýndarnet en ekki var mælt fyrir um aðferðir varðandi annan aðgang, s.s. innanlands reiki eða samhýsingu. Þá boðar PFS einnig í umfjöllun sinni um kvaðir í viðauka A að smásala mínus sé eingöngu tímabundin lausn en til lengri tíma litið sé betra að aðgangsverð sé byggð á kostnaðargreiningu. PFS telur að það sé nauðsynlegt að bókhald Símans sé með þeim hætti að hægt sé að staðreyna þau verð sem félagið er að bjóða fyrir aðgang, auk þess sem hægt er þá með litlum fyrirvara að kostnaðargreina aðgangsverð.

Síminn gerir athugasemdir við skyldu um að birta opinberlega bókhaldsupplýsingar um afkomu í GSM farsímaneti en um það er mælt fyrir í álagningu kvaðar um gagnsæi í hinni kærðu ákvörðun um markað 15. Bókhaldslegur aðskilnaður er mikilvægur til að auka gagnsæi og traust á að heildsöluverð séu byggð á kostnaði og birting bókhaldslegra upplýsinga styður það, auk þess ákveðin venja er fyrir því erlendis að birta slíkar upplýsingar. Í umfjöllun um kvöð um gagnsæi í viðauka A segir að PFS telji nauðsynlegt að Síminn birti opinberlega bókhaldsupplýsingar um afkomu í GSM farsímaneti í samvinnu við PFS. Skyldan felur ekki í sér að Síminn birti opinberlega allar bókhaldsupplýsingar um afkomu í GSM farsímaneti heldur að í samráði við PFS birti Síminn nægjanlegar bókhaldsupplýsingar til að fullnægja markmiðum gagnsæiskvaðar. PFS bendir á að Síminn birtir ákveðnar bókhaldsupplýsingar um GSM svið sitt nú þegar í ársreikningi sínum. PFS bendir einnig á að fordæmi eru fyrir álagningu slíkrar skyldu því í ákvörðun um markað 16 er samskonar skylda sem Síminn ber varðandi lúkningu símtala í eigin GSM farsímaneti.

Að mati PFS er það bæði viðeigandi og nauðsynlegt að viðhalda kvöð um bókhaldslegan aðskilnað á Símanum og ekki í andstöðu við meðalhöfsregluna. PFS telur að mikilvægt sé að fara betur yfir þær aðferðir sem Síminn hefur viðhaft við bókhaldslegan aðskilnað og hugsanlega gera breytingar til að geta metið, eins nákvæmlega og unnt er, útkomu einstakra hluta rekstrarins eins og um aðskilin fyrirtæki væri að ræða. Í ljósi þess að Síminn er nú þegar með bókhaldslegan aðskilnað verður að telja að kvöðin skapi félaginu ekki aukinn kostnað eða óhagræði.

6. Kvöð um eftirlit með gjaldskrá

PFS hafnar kröfu Símans og útrekar það sem fram hefur komið um kvaðir hér að framan. Það var niðurstaða greiningar á markaði fyrir aðgang og upphaf símtala í GSM farsímaneti að samkeppni á farsímamarkaði væri ekki nægjanlega virk og að Síminn væri með umtalsverðan markaðsstyrk. Sú niðurstaða með hliðsjón af 1. mgr. 18. gr. fjarskiptalaga bendir til þess að Síminn geti hindrað virka samkeppni og starfað að verulegu leyti án þess að taka tillit til keppninauta, viðskiptavina og neytenda. Að mati PFS hefur Síminn möguleika á að halda uppi óeðlilega háum verðum og/eða skapa verðþrýsting. Þrátt fyrir að verðsamanburður sýni að Ísland sé enn á meðal þeirra Evrópuþjóða sem hafa lægstu GSM farsímaverð þá bendir PFS á að möguleikinn til að yfirverðleggja er samt sem áður til staðar. Með sama hætti telur PFS að staða Símans á viðkomandi markaði gefi honum einnig möguleika á að halda uppi of háum verðum á heildsölustigi til að halda nýjum aðilum frá markaði. Þá

bendir PFS á að smásöluverð hér á landi hefur breyst mjög lítið á síðastliðnum árum á meðan verð hafa lækkað í öðrum löndum, eins og fram hefur komið.

Verð eru 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 PFS eru kvaðir um gagnsæi og jafnræði ekki nægjanlegar 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 og til að efla samkeppni á smásölustigi. PFS telur nauðsynlegt að greiða fyrir aðgangi sjálfstæðra þjónustuaðila að GSM farsímamarkaði og til að tryggja að verð fyrir aðgang sé sanngjarnt og eðlilegt og byggt á kostnaði er nauðsynlegt að á Símanum hvíli kvöð um eftirlit með gjaldskrá.

PFS telur æskilegt að aðilar á markaði semji sjálfir um verð á viðskiptalegum grundvelli og því leggur stofnunin upp með að svo verði. Innkoma nýrra aðila á farsímamarkað þjónar hins vegar ekki hagsmunum Símans og því telur PFS líklegt að samningaviðræður komi ekki til með að ganga vel ef ekki liggja fyrir upplýsingar um skilmála og verð. PFS telur að hvorki samningur Símans og Vodafone um innanlandsreiki, né samningar um samhýsingu og samnýtingu, nægi til að gefa fyrirheit um að hægt verði að ná samningum um aðgang á sanngjörnu og eðlilegu verði án afskipta PFS, miðað við það sem áður hefur komið fram um það efni. Árangurslausar tilraunir IMC Ísland til að hefja samningaviðræður við Símann um innanlandsreiki benda einnig til þess að samningaviðræður við Símann komi ekki til með að ganga vel. PFS telur nauðsynlegt að tryggja að mögulegir samningsaðilar Símans hafi einhver úrræði ef Síminn reynir að hindra innkomu þeirra á markað, eða starfsemi, með ósanngjörnum skilmálum og verðum. Samningsstaða þessara aðila gagnvart Símanum er mjög takmörkuð ef eingöngu er hægt að semja við Símann á viðskiptakjörum sem Síminn getur ákveðið einhliða. Verð fyrir aðgang skiptir miklu máli fyrir mögulega umsækjendur og því er mikilvægt að það liggi fyrir einhver viðmiðunarverð sem hægt er að semja út frá.

Heimild til að leggja á kvöð um gjaldskrá er í 32. gr. fjarskiptalaga sem er byggð á 13. gr. aðgangs- og samtengingartilskipunarinnar⁸¹. Í 32. gr. segir m.a. að Póst- og fjarskiptastofnun geti við útreikninga á kostnaði tekið mið af rekstri sambærilegrar þjónustu sem telst hagkvæmlega rekin, tekið mið af gjaldskráum á sambærilegum samkeppnismörkuðum og notað kostnaðargreiningaraðferðir sem eru óháðar aðferðum fjarskiptafyrirtækisins. Þarna kemur fram að aðferðir PFS geta verið óháðar aðferðum fjarskiptafyrirtækisins. Að mati PFS er það lagt í hendur stofnunarinnar að ákveða hvaða aðferðafræði er notuð til þess að reikna út verð. PFS telur að með 32. gr. sé ekki verið að takmarka þær aðferðir sem hægt er að beita og ákvæðið beri ekki með sér að verið sé að útloka eða hafna aðferðum sem nefndar voru í eldri lögum. Smásöluverð mínus aðferðin er viðurkennd aðferð til að reikna út heildsöluverð og er m.a. fjallað ítarlega um hana í skýrslu ERG um kvaðir⁸² sem samin var í kjölfar gildistöku fjarskiptatilskipananna til leiðbeiningar fyrir

⁸¹ 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).

⁸² Sjá kafla 5.2.2.2. í skýrslu ERG um kvaðir.

eftirlitsstofnanirnar við álagningu kvaða. Auk þess er bent á að aðrar eftirlitsstofnanir hafa beitt þessari aðferð.⁸³

Ýmsar aðferðir koma til greina við eftirlit og ákvörðun um aðgangsverð eins og fram kemur í kafla 7.4.1.5 í viðauka A. Það er mat PFS að kostnaðargreining sé íþyngjandi skylda sem eingöngu skuli leggja á ef aðrar aðferðir duga ekki. Kostnaðargreining er flókið og erfitt verkefni sem leysa má á ólíkan hátt. Hægt er að styðjast við LRIC aðferðina við kostnaðargreiningu en hún er viðurkennd aðferð, m.a. af framkvæmdastjórn ESB og ESA, og hefur verið notuð af fjölmörgum fjarskiptaeftirlitsstofnunum. Aðferðin tryggir gagnsæi og eftirlitsaðili er ekki háður upplýsingum úr bókhaldi fjarskiptafyrirtækis. Aðferðin er hins vegar mjög kostnaðarsöm og getur verið tímafrek. Við val á því hvaða aðferð er best að beita við ákvörðun aðgangsverða taldi PFS mikilvægt að hafa í huga annars vegar hvaða aðferð væri minnst íþyngjandi fyrir Símann og hins vegar að skapa ásættanleg skilyrði fyrir fyrirtæki sem koma til með að óska eftir heildsöluáðgangi að GSM farsímaneti og þjónustu Símans. Aðgangsformin sem mælt er fyrir um eru mismunandi og kalla á misjafnar aðferðir. Varðandi aðgang sem krefst ekki mikillar fjárfestingar s.s. endursala og sýndarnet, taldi PFS hentugt að reyna aðrar og einfaldari aðferðir en kostnaðargreiningu til að byrja með. PFS telur hins vegar að smásala mínus sé eingöngu tímabundin lausn en ekki hentug til lengri tíma litið. Aðferðin krefst reglulegrar uppfærslu í tengslum við breytingar á smásöluverðum og kostnaði, auk þess sem hún tryggir ekki að aðgangsverð séu að fullu í samræmi við kostnað í þeim tilvikum sem smásöluverð er yfir kostnaðargreindu verði. Því er betra, þegar til lengri tíma er litið, að aðgangsverð byggist á kostnaðargreiningu.

Eins og áður hefur komið fram er eingöngu mælt fyrir um smásölu mínus aðferð við ákvörðun á verðum fyrir endursölu- og sýndarnetsaðgang. Slíkur aðgangur hefur ekki verið í boði hjá Símanum áður og í ljósi þess taldi PFS nauðsynlegt að mæla fyrir um einhverja viðmiðun við ákvörðun á gjaldi fyrir slíkan aðgang. PFS hefur skoðað gögn vegna annarra mála m.a. vegna sammings Símans og Vodafone um innanlands reiki og kostnaðargreiningu Símans vegna gjalda fyrir lúkningu símtala í eigin GSM farsímaneti. Það er mat PFS að þessar kostnaðargreiningar gefi sterkar vísbendingar um að sanngjarnt verð fyrir hreinan sýndarnetsaðgang geti verið a.m.k. 35% undir smásöluverðum Símans. Hvað varðar verð fyrir endursöluáðgang þá taldi PFS rétt að miða við smásöluverð mínus 25% sem byggist m.a. á samanburði á smásölu- og heildsölugjaldskrá fyrir leigulínur. PFS ítrekar hins vegar það sem fram hefur komið að gert er ráð fyrir að Síminn og væntanlegir sammingsaðilar semji á viðskiptalegum forsendum. Komi mál vegna aðgangs fyrir endursölu eða sýndarnet til kasta PFS þá mun stofnunin væntanlega beita smásölu mínus aðferðafræðinni í ákvörðun sinni.

PFS vill að lokum benda á að skv. öllum kenningum er virk samkeppni talin vera til hagsbóta fyrir neytendur á meðan óvirk samkeppni hefur neikvæð áhrif á verð og er þ.a.l. neytendum ekki til góðs. Það er mat PFS að nauðsynlegt sé að mæla fyrir um aðgangsverð til þess að tryggja að mögulegir sammingsaðilar Símans hafi einhver úrræði ef Síminn reynir að hindra innkomu þeirra á markað eða starfsemi með ósanngjörnum skilmálum og verðum. Sammingsstaða þessara aðila gagnvart

⁸³ Sem dæmi má nefna að á Grikklandi og Kýpur er verð fyrir innanlandsreiki á GSM farsímaneti byggt á smásala mínus aðferðinni og á markaði 12 (breiðbandsaðgangur) hafa fjarskiptaeftirlitsstofnanir t.d. í Bretlandi, Portúgal, Póllandi, Lúxemborg, Ungverjalandi, Grikklandi, Eistlandi, Kýpur og Austurríki ákveðið styðjast á einhverju leyti við smásala mínus aðferðina. (Heimild: Cullen International)

Símanum er mjög takmörkuð ef eingöngu er hægt að semja við Símann á viðskiptakjörum sem Síminn getur ákveðið einhliða. Ákvörðun PFS um kvaðir byggir á vel ígrunduðum niðurstöðum og ítarlegum rökstuðningi þar sem á engan hátt er gengið lengra en nauðsynlegt er. Það er ljóst á framangreindri umfjöllun að í boði eru margar aðrar leiðir sem hefðu verið mun meira íþyngjandi fyrir Símann.

7. Kvaðir á markaði fyrir NMT þjónustu

Síminn krefst þess að álagning kvaða á félagið um jafnræði, gagnsæi og eftirlit með gjaldskrá á markaði fyrir NMT farsímanet, verði felld niður og vísar í því sambandi til rökstuðnings varðandi kvaðir fyrir GSM þjónustu.

Með sama hætti og um kvaðir fyrir GSM þjónustu telur PFS nauðsynlegt að á NMT farsímaneti Símans hvíli þær kvaðir sem lagðar voru á með hinni kærðu ákvörðun. PFS tekur fram að kvaðir á markaði fyrir NMT þjónustu ganga mun skemur en kvaðir á markaði fyrir GSM þjónustu. PFS tók verulegt tillit til athugasemda Símans í samráðsferlinu og féll m.a. frá áætlun sinni um að leggja kvöð um bókhaldslegan aðskilnað á Símann varðandi NMT farsímanetið. Varðandi kvöð um gagnsæi vísar PFS til afstöðu sinnar sem fram kom hér framar í kafla 3.6.4. Að mati PFS er nauðsynlegt að leggja á Símann kvöð um að birta opinberlega upplýsingar um endursöluverð á NMT farsímaþjónustu félagsins. PFS telur að nauðsynlegt sé að stofnunin hafi heimildir til að grípa inni og ákveða heildsöluverð ef til þess kemur. PFS ákvað hins vegar að falla frá áætlun sinni um að hafa fasta prósentutölu til að reikna út heildsöluverð frá smásöluverði. PFS getur ekki séð að umræddar kvaðir skapi á neinn hátt miklar byrðar fyrir Símann sem sést á því að félagið telur ekki nauðsynlegt að koma neinn rökstuðning fyrir framangreindri kröfu sinni. Að mati PFS er bæði eðlilegt og viðeigandi að staðfesta ákvörðun PFS um þetta.

4. Lokaorð

Með hliðsjón af framangreindu og fylgiskjölum þessarar greinargerðar, auk þeirra viðauka sem fylgdu hinni kærðu ákvörðun, er ljóst að hin kærða ákvörðun var bæði rétt og eðlileg og er ekki haldin neinum göllum sem valdið geta ógildingu hennar. Niðurstöður greiningar á markaði 15 sýna að Síminn er með mjög sterka stöðu á farsímaamarkaði og að samkeppni þar er ekki nægilega virk. Í ljósi þess er nauðsynlegt að hin kærða ákvörðun verði staðfest svo aðstæður skapist til að efla samkeppni á farsímaamarkaði neytendum til hagsbóta.

PFS vill leggja á það áherslu að mikill vinna liggur að baki ákvörðun um markað 15 eins og umfang viðauka með ákvörðun ber með sér. PFS hefur lagt sig fram um að taka tillit til sjónarmiða farsímafélaganna eins og kostur er og haft að leiðarljósi meginreglur stjórnisýsluréttarins, sérstaklega meðalhófsregluna. Jafnframt vill PFS leggja áherslu á að ESA hefur heimilað PFS að taka umrædda ákvörðun og hefur með því samþykkt greiningu PFS á markaði 15, niðurstöður og kvaðir, sem og málsmeðferð við töku hinnar kærðu ákvörðunar.

Vísast auk þess til hinnar kærðu ákvörðunar og álitsgerðar Páls Hreinssonar um sérstakt hæfi forstjóra Póst- og fjarskiptastofnunar, dags. 27. mars 2007

5.0 Niðurstaða.

Úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála hefur kynnt sér gögn málsins; athugað lög, reglugerðir, fordæmi og aðrar réttarheimildir; rannsakað ýmis lögskýringagögn og fundað um ágreiningsefnið. Að lokinni rannsókn hefur nefndin komist að niðurstöðu.

Nefndin túlkar kröfugerð Símans hf. þannig að ekki séu gerðar athugasemdir við þann hluta ákvörðunar PFS sem snýr að NMT-hluta á markaði 15. Verður því ekki vikið frekar að þeim hluta í þessum úrskurði.

Áður en tekið er á efnislegum þáttum í málinu þykir rétt að víkja að sérstöku hæfi forstöðumanns PFS og annarra starfsmanna stofnunarinnar til töku ákvarðanar í því. Að mati Símans hf. hafa ummæli Hrafnkells V. Gíslasonar, forstjóra PFS, í fréttatilkynningu og sjónvarpsfréttum frá 27. september 2006 þau áhrif að telja skuli forstjóra og alla starfsmenn vanhæfa til þess að fara með og taka ákvörðun um útnefningu fyrirtækis með umtalsverðan markaðsstyrk og álagningu kvaða á markaði fyrir aðgang og upphaf símtala í almennum farsímanetum á markaði 15.

Telur Síminn hf. að með þessum ummælum sínum hafi forstjóri PFS tjáð sig svo beint og eindregið um niðurstöðu málsins áður en endanleg ákvörðun í því var tekin að draga megi hlutleysi hans í efa. Í raun og veru telur Síminn hf. að forstjóri PFS hafi með þessum ummælum opinberað að hann hafi þegar gert upp hug sinn um úrlausn málsins og því sé nýting á andmælarétti Símans hf. ekki til þess fallin að hafa nein áhrif á ákvörðunina. Dragi það svo mjög úr réttaröryggi að ógilda eigi ákvörðunina á grundvelli vanhæfis forstjóra.

PFS lagði fram álitserð Dr. Páls Hreinssonar lagaprófessors, dags. 27. mars 2007, þar sem fræðileg úttekt á sérstöku hæfi forstjóra PFS í þessu máli er gerð. Í stuttu máli kemst Páll að þeirri niðurstöðu að forstjóri PFS hafi í fréttatilkynningu sinni og viðtali lýst frumniðurstöðum PFS í greiningu á markaði 15 sem þegar lágu fyrir og hafi ummæli hans verið í samræmi við málsmeðferðarreglur PFS sem ætlað er að veita málsaðilum og öðrum hagsmunaaðilum aukinn andmælarétt en þeim sem stjórnarsýslulög gera ráð fyrir. Ekki verði talið að slíkar málsmeðferðarreglur leiði til vanhæfi forstjóra eða annara starfsmanna PFS.

Bendir Páll meðal annars á það að samanburður Símans hf. á hæfisskilyrðum dómara og starfsmanna stjórnarsýslunar eigi ekki allskostar við og að nær sé að líta til fordæma sem einskorðist við stjórnarsýslu. Sjónarmið séu þar önnur og varhugavert að túlka stjórnarsýslureglur á sama hátt og reglur einkamálaréttafars enda þótt einhverjar hliðstæður megi finna. Er það álit Páls að fordæmi *Hrd. 1989:828* eigi fremur við málið en í því máli þótti ríkissaksóknari ekki vanhæfur til þess að taka frekari þátt í úrlausn máls þrátt fyrir að hafa tjáð sig um það opinberlega, þar sem ummæli hans í fjölmiðlum væru á engan hátt umfram það sem fram væri komið í gögnum málsins um afstöðu hans til sakargifta.

Fer hér á eftir útdráttur af niðurstöðum Páls úr álitserð hans:

Í kafla 13. var bent á að úrlausnarefni málsins réðist af skýringu hæfisreglnanna í ljósi lögbundinna starfsskyldna Póst- og fjarskiptastofnunar varðandi málsmeðferð við markaðsgreiningu og undirbúning að ákvörðunum um útnefningu fyrirtækis með umtalsverðan markaðsstyrk og kvaðir sem lagðar eru á, viðhaldið, breytt eða afnumdar í

framhaldi af slíkri útnefningu. Bent var á að Póst- og fjarskiptastofnun væri skylt að birta opinberlega rökstudd drög að markaðsgreiningu um það hvaða fyrirtæki hefðu umtalsverðan markaðsstyrk. Gæfist þá viðkomandi fyrirtækjum, sem og öðrum sem hagsmuni hafa að gæta, tæki færi til að fara yfir alla þætti málsins og koma að athugasemdum og andmælum sem Póst- og fjarskiptastofnun tekur síðan afstöðu til áður en hin endanlega ákvörðun er tekin. Hið sama gilti um þær fyrirhugðu kvaðir sem ætlunin væri að grípa til. Einkenni þessarar málsmeðferðar er að gagnsæi væri um úrvinnslu gagna og afstöðu stofnunarinnar til allra meginþátta málsins en það leiddi aftur til þess að málsaðilar sem og aðrir sem hagsmuna hafa að gæta fengju mun víðtækari andmælarétt en leiddi af stjórnarsýslulögum, sem aftur leiddi til þess að réttaröryggi þeirra væri á margan hátt mun betur tryggt en ella. Á hinn bóginn var bent á að þessi málsmeðferð leiddi til þess að Póst- og fjarskiptastofnun lýsti afstöðu sinni til allra meginþátta málsins opinberlega í frumniðurstöðum áður en hin endanlega ákvörðun er tekin. Ekki yrði séð að þessi málsmeðferð, sem þannig væri ætlað að auka réttaröryggi málsaðila, leiddi til þess að starfsmenn Póst- og fjarskiptastofnunar yrðu vanhæfir til þess að taka endanlega ákvörðun í málinu á grundvelli frumniðurstöðunnar að fengnum andmælum og athugasemdum enda þótt frumniðurstöðan hafi áður verið opinberlega birt. Af þessari niðurstöðu var einnig talið leiða að fyrst starfsmönnum Póst- og fjarskiptastofnunar væri skylt að lýsa afstöðu sinni til allra meginþátta málsins opinberlega í frumniðurstöðum áður en hin endanlega ákvörðun væri tekin væri einnig ljóst að það leiddi heldur ekki til vanhæfis enda þótt þau efnisatriði, sem fram kæmu í hinni birtu frumniðurstöðu, væru síðar endurtekin eða áréttuð opinberlega áður en hin endanlega ákvörðun væri tekin í málinu. Hér væri aðstaðan í raun orðin sambærileg við það sem tekið var fram í H 1989:828 þar sem deilt var um hæfi ríkissaksóknara vegna ummæla sem höfð voru eftir honum í fjölmiðlum eftir útgáfu ákæru. Í dómi Hæstaréttar sagði: „Ummæli ákæruvaldsins eftir útgáfu ákæru utan dóms eru því á engan hátt umfram það, sem þegar liggur fyrir við útgáfu ákæru um viðhorf þess til sakargifta, og valda því ekki vanhæfi.“

Það er niðurstöðan undirritaðs að þegar litið er til þeirra ummæla sem Síminn hefur bent á og látin voru falla af hálfu Póst- og fjarskiptastofnunar og forstjóra hennar hinn 27. september 2006 þá verði að telja að þau feli í meginatriðum ekki annað í sér en þá afstöðu sem fram kom hjá Póst- og fjarskiptastofnun í lokadrögum að markaðsgreiningu og drögum að ákvörðun sem birt var í samræmi við starfsskyldur sem á starfsmönnum stofnunarinnar hvíla hinn 8. september 2006. Af

þeim sökum var talið að þessi ummæli gætu ekki hafa gert forstjóra Póst- og fjarskiptastofnunar vanhæfan til þess að taka endanlega ákvörðun um markaðsgreiningu á markaði 15 og ákvarðanir á grundvelli hennar.

Að mati nefndarinnar er niðurstaða Páls studd sterkum rökum og með vísan til þeirra er kröfu Símans hf. um ógildingu á grundvelli vanhæfis forstjóra hafnað.

Nefnin tók einnig til skoðunar *ex officio*, eftir ábendingu er barst frá Símanum hf. þann 16. maí 2007, hvort telja skuli Jóhönnu Helgu Haraldsdóttur, starfsmann PFS vanhæfa til töku ákvörðunarinnar í ljósi þess að hún hefur störf hjá Teymi ehf. í byrjun júní. Ef í ljós kæmi að yfirvofandi breyting á högum hennar lá fyrir þegar ákvörðunin var tekin væri að mati Símans hf. hægt að draga hlutleysi hennar í efa með nokkrum rökum þar ákvörðunin snertir beint hagsmuni verðandi vinnuveitanda hennar.

Leitaði nefndin eftir svörum um hvenær ákvörðun Jóhönnu um breytingu á starfshögum sínum var tekin og fékk frá PFS þann 22. júní 2007 bréf þar sem fram kom að þegar Teymi ehf. gerir Jóhönnu fyrst tilboð er allri aðkomu hennar að ákvörðunarferli hinar kærðu ákvörðunar lokið. Verður því ekki séð að ástæða sé til þess að draga hlutleysi hennar í efa með neinum hætti. Þótti nefndinni því ekki nauðsynlegt að rannsaka málið frekar að þessum leyti. Í því sambandi er einnig bent á valdheimildir starfsmanna PFS til töku stjórnýsluákvarðanna og þá mörgu starfsmenn sem að töku ákvörðunarinnar komu.

Ógildingarkrafa Símans hf. byggir einnig á því að lögbundið samráð við ESA og Samkeppniseftirlitið hafi ekki farið fram áður en ákvörðun var tekin. Að virtum gögnum málsins verður ekki séð að hægt sé að fallast á þessa röksemd Símans hf. þar sem samráð var haft við báða þessa aðila við töku ákvörðunar. Verður ekki séð að krafa um samráð feli í sér að slíkt samráð skuli sjálfkrafa bundið tímatakörkum og liggur heldur ekkert fyrir sem bendir til þess að samráð PFS í þessu máli hafi verið ófullnægjandi.

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 ákvarðarinnar 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 byggð á þeirri röksemd einnig hafnað.

Nefndin fellst í aðalatriðum á röksemdafærslu PFS hvað varðar greiningu á aðgangshindrunum á markaði 15. Bæði með hliðsjón af sögulegu gengi nýrra aðila á þeim markaði og þeim upplýsingum sem liggja fyrir í greiningunni telur nefndin ljóst að nýir aðilar eiga af einhverjum sökum erfitt uppdráttar á íslenskum farsímamarkaði. Má nefna það að í röksemdafærslu Símans hf. um að útnefna skuli bæði Símann hf. og Og fjarskipti ehf. með umtalsverðan markaðsstyrk er vísað til þess að ef landið væri skipt í tvo markaði væri erfitt að komast að annari niðurstöðu en telja skuli Símann hf. ráðandi á landsbyggðinni en sé litið til höfuðborgarsvæðisins eins og sér sé enginn vafi um það að um tvíkeppni sé um að ræða. Einnig er bent á það að Síminn

hf. gerir kröfu um það að Síminn hf. og Og fjarskipti ehf. séu sameiginlega útnefnd með umtalsverða markaðshlutdeild.

Telur nefndin að ekki sé unnt að sameina þau sjónarmið að *bæði* sé um fákeppnismarkað að ræða og að aðgangur nýrra aðila sé einnig óhindraður. Það felist í skilgreiningu á fákeppni þar sem tvö fyrirtæki hafa sameiginlega umtalsverða markaðshlutdeild að um aðgangshindranir fyrir nýja aðila sé að ræða, sbr. m.a. kafla 3.1.2 í leiðbeiningum Eftirlitsstofnunar EFTA um markaðsgreiningu. Með vísan til forsendna ákvörðunar PFS er því kröfu Símans hf. um að ógild sé útnefning félagsins með umtalsverða markaðshlutdeild á markaði 15 hafnað.

Að sama skapi telur nefndin að ekki hafi verið sýnt fram á það í gögnum málsins að efni séu til þess að telja að staða Símans hf. á íslenskum markaði sé svo óvenjuleg að ekki nægi að líta til tæplega 65% markaðshlutdeildar félagsins á þessum markaði við útnefningu félagsins með umtalsverðan markaðsstyrk. Fyrirtæki sem njóta mjög mikillar markaðshlutdeildar, þ.e. yfir 50%, hafa að jafnaði verið talin hafa umtalsverðan markaðsstyrk, í fordæmum bæði hér á landi og erlendis. sbr. einnig leiðbeiningar ESA um markaðsgreiningu, málsgrein 76, og ekki liggur neitt fyrir sem réttlætir það að horfið sé frá þeirri meginreglu.

Því hafnar nefndin einnig kröfu Símans hf. um að enginn sé útnefndur með umtalsverðan markaðsstyrk á markaði 15. Vísast um frekari rökstuðning í greiningu PFS á markaði 15 dags. 8. júlí 2005 og hina kærðu ákvörðun.

Þrautþrautavarakrafa Símans hf. er að félagið og Og fjarskipti ehf. verði sameiginlega útnefnd með umtalsverða markaðshlutdeild. Bæði félögin voru útnefnd með umtalsverða markaðshlutdeild skv. eldri fjarskiptalögum nr. 107/1999 og allir málsaðilar eru sammála um það að staða bæði Símans hf. og Og fjarskipta ehf. á markaðinum hér á landi er sterk. Í greiningu á markaði 15 fór PFS yfir þær röksemdir sem mæltu með og á móti útnefningu Og fjarskipta ehf. með umtalsverða markaðshlutdeild. Niðurstaða stofnunarinnar var að ekki væru nægilegar forsendur fyrir slíkri útnefningu.

Útnefning fyrirtækis með umtalsverða markaðshlutdeild er stjórnvaldsákvörðun sem hefur áhrif á mikilsverða hagsmuni félagsins. Síkri útnefningu fylgir að minnsta kosti ein ákvöð og er því mikilvægt að sterk rök standi til útnefningarinnar. Er það mat nefndarinnar eftir að hafa kynnt sér gögn málsins að enda þótt Og fjarskipti ehf. séu verðugur keppinatur Símans hf. séu ekki efni til þess að útnefna félagið með umtalsverða markaðshlutdeild á þessu stigi.

Hafnað er því þessari kröfu Símans hf. með vísun til forsendna í markaðsgreiningu PFS og hinnar kærðu ákvörðunar.

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 málalíbúnaði sínum, auk þess að byggjast á meintum brotum gegn meðalhófsreglu 12. gr. stjórnisýslulaga nr. 37/1993. Að mati Símans hf. er álagning þessara kvaða óþörf og þær og þungar.

Í samræmi við það að nefndin fellst á meginsjónarmið PFS í greiningu sinni og þau rök sem færð eru fyrir útnefndingu 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 viðteknar túlkunarvenjur og réttarheimildir hér á landi.

Með vísan til rökstuðnings PFS í hinni kærðu ákvörðun og greiningu með markaði 15 er því lokakröfu Símans hf. um að kvaðir séu felldar niður eða þær mildaðar hafnað. Er hin kærða ákvörðun frá 7. júní 2006 staðfest með vísun til forsendna sinna og þar með einnig fallist á aðalkröfu Og fjarskipta ehf. um slíka staðfestingu. Vísast á málalíbúnað PFS fyrir úrskurðarnefndinni fyrir nánari útlistun á rökstuðning á staðfestingu.

6.0 Úrskurðarorð

Hinn kærði úrskurður Póst- og fjarskiptastofnunar dags. 7. júní 2006 er staðfestur með vísan til forsendna hans.

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

Reykjavík, 3. júlí 2007

Ólafur Garðarsson, hrl., formaður

Guðjón Kárason, verkfr.

Heimir Haraldsson, endursk.