



PÓST- OG FJARSKIPTASTOFNUN

Ákvörðun nr. 9/2008

Krafa um afhendingu verðtilboða í tiltekin ljósleiðarasambönd

I.

Erindi Og fjarskipta ehf.

Póst- og fjarskiptastofnun (PFS) barst erindi frá Og fjarskiptum ehf. (Vodafone), föstudaginn 8. febrúar s.l., þar sem þess var krafist að stofnunin tæki bráðabirgðaákvörðun þess efnis að Mílu ehf. væri gert skylt að afhenda félaginu verðtilboð í tiltekin sambönd yfir ljósleiðara á fimm nánar tilgreindum leiðum í tengslum við tilboðsgerð vegna útboðs Farice hf. Umrædd sambönd þurftu að vera að lágmarki á 10x10 Gbps bylgjum sem afhentar bæri á STM-64 sniði á milli umræddra staða.

PFS tók bráðabirgðaákvörðun þann 15. febrúar s.l. þar sem niðurstaðan varð sú að beiðni Vodafone um afhendingu ofangreinds verðtilboðs fæli ekki í sér, eins og háttaði til, eðlilega og sanngjarna kröfu um leigulínuaðgang. Þá komst stofnunin að þeirri niðurstöðu að sambönd þau sem Míla hygðist bjóða Farice í tengslum við fyrirhugað útboð féllu undir kvaðir þær sem lagðar voru á Mílu með ákvörðun PFS nr. 20/2007 um markaðsgreiningar á leigulínumörkuðum.

Með bréfi PFS til Vodafone og Mílu, dags. 21. febrúar s.l., tilkynnti stofnunin málsaðilum að hún hefði tekið málið til hefðbundinnar meðferðar þar sem Vodafone hefði formlega farið fram á það. Þá kom fram að PFS hefði í hyggju að staðfesta ofangreinda bráðabirgðaákvörðun nema fram kæmu sjónarmið og/eða upplýsingar sem PFS teldi varpa nýju ljósi á málið.

II.

Málavextir og bréfaskipti

2.1. Krafa Og fjarskipta um bráðabirgðaákvörðun

PFS barst erindi frá Vodafone með tölvupósti föstudaginn 8. febrúar s.l. Fram kom að Vodafone hefði reynt að fá verðtilboð frá Mílu í skilgreindar bandvíddir yfir ljósleiðara milli nánar tilgreindra símsstöðva vegna tilboðs sem Vodafone væri að útbúa vegna útboðs Farice hf. sem til stæði að opna þriðjudaginn 12. febrúar 2008. Með tölvupósti til Mílu, dags. 6. febrúar s.l., hefði Vodafone óskað eftir verðtilboðum í sambönd sem væru að lágmarki á 10x10 Gbps bylgjum og afhentar á STM-64 sniði á fimm nánar tilgreindum

ljósleiðaraleggjum. Fram kom að Míla hefði hafnað ofangreindri beiðni Vodafone með tölvupósti, dags. 7. febrúar s.l., með þeim rökum að Míla væri einnig að taka þátt í útboðinu og gæti því ekki upplýst um umbeðin verð.

Vodafone vísaði til þess að með ákvörðun PFS nr. 20/2007, dags. 14. september 2007, hefðu verið lagðar kvaðir á Mílu um að veita aðgang að leigulínum sem félagið hefði yfir að ráða og birta gjaldskrá fyrir þessa þjónustu. Nú lægi fyrir að Míla hefði hafnað því að birta umbeðnar upplýsingar sem félaginu væri skylt að veita samkvæmt þeim kvöðum sem hvíldu á félaginu vegnar framangreindrar ákvörðunar PFS. Með höfnun sinni væri Míla að koma í veg fyrir að Vodafone, sem þyrfti á framangreindum samböndum að halda, gæti með fullnægjandi hætti tekið þátt í framangreindu útboði og um leið að hindra þá virku samkeppni sem greiningu fjarskiptamarkaða væri ætlað að koma á.

Vodafone fór þess á leit að PFS brygðist tafarlaust við framangreindu broti Mílu á þeim skyldum sem lagðar hefðu verið á félagið með framangreindri ákvörðun þar sem verulegir fjárhags- og viðskiptalegir hagsmunir Vodafone væru í húfi. Það væri mjög áriðandi að Vodafone fengi umbeðin verðtilboð sem allra fyrst þar sem frestur til að skila inn tilboði rynni út kl. 14.00 þann 12. febrúar 2008.

2.2. Bréf PFS til Mílu um fyrirhugaða töku bráðabirgðaákvörðunar

PFS sendi Mílu tölvupóst föstudaginn 8. febrúar þar sem tilkynnt var um framkomna kröfu Vodafone. Í tölvupóstinum var gerð grein fyrir lýsingu Vodafone á málsatvikum, ásamt kröfum, málsástæðum og rökstuðningi málshefjanda. Fram kom að Vodafone krefðist aðgangs að nýrri útfærslu á leigulínuafurð sem byggði á hinum hefðbundnu leigulínum (SDH).

PFS vísaði til þeirra kvaða sem lagðar hefðu verið á Mílu í ákvörðun nr. 20/2007, sérstaklega kvöð um aðgang, gagnsæi, jafnræði og eftirlit með gjaldskrá. Samkvæmt aðgangskvöðinni bæri Mílu að verða við eðlilegum og sanngjörnum beiðnum um aðgang að leigulínum. Jafnræðiskvöðinni væri ætlað að tryggja að fjarskiptafyrirtæki setti öðrum félögum sem veita fjarskiptaþjónustu sömu skilmála í sams konar viðskiptum og veitti þjónustu og upplýsingar með sömu skilmálum og sömu gæðum og það veitti eigin þjónustudeildum eða tengdum aðilum. Þá var lögð á Mílu kvöð um kostnaðartengda gjaldskrá og gat PFS þess að stofnunin hefði ekki samþykkt verðskrá Mílu fyrir umrædda heildsöluafurð.

Í ljósi framangreinds og þess þrönga tímaramma sem máli þessu væri markað tjáði PFS Mílu að stofnunin teldi að annað eða bæði skilyrði 11. gr. laga nr. 69/2003, um Póst- og fjarskiptastofnun (PFSL), um töku bráðabirgðaákvörðunar gætu verið uppfyllt í máli þessu, þ.e. að hætta væri á að dráttur á úrskurði ylli því að réttindi aðila færu forgörðum eða hann yrði fyrir verulegu fjártjóni. PFS hefði því í hyggju að taka bráðabirgðaákvörðun um að fyrirskipa Mílu að afhenda Vodafone ofangreind verðtilboð í heildsölu fyrir klukkan 16.00 mánudaginn 11. febrúar n.k. Í ljósi hins þrönga tímaramma væri Mílu veittur frestur til kl. 12.00 þann sama dag til að tjá sig um hina fyrirhuguðu ákvörðun PFS.

2.3. Andmæli Mílu

Andmælabréf Mílu, dags. 11. febrúar s.l., barst PFS sama dag. Fram kom að þann 31. janúar s.l. hafi félaginu borist tölvupóstur frá Vodafone sem hafði að geyma fyrirspurn um verð í 10x10 Gbps ljósleiðarasambönd. Míla tók fram að umrædd flutningsgeta væri eitt hundrað sinnum meiri bandbreidd heldur en mesta bandbreidd sem Míla leigði þá út. Því hafi verið svarað að slík flutningsgeta væri ekki „hilluvara“ hjá Mílu og því lægi ekki fyrir verð á slíkri flutningsgetu. Stofnlínukerfi Mílu væri ekki byggt upp fyrir slíkan hraða og því þyrfti að uppfæra kerfi Mílu til þess að unnt væri að koma til móts við óskir um slíka bandbreidd. Að auki virtist framangreind ósk Vodafone ekki vera algjörlega í samræmi við útboðslýsingu Farice.

Þá kom fram að uppfæra þyrfti verulega núverandi flutningskerfi Mílu og til þess að koma til móts við óskir Farice hefði Míla unnið að hönnun kerfis sem uppfyllti þarfir Farice. Í lok janúar hefði legið fyrir verð í þann búnað sem nauðsynlegt væri fyrir Mílu að fjárfesta í til að geta boðið umrædda bandbreidd. Míla hafi síðustu daga unnið að því að aðlaga þau verð að því verðmódeli sem Míla kæmi til með að byggja tilboð sitt til Farice á. Tilboð Mílu til Farice væri sérsníðið að þörfum Farice miðað við útboðslýsingu. Hins vegar væru kröfur Vodafone um verðtilboð í tiltekin sambönd þannig að Míla þyrfti að sérsníða verðtilboð og hönnun kerfisins að þörfum Vodafone en nákvæm kröfulýsing lægi ekki fyrir.

Aðalkrafa Mílu hljóðaði á þá leið að PFS hafnaði beiðni Vodafone um bráðabirgðaákvörðun á þeim forsendum að PFS hefði ekki heimild til að skylda Mílu til að afhenda verðtilboð til Vodafone þar sem ekki hefði verið brotið gegn ákvörðun PFS nr. 20/2007 og að viðskipti þau sem Vodafone færi fram á féllu ekki undir kvaðir þær sem lagðar voru á Mílu með þeirri ákvörðun.

Þessu til stuðnings vísaði Míla til þess að ákvörðun PFS um að leggja kvaðir á félagið um að veita tiltekinn aðgang að leigulínunum byggði á heimild í fjarskiptalögum og tilskipunum ESB, einkum rammatilskipun og aðgangstilskipun. Það væri forsenda umræddrar ákvörðunar PFS að þar sem samkeppni á heildsölumarkaði fyrir tilteknar leigulínur væri ekki virk yrði að skylda fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk á þeim markaði að veita eðlilegan og sanngjarnan aðgang. Af öllum þeim réttarheimildum sem umrædd ákvörðun byggði á væri ljóst að um væri að ræða samspil heildsölu og smásölu, þ.e. Mílu væri skylt að veita fjarskiptafyrirtækjum aðgang að leigulínunum til þess að þau gætu veitt *fjarskiptaþjónustu* til endanotenda án þess að þurfa að leggja eigið net og gætu þannig keppt á smásölumarkaði við Símann sem veitti fjarskiptaþjónustu um fjarskiptanet Mílu. Míla veitti á hinn bóginn eingöngu aðgang að fjarskiptaneti sínu í heildsölu en veitti enga fjarskiptaþjónustu á smásölumarkaði. Þar af leiðandi væri ljóst að kvaðir sem PFS lagði á Mílu með ákvörðun nr. 20/2007 byggðu á því að um væri að ræða aðgang að heildsölu til þess að efla samkeppni á smásölumarkaði. Kvaðirnar lytu að því að kaupendur sem ætluðu að nota leigulínur sem afurð til að framleiða fjarskiptaþjónustu til endanotenda ættu rétt á heildsölu aðgangi að þeim.

Að lokum kom fram að kvaðir um jafnræði og gagnsæi ættu ekki við hér. Bent var á að þær kvaðir ættu að sjá til þess að fyrirtæki sem seldi í heildsölu mismunaði ekki kaupendum þannig að staða þeirra á smásölumarkaðnum raskaðist. Það ætti ekki við hér þar sem hér væri um að ræða upplýsingagjöf milli aðila á sama markaði en slík upplýsingagjöf gæti verið túlkuð sem ólöglegt samráð og brotið gegn samkeppnislögum. Slíkt inngrip í rekstur Mílu myndi skaða hagsmuni fyrirtækisins og draga úr öllum hvata til uppbyggingar netsins.

Varakrafa Mílu var á þá leið að PFS hafnaði ósk um bráðabirgðaákvörðun þar sem sambönd með þeim hraða sem hér um ræddi féllu ekki undir skilgreinda hraða í ákvörðun nr. 20/2007. Ákvörðunin byggði á því að hæsti tilgreindi hraði í SDH væri 622 Mb/s. Væri hraði ótilgreindur bæri að mati Mílu að hámarki að miða við hæsta hraða sem tilgreindur væri annars staðar í ákvörðuninni, í samræmi við meðalhófsreglu stjórnsluréttar og þá meginreglu að stjórnvaldsákvörðun skyldi vera skýr og skiljanleg til þess að sá sem hún beindist að gæti áttað sig á réttarstöðu sinni. Íþyngjandi ákvörðun yrði ekki byggð á svo óljósu orðalagi.

Prautavarakrafa Mílu var á þá leið að bráðabirgðaákvörðun yrði hafnað þar sem ekki væri um að ræða kröfu um sanngjarnan og eðlilegan aðgang. Vodafone óskaði eftir verði í leggi sem þörfuðust sérstakrar hönnunar og væru ekki hluti af þjónustuframboði Mílu. Það væri nánast ómögulegt fyrir félagið að gera Vodafone verðtilboð, sem byggðist á réttum forsendum, á þeim stutta tíma sem PFS gerði ráð fyrir. Vodafone setti t.d. ekki fram tilgreindar kröfur um uppítíma, afhendingartíma, þjónustu og vöktun eða tímalengd samnings. Auk þess mætti ætla að Vodafone ætlaði sér að taka tilboði í einstaka liði en ekki alla, sem hefði veruleg áhrif á verðforsendur. Þá bryti það í bága við meðalhófsreglu stjórnslulaga að ætlast til að fyrir lægi tilbúin verðskrá fyrir sambönd með miklu meiri bandbreidd en Míla hefði hingað til boðið fram. Hin boðaða bráðabirgðaákvörðun varðaði verulega fjárhagslega hagsmuni Mílu, auk þess að vera inngrip í samningsfrelsi og stjórnarskrárbundinn eignarrétt fyrirtækisins. PFS hefði því engar lögmætar heimildir til að skylda Mílu til samninga með þeim hætti sem hér væri boðað.

2.4. Frestun útboðs Farice hf. og frekari gagnaöflun PFS

Þegar PFS sendi Mílu ofangreindan tölvupóst föstudaginn 8. febrúar upplýsti stofnunin framkvæmdastjóra Farice um ágreining málsaðila. Framkvæmdastjórinn sendi forstjóra PFS tölvupóst mánudaginn 11. febrúar þar sem tilkynnt var um að félagið hefði ákveðið að fresta opnun útboða á „*Iceland Backhaul Connections*“ um eina viku, og yrðu tilboð því opnuð þriðjudaginn 19. febrúar. Þá kom fram að bjóðendum yrði tilkynnt þessi ákvörðun þennan sama dag.

Í ljósi þessa ákvað PFS að taka sér nokkra daga í viðbót til að rannsaka og upplýsa málið frekar. Sendi stofnunin Vodafone andmæli Mílu til umsagnar ásamt því að senda Mílu tölvupóst með tilteknum spurningum er vörðuðu tæknilegar hliðar málsins og hugsanlegar fjárfestingar félagsins í tengslum við ofangreint útboð

2.5. Athugasemdir Vodafone við andmælum Mílu

Í bréfi, dags. 13. febrúar s.l., ítrekaði Vodafone kröfur sínar og sjónarmið sem fram komu í upphaflegu erindi félagsins auk þess sem félagið krafðist þess að PFS gengi eftir því að Míla færi að þeim skyldum sem lagðar hefðu verið á félagið með ákvörðun PFS nr. 20/2007.

Í umfjöllun Vodafone kom fram að við skoðun á röksemdum Mílu við aðalkröfuna væri ljóst að annaðhvort vissi Míla ekkert um tilgang markaðsgreiningar og álagningu kvaða eða félagið væri með vísvitandi hætti að reyna að hindra aðgang sem félaginu væri skylt að veita til þess að koma í veg fyrir beina samkeppni með því að bera fyrir sig ranga túlkun á umræddri ákvörðun. Vodafone hafnaði alfarið þeim röksemdum Mílu að aðgangur í þeim tilgangi að veita samskonar leigulínubjónustu á heildsölumarkaði og Míla veitti félli ekki undir aðgang í skilningi fjarskiptalaga. Slík túlkun gengi þvert á tilganginn með álagningu kvaða og fæli í raun í sér vilja Mílu til að misnota markaðsráðandi stöðu sína. Í raun væru þessar röksemdir Mílu svo ótrúlegar að ekki ætti að þurfa að svara þeim.

PFS hefði með bréfi sínu til Mílu, dags. 8. febrúar s.l., staðfest að sá aðgangur sem Vodafone óskaði eftir félli undir umrædda ákvörðun og ekkert væri þar að finna sem benti til þess að Mílu væri heimilt að takmarka aðganginn með þessum hætti. Að auki væri fráleitt að halda því fram að eðli notkunar Vodafone á umbeðinni þjónustu hefði áhrif á það hvort Míla ætti að fara eftir þeim kvöðum sem ákvörðunin mælti fyrir um. Ekkert benti til þess að sá aðgangur sem heimilt væri að mæla fyrir um samkvæmt fjarskiptalögum og fjarskiptatilskipunum ESB ætti eingöngu við um aðgang til að veita fjarskiptaþjónustu í smásölu eða fjarskiptaþjónustu sem væri ekki í samkeppni við fyrirtækið sem veitti aðganginn, enda myndi slík túlkun draga verulega úr þeim áhrifum sem greiningu á samkeppni á fjarskiptamörkuðum og álagningu kvaða væri ætlað að hafa. Tilgangurinn með álagningu kvaðanna hefði verið að efla virka samkeppni milli fyrirtækja og gera fleiri fyrirtækjum kleift að keppa hvort sem væri á heildsölu- eða smásölumarkaði.

Þeir 18 markaðir sem hefðu verið fyrirfram skilgreindir í tilmælum ESA skiptust í smásölu- og heildsölumarkaði. Þeir heildsölumarkaðir sem þar væru skilgreindir væru m.a. markaður fyrir flutning um fastanetið (M10), markaður fyrir aðgang að breiðbandsþjónustu (M12), auk tveggja leigulínumarkaða (M13 og M14). Sú þjónusta sem félli undir framangreinda markaði væri ekki þjónusta sem seld væri beint til endanotenda heldur þjónusta sem væri notuð til þess að hægt væri að veita fjarskiptaþjónustu, hvort sem sú þjónusta væri veitt beint til endanotenda eða annarra fjarskiptafyrirtækja sem seldu fjarskiptaþjónustu til endanotenda. Það væri útilokað að heimilt væri að gera þann greinarmun sem Míla heldur fram enda myndi það ekki leiða til virkari samkeppni, hvorki á heildsölu- né smásölustigi.

Þá væri fráleitt að hægt væri að túlka upplýsingagjöf um heildsöluverð á leigulínum sem Míla væri skyldug til að veita aðgang að sem ólöglegt samráð. Það ætti ekki að hafa nein áhrif hvort Vodafone hefði í huga að nota umrædd sambönd til að veita heildsölu- eða smásöluþjónustu. Það tilboð sem Vodafone hefði í huga að gera varðandi útboð

Farice byggði ekki eingöngu á umræddum samböndum frá Mílu en þau væru hins vegar nauðsynleg til þess að Vodafone gæti gert umrætt tilboð. Að auki gengi Vodafone út frá því að væntanlegt tilboð Mílu fæli í sér einhverja álagningu á þeim heildsöluverðum sem félaginu væri ætlað að birta og því á engan hátt hægt að líta svo á að Míla væri að brjóta gegn 11. gr. samkeppnislaga um ólögmaett samráð með því að fara að þeim skyldum sem PFS hefði lagt á félagið með ofangreindri ákvörðun.

Varakröfu sína byggði Míla á að í ákvörðun nr. 20/2007 væru hæstu tilgreindu hraðar 622 Mb/s SDH/PDH. Það væri mat Vodafone að PFS hafi ekki ætlað að undanskilja sambönd, sem Síminn og Míla hefðu yfir að ráða og féllu undir leigulínur, með því að binda þau við ákveðna hraða. Það væri alveg óskiljanlegt að túlka ákvörðunina með svo þröngum hætti og gera með því fyrirtækjunum kleift að uppfæra þau sambönd sem þau hefðu yfir að ráða í þeim tilgangi að undanskilja þau þeim kvöðum sem ofangreind ákvörðun mælti fyrir um. Umrædd ákvörðun tæki mið af því framboði sem til hefði verið á þeim tíma sem ákvörðunin var unnin. Ákvörðuninni væri hins vegar ætlað að gilda þar til PFS tæki nýja ákvörðun um leigulínnumarkaðina og í ljósi þess yrði að telja að hún næði yfir alla hraða sem mögulegt væri að veita með þeim samböndum sem féllu undir leigulínnumarkaði. Mílu ætti að sjálfsögðu að vera þetta ljóst enda hefði tekið nokkur ár að vinna umrædda ákvörðun og á þeim tíma hefði Síminn og nú einnig Míla haft bæði tíma og tækifæri til að undirbúa sig fyrir væntanlegar kvaðir og upplýsa sig um þær.

Prautavarakröfu Mílu um að bráðabirgðaákvörðun verði hafnað þar sem ekki væri um að ræða kröfu um sanngjarnan og eðlilegan aðgang væri mótmælt. Framangreind krafa Mílu byggist á því að Vodafone væri að óska eftir verði í leggi sem þörfnuðust sérstakrar hönnunar og væru ekki hluti af þjónustuframboði Mílu. Að mati Vodafone væru þetta fráleitir skýringar sem alls ekki væri hægt að taka mark á. Í fyrsta lagi hefði aldrei komið fyrir fram að Míla gæti ekki birt gjaldskrána vegna þess að umræddir leggir væru ekki hluti af þjónustuframboði Mílu. Í öðru lagi væri minnt á ástæður þær sem forstöðumaður sölu og markaðar hjá Mílu hefði gefið fyrir höfnun sinni, þ.e. að Míla gæti ekki veitt þessi verð núna þar sem félagið væri þátttakandi í útboðinu en ekkert væri því til fyrirstöðu að gefa upp verð strax eftir útboð. Framangreint svar Mílu bæri ekki með sér að félagið gæti ekki veitt umrædd sambönd vegna ómöguleika eða vegna þess að þau væru ekki hluti af þjónustuframboði félagsins. Svárið fæli eingöngu í sér þá ætlun félagsins að fresta því að veita umbeðnar upplýsingar þar til umrætt útboð væri afstaðið.

Míla bæri það einnig fyrir sig að það væri brot á meðalhófsreglu stjórnsýslulaga að ætlast til þess að fyrir lægi verðskrá fyrir bandbreidd sem væri hundraðfalt meiri en þau stærstu sambönd sem Míla hefði hingað til boðið fram. Vodafone gerði sér grein fyrir að fyrirvarinn væri stuttur og gerði sér því ekki von um að fá endanleg verð frá Mílu. Hins vegar taldi félagið í ljósi þess að Míla væri þegar að vinna að sambærilegu tilboði fyrir Farice að það myndi ekki kosta Mílu mikla vinnu að reikna út bráðabirgðaverð fyrir umbeðna þjónustu á milli símstöðva. Þessi leið hefði áður verið farin í samskiptum við Mílu með góðum árangri.

Vodafone tók ennfremur fram að það breytti engu um þetta mál að félagið hefði ekki farið fram á verð í nákvæmlega sömu lausn og Míla hygðist bjóða vegna útboðs Farice,

þó svo að það útboð væri ástæða þess að kallað væri eftir verðum. Það benti eingöngu til þess að þær lausnir sem Míla og Vodafone hygðust bjóða Farice yrðu ekki að fullu sambærilegar. Beiðni Vodafone yrði einnig að skoðast í því ljósi að félagið væri að skoða allar þær leiðir sem væru í boði hjá fleiri en einum aðila. Vodafone hefði ekki lent á hindrunum þegar leitað hefði verið til annarra birgja en Mílu. Útboði Farice væri þannig háttáð að engu öðru fjarskiptafyrirtæki en Mílu væri mögulegt að veita þessa þjónustu að fullu innan þeirra tímamarka sem fram kæmu í útboðinu. Öll önnur fjarskiptafyrirtæki sem hefðu hug á að bjóða í verkið yrðu að kaupa aðgang að leigulínum hjá Mílu að einhverjum hluta. Það skýrðist af því að farið væri fram á algerlega aðskildar leiðir til og frá fyrirhuguðum afhendingarstað Farice í Keflavík. Til Keflavíkur lögju aðeins ljósleiðarar í eigu eða umsjá Mílu, allavega til skamms tíma. Vodafone hefði ekki farið þá leið að óska eftir ljósleiðarapari milli afhendingarstaða í útboðinu þar sem Míla hefði í öðrum tilfellum ekki sagst vera aflögufært um slíkt.

Að lokum kom fram í máli Vodafone að kröfur Mílu og röksemdir í máli þessu sýndu klárlega fram á að félagið væri eingöngu að leita allra leiða til að komast undan þeim skyldum sem á það höfðu verið lagðar með umræddri ákvörðun. Kröfurnar og röksemdirnar væru með þeim hætti að þær færu ekki saman og því gengi málflutningur Mílu ekki upp. Áætluð notkun Vodafone á umbeðinni þjónustu hefði engin áhrif á skyldu Mílu til að fara eftir þeim kvöðum sem ofangreind ákvörðun mælti fyrir um. Mílu væri jafnskylt að veita aðgang að þeim leigulínum sem félagið hefði yfir að ráða hvort sem Vodafone hefði í hyggju að nota umræddar leigulínur til að keppa við Mílu eða önnur fjarskiptafyrirtæki. Það sem eftir stæði í þessu máli væri að fylgja því eftir að Míla fari eftir þeim skyldum sem lagðar hefðu verið á félagið með umræddri ákvörðun og koma í veg fyrir að Míla misnotaði ekki markaðsráðandi stöðu sína með því að hindra að Vodafone gæti keppt við félagið.

2.6. Svör Mílu við spurningum PFS

PFS bárust svör Mílu við nánar tilteknum spurningum fimmtudaginn 14. febrúar s.l. Um var að ræða svör við spurningum sem PFS hafði sent Mílu 12. febrúar s.l. Ofangreindar spurningar og svör vörðuð fyrst og fremst tæknilegar útfærslur á þeim ljósleiðaraleggjum sem Vodafone hafði óskað eftir verðtilboðum í og framtíðaráætlanir Mílu varðandi uppbyggingu þeirra. Vegna eðlis upplýsinganna óskaði Míla eftir að PFS gætti trúnaðar við meðferð þeirra gagnvart öðrum aðilum og varð PFS við þeirri kröfu.

2.7. Bráðabirgðaákvörðun PFS

Í 1. mgr. 11. gr. PFSL kemur fram að telji PFS nauðsynlegt að taka ákvörðun í einstökum málum án tafar, enda sé hætt á því að dráttur á úrskurði *valdi því að réttindi aðila máls fari forgörðum* eða hann *verði fyrir verulegu fjártjóni*, sé stofnuninni heimilt að taka bráðabirgðaákvörðun.

Þar sem PFS taldi að a.m.k. fyrra skilyrði 1. mgr. 11. gr. laga nr. 69/2003 um Póst- og fjarskiptastofnun væri fullnægt í málinu tók stofnunin bráðabirgðaákvörðun þann 15. febrúar s.l. Rökin fyrir töku bráðabirgðaákvörðunar voru þau að Vodafone ætti það á

hættu að þau mikilvægu réttindi félagsins sem fjarskiptafyrirtækis að vera þátttakandi í útboði Farice gætu farið forgörðum ef mikilvægar forsendur lögju ekki fyrir við tilboðsgerð. PFS taldi að tengsl væru á milli fyrirhugaðs tilboðs Mílu í útboði Farice og þeirra kvaða sem á félagið hefðu verið lagðar með ákvörðun PFS nr. 20/2007. Þessi atriði gætu skipt Vodafone og önnur fjarskiptafyrirtæki máli við undirbúning tilboða. Um væri að ræða stórt útboð sem fæli í sér þjónustusamning til 10 ára. Ljóst væri að nokkur tími gæti liðið þar til endanleg niðurstaða PFS fengist í máli þessu og gætu verulegir hagsmunir farið forgörðum fyrir Vodafone að verða af þátttöku í útboðinu. PFS taldi því nauðsynlegt í máli þessu að taka ákvörðun án tafar til bráðabirgða.

Niðurstaða ofangreindrar bráðabirgðaákvörðunar var á þá leið að beiðni Vodafone um afhendingu ofangreinds verðtilboðs fæli ekki í sér, eins og háttaði til, eðlilega og sanngjarna kröfu um leigulínuaðgang. Þá komst stofnunin að þeirri niðurstöðu að sambönd þau sem Míla hygðist bjóða Farice í tengslum við fyrirhugað útboð féllu undir kvaðir þær sem lagðar voru á Mílu með ákvörðun PFS nr. 20/2007 um markaðsgreiningar á leigulínumörkuðum.

2.8. Hefðbundin meðferð málsins

Þann 19. febrúar s.l. voru tilboð opnuð í útboði Farice en bæði Míla og Vodafone höfðu sent inn tilboð auk fleiri fjarskiptafyrirtækja.

PFS sendi málsaðilum bréf, dags. 21. febrúar s.l., þar sem vísað var til þess að samkvæmt 2. mgr. 11. gr. laga nr. 69/2003 um Póst- og fjarskiptastofnun skyldi stofnunin taka mál til hefðbundinnar meðferðar innan sjö daga frá því að bráðabirgðaákvörðun var tekin, ella félli bráðabirgðaákvörðun úr gildi. PFS hefði tjáð málsaðilum daginn áður að í ljósi aðstæðna í máli þessu hygðist stofnunin ekki halda málinu áfram nema krafa þess efnis kæmi frá a.m.k. öðrum málsaðilanum. Þar sem Vodafone hefði krafist þess tilkynnti PFS málsaðilum að málið væri tekið til hefðbundinnar meðferðar. Fram kom að PFS hefði í hyggju að staðfesta ofangreinda bráðabirgðaákvörðun nema fram kæmu sjónarmið og/eða upplýsingar sem PFS teldi varpa nýju ljósi á málið. Var málsaðilum veittur þriggja vikna frestur til að koma að kröfugerð sinni, málsástæðum, athugasemdum og gögnum sem aðilar hygðust byggja á við rekstur málsins.

Engin gögn bárust frá Mílu innan tilskilins frests og ekki heldur innan framlengds frests sem PFS veitti félaginu að eigin frumkvæði, sbr. tölvupóst dags. 17. apríl s.l., en fresturinn rann út 25. apríl s.l. Fram kom í umræddum tölvupósti að bærust engin gögn frá Mílu gæti svo farið að PFS tæki endanlega ákvörðun í málinu án þess að sjónarmið félagsins, sem ekki hefðu áður komið fram, lögju fyrir. Vodafone kom að sjónarmiðum sínum og gögnum með bréfi, dags. 13. mars s.l., og verður efni þess rakið hér í kafla 2.9.

2.9. Krafa Vodafone um endanlega ákvörðun

Í bréfi Vodafone til PFS, dags. 13. mars s.l., kom fram að tilboð vegna útboðs Farice hefðu verið opnuð 19. febrúar s.l. Nú lægi fyrir að Farice hefði ákveðið að taka tilboði Mílu. Þrátt fyrir að umrætt útboð hefði þegar farið fram væri það mat Vodafone að félagið hefði verulega hagsmuni af því að gera athugasemdir við bráðabirgðaákvörðun

PFS og gera kröfu um að stofnunin tæki nýja ákvörðun í málinu. Vodafone gerði kröfu um að PFS staðfesti niðurstöður bráðabirgðaákvörðunar sinnar varðandi aðal- og varakröfu Mílu.

Fram kom að Vodafone gerði þá kröfu að PFS hafnaði þrautavarakröfu Mílu og kæmist að þeirri niðurstöðu að beiðni Vodafone um afhendingu á verðtilboðum hefði verið bæði sanngjörn og eðlileg. PFS hefði staðfest að aðgangur sá sem Vodafone óskaði eftir félli undir ákvörðun PFS nr. 20/2007 og að Míla bæri að fara eftir þeim kvöðum sem lagðar hefðu verið á félagið með ákvörðuninni. Vodafone væri sammála því mati PFS, sem fram hefði komið í bráðabirgðaákvörðuninni, að það væri verulegum vafa undirorpið að það væri tæknilega og fjárhagslega raunhæft fyrir félagið að ráðast í þá fjárfestingu sem fælist í þeirri aðstöðu sem Vodafone óskaði eftir aðgangi að. Ekkert annað fjarskiptafyrirtæki en Míla byggir yfir slíkri aðstöðu.

Á þeim tíma sem Vodafone óskaði eftir verðtilboði frá Mílu hefði legið fyrir að Míla væri að undirbúa tilboð til Farice eins og Vodafone. Þrátt fyrir að umræddar leigulínur sem Míla hefði boðið Farice hefðu ekki verið tilbúnar hefði tilboðið falið í sér vilja og ætlun félagsins til að uppfæra leigulínukerfi sitt ef félagið fengi verkið. Þar sem Farice væri skráð fjarskiptafyrirtæki líkt og Vodafone væri óskiljanlegt af hverju Míla gæti afhent einu fjarskiptafyrirtæki tilboð sem byggði á sama aðgangi og Vodafone hefði óskað eftir en þyrfti ekki að afhenda Vodafone umbeðnar upplýsingar. Samkvæmt umræddri ákvörðun hvíldi jafnræðiskvöð á Mílu þar sem m.a. væri kveðið á um að fjarskiptafyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk setti öðrum fjarskiptafyrirtækjum sömu skilmála í samskonar viðskiptum og veitti þjónustu og upplýsingar með sömu skilmálum og sömu gæðum og það veitti eigin þjónustudeildum, dótturfyrirtækjum eða samstarfsaðilum.

Ekkert hefði verið því til fyrirstöðu að Míla gerði fyrirvara í svari sínu til Vodafone um að leigulínukerfið væri ekki tilbúið. Vodafone hefði gert sér grein fyrir því að hugsanlega hefði Míla ekki getað birt endanleg verð. Í ljósi þess að Míla hefði þá þegar verið að vinna að svipuðu tilboði gagnvart Farice hefði það að mati Vodafone ekki kostað mikla vinnu að reikna út bráðabirgðaverð fyrir umbeðna þjónustu eins og oft hefði tíðkast. Forstöðumaður sölu- og markaðssviðs Mílu hefði svarað því til að fyrirtækið gæti ekki látið upplýsingar þessar í té fyrr en eftir að útboðið væri um garð gengið þar sem Míla væri einnig þátttakandi í því. Svar þetta bæri ekki með sér að Míla gæti ekki veitt umrædd sambönd vegna ómöguleika eða vegna þess að þau væru ekki hluti af þjónustuframboði félagsins. Svarið fæli eingöngu í sér þá ætlun félagsins að fresta því að veita umbeðnar upplýsingar þar til umrætt útboð væri yfirstaðið.

Draga mætti í efa þá staðhæfingu Mílu að félagið hefði ekki getað veitt umbeðinn aðgang eða verðupplýsingar um aðgang að svo stöddu. Síminn hefði í janúar 2001 gert samning við Marconi um uppbyggingu á DWDM-kerfi fyrir félagið á Íslandi, sbr. fréttatilkynningu, dags. 8. janúar 2001, þar sem fram hefði komið að kerfið veitti möguleika á 10 Gb/s í og í kringum Reykjavík. Þá kæmi fram í lokaskýrslu Eurice leiðavalshóps um sæstrengskosti fyrir Ísland, dags. 18. apríl 2007, að Míla væri þegar með DWDM-kerfi (*bylgjulengdarkerfi*) frá Hvolsvelli til Reykjavíkur sem hefði

möguleika á 10 Gb/s samböndum til Míla. Í ljósi framangreindra upplýsinga yrði að telja að einfalt hefði verið fyrir Mílu að reikna út þau verð sem Vodafone óskaði eftir miðað við þá reynslu og búnað sem Míla hefði yfir að ráða.

Með hliðsjón af framangreindu og þeim röksemdum sem fram hefðu komið í bráðabirgðaákvörðuninni væri óskiljanlegt að stofnunin hafi fallist á þrautavarakröfu Mílu. Vodafone færi fram á að stofnunin endurskoðaði þá niðurstöðu sína og tæki nýja ákvörðun sem kvæði á um að Mílu hafi ekki verið heimilt að hafna því að afhenda umrædd verðtilboð og að beiðni Vodafone hafi bæði verið sanngjörn og eðlileg. Að öðrum kosti væri stofnunin að fallast á að Míla, sem og önnur fjarskiptafyrirtæki sem útnefnd hafa verið með umtalsverðan markaðsstyrk og lagðar hafa verið kvaðir á, geti mismunað fyrirtækjum eins og Míla hefði gert í máli þessu til að hindra samkeppni á fjarskiptamarkaði. Slík niðurstaða væri fordæmisgefandi og myndi án efa draga úr þeim áhrifum sem markaðsgreiningu og álagningu kvaða væri ætlað að hafa til að efla samkeppni.

2.10. Samningur Farice og Mílu

Samkvæmt fréttatilkynningu á heimasíðu Mílu, dags. 26. mars s.l., sömdu Farice og Míla, að undangengnu útboði, um fjarskiptaþjónustu til tíu ára. Samningurinn fæli í sér að Míla veitti fjarskiptaþjónustu til Farice vegna uppbyggingar Farice á nýjum sæstreng (DANICE) og stækkana sambanda á FARICE-1 sæstrengnum. Fram kom að vegna þessarar þjónustu þyrfti að margfalda flutningsgetu á við það sem fjarskiptafyrirtæki á Íslandi hefðu fram að þessu getað boðið. Til þess að geta veitt þjónustuna myndi Míla byggja upp nýtt og öflugt bylgjulengdarkerfi á ljósleiðarakerfi sínu til þess að flytja fjarskiptaumferð í tengslum við báða sæstrengina. DANICE strengurinn kæmi á land á Landeyjarsandi í nóvember næstkomandi og yrði kerfi Mílu tilbúið þá.

Í fréttatilkynningunni er vitnað til orða Guðmundar Gunnarssonar, framkvæmdastjóra Farice, sem sagði að hér væri um gríðarlega magnaukningu að ræða frá því sem nú væri og myndi félagið stækka innanlandssamband sitt úr 2,5 Gbit/s sem nú væri á FARICE-1 sæstrengnum, í 100 Gbit/s á hvorum streng. Framkvæmdastjóri Mílu, Páll Á. Jónsson, sagði að samningurinn gerði að verkum að Míla myndi margfalda þá flutningsgetu sem fyrirtækið hefði fyrir. Viðskiptavinir Mílu ættu kost á að kaupa enn meiri bandbreidd eftir þessa breytingu á kerfinu.

III.

Forsendur og niðurstaða

3.1. Niðurstaða varðandi kröfu um afhendingu verðtilboða

Upphaf málsins má rekja til þess að Vodafone fór þess á leit að PFS fyrirskipaði Mílu með bráðabirgðaákvörðun að birta þau verðtilboð sem Vodafone hefði óskað eftir í

tengslum við útboð Farice og gengi eftir því að Míla færi að þeim skyldum sem lagðar hefðu verið á félagið með ákvörðun PFS nr. 20/2007. Míla mótmælti því að þurfa að birta Vodafone umrædd verðtilboð og lagði fram kröfugerð í þremur liðum þar sem fram kom aðalkrafa, varakrafa og þrautavarakrafa. Í bráðabirgðaákvörðun frá 15. febrúar s.l. hafnaði PFS sjónarmiðum þeim sem fram komu í aðal- og varakröfu Mílu en komst að þeirri niðurstöðu að afhending umræddra verðtilboða fæli ekki í sér, eins og háttaði til, eðlilega og sanngjarna kröfu um leigulínuaðgang. Þá komst stofnunin að þeirri niðurstöðu að sambönd þau sem Míla hygðist bjóða Farice í tengslum við fyrirhugað útboð féllu undir kvaðir þær sem lagðar voru á Mílu með ákvörðun nr. 20/2007 um markaðsgreiningar á leigulínumörkuðum.

PFS tók málið til hefðbundinnar meðferðar þann 21. febrúar s.l. Míla hefur þrátt fyrir framlengdan svarfrest ekki lagt fram frekari kröfugerð, sjónarmið eða gögn. Lítur PFS því svo á að kröfugerð og sjónarmið Mílu í máli þessu séu þau sömu og fram komu við meðferð málsins fyrir töku umræddrar bráðabirgðaákvörðunar. Með bréfi, dags. 13. mars s.l., krafðist Vodafone þess að PFS endurskoðaði niðurstöðu sína varðandi þrautavarakröfu Mílu og tæki nýja ákvörðun sem kvæði á um að Mílu hafi ekki verið heimilt að hafna því að afhenda umrædd verðtilboð og að beiðni Vodafone hafi bæði verið sanngjörn og eðlileg. PFS hyggst hér í kafla 3.1 fjalla um kröfur Mílu í sömu röð og félagið byggði upp upphafleg andmæli sín að teknu tilliti til krafna Vodafone. Í kafla 3.2 verður síðan fjallað um þá kröfu Vodafone að PFS gangi eftir því að Míla fari að þeim skyldum sem lagðar voru á félagið með ákvörðun PFS nr. 20/2007.

Aðalkrafa Mílu byggði á því sjónarmiði félaginu væri óskilyt að veita Vodafone umrædd verðtilboð þar sem aðgangur til þess að veita samskonar leigulínubjónustu á heildsölumarkaði og Míla veitti félli ekki undir aðgang í skilningi fjarskiptalaga. Því hefði Míla ekki brotið gegn ákvörðun PFS nr. 20/2007 með umræddi höfnun sinni. Að mati Mílu væri ljóst af öllum réttarheimildum, sem nefnd ákvörðun PFS byggði á, að um væri að ræða samspil heildsölu og smásölu. Félaginu væri þannig skylt að veita fjarskiptafyrirtækjum aðgang að leigulínum til þess að fjarskiptafyrirtækið geti veitt *fjarskiptaþjónustu* til endanotenda án þess að þurfa að leggja eigið net og geti þannig keppt á smásölumarkaði við Símann sem veitti fjarskiptaþjónustu um fjarskiptanet Mílu. Míla veitti hins vegar eingöngu aðgang að fjarskiptaneti sínu í heildsölu en veitti enga fjarskiptaþjónustu á smásölumarkaði.

Varðandi aðalkröfu Mílu tekur PFS fram í upphafi að umrædd kröfugerð og sá rökstuðningur sem henni fylgdi er fremur óljós og þversagnarkenndur. Vísað er ómarkvisst til ýmissa skilgreininga tilskipana ESB og fjarskiptalaga um fjarskiptaþjónustu o.fl. sem ekki verður séð hvernig styðja á aðalkröfu Mílu.

Samkvæmt 10. tölul. 3. gr. er *fjarskiptafyrirtæki* sá aðili sem hefur tilkynnt PFS um fyrirhugaðan rekstur fjarskiptaþjónustu eða fjarskiptanets. Fjarskiptafyrirtæki getur stundað fjarskiptaþjónustu eða rekstur fjarskiptanets og einnig hvoru tveggja. Þá er ekki gerður greinarmunur á fjarskiptaþjónustu sem rekin er í smásölu og heildsölu, þannig að fjarskiptafyrirtæki getur stundað fjarskiptaþjónustu ýmist á smásölumarkaði eða heildsölumarkaði eða hvoru tveggja. Fjarskiptafyrirtækjum er því í sjálfsvald sett hvernig það hagar starfsemi sinni og á hvaða markaði fjarskipta það hyggst starfa á. Í 24. gr. FSL

er að finna meginreglu um samskipti fjarskiptafyrirtækja varðandi skyldu og rétt til að semja um samtengingu og aðgang. Ákvæðið gildir um öll fjarskiptafyrirtæki og er ekki gerður greinarmunur á því hvort þau eru með umtalsverðan markaðsstyrk eða ekki. Þá er ekki heldur gerður greinarmunur á því hvort þau starfi á smásölumarkaði eða heildsölumarkaði eða hvoru tveggja. Samkvæmt 27. gr. laganna er PFS heimilt að leggja tiltekna kvaðir á fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk en ekki önnur fjarskiptafyrirtæki.

Eini munurinn sem gerður er í fjarskiptalögum á fjarskiptafyrirtækjum felst því í því hvort fjarskiptafyrirtæki sé í þeirri stöðu að vera með umtalsverðan markaðsstyrk á tilteknum undirmarkaði fjarskipta eða ekki. Samkvæmt þeim reglum sem fram koma í 16. gr. FSL er fjarskiptamörkuðum síðan skipt í 18 undirmarkaði. Sumir þeirra eru smásölumarkaðir en aðrir heildsölumarkaðir. Sá markaður sem hér um ræðir er heildsölumarkaður á stofnlínuhluta leigulína (M14). Eðli málsins samkvæmt framkvæmdi PFS markaðsgreiningu á þeim markaði og kannaði samkeppnisstöðu fjarskiptafyrirtækja á þeim markaði, þ.e. sölu stofnlínuhluta leigulína í heildsölu. Markaður 7 fjallar sérstaklega um leigulínur í smásölu. Með ákvörðun PFS nr. 20/2007 komst PFS að þeirri niðurstöðu að Míla (og Síminn) væri fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk á viðkomandi heildsölumarkaði og lagði kvaðir á félagið um að veita öðrum fjarskiptafyrirtækjum heildsöluaðgang að leigulínum sínum, ásamt öðrum kvöðum sem stuðla áttu að því að eðlilega væri staðið að veitingu slíks aðgangs (kvöð um gagnsæi, jafnræði, eftirlit með gjaldskrá o.fl.). Ekkert í ofangreindri ákvörðun styðir þau sjónarmið sem fram koma í aðalkröfu Mílu. Forvera Mílu gafst færi á að tjá sig um markaðsgreiningu PFS meðan á vinnslu málsins stóð en þar kom þessi skilningur félagsins ekki fram. Þá kærði Míla ofangreinda ákvörðun PFS en ekki á þeim forsendum sem hér er lýst.

Í 28. gr. er fjallað um aðgangskvöðina. Þar kemur m.a. fram í b-lið 2. mgr. að PFS geti mælt fyrir um að fjarskiptafyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk bjóði öðrum fjarskiptafyrirtækjum ýmsa þjónustu í heildsölu sem þau svo endurselja. Fram kemur í frumvarpsathugasemdom að ákvæði um aðgang að netum og þjónustu væri lykilatriði fyrir ný fjarskiptafyrirtæki á markaðinum, enda væri í mörgum tilvikum óframkvæmanlegt fyrir þau að koma sér upp aðstöðu í líkingu við þá sem fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk hafa komið sér upp á löngum tíma. Fram kom að ákvæðið byggðist á 12. gr. aðgangstilskipunar ESB. Með ákvæði b-liðar 2. mgr. 28. gr. um heildsöluaðgang til endursölu væri opnað fyrir þann möguleika að fjarskiptafyrirtæki sem ekki gæti boðið upp á alhliða þjónustu í gegnum sitt eigið net geti boðið viðskiptavinum sínum upp á heildarlausnir í fjarskiptaþjónustu.

Með ákvörðun nr. 20/2007 lagði PFS aðgangskvöð á Mílu. Í markaðsgreiningunni sem fylgdi ákvörðuninni var fjallað um ýmsar tegundir aðgangs. Þar var m.a. fjallað um heildsöluaðgang til endursölu í kafla 14.1.1. Fram kom að þessi tegund aðgangs veitti þjónustuaðila möguleika á að endurselja leigulínur. Þessi möguleiki gæfi fjarskiptafyrirtækjum kost á að kaupa stórar línur og hluta niður og veita þannig þjónustu án þess að byggja upp eigið net.

Með hliðsjón af ofangreindu staðfestir PFS niðurstöðu bráðabirgðaákvörðunarinnar frá 15. febrúar s.l. og hafnar aðalkröfu Mílu í málinu þar sem ekkert í tilskipunum ESB, fjarskiptalögum eða ákvörðun PFS nr. 20/2007 styður umrædda kröfu. PFS er sammála Vodafone um að túlkun Mílu gangi í raun þvert á tilgang með ákvæðum fjarskiptalaga um markaðsgreiningu og álagningu kvaða. Míla þarf að fara eftir þeim kvöðum sem á félagið voru lagðar burtséð frá því hvert sé eðli þeirrar notkunar á leigulínum sem fjarskiptafyrirtæki kaupa í heildsölu af Mílu. Ef fallist væri á skilning Mílu væri í raun og veru verið að fallast á eins konar einokunarstöðu þeirra gagnvart fjarskiptafyrirtækjum sem stunda netrekstur. Þannig gæti t.d. netrekandi eins og Gagnaveita Reykjavíkur ehf. eða Fjarski hf. ekki keypt tiltekinn ljósleiðaralegg af Mílu, sem óhagstætt væri fyrir viðkomandi fyrirtæki að leggja frá grunni, þar sem þessi fyrirtæki selja ekki fjarskiptaþjónustu til endanotenda.

Varakrafa Mílu byggði því sjónarmiði að félaginu væri óskyldt að verða við umræddri beiðni Vodafone þar sem sambönd með hærri hraða en getið væri um í ákvörðun PFS nr. 20/2007 féllu utan þeirra kvaða sem þar væri kveðið á um. Ákvörðunin byggði á að hæsti hraði í SDH væri 622 Mb/s.

PFS fellst ekki á þann skilning Mílu að flutningshraðar á þeim flutningsmiðlum og samskiptareglum sem féllu undir viðkomandi þjónustumarkað í markaðsgreiningu sem fylgdi ákvörðun nr. 20/2007 og eru hærri en getið var um sem „núvarandi flutningshraðar“ falli utan þeirra kvaða sem á Mílu voru lagðar. Ágreiningslaust er að þær samskiptareglur sem kenndar eru við SDH falli undir þann þjónustumarkað sem PFS skilgreindi í markaðsgreiningu sinni. SDH samskiptareglurnar eru hinar hefðbundnu leigulínur en í kæru Símans á umræddri ákvörðun PFS til úrskurðarnefndar var aðeins gerður ágreiningur um samskiptareglur þær sem kenndar eru við ATM og IP/MPLS. Míla kærði ekki þjónustuskilgreiningu PFS sem innihélt SDH samskiptareglurnar til úrskurðarnefndar. Nú bregður svo við að Míla heldur því fram að uppfærsla á flutningshraða innan hins hefðbundna SDH samskiptaregluforms falli utan skilgreiningar á viðkomandi þjónustumarkaði og falli því utan kvaða þeirra sem PFS lagði á félagið. Af lestri markaðsgreiningarinnar er augljóst að varakrafa Mílu á ekki við rök að styðjast.

Í upphafi 14. kafla markaðsgreiningarinnar kemur fram að hugtakið „leigulína“ sé notað yfir framboð Símans (nú einnig Mílu) á eftirfarandi flutningsmiðlum og samskiptareglum: IP-MPLS, ATM, Ethernet, SDH/PDH (einnig hliðrænar línur), DWDM og svartur ljósleiðari. Þetta eru allt „flutningsmiðlar“ eða „samskiptareglur“ og voru þær taldar upp í töflu 8 sem bar yfirskriftina „Flutningsmiðlar og samskiptareglur sem falla undir viðkomandi markað.“ Í öðrum dálki í töflunni voru birtir tilteknir hraðar við sérhvern flutningsmiðil eða samskiptareglu undir yfirskriftinni „*Núverandi flutningshraðar.*“ Útilokað er að fallast á það sjónarmið Mílu að með þessu hafi ætlunin verið að útloka að uppfærsla á flutningshraða innan tiltekins flutningsmiðils eða samskiptareglu félli utan kvaða. Þannig gæti Míla hæglega uppfært alla gildandi flutningshraða til að koma sér undan þeim kvöðum sem á félagið voru lagðar og ætlað var að stuðla að því að lagfæra þau miklu samkeppnisvandamál sem ríkja á viðkomandi markaði.

Upptalning á þágildandi hröðum var augljóslega einungis í dæmaskyni til að varpa ljósi á þær samkeppnisaðstæður sem voru ríkjandi á viðkomandi markaði á vinnslutíma markaðsgreiningarinnar. Í lið 633 í markaðsgreiningunni kemur m.a. fram að Míla skuli bjóða fram að lágmarki þær tegundir leigulína sem taldar væru upp í upphafi 14. kafla.

Benda má á að eitt megin sjónarmiðið að baki fjarskiptalöggjöf ESB, sem innleidd hefur verið í íslenskan rétt, er að löggjöfin sé tæknilega hlutlaus (*e. technological neutral*). Hugsunin með því er að beiting fjarskiptalöggjafarinnar sé óháð tæknibreytingum enda myndi löggjöfin fljótt úreldast ef hún væri ekki tæknilega hlutlaus. Síminn, sem myndar eina efnahagslega einingu með Mílu og Skiptum hf. í skilningi samkeppnisréttar, hefur staðfest að þessi meginregla um tæknilegt hlutleysi gildi. Í athugasemdum Símans við frumdrög að markaðsgreiningu á markaði 12 (breiðbandsaðgangur), dags. 8. október 2007, segir m.a.: „Í frumdrögum PFS er markaður fyrir breiðbandsaðgang í heildsölu aðeins látinn ná yfir xDSL tækni um koparheimtaugar. Með því er farið gegn grundvallarreglu fjarskiptaréttar ESB um tæknilegt hlutleysi sem fram kemur m.a. í 1. mgr. 8. gr. rammatilskipunar.“ Það þykir ekki mjög traustvekjandi að annað fyrirtæki í sömu fyrirtækjasamstæðu haldi allt öðru fram nú. PFS hafnar því varakröfu Mílu með hliðsjón af ofangreindu.

Þrautavarakrafa Mílu hljóðaði á þá leið að bráðabirgðaákvörðun yrði hafnað þar sem beiðni Vodafone um afhendingu umræddra verðtilboða fæli ekki í sér kröfu um sanngjarnan og eðlilegan aðgang.

Í 28. gr. FSL er fjallað um aðgang að netum og þjónustu. Þar kemur fram í 1. mgr. að PFS geti mælt fyrir um að fjarskiptafyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk verði við *eðlilegum* og *sanngjörnum* beiðnum um opinn aðgang að almennum fjarskiptanetum, nethlutum og tengdri aðstöðu með ákveðnum skilmálum sem stofnunin setur, sbr. 3. mgr. sömu greinar. Fram kemur í 3. mgr. að PFS skuli taka mið af tilteknum sjónarmiðum við ákvörðun um hvort leggja skuli á aðgangsskyldu. Þetta eru sjónarmið varðandi meðalhóf og vægi hagsmuna þeirra aðila sem málið varðar.

Þau sjónarmið sem um ræðir og myndu undir venjulegum kringumstæðum styðja málatilbúnað Vodafone í máli þessu eru að aðgangur sé í þágu samkeppni til lengri tíma litið og til þess fallinn að auka framboð þjónustu. Vegi engin sérstök sjónarmið á móti aðgangi vega fyrrnefnd sjónarmið þungt. Einnig þarf að vega og meta sjónarmið er varða aðgangsbeiðanda eins og hvort það sé tæknilega og fjárhagslega raunhæft að nota eða setja upp eigin aðstöðu í samkeppni með hliðsjón af markaðsþróun og eðli og gerð þess aðgangs sem um ræðir. Um er að ræða sambönd af slíkri stærðargráðu í þessu máli að vandséð er að það væri tæknilega og fjárhagslega raunhæft fyrir Vodafone að ráðast í slíka fjárfestingu.

Hins vegar þarf að vega og meta sjónarmið sem varða hagsmuni eiganda aðstöðunnar og varða m.a. þær spurningar hvort framkvæmanlegt sé að veita þann aðgang sem um ræðir og hvort það sé forsvaranlegt með hliðsjón af upphaflegri fjárfestingu eiganda aðstöðunnar og áhættu sem tekin var með fjárfestingunni. Eins og atvikum í máli þessu er háttað verður þó að leggja ríka áherslu á hagsmuni eiganda aðstöðunnar, sérstaklega

hvort það sé forsvaranlegt með hliðsjón af upphaflegri fjárfestingu hans og þeirri áhættu sem „tekin var“ með fjárfestingunni að veita umbeðinn aðgang. Eins skiptir miklu hvort beiðni um aðgang sé „framkvæmanleg“.

Í máli því sem hér er til umfjöllunar eru aðstæður með allsérstæðum hætti. Fjarskiptafyrirtækið Farice sem á og rekur sæstreng hyggst auka við starfsemi sína og þarf því á að halda öflugri gagnaflutningi á landi. Þær kröfur sem félagið gerir til flutningshraða leigulína eru mun meiri en nokkurt fjarskiptafyrirtæki á Íslandi getur uppfyllt eins og staðan er í dag á þeim leiðum sem um ræðir. Míla hyggst bjóða Farice leigulínur sem uppfylla þær kröfur sem gerðar eru um flutningshraða, uppítíma, samningstíma o.s.frv. Við rannsókn málsins aflaði PFS upplýsinga hjá Mílu um hvort sá aðgangur sem Vodafone óskaði eftir væri tiltækur í umræddum leggjum áður en bráðabirgðaákvörðun var tekin. Miðað við svör Mílu, sem félagið óskaði trúnaðar um, var ljóst að félagið gat ekki, að svo stöddu, veitt umbeðinn aðgang er PFS tók umrædda bráðabirgðaákvörðun. Eins og fram kemur í fréttatilkynningu Mílu, dags. 26. mars s.l., þarf félagið að leggja í töluverðar fjárfestingar til að uppfæra leigulínukerfi sín til að geta veitt aðgang á borð við þann sem Farice og Vodafone óska eftir. Fram kemur að hin nýju kerfi Mílu verði tilbúin í nóvember n.k.

Eins og staðan er í máli þessu hefur Míla ekki lokið þeim framkvæmdum eða lagst í þær fjárfestingar sem nauðsynlegar eru til að vera í stakk búið til að veita umbeðinn aðgang. Því getur PFS ekki metið „upphaflega“ fjárfestingu Mílu vegna aðstöðunnar eða þá áhættu sem „tekin var“ með henni. Þá er ekki framkvæmanlegt að veita þann aðgang sem beðið er um, eins og sakir standa nú. Sé það rétt hjá Mílu að umrædd aðstaða sé ekki fyrir hendi, sem PFS dregur í sjálfu sér ekki í efa, er ómögulegt fyrir PFS að veita og meta þau sjónarmið sem meta þarf þegar aðgangur er óskað.

Að öllu framangreindu virtu verður að fallast á það með Mílu að beiðni Vodafone um afhendingu umrædds verðtilboðs, á þessum tímamarki og eins og hér háttar til, feli ekki í sér eðlilega og sanngjarna kröfu um aðgang. Sjónarmið þau og upplýsingar sem fram koma í bréfi Vodafone, dags. 13. mars s.l., breyta ekki þeirri niðurstöðu. Þess ber að geta að þeir staðir þar sem Vodafone fullyrðir að Míla hafi haft möguleika á veita umbeðnar verðupplýsingar og aðgang fyrir 10 Gb/s ljósleiðarasambönd eru annars vegar innan höfuðborgarsvæðisins og hins vegar milli Múlastöðvar og Hvolsvallar. Útboð Farice gerði ráð fyrir öðrum og miklu lengri leggjum, a.m.k. að langmestu leyti.

3.2. Kvaðir sem hvíla á Mílu varðandi leigulínusambönd, þ.m.t. á 10x10 Gbps ljósleiðarabylgjum á STM-64 sniði eða öðru sambærilegu sniði

Samkvæmt framangreindu hefur PFS komist að þeirri niðurstöðu að umrædd sambönd falli undir markaðsgreiningu á heildsölumarkaði fyrir stofnlínuhluta leigulína (M14) og þær kvaðir sem lagðar voru á Mílu með ákvörðun nr. 20/2007. Telur stofnunin vera tilefni til þess að rekja stuttlega þær kvaðir sem helst koma til álita varðandi framboð á ljósleiðarabylgjum sem afhentar verða á STM sniði eða sambærilegu sniði, þ.m.t. 10x10 Gbps bylgjur á SMT-64 sniði.

Kvöð um eftirlit með gjaldskrá. Í ofangreindri ákvörðun komst PFS að þeirri niðurstöðu að leggja þyrfti verðlagskvöð á Mílu til að efla samkeppni á þessum markaði. Gjaldskrár Mílu á heildsölumarkaði fyrir stofnlínuhluta leigulína skulu því taka mið af kostnaði og fara eftir hlutlægum viðmiðunum. Lögð var skylda á Mílu að útbúa kostnaðarlíkan til útreiknings á verði fyrir leigulínur samkvæmt sögulegum kostnaði og skyldi gerð líkansins lokið innan eins árs frá birtingu ákvörðunarinnar. Að auki skyldi Míla halda kostnaðarbókhald til að tryggja að verð taki mið af kostnaði. Til að fylgjast með breytingum á gjaldskrá lagði PFS fyrir Mílu að félagið tilkynnti til PFS um allar breytingar á heildsöluverðsgjaldskrá og öðlast þær ekki gildi nema með samþykki PFS. Stofnunin lítur svo á að gjaldskrá fyrir nýja þjónustu feli í sér breytingar á heildsöluverðgjaldskrá Mílu.

Í tengslum við þá niðurstöðu PFS sem fram kom í umræddri bráðabirgðaákvörðun, og staðfest var hér að framan varðandi aðal- og varakröfu Mílu, að sú tegund leigulína sem Míla bauð Farice í umræddu útboði félli undir leigulínu samkvæmt ákvörðun nr. 20/2007, minnti PFS Mílu á í umræddri bráðabirgðaákvörðun, að það tilboð sem Míla kæmi til með að gera skyldi taka mið af kvöðinni um eftirlit með gjaldskrá. Þannig væri félaginu ekki heimilt að bjóða Farice verð sem vikju frá kostnaðartengdum verðum. Félagið gæti því ekki undirverðlagt þjónustuna, nema bjóða öllum öðrum fjarskiptafyrirtækjum þjónustuna á sama verði, né boðið fram óhóflegt gjald. Hér með staðfestir PFS þá niðurstöðu að Míla beri að bjóða öðrum fjarskiptafyrirtækjum samskonar aðgang og félagið veitir Farice á kostnaðartengdum verðum þegar aðgangurinn verður mögulegur.

Jafnræðiskvöð. PFS komst að þeirri niðurstöðu í ákvörðun nr. 20/2007 að leggja bæri jafnræðiskvöð á Mílu til að styrkja aðgangskvöðina. PFS tekur fram að jafnræðiskvöðin felur ekki í sér þá skyldu að öll fyrirtæki búi við nákvæmlega sömu skilyrðin heldur skal allur mismunur á skilyrðum vera byggður á hlutlægum forsendum. PFS leit svo á í bráðabirgðaákvörðun sinni að ef Míla gengi til samninga við Farice um þær leigulínur sem hér um ræddi þyrfti Míla að bjóða öðrum fjarskiptafyrirtækjum, sem sambærilegs aðgangs óskuðu, leigulínur með sömu kjörum og félagið bauð Farice, þ.e. á kostnaðartengdum verðum. PFS staðfestir hér með þá niðurstöðu umræddrar bráðabirgðaákvörðunar og beinir því til Mílu að gæta jafnræðis við veitingu fjarskiptaþjónustu í hvívetna.

Gagnsæiskvöð. PFS lagði einnig gagnsæiskvöð á Mílu með umræddri ákvörðun. Var það gert til að tryggja að jafnræðiskvöðin yrði raunverulega virk. Með þeim hætti var reynt að hindra að unnt væri að mismuna milli aðila. Þar af leiðandi kom fram í umræddri bráðabirgðaákvörðun að Míla bæri að gefa út viðmiðunartilboð fyrir þá þjónustu sem væri sambærileg þeirri þjónustu sem félagið hyggðist bjóða Farice. Slíkt ætti að flýta fyrir samningaviðræðum, koma í veg fyrir ágreining og stuðla að tiltrú markaðsaðila á því að ekki sé um mismunun að ræða. Hér með staðfestir PFS að Míla beri að gefa út viðmiðunartilboð vegna umrædds aðgangs sem byggir á kostnaðartengdum verðum eigi síðar en ári eftir birtingu ákvörðunar nr. 20/2007.

Ákvörðunarorð

Þau ljósleiðarasambönd sem Míla ehf. bauð Farice hf. í tengslum við útboð á fjarskiptaþjónustu, þ.e. 10x10 Gbps bylgjur á STM-64 sniði, falla undir þær kvaðir sem lagðar voru á Mílu ehf. með ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar nr. 20/2007. Míla skal veita fjarskiptafyrirtækjum aðgang að ofangreindum samböndum þegar þau verða tilbúin og birta kostnaðargreint viðmiðunartilboð fyrir þau eigi síðar en ári eftir birtingu ákvörðunar PFS nr. 20/2007 og gæta jafnræðis milli fjarskiptafyrirtækja í hvívetna.

Fallist er á kröfu Mílu ehf. um að beiðni Og fjarskipta ehf. um afhendingu verðtilboðs í ofangreind sambönd hafi ekki falið í sér, eins og háttaði til, eðlilega og sanngjarna kröfu um aðgang.

Ákvörðun þessi tekur gildi frá dagsetningu hennar.

Ákvörðun þessi er kæránleg til úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála, sbr. 13. gr. laga nr. 69/2003, um Póst- og fjarskiptastofnun. Kæran skal berast úrskurðarnefnd innan fjögurra vikna frá því viðkomandi varð kunnugt um ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar.

Reykjavík, 22. apríl 2008

Virðingarfyllst,

Hrafnkell V. Gíslason

Óskar H. Ragnarsson