



PÓST- OG FJARSKIPTASTOFNUN

Ákvörðun nr. 13/2012 um brot Símans á jafnræðiskvöð á markaði fyrir lúkningu símtala í farsímaneti félagsins og hlutdeild smásölu Símans í heildsölutekjum

I. Almennt

Mál þetta varðar ágreining á milli Símans hf. og IP-fjarskipta ehf. (Tals) annars vegar og Fjarskipta ehf. (Vodafone) og Nova ehf. hins vegar um það hvort Síminn hafi brotið gegn jafnræðiskvöð þeirri sem lögð var á félagið með ákvörðun PFS nr. 18/2010 á markaði 7, varðandi lúkningu símtala í farsímanetum, með því að skilgreina símtöl á milli viðskiptavina farsímakerfis Símans og sýndarnets Tals sem innannetssímtöl í sýndarnetssamningi félaganna frá janúar 2010. Afleiðing þessa er sú að Síminn hefur innheimt leyfileg lúkningargjöld af lúkningu símtala frá viðskiptavinum Vodafone og Nova en ekki frá viðskiptavinum Tals.

Tal hefur á sama hátt innheimt lúkningargjöld vegna lúkningar símtala frá viðskiptavinum Vodafone og Nova en ekki frá viðskiptavinum Símans. Háttsemi Tals er hins vegar ekki sérstaklega til skoðunar í máli þessu þar sem á félaginu hvíldi ekki ofangreind jafnræðiskvöð eða aðrar kvaðir á framangreindum markaði á stærstum hluta þess tímabils sem mál þetta varðar. Þess ber þó að geta að þann 13. janúar 2012 tók PFS nýja ákvörðun á viðkomandi markaði, þ.e. ákvörðun PFS nr. 3/2012. Þar hefur Tal verið útnefnt sem fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk og viðeigandi kvaðir lagðar á félagið, m.a. jafnræðiskvöð. Frá þeim degi hefur sú skylda hvílt á Tali að færa samningamál sín í það horf að ekki sé um mismunun að ræða.

Ennfremur varðar málið ágreining um það hvort rétt sé að smásala Símans, eða aðilar sem hafa gert sýndarnetssamning eða samning um innanlandsreiði við Símann, öðlist hlutdeild í tekjum heildsölu Símans af lúkningu í farsímakerfi félagsins.

II. *Málavextir*

2.1 Bréf PFS til Símans vegna hlutdeildar smásölu í heilðsöluþekjum, dags. 6. júlí 2010

Með bréfi Póst- og fjarskiptastofnunar (PFS) til Símans, dags. 6. júlí 2010, óskaði stofnunin eftir upplýsingum um hlutdeild smásölu Símans í heilðsöluþekjum af farsímabjónustu. PFS vísaði til bréfs Símans til PFS, dags. 30. júní 2010, í máli er varðaði brot Símans á trúnaðarskyldum skv. 26. gr. fjarskiptalaga er lauk með ákvörðun PFS nr. 37/2010. Í umræddu bréfi Símans hefði komið fram að smásala félagsins teldi eðlilegt að hún hefði aðgang að upplýsingum um símtöl sem enduðu hjá viðskiptavinum smásölnnar, m.a. vegna samnings sem hún hefði gert við heilðsölu félagsins á árinu 2009 um að fá hlutdeild í lúkningartekjum af farsímabjónustu. Smásalan þyrfti að geta fengið aðgang að umræddum gjaldfærslugögnum á sama hátt og önnur fjarskiptafyrirtæki sem gert hefðu eða myndu gera sambærilega samninga við heilðsölu Símans. PFS fór fram á að Síminn afhenti stofnuninni afrit af umræddum samningi og gerði grein fyrir tilurð og tilgangi hans.

2.2 Svar Símans, dags. 8. júlí 2010

Í svari Símans, dags. 8. júlí 2010, kom fram að ekki væri til að dreifa formlegum samningi á milli heilðsölu og smásölu Símans. Styddist það við áralanga framkvæmd þar sem formlegir samningar hefðu ekki verið undirritaðir heldur hefði verið fylgt heilðsöluverðskrá og viðmiðunartilboðum eins og þau væru á hverjum tíma. Aldrei hefði verið gerð athugasemd við þá framkvæmd af hálfu PFS. Aðdragandi samninga um hlutdeild smásöluáðila í lúkningartekjum væri sá að í nóvember 2009 hefði Síminn undirritað samning við IMC um heilðsöluáðgang að farsímakerfi félagsins. Samningurinn hefði verið sendur til PFS í byrjun desember 2009. Þar hefði verið kveðið á um hlutdeild IMC í lúkningartekjum. Samsvarandi samningur hefði verið gerður við Tal þann 8. janúar 2010 og hefði hann einnig verið sendur PFS. Framangreind framkvæmd, þ.e.a.s. að smásali sem fengi heilðsöluáðgang að farsímakerfi Símans fengi hlutdeild í lúkningartekjum á meðan þær væru yfir kostnaðarreiknuðu verði, hefði tekið gildi gagnvart smásölu Símans við uppgjör fyrir desembermánuð 2009. Það hlyti að teljast sanngjarnt að stærsti einstaki viðskiptavinur heilðsölnnar fengi að lágmarki sömu kjör og aðrir sem semdu um heilðsöluáðgang. Þannig teldi Síminn að jafnræðiskvöð væri uppfyllt.

2.3 Bréf Símans til markaðsaðila, dags. 24. ágúst 2010

Með bréfi Símans til markaðsaðila, dags. 24. ágúst 2010, var tilkynnt um að gerður hefði verið samningur á milli Símans og Tals þess efnis að Síminn myndi annast umflutning samtengiumferðar frá öðrum fjarskiptafyrirtækjum til farsímastöðvar Tals. Beina skyldi umferð í símanúmer í umræddri farsímastöð Tals beint til Símans. Innheimt yrði fyrir lúkningu í farsímastöð Tals samkvæmt verðskrá þess félags.

2.4 Bréf Símans til PFS, dags. 2. september 2010

Með bréfi Símans til PFS, dags. 2. september 2010, barst PFS ítarlegra svar við framangreindri fyrirspurn. Síminn tók fram að fyrirspurn PFS snéri að því hvernig samningur á milli heilðsölu- og smásölustigs Símans samræmðist jafnræðis- og gagnsæiskvöð á markaði 7. Samningar sem heilðsala Símans gerði við fjarskiptafyrirtæki sem óskuðu eftir aðgangi að farsímaneti félagsins

vörðuðu ekki markað fyrir lúkningu. Lúkningarmarkaður varðaði eingöngu símtöl sem bærust fjarskiptaneti Símans úr öðrum fjarskiptanetum. Jafnræðiskvöð væri því uppfyllt með því að öll fjarskiptanet sem hringdu í farsímanet Símans greiddu sama opinbera lúkningarverðið. Kvaðir um aðgang að farsímaneti félagsins á heildsölustigi til að selja farsímaþjónustu á smásölustigi mætti rekja til kvaða í ákvörðun PFS á markaði 15. Síminn teldi að jafnræðiskvöð á þeim markaði væri uppfyllt þar sem þau fyrirtæki sem hefðu gert samning um aðgang að farsímaneti Símans byggju við sömu kjör. Nánar tiltekið væri um það að ræða að fyrir lægi að ákvarða lúkningarverð PFS á fjarskiptamarkaði 7 væri hærra en kostnaðarreiknað lúkningarverð Símans sem skilað hefði verið til PFS og yfirfarið af stofnuninni. Í samningum Símans hefði verið samið um það að á meðan það ástand varaði skyldi smásali á farsímaneti Símans fá þann hluta af lúkningarverðinu sem væri yfir hinu kostnaðarreiknaða verði. Teldi Síminn sig því í einu og öllu hafa farið að þeim kvöðum sem PFS hefði lagt á félagið á framangreindum mörkuðum.

2.5 Ábending Nova varðandi lúkningu símtala hjá IMC og Tali, dags. 16. september 2010

Með bréfi Nova til PFS, dags. 16. september 2010, kom félagið á framfæri ábendingum um hegðun á markaði 7 sem félagið teldi stangast á við ákvörðun PFS nr. 18/2010 á markaði 7. Bent var á að IMC og hugsanlega Tal virtust selja Símanum lúkningu á mun lægra verði en Nova. Í framhaldi af ofangreindri ákvörðun PFS væri það skilningur Nova að IMC hlyti að selja öllum markaðsaðilum lúkningu gegn sama verði. Kunnugt væri að IMC hefði gert heildsölusamning um aðgang að GSM dreifikerfi Símans. Nova gæti hins vegar ekki fallist á að fyrir því væru nokkur rök að IMC gæti í krafti þess samnings veitt Símanum afslátt af lúkningarverði. Þá virtist smásöluverðskrá Símans gefa til kynna að Síminn hefði ekki hærra kostnað af lúkningu til Tals en til Vodafone. Hugsanlega væri það þó vegna þess að tilflutningur símaumferðar til Símans og Tals væri ekki hafinn og áhrifin af kynntu heildsöluverði Tals því ekki komin fram. Því mætti velta fyrir sér hvort heildsölusamningar sem Síminn hefði gert við IMC og Tal hefðu áhrif á afstöðu Símans til þessara fyrirtækja og þeirra kjara sem Síminn nyti á móti af hendi þeirra. Full ástæða væri fyrir PFS að kanna þetta atriði til fullnustu. Nova teldi því ýmis merki á lofti um að aðilar á markaði 7 færu ekki að tilmælum PFS um viðkomandi markað.

2.6 Bréf Nova til PFS, dags. 16. desember 2010

Með bréfi Nova til PFS, dags. 16. desember 2010, kom fram að félagið hefði þrífaldlega reynt að koma þeirri skoðun sinni á framfæri að Tal bæri að gera beinan samtengissamning við Nova og tengja fjarskiptakerfi félaganna saman áður en innheimta lúkningargjalds gæti hafist. Þannig væri samtengissamningur og samtenging grundvallarforsenda þess að Tal gæti innheimt lúkningargjöld af Nova. Forsvarsmenn Tals hefðu hins vegar ekki tekið undir þessi sjónarmið. Tal hefði hins vegar boðist til þess að svara fljótlega drögum Nova að samtengissamningi félaganna.

2.7 Bréf Tals til PFS, dags. 5. janúar 2011

Með bréfi Tals til PFS, dags. 5. janúar 2011, bárust PFS viðbrögð félagsins við ofangreindu bréfi Nova og var athugasemdum Nova hafnað. Ekki væri hægt að gera þá kröfu að fjarskiptafyrirtæki semdi beint um samtengingu fyrr en það væri tæknilega fært til þess. Tal hefði í hyggju að gera samtengissamning við Nova á fyrsta ársfjórðungi 2011 en þá yrði félagið

tæknilega fært til þess að bjóða upp á beina samtengingu. Ekki væri hægt að banna fjarskiptafyrirtæki að innheimta lúkningargjöld þrátt fyrir að geta ekki boðið upp á beina samtengingu. Myndi slíkt stríða gegn markmiðum markaðsgreininga og uppbyggingu samkeppni á farsímamarkaði. Fjarskiptafyrirtækjum yrði að vera heimilt að innheimta lúkningargjöld til að geta byggt upp farsímanet. Tilgangslaust væri að skipta aðgangi að farsímaneti Símans í nokkur form ef ekki væri gert ráð fyrir að einhver munur væri á umræddum aðgangsformum. Gert væri ráð fyrir því að sýndarnetsfyrirtæki gætu samið um samtengingu og reiki. Ennfremur hefði PFS í ákvörðun sinni nr. 18/2010 á markaði 7 gert ráð fyrir að farsímanet væru ekki öll tengd beint saman. Að auki byði viðmiðunartilboð Símans um samtengingu talsímaneta, sem samþykkt hefði verið af hálfu PFS, upp á þjónustu við að tengja saman viðskiptavinum tveggja viðsejnda Símans sem ekki væru tengdir beint.

2.8 Bréf PFS til Nova, dags. 20. janúar 2011

Með bréfi PFS til Nova, dags. 20. janúar 2011, svaraði stofnunin framangreindum erindum félagsins. Fram kom að jafnræðiskvöð hefði verið lögð á Símann, Vodafone, Mílu og IMC með ákvörðun nr. 18/2010. Félögunum væri því óheimilt að mismuna fjarskiptafyrirtækjum varðandi skilmála og verð. Ofangreind ákvörðun hefði ekki náð til Tals sem ekki hefði verið orðinn sýndarnetsrekandi á þeim tíma er ákvörðunin var tekin. Því hvíldu ekki kvaðir á félaginu á viðkomandi markaði. Hins vegar væri í 24. gr. fjarskiptalaga kveðið á um almennan rétt og almenna skyldu fjarskiptafyrirtækja til samtengingar. Það ákvæði gildi því um Tal eins og önnur fjarskiptafyrirtæki. Vinna stæði yfir af hálfu Tals við að undirbúa kerfi félagsins til að geta orðið við beiðni Nova um beina samtengingu. Eðlilegt væri að ný fyrirtæki á markaði 7 fengju hæfilegan aðlögunartíma til að verða við slíkum beiðnum. Að lokum kom fram að PFS hefði á undanförunum mánuðum undirbúið nýja markaðsgreiningu á umræddum markaði og hefði stofnunin í hyggju að útnefna Tal sem fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk á viðkomandi markaði og leggja viðeigandi kvaðir á félagið.¹

2.9 Kvörtun Vodafone gagnvart Símanum, dags. 2. febrúar 2011

Með bréfi, dags. 2. febrúar 2011, barst PFS kvörtun Vodafone gagnvart Símanum. Var þess farið á leit að PFS rannsakaði hvort Síminn hefði gerst brotlegur gegn kvöðum þeim sem lagðar voru á félagið í ákvörðun PFS nr. 18/2010 vegna lúkningargjalda sem Síminn hefði hafið innheimtu á vegna lúkningu símtala hjá viðskiptavinum Tals. Fram kom að í umræddri ákvörðun hefðu m.a. verið lagðar á Símann kvaðir um aðgang, jafnræði og eftirlit með gjaldskrá. Hinn 24. ágúst s.á. hefði Vodafone borist bréf frá Símanum þar sem tilkynnt hefði verið um að gerður hefði verið samningur milli Símans og Tals. Umræddur samningur fæli m.a. í sér að Síminn annaðist umflutning samtengiumferðar frá öðrum fjarskiptafyrirtækjum til farsímastöðvar Tals. Vodafone hefði gert athugasemdir við Tal og Símann vegna þessarar tilhögunar, ásamt því að óska eftir því við Tal að formlegum samtengisamningi yrði komið á milli Vodafone og Tals án milligöngu Símans. Hefði samtengisamningur nú verið undirritaður en ekki komið til framkvæmda.

¹ Með ákvörðun PFS nr. 3/2012, frá 13. janúar s.l., útnefndi stofnunin Tal með umtalsverðan markaðsstyrk á markaði 7 og lagði viðeigandi kvaðir á félagið.

Í ákvörðuninni hefði PFS skilgreint lúkningu þannig að um væri að ræða tengingu hvers farsímanets við önnur net um svokallaða samtengingu þar sem tæknileg samtengiskil væru með ákveðnum skilgreindum hætti. Farsímafyrirtæki gerðu samninga sín á milli um slíka samtengingu þar sem kveðið væri á um hvaða gjöld fyrirtæki tækju fyrir að móttaka símtal inn í kerfi sín og kalla upp notanda í eigin netum til lúkningar símtalsins. Að mati Vodafone leiddi af framangreindu að forsenda innheimtu lúkningargjalda væri sú að um eiginlega samtengingu neta væri að ræða. Það leiddi af framangreindu skilyrði um að hvert farsímanet teldist sérstakur markaður að viðkomandi farsímafyrirtæki sem ræki netið nyti einokunaraðstöðu. Í því ljósi hefði PFS ákveðið að leggja kvöð um eftirlit með gjaldskrá á alla netrekendur enda væri ella hætta á yfirverðlagningu lúkningar. Í þeirri kvöð fælist að hámarksverð fyrir lúkningu væri ákveðið af PFS. Í kvöð um jafnræði fælist að fjarskiptafyrirtæki skyldu gæta jafnræðis við verðlagningu lúkningar símtala úr öðrum fjarskiptanetum.

Að mati Vodafone væri ljóst að Tal starfaði á grundvelli endursöluaðgangs að netum Símans og gæti því ekki talist vera eiginlegur sýndarnetsrekandi. Sýndarnetsrekandi gæti að tilteknum skilyrðum uppfylltum gengið til sjálfstæðra samninga um samtengingu og innheimt lúkningargjöld. Þannig yrði sýndarnetsrekandi að ráða yfir eigin kjarnabúnaði, símsstöð og viðeigandi stöðkerfum ásamt því að hafa fengið úthlutað eigin netkóða (MNC). Endursöluaðili sem réði ekki yfir slíkum búnaði semdi hins vegar ekki sjálfstætt um lúkningargjöld heldur tækju þau mið af samningum netrekanda um samtengingu og reiki. Að mati Vodafone réði Tal ekki yfir nauðsynlegum kerfum sýndarnetsrekanda. Því væri þess farið á leit að stofnunin rannsakaði hvort framangreind innheimta lúkningargjalda vegna viðskiptavina Tals bryti í bága við framangreinda ákvörðun PFS.

2.10 Bréf Nova til PFS, dags. 7. febrúar 2011

Með bréfi Nova til PFS, dags. 7. febrúar 2011, kom fram að athugasemdir Nova beindust að því hvort eðlilegt gæti talist að fjarskiptafyrirtæki sem ekki virtist fært um að tengjast öðrum fjarskiptafyrirtækjum með beinum hætti gæti innheimt lúkningargjöld. Umrædd kerfistilhögun Tals gæti vart flokkast undir skilgreiningu á sýndarnetsaðila og það skyti skökku við ef aðili sem í raun væri á undirbúningsstigi eða lágu sýndarnetsstigi gæti hafið innheimtu lúkningargjalda eins og hver annar netrekandi með fullbúin tæknikerfi. Hvað sem þessu sjónarmiði liði væri Nova sammála afstöðu PFS um að framkvæmd markaðsgreiningar sem tæki til Tals sem þátttakanda á markaði 7 færi nú fram. Nova teldi einsýnt að ljúka yrði við nýja markaðsgreiningu markaðar 7 til að tryggja að allir markaðsaðilar byggju við sanngjarnar aðstæður.

2.11 Bréf PFS til Símans, dags. 15. febrúar 2011

Með bréfi til Símans, dags. 15. febrúar 2011, óskaði PFS eftir því að félagið svaraði því hvort sýndarnetssamningur Símans og Tals, m.a. varðandi innankerfissímtöl, samræmdist viðmiðunartilboði félagsins um sýndarnetsaðgang sem PFS hefði samþykkt í nóvember 2009, m.a. að því er varðaði skilgreiningu á innannetssímtölum.

2.12 Bréf Tals til PFS, dags. 1. mars 2011

Í bréfi Tals til PFS, dags. 1. mars. 2011, vísaði félagið kvörtunum Vodafone og Nova um að Tal gæti ekki talist sýndarnetsaðili alfarið á bug. Fullyrðing Vodafone um að Tal réði ekki yfir nauðsynlegum kerfum sýndarnetsrekanda kæmi á óvart þar sem Vodafone hefði einnig gert sýndarnetssamning við Tal. Ekki væri til einhver ein skilgreining á því hvað væri sýndarnetsfyrirtæki og yfir hvaða tækni kerfum og búnaði slíkt fyrirtæki þyrfti að ráða. Tal minnti á umfjöllun á bls. 16 í ákvörðun PFS um markað 15 frá 5. febrúar 2007. Þar sagði:

„Upphaf símtala með aðgangi – veitir sýndarnetsfyrirtækjum (MVNO) möguleika á að bjóða farsímaþjónustu í smásölu. Sýndarnetsaðgangur getur skipst í nokkur stig sem miðast við það hversu mikill aðgangur að innviðum fjarskiptanetsins er veittur til heildsölu. Þannig má kalla efsta stigið „Hreint sýndarnet“ (Pure MVNO) og yrði tæknileg útfærsla þess að verulegu leyti svipuð eða hin sama og er fyrir reiki innanlands, nema að sýndarnetsaðilinn rekur alls ekkert dreifikerfi. Slíkur sýndarnetsaðili getur samið sjálfur um reiki og samtengingu. Önnur stig sýndarnets eru svo þau að þjónustuaðilinn rekur eigin þjónustukerfi sem veita honum aukna möguleika til að auðkenna þjónustu sína betur frá „móðurveitunni“, svo sem eigið gjaldtökukerfi og jafnvel eigin talhólf, SMS/MMS og ýmis sérþjónustukerfi til aukinnar aðgreiningar. Slíkur þjónustuaðili semur ekki um reiki en getur í sumum tilvikum samið um samtengingu.“

Því væru til mörg form sýndarnetsaðgangs og jafnvel þó að sýndarnetsaðilinn ræki engin dreifikerfi þá væri gert ráð fyrir því að hann gæti samið sjálfur um reiki og samtengingu. Að mati Tals væri enginn vafi á því að félagið væri orðið sýndarnetsaðili og hefði því ótvíræðar heimildir til að innheimta lúkningargjöld. Þá minnti Tal á að PFS hefði yfirfarið og samþykkt viðmiðunartilboð Símans um sýndarnetsaðgang sem samningur Tals og Símans byggði á. Það myndi skjóta skökku við ef þetta viðmiðunartilboð Símans veitti viðsemjanda ekki þá stöðu að vera sýndarnetsaðili.

2.13 Fyrsta andmælabréf Símans, dags. 7. mars 2011

Með bréfi Símans til PFS, dags. 7. mars 2011, bárust athugasemdir félagsins við framangreindum kvörtunum Nova og Vodafone. Fullyrðingum þess efnis að Tal væri aðeins endursöluaðili var alfarið hafnað þar sem Tal og Síminn hefðu gert með sér sýndarnetssamning. Miðað væri við að sýndarnetsrekandi gæti gengið til sjálfstæðra samninga um samtengingu og innheimt lúkningargjöld ef hann hefði yfir eigin kjarnabúnaði (símstöð) og viðeigandi stoðkerfum að ráða, auk þess að hafa fengið úthlutað eigin netkóða. Með kaupsamningi, dags. 8. janúar 2010, hefði Tal fest kaup á kjarnasímstöð af Símanum. Þá hefði Tal yfir að ráða viðeigandi stoðkerfum og annaðist m.a. reikningagerð sína sjálft, auk þess að hafa fengið úthlutaðum eigin netkóða hjá PFS. Því uppfyllti Tal með sanni þau skilyrði sem Vodafone og erlendir eftirlitsaðilar hefðu miðað við að sýndarnetsrekendur skyldu uppfylla. Eins og greindi í kvörtun Vodafone annaðist Síminn innheimtu lúkningargjalds fyrir Tal samkvæmt sérstakri gjaldskrá Tals. Væri kostnaðargreining á lúkningarverðum Símans því málinu óviðkomandi enda Tal ekki endursöluaðili Símans.

Fullyrðingum þess efnis að Síminn uppfyllti ekki þá jafnræðiskvöð sem lögð hefði verið á félagið með ákvörðun PFS nr. 18/2010 á markaði 7 væri hafnað með öllu. Í ákvörðun PFS segði m.a. að kvöð væri lögð á fyrirtækin um að gæta jafnræðis vegna lúkningar símtala í GSM og/eða UMTS farsímanet félaganna úr öðrum farsímanetum og fastanetum. Af hálfu Símans hefði verið gefið út viðmiðunartilboð um sýndarnetsaðgang þann 1. janúar 2010. Síminn og Tal

hefðu ritað undir samning á grundvelli þess þann 8. janúar s.á. og afrit samningsins verið sent PFS í kjölfarið. Í ljósi þess að Tal væri sýndarnetsrekandi ættu sömu sjónarmið ekki við um gjaldfærslu vegna símtala endursöluaðila og símtala sýndarnetsrekenda. Þar sem Tal og Síminn hefðu ritað undir samning á grundvelli ofangreinds viðmiðunartilboðs um sýndarnetsaðgang færi því um réttindi og skyldur þeirra sem greindi í honum. Í ljósi nefndrar jafnræðiskvaðar væri öllum þeim sem þess óskuðu og uppfylltu skilyrði til þess frjálst að ganga að sams konar samningi. Því til staðfestingar mætti benda á að þann 26. nóvember 2009 hefði Síminn og IMC ritað undir hliðstæðan samning. Hefði sá samningur einnig verið sendur PFS í kjölfar undirritunar. Því væri rangt að Síminn uppfyllti ekki nefnda jafnræðiskvöð.

Fullyrðingum Nova um að Tal væri ekki sýndarnetsaðili þar sem félagið hefði aðeins tengingu til Símann og að grundvallarforsenda fyrir innheimtu lúkningargjalda væri að beintengingar væru til staðar milli allra fjarskiptafélaga væri hafnað. Hvergi væri slíkt gert að skilyrði, hvorki í lögum, reglum né ákvörðunum PFS. Þvert á móti hefði PFS tekið ákvörðun um að sú skylda, að gefa viðsejendum kost á að tengjast netum þeirra með beinum hætti, skyldi aðeins hvíla á Símanum og Vodafone, sbr. ákvörðun PFS nr. 18/2010. Sams konar skylda gæti því ekki verið gerð að skilyrði fyrir töku lúkningargjalda annarra en þeirra. Þá hvíldi sú kvöð á Símanum að bjóða upp á samtengingu á markaði 10. Ef til þess væri í raun ætlast af öllum fjarskiptafélögum að þau hefðu sjálf tengingu við önnur fjarskiptafélag væri umrædd kvöð á Símann vitaskuld óþörf.

Í erindi PFS hefði þess verið farið á leit að Síminn upplýsti um það hvort sýndarnetsamningur félagsins við Tal samrýmdist viðmiðunartilboði Símans um sýndarnetsaðgang sem PFS hefði samþykkt. Upplýst skyldi að tiltekinn munur væri á þessu tvennu. Í sýndarnetsamningnum væri við það miðað að gjaldfærsla vegna símtala milli félaganna færi fram með sama hætti og um innankerfissímtal væri að ræða. Hefði umrædd breyting verið gerð að kröfu Tals og væri því félagi til hagsbóta. Hugsun beggja aðila að baki umræddri breytingu hefði verið sú að innankerfissímtal teldist vera hvert það símtal sem ætti sér upphaf og endi innan sama farsímakerfis, þ.e. farsímakerfis Símans. Hefði Síminn litið svo á að hann bryti ella gegn jafnræðiskvöð sem PFS hefði lagt á félagið, en Tal hefði annars búið við lakari kjör en smásala Símans án þess að hlutlægar ástæður réttlættu þann mun. Sami háttur hefði verið hafður á við samningagerð við IMC. Öllum aðilum á fjarskiptamarkaði stæði til boða að gera sams konar samkomulag við Símann.

2.14 Bréf PFS til Símans varðandi uppfærslu viðmiðunartilboðs Símans fyrir sýndarnetsaðgang, dags. 10. mars 2011

Með bréfi PFS til Símans, dags. 10. mars 2011,² kom m.a. fram að PFS hefði borist framangreint svar Símans þar sem m.a. hefði verið fjallað um efni viðmiðunartilboðs um sýndarnetsaðgang. Þar hefði komið fram að Síminn hefði í samningum við Tal og IMC vikið frá ýmsum ákvæðum gildandi viðmiðunartilboðs um sýndarnetsaðgang. Jafnframt hefði PFS orðið þess áskynja að viðmiðunartilboð um endursölu- og sýndarnetsaðgang hefðu verið fjarlægð af heimasíðu félagsins, en á fyrirtækinu hvíldi sú skylda að birta umrædd gögn opinberlega. Óskað væri skýringa á þessu.

² Sbr. mál nr. 10-11-54 um uppfærslu viðmiðunartilboðs Símans fyrir endursölu- og sýndarnetsaðgang.

Þá benti PFS Símanum á skilmála 1.4 í viðmiðunartilboðinu eins og honum hefði verið breytt með ákvörðun PFS nr. 20/2009³ á þá leið að á Símanum hvíldi tilkynningarskylda um breytingar á skilmálum viðmiðunartilboðsins. Liti stofnunin svo á að henni hefði ekki verið tilkynnt um neinar breytingar á ákvæðum viðmiðunartilboðsins, en skv. 2. mgr. 29. gr. fjarskiptalaga hefði stofnunin heimild til að mæla fyrir um breytingar á efni viðmiðunartilboðs teldi hún það ekki vera í samræmi við ákvæði fjarskiptalaga og þeirra kvaða sem lagðar hefðu verið á fyrirtæki með ákvörðun PFS.

2.15 Samtengisamningur Nova og Tals, dags. 11. mars 2011

Þann 11. mars 2011 undirrituðu Nova og Tal samning um samtengingu fjarskiptaneta félaganna. Markmið samningsins var sagt að samtengja fjarskiptakerfi félaganna og koma þannig á beinum flutningi fjarskiptaumferðar milli fjarskiptakerfanna.

2.16 Bréf Nova til PFS, dags. 14. mars 2011

Með bréfi Nova til PFS, dags. 14. mars 2011, bárust stofnuninni athugasemdir félagsins við framangreind andmælabréf Tals og Símans. Nova gerði ekki athugasemd á þessu stigi málsins við þá fullyrðingu Tals að félagið væri orðið fullgildur sýndarnetsaðili.

2.17 Innanlandssamráð PFS vegna markaðsgreiningar á markaði 7, dags. 18. mars 2011

Þann 18. mars 2011 efndi PFS til innanlandssamráðs um frumdrög markaðsgreiningar á heildsölumarkaði fyrir lúkningu símtala í einstökum farsímanetum (markaður 7). Tilefni greiningar á umræddum markaði svo skömmu eftir ákvörðun PFS nr. 18/2010 var fyrst og fremst innkoma Tals á viðkomandi markað í lok ágúst 2010. Fram kom að PFS hefði í hyggju að útnefna Tal með umtalsverðan markaðsstyrk á viðkomandi markaði og leggja viðeigandi kvaðir á félagið, þ.á.m. kvöð um eftirlit með gjaldskrá. Hafði PFS í hyggju að kveða á um lækun lúkningarverða Tals í skrefum fram til 1. janúar 2013 þegar lúkningarverð allra fyrirtækja á viðkomandi markaði skyldu orðin jöfn.

2.18 Bréf Vodafone til PFS, dags. 22. mars 2011

Með bréfi Vodafone til PFS, dags. 22. mars 2011, tjáði félagið sig um framangreind andmælabréf Tals og Símans. Ítrekað var að Síminn hefði gerst brotlegur við jafnræðiskvöð þá sem lögð hefði verið á félagið með ákvörðun PFS nr. 18/2010. Sérstaklega væri vísað til þess kafla í andmælum Símans þar sem fjallað er um innankerfissímtölin. Þá væri það mat Vodafone að einnig væri um að ræða brot á kvöð um gagnsæi, sérstaklega í ljósi þess að Síminn virtist hafa hætt birtingu viðmiðunartilboða um endursölu- og sýndarnetsaðgang.

2.19 Annað andmælabréf Símans, dags. 12. apríl 2011

Með bréfi, dags. 12. apríl 2011, bárust PFS andmæli Símans öðru sinni. Fram kom að á undanförunum árum hefði Síminn lagt áherslu á að auka heildsöluviðskipti í farsímakerfi félagsins. Sá samningsrammi sem mótast hefði í þeim viðskiptum hefði orðið til undir lok árs 2009 þegar Síminn átti í samningaviðræðum við IMC og Tal. Þar skipti mestu hvernig skilið

³ Sjá kafla 5.4.3 í umræddri ákvörðun.

væri á milli símtala sem færu á milli sjálfstæðra farsímadreifikerfa sem hefðu lúkningu (M7) og símtala sem væru innan sama farsímadreifikerfis, þ.e. innankerfissímtöl (M15). Síminn hefði sent samning félagsins við IMC til PFS þann 4. desember 2009. Samningur við Tal hefði verið undirritaður í byrjun árs 2010 og hefði einnig verið sendur PFS. PFS hefði sérstaklega gengið eftir því að fá samning Símans við IMC afhentan. Síminn hefði þá haft réttmætar væntingar til að ætla að samningurinn yrði þá þegar yfirfarinn af PFS og félaginu gert viðvart ef stofnunin teldi hann ekki samræmast lögum eða ákvörðunum sem stofnunin hefði tekið. Það hefði hins vegar ekki verið gert og hefði Síminn talið að PFS gerði ekki athugasemdir við viðskiptakjör í samningum félagsins um heildsöluaðgang.

PFS hefði nú hafið rannsókn á því hvort svo kynni að vera að þeir samningar sem gerðir hefðu verið um heildsöluaðgang í farsímadreifikerfi Símans fælu í sér mismunun í lúkningargjöldum gagnvart félögum sem ekki væru með slíkan samning. Síminn teldi afar bagalegt að sjónarmið PFS kæmu svo seint fram sem raun bæri vitni í stað þess að stofnunin hefði tjáð sig um það í kjölfar þess að hún fékk umrædda samninga afhenta.

Síminn hafnaði því að hafa brotið gegn jafnræðiskvöð á mörkuðum 7 og 15. Jafnræðiskvöðin í hvoru tilviki fyrir sig væri uppfyllt með því að fjarskiptafyrirtæki sem eins væri ástatt um fengju sömu skilmála og verð. Það væri grundvallaratriði að um lúkningu væri fjallað á markaði 7 en um viðskiptakjör við viðsemjendur Símans varðandi innanlandsreiki, sýndarnetsaðgang og endursöluaðgang á markaði 15. Lúkning, sem um væri samið í sérstökum samtengisamningi, væri það verð sem fjarskiptafyrirtæki sem rækju fjarskiptanet greiddu hvort öðru fyrir samtengingu þegar símtal færi á milli tveggja sjálfstæðra fjarskiptakerfa. PFS hefði það tilvik til skoðunar hvort líta ætti á það sem afslátt af lúkningu, og þar með brot á jafnræðiskvöð á markaði 7, þegar Síminn veitti aðilum sem gert hefðu samning við félagið um innanlandsreiki, sýndarnetsaðgang eða endursöluaðgang hlutdeild í lúkningartekjum. Síminn gæti upplýst um það að ekkert fjarskiptafyrirtæki sem samið hefði um aðgang að farsímadreifikerfi Símans fengi afslátt af lúkningarverðum eins og þau hefðu verið ákveðin á markaði 7. Þau lúkningarverð sem nú væru í gildi væru í samræmi við ákvörðun PFS nr. 18/2010.

Heildsöluaðgangur að farsímanetum væri eins og að ofan greindi hins vegar annar og aðgreindur markaður, þ.e. markaður 15. Sá grundvallarmunur væri á mörkuðum 7 og 15 að samtenging væri nauðsynleg ætlaði fyrirtæki sér að starfa á lúkningarmarkaði en samningur um aðgang væri valkvæð ráðstöfun viðsemjenda Símans. Á Símanum hvíldu hins vegar kvaðir um að ganga til samninga við fjarskiptafyrirtæki sem slíks aðgangs óskuðu. Um heildsöluaðgang að farsímadreifikerfi Símans væri samið í sérstökum samningi ótengdum samningi um samtengingu. Væri þá mögulegt að semja um innanlandsreiki, sýndarnetsaðgang og endursöluaðgang. Síminn hefði á undanförunum misserum lagt áherslu á að fá fleiri smásala inn á net sín í heildsöluviðskipti og ætti þar í samkeppni við önnur farsímafyrirtæki sem hefðu byggt upp farsímanet.

Síminn hefði á undanförunum árum átt í viðræðum við öll farsímafyrirtækin, utan Vodafone, um heildsöluaðgang að farsímadreifikerfi Símans. Samningar hefðu náðst bæði við Tal og IMC. Í samningum við félögin og í lýsingu Símans á efni þeirra hefði verið sagt frá því að samið hefði verið um hlutdeild félaganna í lúkningu. Hefði PFS af þeim sökum til skoðunar hvort svo kunni

að vera að Síminn hefði brotið gegn jafnræðiskvöð á markaði 7. Snéri rannsóknin þá væntanlega að því hvort Nova og Vodafone greiddu hærra verð en Tal og IMC fyrir sömu þjónustu. Sú þjónusta sem um ræddi væri alls ekki sú sama. Að vissu leyti mætti því segja að orðnotkunin hlutdeild í lúkningu væri óheppileg þegar um væri að ræða innankerfissímtal vegna sammings um heildsöluaðgang að farsímadreifikerfi, enda væri það skilgreiningaratriði lúkningar að um væri að ræða símtal á milli tveggja sjálfstæðra farsímadreifikerfa. Í þeim tilvikum hefðu viðsemjendur Símans þegar tekið lúkningu þegar símtal bærst frá öðru fjarskiptaneti og lúkning hefði farið fram í neti viðsemjenda Símans, hvort sem um væri að ræða sýndarnetsaðgang eða innanlandsreiki. Hins vegar tæki Síminn gjald af viðsemjendum fyrir að taka við símtalinu eftir að lúkning hefði átt sér stað og símtalið hefði farið í gegnum símstöð og þar til það endaði innan dreifikerfis Símans hjá viðskiptavini farsímafélags með innanlandsreiki eða sýndarnetsaðgang.

Þegar um væri að ræða endursöluaðgang væri hins vegar rétt að tala um hlutdeild í lúkningu. Í því tilviki væri um það að ræða að Síminn veitti endursala hlutdeild í lúkningartekjum vegna símtala í viðskiptavini endursalans. Hlutdeild í lúkningu væri veitt fyrir það sem væri umfram kostnaðargreint verð Símans fyrir lúkningu. Þegar ákvarðað lúkningarverð PFS yrði jafnt eða lægra en hið kostnaðargreinda verð yrði hlutdeildin ekki greidd. Brot á jafnræði kæmi ekki til greina í þessu sambandi þar sem endursali lyki aldrei símtali í farsímaneti Símans og greiddi því aldrei fyrir lúkningu. Á hinn bóginn greiddu önnur fjarskiptanet alltaf fyrir lúkningu þegar viðskiptavinir þeirra hringdu í farsímanet Símans. Síminn teldi eðlilegt, á meðan að lúkningarverð væri hærri en kostnaður við lúkningu símtala, að sá sem aflaði viðskiptanna á smásölustigi nyti þessa, í stað þess að öll framlegðin sæti eftir á heildsölustigi Símans.

Síminn telur ekki ágreining um að símtal milli viðskiptavina endursöluaðila á sama farsímaneti séu skilgreind sem innankerfissímtöl. Síminn telur einnig að símtöl á milli notenda innan sama farsímadreifikerfis séu alltaf innankerfissímtöl óháð því hvort um er að ræða sýndarnetsaðila eða endursala. Í þeim samningum sem Síminn hefði gert um heildsöluaðgang að farsímadreifikerfi félagsins hefðu símtöl sem væru innan farsímadreifikerfis Símans verið skilgreind sem innankerfissímtöl. PFS hefði verið kunnugt um það allt frá því Síminn sendi stofnuninni samninginn við IMC í byrjun desember 2009. Að þessu leyti hefði Síminn því komið eins fram gagnvart öllum fjarskiptafyrirtækjum sem samið hefðu um eða skoðað hefðu möguleikann á því að nota kerfi Símans til að veita þjónustu. Teldi Síminn að með þessu hefði jafnræðis á markaði 15 verið gætt. Röksemdin fyrir þessu byggði á þeirri hlutlægu ástæðu að símtalið væri ávallt innan sama farsímadreifikerfis og færi því aldrei á milli tveggja kerfa eins og þegar um lúkningu væri að ræða. Til að um lúkningu gæti verið að ræða væri skilgreiningaratriði að símtal væri á milli tveggja sjálfstæðra farsímadreifikerfa. Eftirfarandi skýringarmynd sýndi innankerfissímtal í kerfum Símans. Myndin sýndi farsímadreifikerfi Símans[...]⁴.

Á myndum A og B mætti sjá samanburð á símtölum á milli notenda í farsímakerfum Símans. Á mynd A væri dæmigert innankerfissímtal (rauðar/svartar línur). Notandi hjá Tali hringdi í notanda hjá Tali. Ljóst væri að um innankerfissímtal væri að ræða. Á mynd B hringdi notandi Tals (MVNO) í notanda Símans (SP). Þá mætti setja eftirfarandi fullyrðingar fram: 1) *Símtal á mynd B væri innan sama farsímadreifikerfis og símtal á mynd A* og 2) *kostnaður vegna símtals*

⁴ Fellst brott vegna trúnaðar. Það sama á við um hornklofa í framhaldinu.

á mynd B væri sá sami og á mynd A. Með hliðsjón af ofangreindum atriðum teldi Síminn rétt að skilgreina símtal B sem innankerfissímtal og innheimta sömu gjöld og fyrir símtal A. Þar sem innankerfissímtöl tilheyrðu ekki fjarskiptamarkaði 7 gæti ekki verið um lúkningu að ræða. Gerði Síminn greinarmun á verðlagningu á þessum símtölum væri Síminn að mismuna sýndarnetsaðilum og endursöluaðilum í farsímaneti félagsins. Hlutlægar forsendur stæðu því til þess að skilgreina símtöl A og B með sama hætti.

Gæti PFS ekki fallist á framangreinda skilgreiningu Símans á innankerfissímtölum, væri óskað eftir rökstuddri skilgreiningu PFS á því hvernig skilgreina bæri símtölin og hvernig verðlagningu þeirra skyldi háttáð. Ákvæði PFS að rétt væri að skilgreina símtal á milli sýndarnetsaðila og endursöluaðila á sama farsímadreifikerfi sem símtal á milli kerfa teldi Síminn hætt við að ekki yrði rekstrargrundvöllur fyrir sýndarnetsaðila eftir að jöfnun lúkningarverða hefði náð fram að ganga. Mun hagstæðara væri þá fyrir sýndarnetsaðila að gerast endursöluaðili. Þannig gæfist honum tækifæri á að lækka rekstrarkostnað sinn umtalsert þar sem símtal frá sýndarnetsaðila í endursala tæki á sig upphaf og lúkningu og væri því mun dýrara en innankerfissímtal endursala í endursala í neti Símans. Endursöluaðili væri ekki með eigin sírstöð (MSC) eða samtengingu og félli því ævinlega innan flokks innankerfissímtala þegar hringt væri á milli tveggja endursala í farsímakerfi Símans. Nauðsynlegt væri því fyrir PFS að hafa í huga hvort ákvarðanir stofnunarinnar myndu draga úr samkeppni á markaði þar sem rekstur sýndarnetsaðila myndi líklega ekki verða fýsilegur að gefnum framangreindum forsendum.

Með núverandi fyrirkomulagi innankerfissímtala í samningum Símans við Tal og IMC nýtti sýndarnetsaðili sér stærðarhagkvæmni sem fælist í því að tengjast farsímaneti Símans. Síminn væri með því að stuðla að frekari þjónustusamkeppni á farsímakerfi sínu og auðvelda nýjum aðilum að hefja farsímaþjónustu á farsímakerfi félagsins. Með þessu teldi Síminn sig vera að koma til móts við markmið ákvörðunar PFS nr. 4/2007 (M15) um að auka þjónustusamkeppni á núverandi fjarskiptakerfum. Heildsöluáherslur Símans hefðu einnig verið ákveðnar með það fyrir augum að koma til móts við áherslur Samkeppniseftirlitsins um opnun markaða, sbr. skýrslu þeirrar stofnunar nr. 2/2008. Ákvæði PFS að skilgreina símtöl á milli sýndarnetsaðila og endursöluaðila sem símtöl á milli kerfa með tilheyrandi lúkningu væri ljóst að möguleikar sýndarnetsaðila til að ná fótfestu á markaðinum kynnu að verða verulega skertir. Hvert símtal sem færi um skilgreindan samtengipunkt ætti sér eitt upphaf og eina lúkningu. Símtalið ætti t.d. upphaf sitt í farsímaneti Vodafone og væri lokið í sýndarneti Tals. Tal greiddi Símanum fyrir flutning á símtalinu. Þetta væri sýnt á neðangreindri skýringarmynd.

[...]

[...]. Þessi sýndarnetsumferð væri sambærileg við innankerfissímtal og gæti því ekki talist lúkning á markaði 7. Um væri að ræða símtal sem félli undir fyrirkomulag símtals sem ákvarðað væri á markaði 15. Hafa yrði hugfast að lúkning gæti einungis átt sér stað einu sinni samkvæmt markaði 7, þ.e. þegar samtenging yrði við annað farsímadreifikerfi. Ekki væri mögulegt að sama símtal bæri tvær lúkningar. Tal væri því ekki að kaupa skilgreinda lúkningu samkvæmt markaði 7 af Símanum og væri því ekki að fá lúkningu á betri kjörum en aðrir. Það væri því engin mismunun til staðar. Aldrei gæti verið um brot á jafnræðiskvöð að ræða í tilviki endursöluaðila þar sem endursöluaðilar greiddu aldrei lúkningu til Símans líkt og þriðji aðili.

Síminn greiddi þeim sýndarnetsaðilum og endursölum sem greiddu árgjald fyrir aðgang að farsímaneti Símans hlutdeild í tekjum sem til yrðu vegna viðskiptavina þeirra. Ef þessir notendur væru ekki á farsímakerfi Símans hefði félagið engar tekjur af upphafi, innankerfismínútum eða lúkningu vegna þeirra. Síminn væri að deila framlegð með þeim sem væru notendur á farsímakerfi félagsins fyrir lúkningu sem félli undir fjarskiptamarkað 7 og fyrir upphaf og endi símtals sem félli undir fjarskiptamarkað 15. Því væri ekki um mismunun að ræða gagnvart þeim sem nýttu ekki farsímakerfi Símans á sama hátt. Síminn gætti því jafnræðis gagnvart þessum aðilum. Sú aðferð að láta það félag sem byggir til umferð í farsímadreifikerfi farsímarekandans njóta þess væri ekki séríslenskt fyrirbrigði. Þvert á móti væri það gert að erlendri fyrirmynd enda hefði fjarskiptamarkaður 15 í öðrum EES-ríkjum þróast og mótast í talsvert lengri tíma en markaðurinn hefði gert hér á landi.

Féllist PFS ekki á að það fyrirkomulag sem lýst væri hér að framan samræmdist ákvörðunum PFS á mörkuðum 7 og 15 væri ljóst að forsendur þeirra samninga sem gerðir hefðu verið við viðsemjendur væru brostnar. Jafnframt væri þá ljóst að samningsrammi sem Síminn hefði mótað við samninga um sýndarnetsaðgang og innanlandsreiki þarfnadist endurskoðunar við. Gagnvart viðsemjendum sem þegar hefðu samið við Símann myndi félagið þurfa að grípa til ákvæðis sem væri í samningum og viðmiðunartilboðum félagsins um heildsöluaðgang, þar sem fram kæmi að hvor samningsaðili hefði rétt til að krefjast endurskoðunar á samningnum ef forsendur hefðu breyst verulega svo sem vegna stjórnvaldsákvæðana eða breytinga á lögum. Myndu ákvæði um lúkningu og gjaldtöku fyrir innankerfissímtöl verða færð til samræmis við ákvörðun PFS. PFS yrði að átta sig á því hvaða áhrif það hefði fyrir umrædda samninga. Lækkun á lúkningarverðum Símans til allra fyrirtækja til samræmis við það verð sem Síminn hefði tekið fyrir það sem skilgreint hefði verið sem innankerfissímtal teldi Síminn ekki koma til greina enda væri slíku innbyrðis ójafnvægi milli fyrirtækja vart komið á af hálfu stjórnvalds nema því gengi það eitt til að raska starfsemi félagsins.

2.20 Athugasemdir Nova við andmælabréfi Símans, dags. 2. maí 2011

Með bréfi, dags. 2. maí 2011, bárust PFS athugasemdir Nova við framangreint andmælabréf Símans. Að mati Nova væri ljóst að Síminn hefði tekið ákvörðun um að veita heildsöluaðgang að farsímakerfi sínu samkvæmt nýjum viðmiðum um að öll símtöl sem færu milli viðskiptavina félagsins og viðskiptavina sýndarnetsaðila skyldu teljast innankerfissímtöl. Þessi nýja skilgreining á innankerfissímtölum veki furðu og staðist ekki. Með þessari skilgreiningu væri samhliða útilokað að umrædd símtöl teldust til lúkningarmarkaðar og þannig hefði hún í för með sér að markaður 7 væri tekinn úr sambandi fyrir öll símtöl sem ættu sér stað á milli þessara aðila. Í raun virtist það sama einnig hljóta að gerast varðandi aðra sýndarnetsaðila og þá einnig á milli þeirra.

Síminn færi í mikinn fjallabaksleiðangur í ruglingslegri umfjöllun um mismuninn á mörkuðum 7 og 15 í þeim tilgangi að réttlæta þá aðgerð sína að hafa boðið tveimur sýndarnetsaðilum heildsöluaðgang samkvæmt skilgreiningu sem yrði að teljast í meira lagi hæpin. Að baki virtist liggja að Síminn ætlaði sér að beita stærðarhagkvæmni sinni til þess að leiða til sín sýndarnetsfyrirtæki, sem gengju í lið með félaginu, til að skapa sem allra mest kerfisáhrif og spyrða þannig saman hagsmuni Símans og sýndarnetsfyrirtækjanna. Þannig væri búin til umgjörð sem gengi út á mikil og aukin kerfisáhrif, auk þess sem kjör væru hagkvæmari en áður

vegna skorts á lúkningu, auk þess sem sýndarnetsaðili nyti markaðsstuðnings fyrir að auka umferð í fjarskiptakerfi Símans.

Útskýringar Símans stæðust alls ekki og ætti félaginu að vera ljóst að ekki mætti rugla saman mörkuðum 7 og 15. Það væri grundvallarregla að ekki mætti rugla saman umferð á milli viðskiptavina tveggja fyrirtækja og umferð innan viðskiptamannahóps eins fyrirtækis. Síminn kysi hins vegar að rugla þessu öllu saman svo úr yrði furðulegur leiðangur sem bæri með sér hótun gagnvart PFS þess efnis að fengist hin nýja skilgreining ekki staðist, þá legði PFS stein í götu möguleika sýndarnetsaðila og aukins þjónustuframboðs á farsímaneti Símans. Nova teldi það hljóta að vera öllum skýrt að þegar símtöl ættu sér stað á milli viðskiptavina tveggja fjarskiptafyrirtækja, hvort sem þau væru netrekendur eða sýndarnetsaðilar, þá féllu þau undir markað 7. Spyrja mætti hvort enginn lúkningarmarkaður væri hér á landi ef Síminn væri eini netrekandinn og aðrir væru sýndarnetsaðilar sem gerðu heildsölusamning um aðgang að dreifikerfi félagsins. Hitt væri síðan hvernig símtöl færu á milli viðskiptavina sama fyrirtækis, hvort sem fyrirtækið væri netrekandi eða sýndarnetsaðili. Slík símtöl gætu átt upphaf og lok í einu og sama fjarskiptaneti, eða í tveimur fjarskiptanetum, og um þau gildi ekki lúkning. Einu gildi í hvaða neti þessi símtöl hæfust, eða í hvaða neti þau enduðu. Lúkning ætti sér aldrei stað. Fjarskiptafyrirtækið greiddi hins vegar öðrum fjarskiptafyrirtækjum fyrir heildsöluáðganginn ef símtalið ætti sér ekki alfarið stað innan eigin dreifikerfis, þ.e. upphaf eða lok eða hvoru tveggja.

Af þessu leiddi að Nova hvorki skildi né samþykkti þá aðferðarfræði Símans að símtöl milli viðskiptavina Símans og viðskiptavina sýndarnetsaðila væru innankerfissímtöl. Síminn virtist kjósa að horfa eingöngu til þess að dreifikerfi Símans og sýndarnetsaðila væri hið sama, óháð kjarnastarfsemi sýndarnetsaðilans. Að þar sem sýndarnetsaðili væri að nota sama dreifikerfi og viðskiptavinir Símans leiddi að símtal sem ætti sér upphaf og lok í dreifikerfi Símans teldist innankerfissímtal. Um leið væri því sleppt að símtalið færi um kjarna sýndarnetsfyrirtækisins sem sæi um afgreiðslu símtalsins og reikningameðhöndlun vegna þess og að símtalið færi svo aftur inn í kjarna Símans og þaðan aftur inn í radíókerfi félagsins, auk þess sem sýndarnetsaðilinn væri tilkynntur aðili á markaði 7 og setti þar upp gjöld sín fyrir lúkningu í fjarskiptanet sitt.

Nova teldi það ekki ganga upp að horfa með þessu móti til högunar dreifikerfis við skilgreiningu innankerfissímtals. Horfa yrði til kjarnans/miðstöðvarinnar sem afgreiddi símtalið og þeirra þekktu viðmiða sem gilt hefðu um símtöl á farsímamarkaði, þ.e. milli hverra símtalið væri. Sýndarnetsaðilinn starfrækti sinn eigin kjarna til að geta afgreitt og meðhöndlað símtöl eigin viðskiptavina og um leið væri hann aðili að markaði 7. Að ný tegund heildsöluáðgangs að dreifikerfi Símans gæti aftengt lúkningarviðskipti viðkomandi aðila skyti mjög skökku við. Benda mætti á að við reikiáðgang, sem hefði verið við lýði hér á landi í mörg ár, lægi þetta skýrt fyrir. Slík símtöl gætu átt sér bæði upphaf og lok innan sama dreifikerfis og þau lytu gjaldfærslu heildsöluáðgengis. Hins vegar réðist það af því hvort símtalið væri eingöngu milli viðskiptavina sama fyrirtækis, og gjaldfærsla ætti sér þá eingöngu stað fyrir heildsöluáðganginn, eða hvort símtalið væri á milli viðskiptavina tveggja fjarskiptafyrirtækja og markaður 7 ætti þá einnig við. Með hinum nýju sýndarnetssamningum sínum hefði Síminn því tekið upp algerlega nýja skilgreiningu á innankerfissímtölum sem ekki hefði verið viðhöfð hér á landi áður.

Auk þess benti Síminn á að þessi skilgreining á innankerfissímtölum hvetti til frekari þjónustusamkeppni á farsímakerfi Símans og auðveldaði nýjum aðilum að hefja farsímaþjónustu, vegna þess að skilgreiningin leiddi til þess að sýndarnetsaðilarnir nyttu þeirrar stærðarhagkvæmni sem Síminn einn gæti boðið. Nova gerði einmitt sérstaka athugasemd við þetta. Með þessari skilgreiningu virtist Síminn einmitt reyna að búa til heildsöluaðgang sem aðrir markaðsaðilar gætu ekki keppt við í ljósi stærðarhagkvæmni, því að fyrir sýndarnetsaðilana myndu allir viðskiptavinir Símans teljast vera innankerfis. Sýndarnetsaðilarnir myndu því hafa mestan hag af því að hafa aðgang að dreifikerfi Símans sem um leið hefði stærstan viðskiptamannagrunn. Til þess að bæta um betur innleiddi Síminn einnig markaðsstuðning við sýndarnetsfyrirtækin þannig að því stærri netáhrif sem þeir sköpuðu því meiri yrði markaðsstuðningur Símans við þá. Nova teldi að slíkur stuðningur Símans til þess að auka netáhrif sín og til þess að spyrja saman hagsmuni Símans og hagsmuni sýndarnetsfyrirtækjanna gæti alls ekki staðist.

Síminn teldi nauðsynlegt að PFS skoðaði samstarf Vodafone og Nova á markaði fyrir lúkningu. Þetta væri furðulegt því hvergi nokkurs staðar hefði komið fram að umrædd félög hefðu með sér einhvers konar samstarf um markað 7. Símtöl sem færu á milli viðskiptavina Vodafone og viðskiptavina Nova féllu öll undir markað 7 og furðulegt að Síminn skuli nú vera með meiningar um annað. Lúkning og lúkningarmarkaður réðist alfarið af því hvaða viðskiptavinir ættu símtöl sín á milli en *ekki* af því um hvaða dreifikerfi símtölin færu. Þegar viðskiptavinur Símans hringdi í viðskiptavin Nova þá greiddi Síminn lúkningu til Nova og að sjálfsögðu greiddi Síminn ekki lúkningu til Vodafone fyrir það símtal. Nova bæri hins vegar heildsölu kostnað af því að viðskiptavinir Nova gætu nýtt dreifikerfi Vodafone, sem og ákveðna hluta dreifikerfis Símans, þegar svo bæri undir. Það væri hins vegar allt annar markaður og merkilegt að Síminn skyldi bera þessa umfjöllun á borð, nema þá til að þæfa sinn eigin málf lutning um „innankerfissímtöl“. Nova ítrekaði að engin samvinna væri á milli Nova og Vodafone á markaði fyrir lúkningu, en hins vegar hefðu félögin heildsöluaðgang að dreifikerfum hvors annars, eins og PFS væri kunnugt um.

Að ofangreindu virtu teldi Nova öll rök hníga til þess að PFS hafnaði málf lutningi Símans og þar með hinni nýju skilgreiningu Símans á „innankerfissímtölum“ sem Síminn virtist reyna að notfæra sér til þess að skjóta sér og sýndarnetsaðilum undan markaði 7 og þeim ákvæðum sem þar giltu, og um leið til þess að spyrða eigin hagsmuni saman við hagsmuni sýndarnetsaðila með vafasömum hætti.

2.21 Athugasemdir Símans við frumdrög PFS að markaði 7, dags. 2. maí 2011

Með bréfi Símans, dags. 2. maí 2011, bárust PFS athugasemdir félagsins við frumdrögum að markaðsgreiningu á markaði 7. Síminn gerði m.a. athugasemdir við fyrirhugaða skilgreiningu PFS á þjónustumörkuðum. Fram kom í máli Símans að mikilvægt væri að allir aðilar sem störfuðu á farsíma markaði hefðu sameiginlegan skilning á grunnhugtökum og skilgreiningum á fjarskiptamarkaði. Að mati Símans væru nokkur atriði í markaðsgreiningunni óljós og þörfnuðust frekari skýringa. Þetta væru atriði er vörðuðu hugtök eins og *þjónustumarkað*, *samtengingu* og *lúkningu* í einstökum farsímanetum. Síminn gerði einnig athugasemdir við umfjöllun PFS um IMC og reikisamning félagsins við Símann. Sérstaklega gerði Síminn athugasemdir við neðangreindan texta í frumdrögum PFS:

„Lúkningarverð fyrirtækisins hafa verið í hærri kantinum og höfðu ekki breyst að ráði frá upphafi þar til ákvörðun PFS nr. 18/2010 leit dagsins ljós, nema gagnvart Símanum. Þegar ofangreindur reikisamningur var gerður var lúkningarverð félagsins 13 kr. gagnvart öðrum en Símanum, en 7,49 kr. gagnvart Símanum vegna símtala sem áttu sér upphaf í talsímaneti og/eða NMT neti Símans. Hins vegar voru símtöl úr farsímaneti Símans sem enda í kerfi IMC verðlögð eins og um væri að ræða innankerfissímtöl í farsímaneti Símans,[...]. PFS telur að slík mismunun standist ekki jafnræðiskvöðina þegar endanleg ákvörðun hefur verið tekin ef munurinn er ekki byggður á hlutlægum forsendum.“

Fram kom í máli Símans að um misskilning hefði verið að ræða varðandi verð fyrir lúkningu frá talsímaneti og NMT farsímaneti Símans. Sá misskilningur hefði verið leiðréttur í bréfi Símans til PFS frá 11. mars 2011. Greitt hefði verið fullt verð fyrir lúkningu IMC/Alterna frá umræddum kerfum Símans. Þá kom fram að á meðfylgjandi skýringarmyndum mætti sjá að hlutlægar forsendur væru fyrir því að skilgreina símtal frá viðskiptavini IMC/Alterna á farsímaneti Símans til viðskiptavinar Símans sem innankerfissímtal, þar sem högun og kostnaður væri sá sami (skýringarmyndir A og B). Með þessu væri Síminn að uppfylla jafnræðiskvöð á markaði 15.

[...]

En ef símtal kæmi frá Vodafone til viðskiptavinar IMC/Alterna á farsímaneti Símans þá tæki IMC/Alterna lúkningu kr. 8,30 kr. fyrir lúkningu á markaði 7 en umferð sem send væri áfram um farsímanet Símans væri sýndarnetsumferð sem tilheyrði markaði 15 (skýringarmynd C). Annað gildi á skýringarmynd D þegar símtal færi á milli tveggja farsímaneta, þ.e. frá IMC/Alterna viðskiptavini á farsímaneti Símans í viðskiptavin IMC/Alterna á farsímaneti IMC/Alterna. Í því tilviki væri ekki um innankerfissímtal að ræða heldur gjaldfærði Síminn eingöngu fyrir upphaf símtals á farsímaneti Símans. Verðlagning fyrir lúkningu á þessu símtali væri alfarið hjá IMC/Alterna. Því gæti ekki verið um innankerfissímtal að ræða.

[...]

2.22 Athugasemdir Vodafone við andmælabréf Símans, dags. 9. maí 2011

Með bréfi, dags. 9. maí 2011, bárust PFS athugasemdir Vodafone við framangreindu andmælabréfi Símans. Vodafone legði áherslu á að framangreind kvörtun félagsins snéri að brotum Símans gegn jafnræðiskvöð á markaði 7, þ.e. lúkningarmarkaði. Líkt og alkunna væri byggði álagning kvaða á markaði 7 á þeirri skilgreiningu markaðar að hvert farsímanet teldist sérstakur markaður en af því leiddi að farsímanetrekandi hefði umtalsverðan markaðsstyrk í eigin neti. Væri því brýnt að skilja á milli þeirra kvaða sem lagðar hefðu verið á Símann á mörkuðum 7 og 15. Síminn virtist hins vegar freista þess að blanda saman öllum skyldum félagsins á umræddum mörkuðum í því skyni að drepa málinu á dreif.

Vodafone drægi ekki í efa að Síminn hefði freistað þess að auka markaðshlutdeild sína á heildsölumarkaði eins og umræddir samningar gæfu til kynna. Að mati Vodafone hlyti tilgangur eftirlits PFS og Samkeppniseftirlitsins á umræddum markaði vera að örva samkeppni á honum almennt en ekki einvörðungu að því er varðaði fjarskiptanet Símans. Umtalsverður markaðsstyrkur Símans á markaði 15 hefði hins vegar í för með sér að eftirlitsaðilar á fjarskiptamarkaði hlytu að setja félaginu reglur til þess að tryggja að um raunverulega

samkeppni væri að ræða. Því væri hafnað að Síminn hefði réttmætar væntingar til þess að ætla að PFS tryggði með sjálfstæðum hætti að félagið færi að lögum. Síminn, líkt og aðrir aðilar sem störfuðu á fjarskiptamarkaði, bæri að sjálfsögðu sjálfstæða ábyrgð á því að samningar sem fyrirtækið gerði við þriðju aðila væri í samræmi við lög og stjórnvaldsfyrirmæli hverju sinni.

Rannsókn PFS hlyti að snúa að tveimur atriðum. Í fyrsta lagi hvort um brot gegn jafnræðiskvöð á markaði 7 væri að ræða þar sem innheimt væru mismunandi lúkningargjöld af félögum á markaði. Í öðru lagi hvort samningar Símans um heildsöluáðgang brytu í bága við skyldur félagsins á markaði 15. Um væri að ræða tvo aðskilda markaði sem PFS hefði greint og í kjölfarið lagt viðeigandi kvaðir á þau fyrirtæki sem töldust njóta umtalsvers markaðsstyrks á hvorum markaði fyrir sig. Að sama skapi yrði ekki séð að Síminn gæti borið fyrir sig að forsendur fyrir samningum félagsins væru brostnar, kæmist PFS að þeirri niðurstöðu að félagið hefði brotið gegn lögum og/eða stjórnvaldsfyrirmælum. Samningsgerð Símans um heildsöluáðgang hlyti þannig að lúta þeim kvöðum sem lagðar hefðu verið á félagið á markaði 15, auk þess sem slíkir samningar yrðu almennt að vera í samræmi við lög og stjórnvaldsfyrirmæli hverju sinni.

Síminn fullyrti að ekkert fjarskiptafyrirtæki sem samið hefði um aðgang að farsímadreifikerfi félagsins fengi afslátt af lúkningarverðum eins og þau hefðu verið ákveðin á markaði 7. Í frumdrögum að greiningu PFS á markaði 7 kæmi þó skýrt fram að Síminn innheimti ekki lúkningargjöld af aðilum sem gert hefðu samning um heildsöluáðgang að farsímadreifikerfi Símans. Þegar af þeirri ástæðu væri að mati Vodafone ljóst að um brot gegn jafnræðiskvöð væri að ræða.

Síminn vísaði til þess að sá grundvallarmunur væri á markaði 7 og markaði 15 að samtenging væri nauðsynleg ætlaði fyrirtæki sér að starfa á fjarskiptamarkaði, en samningur um aðgang og upphaf símtala í farsímadreifikerfi Símans væri valkvæður. Í þessu sambandi benti Vodafone á að aðila sem ekki réði yfir eigin landsdekkandi farsímadreifikerfi væri augljóslega nauðsynlegt að gera samning við netrekanda ætlaði hann sér að starfa á farsímamarkaði. Val á mismunandi aðgangi, þ.e. reiki, sýndarneti eða endursölu, réðist af því að hvaða marki viðkomandi aðili hefði komið sér upp eigin búnaði til rekstursins. Það væri hins vegar grundvallaratriði, líkt og Síminn hefði bent á, að samningur um heildsöluáðgang væri ótengdur samningi um samtengingu. Vodafone fengi því ekki séð nein rök fyrir því að samningur um heildsöluáðgang ætti að draga úr eða fella úr gildi þær kvaðir sem lytu að lúkningu símtala. Kæmist PFS að þeirri niðurstöðu að unnt væri að takmarka eða fella úr gildi kvaðir á markaði 7 með því að gera samning um heildsöluáðgang sem heyrði undir markað 15 væri ljóst að eftirlit PFS með markaði 7 yrði til lítils.

Í bréfi Símans kæmi fram sú afstaða félagsins að símtöl innan sama farsímadreifikerfis teldust vera innankerfissímtöl og tilheyrðu því markaði 15. Ekki yrði þannig séð að mismunandi útfærsla Símans á tæknilausnum í farsímadreifikerfi félagsins breytti nokkru varðandi þær skyldur sem hvíldu á félaginu vegna kvaða sem PFS hefði mælt fyrir um, hvort heldur væri á markaði 7 eða 15.

Það hlyti að vera grundvöllur þess að fjarskiptafyrirtæki væri unnt að innheimta lúkningargjöld að um lúkningu símtala milli ólíkra neta væri að ræða. Í tilviki sýndarnetsaðila væri staðan sú

að með því að kaupa heildsöluáðgang að farsímadreifikerfi þriðja aðila yrði viðkomandi fyrirtæki því netrekandi á sýndarnetinu og gæti þannig annast lúkningu símtala og innheimt af því gjöld. Í máli Tals hefði komið skýrlega fram að félagið teldist vera sýndarnetsrekandi og annaðist sem slíkur lúkningu símtala frá þriðju aðilum, enda hefði félagið keypt aðgang að sérstakri símstöð til þessa. Að mati Vodafone yrði ekki bæði sleppt og haldið í þessum efnum. Annað hvort teldist félagið vera sýndarnetsrekandi sem annaðist sjálfur lúkningu símtala og innheimti af henni gjöld eða um hefðbundna endursölu væri að ræða þar sem lúkning væri innifalin í verði fyrir heildsöluáðgang.

Að því er varðaði fullyrðingar Símans um að rekstrargrundvöll skorti fyrir rekstri sýndarnetsaðila eftir að jöfnun lúkningarverða yrði náð væri rétt að benda á að ekki yrði séð að slíkar vangaveltur losuðu félagið undan þeim skyldum sem fælust í jafnræðiskvöð á markaði 7. Það væri almennt afstaða eftirlitsstofnana á sviði fjarskipta að til lengri tíma litið bæri að stefna að samræmdum lúkningargjöldum á farsímamarkaði.

Í máli Símans hefði komið fram að félagið deildi framlegð með þeim notendum á farsímakerfi Símans fyrir lúkningu sem félli undir markað 7 og fyrir upphaf og endi símtals sem félli undir markað 15. Væri því ekki um mismunun að ræða gagnvart þeim sem nýttu ekki farsímakerfi Símans á sama hátt. Að mati Vodafone væri hér í besta falli um grundvallar misskilning að ræða. Í fyrsta lagi virtist Síminn byggja framangreinda afstöðu á rangri skilgreiningu markaða, en alkunna væri að markaður 15 snéri að aðgangi og upphafi símtala í einstökum farsímanetum en ekki endi þeirra. Í annan stað veki það athygli að samkvæmt bréfi Símans greiddu viðsemjendur félagsins árgjald fyrir aðgang að farsímanetinu en fengu staðinn hlutdeild í framlegð vegna lúkningar. Að mati Vodafone fælist það hins vegar í kostnaðargreiningu lúkningargjalda að þeim væri ætlað að standa undir þeim kostnaði sem sannarlega yrði til vegna lúkningar. Ef um væri að ræða einhvers konar framlegðarskiptingu milli Símans og viðsemjenda hans væri því ljóst að gjöldin byggðu ekki á raunverulegum kostnaði við lúkningu.

Ekki væri ljóst af bréfi Símans hvort hlutdeild í framlegð vegna lúkningar ætti við um lúkningarverð Símans eða einstakra viðsemjenda þeirra. Vodafone hvetti PFS því til þess að kanna nánar hvort t.d. samningur Símans og Tals fæli í sér framlegðarskiptingu á lúkningargjöldum Tals. Ef slíku væri til að dreifa væri jafnframt um gróft brot gegn kvöðum Símans á markaði 7 að ræða, enda hefði slíkt í för með sér að Síminn væri í raun að innheimta hærri lúkningargjöld en kostnaðargreining og kvöð um eftirlit með gjaldskrá fæli í sér.

Að því er varðaði fullyrðingar Símans um samstarf Vodafone og Nova og vangaveltur um að það kynni að brjóta í bága við ákvarðanir PFS vísaði Vodafone því alfarið á bug að slíku væri til að dreifa. Samningar Vodafone og Nova væru byggðir á reiknaðgangi og hefðu félögin ávallt innheimt lúkningargjöld sín á milli enda væru um að ræða lúkningu símtala í mismunandi farsímakerfum.

Að mati Vodafone væri ljóst af bréfi Símans að verulegur misbrestur væri á því að félagið hefði uppfyllt jafnræðiskvöð á markaði 7. Færi Vodafone þess á leit við PFS að stofnunin beitti án tafar viðhlítandi viðurlögum að fjarskiptalögum.

2.23 Tölvupóstur Símans til PFS varðandi erlend fordæmi, dags. 11. maí 2011

Með tölvupósti Símans til PFS, dags. 11. maí 2011, bárust stofnuninni afrit af erlendum samningum sem Síminn kvað vera fordæmi sem lögð hefðu verið til grundvallar við gerð sýndarnets- og endursölusamninga félagsins og um væri deilt. Um væri að ræða sýndarnets- og endursölusamning [...] fjarskiptafyrirtækisins [...] og sýndarnets- og endursölusamning [...]. Einnig hefði verið horft til fordæma frá [...] en þann samning gæti Síminn ekki afhent þar sem félagið hefði aðeins fengið munnlegar upplýsingar um efni hans á fundi með fulltrúum hins [...] félags. Meðfylgjandi var skjal sem hefur að geyma samantekt á helstu fordæmum úr gjaldskrárköflum umræddra samninga.

Í fylgiskjali með ofangreindum tölvupósti gat að líta umfjöllun Símans um helstu ákvæði ofangreinda samninga að því er verðlagningu varðaði. Fram kom að í sýndarnets- og endursölusamningi [...] kæmi fram að gefinn væri 50% afsláttur af innankerfissímtölum, ásamt því að gefinn væri afsláttur af öllum umferðartegundum miðað við mánaðarlegt magn. Þá kom fram að í viðauka 2a (List of charges for PostPaid) í endursölusamningi [...], væri gefinn afsláttur af upphafi símtals og lúkningarbónus miðað við ákveðið magn. Ennfremur kom fram að í viðauka 5 (Tariffs, tariff adjustments etc.) við sýndarnets- og endursölusamning [...] frá 28. ágúst 2008 (National Roaming Agreement for MVNO) að ekki væri gjaldfært fyrir lúkningu símtals þegar um innankerfissímtal væri að ræða. Ennfremur væri veittur afsláttur af innkomandi og útfarandi umferð. Í ofangreindum viðauka kæmi eftirfarandi fram:

The tariff per minute for incoming calls and for outgoing calls via [...] network shall be as stated in Annex V, item 1 of the Agreement. However the tariff for a call from a [...] Roaming Subscriber on [...] network to another [...] Roaming Subscriber on [...] network will only be charged as an outgoing call, i.e. not both as an outgoing and an incoming.

Að lokum kom fram að samkvæmt samningi [...] fjarskiptafyrirtækisins [...] væri greitt fyrir lúkningu en upphaf símtals væri frítt.

2.24 Þriðja andmælabréf Símans, dags. 1. júní 2011

Með bréfi, dags. 1. júní 2011, bárust PFS andmæli Símans við framangreindum bréfum Nova og Vodafone. Fram kom að Síminn hefði áður lýst því hvernig félagið hefði hagað samningum sínum á heildsölustigi. Meginálitaefnið væri hver skilin skyldu vera á milli fjarskiptamarkaða 7 og 15. Það væri einkum tvennt sem kæmi til skoðunar. Annars vegar hvort símtal frá þriðja aðila sem bæri lúkningu hjá sýndarnetsaðila skyldi einnig bera lúkningu í farsímaneti Símans þegar sýndarnetsaðili hefði samið við Símann um aðgang að farsímaneti félagsins. Hins vegar hvort símtöl á milli viðskiptavina sýndarnetsaðila og viðskiptavina Símans teldust vera innankerfissímtöl eða símtöl milli tveggja sjálfstæðra farsímaneta.

Bæði Nova og Vodafone væru sammála um afstöðuna til fyrra álitaefnisins. Í því fælist að félögin litu svo á að þegar viðskiptavinir þeirra félaga hringdu í Tal eða IMC/Alterna á farsímaneti Símans þá væri rétt að greiða þeim félögum fyrir lúkningu símtals. Þjónusta Símans sem fælist í því að taka við símtalinu og ljúka því innan farsímanets Símans teldist heildsölubjónusta við Tal og IMC/Alterna. Samkvæmt þessu þá væru öll farsímafélögin sammála um að líta bæri á þjónustu þessa sem hluta af fjarskiptamarkaði 15, þrátt fyrir að í þjónustunni fælist ekki síst að taka við símtalinu innan nets Símans og ljúka því þar. Þar sem

enginn ágreiningur væri um þetta teldi Síminn óþarft að færa frekari rök fyrir því að um þjónustu væri að ræða sem tilheyrði fjarskiptamarkaði 15.

Fjarskiptafyrirtækin greindi hins vegar á um seinna atriðið. Síminn hefði á fyrri stigum lýst því að félagið teldi öll rök hníga að því að líta bæri á símtöl milli Símans og viðsejenda félagsins sem innankerfissímtöl. Síminn hefði á fyrri stigum gert grein fyrir því að hlutlægar og málefnalegar forsendur væru fyrir því að heildsöluverð fyrir símtöl á milli viðskiptavina Símans og viðskiptavina sýndarnetsfyrirtækja skyldu vera þau sömu. Á fundi Símans með fulltrúum PFS þann 29. apríl 2011 hefði verið gerð nánari grein fyrir þessu og sýnt með ítarlegum skýringum að símtöl sem væru á milli viðskiptavina Símans, símtöl á milli viðskiptavina sýndarnetsaðila og símtöl á milli viðskiptavina sýndarnetsaðila og viðskiptavina Símans væru öll framkvæmd með sambærilegum hætti. Þjónustan sem um ræddi tilheyrði því markaði 15 enda um heildsölupjónustu á þeim markaði að ræða. Með því að hafa skilmála og verð fyrir sams konar símtöl þau sömu teldi Síminn að farið væri að jafnræðiskvöð á markaði 15. Af því leiddi að ef Síminn myndi ekki bjóða sýndarnetsaðilum sömu verð og skilmála og boðnir væru öðrum sem keyptu sambærilega þjónustu teldi félagið að það fæli í sér brot á jafnræðiskvöð tilvitnaðrar ákvörðunar. Kvöð um jafnræði á fjarskiptamarkaði 7 væri síðan uppfyllt með því að öll símtöl sem væru á milli kerfa væru verðlögð með sama hætti fyrir lúkningu.

Það styrkti afstöðu Símans verulega að Vodafone og Nova hefðu fallist á það að þjónusta sem fælist í því að ljúka símtali frá viðskiptavinum þeirra félaga í viðskiptavini sýndarnetsaðila á farsímaneti Símans teldist heildsölupjónusta sem tilheyrði fjarskiptamarkaði 15. Í þessu sambandi vísaðist einnig til athugasemda Símans í bréfi til PFS, dags. 2. maí s.l., vegna endurskoðunar markaðsgreiningar á fjarskiptamarkaði 7. Síminn teldi því að þjónusta félagsins við sýndarnetsaðila væri heildsölupjónusta sem tilheyrði fjarskiptamarkaði 15 en félli ekki undir lúkningu í einstökum farsímanetum. Fyrir þessu lögju hlutlægar og málefnalegar forsendur sem byggðu m.a. á tæknilegum og kostnaðarlegum rökum. Það væri sameiginlegt með athugasemdum Nova og Vodafone að félögin létu algjörlega hjá líða að fjalla um það hvort tæknileg og þar með kostnaðarleg högun símtala milli sýndarnetsaðila og Símans væri uppbyggð með sama hætti. Þar af leiddi að símtölin ættu að lúta sömu skilmálum og bera sama verð. Að öðrum kosti væri brotið gegn jafnræði.

Það vekti athygli að Nova teldi að tæknileg högun segði ekkert til um eða gæfi vísbendingar um hvernig skilmálum og verðlagningu skyldi háttað. Síminn teldi á hinn bóginn að til að rannsókn teldist nægjanleg í skilningi stjórnarsýslulaga, til að skera úr um hvort jafnræði hefði verið virt eða ekki, væri könnun á því hvernig tæknilegri högun væri háttað og hver væri kostnaður sem byggði að baki þeirri heildsölupjónustu sem um ræddi hverju sinni nauðsynleg.

Nova væri tíðrætt um þekkt viðmið og nýja skilgreiningu Símans á innankerfissímtölum. Það væri hins vegar ekki reifað hver hin þekktu viðmið væru. Það væri fyrst með ákvörðun PFS nr. 18/2010 að PFS hefði fallist á málalíbúnað Símans um hvernig skilja bæri á milli innankerfis- og utankerfissímtala. Fram að því hefði PFS talið að einungis gæti verið um að ræða upphaf og lúkningu í hverju símtali. Í markaðsgreiningu sem fylgt hefði umræddri ákvörðun hefði einnig komið fram að stofnunin teldi eðlilegt að innankerfissímtöl væru ódýrari en þau sem færu á milli farsímaneta. Kostnaðargreining Símans styddi það álit PFS.

Nova héldi því fram að það væri grundvallarregla að ekki mætti rugla saman umferð á milli viðskiptamannahóps tveggja fyrirtækja og umferð innan sama viðskiptamannahóps. Þessi grundvallarregla Nova félli hvorki að almennri skilgreiningu um lúkningu né skilgreiningum á þjónustumörkuðum. Hún ætti heldur ekki við um umferð á milli endursöluaðila eða sýndarnetsaðila. Skýrt dæmi um þetta mætti nefna að símtöl á milli viðskiptavina farsímanetsrekanda og endursöluaðila á sama farsímaneti væru ávallt innankerfissímtöl og gætu aldrei orðið annað, þó um væri að ræða tvö fyrirtæki og sitt hvorn viðskiptamannahópinn. Þekkt dæmi um þetta væri viðskiptamannahópur Tals á farsímaneti Vodafone í dag. Með þessu væri augljóst að meginröksemd Nova gengi ekki upp og því ekki hægt að leggja hana til grundvallar í málinu.

Nova teldi skýrt að símtöl milli netrekenda og sýndarnetsaðila féllu undir fjarskiptamarkað 7 og velti fyrir sér hvort engum lúkningargjöldum væri til að dreifa ef allir sýndarnetsaðilar á Íslandi væru á farsímaneti Símans. Síminn teldi það hvorki skynsamlegt né rétt að netrekandi tæki lúkningu af sýndarnetsaðilum í sama farsímaneti. Síminn hefði áður bent PFS á að með því fyrirkomulagi að taka lúkningu á milli farsímanetsrekenda og sýndarnetsaðila myndi jöfnun lúkningargjalda leiða til þess að sýndarnetsaðilar sætu við mun verra borð en endursöluaðilar. Þar með væri rekstrargrundvöllur fyrir sýndarnetsaðila brostinn og honum betur borgið sem endursöluaðila, sem myndi þá tryggja honum innankerfissímtöl innan farsímanets. Í þessu sambandi mætti einnig vísa til frumdraga PFS frá 18. mars 2011 á markaði 7, þar sem gert væri ráð fyrir að jöfnun lúkningarverða sýndarnetsaðila tæki skamman tíma.

Nova gerði athugasemdir við það að Síminn horfði ekki til þess að innankerfissímtal færi um kjarna sýndarnetsfyrirtækisins sem einnig annaðist reikningameðhöndlun. Í þessu sambandi væri vísað til fyrri svara Símans í málinu og útskýringa sem þar væri að finna. Í svari Símans til PFS frá 2. maí s.l., vegna frumdraga við markaðsgreiningu á markaði 7, væri tekið dæmi um símtal viðskiptavinar IMC/Alternna þegar hann hringdi í viðskiptavin Símans, en það símtal væri afgreitt alfarið í farsímakjarna Símans. Umferð sem þessi færi ekki um farsímakjarna IMC/Alternna, færi ekki á milli farsímaneta og tæki því ekki á sig lúkningu. Síminn hefði vart aðrar forsendur en að innheimta IMC/Alternna fyrir þetta símtal samkvæmt kostnaðargreindri gjaldskrá fyrir innankerfissímtöl.

Að lokum gerði Nova athugasemdir við að Síminn ætlaði að leyfa öðrum að njóta stærðarhagkvæmni Símans með innankerfissímtölum. Hingað til hefði þeim sjónarmiðum verið haldið á lofti að stærðarhagkvæmni Símans væri ákveðin aðgangshindrun á markaði. Það mætti segja að kostnaðargreiningar Símans og heildsöluverðskrá hefðu hingað til tekið mið af því að láta aðila á markaði njóta stærðarhagkvæmni Símans. Þetta hefði verið gert að kröfu PFS. Síminn teldi eðlilegt að nýir aðilar á markaði fengju að njóta stærðarhagkvæmni í heildsöluviðskiptum hvort sem samið væri við Símann eða önnur fjarskiptafyrirtæki sem byðu aðgang að sínum fjarskiptanetum á heildsölustigi. Að öðrum kosti væru hæpnar forsendur fyrir nýja aðila að koma inn á markaðinn án þess að byggja upp eigin fjarskiptanet.

Vodafone hefði bent á að kvörtun félagsins snéri að brotum Símans á jafnræðiskvöð á markaði 7. Að mati Vodafone væri brýnt að skilja á milli þeirra kvaða sem lagðar hefðu verið á Símann vegna umtalsverðs markaðsstyrks á markaði 7 og kvaða á markaði 15. Hins vegar væri ekki fyrir að fara neinum rökstuðningi af hverju heildsöluþjónusta sem Síminn veitti

sýndarnetsaðilum ætti frekar að falla undir markað 7 en 15. Auk þess gætti verulegs ósamræmis í málflutningi Vodafone þegar félagið liti svo á að þjónusta sem fælist í því að ljúka símtali sýndarnetsaðila teldist til markaðar 15 þegar það kæmi frá öðru sjálfstæðu farsímaneti en ekki þegar þjónustan ætti sér bæði upphaf og endi innan sama farsímanets. Síminn hefði lagt sig fram um að gæta jafnræðis gagnvart viðsemjendum félagsins á markaði 15. Væri farið að eins og Vodafone héldi fram væri um að ræða brot gegn jafnræðiskvöð á markaði 15.

Vodafone teldi að Síminn gæti ekki borið fyrir sig að forsendur fyrir samningi væru brostnar, kæmist PFS að þeirri niðurstöðu að Síminn hefði brotið gegn lögum eða stjórnvaldsfyrirmælum. Hér væri Vodafone að tjá sig um möguleg áhrif ákvörðunar PFS á þá samninga sem Síminn hefði gert við önnur fjarskiptafyrirtæki. Vodafone væri ekki aðili að þeim samningum og því furdulegt að félagið teldi sig eiga að hafa nokkuð um það að segja hvaða réttaráhrif ákvörðun PFS kynni að hafa á samningssamband Símans við aðra aðila á markaði.

Vodafone benti á að Tal væri sýndarnetsrekandi og annaðist lúkningu símtala um eigin símstöð og gerði athugasemdir við að annað hvort yrði fyrirtækið að vera endursali eða sýndarnetsaðili. Síminn gæti að mörgu leyti tekið undir hversu ankannaleg staða væri uppi í þessu sambandi. Tal væri endursöluaðili á farsímaneti Vodafone og sýndarnetsaðili á farsímaneti Símans. Þegar viðskiptavinur Símans hringdi í viðskiptavin Tals í farsímaneti Vodafone þá bæri það símtal 5,5 kr. í lúkningu. Það mætti setja upp það dæmi að ef símtöl milli Símans og Tals í farsímaneti Símans ættu að bera lúkningu (12,5 kr.), þá væri það umtalsvert herra en lúkning yfir í farsímanet Vodafone þó svo símtalið væri alfarið afgreitt innan farsímanets Símans. Þetta dæmi sýndi í hnotskurn hve óréttlát sú niðurstaða yrði að símtöl sem væru innan sama farsímanets bæri lúkningu. Jafnframt yrði sú niðurstaða í algjöru ósamræmi við sjónarmið um hlutlægni og málefnalegar forsendur og í raun óhugsandi að þetta gæti orðið að niðurstöðu í málinu.

Vodafone segði að það væri alkunna að markaður 15 tæki einungis til upphafs símtala og aðgangs en ekki lúkningar þeirra. Fyrir í sama bréfi teldi Vodafone það til heildsölupjónustu þegar félagið lyki símtali sem væri til viðskiptavina viðsemjenda þess. Síminn væri ekki sammála þessari skilgreiningu Vodafone. Síminn benti á að reikiumferð ætti sér upphaf og endi sem tilheyrði markaði 15. Verð fyrir að enda símtal í reiki gæti verið annað en fyrir hefðbundna lúkningu sem færi ávallt um samtengipunkt. Sem dæmi mætti nefna þegar samið væri um aðgang að sendum á ákveðnu landsvæði. Þá væru verðin fyrir innkomandi reikiumferð önnur en fyrir lúkningu sem færi um skilgreinda samtengingu. Staðhæfing Vodafone hvað þetta varðaði stæðist því ekki.

2.25 Boðunarbréf PFS, dags. 21. mars 2012

Með bréfi til málsaðila, dags. 21. mars 2012, boðaði PFS ákvörðun í málinu. Í kafla IV hér að neðan, er fjallar um niðurstöður og forsendur PFS, verður vitnað í umrætt boðunarbréf á viðeigandi stöðum.

2.26 Athugasemdabréf Tals, dags. 3. apríl 2012

Með bréfi, dags. 3. apríl s.l., bárust PFS athugasemdir Tals við hina boðuðu ákvörðun. Tal taldi sig hafa verið í góðri trú þegar félagið gerði umræddan sýndarnetsamning við Símann og væri

félagið án efa sýndarnetsaðili. Þá hefði félagið á engan hátt fengið hlutdeild í lúkningartekjum heildsölu Símans. Yrði það niðurstaða PFS að ekki gæti verið um innankerfissímtöl að ræða milli Símans og Tals væri eðlilegt að Síminn og Tal leiðréttu gjaldfærslu lúkningargjalda sín á milli og væri Tal reiðubúið til að fara í þá leiðréttingu kysi Síminn að fara þá leið. Þá væri mikilvægt að hin fyrirhugaða ákvörðun raskaði ekki þeim aðgangi sem Tal hefði að farsímaneti Símans og þeim kjörum sem viðmiðunartilboð Símans um sýndarnetsaðgang kvæði á um. Væri þetta sérstaklega mikilvægt í ljósi þess að PFS hefði nú aflétt kvöðum á Símanum á markaði fyrir aðgang og upphaf símtala í farsímanetum.

2.27 Athugasemdabréf Vodafone, dags. 4. apríl 2012

Með bréfi, dags. 4. apríl s.l., bárust PFS athugasemdir Vodafone við hina boðuðu ákvörðun. Í kafla IV hér að neðan, er fjallar um niðurstöður og forsendur PFS, verður vitnað í umrætt bréf á viðeigandi stöðum.

2.28 Athugasemdabréf Nova, dags. 4. apríl 2012

Með bréfi, dags. 4. apríl s.l., bárust PFS athugasemdir Nova við hina boðuðu ákvörðun. Í kafla IV hér að neðan, er fjallar um niðurstöður og forsendur PFS, verður vitnað í umrætt bréf á viðeigandi stöðum.

2.29 Fjórða andmælabréf Símans, dags. 13. apríl 2012

Með bréfi, dags. 13. apríl s.l., bárust PFS andmæli Símans við hina boðuðu ákvörðun. Í kafla IV hér að neðan, er fjallar um niðurstöður og forsendur PFS, verður vitnað í umrætt bréf á viðeigandi stöðum.

2.30 Fimmta andmælabréf Símans, dags. 20. apríl 2012

Með bréfi, dags. 20. apríl s.l., bárust PFS athugasemdir Símans við framangreind athugasemdabréf Nova og Vodafone. Í kafla IV hér að neðan, er fjallar um niðurstöður og forsendur PFS, verður vitnað í umrætt bréf á viðeigandi stöðum.

III.

Markaðsgreiningarákvarðanir PFS og samningar fjarskiptafyrirtækja

3.1 Markaðsgreiningar á lúkningarmarkaði í farsímanetum (markaður 7)

Með ákvörðun PFS frá 20. júlí 2006, sem byggði á markaðsgreiningu á heildsölumarkaði fyrir lúkningu símtala í farsímanetum, voru Síminn og Vodafone útnefnd með umtalsverðan markaðsstyrk. Með ákvörðun PFS nr. 18/2010, frá 18. júlí 2010, voru Síminn, Vodafone, Nova

og IMC/Alterna útnefnd með umtalsverðan markaðsstyrk í annarri umferð markaðsgreiningar á viðkomandi markaði.⁵

Þjónustumarkaðir voru skilgreindir sem lúkning símtala í einstökum farsímanetum félaganna fjögurra í samræmi við tilmæli ESA um viðkomandi markaði frá 2008. Síminn gerði þær athugasemdir við frumdrög markaðsgreiningarinnar að innankerfissímtöl og þar með lúkningarluti þeirra heyrði ekki undir viðkomandi þjónustumarkað. Því gæti PFS ekki lagt á kvaðir sem snéru að innankerfissímtölum, en um slík símtöl bæri að fjalla á markaði 15. PFS féllst á þessi sjónarmið Símans. Þar af leiðandi var það mat PFS að viðkomandi markaður næði yfir lúkningu allra símtala í hverju einstöku farsímaneti í gegnum samtengingu, hvort sem um farsíma- eða fastanet væri að ræða. Af þessu leiddi að útfærslu jafnræðiskvaðarinnar var breytt frá fyrri ákvörðun PFS á viðkomandi markaði á þann hátt að hún næði aðeins til utanaðkomandi símtala en ekki innankerfissímtala. Jafnræðiskvöðin hefur því frá 16. júlí 2010 ekki náð til verðlagningar innankerfissímtala.

Við greiningu á umræddum markaði komst PFS að þeirri niðurstöðu að samkeppni væri ekki nægjanlega virk vegna sterkrar stöðu fyrirtækjanna á þeim. Öll fyrirtækin voru talin með 100% markaðshlutdeild í lúkningu símtala í eigin farsímaneti. Samkeppnisvandamál sem PFS greindi á viðkomandi markaði mátti fyrst og fremst rekja til þess að farsímafyrirtækið, sem réði yfir netinu sem símtalinu væri lokið í, er með einokunarstöðu á viðkomandi markaði. Flest samkeppnisvandamálin tengdust lúkningarverði og að mati PFS ætti sér stað yfirverðlagning á símtölum sem ættu uppruna í öðrum farsímanetum en þeim sem lúkning þeirra færi fram í. Kostnaðinum væri þannig velt yfir á þá notendur sem væru tengdir öðrum farsíma- eða fastlínunetum.

Að ofangreindu virtu lagði PFS viðeigandi kvaðir á félögin, m.a. kvöð um aðgang, eftirlit með gjaldskrá og jafnræði. Aðgangskvöðin lagði skyldur á félögin til að samtengja net þeirra og bjóða upp á lúkningu símtala úr öðrum kerfum í eigin fjarskiptanetum. Í kvöð um eftirlit með gjaldskrá var kveðið á um að lækkun og jöfnun lúkningarverða í fjórum þrepum til 1. janúar 2013. Sú kvöð sem mestu máli skiptir í máli því sem hér er til úrlausnar er jafnræðiskvöðin og verður hún nú reifuð hér að neðan að stórum hluta eins og hún var orðuð í ákvörðun PFS nr. 18/2010 og viðauka A með henni. Í kafla 2.1.2 í umræddri ákvörðun er jafnræðiskvöðin orðuð með eftirfarandi hætti:

Með heimild í 30. gr. fjarskiptalaga er lögð kvöð á Símann, Vodafone, Nova og IMC að gæta jafnræðis vegna lúkningar símtala í GSM og/eða UMTS farsímanet félaganna úr öðrum farsímanetum og fastanetum. Félögin skulu veita öllum kaupendum á lúkningu símtala í heildsölu þjónustu með sambærilegum skilmálum, verðum og gæðum. ...

Jafnræðiskvöðin er síðan nánar útfærð í kafla 5.4.2 í viðauka A með umræddri ákvörðun:

183. Samkvæmt 30. gr. fjarskiptalaga getur PFS lagt þær kvaðir á fjarskiptafyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk að það gæti jafnræðis þegar það samþykkir samtengingu eða aðgang. ...

⁵ Með ákvörðun PFS nr. 3/2012, frá 13. janúar 2012, var viðkomandi markaður greindur í þriðja sinn. Tali var bætt við sem aðila með umtalsverðan markaðsstyrk varðandi lúkningu símtala í sýndarfarsímanet félagsins. Jafnræðiskvöðin hélst óbreytt frá ákvörðun PFS nr. 18/2010.

184. Umtalsverður markaðsstyrkur farsímafyrirtækja í lúkningu símtala í eigin neti og skortur á mögulegri staðgönguþjónustu getur leitt til þess að fyrirtækin mismuni aðilum sem þurfa á þjónustunni að halda, ef ekki er lögð á kvöð um jafnræði. Þau gætu t.d. haft hvata til að selja óskyldum aðilum lúkningu á hærra verði en sínum eigin deildum eða mismunað milli óskyldra aðila. Slíkt hefur í för með sér skadleg áhrif á samkeppni

185. ... Sanngjörn, hófleg og réttmæt skilyrði fyrir aðgangi, þ.á.m. verð, eru grundvallaratriði í þeirri viðleitni að efla samkeppni. Að mati PFS er jafnræðiskvöðin til þess fallin að taka á þeim vandamálum sem koma upp í tengslum við mismunun bæði varðandi verð og annað. ... Jafnræðiskvöðin felur ekki í sér að öll fyrirtæki búi við nákvæmlega sömu skilyrðin heldur skal allur mismunur á skilyrðum vera byggður á hlutlægum forsendum.

186. PFS gerir athugasemdir við það að smásöluverð fyrir umferð í farsímanet úr öðrum netum eru almennt miklu hærri en fyrir innannetssímtöl. Lág innannetsgjöld og há gjöld fyrir utanaðkomandi umferð geta veitt farsímafyrirtæki með mikinn fjölda notenda samkeppnislega yfirburði yfir minni net þegar afla á nýrra viðskiptavina eða halda viðskiptavinum, þar sem flestir kjósa að vera innan þess kerfis sem er stærst til að forðast dýr utankerfissímtöl. Slíkar aðferðir geta jafngilt hindrun fyrir ný fjarskiptafyrirtæki þar sem þau verða að keppa við lægri innannetsgjöld. Þetta þýðir að ný fyrirtæki þurfa að viðhafa töluvert hærri lúkningargjöld en hið stóra félag og bjóða upp á óýrari eða jafnvel ókeypis innankerfissímtöl.

188. Jafnframt telur PFS að aðgreining í lúkningsarverðum sem gerð er í skjóli ógagnsæis á markaði og lítills kaupendastyrks vegna CCP reglunnar sé ekki einkenni samkeppnismarkaðar. Að mati PFS er ofangreind verðaðgreining afleiðing þess að farsímafyrirtæki eru með einokun á lúkningu símtala í eigin neti og geta starfað án þess að taka tillit til keppinauta, viðskiptavina og neytenda. Í ljósi þess og þar til annað kemur fram telur PFS rétt að mæla fyrir um jafnræði hvað varðar verð fyrir lúkningu í eigin farsímaneti vegna símtala úr öðrum farsímanetum eða fastanetum.

189. Kvöð um jafnræði hvílir nú þegar á Símanum og Vodafone á grundvelli fyrri ákvörðunar um kvaðir á viðkomandi markaði. ... PFS telur nauðsynlegt að viðhalda jafnræðiskvöðinni ... til að tryggja að félögin mismuni ekki þeim aðilum sem þeir selja lúkningu símtala. Er þá sérstaklega horft til þess að félögin mismuni ekki í verðlagningu lúkningsar innan verðþaksins sem kveðið er á um í kvöðinni um eftirlit með gjaldskrá.

190. Með hliðsjón af 30. gr. fjarskiptalaga hyggst PFS viðhalda jafnræðiskvöð á Símann ... og Vodafone ... vegna lúkningsar símtala í umrædd farsímanet úr öðrum farsímanetum og fastanetum og jafnframt leggja sömu kvöð á Nova og IMC Sé mismunun fyrir hendi þegar ákvörðun þessi er tekin, sem ekki er byggður á hlutlægum forsendum, skal viðkomandi fyrirtæki án tafar koma sanningsmálum sínum í það horf að ekki sé um mismunun að ræða. Sé það ekki gert getur viðkomandi fyrirtæki ekki innheimt hærra lúkningargjald en það sem það innheimtir sem lægsta lúkningargjald. Fyrirtækin skulu veita öllum kaupendum á lúkningu símtala í heildsölu þjónustu með sambærilegum skilmálum, verðum og gæðum.

3.2 Markaðsgreining á upphafs- og aðgangsmarkaði í farsímanetum (markaður 15)

Með ákvörðun PFS nr. 4/2007, sem byggði á markaðsgreiningu á heildsölumarkaði fyrir aðgang og upphaf símtala í almennum farsímanetum,⁶ var Síminn útnefndur með umtalsverðan markaðsstyrk á viðkomandi markaði. Samkvæmt ákvörðuninni samanstóð

⁶ Um var að ræða markað 15 í áðurgildandi tilmælum ESA um viðkomandi markaði frá 2004. Viðkomandi markaður hefur var felldur brott í nýgildandi tilmælum ESA frá 2008. PFS þurfti hins vegar að greina markaðinn að nýju til að skera úr um hvort Síminn hefði ennþá umtalsverðan markaðsstyrk á honum. Með ákvörðun PFS nr. 11/2012 frá 30. mars s.l. komst stofnunin að þeirri niðurstöðu að Síminn væri ekki lengur með umtalsverðan markaðsstyrk á viðkomandi markaði og felldi niður þær kvaðir sem áður höfðu verið lagðar á félagið á tilteknum aðlögunartíma, þ.e. á 12 mánuðum frá birtingu ákvörðunar varðandi aðgangskvöð og á 6 mánuðum varðandi aðrar kvaðir.

þjónustumarkaðurinn af öllum formum aðgangsjónustu sem veittur væri eða unnt væri að veita á heildsölumarkaði, þ.á.m. aðgangi að tali, SMS og annarri gagnaflutningsþjónustu.

Gerð var grein fyrir stöðu farsímamarkaðarins og þróun farsímaþjónustu á Íslandi. Fram kom að engir sjálfstæðir þjónustuaðilar né sýndarnetsfyrirtæki störfuðu á íslenska farsímamarkaðinum.⁷ Þar sem enginn raunverulegur heildsölufarsímamarkaður var til staðar hér á landi og farsímanetsrekendur voru nánast eingöngu að framleiða þjónustu fyrir eigin smásölusvið (innri sala), þurfti PFS við greiningu viðkomandi markaðar að byggja hana á þeim forsendum að eftirspurn á heildsölustigi ætti rætur sínar að rekja til eftirspurnar á smásölustigi.

Þá var í viðauka A með ákvörðuninni⁸ tekið fram að sú heildsöluþjónusta sem til skoðunar væri næði yfir ýmis konar þjónustu sem farsímanetsrekandi gæti veitt öðrum fyrirtækjum eða sjálfum sér. Algengustu form aðgangsjónustu voru talin upp í fimm liðum, en þau eru 1) sala innan fyrirtækis, 2) forval og fast forval, 3) innanlandsreiki, 4) endursöluaðgangur og 5) sýndarnetsaðgangur. Hér að neðan verður gerð orðrétt grein fyrir umfjöllun um þrjú síðastgreind aðgangsformin.

***Endursala** veitir þjónustuaðila möguleika á að endurselja farsímaþjónustu. Hann kaupir annað hvort mínútur eða flutningsgetu af farsímanetsrekanda með afslætti sem veitir honum möguleika á tekjum. Slíkur þjónustuaðili hefur takmarkaða möguleika til að bjóða önnur verð en farsímanetsrekandinn þar sem verðið byggir á verðskrá þess síðarnefnda. Þegar um er að ræða hreina endursölu undir sjálfstæðu vörumerki býr þjónustuaðilinn ekki yfir neinum sjálfstæðum innviðum farsímaþjónustukerfis, en selur þó þjónustu undir eigin vörumerki og kaupir nánast alla stöðþjónustu í heildsölu. ...*

***Sýndarnetsaðgangur** veitir sýndarnetsfyrirtækjum möguleika á að bjóða farsímaþjónustu í smásölu. Sýndarnetsaðgangur getur skipst í nokkur stig sem miðast við það hversu mikill aðgangur að innviðum fjarskiptanetsins er veittur til heildsölu. Þannig má kalla efsta stigið „hreint sýndarnet“ og yrði tæknileg útfærsla þess að verulegu leyti svipuð eða hin sama og er fyrir reiki innanlands, nema að sýndarnetsaðilinn rekur alls ekkert dreifikerfi. Slíkur sýndarnetsaðili getur samið sjálfur um reiki og samtengingu. Önnur stig sýndarnets eru svo þau að þjónustuaðilinn rekur eigin þjónustukerfi sem veita honum aukna möguleika til að auðkenna þjónustu sína betur frá „móðurveitunni“, svo sem eigið gjaldtökukerfi og jafnvel eigin talhólf, SMS/MMS og ýmis sérþjónustukerfi til aukinnar aðgreiningar. Slíkur þjónustuaðili semur ekki um reiki en getur í sumum tilvikum samið um samtengingu. Enginn sýndarnetsaðili, eða sýndarnetsstig, fyrirfinnast á íslenska farsímamarkaðinum í dag.*

***Innanlandsreiki** er sú tegund heildsöluþjónustu sem þekktust er hér á landi í GSM farsímanetinu. Þar er um að ræða að farsímafyrirtæki A skilgreininir í miðstöð (MSC)⁹ að notendur farsímafyrirtækis B í sama landi skuli fá aðgang að ákveðnum og sérmerktum sendistöðvum í farsímakerfi A. Aðgangur er þá leyfður fyrir IMSI¹⁰ númeraraðir farsímakerfis B, en aðeins á ákveðnum svæðum. Þegar notendur farsímakerfis B ferðast innan þessara svæða farsímakerfis A er innkoma þeirra á svæðið leyfð og upplýsingar um tengingu þeirra inn á svæðið send til farsímakerfis B. Að þessum skilyrðum uppfylltum er allri símaumferð, hvort sem er til eða frá notanda B innan dreifikerfis A,*

⁷ Það var ekki fyrr en um sumarið 2010 sem Tal (áður SKO og síðar Hive) komst undir óháð eignarhald.

⁸ Sjá 27. tölulið.

⁹ Mobile Switching Centre.

¹⁰ International Mobile Subscriber Identity.

send til/frá miðstöð B um sérstakar reikisamtengileiðir milli A og B, sem uppgjör fyrirtækjanna vegna þessara viðskipta byggir jafnframt á¹¹.

Með tilliti til þeirra samkeppnisvandamála¹² sem PFS greindi á viðkomandi markaði lagði stofnunin viðeigandi kvaðir á Símann sem greiða áttu fyrir aukinni samkeppni. Fram kom að samkeppni á farsímamarkaði gæti orðið mun virkari ef skapaðar yrðu betri aðstæður fyrir þjónustusamkeppni. Aðgangur sjálfstæðra þjónustuaðila að starfandi farsímanetum á sanngjörnum kjörum væri vænleg leið til að örva samkeppni og auka val neytenda. Kvöð var lögð á Símann um að verða við eðlilegum beiðnum um aðgang að GSM farsímaneti sínu og tengdri þjónustu. Hér undir féllu öll form heildsöluaðgangs sem sanngjarnt væri að veita en sérstaklega var fjallað um aðgang fyrir innanlandsreiki, endursölu og sýndarnet. Þá var m.a. lögð á Símann kvöð um jafnræði, sem nánari grein verður gerð fyrir hér að neðan.

Kvöð um aðgang

Fram kom að í 2. mgr. 28. gr. fjarskiptalaga væru taldar upp nokkrar tegundir aðgangs sem heimilt væri að krefjast af fjarskiptafyrirtækjum með umtalsverðan markaðsstyrk. Þessar tegundir væru ekki tæmandi taldar og nýjar tegundir gætu komið fram. Með hliðsjón af þessu teldi PFS ekki rétt að takmarka aðgangskvöðina við eitt eða nokkur ákveðin form aðgangs, þar sem slíkt gæti dregið úr áhrifum aðgangskvaðarinnar. Öll form heildsöluaðgangs sem sanngjarnt væri að veita og eftl gætu samkeppni á farsímamarkaði féllu undir þá aðgangskvöð sem lögð væri á Símann á viðkomandi markaði. Meginreglan væri sú að Síminn og þeir aðilar sem óskuðu eftir heildsöluaðgangi semdu sjálfir sín á milli. Ágreiningi væri síðan hægt að vísa til PFS. Að mati PFS væri aðgangskvöðin hornsteinn að úrlausn margra þeirra samkeppnisvandamála sem væru á farsímamarkaðinum. Til þess að gefa aðilum almenna viðmiðun var gerð nánari grein fyrir algengustu aðgangsformunum í sérstakri umfjöllun. PFS mun hér að neðan gera grein fyrir þeirri umfjöllun að því er varðar endursölu- og sýndarnetsaðgang.

Varðandi *endursöluaðgang* kom fram að skv. b-lið 2. mgr. 28. gr. fjarskiptalaga mætti krefjast þess að fjarskiptafyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk byði ákveðna þjónustu í heildsölu sem þriðji aðili endurseldi. Þessi tegund aðgangs veitti þjónustuaðila möguleika á að endurselja farsímaþjónustu sem hann keypti af farsímanetsrekanda í heildsölu. Þegar um væri að ræða hreina endursölu undir sjálfstæðu vörumerki, byggji þjónustuaðilinn ekki yfir neinum sjálfstæðum innviðum farsímaþjónustukerfis og keypti nánast alla stoðþjónustu í heildsölu¹³. Þessi tegund af heildsöluaðgangi væri algeng erlendis. Sá möguleiki að kaupa farsímaþjónustu í heildsölu til endursölu væri nauðsynlegur þáttur til að efla þjónustu- og verðsamkeppni. Hann

¹¹ Í tölulið 412 í viðauka A, þar sem fjallað er um kvöð um eftirlit með gjaldskrá, kemur m.a. fram að innanlandsreiki krefjist meiri fjárfestingar en aðgangur fyrir sýndarnet og endursölu þar sem gert er ráð fyrir að farsímafyrirtæki sem óskar eftir innanlandsreiki hafi byggt upp net í samræmi við skilyrði tíðnileyfis.

¹² Samkeppnisvandamálin lýstu sér m.a. í því að engir sjálfstæðir endursölu- eða sýndarnetsaðilar væru starfandi á íslenskum farsímamarkaði og að heildsöluviðskipti milli ótengdra aðila væru mjög lítil og þá einungis í formi innanlandsreikis.

¹³ Í 399. tölulið viðauka A, þar sem fjallað er um kvöð um eftirlit með gjaldskrá vegna endursölu, kemur fram að endursöluaðila megi skilgreina sem farsímafyrirtæki með lágmarks rekstrarkostnað, s.s. markaðs- og sölukostnað, húsnæðis-, skrifstofu- og launakostnað, en byggji ekki yfir neinum sjálfstæðum innviðum farsímaþjónustukerfis og þyrfti þ.a.l. ekki að bera mikinn fjárfestingarkostnað. Því ættu afskriftir ekki að vera miklar né fjármagnskostnaður mikill.

gæfi þjónustuaðilum kost á að veita farsímabjónustu án þess að byggja upp eigið net. Að mati PFS væri skyldan til að veita endursöluaðgang sanngjörn og veitti Símanum möguleika á að nýta umframafkastagetu.

Varðandi *sýndarnetsaðgang* kom fram að skv. h-lið 2. mgr. 28. gr. fjarskiptalaga mætti krefjast þess að fjarskiptafyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk veitti aðgang fyrir sýndarnet. Í c-lið sömu greinar segði ennfremur að krefjast mætti að slíkt fjarskiptafyrirtæki heimilaði opinn aðgang að tæknisniðflötum, samskiptareglum eða annarri tækni sem væri nauðsynleg til að tryggja gagnvirka þjónustu eða sýndarnetþjónustu. Þegar um hreinan sýndarnetsaðgang væri að ræða hefði sýndarnetsaðili yfir að ráða því kerfi sem þyrfti fyrir samtengingu og reiki hjá öðrum netrekendum en ætti hins vegar ekki dreifikerfi.¹⁴ Tæknileg úrfærsla gæti verið að verulegu leyti svipuð og væri fyrir innanlandsreiki, nema að sýndarnetsaðilinn ræki alls ekkert dreifikerfi. Sýndarnetsaðili gæti haft eigin IMSI kóða, eigin netkóða (MNC) og boðið til sölu eigin SIM-kort og þjónustað endanotendur á alveg sama hátt og lóðrétt starfandi farsímafyrirtæki.

Þá kom fram að sýndarnetsaðgangur krefðist ákveðinnar fjárfestingar í eigin kerfi sem væri þó mun minni en nauðsynleg væri þegar byggja ætti upp sjálfstætt dreifikerfi. Sýndarnetsaðgangur væri því hagkvæm leið fyrir þá sem vildu byggja upp farsímarekstur sinn í skynsamlegum skrefum (e. ladder of investment). Hægt væri að líta á sýndarnetsaðgang í þessu sambandi sem næsta skref í uppbyggingu farsímakerfis á eftir endursölu. PFS teldi að sýndarnetsaðilar gætu boðið upp á breiðara þjónustuframboð en endursöluaðilar og væru því í betri stöðu til að veita fyrirtækjum sem ættu og rækju fjarskiptanet samkeppni þegar til langs tíma væri litið. Hér giltu sömu rök varðandi sanngirni og réttlætingu og giltu fyrir endursöluaðgang. Sýndarnetsaðgangur gæti bæði hvatt til fjárfestingar í dreifikerfi og haft góð áhrif á samkeppni á smásölustigi. PFS teldi að innanlandsreiki og endursöluaðgangur væru ekki fullnægjandi kostir í stað sýndarnetsaðgangs. Hið fyrra krefðist mikillar fjárfestingar í eigin dreifikerfi og hið síðara gæfi þjónustuaðila ekki sama frelsi til að bjóða þjónustu. Mikilvægt væri því að leggja á Símann kvöð um að veita sýndarnetsaðgang. Ýmis sýndarnetsstig gætu komið til greina eftir því hversu mikill aðgangur að innviðum fjarskiptanet Símans væri keyptur.

Kvöð um jafnræði

Fram kom að til þess að árangri yrði náð þyrfti aðgangskvöðin að vera sett fram með kvöð um jafnræði. Jafnræðiskvöðinni væri ætlað að hindra að lóðrétt starfandi fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk héldi uppi háttsemi sem hefði neikvæð áhrif á samkeppni. Henni væri ætlað að hindra að slíkt fjarskiptafyrirtæki mismunaði t.d. í verðum og gæðum þjónustu, þ.e. seldi ódýrari og betri heildsölubjónustu til eigin smásöludeildar en það seldi öðrum. Sanngjörn, hófleg og réttmæt skilyrði fyrir aðgangi, þ.á.m. verð, væru grundvallaratriði í þeirri viðleitni að efla samkeppni. Jafnræðiskvöðin fæli hins vegar ekki í sér þá skyldu að öll fyrirtæki byggju við nákvæmlega sömu skilyrðin heldur skyldi allur mismunur á skilyrðum að vera byggður á hlutlægum forsendum. Með heimild í 30. gr. fjarskiptalaga lagði PFS því á Símann kvöð um jafnræði, bæði hvað varðaði verð og aðrar forsendur varðandi aðgang að farsímakerfi félagsins. Jafnræðiskvöðin skyldi gilda fyrir allar tegundir heildsöluaðgangs, þ.á.m. innanlandsreiki, endursölu og sýndarnet.

¹⁴ Með dreifikerfi er átt við þráðlausa hluta farsímanetsins.

3.3 Ákvörðun PFS nr. 20/2009 um viðmiðunartilboð Símans um sýndarnetsaðgang

Með ákvörðun PFS nr. 20/2009, frá 26. nóvember 2009, tók PFS ákvörðun um breytingar á skilmálum viðmiðunartilboðs um sýndarnetsaðgang að farsímaneti Símans. Þann 28. apríl 2008 birti Síminn viðmiðunartilboð sem var hluti af þeim kvöðum sem lagðar voru á félagið á markaði 15. Síminn birti uppfærð viðmiðunartilboð þann 1. júní 2008 og 1. janúar 2009 og efndi PFS til samráðs vegna þeirra. Í ofangreindri ákvörðun kom fram að þegar um hreinan sýndarnetsaðgang væri að ræða hefði sýndarnetsaðili yfir að ráða því kerfi sem þyrfti fyrir samtengingu og reiki hjá öðrum netrekendum en ætti hins vegar ekki dreifikerfi. Tæknileg útfærsla gæti verið að verulegu leyti svipuð og væri fyrir innanlandsreiki, nema að sýndarnetsþjónustuaðilinn ræki alls ekkert dreifikerfi. Sýndarnetsaðili gæti haft eigin IMSI kóða, eigin netkóða (MNC) og boðið til sölu eigið SIM-kort og þjónustað endanotendur á alveg sama hátt og lóðrétt starfandi farsímafyrirtæki.

Í ofangreindri ákvörðun var gerð grein fyrir þeim skilmálum viðmiðunartilboðs Símans sem PFS sá ástæðu til að gera athugasemdir við og mæla fyrir um breytingar á, í þeim tilgangi að viðmiðunartilboðið yrði í fullu samræmi við ákvæði fjarskiptalaga og álagðar kvaðir skv. ákvörðun PFS nr. 4/2007. Aðeins var fjallað um þá skilmála sem PFS taldi ástæðu til að gera athugasemdir við og gera breytingar á. Aðra skilmála staðfesti PFS óbreytta. Meðal ákvæða sem PFS breytti í upphaflegu viðmiðunartilboði Símans um sýndarnetsaðgang var ákvæði 1.4 er varðar breytingar á samningi. Skyldi ákvæðið hljóða svo:

„Nýtt viðmiðunartilboð skal birt til kynningar og sent viðsemjanda og Póst- og fjarskiptastofnun að minnsta kosti þremur mánuðum fyrir gildistöku þess. Að þeim tíma liðnum tekur viðmiðunartilboðið gildi sem samningur um sýndarnetsaðgang milli Símans og viðsemjanda hans.

Geti viðsemjandi Símans ekki fellt sig við alla þætti nýs viðmiðunartilboðs tekur viðmiðunartilboðið aðeins gildi sem samningur varðandi þá þætti sem enginn ágreiningur stendur um. Getur hvor aðili um sig skotið ágreiningi um efni viðmiðunartilboðs/samnings um sýndarnetsaðgang til úrlausnar Póst- og fjarskiptastofnunar.

Síminn birtir „Viðmiðunartilboð um sýndarnetsaðgang“ á vef sínum.“

3.4 Ákvörðun PFS nr. 19/2009 um viðmiðunartilboð Símans um endursöluaðgang

Með ákvörðun PFS nr. 19/2009 tók PFS ákvörðun um breytingar á skilmálum viðmiðunartilboðs um endursöluaðgang að farsímaneti Símans. Mál þetta var unnið samhliða yfirferð viðmiðunartilboðs um sýndarnetsaðgang sem reifað var hér að framan. Gerð var grein fyrir þeim skilmálum viðmiðunartilboðs Símans sem PFS sá ástæðu til að gera athugasemdir við og mæla fyrir um breytingar á, í þeim tilgangi að viðmiðunartilboðið yrði í fullu samræmi við ákvæði fjarskiptalaga og álagðar kvaðir á markaði 15. Aðeins var fjallað um þá skilmála sem PFS taldi ástæðu til að gera athugasemdir við og gera breytingar á. Aðra skilmála staðfesti PFS óbreytta. Að flestu leyti voru um að ræða athugasemdir og breytingar PFS við samskonar atriði og gerð voru athugasemdir við varðandi viðmiðunartilboð um sýndarnetsaðgang í framangreindri ákvörðun PFS nr. 20/2009.

3.5 Ákvörðun PFS nr. 8/2010 um kostnaðargreiningu Símans varðandi sýndarnets- og endursöluáðgang

Þann 16. apríl 2010 tók PFS ákvörðun nr. 8/2010 varðandi kostnaðargreiningu á heildsöluverðum Símans fyrir endursölu- og sýndarnetsaðgang. Fram kom að Síminn hefði samkvæmt tilmælum PFS og í samræmi við kvaðir á markaði 15 lagt fram kostnaðargreiningu, byggða á sögulegum kostnaði, á verðum fyrir ofangreinda þjónustu. PFS fór fram á það í júní 2008 að Síminn kostnaðargreindi verð fyrir sýndarnets- og endursöluáðgang. Taldi stofnunin að í ljós hefði komið að ákvörðun verðs samkvæmt smásölu mínus aðferðinni hefði ekki borið fullnægjandi árangur og því væri rétt að leggja þá skyldu á Símann að kostnaðargreina aðgangsverðin. PFS samþykkti kostnaðargreiningu Símans með nánar tilteknum breytingum. Skyldi hin nýja verðskrá taka gildi frá og með 1. júní 2010.

3.6 Sýndarnetssamningur Tals og Símans

Þann 8. janúar 2010 gerðu Síminn og Tal með sér samning um sýndarnetsaðgang Tals (viðsemjandi) að farsímaneti Símans. Markmiðið með samningnum var sagt vera að gera Tali kleift að tengja miðlægan búnað sinn við farsímanet Símans og veita þannig viðsemjendum sínum farsímaþjónustu á útbreiðslusvæði Símans. Þá kemur fram að sýndarnetsaðgangur sé ekki veittur þeim sem eiga og reka eigin dreifikerfi. Ennfremur að innankerfissímtöl séu öll símtöl sem eiga upphaf og lúkningu í farsímakerfi Símans, þ.m.t. símtal milli Símans og Tals. Þá er í samningnum fjallað um markaðsstuðning Símans við Tal og nokkur fleiri atriði sem frábrugðin eru viðmiðunartilboði Símans um sýndarnetsaðgang sem PFS samþykkti í nóvember 2009. Verður fjallað um þau atriði í sérstöku máli varðandi yfirferð PFS á uppfærðu viðmiðunartilboði Símans um sýndarnetsaðgang. Er von á niðurstöðu í því máli samhliða niðurstöðu í því máli sem hér er til úrlausnar. Samningurinn er tímabundinn og gildir í [...] ár, þ.e. til [...]. Vilji Tal binda endi á samningssamband aðila að þeim tíma liðnum skal hann þá tilkynna það með [...] mánaða fyrirvara. Að öðrum kosti framlengist samningurinn [...].

3.7 Samningur Tals og Símans um kaupleigu og rekstur símstöðvar

Með samningi Tals og Símans um kaupleigu og rekstur símstöðvar [...].

IV.

Niðurstöður og forsendur PFS

4.1 Almenn

Mál þetta varðar ágreiningu á milli Símans og Tals annars vegar og Vodafone og Nova hins vegar um það hvort Síminn hafi brotið gegn jafnræðiskvöð þeirri sem lögð var á félagið með ákvörðun PFS nr. 18/2010 á markaði 7, varðandi lúkningu símtala í farsímanetum, með því að skilgreina símtöl á milli viðskiptavina farsímakerfis Símans og sýndarnets Tals sem innankerfissímtöl í sýndarnetssamningi félaganna frá janúar 2010. Afleiðing þessa er sú að

Síminn hefur innheimt leyfileg hámarks lúkningargjöld af lúkningu símtala frá viðskiptavinum Vodafone og Nova en ekki frá viðskiptavinum Tals.

Tal hefur á sama hátt innheimt lúkningargjöld vegna lúkningar símtala frá viðskiptavinum Vodafone og Nova en ekki frá viðskiptavinum Símans. Háttsemi Tals er hins vegar ekki sérstaklega til skoðunar í máli þessu þar sem á félaginu hvíldi ekki ofangreind jafnræðiskvöð eða aðrar kvaðir á framangreindum markaði á stærstum hluta þess tímabils sem mál þetta varðar. Þess ber þó að geta að þann 13. janúar 2012 tók PFS nýja ákvörðun á viðkomandi markaði, þ.e. ákvörðun PFS nr. 3/2012. Þar hefur Tal verið útnefnt sem fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk og viðeigandi kvaðir lagðar á félagið, m.a. jafnræðiskvöð. Frá þeim degi hefur sú skylda hvílt á Tali að færa samningamál sín í það horf að ekki sé um mismunun að ræða.

Ennfremur varðar málið ágreiningur um það hvort rétt sé að smásala Símans, eða aðilar sem hafa gert sýndarnetsamning eða samning um innanlandsreiði við Símann, öðlist hlutdeild í tekjum heildsölu Símans af lúkningu í farsímakerfi félagsins.

4.2 Tal sem sýndarnetsaðili

Á fyrri stigum þessa máls lýstu Vodafone og Nova efasemdum sínum varðandi það hvort Tal gæti talist sýndarnetsaðili. Með bréfi Nova til PFS, dags. 14. mars 2011, kom fram að Nova liti svo á að Tal væri orðinn sjálfstæður fjarskiptarekandi og hefði heimild til að innheimta lúkningargjald. Svipuð sjónarmið koma fram í bréfi Vodafone til PFS, dags. 22. mars 2011. Í bréfi Símans til PFS, dags. 7. mars 2011, hafnaði Síminn bollaleggingum Nova og Vodafone þess efnis að Tal væri fremur endursöluaðili en sýndarnetsaðili. Í máli Símans kom fram að Síminn og Tal hefðu gert með sér sýndarnetsamning þann 8. janúar 2010. Eftirlitsaðilar á EES-svæðinu hefðu miðað við að sýndarnetsrekandi gæti gengið til sjálfstæðra samninga um samtengingu og innheimt lúkningargjöld ef hann hefði yfir að ráða eigin kjarnasímstöð, viðeigandi stoðkerfum, eigin netkóðum og annaðist sjálfur reikningagerð sína. Tal uppfyllti umrædd skilyrði að mati Símans.

PFS er sammála því að Tal hafi uppfyllt skilyrði þess að teljast sýndarnetsaðili frá 24. ágúst 2010 þegar félagið tilkynnti markaðsaðilum um innkomu sína á viðkomandi lúkningarmarkað og fyrirhugaða innheimtu lúkningargjalda. Ekki er því ágreiningur um þetta í málinu. Er þetta í samræmi við niðurstöðu PFS í ákvörðun nr. 3/2012 á markaði 7. Um þetta er fjallað í kafla 2.2.1 í viðauka A með þeirri ákvörðun. Þar segir m.a.:

„Að öllu ofangreindu virtu taldi PFS ljóst að Tal hefði verið orðinn sjálfstæður sýndarnetsaðili þegar félagið tilkynnti um slíkt þann 24. ágúst 2010, enda félagið með MNC kóða, sýndarnetsamning við netrekanda og með yfirráð yfir eigin sírstöð. Síðan þá hefur félagið gert sýndarnetsamning og samtengissamninga við aðra netrekendur.“

4.3 Hlutdeild smásölu Símans í lúkningartekjum heildsölu Símans

4.3.1 Inngangur

Með bréfi PFS til Símans, dags. 6. júlí 2010, óskaði stofnunin eftir upplýsingum um hlutdeild smásölu Símans í heildsölutekjum af farsímaþjónustu. PFS vísaði til bréfs Símans til stofnunarinnar, dags. 30. júní 2010, þar sem m.a. hefði komið fram að smásala félagsins teldi eðlilegt að hún hefði aðgang að upplýsingum um símtöl sem enduðu hjá viðskiptavinum smásölnnar, m.a. vegna samnings sem hún hefði gert við heildsölu Símans á árinu 2009 um að fá hlutdeild í lúkningartekjum af farsímaþjónustu. Þetta þýddi að smásalan fengi 2,94 kr. hlutdeild í innheimtum lúkningartekjum fyrir hverja móttækna mínútu í farsímaviðskiptavin smásölnnar. Smásalan þyrfti, á sama hátt og önnur fjarskiptafyrirtæki sem gert hefðu eða myndu gera sambærilega samninga við heildsölu Símans, að geta fengið aðgang að þeim gjaldfærslugögnum sem mynduðu stofn til lúkningartekna þannig að hægt yrði að stemma af greiðslur heildsölu Símans til smásölnnar. PFS fór fram á að Síminn afhenti stofnuninni afrit af umræddum samningi og gerði grein fyrir tilurð og tilgangi hans, ásamt afstöðu félagsins til þess hvort og þá hvernig samningurinn samræmdist jafnræðiskvöð og kvöð um eftirlit með gjaldskrá á markaði 7 og kostnaðargreiningu Símans á viðkomandi markaði.

Þann 8. júlí 2010 barst svar Símans við ofangreindri fyrirspurn. Fram kom að ekki væri til að dreifa formlegum samningi á milli heildsölu og smásölu Símans. Styddist það við áralanga framkvæmd þar sem formlegir samningar hefðu ekki verið undirritaðir heldur hefði verið fylgt heildsöluverðskrá og viðmiðunartilboðum eins og þau væru á hverjum tíma. Varðandi aðdraganda umræddra samninga á milli deildanna kom fram að þann 28. nóvember 2009 hefði Síminn undirritað samning við IMC um heildsöluaðgang að farsímakerfi Símans þar sem kveðið hefði verið á um hlutdeild IMC í lúkningartekjum. Samningurinn hefði verið sendur til PFS þann 4. desember s.á. Samsvarandi samningur hefði verið gerður við Tal þann 8. janúar 2010 og hefði hann einnig verið sendur PFS.

Í máli Símans kom fram að sú framkvæmd að smásali sem fengi heildsöluaðgang að farsímakerfi Símans fengi hlutdeild í lúkningartekjum á meðan þær væru yfir kostnaðarreiknuðu verði hefði tekið gildi gagnvart smásölu Símans við uppgjör fyrir desembermánuð 2009 og þar með eftir undirritun samningsins við IMC. Það hlýti að teljast sanngjarnt að stærsti einstaki viðskiptavinur heildsölnnar fengi að lágmarki sömu kjör og aðrir sem semdu um heildsöluaðgang. Allir þrír smásalarnir sem hefðu heildsöluaðgang að farsímakerfi Símans byggju því við sömu kjör. Þannig teldi Síminn að jafnræðiskvöð væri uppfyllt.

Með bréfi Símans til PFS, dags. 2. september 2010, barst PFS ítarlegra svar við ofangreindri fyrirspurn. Síminn vísaði til fyrra svars en tók jafnframt fram að fyrirspurn PFS snéri að því hvernig samningur á milli heildsölustigs og smásölustigs Símans samræmdist jafnræðiskvöð á markaði 7. Samningar sem heildsala Símans gerði við fjarskiptafyrirtæki sem óskuðu eftir aðgangi að farsímaneti félagsins vörðuðu ekki markað fyrir lúkningu í einstökum farsímanetum. Sá markaður varðaði eingöngu símtöl sem önnur fjarskiptanet hringdu inn í farsímanet Símans. Jafnræðiskvöð væri því uppfyllt með því að öll fjarskiptanet sem hringdu í farsímanet Símans greiddu sama opinbera lúkningarverðið. Þá kom fram að kvaðir um aðgang að farsímaneti félagsins á heildsölustigi til að selja farsímaþjónustu á smásölustigi mætti rekja til kvaða á markaði 15. Síminn teldi að jafnræðiskvöð á þeim markaði væri uppfyllt þar sem þau fyrirtæki sem hefðu gert samning um aðgang að farsímaneti Símans byggju við sömu kjör. Fyrir lægi að ákvarðað lúkningarverð PFS á markaði 7 væri hærra en kostnaðarreiknað

lúkningarverð Símanum sem samþykkt hefði verið af PFS. Í samningum sem Síminn hefði gert við þau fjarskiptafyrirtæki sem hefðu fengið aðgang að farsímaneti Símanum hefði verið samið um það að á meðan það ástand varaði skyldi smásali á farsímaneti Símanum fá þann hluta af lúkningarverðinu sem væri yfir hinu kostnaðarreiknaða verði. Sömu kjör giltu gagnvart öllum smásölum sem gert hefðu slíka samninga.

4.3.2 Hin boðaða ákvörðun PFS

Með bréfi, dags. 21. mars 2012, boðaði PFS fyrirhugaða ákvörðun sína. Þar kom fram að heildsala Símanum hefði hagað samningum sínum við IMC, Tal og smásölu Símanum þannig að þessir aðilar nýtu tiltekinnar hlutdeildar í lúkningarverkjum heildsölu Símanum á meðan lúkningarverð Símanum væri hærra en kostnaðargreining segði til um. PFS hafði ýmislegt við þessa framkvæmd að athuga.

Í fyrsta lagi væri ekki hægt að leggja stöðu sýndarnetsaðila, eins og Tals, að jöfnu við smásölu Símanum. Smásala Símanum væri í stöðu endursöluaðila og ætti því ekki að eiga möguleika á að njóta hlutdeildar í lúkningarverkjum heildsölnnar ef slík framkvæmd væri á annað borð lögmæt. Endursöluaðilar innheimtu ekki eigin lúkningarverkjur né ættu tilkall til hlutdeildar í lúkningarverkjum fjarskiptafyrirtækis sem á hvíldi kvöð um eftirlit með gjaldskrá og þyrfti þar af leiðandi að byggja lúkningarverð sín á kostnaðargreindum verðum. Það væri ekki rétt hjá Símanum að Tal væri smásali í farsímaneti Símanum eins og raunin væri með endursöluaðila eins og smásölu Símanum. Því væri alls ekki hægt að leggja smásölu Símanum að jöfnu við slíkan sýndarnetsaðila. Því síður væri hægt að leggja smásölu Símanum að jöfnu við aðila sem kaupir reiki og ræki umfangsmikið farsímakerfi. Slíkir aðilar rækju sitt eigið kerfi að hluta til og ættu í viðskiptum við heildsölu Símanum á heildsölustigi varðandi það sem upp á vantaði.

PFS taldi að innheimta bæri lúkningargjöld á milli sýndarnetsaðila og þess netrekanda sem veitti sýndarnetsaðgang, svo framarlega sem slíkir aðilar innheimtu lúkningargjöld gagnvart öðrum aðilum. Slíkt væri í samræmi við jafnræðiskvöðina á markaði 7. Þegar af þeirri ástæðu væri óeðlilegt að sýndarnetsaðilar nýtu hlutdeildar í lúkningarverkjum netrekandans. Hvor aðili um sig innheimti aðeins sín eigin lúkningargjöld og bæri að gæta jafnræðis í hvívetna við veitingu lúkningarþjónustu. Slík hlutdeild sýndarnetsaðila eða smásölu Símanum gengi í berhögg við forsendur og framkvæmd kostnaðargreiningar á lúkningarverði. PFS hefði síðustu ár ákvarðað tímabundna yfirverðlagningu hámarksverða fyrir lúkningu m.v. kostnaðarverð Símanum til að gæta meðalhófs gagnvart markaðsaðilum. Kysi Síminn að nýta sér ekki slík hámarksverð bæri að lækka lúkningarverð samsvarandi gagnvart öllum viðskiptavinum sem lykju símtölum í neti Símanum. Slík framkvæmd myndi að mati PFS einnig brjóta í bága við kvöð um eftirlit með gjaldskrá á markaði 15, þar sem slík hlutdeild sýndarnetsaðila gæti haft áhrif á kostnaðargreiningu aðgangsverða hjá netrekandanum og skekkt útkomuna.

Að öllu ofangreindu virtu hefði PFS í hyggju að mæla fyrir um að Símanum væri óheimilt að veita smásölu félagsins hlutdeild í lúkningarverkjum heildsölnnar. Það sama ætti við um aðra endursöluaðila eða sýndarnets- og reikiaðila. Ennfremur að Síminn skyldi leiðrétta slíkar millifærslur á milli deilda félagsins allt aftur til desember 2009 þegar umrædd framkvæmd hefði hafist. Þá hygðist PFS mæla fyrir um að allir samningar á milli heildsölu og smásölu félagsins væru skriflegir, auk þess sem deildirnar skyldu gera endursölusamning sín á milli í samræmi við gildandi viðmiðunartilboð um endursölusamning. Slíkar kröfur ættu að auðvelda

PFS eftirlit sitt með Símanum sem fyrirtækis með umtalsverðan markaðsstyrk á mörkuðum 7 og 15.

4.3.3 Andmæli Símans

Með bréfi, dags. 13. apríl s.l., bárust PFS andmæli Símans við hina fyrirhugaðu ákvörðun. Fram kom að Síminn teldi ákveðna rökvillu felast í því að heimila smásöluáðila ekki hlutdeild í þeim tekjum sem hún skapaði. Ef heildsöluarmur fjarskiptafyrirtækis gerði ekki samning við smásölu væri ljóst að það yrðu engir viðskiptavinir á neti heildsölunnar. Það væri því forsenda fyrir lúkningartekjum að smásalan hefði viðskiptavini sem viðskiptavinir annarra fjarskiptafyrirtækja hringdu í. Það væri því starfsemi smásölunnar sem skapaði lúkningartekjur en ekki starfsemi heildsölunnar enda gerði heildsalan ekki samninga beint við endanotanda. Að mati Símans væri eðlilegt og rökrétt að sá aðili sem byggji til umferðina, og þar af leiðandi tekjurnar, ætti rétt á því að fá hlutdeild í þeim tekjum, að því gefnu að kostnaðarlegar forsendur væru fyrir slíkri framkvæmd. Heildsala fjarskiptafyrirtækis væri algerlega háð því að smásalan næði góðum árangri.

Raunar teldi Síminn að það væri ekkert í fjarskiptalögum sem bannaði samkomulag um hlutdeild í lúkningartekjum og í raun væri slíkt bann, sem fæli í sér inngríp í samningafrelsi þeirra aðila sem hlut ættu að máli, óheimilt. Takmörkun á samningsfrelsi yrði aðeins skert með lögum. PFS byggði niðurstöðu sína ekki á tilvísun til viðhlítandi lagastoðar, s.s. með því að byggja á viðeigandi ákvæði í fjarskiptalögum.

Af ofangreindum ástæðum biðlaði Síminn sérstaklega til PFS að stofnunin aðlagði boðaða ákvörðun að þessu leyti og bannaði ekki með afdráttarlausum hætti þann möguleika að bjóða smásölueiningu hlutdeild í þeim tekjum sem heildsalan skapaði, hvort sem það væri smásala Símans eða annars aðila sem hugsanlega kæmi inn á kerfi Símans. Í öllu falli væri nauðsynlegt að halda slíkum möguleika opnum enda gæti þetta haft áhrif á getu netrekanda til þess að bjóða þjónustuveitendum að starfa á sínu kerfi. Teldi Síminn að ef unnt væri að bjóða upp á hlutdeild í lúkningartekjum, gæti það aukið á samkeppni milli heildsölueininga og þannig haft hvetjandi áhrif fyrir nýja aðila að koma inn á smásölumarkaðinn sem þjónustuveitendur. Ennfremur ætti hlutdeild í lúkningu að geta styrkt rekstrargrundvöll nýrra smásöluáðila sem vildu ekki fjárfesta í eigin farsímakerfi. Þá gæti þetta opnað fyrir ólík viðskiptamódel sem aftur eflði samkeppni og skapaði forsendur fyrir aukinni verðsamkeppni. Síminn áskildi sér rétt til að bjóða hlutdeild í lúkningartekjum, væru kostnaðarlegar forsendur fyrir hendi. Væri því samningur um hlutdeild í lúkningartekjum ekki brot á kvöðum vegna markaðar 7 og væri fullyrðingum PFS um annað mótmælt.

4.3.4 Ákvörðun PFS

Eins og fram kemur hér að ofan hefur heildsala Símans hagað samningum sínum við Tal og smásölu Símans þannig að þessir aðilar njóti tiltekinnar hlutdeildar í lúkningartekjum heildsölu Símans á meðan lúkningarverð Símans er hærra en kostnaðargreining segir til um. Samkvæmt ákvörðun PFS nr. 3/2012 frá 13. janúar s.l. skal lúkningarverð Símans vera orðið jafnt kostnaðargreindu verði þann 1. janúar 2013 eða eftir um 8 mánuði. Ljóst er því að aðstæður þær sem Síminn getur um, þ.e. að hámarkslúkningarverð geti verið hærra en kostnaðargreind verð, verða brátt úr sögunni. Aðstæðurnar verða því úr sögunni áður en aðgangskvöð á Símann

fellur úr gildi í lok mars 2013. PFS hefur auk þess ýmislegt annað við þessa framkvæmd að athuga.

PFS hyggst ekki breyta hinni fyrirhugðu ákvörðun sinni að þessu leyti, þrátt fyrir ofangreind andmæli Símans. Vísast hér til rökstuðnings þess sem fram kom í ofangreindu boðunarbréfi PFS. Ítrekað skal að ekki er unnt að leggja stöðu smásölu Símans að jöfnu við sýndarnetsaðila. Óumdeilt er í málinu að Tal naut ekki slíkrar hlutdeildar og virðist ágreiningslaust að umrædd hlutdeild komi til álita í samskiptum sýndarnetsaðila og netrekanda þar sem innheimt eru gagnkvæm lúkningargjöld. Staða smásölu Símans er hins vegar hliðstæð stöðu endursöluaðila. Endursöluaðilar innheimta ekki eigin lúkningartekjur né eiga þeir tilkall til hlutdeildar í lúkningartekjum fjarskiptafyrirtækis sem hefur á sér kvöð um eftirlit með gjaldskrá og þarf þar af leiðandi að byggja lúkningarverð sín á kostnaðargreindum verðum. Endursöluaðilar semja um aðgang að kerfum Símans í samræmi við kvaðir félagsins á markaði 15. Smásölutekjur endursöluaðila koma svo frá viðskiptavinum þess félags en aðgangsgjaldið til heildsölu Símans eru aðföng í þeim rekstri. Ekki ber að blanda hlutdeild í lúkningartekjum við samskipti heildsölu Símans og endursöluaðila.

Lúkningargjöld eiga aðeins að dekkja kostnað við lúkninguna sjálfa að viðbættum eðlilegum hagnaði. PFS hefur á undanförunum árum ákvarðað hámarks lúkningargjöld á Símann á grundvelli kostnaðarverðs, en Síminn og aðrir markaðsaðilar hafa fengið aðlögunarfrest til 1. janúar 2013 til að aðlaga lúkningarverð sín að hinum kostnaðargreindu verðum. Það er félaginu í sjálfsvald sett hvort það innheimti hámarksgjaldið sem er umfram kostnaðargreind verð. Kjósi félagið að gera það getur það hins vegar ekki veitt smásölu sinni eða öðrum endursöluaðilum hlutdeild í þeim umframtekjum á meðan félagið er undir kvöðum á bæði mörkuðum 7 og 15. Eftir að kvaðir á markaði 15 hefur verið aflétt er það Símanum í sjálfsvald sett hvernig það semur við endursala sína, svo framarlega sem farið er að ákvæðum samkeppnislaga. Kjósi Síminn að nýta sér ekki slík hámarksverð ber að lækka lúkningarverð samsvarandi gagnvart öllum viðskiptavinum sem ljúka símtali í neti Símans. Slík framkvæmd myndi að mati PFS einnig brjóta í bága við kvöð um eftirlit með gjaldskrá á markaði 15, þar sem slík hlutdeild sýndarnetsaðila getur haft áhrif á kostnaðargreiningu aðgangsverða hjá netrekandanum og skekkt útkomuna.

Síminn vísar til þess að ekkert í fjarskiptalögum banni umrætt fyrirkomulag, auk þess sem það geti aukið samkeppni á heildsölumarkaði og styrkt rekstrargrundvöll nýrra endursöluaðila. PFS er sammála því að ekkert lagaákvæði í fjarskiptalögum fjalli beinlínis um fyrirkomulag þetta. Hins vegar hefur PFS rökstutt það hér að ofan að samspil kvaða á mörkuðum 7 og 15 komi í veg fyrir fyrirkomulag þetta, þ.e. að það brjóti gegn jafnræðiskvöð og samrýmist ekki forsendum kostnaðargreiningar samkvæmt kvöð um eftirlit með gjaldskrá. Álagning umræddra kvaða á sér skýra lagastoð í fjarskiptalögum, sbr. 30. og 32. gr. fjarskiptalaga nr. 81/2003. Þá fær PFS með engu móti séð að slíkt fyrirkomulag eitt og sér sé líklegt að stuðla að aukinni samkeppni á heildsölumarkaði eða innkomu nýrra endursöluaðila á markað, enda rökstyður Síminn það með engu móti. Þvert á móti skapar fyrirkomulag þetta aukið flækjustig og er ógagnsætt.

Að öllu ofangreindu virtu er það niðurstaða PFS að Símanum sé óheimilt að veita smásölu félagsins hlutdeild í lúkningartekjum heildsölnnar. Það sama á við um aðra endursöluaðila eða

sýndarnets- og reikiaðila. Ennfremur ber Símanum að leiðrétta slíkar millifærslur á milli deilda félagsins allt aftur til desember 2009 þegar umrædd framkvæmd hófst, auk þess sem allir samningar á milli heildsölu og smásölu félagsins skulu vera skriflegir. Þá skulu smásölu- og heildsölueiningar Símans gera endursölusamning sín á milli í samræmi við gildandi viðmiðunartilboð um endursölusamning.

4.4 Eru símtöl á milli Símans og Tals innan- eða utankerfissímtöl samkvæmt upphaflegu viðmiðunartilboði Símans um sýndarnetsaðgang?

4.4.1. Hin boðaða ákvörðun PFS

Í hinni boðuðu ákvörðun PFS, dags. 21. mars 2012, kom fram að á Símanum hefði hvílt sú kvöð frá árinu 2006 að gæta jafnræðis varðandi lúkningu allra símtala í farsímaneti sínu sem stöfuðu frá öðrum farsímanetum eða talsímanetum og fram færu í gegnum samtengingu neta. Frá 16. júlí 2010 hefði sú skýra skylda hvílt á Símanum að koma samningamálum sínum í það horf að ekki væri um mismunun að ræða og hefði félaginu ekki verið heimilt að innheimta herra lúkningargjald vegna lúkningar frá neinu öðru neti en næmi lægsta lúkningargjaldi sem félagið hefði veitt vegna lúkningar í farsímanet sitt. Ljóst væri að Síminn hefði ekki innheimt lúkningargjöld af Tali frá því að síðarnefnt félag hefði hafið að innheimta slík gjöld í lok ágúst 2010.

Ekki væri ágreiningur um það í máli þessu að Tal teldist sýndarnetsaðili í farsímaneti Símans. Síminn hefði haldið því fram að símtöl á milli viðskiptavina Símans og Tals væru innankerfissímtöl. Því hefði Vodafone og Nova hafnað. Ágreiningur málsins snéri því fyrst og fremst að því að skera úr um hvort símtöl á milli Símans og Tals teldust til innankerfis- eða utankerfissímtala í skilningi ákvarðana PFS nr. 18/2010 og 3/2012 á markaði 7. Það væri fyrirhuguð niðurstaða PFS að ekki hefði verið um innankerfissímtöl að ræða á því tímabili sem málið varðaði, þ.e. frá lokum ágúst 2010 þar til Síminn hefði látið af hinni ólögmetu mismunun á milli farsímafyrirtækja hvað innheimtu lúkningargjalda varðaði. Það væri því fyrirhuguð afstaða PFS að Síminn hefði brotið gegn jafnræðiskvöð á markaði 7 á því tímabili sem málið varðaði.

Það væri ennfremur fyrirhuguð niðurstaða PFS að Símanum bæri að endurgreiða öðrum farsímafyrirtækjum en Tali og IMC innheimt lúkningargjöld fyrir það tímabil sem mál þetta varðaði eða að ná fram í samvinnu við Tal gagnkvæmri leiðréttingu á uppgjöri fyrir farsímaumferð á milli félaganna fyrir umrætt tímabil miðað við að um utankerfissímtöl hefði verið að ræða með tilheyrandi gagnkvæmum lúkningargjöldum. Miða skyldi leiðréttinguna við það að Tal innheimti sama lúkningargjald af farsíma- og talsímasviði Símans og félagið gerði gagnvart Vodafone og Nova. Ákvæði Síminn að fara seinni leiðina bæri að leiðrétta gjaldfærslu Símans vegna þjónustu félagsins við Tal vegna símtala á milli félaganna, sem Síminn hefði skilgreint og gjaldfært sem innankerfissímtöl.

Kysi Síminn að fara seinni leiðina bæri Símanum að tilkynna PFS um slíkt innan mánaðar frá birtingu ákvörðunarinnar og ljúka skyldi uppgjörinu innan tveggja mánaða frá því að PFS bærisk framangreind tilkynning. Bera skyldi uppgjörið og forsendur þess undir PFS til samþykktar innan framangreindra tímamarka. PFS gæti gert breytingar á niðurstöðu og/eða forsendum uppgjorsins. Bærisk PFS ekki framangreind tilkynning frá Símanum innan mánaðar

frá birtingu ákvörðunarinnar eða skilaði PFS ekki drögum að uppgjöri innan ofangreinds tveggja mánaða frests yrði litið svo á að endurgreiðsluskylda Símans hefði vaknað gagnvart öðrum farsímafyrirtækjum en Tali og IMC.

4.4.2. Fyrri andmæli Símans

Með bréfi, dags. 13. apríl s.l., bárust athugasemdir Símans við hinni boðuðu ákvörðun. Fram kom að Síminn teldi rétt að koma á framfæri minniháttar athugasemdum og áréttaði að fyrirkomulag þeirra viðskipta sem lagt hefði verið upp með gagnvart Tali hefðu veri í góðri trú. Skilningur Símans hefði verið sá að samkomulagið við Tal hefði verið fullkomlega lögmætt og í samræmi við álagðar kvaðir. Um væri að ræða fyrsta sýndarnetsaðilann á Íslandi og því eðlilegt að ákveðin réttaróvissa ríkti um það með hvaða hætti ætti að skilgreina sýndarnetsaðila, þ.e. hvort um væri að ræða aðila sem væri „innankerfis“ á neti Símans eða sérstakan og fullkomlega sjálfstæðan netrekanda. Hefði PFS skýrt afstöðu sína og myndi það endurspeglast í viðskiptum Símans við Tal eða annan aðila sem hugsanlega óskaði eftir því að fá sambærilega stöðu í framtíðinni.

Til skemmri og lengri tíma væri það eðlilegt, með hliðsjón af uppsetningunni gagnvart Tali, að skilgreina bæri umferð milli viðskiptavinar sýndarnetsaðila og viðskiptavinar Símans með sama hætti og ef væri að ræða símtöl milli tveggja viðskiptavina Símans. Væri það eftir sem áður skoðun Símans að það fyrirkomulag hefði verið betri kostur fyrir sýndarnetsaðila til lengri tíma litið. Varðandi fullyrðingar PFS um að samningur Símans við Tal hefði komið Tali verr væri því harðlega mótmælt og vakin skyldi athygli á því að Tal var sjálft fylgjandi fyrirkomulaginu. Tal ætti eðlilega að vera sá aðili sem best væri til þess fallinn að greina hvaða fyrirkomulag hentaði félaginu best.

Síminn gerði á þessu stigi ráð fyrir því að velja þá leið að gera upp við Tal í samræmi við þær leiðbeiningar sem settar hefðu verið fram hjá PFS um skilgreiningu á sýndarnetsaðila, m.t.t. innankerfissímtala, og hefði þegar tilkynnt Tal um það. Vonast væri til þess að unnt væri að ljúka uppgjöri við Tal sem fyrst. Formleg tilkynning yrði send PFS innan mánaðar frá því að ákvörðunin yrði formlega birt. Síminn óskaði þó eftir lengri fresti til þess að ljúka uppgjörinu sjálfu en eins og fram hefði komið í hinni boðuðu ákvörðun væri ákvörðunar vegna breytinga á viðmiðunartilboði Símans um sýndarnetsaðgang að vænta innan tíðar. Teldi Síminn eðlilegt að biða með formlegt uppgjör þar til sú niðurstaða lægi einnig fyrir.

4.4.3. Andmæli Vodafone

Með bréfi, dags. 4. apríl 2012, bárust athugasemdir Vodafone við hinni boðuðu ákvörðun. Fram kom að kvaðir þær sem PFS legði á fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk sækti stöð sína í tilskipanir ESB á sviði fjarskipta, m.a. í rammatilskipun 2002/21/EB. Samtök evrópskra fjarskiptaeftirlitsstofnana (áður ERG, nú BEREC) hefði á árinu 2006 gefið út skýrslu um sameiginlega afstöðu stofnana til viðeigandi kvaða og virkni þeirra. ERG hefði talið að ekki nægði að leggja kvaðir heldur yrði eftirlitsstofnun að tryggja að brot fyrirtækis gegn álöggðum kvöðum sættu viðurlögum. Þannig stæði í skýrslunni:

“To achieve incentive compatibility, the NRA needs to be able to adjust the pay-off from non-compliance. This will normally involve giving the SMP firm strong financial incentives to comply.”

ERG tæki sérstaklega fram að hefði hið markaðsráðandi fyrirtæki innheimt gjöld umfram kostnað í trássi við fyrirmæli um kostnaðargreiningu bæri að kveða á um endurgreiðslu þess fyrirtækis til viðsemjenda. Að sama skapi mætti kveða á um greiðslur fyrirtækis með umtalsverðan markaðsstyrk til viðsemjenda vegna synjunar á þjónustu og tafa á afhendingu hennar. Af framansögðu væri ljóst að hið evrópska regluverk byggði á því að til þess að stuðla að samkeppni bæri að fylgja eftir kvöðum sem lagðar hefðu verið á fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk með viðeigandi hætti þannig að ljóst væri að enginn hagur væri í því fyrir fyrirtæki að brjóta gegn kvöðunum. Samkvæmt lögum um Póst- og fjarskiptastofnun hefði stofnunin víðtækar eftirlitsheimildir og gæti m.a. gert kröfu um að fjarskiptafyrirtæki gerði nauðsynlegar úrbætur að viðlögðum réttinda- og/eða leyfissmissi.

Mál þetta snéri að því hvort Síminn hefði brotið gegn jafnræðiskvöð á markaði 7 með því að innheimta lægri lúkningargjöld af Tali og IMC en öðrum farsímafyrirtækjum. Hafa bæri einnig í huga að það fælist í kvöð um eftirlit með gjaldskrá að PFS hefði mælt fyrir um hámarksverð lúkningar en í því fælist að fjarskiptafyrirtæki væri heimilt að innheimta lægra verð ef það svo kysi. Þar sem nú lægi fyrir að Síminn hefði innheimt lægri lúkningargjöld af framangreindum fyrirtækjum en ákvarðað hámarksverð, yrði að mati Vodafone að líta svo á að Síminn hefði á umræddu tímabili lækkað lúkningarverð sín sem því næmi. Í ákvörðun um brot gegn jafnræðisreglu yrði því eingöngu mælt fyrir um að Síminn leiðrétti oftekin lúkningargjöld gagnvart öðrum fyrirtækjum sem brotið hefði verið á. Sú leið sem PFS legði til sem valkost, þ.e. að Síminn semdi við Tal um afturvirka leiðréttingu á lúkningargjöldum væri að mati Vodafone með öllu óásættanleg. Ljóst væri að með þessari aðferð væri framangreindum fyrirtækjum gefinn kostur á að semja um lyktir máls sín á milli án þess að bætt væri úr stöðunni gagnvart þeim fyrirtækjum sem brotið hefði verið á. Sú leið væri einnig til þess fallin að draga verulega úr virkni kvaða enda ljóst að yrði sú niðurstaða ofan á myndi Síminn hafa komist upp með að brjóta gegn grundvallarreglu um jafnræði óáreitt um langan tíma.

Til samanburðar mætti vísa í nokkrar ákvarðanir breska fjarskiptaftirlitsins (Ofcom) er vörðuðu oftekin gjöld. Í hinu svonefnda Energis/BT máli frá 2005 hefði verið deilt um oftekin gjöld fyrir ISDN2, en þau hefðu verið háð kvöð um eftirlit með gjaldskrá. Ofcom hefði komist að þeirri niðurstöðu að BT bæri að endurgreiða viðsemjendum oftekin gjöld á þeim tíma sem þau samræmdust ekki kostnaðargreiningu. Í hinu svonefnda PPC máli frá 2010 hefðu atvik verið þau að BT hefði lækkað eigin gjöld vegna umflutnings (e. transit) í kjölfar þess að félagið þáði greiðslur frá sýndarnetsaðilum. BT hefði hins vegar ekki tryggt samsvarandi lækkun til viðsemjenda sinna. Ofcom hefði komist að þeirri niðurstöðu að þar sem lækkunin hefði ekki skilað sér til viðsemjenda væri um oftekin gjöld að ræða og fyrirskipaði BT að endurgreiða viðsemjendum mismuninn.

Samkvæmt framansögðu væri það mat Vodafone að PFS bæri, að teknu tilliti til hlutverks stofnunarinnar samkvæmt lögum um Póst- og fjarskiptastofnun, sem og að teknu tilliti til markmiða rammatilskipunarinnar, að kveða á um að Símanum bæri að endurgreiða Vodafone og eftir atvikum öðrum fjarskiptafyrirtækjum oftekin gjöld enda um skýlaust brot á kvöð um jafnræði að ræða. Sú niðurstaða væri best til þess fallin að tryggja að markaðsaðilar færu að þeim kvöðum sem á þá hefðu verið lagðar samkvæmt fjarskiptalögum og þannig stuðlað að virkri samkeppni á fjarskiptamarkaði. Sú leið sem lögð væri til í hinni boðuðu ákvörðun að því

er varðaði afturvirkar leiðréttingar á samningum Símans og Tals samrýmdist ekki skyldum PFS samkvæmt framangreindum lögum og rammatilskipun ESB. Lækkun lúkningargjalda gagnvart Tali og IMC fæli að mati Vodafone í sér almenna lækkun á lúkningargjöldum sem rúmaðist innan ramma kvaðar um eftirlit með gjaldskrá.

4.4.4. Andmæli Nova

Með bréfi, dags. 4. apríl 2012, bárust athugasemdir Nova við hinni boðuðu ákvörðun. Nova væri sammála þeirri niðurstöðu PFS að Síminn hefði brotið gegn jafnræðiskvöð sem á félaginu hvíldi með því að fella niður lúkningargjöld gagnvart Tali, sem aftur hefði fellt niður lúkningargjöld sín gagnvart Símanum.

Að mati Nova fengi ekki annað staðist en að Símanum bæri einfaldlega að endurgreiða öðrum farsímafyrirtækjum en Tali og IMC innheimt lúkningargjöld að því leyti sem þau væru óhagstæðari en þau lúkningarverð sem giltu gagnvart Tali í samræmi við 30. gr. fjarskiptalaga og þær skyldur sem hvíldu á Símanum samkvæmt ákvörðunum PFS. Ekki fengi staðist að Síminn og eftir atvikum Tal hefði þann valkost að bakka aftur í tímann og endursemjja sig í kringum málið, rétt eins og ekkert tiltökumál hefði verið að brjóta gegn jafnræðiskvöð. Í þeirri skyldu Símans að gæta jafnræðis varðandi innheimtu lúkningargjalda fælist um leið samskonar réttur viðsemjenda Símans. Nova ætti lögvarinn rétt til þess að njóta sömu kjara varðandi lúkningaruppgjör gagnvart Símanum og Tal hefði notið, enda lægi fyrir sú afstaða PFS að um sambærileg viðskipti hefði verið að ræða og sjónarmiðum Símans um annað hefði verið hafnað. Hlutur Nova vegna þessa brots Símans yrði ekki réttur með því að Síminn og Tal hönnuðu einhvers konar enduruppgjör aftur í tímann sem hentaði viðskiptahagsmunum þeirra.

Þá yrði að hafa í huga að Síminn bæri höfuð og herðar yfir aðra markaðsaðila hér á landi. Síminn væri, ekki síst vegna fyrri lögbundinnar einokunarstöðu og þess styrks sem fyrirtækið byggði yfir, það fyrirtæki á fjarskiptamarkaði sem allir yrðu að tengjast og ekkert fjarskiptafyrirtæki gæti hagað starfsemi sinni án ríkulegs tillits til Símans. Í máli þessu væri upplýst að Síminn hefði gengið til ákveðinna samninga við tiltekinn viðskiptavin og mismunaði aðilum gróflega. Við blasti að háttsemi Símans væri óeðlileg og brýnt að PFS stöðvaði hana eins og til stæði að gera.

Sú fyrirætlan að gefa Símanum val um hvort hann endurgreiddi þeim viðskiptavinum sem hann hefði mismunað oftekin lúkningargjöld eða endursemjja á einhvern hátt við þann aðila sem þátt hefði tekið í hinni brotlegu háttsemi skyti mjög skökku við. Í því fælist í raun að farið væri með lyktir málsins eins og um aðila væri að ræða sem vissi ekki betur en að löglega hefði verið staðið að málum og honum boðið þægileg útleið úr grófu broti. Þar blasti við að umrædd félög gætu gert með sér hvers konar samkomulag til friðþægingar fyrir PFS en án þess að hlutur þeirra væri réttur sem mismununin, og þar með brotið, beindist gegn.

Nova teldi augljóst af atvikum málsins að Síminn, í samvinnu við Tal, hefði búið til fléttu sem hefði átt að koma fyrirtækinu, og sýndarnetsaðilum innan netáhrifa hans, til góða. Eins og PFS væri vel kunnugt gerði Síminn mikið mál úr lúkningarverðum Nova á sínum tíma, með kærumál og mikilli fyrirferð í fjölmiðlum um meinta okurverðlagningu Nova. Þá hefði Síminn talið að ekki gæti gengið að Nova, þrátt fyrir milljarða fjárfestingar, væri stætt á að hefja rekstur með lúkningarmun upp á 5 kr., en árið 2010 hefði Síminn hins vegar talið sjálfsagt að

Tal kæmu undir sinn hatt og tæki upp lúkningarverð með mun hærri mismunarverði en nokkurn tíma hefðu sést hér á landi, í kjölfar kaupleigu á notaðri símstöð Símans, enda hefði áætluð Símans gegnið úr á að aðrir en Síminn greiddu þau lúkningargjöld.

Þannig blasti það við að Síminn og Tal hefðu vélað um að Tal myndi hefja innheimtu lúkningargjalda af Nova og Vodafone, með hærri mun lúkningargjalda en nokkru sinni hefði áður sést hér á landi, en að Síminn myndi losna undan nettó lúkningargjaldi gagnvart Tali með því að gera Tali sérstaklega hagkvæman sýndarnetssamning, þar sem Tal hagnaðist verulega á þeim netáhrifum sem hinn stóri viðskiptamannagrunnur Símans skapaði. Báðir aðilar fengju þannig mikið fyrir sinn snúð. Fengi Síminn og Tal að gera brot sitt upp samkvæmt seinni möguleika PFS myndu áhrif brostins verða engin á félagið sem staðið hefðu að brotinu því þau myndu einfaldlega koma málum þannig fyrir í innbyrðis samningi að hvorugur hlyti skaða af. Samningur félaganna hefði hins vegar unnið markaðinum og keppinautum þeirra skaða sem yrði að jafna. Ákvæði fjarskiptalaga gerðu ekki ráð fyrir neinum valkostum þegar uppvíst yrði um brot gegn jafnræðiskvöð. Réttur Nova stæði til þess að félagið nyti sömu kjara og Tal hefði notið enda um sambærilega viðskipti að ræða að því leytí sem máli skipti varðandi lúkningaruppgjör. Í því sambandi skipti engu hvernig lúkningaruppgjör Tals gagnvart Símanum væru til komin. Síminn vissi eða hefði mátt vita að aðferðafræði fyrirtækisins stæðist ekki skoðun og væri ólögmat. Á því yrði Síminn einfaldlega að bera fulla ábyrgð.

Að ofangreindu virtu væri það krafa Nova að PFS tæki þá ákvörðun að Símanum bæri að endurgreiða öðrum farsímafyrirtækjum en Tali og IMC innheimt lúkningargjöld fyrir það tímabil sem um ræddi.

4.4.5. Seinni andmæli Símans

Með bréfi, dags. 20. apríl 2012, bárust athugasemdir Símans við framangreindum athugasemdum Vodafone og Nova. Fram kom að Tal og Síminn hefðu gert með sér samning um sýndarnetsaðgang Tals að kerfi Símans, en um hefði verið um að ræða fyrsta samning sinnar tegundar á Íslandi. Þar sem ekki væri sérstaklega mælt fyrir um í ákvæðum fjarskiptalaga hvernig skilgreina bæri sýndarnetsaðila, m.t.t. þess kerfis sem hann starfrækti, hefði ríkt eðlileg óvissa um hvernig skilgreina ætti slíkan aðila. Skilningur Símans og Tals hefði verið sá að símtöl á milli viðskiptavina þessara tveggja félaga væru sambærileg símtöl og þau sem ættu upphaf og endi innan sama kerfis. Um fyrirkomulag sýndarnetsaðila væri ekki mælt í ákvæðum fjarskiptalaga og því hefði sannarlega ríkt ákveðin réttaróvissa um þetta fyrirkomulag. Væri þessu gerð skil í hinni boðuðu ákvörðun PFS.

Þar sem PFS hefði ekki fallist á túlkun Símans og Tals væri ljóst að stofnunin væri þeirrar skoðunar að fara skyldi með símtöl milli Tals og Símans líkt og um símtöl milli tveggja kerfa væri að ræða. Gerði Síminn ekki ráð fyrir öðru en unað yrði við þennan þátt málsins. Gert væri ráð fyrir að Síminn og Tal myndi ljúka uppgjóri sem fyrst og myndu félögin innheimta lúkningargjöld sín á milli í samræmi við þá túlkun PFS að um tvö aðskilin kerfi væri að ræða. Því væri ekki um mismunun að ræða. Þá hefði uppgjórið engin áhrif á Nova eða Vodafone enda lyti þetta að viðskiptum milli Tals og Símans. PFS myndi fá uppgjórið afhent til yfirferðar þannig að stofnunin myndi verða fullkomlega upplýst um efni og innihald þess.

Síminn hafnaði því athugasemdum Nova og Vodafone sem ættu sér að mati Símans ekki lagastoð. Teldi Síminn raunverulega að bæði Nova og Vodafone hefðu misskilið hina boðuðu ákvörðun PFS. Þótt PFS benti á að gæta þyrfti jafnræðis ef Síminn ákvæði að innheimta engin lúkningargjöld af Tali, þrátt fyrir ákvörðun PFS, þá veitti sú ábending hvorki Vodafone né Nova sjálfstæðan rétt til þess að krefjast endurgreiðslu, nema Síminn tæki þá ákvörðun að innheimta ekki lúkningargjöld. Slík ákvörðun hefði ekki og myndi ekki verða tekin. Líkt og Síminn og Tal hefðu bæði lýst yfir þá myndi uppgjöri verða lokið sem fyrst og því yrðu greidd lúkningargjöld í samræmi við forsendur PFS. Þá væri staða Vodafone og Nova annars vegar og staða Tals hins vegar með öllu ósambærileg enda starfræktu Vodafone og Nova sitt eigið farsímakerfi en Tal væri sýndarnetsaðili í kerfi Símans.

Síminn mótmælti því sem Vodafone héldi fram í erindi sínu að um væri að ræða lækkun lúkningargjalda gagnvart Tali og hlyti sú fullyrðing að byggjast á misskilningi Vodafone á eðli og ágreiningi málsins. Kæmi það skýrt fram í hinni boðuðu ákvörðun um hvað málið snérist. Þar sem Vodafone hefði greinilega misskilið hina boðuðu ákvörðun þá yrði að skoða athugasemdir félagsins í því ljósi að umfjöllunin ætti ekki við um efnisatriði málsins þar sem tekið væri fram hver ágreiningur málsins væri. Gilti þetta jafnframt um athugasemdir Nova að því marki sem þær væru samhljóma.

Það sem gerði athugasemdir og umfjöllun Vodafone enn einkennilegri væri að í ákvörðun PFS frá 11. apríl 2005 hefði mjög skýrt komið fram að Vodafone hefði beinlínis selt lúkningu á lægra verði til annarra aðila en Símans. Vodafone hefði fullyrt að félagið hefði leiðrétt þann mismun. Virtist Vodafone því telja að leiðrétting sem forveri þess hefði gert á árinu 2005 væri ólögmat. Síminn fengi ekki séð hvernig Vodafone gæti haldið því fram að krafa félagsins ætti við rök að styðjast í þessu ljósi. Að mati Símans yrði ekki betur séð en að sú boðaða ákvörðun PFS að um uppgjör milli Símans og Tals ætti að fara fram væri í fullu samræmi við fyrri framkvæmd stofnunarinnar.

Þá gæti Síminn ekki annað en mótmælt sérstaklega öllum málflutningi Nova sem Síminn fengi ekki séð á hverju byggði. Sú fullyrðing um að Síminn og Tal hefðu „vélað“ um hvernig Tal skyldi haga lúkningu sinni gagnvart Vodafone og Nova væri tilbúningur og bæri að átelja. Síminn teldi að fullyrðing Nova væri sett fram gegn betri vitund enda ætti Nova að vita betur. Dæmdi málflutningur Nova sig sjálfur.

Með því að gera upp við Tal á þeim forsendum sem PFS lýsti, þá yrði fyrirkomulag viðskipta Símans og Tals í því horfi sem PFS teldi viðskiptin eiga að vera. Jafnræðis yrði því gætt bæði til fortíðar og framtíðar og í samræmi við kröfur PFS sem og ákvæði fjarskiptalaga. Þær kröfur sem Nova og Vodafone settu fram ættu ekki við rök að styðjast og fælu í sér niðurstöðu sem væri að mati Símans andstæð ákvæðum fjarskiptalaga.

4.4.6. Ákvörðun PFS

Í ákvörðun PFS nr. 4/2007 á markaði 15 kemur fram að *sýndarnetsaðgangur* veitti sýndarnetsfyrirtækjum möguleika á að bjóða farsímaþjónustu í smásölu. Aðgangurinn gæti skipst í nokkur stig sem miðaðist við það hversu mikill aðgangur að innviðum fjarskiptanetsins væri veittur til heildsölu. Tæknileg útfærsla efsta stigsins, hreins sýndarnets, svipaði til

innanlandsreikis, nema að sýndarnetsaðilinn ræki alls ekkert dreifikerfi. Slíkur sýndarnetsaðili gæti samið sjálfur um reiki og samtengingu. Önnur stig sýndarnets væru svo þau að þjónustuaðilinn ræki eigin þjónustukerfi sem veittu honum aukna möguleika til að auðkenna þjónustu sína betur frá „móðurveitunni“, svo sem eigið gjaldtökukerfi og jafnvel eigin talhólf, SMS/MMS og ýmis sérþjónustukerfi til aukinnar aðgreiningar. Slíkur þjónustuaðili semdi ekki um reiki en gæti í sumum tilvikum samið um samtengingu.

Í sömu ákvörðun kemur fram að *endursala* veiti endursöluaðila möguleika á að endurselja farsímaþjónustu, þannig að hann kaupir annað hvort mínútur eða flutningsgetu af farsímanetsrekanda með afsætti sem veitir honum möguleika á tekjum. Endursöluaðili hefur takmarkaða möguleika á að bjóða önnur verð en farsímanetsrekandinn þar sem verðið byggir á verðskrá þess síðarnefnda. Endursöluaðili býr almennt ekki yfir neinum sjálfstæðum innviðum farsímaþjónustukerfis, en selur þó þjónustu undir eigin vörumerki og kaupir nánast alla stoðþjónustu í heildsölu. Endursöluaðgangur gefur þjónustuaðilum kost á að veita farsímaþjónustu án þess að byggja upp eigið net, enda um að ræða þjónustuaðila með lágmarks rekstrarkostnað, s.s. markaðs-, sölu-, skrifstofu og launakostnað.

Þá er *innanlandsreiki* sú tegund heildsöluaðgangs þar sem farsímafyrirtæki skilgreinir í símsstöð að notendur annars farsímafyrirtækis skuli fá aðgang að ákveðnum og sérmerktum sendistöðvum í farsímakerfi sínu. Reikiumferðin fer um sérstakar reikisamtengileiðir milli fyrirtækjanna sem uppgjör á milli félaganna byggir á.

PFS telur fullvíst að Tal flokkist sem sýndarnetsaðili samkvæmt ofangreindum skilgreiningum. Að mati PFS flokkast sýndarnetsstig Tals á milli þessara tveggja stiga sem nefnd voru hér að ofan. Tal hefur yfir að ráða eigin miðlægum búnaði (símsstöð), IMSI kóða, eigin MNC netkóða, hefur gert samtengi- og sýndarnetsamninga við aðra netrekendur og rekur eigið gjaldtökukerfi og ýmis sérþjónustukerfi til aukinnar aðgreiningar frá móðurveitu Símans. Tal selur auk þess eigin SIM kort og þjónustar endanotendur sína á sama hátt og lóðrétt starfandi farsímafyrirtæki. Hins vegar gerir Tal ekki reikisamninga við önnur félög. Sýndarnetsaðgangur er því aðgangsform sem er millistig endursölu- og reikiaðgangs. Endursöluaðgangur krefst hins vegar lágmarksfjárfestingar á meðan sýndarnetsaðgangur krefst ákveðinnar fjárfestingar í eigin kerfi sem er þó mun minni en nauðsynleg er til að byggja á upp algjörlega sjálfstætt dreifikerfi. Sýndarnetsaðgangur er því hagkvæm leið fyrir þá sem vilja byggja upp farsímarekstur sinn í skynsamlegum skrefum (e. ladder of investment). Því má líta á sýndarnetsaðgang sem næsta skref í uppbyggingu farsímakerfis á eftir endursölu og geta sýndarnetsaðilar boðið upp á breiðara þjónustuframboð en endursöluaðilar. Innanlandsreiki krefst aftur á móti meiri fjárfestingar en sýndarnetsaðgangur, þar sem gert er ráð fyrir að farsímafyrirtæki sem óskar eftir reikisamningi hafi byggt upp net í samræmi við skilyrði tíðnileyfis, en slíkt leyfi hefur Tal ekki.

Í viðmiðunartilboði um sýndarnetsaðgang, sem PFS samþykkti með framangreindri ákvörðun nr. 20/2009, kom fram að markmiðið með sýndarnetsamningi væri að gera viðsemjanda Símans kleift að tengja miðlægum búnað sinn við farsímanet Símans og veita þannig viðskiptavinum sínum farsímaþjónustu á útbreiðslusvæði Símans. Sýndarnetsaðgangur væri ekki veittur þeim sem ættu og rækju eigin dreifikerfi á grundvelli tíðnileyfa. Í viðmiðunartilboðinu er *sýndarnetsaðgangur* skilgreindur á þann hátt að Síminn veiti viðsemjanda aðgang að farsímadreifikerfi sínu, en viðsemjandi væri með eigin miðlægum búnað

og semur um samtengingar við önnur fjarskiptafyrirtæki. *Sýndarnetsumferð* er skilgreind sem umferð sem hefst og lýkur í handtækjum með SIM-kortum viðsemjanda þegar þau eru tengd farsímanetum. *Innankertifssímtal* er skilgreint sem símtal sem á sér upphaf og endi í sýndarneti viðsemjanda (sýndarnetsaðila).¹⁵ *Upphaf símtals* er skilgreint sem símtal sem á sér upphaf í sýndarneti viðsemjanda (sýndarnetsaðila) en lýkur í öðru fjarskiptaneti. *Lúkning símatals* er skilgreint sem símtal sem á sér upphaf í öðru fjarskiptaneti en er lokið í sýndarneti viðsemjanda (sýndarnetsaðila).

Eins og áður hefur komið fram felst ágreiningur málsins í því hvort símtöl á milli viðskiptavina Tals og Símans teljist innan- eða utankertifssímtöl, m.t.t. jafnræðiskvaðar á markaði 7. Í kafla þessum mun PFS gera grein fyrir fyrirhugaðri afstöðu sinni til umrædds álitaefnis. Í kafla 4.6 hér að neðan verður síðan fjallað um hvort hið uppfærða viðmiðunartilboð hafi tekið gildi að mati PFS og þá frá hvaða tímapunkti og með hvaða afleiðingum fyrir hið meinta brot Símans á jafnræðiskvöð á markaði 7.

Í raun má segja að mál það sem hér er til úrlausnar séu tvö aðskilin mál sem þó tengjast að vissu leyti að því er varðar skilgreiningu á innankertifssímtali, sbr. nánar kafla 4.6 hér að neðan. Síminn blandar umræddum málum hins vegar saman með óeðlilegum hætti. Að mati PFS þarf að gera skýran greinarmun á annars vegar sýndarnetsaðgangi á markaði 15, þ.e. samningi um kerfisþjónustu sem Tal kaupir af farsímanetrekstri Símans, og hins vegar jafnræði á lúkningarmarkaði 7, þ.e. gjaldtöku vegna símtala milli viðskiptavina sem enda í neti viðkomandi farsímafyirtækis þar sem fyrir hendi er jafnræðiskvöð m.a. varðandi verðlagningu fyrirtækis með umtalsverðan markaðsstyrk á viðkomandi markaði.

Samningur Tals við Símann um sýndarnetsaðgang felur í sér að Síminn annast ákveðna heildsöluþjónustu fyrir Tal, s.s. upphaf símtala, innankertifssímtöl og lúkningu símtala. Fyrir þetta skal Tal greiða ákveðin heildsölugjöld sem byggja á kostnaðargreindum verðum netrekanda (Símans), en þau byggja á kvöðum um eftirlit með gjaldskrá á mörkuðum 7 og 15. Auk fastra árgjalda skal Tal greiða Símanum eftirfarandi notkunartengd gjöld (án afsláttar) fyrir símtöl: Upphaf í sýndarneti Tals [...] kr./mín, upphaf og lok (innankertifis) í sýndarneti [...] kr./mín og lok í sýndarneti [...] kr./mín. Tal greiðir því [...] kr./mín gjald til Símans fyrir að láta það félag framkvæma lúkningu í dreifikerfi þess þegar viðskiptavinur annars farsímaakerfis (þ.m.t. Símans) hringir í viðskiptavini Tals. Á móti hefur Tal innheimt 12,5 kr./mín, auk 0,6 kr. tengigjalds fyrir hvert símtal.

Jafnræðiskvöð Símans á markaði 7 nær til allra kerfisrekenda, þ.m.t. Tals. Því ber Símanum að innheimta hjá öllum netrekendum, þ.m.t. Tali, sama lúkningargjald vegna símtala sem enda í kerfi Símans, óháð því um hvaða dreifikerfi símtölin hafa farið eða hvort viðkomandi byggir eingöngu á eigin kerfi, reikar að hluta á öðrum kerfum eða semur um sýndarnetsaðgang að dreifikerfi annars netrekanda.

Í máli þessu er ekki ágreiningur um að Tal er sýndarnetsaðili á dreifikerfi Símans. Þann 8. janúar 2010 gerðu Síminn og Tal með sér samning um sýndarnetsaðgang Tals að farsímaakerfi Símans. Markmiðið með samningnum var sagt vera að gera Tali kleift að tengja miðlægan

¹⁵ Í viðmiðunartilboði um endursöluaðgang, sem PFS samþykkti með ákvörðun nr. 19/2009, er innankertifssímtal hins vegar skilgreint sem símtal sem á sér upphaf og endi í farsímaneti Símans.

búnað sinn við farsímanet Símans og veita þannig viðsemjendum sínum farsímaþjónustu á útbreiðslusvæði Símans. Þennan sama dag gerðu umræddir aðilar einnig með sér samning um kaupleigu Tals á símsstöð í eigu Símans og afnot Tals á ýmsum tengdum kerfum og hugbúnaði. Í ofangreindum sýndarnetssamningi kemur fram að *innankerfissímtöl* séu öll símtöl sem eiga upphaf og lúkningu í farsímakerfi Símans, þ.m.t. símtöl milli Símans og Tals. Er skilgreining þessi í ósamræmi við skilgreiningu á umræddu hugtaki í hinu upprunalegu viðmiðunartilboði Símans um sýndarnetsaðgang sem PFS samþykkti með ákvörðun nr. 20/2009. Þar segir að innankerfissímtöl séu símtöl sem eiga sér upphaf og endi í sýndarneti viðsemjanda, þ.e. Tals í þessu tilviki. Hér reynir því á það álítaefni hvaða áhrif slíkt ósamræmi á milli gildandi viðmiðunartilboðs og umrædds samtengisamnings hefur á túlkun jafnræðiskvaðarinnar á lúkningarmarkaði 7.

Síminn hefur gefið þær skýringar að umrædd breyting, sem hlutlægar ástæður réttlættu (bæði tæknilegar og kostnaðarlegar), hefði verið gerð að kröfu Tals og verið því félagi til hagsbóta og að hugsunin hafi verið sú að innankerfissímtal teldist vera hvert það símtal sem ætti sér upphaf og endi innan sama *farsímakerfis*. Síðar undir rekstri málsins breytti Síminn afstöðu sinni á þann veg að þetta ætti við um símtöl sem ættu sér upphafi og endi innan sama *farsímadreifikerfis*. Símtöl þyrftu því að fara á milli sjálfstæðra farsímadreifikerfa til að um lúkningu gæti verið að ræða. Hvert símtal sem færi um skilgreindan samtengipunkt ætti sér aðeins eitt upphaf og eina lúkningu.

Eins og fram kemur í ákvörðunum PFS nr. 18/2010 og 3/2012 á markaði 7 er sérhvert farsímanet skilgreint sem sérstakur markaður hvað lúkningu varðar. Farsímanet samanstendur annars vegar af kjarnabúnaði, t.d. símsstöð og tengdum búnaði, og hins vegar dreifikerfi (fjarskiptasendar og tenging þeirra). Sýndarnetsaðili býr aðeins yfir kjarnabúnaðinum og tengdum búnaði en ekki dreifikerfi. Tal telst slíkur aðili og var félagið útnefnt sem fjarskiptafyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk í eigin sýndarneti með ákvörðun PFS nr. 3/2012 í janúar s.l. Viðmiðunartilboð Símans um sýndarnet gerir beinlínis ráð fyrir að sýndarnetsaðili reki ekki dreifikerfi né hafi yfir tíðnileyfi að ráða. Hafi sýndaraðili slíkt í huga ber honum að tilkynna Símanum um slíkt með góðum fyrirvara og geta þá aðilar komið sér saman um reikisamning í stað sýndarnetssamnings.

Að mati PFS er ljóst að samtenging á milli símsstöðvar Tals og farsímakerfis Símans myndar tæknileg samtengiskil sem uppfyllir hugtaksskilyrði lúkningar í ofangreindum ákvörðunum PFS á markaði 7. Er þetta í samræmi við samþykkt viðmiðunartilboð Símans um sýndarnetsaðgang og raunar hið uppfærða einnig, þ.e. að samtengiskil séu á milli farsímaneta félaganna enda hafi þau gert með sér samtengisamning sem gildir sýndarnetssamningnum til fyllingar. Þetta er enn fremur ljóst samkvæmt viðauka 4 við sýndarnetssamning Símans og Tals sem gerir ráð fyrir samtengingu neta félaganna. Samtengisamningur er í gildi á milli Símans og Tals. Símtöl á milli viðskiptavina Símans og Tals teljast því utankerfissímtöl, eða símtöl á milli sjálfstæðra farsímaneta en ekki innankerfissímtöl eins og Síminn hefur haldið fram.

Síminn hefði því átt að leiðrétta samning sinn við Tal og innheimta sambærileg lúkningargjöld af Tali og gagnvart Vodafone og Nova eða ella bjóða síðastgreindum félögum niðurfellingu lúkningargjalda á sama hátt og Tal hefði notið. Tal hefði á sama tíma átt rétt á að innheimta lúkningargjöld af Símanum, sem eru mun hærri en sá lúkningarkostnaður sem Tal hefði átt að

greiða Símanum. Eru því allar líkur á því að verulega hafi hallað á Tali í umræddum sýndarnetsamningi aðilanna. Síminn heldur því enn fram að umrætt fyrirkomulag hafi ekki verið Tali í óhag. PFS telur þó ljóst að svo sé þegar á heildina er litið. Síminn braut því gegn jafnræðiskvöð á markaði 7 á umræddu tímabili með því að mismuna aðilum við verðlagningu lúkningargjalda.

Ljóst er að högun eða tæknileg útfærsla Símans á farsímadreifikerfi sínu viku ekki skýrri jafnræðiskvöð á markaði 7 úr vegi. Þá er ljóst að ekki er unnt að einblína á það að félögin noti sama farsímadreifikerfið, en farsímadreifikerfi er aðeins einn hluti farsímakerfis farsímafyrirtækis. Sýndarnetsaðgangur veitir farsímafyrirtækjum sem ekki hafa yfir dreifikerfum að ráða aðgang að þeim. Með því að kaupa heildsöluaðgang að farsímadreifikerfi Símans varð Tali sjálfstæður farsímanetsrekandi og fékk heimild til að annast lúkningu símtala og innheimta lúkningargjöld. Það er kjarnabúnaðurinn (símstöð og tengdur búnaður) og samtenging þeirra sem aðgreinir farsímanet félaganna og því ber að innheimta lúkningu þar á milli. Mjög óeðlileg og óæskileg staða yrði annars uppi, t.d. þegar mörg eða flest farsímafyrirtæki væru á dreifikerfi Símans og engin lúkning myndi innheimtast á milli þeirra aðila, þótt algjörlega ótengdir væru að öðru leyti. Slíkt væri mjög skaðlegt fyrir samkeppnina og þá sem ekki nýttu sér dreifikerfi Símans.

Að mati PFS eru skilgreiningar Símans á innankerfissímtali og lúkningu, sem PFS samþykkti með ákvörðun nr. 20/2009, í samræmi við ákvörðun PFS nr. 4/2007 á markaði 15 og viðurkennd sjónarmið um mörk hinna ýmsu tegunda heildsöluaðgangs að farsímanetum, sérstaklega að því er varðar muninn á sýndarnetsaðgangi og endursöluaðgangi. Í hinu uppfærða viðmiðunartilboði er greinarmunurinn sem eðlilegt er að gera á milli sýndarnetsaðila og endursöluaðila í raun afnuminn með öllu. PFS er sammála Vodafone og Nova um að lúkning skuli ávallt eiga sér stað vegna símtala á milli viðskiptavina netrekenda og sýndarnetsaðila. Hið gagnstæða gildir um viðskiptavini endursala og netrekenda, þar fer engin lúkning fram á vegum endursala. Tali greiðir Símanum fyrir sýndarnetsaðganginn í samræmi við kvaðir sem gilda á Símanum á markaði 15, auk þess sem gjald fyrir lúkningarþjónustu byggir á sama kostnaðargrunni og upphaf og innankerfissímtöl byggja á. Lúkning á að fara fram á milli félaganna í samræmi við markað 7. Lúkningarmarkaður ræðst af því í hvaða farsímaneti viðskiptavinir ljúka símtölum sínum en ekki um hvaða dreifikerfi símtölin fara. Innheimti Síminn ekki lúkningu af einu félagi er því óheimilt að gera það gagnvart öðru, annars er um brot á jafnræðiskvöð að ræða. Ber Símanum því að endurgreiða öðrum farsímafyrirtækjum en Tali og IMC innheimt lúkningargjöld frá því að brot á jafnræðiskvöð átti sér stað eða að ná fram í samvinnu við Tali gagnkvæmri leiðréttingu á uppgjöri fyrir farsímaumferð milli félaganna fyrir umrætt tímabil miðað við að um utankerfissímtöl hefði verið að ræða með tilheyrandi gagnkvæmum lúkningargjöldum. Ákveði Síminn að fara seinni leiðina ber að leiðrétta gjaldfærslu Símans vegna þjónustu félagsins við Tali vegna símtala á milli félaganna, sem Síminn hefur skilgreint og gjaldfært sem innankerfissímtöl. Þess í stað gjaldfærði Síminn [...] kr./mín. vegna símtala sem áttu sér upphaf í sýndarneti Tals en var lokið í farsímaneti Símans og [...] kr./mín. vegna símtals sem áttu sér upphaf í farsímaneti Símans en var lokið í sýndarneti Tals.

Síminn nefnir að ósanngjarnt sé að félagið greiði Tali 12,5 kr. í lúkningargjald innan síns dreifikerfis en einungis 5,5 kr. ef um er að ræða lúkningu hjá viðskiptavini Tals í neti

Vodafone. Hér verður enn og aftur að gera skýran greinarmun á milli sýndarnets Tals í neti Símans og endursölusamningi Tals við Vodafone. Endursali reiknar ekki lúkningargjald, enda býr hann ekki yfir farsímakerfi til að framkvæma lúkningu símtala. Dæmi þetta breytir því ekki skyldu Símans til að gæta að jafnræðiskvöð á markaði 7 gagnvart Tali annars vegar og Vodafone og Nova hins vegar. Það gengur ekki að Tal komi fram sem sem endursali gagnvart Símanum en sýndarnetsaðili gagnvart Vodafone og Nova.

Þá hefur Síminn borið því við að félagið hefði brotið gegn jafnræðiskvöð á markaði 15 ef umrædd tilhögun hefði ekki verið viðhöfð. Tal hefði því notið lakari kjara en smásala Símans. PFS hafnar þessu alfarið. Í kafla 4.3 hér að framan hefur PFS lýst þeirri afstöðu sinni að hvorki endursöluaðilar, hér smásala Símans, né sýndarnetsaðilar eigi rétt á hlutdeild í lúkningartekjum Símans sem eru umfram kostnaðargreind verð. Hvert og eitt félag hefur heimild til að innheimta tímabundið á aðlögunartíma þau hámarks lúkningargjöld sem PFS hefur ákvarðað, en þau hafa öll verið hærri en kostnaðargreind verð Símans segja til um og verða það út árið 2012. Þá er ljóst að Síminn þarf að gæta að jafnræðiskvöð þeirri sem lögð var á félagið með ákvörðun á markaði 15. Jafnræðiskvöðin á þeim markaði er hins vegar því marki brennd að Símanum ber að gæta jafnræðis innan hvers aðgangsforms, þ.e. varðandi innanlandsreiki, sýndarnet og endursölu, en ekki á milli ólíkra aðgangsforma.

Að öllu framangreindu virtu er það fyrirhuguð afstaða PFS að Síminn hafi brotið gegn jafnræðiskvöð á markaði 7 frá því að sýndarnetssamningur Símans og Tals kom til framkvæmda er Tal hóf að innheimta lúkningargjöld í lok ágúst 2010. PFS lítur það alvarlegum augum að Síminn skuli haga samningum sínum á heildsölustigi gagnvart mun minni aðila með þeim hætti sem að ofan greinir. Síminn ber bæði kvaðir á mörkuðum 7 og 15 og er hinn öflugri aðili í samningssambandi við hina minni markaðsaðila. PFS telur það engu skipta ef rétt reynist sú fullyrðing Símans að umrædd tilhögun hafi verið gerð að kröfu Tals og hafi hagnast því fyrirtæki. Ljóst er að umrætt fyrirkomulag hefur hagnast Símanum verulega þar sem félagið hefur losnað við að greiða há lúkningargjöld til Tals, þau langhæstu á markaðnum síðustu misseri. Hins vegar er ljóst að Tal hefur tapað á þessu fyrirkomulagi þar sem mikill munur hefði átt að vera á lúkningargjöldum Símans og Tals og hníga öll rök til þess að hallað hafi á Tal í samningi þessum.

Það er því fyrirhuguð niðurstaða PFS að Símanum beri að endurgreiða öðrum farsímafyrirtækjum en Tali og IMC innheimt lúkningargjöld frá því að umrætt brot á jafnræðiskvöð átti sér fyrst stað í lok ágúst 2010 þar til félagið lætur af umræddri mismunun eða að ná fram í samvinnu við Tal um gagnkvæma leiðréttingu á uppgjöri fyrir farsímaumferð á milli félaganna fyrir umrætt tímabil miðað við að um utankerfissímtöl hafi verið að ræða með tilheyrandi gagnkvæmum lúkningargjöldum. Miða skal leiðréttinguna við það að Tal innheimti sama lúkningargjald af farsíma- og talsímasviði Símans og félagið gerði gagnvart Vodafone og Tali. Ákveði Síminn að fara seinni leiðina ber að leiðrétta gjaldfærslu Símans vegna þjónustu félagsins við Tal vegna símtala á milli félaganna, sem Síminn hefur skilgreint og gjaldfært sem innankerfissímtöl. Þess í stað gjaldfærði Síminn [...] kr./mín. vegna símtala sem áttu sér upphaf í sýndarneti Tals en var lokið í farsímaneti Símans og [...] kr./mín. vegna símtals sem áttu sér upphaf í farsímaneti Símans en var lokið í sýndarneti Tals.

Kjósi Síminn að fara seinni leiðina skal Síminn tilkynna PFS um slíkt innan mánaðar frá birtingu ákvörðunarinnar og ljúka skal uppgjörinu innan tveggja mánaða frá því að PFS berst framangreind tilkynning. Bera skal uppgjórið og forsendur þess undir PFS til samþykktar innan framangreindra tímamarka. PFS getur gert breytingar á niðurstöðu og/eða forsendum uppgjörins. Berist PFS ekki framangreind tilkynning frá Símanum innan mánaðar frá birtingu ákvörðunarinnar eða skili PFS ekki drögum að uppgjóri innan ofangreinds tveggja mánaða frests verður litið svo á að endurgreiðsluskylda Símans hafi vaknað gagnvart öðrum farsímafyrirtækjum en Tali og IMC. Síminn hefur óskað eftir frekari fresti til að ljúka uppgjörinu en PFS telur ekki efni til að verða við þeirri kröfu. Áhyggjur Vodafone og Nova þess efnis að Síminn og Tal geti komið sér saman um einhvers konar málamynda endurútreikning eru því ástæðulausar. PFS mun tryggja það að endurútreikningarnir verði réttir miðað við ofangreindar forsendur og að Síminn greiði Tali mismuninn.

Eins og fram kemur hér að framan eru Vodafone og Nova ósátt við að Síminn geti leiðrétt viðskipti sín við Tal í stað þess að endurgreiða Vodafone og Nova meint oftekin lúkningargjöld. PFS telur að of íþyngjandi sé gagnvart Símanum að kveða einungis á um slíka endurgreiðslu þar sem unnt er að afnema umrætt misræmi með umræddu uppgjóri. Mun meira meðalhóf felst því í þeirri leið sem PFS hefur valið, þ.e. að veita Símanum umrædda valkosti. Uppgjórið gerir það að verkum að fyrirkomulag viðskipta Símans og Tals kemst í það horf sem PFS hefur kveðið á um hér að ofan, bæði til fortíðar og framtíðar litið. Uppfylli Síminn ekki þau skilyrði sem PFS hefur sett fyrir umræddri uppgjörleið mun hins vegar koma til umræddra endurgreiðslna. Eftir að umrætt uppgjör hefur farið fram er því ekki um neina mismunun að ræða. Staðan er þá eins og Síminn og Tal hefðu frá upphafi framkvæmt sýndarnettsamninginn á þeim forsendum sem PFS hefur nú úrskurðað um. PFS er ekki í aðstöðu til að draga í efa að Síminn hafi við umrædda samningsgerð verið í góðri trú um að fyrirkomulag þetta væri lögmætt. Mál þetta er mjög flókið og hefur tekið langan tíma í meðförum PFS. Niðurstaðan varð að mati PFS ekki augljós fyrir en á lokastigum málsins. Í ljósi umræddrar óvissu um málalýktir, og þess langa tíma sem málið hefur tekið, væri enn ósanngjarnara fyrir Símann ef einungis yrði kveðið á um endurgreiðslur til Vodafone og Nova án möguleika á uppgjóri við Tal. Hins vegar hefði verið rétt af hálfu Símans að bera umrætt fyrirkomulag undir PFS með formlegum hætti áður en til umrædds samnings var gengið og ber að átelja Símann fyrir slíkt samráðsleysi. Slíkt samráð hefði getað komið í veg fyrir þann ágreining sem hér er til úrlausnar.

Vodafone ber fyrir sig skýrslur ERG (nú BEREC) sem kveða á um að einungis fjárhagsleg viðurlög dugi til að taka á brotum markaðsráðandi fyrirtækja og skapa varnaðaráhrif, auk þess sem félagið reifar tvö bresk mál þar sem Ofcom hefur kveðið á um endurgreiðslu oftekinna gjalda. PFS tekur fram að báðar þær leiðir sem stofnunin mælir fyrir um fela í sér fjárhagsleg viðurlög gagnvart Símanum, mismikil þó. PFS telur því að ákvörðunin sé í fullu samræmi við framangreindar skýrslur og fordæmi. Síminn kemst því ekki upp með að hagnast á brotinu líkt og Vodafone og Nova gefa í skyn. Staðan verður sú sama og brotið hefði ekki átt sér stað. PFS er því ekki sammála Vodafone og Nova um að brot á jafnræðiskvöð feli í sér fortakslausa skyldu fyrir Símann að endurgreiða félögunum meint oftekin lúkningargjöld ef unnt er að bæta úr brotinu með minna íþyngjandi hætti með uppgjóri á milli Símans og Tals.

Þá heldur Nova því fram að fjarskiptalög kvæðu ekki á um neina valkosti þegar uppvíst væri um brot á jafnræðiskvöð. PFS tekur fram að fjarskiptalög kveða heldur ekki á um umræddar endurgreiðslur. Niðurstaða PFS er fengin með heildarmati á þeim réttarreglum sem á reynir í málinu, þ.e. stjórnslulögum, fjarskiptalögum og fyrri ákvörðunum PFS sem tengingu hafa við málið. PFS telur að sjónarmið um meðalhóf vegi þungt í niðurstöðu sinni, þar sem um mjög íþyngjandi ákvörðun væri að ræða ef aðeins yrði kveðið á um beinar endurgreiðslur til Vodafone og Nova. Ljóst er að uppgjör á milli Símans og Tals hleypur á [...] Tali í vil, en endurgreiðslur Símans til Vodafone og Nova myndi hlaupa á [...] á umræddu tímabili. Hafa verður í huga að hinn ólögmæti samningur náði til viðskipta Símans við fjarskiptafyrirtæki sem nýtur aðeins um 5% markaðshlutdeildar. Væri að mati PFS óeðlilegt að útvíkka hin ólögmætu áhrif samningsins út yfir allan markaðinn.

Eins og áður segir verður í kafla 4.5 hér að neðan síðan fjallað um hvort hið uppfærða viðmiðunartilboð hafi tekið gildi að mati PFS og þá frá hvaða tímapunkti og með hvaða afleiðingum fyrir hið meinta brot Símans á jafnræðiskvöð á markaði 7.

4.5 Áhrif hins uppfærða viðmiðunartilboðs Símans um sýndarnetsaðgang á hið meinta brot Símans á jafnræðiskvöð á markaði 7

Í bréfi Símans til PFS, dags. 1. apríl 2011, kom fram að umræddar breytingar á viðmiðunartilboði Símans um sýndarnetsaðgang hefðu átt sér stað á sama tíma og endanleg útgáfa sýndarnetsamningsins við Tal, þ.e. í janúar 2010. Því hefði hið eldra viðmiðunartilboð sem PFS hafði samþykkt í nóvember 2009 verið fjarlægð af heimasíðu Símans enda ekki lengur í gildi. Að lokinni undirritun sýndarnetsamningsins hefði afrit hans verið sent PFS til upplýsingar um málavexti. Þar með teldi Síminn að PFS hefði verið upplýst um breytt efni viðmiðunartilboðsins. Síminn harmaði að hin breytta útgáfa viðmiðunartilboðsins hefði ekki verið birt á heimasíðu Símans á sama tíma. Þá hefði Síminn sent PFS samninginn við IMC í desember 2009, en hann hefði verið byggður á sömu forsendum og samningurinn við Tal varðandi skilgreiningu á innankerfissímtölum. PFS hefði gengið sérstaklega eftir því að fá samning Símans við IMC afhentan. Síminn hefði haft réttmætar væntingar til að ætla að samningurinn yrði þá þegar yfirfarinn af PFS og félaginu gert viðvart ef stofnunin teldi hann ekki samræmast lögum eða ákvörðunum PFS. Það hefði PFS ekki gert og hefði Síminn talið að PFS gerði ekki athugasemdir við viðskiptakjör í samningum félagsins um heildsöluaðgang.

Í ákvörðun PFS nr. 4/2007 á markaði 15 kom fram að með heimild í 29. gr. fjarskiptalaga hefði PFS lagt á Símann kvöð um gagnsæi og að útbúa og birta viðmiðunartilboð fyrir innanlandsreiki, endursölu og sýndarnet. Þá kom fram að ef viðmiðunartilboð Símans væri ekki talið fullnægjandi fyrir markaðinn gæti PFS mælt fyrir um breytingar á því í samræmi við 2. mgr. 29. gr. fjarskiptalaga. Ennfremur að nauðsynlegt væri að Síminn sendi PFS alla samninga sem gerðir væru um aðgang, auk þess að tilkynna allar breytingar sem gerðar væru á samningsskilyrðum innan ákveðins frests. Afrit af undirrituðum samningi sem byggði á viðmiðunartilboði skyldi senda PFS í því formi sem hann væri og eigi síðar en viku eftir undirritun hans. Breytingar á samningnum skyldi einnig tilkynna með þeim hætti að fram kæmu greinilega hverjar og hvar þær væru.

Með ákvörðun PFS nr. 20/2009, frá 26. nóvember 2009, tók PFS ákvörðun um breytingar á skilmálum viðmiðunartilboðs um sýndarnetsaðgang að farsímaneti Símans. Umrætt

viðmiðunartilboð gerði ráð fyrir að innankerfissímtal væri símtal sem ætti sér upphaf og endi í sýndarneti viðsemjanda (sýndarnetsaðila). Í ofangreindri ákvörðun var gerð grein fyrir þeim skilmálum viðmiðunartilboðs Símans sem PFS sá ástæðu til að gera athugasemdir við og mæla fyrir um breytingar á, í þeim tilgangi að viðmiðunartilboðið yrði í fullu samræmi við ákvæði fjarskiptalaga og álagðar kvaðir skv. ákvörðun PFS nr. 4/2007. Meðal ákvæða sem PFS breytti í upphaflegu viðmiðunartilboði Símans um sýndarnetsaðgang var ákvæði 1.4 er varðar breytingar á samningi. Skyldi ákvæðið hljóða svo:

„Nýtt viðmiðunartilboð skal birt til kynningar og sent viðsemjanda og Póst- og fjarskiptastofnun að minnsta kosti þremur mánuðum fyrir gildistöku þess. Að þeim tíma liðnum tekur viðmiðunartilboðið gildi sem samningur um sýndarnetsaðgang milli Símans og viðsemjenda hans.

Geti viðsemjandi Símans ekki fellt sig við alla þætti nýs viðmiðunartilboðs tekur viðmiðunartilboðið aðeins gildi sem samningur varðandi þá þætti sem enginn ágreiningur stendur um. Getur hvor aðili um sig skotið ágreiningi um efni viðmiðunartilboðs/samnings um sýndarnetsaðgang til úrlausnar Póst- og fjarskiptastofnunar.

Síminn birtir „Viðmiðunartilboð um sýndarnetsaðgang“ á vef sínum.“

Í hinu uppfærða viðmiðunartilboði Símans um sýndarnetsaðgang, sem PFS er með til meðferðar samhliða máli þessu, hefur Síminn breytt skilgreiningu á innankerfissímtali þannig að um er að ræða öll símtöl sem eiga sér upphaf og lúkningu í farsímakerfi Símans, þ.á.m. símtöl á milli Símans og viðsemjanda (sýndarnetsaðila). Þá hefur Síminn breytt skilgreiningu á lúkningu á þann hátt að um sé að ræða símtal sem á sér upphaf í öðru fjarskiptaneti en farsímaneti Símans og lokið er í sýndarneti viðsemjanda, en ekki símtal sem ætti sér upphaf í öðru fjarskiptaneti (þ.m.t. neti Símans) og lokið væri í sýndarneti viðsemjanda, eins og hið upprunalega viðmiðunartilboð gerði ráð fyrir. Eins og fram kemur í kafla 4.4.6 hér að framan telur PFS að slíkt sé í ósamræmi við ákvarðanir PFS nr. 18/2010 og 3/2012 á markaði 7, 4/2007 á markaði 15 og 20/2009 um breytingar á viðmiðunartilboði Símans um sýndarnetsaðgang, ásamt því að vera í ósamræmi við viðurkennd sjónarmið um mörk hinna ýmsu tegunda heildsöluáðgangs að farsímanetum, sérstaklega að því er varðar muninn á sýndarnetsaðgangi og endursöluáðgangi.

Það er rétt hjá Símanum að félagið hafi sent PFS svokallaðan reikisamning á milli Símans og IMC frá nóvember 2009 í desember það ár. Samningurinn var sendur með tölvupósti til starfsmanns PFS, að hans beiðni, í tengslum við gagnaöflun og undirbúning stofnunarinnar að greiningu á markaði 15. Þegar PFS hefur vinnu við markaðsgreiningar er ýmissa gagna og upplýsinga aflað, en nákvæm skoðun á umræddum gögnum getur farið fram mun síðar en þeirra er aflað. Markaðsgreiningar eru langtímaverkefni sem geta tekið allt að 2-3 ár í vinnslu. Umræddur samningur um innanlandsreiki bar ekki með sér að vera ígildi samnings um sýndarnetsaðgang eða jafnvel endursöluáðgang eins og PFS er á nú, en PFS mun fjalla um umræddan samning Símans og IMC í sérstöku máli. Það er hins vegar ekki rétt hjá Símanum að félagið hafi sent PFS afrit af sýndarnetssamningi Símans og Tals í janúar 2010 með upplýsingum um málavexti. PFS fékk umræddan samning ekki afhentan fyrr en í tölvupósti þann 23. júní 2010 að beiðni stofnunarinnar. Var það ennfremur gert sem liður í gagnaöflun vegna markaðsgreiningar á markaði 15. Vinna við umrædda markaðsgreiningu fór síðan á skrið á seinni hluta ársins 2010.

Eins og fram hefur komið í máli Símans segist félagið hafa breytt framangreindu viðmiðunartilboði um sýndarnetsaðgang sem PFS hafði samþykkt á sama tíma og samningurinn við Tal var undirritaður í byrjun janúar 2010, eða aðeins rúmum mánuði eftir að PFS hafði samþykkt hið upprunalega viðmiðunartilboð í lok nóvember 2009. Umræddum tölvupóstum Símans til PFS fylgdu ekki neinar ábendingar um eða lýsingar á umræddum breytingum á skilgreiningu innankerfissímtala, en samkvæmt ofangreindri gagnsæiskvöð í ákvörðun PFS nr. 4/2007 bar að tilkynnta PFS slíkt með greinilegum hætti. Sýndarnetssamningurinn var merktur sem „Útgáfa 1.2 – A 01.01.2010“ með sama hætti og viðmiðunartilboðið sem birt var á vef Símans í kjölfar ákvörðunar PFS nr. 20/2009 í nóvember 2009. Þar að auki birti Síminn ekki hið uppfærða viðmiðunartilboð á vefsíðu sinni eins og skylt var að gera. Þá fór Síminn ekki eftir skýru ákvæði kafla 1.4 í hinu upprunalega viðmiðunartilboði um breytingar á viðmiðunartilboði sem kveður á um framangreinda 3ja mánaða reglu. Bendir þetta til þess að Síminn hafi fremur reynt að dylja umræddar breytingar en að kynna þær markaðsaðilum og PFS með skýrum og fullnægjandi hætti í samræmi við skýra skyldu sem hvíldi á Símanum þar að lútandi.

Að ofangreindu virtu er útilokað að mati PFS að Síminn hafi verið í góðri trú eða haft lögmætar væntingar um að PFS hefði með þögn sinni lagt blessun sína á umræddar breytingar. Það var ekki fyrr en um haustið 2010 sem Nova ýjar að því að pottur kunni að vera brotinn í samningum á milli Vodafone og Tals og svo í kvörtun Vodafone til PFS í byrjun febrúar 2011 sem PFS fær sérstakt tilefni til að hefja könnun á umræddri breytingu á skilgreiningum innankerfissímtala og lúkningar. Með bréfi Símans til PFS, dags. 7. mars 2011, viðurkennir Síminn að hafa gert umræddar breytingar. Með bréfi PFS til Símans, dags. 10. mars s.á., var Símanum gert að skýra ítarlega frá öllum þeim breytingum sem félagið hafði gert á gildandi viðmiðunartilboði og rökstyðja þær. Svar Símans, með umbeðnum skýringum og rökstuðningi, barst PFS með bréfi þann 1. apríl 2011.

Með bréfi PFS til Símans, dags. 6. apríl 2011, bárust félaginu viðbrögð stofnunarinnar vegna ofangreinds svarbréfs Símans varðandi uppfærslu viðmiðunartilboðs fyrir sýndarnetsaðgang. Fram kom að í ákvörðun PFS nr. 20/2009 hefði PFS gert breytingar á viðmiðunartilboðinu að því er varðaði ákvæði um breytingar á viðmiðunartilboði. Eftir þá breytingu væri kveðið á um það að nýtt viðmiðunartilboð skyldi birt til kynningar og sent viðsemjanda og PFS að minnsta kosti 3 mánuðum fyrir gildistöku þess. Að þeim tíma liðnum tæki viðmiðunartilboðið gildi sem samningur um sýndarnetsaðgang milli Símans og viðsemjanda félagsins. Þá skyldi Síminn birta viðmiðunartilboð á vef sínum. Samkvæmt 2. mgr. 29. gr. fjarskiptalaga gæti PFS kveðið á um breytingar á viðmiðunartilboði. Því væri ljóst að hefði Síminn í hyggju að breyta viðmiðunartilboði sínu kallaði það á nánar tiltekna málsmeðferð. Umræddur þriggja mánaða frestur væri hugsaður til að PFS gæti efnt til samráðs um hið breytta viðmiðunartilboð áður en endanleg ákvörðun PFS lægi fyrir um hugsanlegar breytingar. Þar sem Síminn hefði ekki tilkynnt PFS um umræddar breytingar með lögformlegum hætti liti PFS svo á að viðmiðunartilboð um sýndarnetsaðgang sem PFS samþykkti með ákvörðun nr. 20/2009 væri ennþá í fullu gildi. Síminn hefði ekki fyrr en í umræddu bréfi frá 1. apríl 2011 lagt fyrir PFS kynningu á fyrirhuguðum breytingum á umræddu viðmiðunartilboði.¹⁶

¹⁶ Ákvörðun PFS varðandi uppfært viðmiðunartilboð Símans um sýndarnetsaðgang mun líta dagsins ljós samhliða ákvörðun í máli því sem hér er til umfjöllunar.

Í bréfi Símanum til PFS, dags. 12. apríl 2011, hélt félagið því fram að umræddur 3ja mánaða frestur hefði byrjað að líða þann 23. júní 2011 og því verið liðinn þann 23. september sama ár. Áskilnaði PFS um 3ja mánaða frestinn hefði því verið fullnægt í síðasta lagi þann 23. september 2011. Í ofangreindu bréfi komu auk þessa fram þau sjónarmið hjá Símanum að umrædd 3ja mánaða regla ætti sér ekki stoð í lögum né ákvörðunum PFS.¹⁷

Samkvæmt ofangreindu bar Símanum að tilkynna PFS með formlegum og nánar tilgreindum hætti um breytingar á viðmiðunartilboði um sýndarnetsaðgang þremur mánuðum áður en það tæki gildi. PFS telur að Síminn hafi ekki uppfyllt lögformlega skyldu sína varðandi umrædda tilkynningu fyrr en með bréfi sínu til PFS þann 1. apríl 2011. Hið uppfærða viðmiðunartilboð gat því í fyrsta lagi tekið gildi frá og með 1. júlí 2011. Það er því alveg ljóst að mati PFS að Síminn hafi brotið jafnræðiskvöð á markaði 7 frá því að Tal hóf að innheimta lúkningargjöld í lok ágúst 2010 fram til 30. júní 2011 þegar hið uppfærða viðmiðunartilboð tekur formlega gildi.

PFS telur á hinn bóginn að einhliða breyting Símanum á skilgreiningum innankerfissímtals og lúkningar í viðmiðunartilboði sínu um sýndarnetsaðgang, sem kollvarpar áðurgildandi og hefðbundnum skilgreiningum á innankerfissímtali og lúkningu, rými ekki brott skýrri jafnræðiskvöð sem gildir á Símanum á markaði 7 samkvæmt ákvörðunum PFS nr. 18/2010 og 3/2012. Við mat á jafnræðiskvöðinni á markaði 7 leggur PFS til grundvallar hefðbundnar skilgreiningar á umræddum hugtökum en ekki hinar breyttu skilgreiningar Símanum sem í raun gerir það að verkum að eðli sýndarnetsaðgangs er breytt í endursöluáðgang. Hins vegar er það mat PFS að allar aðrar breytingar á viðmiðunartilboði Símanum um sýndarnetsaðgang hafi tekið gildi frá og með 1. júlí 2011, en þær breytingar varða útfærslu á sýndarnetsþjónustu en kollvarpa ekki sýndarnetsaðgangsforminu eins og framangreind breyting á skilgreiningum innankerfissímtals og lúkningar gerir.

Samningur um sýndarnetsaðgang er ekki það sama og samtengisamningur. Í viðmiðunartilboði Símanum um sýndarnetsaðgangs er m.a. vísað til samtengisamninga sýndarnetsamningum til nánari fyllingar. Samningar um heildsöluáðgang, þ.m.t. sýndarnetsaðgang, draga ekki úr eða fella niður þær kvaðir sem settar hafa verið á Símann á markaði 7, þ.á.m. jafnræðiskvöð. Síminn getur því ekki með einhliða breytingu á viðmiðunartilboði um sýndarnetsaðgang breytt eðli slíks aðgangsforms með þeim afleiðingum að eðlileg lúkning fari ekki fram þegar um er að ræða símtöl á milli viðskiptavina fjarskiptafyrirtækja sem reka sjálfstæð farsímanet, eins og raunin er varðandi Símann og Tal, þar sem samtenging fer í raun og veru fram. Með öðrum orðum getur Síminn ekki aftengt lúkningsviðskipti við tiltekna aðila með einhliða breytingu á viðmiðunartilboðum sínum um heildsöluáðgang ef um raunverulega samtengingu farsímaneta er að ræða.

Síminn tekur í raun og veru undir ofangreint í umfjöllun í bréfi sínu til PFS, dags. 12. apríl 2011, þar sem segir að lúkning sé það verð sem fjarskiptafyrirtæki sem reka fjarskiptanet greiddu hvort öðru fyrir samtengingu þegar símtal færi á milli tveggja sjálfstæðra fjarskiptakerfa. Þá segir Síminn í bréfi sínu til PFS, dags. 1. júní 2011, að kvöð um jafnræði á markaði 7 væri uppfyllt með því að öll símtöl sem væru á milli kerfa væru verðlögð með sama

¹⁷ Nánar verður fjallað um sjónarmið Símanum að þessu leyti í framangreindu máli er varðar uppfært viðmiðunartilboð Símanum um sýndarnetsaðgang.

hætti fyrir lúkningu. Hins vegar byggist málatilbúnaður Símans á því að kerfi Tals sé ekki sjálfstætt farsímanet. PFS hefur hins vegar komist að þeirri niðurstöðu að svo sé, eins og áður greinir.

Að öllu ofangreindu virtu er það afstaða PFS að Síminn hafi brotið gegn jafnræðiskvöð á markaði 7 frá því að Tal hóf að innheimta lúkningargjöld í lok ágúst 2010 þar til félagið lætur af þeirri hegðun að mismuna farsímafélögum hvað innheimtu lúkningargjalda varðar. Það er hins vegar mat PFS að hið nýja viðmiðunartilboð¹⁸ hafi tekið gildi frá og með 1. júlí 2011 varðandi önnur atriði en breytingu á skilgreiningu innankerfissímtals og lúkningar.

4.6 Erlend fordæmi

4.6.1 Hin boðaða ákvörðun PFS

Fram kom í hinni boðuðu ákvörðun PFS frá 21. mars s.l. að með tölvupósti, dags. 11. maí 2011, hefði Síminn afhent PFS afrit af erlendum samningum sem Síminn kvað vera fordæmi sem lögð hefðu verið til grundvallar við gerð sýndarnets- og endursölusamninga Símans. Um væri að ræða sýndarnetssamning [...] fjarskiptafyrirtækisins [...] og sýndarnets- og endursölusamning [...]. Einnig hefði verið horft til fordæma frá [...] en þann samning gæti Síminn ekki afhent þar sem félagið hefði aðeins fengið munnlegar upplýsingar um efni hans á fundi með fulltrúum hins danska félags. Í fylgiskjali með ofangreindum tölvupósti gat að líta umfjöllun Símans um helstu ákvæði ofangreinda samninga að því er verðlagningu varðaði.

Fram kom að í sýndarnetssamningi [...] ¹⁹ kæmi fram að gefinn væri 50% afsláttur af upphafi símtala þegar um innankerfissímtöl væri að ræða, ásamt því að gefinn væri afsláttur af öllum umferðartegundum miðað við mánaðarlegt magn. Um væri að ræða drög að sýndarnetssamningi [...] frá árinu 2005. Ekki kæmi þar fram við hvern ætlunin var að semja. PFS gæti ekki séð að 7 ára gömul samningsdrög [...] styrktu málsstað Símans í máli þessu. Það væri einnig munur á ofangreindum afslætti og því að fella lúkningargjöld alfarið niður. Í opinberu viðmiðunartilboði [...] um sýndarnetsaðgang frá 2010 væri sýndarnetsumferð skilgreind sem umferð sem ætti sér upphaf eða lok í SIM kortum viðskiptavina sýndarnetsaðilans, sbr. kafla 1.2 um skilgreiningar.²⁰ Umrædd skilgreining styddi því engan veginn sjónarmið Símans í máli þessu. Fjallað væri um verð í viðauka 5 með ofangreindu viðmiðunartilboði en þau nytu trúnaðar.

Þá kom fram að í viðauka 2a í endursölusamningi [...] væri gefinn afsláttur af upphafi símtals og lúkningarbónus miðað við ákveðið magn. Ekki yrði séð hvernig endursölusamningur gæti nýst Símanum í máli þessu sem fordæmi fyrir útfærslu sýndarnetssamnings, enda hefði PFS með ítarlegum hætti lýst muninum á umræddum aðgangsförum.

Ennfremur kom fram í viðauka 5 við sýndarnetssamning [...] og [...] frá 28. ágúst 2008 að ekki væri gjaldfært fyrir lúkningu símtals þegar um innankerfissímtal væri að ræða. Ennfremur væri

¹⁸ Hið nýja viðmiðunartilboð hefur ekki verið birt á vefsíðu Símans en PFS efndi til samráðs um það þann 20. apríl 2011.

¹⁹ MVNO Roaming agreement – Draft version 2005.

²⁰ Þar segir: „MVNO Roaming Traffic: Traffic originated or terminated in terminals with MNVOperator’s SIMs while these are connected to the Networks.

veittur afsláttur af innkomandi og útfarandi umferð. Í ofangreindum viðauka kæmi eftirfarandi fram:

The tariff per minute for incoming calls and for outgoing calls via [...] network shall be as stated in Annex V, item 1 of the Agreement. However the tariff for a call from a [...] Roaming Subscriber on [...] network to another [...] Roaming Subscriber on [...] network will only be charged as an outgoing call, i.e. not both as an outgoing and an incoming.

Hér væri aðeins verið að fjalla um það að símtöl á milli viðskiptavina [...] á kerfi [...] væru innankerfissímtöl. Það væri í samræmi við afstöðu PFS í því máli sem hér væri til umfjöllunar, þ.e. að símtöl á milli viðskiptavina Tals á kerfi Símans væru innankerfissímtöl en ekki símtöl á milli viðskiptavina Tals og Símans. Þessi tilvitnun væri því engan veginn Símanum í hag í máli þessu.

Að lokum kom fram að samkvæmt samningi [...] fjarskiptafyrirtækisins [...] væri greitt fyrir lúkningu en upphaf símtals væri frítt. Ekki yrði séð hvernig umrætt dæmi ætti að gagnast Símanum hér þar sem þarna væri greidd lúkning. Auk þess væri aðeins um munnlega heimild að ræða sem PFS ætti erfitt með að leggja mat á. Þessi tilvitnun væri því heldur ekki Símanum í hag í málinu.

4.6.2 Athugasemdir Símans

Með bréfi, dags. 13. apríl s.l., gerði Síminn afhugasemdir við ofangreinda umfjöllun PFS í hinni kærðu ákvörðun. Fram kom að Síminn yrði að gera athugasemdir við umfjöllun PFS um þau erlendu fordæmi sem Síminn hefði vísað til, og þá fullyrðingu að þau ættu ekki við vegna þess að um sjö ára gömul fordæmi væri að ræða. Rétt væri að geta þess að fordæmin hefðu ekki verið sjö ára gömul þegar þau hefði verið lögð fram og að ekkert sem PFS hefði bent á sem gæfi tilefni til þess að aldur fordæmanna rýrði gildi þeirra. Síminn hefði ekki tök á því að afla samninganna enda um trúnaðarmál að ræða í flestum tilvikum. Því væri eðlilegt að PFS hefði fengið staðfestingu á því frá systurstofnunum [...] hvort fyrirkomulagið væri með öðrum hætti en Síminn hefði lýst. Staðreyndin væri sú að Síminn hefði fengið upplýsingar um að fyrirkomulagið væri með ákveðnum hætti [...] og hefði PFS ekki hrakið það.

Þótt PFS féllist ekki á efnislegar röksemdir Símans væri bent á að það ætti ekki að skipta máli hvort um sé að ræða munnlega heimild eða „gamlan“ samning. Beindi Síminn því til PFS að breyta umfjölluninni með tilliti til þessa enda teldi Síminn að það væri verið að gera óeðlilegar kröfur til fjarskiptafyrirtækja ef þau ættu að leggja fram samninga sem væru trúnaðarmál. Með þessum hætti væri í raun verið að takmarka verulega getu fjarskiptafyrirtækja til þess að byggja á erlendri framkvæmd einkum þegar litið væri til þess að mjög náið samstarf væri á milli fjarskiptaeftirlitsstofnana innan EES. Þá gæti stjórnvald ekki komið sér undan því að rannsaka mál með því að leggja rannsóknarskyldu á aðila máls. Samkvæmt upplýsingum Símans væru fordæmi fyrir því að veita hlutdeild í lúkningu.

4.6.3 Ákvörðun PFS

PFS telur ekki ástæðu til að breyta umfjöllun sinni varðandi hin erlendu fordæmi sem Síminn tefldi fram. PFS aflaði í gegnum systurstofnun sína [...], gildandi viðmiðunartilboð [...] frá 2010. [...] er markaðsráðandi fyrirtæki [...] á farsímamarkaði. Það viðmiðunartilboð styður

niðurstöðu PFS í máli þessu varðandi skilgreiningu á innankerfissímtölum. Þau samningsdrög [...] frá 2005 sem Síminn vísar til hljóta að víkja fyrir gildandi viðmiðunartilboði félagsins. Þá hefur PFS rökstutt að hin fordæmin, þ.e. mál [...] og [...] styðja heldur ekki málatilbúnað Símans í málinu. Að vísu hefur Síminn fallist á afstöðu PFS varðandi skilgreiningu á innankerfissímtölum. Því er ekki ástæða til að kanna erlenda framkvæmd betur í málinu.

4.7 Netáhrif í farsímkerfi Símans og stærðarhagkvæmni

Í máli Símans kom fram að með umræddu fyrirkomulagi innankerfissímtala í sýndarnetssamningi Símans og Tals nýtti sýndarnetsaðili sér stærðarhagkvæmni sem fælist í því að tengjast farsímaneti Símans. Síminn væri með því að stuðla að frekari þjónustusamkeppni á farsímakerfi sínu og auðvelda nýjum aðilum að hefja farsímaþjónustu á kerfi félagsins. Með þessu teldi Síminn sig vera að koma til móts við markmið ákvörðunar PFS á markaði 15 um að auka þjónustusamkeppni á núverandi farsímakerfum. Nova hefði talið að Síminn hefði með óeðlilegum hætti stuðlað að því að auka netáhrif Símans með hinu uppfærða viðmiðunartilboði um sýndarnetsaðgang. Síminn kvað það beinlínis hafa verið vegna ætlaðs markaðsstyrks Símans sem PFS hefði lagt þá kvöð á Símann á markaði 15 að veita markaðsaðilum sýndarnets- og endursöluaðgang að farsímadreifikerfi sínu. Það væri því í samræmi við kröfur PFS að heildsöluverðskrá Símans væri þannig uppbyggð að aðilar á markaði fengju notið stærðarhagkvæmni Símans. Það væru hæpnar forsendur fyrir nýja aðila að koma inn á markaðinn án þess að njóta slíkrar stærðarhagkvæmni, hvort sem það væri hjá Símanum eða öðrum aðilum sem byðu aðgang. Stærðarhagkvæmni sem nýr aðili nyti jafngilti því stærðarhagkvæmni þess nets sem samið væri við hverju sinni.

Í máli Nova kom fram að Síminn færi í mikinn fjallabaksleiðangur í ruglingslegri umfjöllun um muninn á mörkuðum 7 og 15 í þeim tilgangi að réttlæta þá aðgerð sína að hafa boðið tveimur sýndarnetsaðilum heildsöluaðgang samkvæmt hæpinni skilgreiningu. Að baki virtist liggja að Síminn ætlaði sér að beita stærðarhagkvæmni sinni til þess að leiða til sín sýndarnetsfyrirtæki sem gengju í lið með félaginu til að skapa sem allra mest kerfisáhrif og spyrða þannig saman hagsmuni Símans og sýndarnetsaðilanna. Þannig væri búin til umgjörð sem gengi út á mikil og aukin kerfisáhrif, auk þess sem kjör væru hagkvæmari en áður vegna sérstaks markaðsstuðnings og skorts á lúkningu. Síminn hefði bent á að umrædd skilgreining á innankerfissímtölum hvetti til frekari þjónustusamkeppni á farsímakerfi Símans og auðveldaði nýjum aðilum að hefja farsímaþjónustu, vegna þess að skilgreiningin leiddi til þess að sýndarnetsaðilarnir nytu þeirrar stærðarhagkvæmni sem Síminn einn gæti boðið. Nova gerði einmitt athugasemd við þetta. Með þessari skilgreiningu virtist Síminn einmitt reyna að búa til heildsöluaðgang sem aðrir markaðsaðilar gætu ekki keppt við í ljósi stærðarhagkvæmni, því að fyrir sýndarnetsaðilana myndu allir viðskiptavinir Símans teljast innankerfis. Sýndarnetsaðilarnir myndu því hafa mestan hag af því að hafa aðgang að dreifikerfi Símans sem um leið hefði stærstan viðskiptamannagrunn.

Í máli Vodafone kom fram að tilgangur eftirlits PFS væri að örva samkeppni á heildsölumarkaði fyrir farsímaþjónustu en ekki einvörðungu að því er varðaði farsímanet Símans.

PFS er sammála Nova og Vodafone um að ekki sé eðlilegt að sýndarnetsaðilar fái notið stærðarhagkvæmni farsímanets Símans með beinum hætti á þann hátt sem fyrirkomulag Símans

varðandi innankerfissímtöl gerir ráð fyrir með tilheyrandi niðurfellingu gagnkvæmra lúkningargjalda. Stærðarhagkvæmni Símans nýtist sýndarnetsaðilum hins vegar óbeint í gegnum kostnaðargreind sýndarnetsaðgangsverð. Það er því óeðlilegt, og í ósamræmi við ákvarðanir PFS á mörkuðum 7 og 15, að Síminn beiti stærðarhagkvæmni sinni til þess að leiða til sín sýndarnetsfyrirtæki til þess að skapa sem mest kerfisáhrif á farsímaneti sínu og spyrði þannig með óeðlilegum hætti saman hagsmuni félagsins og sýndarnetsaðilanna. Umrætt fyrirkomulag Símans, sem PFS hefur ítarlega rökstutt í kafla 4.4.6 að standist ekki, er ekki í anda þeirrar þjónustusamkeppni sem PFS leitaðist eftir að koma á á ofangreindum farsímamörkuðum. PFS stefndi að þjónustusamkeppni á heildsölumarkaði fyrir farsímaþjónustu en ekki aðeins á kerfi Símans.

Að lokum má geta þess að í ákvörðunum PFS nr. 18/2010 og 3/2012 á markaði 7 kom fram í lýsingu á samkeppnisvandamálum að lág innannetsgjöld og há gjöld fyrir utanaðkomandi umferð gætu veitt farsímafyrirtæki með mikinn fjölda notenda samkeppnislega yfirburði yfir minni net þegar afla ætti nýrra viðskiptavina eða halda viðskiptavinum, þar sem flestir kysu að vera innan þess kerfis sem væri stærst til að forðast dýr utankerfissímtöl. Slíkar aðferðir gætu jafngilt hindrun fyrir ný fjarskiptafyrirtæki þar sem þau yrðu að keppa við lægri innannetsgjöld. Þetta þýddi að ný fyrirtæki þyrftu að viðhafa töluvert hærri lúkningargjöld en hið stóra félag og bjóða upp á ódýrari eða jafnvel ókeypis innankerfissímtöl. Ljóst er samkvæmt umræddri lýsingu að ekki er gert ráð fyrir því fyrirkomulagi sem Síminn hefur komið sér upp í samningi sínum við Tal varðandi innankerfissímtöl.

Um markaðsstuðning verður fjallað í máli er varðar uppfært viðmiðunartilboð Símans um sýndarnetsaðgang sem leitt verður til lykta samhliða máli því sem hér er til úrlausnar.

4.8 Er rekstrargrundvöllur sýndarnetsaðila brostinn?

Í máli Símans kom ennfremur fram að féllist PFS ekki á skilgreiningu félagsins á innankerfissímtölum væri ljóst að rekstrargrundvöllur fyrir sýndarnetsaðgangi væri brostinn eftir að jöfnun lúkningargjalda hefði náð fram að ganga. Mun hagstæðara væri þá fyrir sýndarnetsaðila að gerast endursöluaðili. Þannig gæfist honum tækifæri til að lækka rekstrarkostnað sinn umtalsvert þar sem símtal frá sýndarnetsaðilum í endursala tæki á sig upphaf og lúkningu og væri því mun dýrara en innankerfissímtal endursala í endursala í neti Símans. Endursöluaðili væri ekki með eigin símtöð eða samtengingu og því væri nauðsynlegt fyrir PFS að hafa í huga hvort ákvarðanir PFS myndu draga úr samkeppni á markaði þar sem rekstur sýndarnetsaðila myndi líklega ekki verða fýsilegur.

Í máli Vodafone kom fram að vangaveltur Símans um að rekstrargrundvöll skorti fyrir rekstri sýndarnetsaðila eftir að jöfnun lúkningarverða yrði náð losuðu Símann ekki undan þeim skyldum sem fælust í jafnræðiskvöð á markaði 7. Það væri almenn afstaða eftirlitsstofnana á sviði fjarskipta á EES-svæðinu að stefna beri að samræmdum lúkningargjöldum á farsímamarkaði.

Ekki er eðlilegt að mati PFS að forsendur sýndarnetsaðgangs byggji á yfirverðlagningu sýndarnetsaðila á lúkningu símtala í kerfi sínu, þar sem sýndarnetsaðili innheimtir t.d. hærri lúkningarverð en sá netrekandi sem hýsir sýndarnetið. Tímabundin hærri lúkningargjöld nýrra aðila hafa hins vegar verið réttlætt með því að hinn nýi aðili er að byggja upp kerfi sín og getur

orðið mikilvægt samkeppnislegt afl á markaði þegar fram líða stundir. Hagkvæmni þess að byggja á sýndarneti fremur en endursölu verður að byggjast á því að miðlægur búnaður geri sýndarnetsaðila kleift að bjóða á eigin vegum upp á breiðara þjónustuframboð en endursali getur gert og hafi meiri möguleika í reikningagerð og virðisaukandi þjónustu.

Einnig getur verið eðlilegt að mati PFS að sýndarnetsaðili njóti stærðarhagkvæmni sem innkoma þeirra á net hýsingaraðila hefur í för með sér, sérstaklega ef um er að ræða vannýtta afkastagetu í viðkomandi farsímakerfi. Slíkt endurspeglast m.a. í magnafsláttum frá kostnaðargreindum einingarverðum sem byggja á fyrirbyggjandi umferð, þ.e. kostnaðarverð sem ekki taka tillit til viðbótarhagkvæmni sem aukin umferð á viðkomandi neti veldur. Stærðarhagkvæmni má hins vegar aldrei byggjast á því að jafnræðiskvöð á markaði 7 varðandi lúkningu er ekki virt eins og PFS telur að Síminn hafi gert í máli þessu. Það er að sjálfsögðu ekki í verkahring Símans að breyta nýsamþykktu viðmiðunartilboði einhliða til að ná fram markmiðum byggðum á framangreindum sjónarmiðum.

Um magnafslætti verður fjallað í máli er varðar uppfært viðmiðunartilboð Símans um sýndarnetsaðgang sem leitt verður til lykta samhliða því máli sem hér er til umfjöllunar.

4.9 Endurskoðun gildandi sýndarnetsamnings við Tal

Að lokum kom fram í máli Símans að féllist PFS ekki á að umrætt fyrirkomulag samræmdist ákvörðunum PFS á mörkuðum 7 og 15 væri ljóst að forsendur þeirra samninga sem gerðir hefðu verið við viðsemjendur væru brostnar. Samningsrammi sá sem Síminn hefði mótað við samninga um sýndarnet þarfnadist því endurskoðunar. Gagnvart viðsemjendum sem þegar hefðu samið við Símann myndi félagið þurfa að grípa til endurskoðunarákvæðis sýndarnetsamninga og viðmiðunartilboða vegna breyttra forsendna í kjölfar ákvörðunar PFS. Myndu ákvæði um lúkningu og gjaldtöku fyrir innankerfissímtöl verða færð til samræmis við ákvörðun PFS. PFS yrði að átta sig á því hvaða áhrif það hefði fyrir umrædda samninga. Lækkun á lúkningsverðum Símans til allra fyrirtækja við það verð sem Síminn hefði tekið fyrir það sem skilgreint hefði verið sem innankerfissímtal teldi Síminn ekki koma til greina. Slíku ójafnvægi milli fyrirtækja yrði vart komið á af hálfu stjórnvalds nema því gengi það eitt til að raska starfsemi Símans.

Í máli Vodafone kom fram að Síminn, líkt og öðrum aðilum á markaði, bæri að sjálfsögðu sjálfstæða ábyrgð á því að samningar sem fyrirtækið gerði við þriðju aðila væru í samræmi við lög og ákvarðanir PFS hverju sinni. Ekki yrði séð að Síminn gæti borið fyrir sig að forsendur fyrir samningum félagsins væru brostnar, kæmist PFS að þeirri niðurstöðu að félagið hefði brotið gegn lögum og/eða stjórnvaldsfyrirmælum. Samningsgerð Símans um heildsöluáfgang hlýti þannig að lúta þeim kvöðum sem lagðar hefðu verið á félagið á markaði 15.

Í kafla 6.2 í hinu upprunalega viðmiðunartilboði um sýndarnetsaðgang, sem PFS samþykkti með ákvörðun nr. 20/2009, var að finna ákvæði um riftun og riftunarástæður. Riftunarástæður varða fyrst og fremst vanskil og óheimila notkun á fjarskiptanetum Símans. Í hinu uppfærða viðmiðunartilboði Símans um sýndarnetsaðgang hefur verið bætt riftunarástæðu er varðar lagabreytingar eða það að stjórnvald taki ákvörðun sem hefur í för með sér forsendubreytingar. PFS mun fjalla um breytingu þessa í máli er varðar breytingar á viðmiðunartilboði Símans um sýndarnetsaðgang sem ljúka mun samhliða því máli sem hér er til úrlausnar.

PFS tekur undir það með Vodafone að Síminn beri fulla ábyrgð á því að samningar þeir sem félagið gerir séu í samræmi við lög, stjórnvaldsfyrirmæli, ákvarðanir PFS og þær kvaðir sem á félagið hafa verið lagðar. PFS hafnar því alfarið að með því að komast að þeirri niðurstöðu sem hér er boðuð gangi PFS það eitt til að raska starfsemi Símans. PFS er hér að skera úr um ágreiningsmál á milli starfandi aðila á farsímamarkaði og hefur í bréfi þessu með ítarlegum hætti rökstutt ákvörðun sína í málinu sem að mati PFS byggist á réttri lagatúlkun og málefnalegum forsendum, auk þess sem gætt hefur verið meðalhófs eins og unnt er miðað við málavexti. Síminn hefur um margra mánaða skeið verið kunnugt um að PFS væri með umrætt mál til meðferðar og verður að bera hallann af því að hafa komið umræddu fyrirkomulagi innankerfissímtala á, örskömmu eftir að PFS hafði samþykkt viðmiðunartilboð sem byggðu á mun þrengri skilgreiningu á innankerfissímtali. Í raun er það mat PFS að hin breytta skilgreining Símans geri það að verkum að ekki geti verið um sýndarnetsaðgang að ræða ef hún yrði samþykkt heldur endursöluaðgang. Í slíkum tilviki gæti Tali ekki innheimt lúkningargjöld en óumdeild er í málinu að Tali er sýndarnetsaðili. Því er útilokað að unnt sé að leggja hina breyttu skilgreiningu Símans á innankerfissímtali til grundvallar úrlausnar máls þessa.

4.10 Samandregin niðurstaða

Það er niðurstaða PFS að kveða svo á um að Símanum sé og hafi verið óheimilt að veita smásölu félagsins, eða öðrum aðilum sem njóta heildsöluaðgangs að farsímaneti félagsins, hlutdeild í lúkningartekjum heildsölu félagsins. Símanum ber því að leiðrétta slíkar millifærslur á milli deilda félagsins allt aftur til desember 2009. Allir samningar á milli heildsölu og smásölu félagsins skulu vera skriflegir, auk þess sem deildirnar skulu gera endursölusamning sín á milli í samræmi við gildandi viðmiðunartilboð um endursölusamning.

Á Símanum hefur hvílt sú kvöð frá árinu 2006 að gæta jafnræðis varðandi lúkningu allra símtala í farsímaneti sínu sem stafa frá öðrum farsímanetum eða talsímanetum og fram fara í gegnum samtengingu neta. Frá 16. júlí 2010 hefur sú skýra skylda hvílt á Símanum að koma samningamálum sínum í það horf að ekki sé um mismunun að ræða og hefur félaginu ekki verið heimilt að innheimta hærra lúkningargjald vegna lúkningar frá neinu öðru neti en nemur lægsta lúkningargjaldi sem félagið hefur veitt vegna lúkningar í farsímanet sitt. Ljóst er að Síminn hefur ekki innheimt lúkningargjöld af Tali frá því að síðarnefnd félag hóf að innheimta slík gjöld í lok ágúst 2010.

Ekki er ágreiningur um það í máli þessu að Tali teljist sýndarnetsaðili í farsímaneti Símans. Síminn hefur haldið því fram að símtöl á milli viðskiptavina Símans og Tals séu innankerfissímtöl. Því hefur Vodafone og Nova hafnað. Ágreiningur málsins snýr því fyrst og fremst að því að skera úr um hvort símtöl á milli Símans og Tals teljist til innankerfis- eða utankerfissímtala í skilningi ákvarðana PFS nr. 18/2010 og 3/2012 á markaði 7. Það er niðurstaða PFS að ekki hafi verið um innankerfissímtöl að ræða á því tímabili sem málið varðar, þ.e. frá lokum ágúst 2010 þar til Síminn hefur látið af hinni ólögsmætu mismunun á milli farsímafyrirtækja hvað innheimtu lúkningargjalda varðar.

Það er því afstaða PFS að Síminn hafi brotið gegn jafnræðiskvöð á markaði 7 á því tímabili sem mál þetta varðar. Það er ennfremur afstaða PFS að hið nýja viðmiðunartilboð Símans um

sýndarnetsaðgang hafi tekið gildi frá og með 1. júlí 2011 varðandi önnur atriði en skilgreiningu innankerfissímtals og lúkningar.

Ennfremur er það niðurstaða PFS að Símanum beri að endurgreiða öðrum farsímafyrtækjum en Tali og IMC innheimt lúkningargjöld fyrir það tímabil sem mál þetta varðar eða að ná fram í samvinnu við Tal gagnkvæmri leiðréttingu á uppgjöri fyrir farsímaumferð á milli félaganna fyrir umrætt tímabil miðað við að um utankerfissímtöl hafi verið að ræða með tilheyrandi gagnkvæmum lúkningargjöldum. Miða skal leiðréttinguna við það að Tal innheimti sama lúkningargjald af farsíma- og talsímasviði Símans og félagið gerði gagnvart Vodafone og Nova. Ákveði Síminn að fara seinni leiðina ber að leiðrétta gjaldfærslu Símans vegna þjónustu félagsins við Tal vegna símtala á milli félaganna, sem Síminn hefur skilgreint og gjaldfært sem innankerfissímtöl. Þess í stað gjaldfærði Síminn [...] kr./mín. vegna símtala sem áttu sér upphaf í sýndarneti Tals en var lokið í farsímaneti Símans og [...] kr./mín. vegna símtals sem áttu sér upphaf í farsímaneti Símans en var lokið í sýndarneti Tals.

Kjósi Síminn að fara seinni leiðina skal Síminn tilkynna PFS um slíkt innan mánaðar frá birtingu ákvörðunarinnar og ljúka skal uppgjörinu innan tveggja mánaða frá því að PFS berst framangreind tilkynning. Bera skal uppgjörið og forsendur þess undir PFS til samþykktar innan framangreindra tímamarka. PFS getur gert breytingar á niðurstöðu og/eða forsendum uppgjörins. Berist PFS ekki framangreind tilkynning frá Símanum innan mánaðar frá birtingu ákvörðunarinnar eða skili PFS ekki drögum að uppgjöri innan ofangreinds tveggja mánaða frests verður litið svo á að endurgreiðsluskylda Símans hafi vaknað gagnvart öðrum farsímafyrtækjum en Tali og IMC.

Ákvörðunarorð

Símanum var óheimilt að veita smásölu félagsins, eða öðrum aðilum sem njóta heildsöluaðgangs að farsímaneti félagsins, hlutdeild í lúkningartekjum heildsölu félagsins. Símanum ber að leiðrétta slíkar millifærslur á milli deilda félagsins allt aftur til desember 2009. Allir samningar á milli heildsölu og smásölu félagsins skulu vera skriflegir, auk þess sem deildirnar skulu gera endursölusamning sín á milli í samræmi við gildandi viðmiðunartilboð um endursölusamning.

Símtöl á milli viðskiptavina Símans og viðskiptavina Tals voru ekki innankerfissímtöl á því tímabili sem málið varðar, þ.e. frá lokum ágúst 2010 þar til Síminn hefur látið af hinni ólögmetu mismunun á milli farsímafyrtækja hvað innheimtu lúkningargjalda varðar. Síminn braut því gegn jafnræðiskvöð á markaði 7 skv. ákvörðunum PFS nr. 18/2010 og 3/2012 á umræddu tímabili.

Símanum ber að endurgreiða öðrum farsímafyrtækjum en Tali og IMC innheimt lúkningargjöld fyrir það tímabil sem mál þetta varðar eða að ná fram í samvinnu við Tal gagnkvæmri leiðréttingu á uppgjöri fyrir farsímaumferð á milli félaganna fyrir umrætt tímabil miðað við að um utankerfissímtöl hafi verið að ræða með tilheyrandi gagnkvæmum lúkningargjöldum. Miða skal leiðréttinguna við það að Tal innheimti sama lúkningargjald af farsíma- og talsímasviði Símans og félagið gerði gagnvart Vodafone og

Nova. Ákveði Síminn að fara seinni leiðina ber að leiðrétta gjaldfærslu Símans vegna þjónustu félagsins við Tal vegna símtala á milli félaganna.

Kjósi Síminn að fara seinni leiðina skal Síminn tilkynna PFS um slíkt innan mánaðar frá birtingu ákvörðunarinnar og ljúka skal uppgjörinu innan tveggja mánaða frá því að PFS berst framangreind tilkynning. Bera skal uppgjórið og forsendur þess undir PFS til samþykktar innan framangreindra tímamarka. PFS getur gert breytingar á niðurstöðu og/eða forsendum uppgjorsins. Berist PFS ekki framangreind tilkynning frá Símanum innan mánaðar frá birtingu ákvörðunarinnar eða skili Síminn PFS ekki drögum að uppgjóri innan ofangreinds tveggja mánaða frests verður litið svo á að endurgreiðsluskylda Símans hafi vaknað gagnvart öðrum farsímafyrirtækjum en Tali og IMC.

Hið nýja viðmiðunartilboð Símans um sýndarnetsaðgang tók gildi frá og með 1. júlí 2011 varðandi önnur atriði en skilgreiningu á innankerfissímtali og lúkningu.

Ákvörðun þessi er kæranleg 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 var kunnugt um ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar. Um kostnað vegna málskots fer samkvæmt 5. mgr. 13. gr. sömu laga, auk þess sem greiða ber sérstakt málskotsgjald að upphæð kr. 150.000, skv. 6. gr. reglugerðar nr. 39/2009 um úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála.

Reykjavík, 7. maí 2012

Hrafnkell V. Gíslason

Óskar H. Ragnarsson