

Úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála

Þann 17. október 2008 er úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála saman komin að Borgartúni 25, Reykjavík, til þess að kveða upp úrskurð í ágreiningsmáli nr. 5/2008.

Síminn hf.

gegn

Póst- og fjarskiptastofnun

og

Og fjarskiptum ehf.

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

Fyrir nefndinni liggur kæra frá Símanum hf., dags. 19. maí 2008, þar sem ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar (PFS) nr. 8/2008 frá 18. apríl 2008 um útnefningu fyrirtækis með umtalsverðan markaðsstyrk og álagningu kvaða á heildsölumarkaði fyrir breiðbandsaðgang er kærð.

Krafa Símans hf. er að ákvörðun PFS nr. 8/2008 um útnefningu fyrirtækis með umtalsverðan markaðsstyrk og álagningu kvaða á heildsölumarkaði fyrir breiðbandsaðgang verði ógilt og lagt fyrir stofnunina að framkvæma markaðsgreiningu að nýju. Til vara er þess krafist að úrskurðarnefnd um fjarskipta- og póstmál breyti ákvörðun PFS, eftir atvikum með sjálfstæðri rannsókn.

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

Krafa PFS er að hin kærða ákvörðun verði staðfest.

Úrskurðarnefnd hefur tekið þá ákvörðun að aðild að ágreiningsmáli þessu skuli háttað þannig að Síminn hf. verði sóknaraðili en Og fjarskipti ehf. og PFS varnaraðilar. Munnlegur málflutningur fór fram þann 20. ágúst 2008 og færðu aðilar þar fram rök fyrir máli sínu og svöruðu spurningum nefndarmanna. Mættir voru fyrir hönd Símans hf. Hallmundur Albertson hdl., fyrir hönd Og fjarskipta Jóhanna Helga Halldórsdóttir hdl. og fyrir hönd PFS Óskar Hafliði Ragnarsson. Að því loknu tók nefndin ágreiningsmálið til úrskurðar.

1.0 Málavextir.

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

samkeppni til hagsbóta fyrir neytendur. Nýju fjarskiptalögin leggja þær skyldur á PFS að skilgreina ákveðna fjarskiptamarkaði eftir vöru- og þjónustutegundum og landsvæðum í samræmi við meginreglur samkeppnisréttar og skuldbindingar skv. samningnum um Evrópska efnahagssvæðið (EES-samningnum) og greina þá til að kanna hvort á þeim ríki virk samkeppni, sjá V. kafla laganna.

Ef PFS kemst að þeirri niðurstöðu að það ríki virk samkeppni á viðkomandi markaði, þ.e. að ekkert fyrirtæki sé með umtalsverðan markaðsstyrk, er stofnuninni óheimilt að leggja kvaðir á fyrirtækin. Hafi stofnunin áður lagt kvaðir á fyrirtæki á viðkomandi markaði skal draga þær til baka og ekki leggja á nýjar. Komist PFS hins vegar að þeirri niðurstöðu að á viðkomandi markaði ríki ekki virk samkeppni, vegna þess að eitt eða fleiri fyrirtæki eru með umtalsverðan markaðsstyrk, ber stofnuninni að útnefna það (þau) með umtalsverðan markaðsstyrk og leggja á það (þau) viðeigandi kvaðir sem um er fjallað í VII. kafla fjarskiptalaga. PFS ber að leggja a.m.k. eina kvöð á fyrirtæki sem hefur verið útnefnt. Hafi fyrirtækið áður verið útnefnt skv. eldri fjarskiptalögum skal PFS endurskoða þær kvaðir sem lagðar hafa verið á og ákveða hvort þeim verði viðhaldið, breytt eða þær felldar niður.

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

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

Markaðsgreining á heildsölumarkaði fyrir breiðbandsaðgang (M12) hófst á árinu 2004, fljótlega eftir að greining hófst á farsímamörkuðum (M15 og M16) og leigulínumörkuðum (M7, M13 og M14). Undirbúningur fyrir markaðsgreiningu reyndist mjög tímafremur þar sem byrja þurfti á því að safna bæði mikilli tölfræði og öðrum sérgreindum upplýsingum frá starfandi fjarskiptafyrirtækjum og vinna úr því efni til að hægt væri að greina samkeppni og stöðu fyrirtækja. Einnig safnaði stofnunin upplýsingum með könnunum. Þar sem um var að ræða nýjar skyldur, nýja aðferðafræði, margra markaði og takmarkaðan mannafla hjá PFS tók vinna við markaðsgreininguna mun lengri tíma en áætlað var í upphafi.

Meðferð þessa máls hófst með gagnaöflun í júlí 2004 þar sem spurningalisti var sendur til fjarskiptafyrirtækja. Í ágúst 2005 veitti PFS öllum fjarskiptafyrirtækjum kost á að senda inn athugasemdir um viðkomandi markað. Hin kærða ákvörðun

byggir á greiningu á viðkomandi markaði sem lögð var fram til samráðs með bréfi, dags. 20. ágúst 2007, þar sem fjarskiptafyrirtækjum og öðrum sem eiga hagsmuna að gæta var boðið að gera athugasemdir við greiningu og niðurstöður á ofangreindum mörkuðum. Eftirfarandi aðilar sendu inn athugasemdir við frumdrögin: Síminn hf., Og fjarskipti ehf. (Vodafone), IP-fjarskipti ehf. (Hive), Inter, TSC ehf. og Samkeppniseftirlitið. Greining á viðkomandi mörkuðum var uppfærð í samræmi við þær athugasemdir sem teknar voru til greina, en þær leiddu ekki til efnislegra breytinga á niðurstöðum markaðsgreiningarinnar heldur voru ýmis atriði skýrð og rökstudd betur. Athugasemdirnar voru flokkaðar og þeim svarað í viðauka B með ákvörðun um markað 12.

Þann 26. febrúar 2008 var undirritaður skilyrtur kaupsamningur um kaup Teymis á 51% hlut í IP-fjarskiptum ehf. (Hive) og samruna Hive og Ódýra fjarskiptafélagsins (SKO), en hið síðarnefnda er í eigu Teymis sem einnig á Og fjarskipti (Vodafone). Samkeppniseftirlitinu var tilkynnt um samrunann þann 5. mars 2008. Samkeppniseftirlitið tók umræddan samruna til skoðunar og hafði allt að fjórum mánuðum til að komast að niðurstöðu um hvort aðhafast skyldi í tengslum við hann, t.d. hvort ógilda bæri samrunann eða setja skilyrði fyrir honum, eða hvort ekkert skyldi aðhafast. Fram kom í samrunatilkynningunni að samruninn miðaðist við 1. janúar 2008 og væri markmið hans að efla þá þjónustu sem aðilar samrunans veita á fjarskiptamarkaði með því að auka vöruframboð hvors aðila um sig varðandi ADSL-þjónustu og farsímabjónustu. Þá kom fram að rekstur félaganna hefði verið erfiður og viðvarandi halli hefði verið rekstri félaganna beggja allt frá upphafi og að fyrir lægi, sérstaklega hvað varðaði Hive, að fyrirtækið myndi hverfa af markaðnum á yfirstandandi ári ef ekki kæmi til fyrirhugaðs samruna.

Þann 13. mars 2008 sendi PFS Eftirlitsstofnun EFTA (ESA) drög að ákvörðun um markað 12 ásamt viðaukum, í samræmi við 1. mgr. 7. gr. laga um Póst- og fjarskiptastofnun nr. 69/2003 og tilmæli ESA um tilkynningu skv. 7. gr. rammatilskipunar. Drögin og viðaukarnir voru birtir á opinni heimasíðu ESA þann 18. mars 2008 en sá dagur markar upphaf þess mánaðarfrests sem ESA hefur til að birta PFS álit sitt. Með bréfi, dags. 14. apríl 2008, barst PFS álit ESA á framangreindum drögum. ESA heimilaði stofnuninni að taka umrædda ákvörðun með þeirri athugasemd að ESA skildi af hverju það væri ekki ráðlegt fyrir PFS að fresta innleiðingu umræddrar ákvörðunar þangað til nauðsynlegu endurskoðunar- og samþykktarferli varðandi sameiningu fjarskiptafyrirtækjanna SKO og IP-fjarskipta (Hive) væri lokið af hálfu Samkeppniseftirlitsins, eins og greint væri frá í drögum að ákvörðun um viðkomandi markað. Þá kom fram að ESA fagnaði því að PFS hygðist endurskoða samkeppnisstöðu markaðarins þegar sameiningunni væri lokið. ESA hvatti PFS til að hafa sérstakt eftirlit með þróun á viðkomandi markaði og að bregðast við án tafar með því að greina markaðinn á ný ef þurfa þætti.

Í kjölfar álits ESA tók PFS hina kærðu ákvörðun nr. 8/2008 þann 18. apríl s.l. Í ákvörðuninni var sérstaklega tekið fram að markaðir og greining á þeim væri ekki varanleg heldur yrði um reglulega endurskoðun að ræða. Markaðir sem breyttust stöðugt og verulega þyrfti að skoða innan skynsamlegra tímamarka. Markaðirnir væru greindir með tilliti til þróunar í nánustu framtíð, að því marki sem mögulegt væri. Tímabilið sem miðað væri við ætti að endurspeglar sérkenni viðkomandi markaðs og áætlaðan tíma þar til næsta markaðsgreining á honum færi fram.

Þann 13. júní s.l. var birt ákvörðun Samkeppniseftirlitsins (SE) nr. 36/2008 varðandi kaup Teymis (Vodafone og SKO) á 51% eignarhlut í IP-fjarskiptum (Hive) og samruna SKO og Hive.

Fram kom að það væri mat SE að samningurinn fæli í sér samruna í skilningi 4. og 17. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005. Við mat á samkeppnislegum áhrifum samruna bæri að líta til þess hvort samruninn hindraði virka samkeppni með því að markaðsráðandi staða yrði til eða slík staða styrktist, sbr. 17. gr. samkeppnislaga. Í ákvæðinu segði einnig að taka bæri tillit til þess hvort markaður væri opinn eða aðgangur að honum hindraður. Þessi atriði væru í samkeppnisrétti í raun innifalin í mati á því hvort markaðsráðandi staða myndaðist eða slík staða styrktist. Þá kom fram að í 4. gr. samkeppnislaga kæmi fram að markaðsráðandi staða væri fyrir hendi þegar fyrirtæki hefði þann efnahagslega styrkleika að geta hindrað virka samkeppni á þeim markaði sem máli skipti og það gæti að verulegu leyti starfað án þess að taka tillit til keppinauta, viðskiptavina og neytenda. Markaðsráðandi stöðu mætti ráða af ýmsum þáttum, sem ekki gætu talist ráða úrslitum einir og sér.

Að mati eftirlitsins gætti áhrifa samrunans á smásölumarkaði fyrir ADSL þjónustu og Internetþjónustu. Það væri mat SE að á markaði fyrir fjarskipti á Íslandi ríkti fákeppni og allt að því tvíkeppni ef markaðurinn væri metinn í heild. Fyrirkomulagið væri með þeim hætti að tvær fyrirtækjasamstæður, Skipti hf. og Teymi hf. væru þar langfyrirferðamestar og þá sérstaklega Skipti, sem hefði auk þess þá sérstöðu að veita eitt félagi alhliða fjarskiptaþjónustu og vera eigandi grunnfjarskiptakerfis landsins sem öll önnur fjarskiptafyrirtæki þyrftu að eiga viðskipti við. Á einstökum undirmörkuðum fjarskipta, og þar með á skilgreindum mörkuðum þessa máls störfuðu, auk þeirra fyrrnefndu, nokkur lítil fyrirtæki með litla markaðshlutdeild þó mismunandi væri eftir mörkuðum. Í fyrri ákvörðunum samkeppnisyfirvalda sem vörðuðu fjarskiptamarkaðinn hefði Skipti (Síminn) verið skilgreint með markaðsráðandi stöðu sem og á einstökum undirmörkuðum fjarskiptaþjónustu. Í því samhengi mætti t.d. nefna að samkeppnisráð komst að þeirri niðurstöðu að Síminn væri markaðsráðandi á markaði fyrir almenna talsímaþjónustu, Internettengingar (ADSL tengingar) og Internetþjónustu í ákvörðun sinni nr. 21/2005.

Þá kom fram að SE teldi að starfsemi Hive hafi aukið samkeppni á fjarskiptamarkaði og að því leyti haft jákvæð áhrif á markaðinn hér á landi. Yrði að telja að þessi áhrif hafi komið fram í lækkun verðs og auknu framboði á þjónustu sem hafi komið neytendum til góða. Að óbreyttu hefði umræddur samruni þau áhrif að Hive hyrfi af markaðnum sem sjálfstæður keppinautur. Væri það til þess fallið að auka samþjöppun og hafa neikvæð samkeppnisleg áhrif á markaðnum. Yrði ekki gripið til ráðstafana vegna samrunans drægi hann úr virkri samkeppni í skilningi 17. gr. samkeppnislaga. Byggt á gögnum málsins og framkomnum upplýsingum væri það mat SE að rekstur Hive hafi verið afar erfiður og líklegt væri að starfsemi félagsins hefði verið hætt hefði ekki komið til samrunans eða til annarra sérstakra ráðstafana. Líklegt væri að slík endalok Hive hefðu í för með sér neikvæð samkeppnisleg áhrif. Samþjöppun myndi aukast og hætta væri á því að öflug staða Skipta myndi styrkjast. Þegar þetta væri virt væri það ekki raunhæfur kostur í þessu máli að ógilda samruna þessa máls.

Ennfremur kom fram í ákvörðun SE að viðræður hefði átt sér stað á milli stofnunarinnar og fulltrúa samrunaaðila. Í þeim viðræðum hefðu samrunaaðilar kynnt hugmyndir að skilyrðum sem miðuðu að því að tryggja áframhaldandi samkeppnislegt

sjálfstæði Hive. Eins og atvikum málsins væri háttað væru slík skilyrði að mati SE til þess fallin að vinna gegn óheppilegum samkeppnislegum áhrifum samrunans sem sköpuðust við það að sjálfstæður aðili hyrfi af markaðnum. Viðræður þessar hefðu leitt til sáttar á milli aðila sem fæli í sér að samrunaaðilar myndu hlíta nánar tilgreindum skilyrðum. Tilgangur umræddra skilyrða væri að tryggja að full og óskoruð samkeppni muni ríkja milli Hive/SKO (Tals) og Vodafone. Til að tryggja viðskiptalegt sjálfstæði Tals væri mælt fyrir um fullan rekstrar- og stjórnunarlegan aðskilnað milli Tals og Vodafone. Einnig yrði þessum fyrirtækjum bannað að hafa með sér hvers konar samvinnu sem takmarkað gæti samkeppni. Jafnframt væri Teymi og tengdum félögum bannað að stuðla að eða taka þátt í samvinnu milli Tals og Vodafone sem raskað gæti samkeppni. Einnig ættu skilyrðin að tryggja að félögin störfuðu að öllu leyti sjálfstætt á mörkuðunum og að samruninn raskaði ekki samkeppni.

Að lokum kom fram að til að stuðla að virkri samkeppni á fjarskiptamarkaðnum féllust félögin á að hlíta eftirfarandi í starfsemi sinni:

1. *Teymi skal tryggja að fullur rekstrar- og stjórnunarlegur aðskilnaður verði á milli Tals og Og fjarskipta (Vodafone), dótturfélags Teymis. Skal Tal rekið sem sérstök lögpersóna.*

Stjórnarmenn Vodafone og starfsmenn skulu ekki sitja í stjórn eða varastjórn Tals og öfugt. Hið sama gildir um þá sem eru makar umræddra stjórnarmanna, starfsmanna og eigenda, skyldir þeim eða mægðir í beinan legg eða systkini þeirra.

Samstarf Tals og Vodafone skal heimilt varðandi fjarskipti og fjarskiptakerfi, sbr. þó ákvæði 2. og 3. gr. Skulu þessi viðskipti vera eins og viðskipti milli óskyldra aðila. Í því felst m.a. að öll viðskipti milli Vodafone og Tals skulu verðlögð á markaðsverði.

2. *Tal og Vodafone er óheimilt að hafa með sér hverskonar samvinnu eða grípa til samstilltra aðgerða um viðskipta- og samkeppnismál. Í þessu felst m.a. bann við samvinnu eða samstilltum aðgerðum sem lúta að eftirfarandi atriðum:*

- a. *Verði og verðstefnu*
- b. *Viðskiptakjörum*
- c. *Eðli þjónustu og þjónustuframboði*
- d. *Markaðsmálum, viðskiptastefnu og viðskiptaáætlunum*
- e. *Viðskiptavinum og sölusvæðum*

3. *Vodafone og Tali er óheimilt að veita hvort öðru upplýsingar um viðskiptavinum félaganna, þ.m.t. viðskipti og/eða viðskiptakjör einstakra viðskiptavina. Einnig er óheimilt að veita upplýsingar milli Vodafone og Tals um upplýsingar um þau atriði sem tilgreind eru í 2. lið.*

Skulu lykilstarfsmenn félaganna undirrita sérstaka yfirlýsingu um þagnarskyldu og trúnað. Skulu afrit þessara yfirlýsinga send Samkeppniseftirlitinu innan 30 daga frá birtingu þessarar ákvörðunar.

4. Teymi, og félögum undir yfirráðum Teymis, er óheimilt að stuðla að eða taka þátt í samvinnu milli Tals og Vodafone sem fer gegn 2. lið. Þessum félögum er einnig óheimilt að miðla upplýsingum sem falla undir 3. lið milli Tals og Vodafone.

5. Teymi skal kynna ákvörðun þessa og hvað í henni felst fyrir starfsmönnum Vodafone og Tals, auk stjórnarmanna félaganna innan 30 daga frá birtingu hennar. Þá skulu félögin upplýsa Samkeppniseftirlitið um framkvæmd ákvörðunarinnar innan tveggja mánaða frá birtingu hennar.

6. Brot á skilyrðum sem sett eru í ákvörðun þessari varða stjórnvaldssekt og/eða refsingu samkvæmt viðurlagakafla samkeppnislaga.

Þann 19. maí 2008 kærði Síminn hf. ákvörðun PFS. Sú kæra er hér til meðferðar.

2.0 Málsástæður kæranda.

Í kæru Símans hf. dags. þann 19. maí 2008 kemur eftirfarandi fram um málsástæður kæranda:

Aðalkrafa um ógildingu ákvörðunar

Síminn byggir aðalkröfu sína um ógildingu ákvörðunar PFS á því að brot stofnunarinnar gegn meginreglum stjórnisýsluréttar séu svo alvarleg það að valdi ógildingu ákvörðunarinnar.

Síminn byggir á því að PFS hafi brotið gegn rannóknarreglu 10. gr. stjórnisýslulaga nr. 37/1993, hér eftir nefnd stjórnisýslulögin. Í ákvörðun PFS er byggt á upplýsingum sem aflað er á árunum 2004 og 2005, sbr. mgr. 10 í viðauka A með ákvörðun PFS. Nýjustu upplýsingar sem PFS byggir á eru frá árslokum 2006, sbr. t.d. töflu 3 sem sýnir markaðshlutdeild eftir fjölda Internettenginga yfir xDSL í smásölu í árslok 2006. Aðstæður á markaði hafa breyst það mikið frá þeim tíma að álagning kvaða á grundvelli upplýsinga frá þeim tíma fullnægi ekki þeim ríku rannsóknarskyldum sem hvíla á PFS og skyldum um að meta aðstæður á grundvelli nýjustu fánlegra upplýsinga til framtíðar.

Þá telur Síminn að PFS hafi brotið gegna andmælarétti Símans með því að gefa félaginu ekki færi á að gera athugasemdir við drög að ákvörðun um leið og hún er send Eftirlitsstofnun EFTA. Loks hefur PFS brotið gegn meðalhófsreglu 13. gr. stjórnisýslulaga og ólögfestri meginreglu um bann við misbeitingu valds við val á leið til úrlausnar máls.

Í febrúar sl. varð sú grundvallarbreyting á aðstæðum á markaði fyrir breiðbandsaðgang (ADSL þjónusta) að Teymi hf., móðurfélag Og fjarskipta ehf., sem starfar undir merki Vodafone, keypti meirihluta í IP fjarskiptum ehf., sjá fylgiskjal nr. 1, sem starfar undir merkinu Hive, og sameinaði það Ódýra símafélaginu ehf., sem starfar undir merki Sko. Starfa félögin sameinuð undir merkinu Tal. Teymi hf. er því móðurfélag tveggja helstu keppinauta Símans á Internetþjónustumarkaði og ADSL markaði og ber að líta á þá sem einn aðila þar sem um fyrirtækjasamstæðu er að

ræða í skilningi samkeppnisréttar.¹ Þá er ljóst að um samruna er að ræða í skilningi 7. tl. 1. mgr. 4. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005.

Samhliða kaupum Teymis hf. á IP fjarskiptum ehf. keypti Vodafone ADSL kerfi IP fjarskipta. Kerfi IP fjarskipta er staðsett á höfuðborgarsvæðinu þar sem ADSL kerfi Vodafone er fyrir. Vodafone getur því notað búnað sem var í eigu IP fjarskipta til frekari uppbyggingar á landsvísu án verulegs stofnkostnaðar. Eins og rakið er í 40. mgr. í viðauka A við ákvörðun PFS eru önnur ADSL kerfi mjög lítil og staðbundin. Ef gengið er út frá því að dreifikerfi Vodafone nái til þeirra svæða sem lýst er í 38. mgr. viðauka A nær það til um 85% þjóðarinnar. Í ákvörðun PFS er ekki birt markaðshlutdeild hvers fyrirtækis um sig. Síminn er sagður með um 60% hlutdeild en aðrir minna en 25% hlutdeild. Það er líklega nærri lagi að markaðshlutdeild Símans í dag liggi á bilinu 55-60%, hlutdeild Vodafone sé 35-40% og sameiginleg hlutdeild allra annarra fyrirtækja sem reka ADSL þjónustu liggi á bilinu 2-5%. Við þetta er að bæta að Tal (áður IP fjarskipti undir merkjum Hive) hefur veitt Internetþjónustu yfir ADSL kerfi Símans utan höfuðborgarsvæðisins þar sem félagið hefur ekki byggt upp. Ljóst er að þeir viðskiptavinir verða fluttir yfir á kerfi Vodafone. Mun það styrkja hlutdeild Vodafone um ca. 2% og veikja hlutdeild Símans að sama skapi.

Í stuttu máli er hægt að lýsa stöðunni á markaði fyrir ADSL þjónustu þannig að þar keppi fyrst og fremst tvö fyrirtæki Síminn og Vodafone með tvö landsdekkandi ADSL kerfi. Sameiginleg markaðshlutdeild þeirra er um 95-98%. ADSL kerfi Símans nær til um 94% landsmanna en kerfi Vodafone nær til um 85% landsmanna. Samruni IP fjarskipta við Teymi og kaup Vodafone á ADSL kerfi IP fjarskipta gerir það að verkum að Vodafone getur ráðist í frekari uppbyggingu á landsvísu með óverulegum tilkostnaði.

Eins og framangreind lýsing ber með sér eru aðstæður á markaði fyrir breiðbandsaðgang í grundvallaratriðum aðrar en þær sem lýst er í ákvörðun PFS. Í ákvörðun PFS er látið hjá líða að rannsaka styrkleika keppinauta Símans vegna þess að þeir hafa allir minni markaðsstyrk en 25% hlutdeild þegar raunin er að einvörðungu er hægt að tala um einn raunverulegan keppinaut með um 40% hlutdeild. Verður ekki unað við það að hálfu Símans að á markaði þar sem það jafnvægi ríkir sem að framan er lýst skuli annað fyrirtækið látið bera allar skyldurnar en hitt starfi án nokkurra kvaða af hálfu eftirlitsaðila. Slíkur aðstöðumunur vinnur gegn markmiðum fjarskiptalaga og samkeppnislaga um heilbrigða samkeppni og jafnræði samkeppnisaðila.

Síminn telur að PFS hafi brotið gegn rannsóknarreglu stjórnisýsluréttarins og rannsóknarskyldum sem leiða af EES-reglum að valdi ógildinguna ákvörðunar PFS.

Í 10. gr. stjórnisýslulaga nr. 37/1993 segir:

„Stjórnvald skal sjá til þess að mál sé nægjanlega upplýst áður en ákvörðun verður tekin í því.“

¹ Sjá skilgreiningu á fyrirtækjasamstæðu í 3. tl. 1. mgr. 3. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005: Fyrirtækjasamstæða er samband fyrirtækja með þannig eignauppbyggingu að eitt fyrirtæki á svo stóran hlut í öðru fyrirtæki eða fleiri fyrirtækjum að það fer með meiri hluta atkvæða. Það fyrirtæki skoðast því sem móðurfyrirtæki en hitt eða hin fyrirtækin sem dótturfyrirtæki. Til fyrirtækjasamstæðu telst einnig fyrirtæki þar sem móðurfyrirtæki og dótturfyrirtæki eða eitt eða fleiri dótturfyrirtæki eiga saman svo mörg hlutabréf eða hluti að þau fara með meiri hluta atkvæða í þeim.

Í skýringarriti Páls Hreinssonar með stjórnarsýslulögum segir m.a. að mál teljist nægilega rannsakað þegar þeirra upplýsinga hefur verið aflað sem nauðsynlegar eru til þess að hægt sé að taka efnislega rétta ákvörðun í því.² Þá segir jafnframt að veruleg vanræksla á rannsókn máls getur leitt til þess að ákvörðun verði talin ógildanleg³.

Í leiðbeiningum Eftirlitsstofnunar EFTA um markaðsgreiningu og mat á umtalsverðum markaðsstyrk frá 14. júlí 2004 er víða komið að mikilvægi vandaðrar rannsóknar í markaðsgreiningu og sérstaklega þeirrar skyldu fjarskiptaeftirlitsstofnana að meta stöðuna á markaði til framtíðar. Eftirfarandi eru nokkrar tilvitnanir í leiðbeiningunum.

Í 79. mgr. leiðbeininganna er lögð skylda á PFS að rannsaka mál á ítarlegan og yfirgripsmikinn hátt:

„Mikilvægt er að hafa í huga að ekki verður skorið úr um hvort fyrirtæki hafi yfirburðastöðu á grundvelli mikillar markaðshlutdeildar eingöngu. Eins og þegar hefur komið fram er mikil markaðshlutdeild aðeins vísbending um að fyrirtækið gæti haft yfirburðastöðu. Þess vegna ber eftirlitsyfirvöldum í EFTA-ríkjunum að rannsaka efnahagsleg einkenni viðkomandi markaðar á ítarlegan og yfirgripsmikinn hátt áður en þau úrskurða að fyrirtæki hafi þar veruleg markaðsítök.“

Í 20. mgr. í leiðbeiningum er lögð skylda á PFS að meta stöðuna á markaði með hliðsjón af framtíðarhorfum:

„Við útfærslu markaðsgreiningar samkvæmt ákvæðum 16. gr. rammatilskipunarinnar skulu eftirlitsyfirvöld í EFTA-ríkjunum meta uppbyggingu viðkomandi markaðar með hliðsjón af framtíðarhorfum og á grundvelli ríkjandi markaðsaðstæðna. Eftirlitsyfirvöldum ber að ganga úr skugga um hvort líklegt sé að samkeppni nái að festast í sessi á markaðnum, og þar með hvort skortur á virkri samkeppni muni verða varanlegur (11), að teknu tilliti til væntanlegrar eða **fyrirsjáanlegrar markaðspróunar** á hæfilega löngu tímabili.“

Í 36. mgr. er lögð áhersla á rannsókn á öllum fyrirliggjandi gögnum og heildarskilningi á markaðsaðstæðum:

„Markaðsskilgreining getur ekki farið fram á vélrænan eða óhlutbundinn hátt, heldur krefst hún rannsóknar á öllum fyrirliggjandi gögnum um markaðshegðun í fortíðinni og heildarskilnings á starfsemi í greininni.“

Í 76. mgr. kemur er fjallað um nauðsyn þess að litið sé til framtíðarhorfa að teknu tilliti til markaðsaðstæðna í nútíð:

„Eins og fjallað verður um hér á eftir byggist úrskurður um yfirburðastöðu ýmsum viðmiðum og mat á henni byggist eins og fyrr er getið á **markaðsgreiningu samkvæmt framtíðarhorfum að teknu tilliti til markaðsaðstæðna í nútíð.**“

² Páll Hreinsson, Stjórnarsýslulögin – skýringarrit, forsætisráðuneytið 1994, bls. 113.

³ Sama rit, bls. 116.

(Feitletranir eru undirritaðs.)

Kjarninn í framangreindum tilvitnunum í stjórnslurétt og leiðbeiningarreglur Eftirlitsstofnunar EFTA er sú að á PFS hvílir víðtæk skylda til framkvæma rannsókn á fjarskiptamörkuðum á ítarlegan og yfirgripsmikinn hátt til að rétt efnisleg ákvörðun verði tekin. Byggt skal á nýjustu fáanlegu upplýsingum og skal ákvörðun byggjast á mati á framtíðarhorfum að teknu tilliti til markaðsaðstæðna í nútíð. Þar sem þær kvaðir sem PFS leggur á fjarskiptafyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk eru fyrirfram kvaðir ber stofnuninni sérstaklega að meta viðkomandi markað með hliðsjón af fyrirsjáanlegum framtíðarhorfum.

Þegar ákvörðun PFS var tekin lágu fyrir upplýsingar um kaup Teymis á IP fjarskiptum. Í stað þess að fara að skyldu sinni, rannsaka ítarlega áhrif samrunans á markaðinn og leggja mat á stöðuna að fengnum þeim upplýsingum í fyrirsjáanlegri framtíð kaus PFS að láta sem samruninn hefði ekki átt sér stað en málið yrði rannsakað í nýrri markaðsgreiningu að 2-3 árum liðnum. Síminn telur að PFS hafi brotið svo gróflega gegn rannsóknarreglu stjórnsluréttarins auk rannsóknarskyldna sem hvíla á PFS í leiðbeiningum Eftirlitsstofnunar EFTA að ógilda beri ákvörðunina. Við mat á því hvort ógilda beri ákvörðun verður að líta til þess að útnefning fjarskiptafyrirtækis með umtalsverðan markaðsstyrk og álagning þeirra kvaða sem gert er í ákvörðun PFS er sérstaklega íþyngjandi fyrir Síminn. Ber því að gera enn ríkari kröfu um að rannsóknarskyldum stjórnvaldsins sé fullnægt.

Skýringar PFS um að Samkeppniseftirlitið hafi ekki lokið rannsókn sinni á samkeppnislegum áhrifum samrunans halda ekki. Samruni IP fjarskipta og Ódýra símafélagsins hefur þegar tekið gildi enda starfa félögin sameinuð á markaði undir merki Tals sem er það sem skiptir máli við mat á markaðsaðstæðum. Möguleg ákvörðun Samkeppniseftirlitsins um ógildingu samruna eða setningu skilyrða eftir á breytir engu um hinar ríku skyldur PFS til að meta markaðsaðstæður með hliðsjón af samkeppnislegum áhrifum samrunans í fyrirsjáanlegri framtíð.

Víða í ákvörðun PFS er því haldið fram að það styrki yfirburðastöðu Símans að Síminn hafi 90% markaðshlutdeild í ytri sölu á heildsölustigi. Sú röksemd verður að teljast fallin þegar á það er litið að það verður einungis á tæplega 10% landsins sem þetta á við og því um tiltölulega litla hagsmuni að ræða í heildarsamhenginu auk þess sem um óarðbærustu svæðin er að ræða.

Ákvörðun um að rannsaka ekki til hlítar áhrif kaupa Teymis á IP fjarskiptum felur einnig í sér brot á reglunni um bann við misbeitingu valds við val á leiðum til úrlausnar máls (danska: procedurfordrejning). Þegar samruni IP fjarskipta og Teymis lá fyrir bar PFS að framkvæma ítarlega rannsókn á áhrifum samrunans á markaði fyrir breiðbandsaðgang. Í þess stað lét PFS hjá líða að fara að þeirri málsmeðferð en valdi í staðinn einfaldari málsmeðferð eins og samruninn hefði ekki átt sér stað. Það sjónarmið að ákveða niðurstöðu málsins með það að markmiði að komast hjá því að fara með mál eftir flóknari og tímafrekari málsmeðferð er ómálefnalegt. Hafi efni ákvörðunar verið ákveðið á grundvelli slíks sjónarmiðs, hefur

stjórnvald misbeitt valdi sínu við val á leið til úrlausnar máls.⁴ Slíkt er talið verulegur annmarki á stjórnsýsluákvörðun sem ber að ógilda af þeim sökum.

Síminn telur jafnframt að PFS hafi brotið gegn lögbundnum andmælarétti skv. 13. gr. stjórnsýslulaga og sérákvæði 6. gr. laga nr. 69/2003 um PFS með því að PFS veiti Símanum ekki færi á að tjá sig um drög að ákvörðun PFS um leið og hún var send Eftirlitsstofnun EFTA til umsagnar. Sú regla gildir varðandi samráð við hagsmunaaðila að fyrst sendir PFS frumniðurstöðu markaðsgreiningar til hagsmunaaðila til umsagnar þegar hún liggur fyrir. Eftir að PFS hefur farið yfir athugasemdir fjarskiptafyrirtækja skal stofnunin gera svör við þeim og senda Eftirlitsstofnun EFTA og fjarskiptafyrirtækjunum drög að ákvörðun. Þetta er sú framkvæmd sem PFS hefur viðhaft við greiningu á öðrum fjarskiptamörkuðum og í samræmi við kynningu PFS á því hvernig lögbundnu samráði skyldi háttað. Í þessu sambandi er rétt að vekja athygli á kafla 4.1. kynningarrits PFS um markaðsgreiningu⁵ þar sem þessu er lýst með afgerandi hætti, sjá fylgiskjal nr. 2. Sömu upplýsingar er að finna í kynningu PFS á markaðsgreiningu frá 6. október 2003.⁶ Með framangreindri aðgerð hefur PFS einhliða og án frekari skýringa afnumið hinn lögbundna andmælarétt Símans. Slíkur formgalli einn og sér er nægjanlegur til að ákvörðun stjórnvalds teljist ógildanleg, sér í lagi þegar um jafn viðurhlutamikla og íþyngjandi ákvörðun er að ræða og í máli þessu. Í umsögn Símans við frumdrög PFS var af þessum sökum áskilinn réttur til að koma að andmælum á síðari stigum.

Það verður einnig að teljast sjálfstætt brot á andmælarétti Símans að fá ekki tækifæri til að tjá sig um áhrif samruna Teymis og IP fjarskipta. Endurspeglast í því hin nánú tengsl rannsóknarreglu og andmæla reglu sem báðar hafa verið fyrir borð bornar.

Varðandi álagningu kvaðar um eftirlit með gjaldskrá telur Síminn að PFS hafi farið gegn meðalhófsreglu 12. gr. stjórnsýslulaga auk þess að brjóta gegn rannsóknarreglu. Í ákvörðun PFS er lögð á kvöð um að gjaldskrá fyrir heildsöluágang að ADSL þjónustu Símans skuli fundið með smásölu mínus aðferð og skal veittur afsláttur vera 35% af smásöluverðinu. Eftir að frumdrög PFS lágu fyrir var stofnaður vinnuhópur milli Símans og PFS til að skiptast á upplýsingum um þá markaði sem búið var að framkvæma markaðsgreiningu á og þar sem vinna PFS við greininguna stóð yfir. Í vinnuhópunum kynnti Síminn hver afkoman væri af ADSL þjónustunni og að ef fyrirætlanir PFS yrðu að veruleika myndi verða tap á þjónustunni. PFS var því fullljóst að ákvörðun um smásölu mínus 35% væri gengi lengra en meðalhófsreglna heimilar. Hafi PFS efast um að upplýsingar Símans væru réttar var stofnuninni í lófa lagið að óska eftir gögnum og rannsaka hver afkoman væri. PFS kaus hins vegar, þrátt fyrir að hafa vitneskju um rekstur ADSL þjónustunnar, að taka ákvörðun um að ákveða verðlagninguna með þessum hætti. Er það sjálfstætt álitamál hvort ákvörðun PFS kunni að fela í sér brot gegn samkeppnislögum ef verðlagning ADSL þjónustunnar mun reynast undir kostnaði.

⁴ Sjá nánar Páll Hreinsson, Misbeiting valds við val á leiðum til úrlausnar máls, Tímarit lögfræðinga, 1996, bls. 185-198.

⁵ Kynningarrit um markaðsgreiningu, Póst- og fjarskiptastofnun, ágúst 2005. Sjá nánar: <http://pfs.is/upload/files/Kynningarit%20um%20markaðsgreiningu%20-%202005%202.pdf>

⁶ Póst- og fjarskiptastofnun. Markaðsgreining á fjarskiptamarkaði: Nýjar reglur og helstu þættir. Jóhanna Helga Halldórsdóttir, 6. október 2003.

Síminn vísar einnig til lokamálsliðar 1. mgr. 32. gr. fjarskiptalaga þar sem segir að við ákvörðun um eftirlit með gjaldskrá skuli tekið tillit til fjárfestinga fjarskiptafyrirtækis og hæfilegrar arðsemi af bundnu fjármagni með hliðsjón af áhættu við fjárfestinguna. Þess málsliður fær enga umfjöllun í ákvörðun PFS og verður það eitt og sér að teljast brot gegn lagaákvæðinu auk brots á rannsóknarreglu og meðalhófsreglu.

Í umsögn Símans um frumdrög PFS byggði Síminn m.a. á samráði hjá breska fjarskiptaeftirlitinu, OFCOM, vegna markaðsgreiningar þeirrar stofnunar á markaði fyrir breiðbandsaðgang. Á því stigi hafði ekki verið tekið tillit til hvort eðlilegt væri að hafa eftirlit með gjaldskrá breska símans (BT). Ákvörðun OFCOM liggur nú fyrir og er á þá leið ekki var beitt samsvarandi verðlagseftirliti og PFS þar sem það drægi úr hvata til fjárfestinga. Þá benti Síminn einnig á skýrslu LECC í umsögn sinni sem vísar í sömu átt um að verðlagseftirlit sé varhugavert þar sem það dregur úr fjárfestingarhvata. PFS lét algjörlega hjá líða að rannsaka hvort ákvörðun um verðlagseftirlit dragi úr fjárfestingarhvata. Verður að líta svo á að með þessu hafi PFS enn farið á svig við rannsóknarreglu stjórnarsýslulaga. Það að samtök fjarskiptafyrirtækja í Evrópu, ETNO, hafi látið virta sérfræðinga vinna fyrir sig skýrslu um málið dugar eitt og sér ekki til þess að hægt sé að vísa skýrslunni á bug eins og PFS gerir heldur verður það einungis gert á grundvelli vandaðs rökstuðnings með vísan til lagasjónarmiða. Þar brást PFS skyldu sinni.

Í ákvörðun PFS um eftirlit með gjaldskrá er kveðið á um að verðin skulu gilda sem meðalverð fyrir landið allt. Síminn leggur áherslu á að hvað sem öllu öðru líður verði þessum hluta ákvörðunar PFS hafnað. Lagaheimild er nauðsynleg til að taka íþyngjandi ákvörðun um að sama verð skuli gilda um allt land. PFS skortir alfarið lagaheimildir til slíkrar ákvörðunar. Eina lögbundna úrræðið sem PFS hefur er í 2. mgr. 20. gr. fjarskiptalaga sem kveður á um að sama verð skuli gilda fyrir alþjónustu um allt land. Ákvæði 32. gr. fjarskiptalaga veitir ekki jafn viðtæka heimild enda er það meginreglan að miða skuli við kostnað og ef kostnaður er mismunandi eftir landssvæðum á fjarskiptafyrirtæki að vera heimilt að láta það endurspeglast í verðlagningu.

Í umsögn Símans við frumdrög PFS var bent á margvíslega annmarka á markaðsgreiningu PFS á markaði fyrir breiðbandsaðgang. Í stað þess að endurtaka þær athugasemdir er vísað til umsagnarinnar sem hluta af málatali Símans um aðal- og varakröfu í máli þessu eftir því sem við á. Fylgir umsögnin sem fylgiskjal nr. 4.

Með vísan til alls þess sem að framan er rakið auk athugasemda Símans við frumdrög að markaðsgreiningu verður að telja ákvörðun PFS haldna svo verulegum annmörkum að varði ógildingu.

Varakrafa um að ákvörðun PFS verði breytt

Komist úrskurðarnefnd að þeirri niðurstöðu að ákvörðun PFS sé ekki ógildanleg er þess krafist að úrskurðarnefnd breyti ákvörðun PFS og framkvæmi sjálfstæða markaðsgreiningu eftir því sem hún telur þörf á.

Í fyrsta lagi er þess krafist að úrskurðarnefnd rannsaki og leggi sjálfstætt mat á samkeppnismarkað í ADSL þjónustu. Eins og framan er rakið eru í raun tvö

fjarskiptafyrirtæki sem bjóða ADSL þjónustu á Íslandi. Síminn telur að félagið sé með tæplega 60% markaðshlutdeild en hlutdeild Vodafone sé um 40%. Úrskurðarnefnd verði því að taka sjálfstæða afstöðu til þess hvort um fákeppnismarkað er að ræða eða hvort aðstæður séu með þeim hætti að markaðsyferráð séu sameiginleg með þessum fyrirtækjum.

Til stuðnings varakröfu að öðru leyti er vísað til þess sem fram kemur í kafla 3.1. um aðalkröfu. Telji úrskurðarnefnd t.d. ekki forsendur til að ógilda ákvörðun PFS að því er snýr að eftirliti með gjaldskrá er þess krafist að úrskurðarnefnd taki sjálfstæða ákvörðun um hvort eftirlit með gjaldskrá eigi rétt á sér og þá með hvaða hætti.

Að öðru leyti vísast almennt til umsagnar Símans um frumdrög að markaðsgreiningu, sbr. fylgiskjal nr. 4, en það skjal telst hluti af stjórnarsýslukæru þessari.

Lagarök

Um lagarök vísast til allra helstu meginreglna stjórnarsýsluréttarins. Sérstaklega er vísað til frumskyldu PFS við markaðsgreiningu að rannsaka mál nægilega.

Þá er vísað til leiðbeininga Eftirlitsstofnunar EFTA við markaðsgreiningu þar sem sérstaklega er mælt fyrir um ítarlegar og yfirgripsmiklar rannsóknarskyldur.

Vísast að öðru leyti í hina kærðu ákvörðun, samráð aðila og önnur fylgigögn málsins.

3.0 Málsástæður Og fjarskipta ehf.

Eftirfarandi er tekið úr greinagerð Og fjarskipta ehf. dags. þann 15. júní 2008:

Vodafone telur ekki nauðsynlegt að rekja málavexti hér enda liggja þeir ljósir fyrir í hinni kærðu ákvörðun og ekki er gerð athugasemd við þá lýsingu. Vodafone mun gera grein fyrir athugasemdum sínum við kæru Símans í samræmi við framsetningu kærunnar.

Vodafone vill þó byrja á því að taka undir niðurstöður hinnar kærðu ákvörðunar. Sú staðreynd að koparheimtaugarkerfið er allt í eigu Símasamstæðunnar⁷, sem byggði upp fjarskiptanet sitt að mestum hluta í skjóli einkaleyfis til að veita fjarskiptaþjónustu, gerir það að verkum að það er og ávallt verður mikill aðstöðumunur á milli Símans annars vegar og annarra fjarskiptafyrirtækja hins vegar. Kvadirnar sem lagðar eru á Símann með hinni kærðu ákvörðun eru einmitt til þess fallnar að leitast við að draga úr þeim aðstöðumun. Með vísan til hins almenna markmiðs fjarskiptalaga um að stuðla að aukinni samkeppni á fjarskiptamarkaði⁸ er því mikilvægt að úrskurðarnefndin staðfesti ákvörðun PFS.

Hafa þarf í huga að fámennið á Íslandi, þar sem byggðir eru dreifðar yfir stórt svæði, gerir það að verkum að það er þjóðhagslega óhagkvæmt að byggja upp fleiri landsdekkandi koparheimtaugarkerfi sem er einn veigamesti þátturinn til að hægt sé að veita notendum ADSL þjónustu. Í ljósi þess er ekki hægt að gera ráð fyrir því að Vodafone eða aðrir nýir aðilar á markaði byggji upp slíkt kerfi né setji upp DSLAM

⁷ Í athugasemdum er ekki gerður greinarmunur hvort viðkomandi þjónusta sé nú hjá Mílu ehf. eða enn hjá Símanum hf. og verður einungis talað um Símann.

⁸ Sjá t.d. úrskurð úrskurðarnefndar fjarskipta- og póstmála nr. 2/2008.

búnað um allt land. Til þess að tryggja neytendum hagkvæm verð og góða þjónustu þarf að vera í boði bitastraumsaðgangur á þeim svæðum sem óhagkvæmt er að setja upp DSLAM búnað í samkeppni við Símann. Að öðrum kosti eiga fjarskiptafyrirtæki ekki möguleika á að keppa við Símann á ADSL markaði á landsbyggðinni. Þetta er ekki síður mikilvægt í ljósi þess að Síminn hefur hafnað því að selja bitastraumsaðgang til annarra fjarskiptafyrirtækja hingað til. Að sama skapi er mikilvægt að leggja skyldu á Símann um gjaldskráeftirlit svo tryggt sé að verð fyrir bitastraumsaðgang sé sem næst kostnaðarverði og ekki skapist svigrúm til að útloka aðgang með verðmismunun. Í því sambandi má benda á að Síminn hefur hingað til ekki boðið upp á ADSL tengingar í heildsölu til fjarskiptafyrirtækja heldur einungis í smásölu án afslátta. Síminn hefur hins vegar veitt öðrum fyrirtækjum en fjarskiptafyrirtækjum allt að 25% afslátt af smásöluverði eftir fjölda tenginga og þannig mismunað fyrirtækjum til verndar eigin smásölu. Síminn hóf svo loks í fyrra að bjóða fjarskiptafyrirtækjum 5-10% afslætti af smásöluverði ADSL tenginga háð bitahraða en óháða fjölda tenginga, og þá eingöngu með takmörkuðu aðgengi og vöruframboði. Að veita 5-10% afslátt til fjarskiptafyrirtækja á sama tíma og önnur fyrirtæki fá 25% afslátt er að sjálfsgöðu engan veginn viðunandi og Síminn er klárlega að nýta sér sterka stöðu sína á markaði í þeim tilgangi að vernda eigin smásöluþjónustu með því að hækka kostnað samkeppnisaðila á smásölumarkaði og draga úr möguleikum þeirra til að bjóða samkeppnishæf verð.⁹

Sem dæmi um framangreinda hegðun má nefna að með hinni kærðu ákvörðun var Símanum m.a. gert skylt að bjóða öllum skráðum fjarskiptafyrirtækjum að lágmarki 35% afslátt af smásöluverðum ADSL tenginga sem voru í endursölu frá Símanum við töku ákvörðunar. Miðað var við að fjarskiptafyrirtæki væri að endurselja að lágmarki 75 tengingar til að njóta þessa afsláttar. Vodafone sem hefur lengi keypt mikinn fjölda ADSL tenginga af Símanum í smásölu til að endurselja eigin viðskiptavinum án afsláttar óskaði eftir þessum afslætti í kjölfar birtingar hinnar kærðu ákvörðunar. Þegar loks bárust svör frá Símanum kom í ljós að Síminn er með öllum leiðum að reyna að komast hjá því að veita fjarskiptafyrirtækjum umræddan afslátt. Í svari Símans dags. 5. júní sl., kom fram sú túlkun Símans að afslátturinn gildi ekki um ADSL tengingar sem Vodafone er að endurselja frá Símanum og viðskiptavinir eru jafnframt að nýta fyrir sjónvarpsþjónustu (IPTV) Símans. Vísar Síminn til þess að hann hafi lagt út í kostnað við uppsetningu á búnaði, router og myndlykli, og sé eigandi þess búnaðar, auk þess að veita 1. stigs þjónustu. Í tölvupósti Símans kemur fram að 2106 tengingar af 3215 tengingum sem Vodafone er að kaupa af Símanum falli þannig ekki undir afsláttinn. Að mati Vodafone er þessi túlkun Símans í engu samræmi við hina kærðu ákvörðun og því hefur þessu máli verið vísað til PFS. Framangreint dæmi er lýsandi fyrir hegðun Símans á markaði og undirstrikar enn fremur nauðsyn þess að lagðar séu kvaðir á fyrirtækið til að auka aðgengi að þessum markaði.

Aðalkrafa um ógildingu ákvörðunar

⁹ Á ensku kallast þetta price squeeze eða margin squeeze. Slík hegðun markaðsráðandi fyrirtækis leiðir til útlokunar á samkeppnisaðilum á markaði nema viðeigandi skyldur um kostnaðargreind verð verði lagðar á viðkomandi fyrirtæki. Sjá umfjöllun um þetta í skýrslu Samtaka evrópskra fjarskiptaefitirlitsstofnana um kvaðir sem leggja má á fjarskiptafyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk til að efla samkeppni, t.d. bls. 35 og bls. 52-53.

Að mati Vodafone þá á aðalkrafa Símans um ógildingu hinnar kærðu ákvörðunar vegna brota gegn meginreglum stjórnisýsluréttar ekki við rök að styðjast. Margar þær röksemdir sem Síminn kemur með til stuðnings þessari kröfu sinni hafa verið settar fram í öðrum kærumálum vegna markaðsgreiningar og verið hafnað þar af úrskurðarnefndinni. Sú ákvörðun sem hér er til skoðunar byggir á greiningu sem lögð var fram til samráðs með skjali dags. 20. ágúst sl. þar sem hagsmunaaðilum var gefin rúmur mánuður til að gera athugasemdir sem síðan var framlengt um mánuð. Á þeim tíma lágu ekki fyrir tölur fyrir árið 2007 og væntanlega ekki þegar drög að ákvörðun voru formleg tilkynnt til Eftirlitsstofnunar EFTA (ESA) þann 13. mars sl. Eins og margoft hefur komið fram þá er vinna við markaðsgreiningu bæði flókin og tímafrek og því ekki hægt að gera þá kröfu að greiningin sé uppfærð stöðugt þar sem þá yrði lítið um framkvæmdir. Að mati Vodafone þá er það fyrirkomulag sem PFS hefur beitt í markaðsgreiningu að fullu í samræmi við það sem aðrar eftirlitsstofnanir hafa viðhaft í þessum málum. Að auki telur Vodafone að aðstæður á markaði hafi ekki breyst með þeim hætti að nauðsynlegt hafi verið að meta aðstæður á markaði að nýju eins og nánar verður farið í hér á eftir.

Eins og fram kemur í kæru Símans þá keypti Teymi hf. móðurfélag Vodafone 51% eignarhlut í fjarskiptafyrirtækinu IP fjarskipti ehf. (Hive) í febrúar sl. Samhliða þessu var ákveðið að sameina Ódýra símafélagið ehf. (SKO) sem einnig var í eigu Teymis rekstri HIVE. Kaup þessi og samruni hefur verið í skoðun hjá Samkeppniseftirlitinu undanfarna mánuði en málinu hefur nú verið lokið með sátt þar sem Teymi hf. tryggir rekstrar- og stjórnunarlegan aðskilnað IP fjarskipta ehf. og Og fjarskipta ehf.¹⁰ Ekki verður því séð að samruninn hafi áhrif á niðurstöðu PFS í hinn kærðu ákvörðun þar sem umrædd skilyrði eru til þess fallin að tryggja samkeppni á markaði og aukinheldur varðaði skoðun Samkeppniseftirlitsins smásölumarkaðinn einvörðungu. Að mati Vodafone er enn fremur fráleitt að gera þá kröfu að PFS leggist í rannsókn á þessum kaupum og samruna á sama tíma og þau mál eru í skoðun hjá Samkeppniseftirlitinu enda er til staðar lögbundið samráð og samstarf á milli þessara stofnanna. Þá hefur PFS ávallt heimild til að endurskoða ákvörðun sína ef aðstæður hafa breyst verulega og er ekki bundin við það að 2 – 3 ár þurfi að líða á milli greininga.

Fullyrðingar Símans um aðstæður á markaði og möguleika Vodafone til uppbyggingar á ADSL kerfum eiga ekki við nokkur rök að styðjast. Það er fráleitt að halda því fram að með kaupum Vodafone á tækni kerfum HIVE á höfuðborgarsvæðinu geti Vodafone með litlum tilkostnaði sett upp ADSL kerfi um allt land. Þessi búnaður HIVE er að sjálfsögðu í fullri notkun og ef það ætti að losa hann þyrfti að kaupa nýjan í staðinn enda þekkist hvergi að fjarskiptafyrirtæki liggi með ómældar birgðir af tækni búnaði. Auk þess eru stærstu kostnaðarliðirnir í þessu leiga á bandvídd og aðstöðu og þar er Síminn með yfirburðastöðu. Þá er heldur ekki hægt að horfa framhjá því að MÍLA sem er eins og áður sagði hluti af Símasamstæðunni á allt koparheimtaugakerfið sem er nauðsynlegt til þess að hægt sé að tengjast notendum. En Vodafone þarf nánast í öllum tilvikum að kaupa aðgang að koparheimtaugakerfi MÍLU þegar Vodafone er að veita ADSL þjónustu um eigið kerfi.

Vodafone hefur einungis byggt upp eigið ADSL kerfi á helstu þéttbýlissvæðum. Á öðrum svæðum kaupir Vodafone ADSL tengingar af Símanum til endursölu eins og

¹⁰ Ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 36/2008, dags. 13. júní 2008.

áður hefur verið gerð grein fyrir enda fjárhagslega óhagkvæmt að reka fleiri en eitt ADSL kerfi á þessum svæðum. Vodafone hefur verið að kaupa tæplega 3500 slíkar tengingar af Símanum og Hive var að kaupa um 1500 en Vodafone er í þann mund að yfirtaka þær tengingar skv. þjónustusamningi við IP-fjarskipti ehf. (Tal). Þannig að samanlagt má segja að Vodafone sé að kaupa í dag um 5000 ADSL tengingar af Símanum til endursölu. Þessi fjöldi tenginga fer ekki minnkandi sérstaklega í ljósi þess að eftir að Síminn hóf að selja IPTV þjónustu í byrjun árs 2007 er ekki hægt að kaupa slíka þjónustu frá Símanum nema ADSL tengingin sé einnig á kerfi Símans. Þannig að jafnvel þótt Vodafone gæti flutt suma ADSL viðskiptavinum sína yfir á eigið kerfi þá er það ómögulegt ef þeir vilja kaupa IPTV þjónustu hjá Símanum. Það sama gildir um viðskiptavinum Hive.

Að mati Vodafone fer Síminn mjög frjálst með tölur um markaðshlutdeild og útbreiðslu ADSL kerfis Vodafone. Eins og áður hefur komið fram eru fullyrðingar Símans um útbreiðslu og mikla möguleika Vodafone á frekari uppbyggingu með óverulegum tilkostnaði alveg fráleitar. Það er í raun ekkert sem bendir til þess að staða Símans á markaði 12 hafi á nokkurn hátt breyst við samruna Hive og SKO og kaup Teymis á 51% hlut í IP fjarskiptum ehf. Hafa verður í huga að markaður 12 er heildsölumarkaður en ekki smásölumarkaður. Það er alveg klárt að staða Símans á markaði 12 og tengdum mörkuðum, s.s. markaði 11 fyrir heimtaugar og leigulínumörkuðum 13 og 14, er með þeim hætti að rétt var að útnefna Símann með umtalsverðan markaðsstyrk, sbr. 1. og 2. mgr. 18. gr. fjarskiptalaga. Eins og fram kemur í greiningu PFS á markaði 12 þá er markaðshlutdeild Símans eftir fjölda xDSL tenginga í árslok 2006 yfir 60%. Jafnvel þótt markaðshlutdeild Vodafone og Hive væri lögð saman þá er markaðshlutdeild Símans eftir sem áður yfir 60% og hugsanlega hærri þar sem nákvæmar tölur eru ekki birtar vegna trúnaðar.

Með hliðsjón af framangreindu má benda á að í ákvörðun PFS um markað 15 sem staðfest var af úrskurðarnefnd með úrskurði nr. 2/2007, dags. 3. júlí 2007, komst PFS að þeirri niðurstöðu að útnefna bæri Símann, sem var með rúmlega 60% markaðshlutdeild, með umtalsverðan markaðsstyrk. Það sem aðskilur samkeppnisstöðuna á markaði 12 og markaði 15 er sú staðreynd að það er útilokað fyrir Vodafone að byggja upp sambærilegt grunnkerfi til að veita fyrir ADSL þjónustu og Síminn hefur byggt þar sem ekki verður byggt upp sambærilegt koparheimtaugarkerfi og Síminn hefur komið sér upp í skjóli einkaleyfis. Það er hins vegar ekki útilokað fyrir Vodafone að byggja upp landsdekkandi farsímanet eins og reynslan undanfarna mánuði hefur leitt í ljós. Í ljósi þessa er enn frekari ástæða til að komast að þeirri niðurstöðu að útnefna Símann með umtalsverðan markaðsstyrk á markaði 12.

Það er engan veginn hægt að fallast á þau rök Símans að jafnvægi ríki á markaði 12. Það er klárlega mikill aðstöðumunur milli Símans og annarra fyrirtækja á þessum markaði eins fram kemur í greiningu PFS á markaði 12 og sjá má á framangreindri umfjöllun. Því var PFS bæði rétt og skylt að útnefna Símann með umtalsverðan markaðsstyrk á markaði 12 og leggja á félagið umræddar kvaðir.

Að mati Vodafone hefur Síminn ekki lagt fram nein rök sem benda til þess að PFS hafi ekki uppfyllt rannsóknarreglu stjórnsluréttar. Hin kærða ákvörðun PFS byggir á útarlegri greiningu á stöðu á markaði þar sem bæði er horft til fortíðar og framtíðar. PFS getur hins vegar ekki byggt niðurstöður sínar á getgátum um hvað muni

hugsanlega gerast. Það er að sjálfsögðu ekki mögulegt að spá fyrir um hvort þær breytingar sem orðið hafa á Hive og SKO hafi þau áhrif að staða Símans á markaði 12 breytist að miklu leyti. Slíkt verður framtíðin að leiða í ljós.

Það er rangt sem Síminn heldur fram að brotið hafi verið á lögbundnum andmælarétti félagsins. Lögbundið samráð við hagsmunaaðila fór fram eins og áður sagði í ágúst og september sl. Hvorki 13. gr. stjórnarsýslulaga nr. 37/1993 né 6. gr. laga um Póst- og fjarskipti 69/2003 gera þá kröfu að hagsmunaaðilum sé útrekað veittur andmælaréttur vegna sama máls. Samráð við ESA fer fram að loknu samráði við hagsmunaaðila og því getur Síminn með engum hætti litið svo á að þar sem stofnun birti ekki upplýsingar um samráðið við ESA um markað 12 hafi verið á einhvern hátt brotið á andmælarétti félagsins. Það fyrirkomulag sem PFS hefur viðhaft varðandi upplýsingagjöf um hvenær markaðsgreining er send til ESA getur að engu leyti skapað lögbundin andmælarétt handa Símanum. Þá má benda á í þessu sambandi að ESA birtir á heimasíðu sinni öll opinber skjöl sem send eru inn vegna samráðs fjarskiptaeftirlitsstofnana EFTA við ESA um markaðgreiningu, sjá <https://eea.eftasurv.int/portal/hcleip>. Síminn og allir aðrir geta þannig fylgst með samráðsferlinu hjá ESA.

Hvað varðar fullyrðingar Símans um brot á meðalhófsreglu 12. gr. stjórnarsýslulaga þá telur Vodafone að framangreind umfjöllun um misnotkun Símans á markaðsráðandi stöðu sinni og umfjöllun PFS um samkeppnisvandamál á markaði 12 sbr. kafli 6.2.2. í viðauka A við hina kærðu ákvörðun færa fullnægjandi sönnur fyrir því að nauðsynlegt var að leggja umræddar kvaðir á Símann. Fullyrðingar þess efnis að rökstuðningi sé ábótavant eiga við engin rök að styðjast. Ákvörðun um að leggja á Símann kvöð um eftirlit með gjaldskrá er mjög mikilvæg og ekki er hægt að sjá að gengið hafi verið lengra en nauðsynlegt var. Sérstaklega í ljósi þess að Síminn er að eigin frumkvæði að veita öðrum fyrirtækjum en fjarskiptaafyrirtækjum allt að 25% afslátt af smásöluverði ADSL tenginga þá má leiða að því líkur að undirliggjandi kostnaður sé mun minni og því má telja að 35% afsláttur sé ekki svo íþyngjandi sérstaklega þar sem hann er bundinn við magninnkaup.

Að lokum gerir Síminn þá kröfu að ákvörðun PFS um að það verð sem Símanum er gert skylt að bjóða gildi sem meðalverð fyrir landið allt verði hafnað. Vodafone sér reyndar ekki hvernig þessi krafa á heima undir aðalkröfu þar sem farið er fram á ógildingu ákvörðunar vegna brota gegn meginreglum stjórnarsýsluréttar. Burtséð frá því þá telur Vodafone að ekki sé hægt að fallast á þessa kröfu Símans. Í fyrsta lagi þá hefur PFS komist að þeirri niðurstöðu að landfræðileg afmörkun á markaði 12 er landið allt þar sem koparheimtaugakerfið sem ADSL þjónusta er veitt um nær til um 95% heimila og sama verðskrá gildir fyrir xDSL um allt land. Þar sem markaður hefur skilgreindur sem landið allt er ekki hægt að leggja mismunandi kvaðir eftir landsvæðum. Í öðru lagi þá telur Vodafone að mjög vafasamt sé að fallast á það að ekki séu sömu verð um allt land þar sem annað fyrirkomulag gæfi tilefni til að hindra aðgang að ákveðnum svæðum með hærri verðlagningu. Það að fallast á mismunandi verð eftir landsvæðum myndi setja alla samkeppni í uppnám og í raun gæti það komið í veg fyrir samkeppni á þessum svæðum sem verð væri mun herra. Slík niðurstaða væri í algjörri andstöðu við markmið fjarskiptalaga um að stuðla að aukinni samkeppni á fjarskiptamarkaði

Varakrafa um að ákvörðun PFS verði breytt

Að mati Vodafone er varakrafa Símans óframkvæmanleg. Í fyrsta lagi er greining á markaði eins og fram hefur komið flókin og tímafrek framkvæmd og áður en fyrirtæki er útnefnt með umtalsverðan markaðsstyrk, eða slík útnefning felld úr gildi, þarf að fara fram greining á samkeppni og stöðu fyrirtækja á þeim markaði í samræmi við ákvæði fjarskiptalaga og tilmæli og leiðbeiningar ESA. Í öðru lagi er það samkvæmt V. kafla fjarskiptalaga lögbundið hlutverk PFS að greina samkeppni á fjarskiptamörkuðum. Í þriðja lagi verður það að telja í hæsta máta óraunhæft að úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála leggist í þá miklu vinnu sem felst í því að greina markað 12 sem er, eins og áður segir, nauðsynlegur undanfari þeirrar ákvörðunar sem Síminn gerir kröfu um. Auk þess sem ekki er gert ráð fyrir í lögum um fjarskipti sem og fjarskiptatilskipunum ESB að aðrir en PFS taki slíkar efnislegar ákvarðanir. Þá er mikilvægt að hafa í huga að skylt er að hafa samráð við ESA áður en teknar eru ákvarðanir um skilgreiningu fjarskiptamarkaða og greiningu þeirra sbr. 7. gr. laga um Póst- og fjarskiptastofnun.

Auk þess sem að framan er rakið þá vísar Vodafone til meðfylgjandi athugasemda sem félagið gerði við frumdrög að markaðsgreiningu.

Vísast að öðru leyti í málflutning félagsins fyrir PFS og nefndinni.

4.0 Málsástæður PFS.

Málsástæður PFS koma fram í greinargerð stofnunarinnar frá 19. júní 2008 og fer viðeigandi kafli hennar hér á eftir:

Almennt um aðalkröfu

Síminn byggir aðalkröfu sína um ógildingu ákvörðunar PFS á því að brot stofnunarinnar gegn meginreglum stjórnýsluréttar séu svo alvarleg að það valdi ógildingu ákvörðunarinnar.

PFS hafnar því alfarið að slíkir annmarkar séu á málsmeðferð stofnunarinnar að það valdi ógildingu hinnar kærðu ákvörðunar. Kærandi byggir fyrst og fremst á því að annmarkar séu á formi ákvörðunarinnar en virðist ekki hafa fram að færa efnislegar athugasemdir við hana aðrar en þær sem varða beitingu smásölu mínus aðferðar í tengslum við kvöð um eftirlit með gjaldskrá. Síminn virðist til að mynda ekki halda því fram að útarleg rannsókn á umræddum samruna myndi leiða til þess að Síminn yrði ekki tilnefndur sem fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk á viðkomandi markaði, einn og sér eða sameiginlega með Og fjarskiptum¹¹. Þannig verður kæra Símans ekki skilin á annan hátt en að meintur skortur á fullnægjandi rannsókn leiði skilyrðislaust til ógildingar ákvörðunar án þess að litið verði til þess hvort líklegt væri að sú rannsókn myndi leiða til efnislegrar breytingar á ákvörðun PFS að því er varðar útnefningu Símans sem fyrirtækis með umtalsverðan markaðsstyrk á viðkomandi markaði.

¹¹ Í varakröfu sinni um að úrskurðarnefnd breyti ákvörðun PFS, eftir atvikum með sjálfstæðri markaðsgreiningu, krefst kærandi þess að nefndin taki sjálfstæða afstöðu til þess hvort aðstæður væru orðnar með þeim hætti að markaðsyferráð væru orðin sameiginleg með Símanum og Og fjarskiptum (e. *joint/collective dominance*). Í varakröfunni fer kærandi því ekki fram á að ákvörðun PFS verði ógilt heldur að henni verði breytt ef nefndin metur það svo að um sameiginleg markaðsyferráð sé að ræða.

Ekki verður fallist á að rannsóknarregla stjórnvísulaganna verði skýrð með svo einstrengingulegum hætti heldur verður að meta hvert tilvik fyrir sig. Almenn er talið að skilyrði þess að stjórnvaldsákvörðun verði felld úr gildi fyrir dómi er að formannmarki sem á henni er sé verulegur¹². Það á að mati PFS bersýnilega ekki við í máli þessu. Í máli þessu þarf að meta hvort meint brot á rannsóknarreglu hafi verið líklegt til að hafa áhrif á þá efnislegu niðurstöðu málsins sem fólst í útnefningu Símans sem fyrirtækis með umtalsverðan markaðsstyrk og álagningu viðeigandi kvaða á félagið¹³. Ljóst er miðað við mörg fordæmi samkeppnisyfirvalda og Póst- og fjarskiptastofnunar, sem staðfestar hafa verið af úrskurðar- og áfrýjunarnefndum, að staða Símans er með þeim hætti á viðkomandi markaði að útilokað er að komast að annarri niðurstöðu en félagið sé í þeirri stöðu að vera með umtalsverðan markaðsstyrk á viðkomandi markaði, að öllum líkindum eitt sér þó það sé ekki algjörlega útilokað að það sé sameiginlega með Og fjarskiptum¹⁴. Því er ekki þörf á að fella umrædda ákvörðun PFS úr gildi komist úrskurðarnefnd að þeirri niðurstöðu að einhverjir annarmarkar kunni að vera á rannsókn eða málsmeðferð PFS. Þess ber einnig að geta að umrædd ákvörðun var ívilnandi fyrir önnur fjarskiptafyrirtæki en Símann og réttmætar væntingar hafa skapast þeim um tiltekin verð fyrir heildsöluáfgang, enda tóku ný verð gildi þann 18. apríl s.l. samkvæmt hinni kærðu ákvörðun.

Mál telst nægilega rannsakað þegar þeirra upplýsinga hefur verið aflað sem nauðsynlegar eru til þess að hægt sé að taka efnislega rétta ákvörðun í því. Við afmörkun á því hversu ítarlega beri að rannsaka mál ber að hafa í huga 9. gr. stjórnvísulaga sem kveður á um það að ákvarðanir í málum skuli teknar svo fljótt sem unnt er¹⁵. Ófullnægjandi rannsókn á máli verður ekki réttlætt á grundvelli málshraðareglunnar enda þótt málshraðareglan kunni að leiða til þess að slakað verði á kröfum um rannsókn mála við ákveðnar aðstæður¹⁶, sbr. t.d. Hrd. 2003:4714. PFS telur að umrætt mál hafi verið rannsakað með nægilega ítarlegum hætti til að efnislega rétt ákvörðun hafi verið tekin. Þá taldi PFS og ESA ekki tækt að bíða með ákvörðun í málinu í marga mánuði á meðan Samkeppniseftirlit kannaði samkeppnisleg áhrif samrunans. Samkeppnisvandamálin sem greind voru á viðkomandi markaði voru slík að tafarlaust varð að taka ákvörðun.

¹² Sjá t.d. „Um ógildingu stjórnvaldsákvæðana“, Arnar Þór Stefánsson, hdl., Úlfjótur, 2. tbl. 2005, bls. 276.

¹³ Sjá hér t.d. „Um ógildingu stjórnvaldsákvæðana“, Arnar Þór Stefánsson, hdl., Úlfjótur, 2. tbl. 2005, bls. 264: „... Dómstólar hafa á hinn bóginn mótað réttarreglur um það með fordæmum sínum og dómvenjum. Þegar brotið hefur verið í bága við réttarreglu stjórnvísulaganna við töku stjórnvaldsákvæðunar, hefur sú regla verið lögð til grundvallar að ákvæðunin sé ógildanleg ef 1) hún er haldin form- eða efnisannmarka að lögum, 2) sem talist getur verulegur, 3) enda mæli veigamikil rök ekki gegn því að ógilda hana, t.d. réttmætar væntingar og góð trú.“

¹⁴ Þess má geta að ekkert hinna tæplegu þráttu Evrópuríkja sem greint hafa markað 12 hafa komist að þeirri niðurstöðu að um sameiginlega markaðsráðandi stöðu hafi verið að ræða á viðkomandi markaði. Hins vegar hafa eftirlitsyfírvöld allra ríkjanna, sem mörg hver hafa lokið annarri umferð markaðsgreininga á viðkomandi markaði, útnefnt eitt fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk á viðkomandi markaði. Aðeins tvö ríki, þ.e. Bretland og Holland, hafa komist að þeirri niðurstöðu að virk samkeppni ríki á tilteknum þéttbýlum landfræðilegum mörkuðum innan ríkjanna. Afar langsótt verður því að teljast að niðurstaðan á Íslandi, með öllum þeim samkeppnisvandamálum sem greind hafa verið, sé á annan veg, þ.e. að hér sé um sameiginlega markaðsráðandi stöðu að ræða.

¹⁵ Sjá „Stjórnvísulöggin – skýringarrit“, Páll Hreinsson, Rvík. 1994, bls. 113.

¹⁶ Sjá „Málshraðaregla stjórnvísulaga“, Páll Hreinsson, Úlfjótur, 3. tbl. 2006, bls. 428.

Markaðsgreiningar PFS eru einnig viðvarandi verkefni og eru endurskoðaðar með reglubundnum hætti á 2-3 ára fresti eða fyrr ef aðstæður breytast skjótt.

Almennt má segja að rökstuðningur Símans varðandi aðalkröfuna snúist fyrst og fremst um að sýna fram á að sú staða sé komin upp að um sameiginlega markaðsráðandi stöðu sé að ræða. Ekki er gerð tilraun til að sýna fram á að umræddur samruni hafi leitt til þess að Síminn sé ekki í lengur fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk á viðkomandi markaði, einn og sér eða sameiginlega með Og fjarskiptum. Auk þess verður ekki séð að athugasemdir Símans um smásölu mínus aðferð varðandi kvöð um eftirlit með gjaldskrá geti varðað ógildi markaðsgreiningarinnar í heild, en úrskurðarnefnd hefur staðfest að meintir annmarkar varðandi álagningu kvaða valdi ekki ógildingu á ákvörðun um útnefningu fyrirtækis með umtalsverðan markaðsstyrk, sbr. t.d. úrskurði nefndarinnar varðandi markaði 15 og 16.

Því verður ekki annað séð en að rökstuðningur Símans varðandi aðalkröfuna um ógildingu ákvörðunar PFS gæti átt betur við sem rökstuðningur fyrir varakröfunni um að ákvörðun PFS verði breytt á þá leið að fyrirtækin séu með sameiginleg markaðsyfírráð. Eftir stendur að rökstuðningur Símans fyrir aðalkröfu sinni um ógildingu ákvörðunar PFS er afskaplega veikur, en eins og áður segir hefur ekki verið talið að brot á rannsóknarreglu, andmælareglu eða öðrum málsmeðferðarreglum leiði ósjálfrátt til ógildingar máls, burtséð frá því hvort líklegt sé að efnislega niðurstaða hefði verið önnur hefði málið verið rannsakað með ítarlegri hætti. PFS telur því að úrskurðarnefnd sé ekki stött á öðru en að hafna aðalkröfu Símans í máli þessu.

Það er ekki gilt sjónarmið hjá Símanum að félagið eigi að losna undan útnefningu og kvöðum einungis vegna þess að hugsanlegt sé að annað fyrirtæki sé jafnvel komið eða sé við það að verða komið í þá stöðu að PFS beri að kanna hvort einnig beri að útnefna það sem fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk. PFS mun m.a. skoða sameiginleg markaðsyfírráð þegar viðkomandi markaður verður greindur að nýju. Ekki þótti við hæfi að PFS framkvæmdi slíka könnun á meðan Samkeppniseftirlitið framkvæmdi könnun á samkeppnislegum áhrifum samrunans. Framangreind niðurstaða Samkeppniseftirlitsins í samrunamálinu, þar sem ströng skilyrði voru sett fyrir samrunanum sem tryggja átti áframhaldandi samkeppni á fjarskiptamörkuðum, gerir það að verkum að mati PFS að ekki er þörf á að hefja markaðsgreiningu að nýju á viðkomandi markaði á næstu mánuðum eða misserum að öðru óbreyttu. Ekki er þó ólíklegt að PFS hefji markaðsgreiningu að nýju á viðkomandi markaði á næsta ári eða í síðasta lagi á árinu 2010.

Í köflunum hér að neðan mun PFS gera athugasemdir við málsástæður og rökstuðning kæranda lið fyrir lið eftir því sem stofnunin telur ástæðu til. Að öðru leyti er vísað til hinnar kærðu ákvörðunar og viðauka hennar.

Brot á rannsóknarreglu – Gögn of gömul

Síminn byggir á því að PFS hafi brotið gegn rannsóknarreglu stjórnarsýslulaga þar sem ákvörðunin hafi byggst á upplýsingum sem aflað hafi verið á árunum 2004 og 2005. Nýjustu upplýsingar sem PFS byggði á væru frá árslokum 2006 en aðstæður á markaði hefðu breyst það mikið frá þeim tíma að álagning kvaða á grundvelli

upplýsinga frá þeim tíma fullnægði ekki þeim ríku rannsóknarskyldum sem hvíla á PFS og skyldum um að meta aðstæður á grundvelli nýjustu fáanlegra upplýsinga til framtíðar.

PFS mótmælir því alfarið að ofangreint leiði til brots á rannsóknarreglu stjórnarsýslulaga. PFS safnar tölfraðilegum upplýsingum um viðkomandi markað frá þeim fyrirtækjum sem þar starfa á sex mánaða fresti. PFS uppfærir markaðsgreiningar sínar reglulega á vinnslutíma þeirra. Fram kemur í viðauka A¹⁷ við ákvörðun PFS að markaðshlutdeild Símans um mitt ár 2007 sé nær óbreytt frá árslokum 2006. Þegar PFS var að leggja lokahönd á markaðsgreiningu sína í janúar - febrúar 2008 höfðu ekki borist tölfraðilegar upplýsingar frá fjarskiptafélagunum fyrir seinni hluta ársins 2007.

Það verklag sem PFS viðhafði að þessu leyti í hinni kærðu ákvörðun er það sama og viðhaft hefur verið í fyrri markaðsgreiningum PFS og viðgengst hjá eftirlitsstjórnvöldum í Evrópu, þar sem ekki er hægt að miða við rauntölur hverju sinni þar sem gögnin berast ekki fyrr en töluvert eftir áramót eða mitt ár. Úrskurðarnefnd hefur ekki gert athugasemdir við að þessi háttur sé hafur á enda nær ómögulegt að afla gagna frá fjarskiptafyrirtækjum t.d. mánaðarlega. PFS verður að gæta meðalhófs við öflun slíkra gagna.

Í fylgiskjali 2 með bréfi þessu gefur að líta yfirlit yfir markaðshlutdeild fyrirtækja sem veita xDSL þjónustu fyrir árið 2007. Þær sýna að Síminn hefur misst 1% markaðshlutdeild frá árinu 2006, en félagið var með 61% markaðshlutdeild í árslok 2007 miðað við 62% í árslok 2006. Telja verður að þetta séu afskaplega litlar sveiflur milli ára sem styður enn frekar þá niðurstöðu PFS að síðustu 2-3 árin hafi ákveðin stöðnun einkennt samkeppni á xDSL markaðnum. Þá kemur fram að xDSL tengingum hefur fjölgað úr rúmum 86.000 í rúmar 99.000 á sama tímabili, sem er u.þ.b. 15% fjölgun. Ljóst er því að markaðurinn er ennþá í örri þróun og stækkar töluvert á milli ára. Fjöldi tenginga hjá Símanum jókst úr 53.837 í 60.416 (+6.579) og hjá Vodafone úr 21.620 í 28.906 (+7.286) en tengingum hjá Hive fækkar úr 10.281 í 9.214 (-1.067). Aðrir eru með mjög svipað eða tæpar 700 tengingar. Samkvæmt þessu er ljóst að Síminn eykur fjölda sinna tenginga meira en Vodafone og Hive til samans. Þetta þýðir að þrátt fyrir að markaðshlutdeild Símans lækki um 1% á milli ára er Síminn ekki að tapa tengingum yfir til samkeppnisaðila heldur er markaðurinn að stækka og Síminn tekur til sín álíka margar nýjar tengingar og samkeppnisaðilarnir.

3.1. Brot á rannsóknarreglu – Áhrif samrunans ekki rannsökuð útarlega

Í febrúar s.l. hefði orðið sú grundvallarbreyting á aðstæðum á markaði fyrir breiðbandsaðgang að Teymi hefði keypt meirihluta í Hive og sameinað það SKO. Störfuðu félögin nú saman undir merkinu Tal. Teymi væri því móðurfélag tveggja helstu keppinauta Símans á markaði fyrir internetþjónustu og ADSL markaði og bæri að líta á þá sem einn aðila þar sem um fyrirtækjasamstæðu væri að ræða í skilningi samkeppnisréttar.

PFS er ekki sammála Símanum um að ofangreindir atburðir hafi í lok febrúar s.l. valdið grundvallarbreytingum á markaðsaðstæðum á viðkomandi markaði. Ljóst var

¹⁷ Sjá t.d. mgr. 84 í markaðsgreiningu PFS (viðauka A).

að Samkeppniseftirlitið (SE) myndi taka umræddan samruna til skoðunar og að það tæki nokkra mánuði. Þar sem drög að ákvörðun á viðkomandi markaði voru tilbúna hjá PFS þegar fréttir af ofangreindum atburðum bárust ákvað PFS að halda sínu striki og senda drögin til ESA í formlegt samráð. Þar sem ESA féllst á það sjónarmið PFS að ekki væri boðlegt fyrir aðila á viðkomandi markaði að málið tefðist um marga mánuði í viðbót tók PFS hina kærðu ákvörðun þann 18. apríl s.l. og tók það sérstaklega fram að þegar í stað yrði hafin ný markaðsgreining á viðkomandi markaði ef niðurstaða SE gæfi tilefni til¹⁸.

Að mati PFS gefur niðurstaða SE ekki tilefni til tafarlausrar endurskoðunar á markaðsgreiningu á viðkomandi markaði. Niðurstaðan SE var á þá leið að það væri ekki raunhæfur kostur að ógilda umræddan samruna þar sem líklegt væri að rekstrarerfiðleikar Hive myndu leiða til brotthvarfs þess fyrirtækis af markaði og hafa þannig í för með sér neikvæð samkeppnisleg áhrif og samþjöppun myndi aukast og hætta væri á að öflug staða Skipta myndi styrkjast. Skipti (Síminn) hefði í fyrri ákvörðunum samkeppnisyfirvalda sem vörðuðu fjarskiptamarkaðinn eitt fyrirtækja verið skilgreint með markaðsráðandi stöðu sem og á einstökum undirmörkuðum fjarskiptajónustu, t.d. á markaði fyrir ADSL tengingar.

Til að tryggja áframhaldandi samkeppnislegt sjálfstæði Hive hefðu samrunaaðilar gengist undir sátt við SE um að undirgangast skilyrði sem að mati SE voru til þess fallin að vinna gegn óheppilegum samkeppnislegum áhrifum samrunans sem sköpuðust við að sjálfstæður aðili hyrfi af markaðnum. Tilgangur umræddra skilyrða væri að tryggja að full og óskoruð samkeppni myndi ríkja á milli Tals og Vodafone. Til að tryggja viðskiptalegt sjálfstæði Tals væri mælt fyrir um fullan rekstrar- og stjórnunarlegan aðskilnað milli Tals og Vodafone. Einnig yrði þessum fyrirtækjum bannað að hafa með sér hvers konar samvinnu sem takmarkað gæti samkeppni. Einnig ættu skilyrðin að tryggja að félögin störfuðu að öllu leyti sjálfstætt á fjarskiptamörkuðum og að samruninn raskaði ekki samkeppni. Brot á skilyrðunum varða refsingu samkvæmt samkeppnislögum og skulu samrunaaðilar tilkynna SE um framkvæmd ákvörðunarinnar innan 2 mánaða frá birtingu hennar, eða fyrir 13. ágúst n.k.

Uppfylli samrunaaðilar ofangreind skilyrði, sem kemur í ljós eigi síðar en 13. ágúst n.k., er ljóst að áframhaldandi samkeppnislegt sjálfstæði Hive er tryggt og unnið hefur verið gegn óheppilegum samkeppnislegum áhrifum samrunans að mati SE. Því telur PFS ekki einsýnt að leggja beri saman markaðshlutdeild Vodafone (29%) og Hive (9%) þegar markaðshlutdeild fjarskiptafyrirtækja er reiknuð út á viðkomandi markaði fyrir heildsölumarkað fyrir breiðbandsaðgang. Þó svo markaðshlutdeildin sé lögð saman (38%) gefur það eitt og sér ekki vísbendingu um sameiginlega markaðsráðandi stöðu samrunaaðila og Símans. Hins vegar er ljóst að 61% markaðshlutdeild Símans, sem ekki er bundinn af sams konar skilyrðum og

¹⁸ Sjá t.d. 71. lið í leiðbeiningum ESA frá 14. júlí 2004 um markaðsgreiningu og mat á verulegum markaðsstyrk. Þar segir m.a.: „Hversu nákvæm greining eftirlitsyfirlivalds í EFTA-ríkjunum verður er þess vegna undir því komið hvaða gögn eru fyrirbyggjandi þegar viðkomandi ákvörðun er tekin“. Þá segir í 72. lið: „Það að markaðsspá eftirlitsyfirlivalda gangi ekki eftir í ákveðnu tilviki þarf það ekki að þýða að ákvörðun þeirra hafi verið andstæð tilskipuninni þegar hún var tekin. Eftirlitsstjórnvöld, sem eiga að beita hugtakiinu yfirburðastaða fyrirfram, verða að hafa ákvörðunarvald sem er í samræmi við hina flóknu efnahagsþætti, málsatvik og lagaatriði sem meta þarf. Samkvæmt ákvæðum rammtilskipunarinnar eiga eftirlitsyfirlvöld að framkvæma markaðsmat með reglulegu millibili. Það gefur þeim færi á að bregðast reglulega við þróun markaðarins og gera þær ráðstafanir sem þurfa þykir.“

samrunaaðilar undirgengust, er ótvíræð vísbending um umtalsverðan markaðsstyrk Símans. Önnur atriði í markaðsgreiningu PFS styrkja þá vísbendingu en öll önnur atriði sem skoðuð eru Símanum í hag eða eru í besta falli hlutlaus, t.d. hinar ýmsu aðgangshindranir og skortur á mögulegri samkeppni. Því telur PFS ekki tilefni að svo stöddu til að hefja markaðsgreiningu á viðkomandi markaði að nýju á næstu mánuðum eða misserum. Það verður þó gert í síðasta lagi eftir um 2-3 ár, en ekki er ólíklegt að slík greining hefjist á næsta ári eða á árinu 2010 en að sjálfsögðu fyrir ef aðstæður breytast verulega.

Það var niðurstaða markaðsgreiningar PFS á viðkomandi markaði að hann einkenndist af miklum markaðsstyrk Símans, verulegum aðgangshindrunum og skorti á mögulegri samkeppni þannig að þar ríkti ekki virk samkeppni. Síminn var eitt fyrirtækja metið sem fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk. Samruninn einn og sér ryður ekki úr vegi þeim alvarlegu samkeppnisvandamálum sem greind voru né skapar virkan heildsölumarkað fyrir breiðbandsaðgang á Íslandi¹⁹. Samruninn virkar á engan hátt sem hvati gagnvart Símanum til að breyta afstöðu sinni og hefja sölu á breiðbandsaðgangi í heildsölu en Síminn hefur hafnað því fram til þessa.

Eins og fram kemur í fylgiskjali 2 minnkaði markaðshlutdeild Hive umtalsvert á árinu 2007 frá árinu á undan eða úr 12% í 9%. Þá kemur fram í viðauka B²⁰ við hina kærðu ákvörðun að afkoma Hive hafi ekki verið góð á árinu 2006 (neikvætt EBITDA hlutfall um 47%) á meðan afkoma Símans af fjarskiptastarfsemi hafi verið góð. Þar sem Hive hefur fyrst og fremst starfað á ADSL markaði og internetmarkaði þótti PFS ekki óvarlegt að telja að innkoma félagsins inn á þessa markaði hafi ekki tekist sem skildi enda erfitt um vik þar sem Síminn hefur neitað að selja bitastraumsaðgang í heildsölu. Því þótti PFS ekki ólíklegt þegar PFS mat stöðuna í mars og apríl s.l. að til ofangreinds samruna hafi komið vegna hinna miklu samkeppnisvandamála sem PFS greindi í markaðsgreiningu á viðkomandi markaði og hugðist leysa með álagningu viðeigandi kvaða. Þetta hefur nú verið staðfest með ákvörðun SE en þar kemur fram að Hive hefði vart lifað yfirstandi ár af vegna mikilla rekstrarerfiðleika. Þá er ljóst að aðrir aðilar á þessum markaði hafa átt mjög erfitt uppdráttar og eru nú með um 1% markaðshlutdeild eins og verið hefur síðustu árin.

Þá hefur markaðshlutdeild lítilla internetþjónustuveitenda lækkað á síðustu árum úr um 10% í 5%, en heildsölumarkaður fyrir bitastraumsaðgang er lífsspursmál fyrir slíka aðila og óvíst er hve lengi þeir geti þraukað í óbreyttu samkeppnisumhverfi. Ótækt er að umræddur samruni einn og sér leiði til þess að þessir aðilar og hugsanlegir nýir aðilar á viðkomandi markaði þurfi að bíða enn lengur eftir eðlilegum samkeppnisskilyrðum á markaðnum, en það gerist óneitanlega fallist úrskurðarnefnd á aðalkröfu Símans um ógildingu hinnar kærðu ákvörðunar PFS. SE hefur auk þess tryggt að umræddur samruni raski ekki samkeppni.

Samhliða kaupum Teymis á IP-fjarskiptum hefði Vodafone keypt ADSL kerfi IP-fjarskipta. Kerfi IP-fjarskipta væri staðsett á höfuðborgarsvæðinu þar sem ADSL kerfi

¹⁹ Sjá t.d. 19. lið í leiðbeiningum ESA frá 14. júlí 2004 um markaðsgreiningu og mat á verulegum markaðsstyrk. Þar segir m.a.: „... Sú niðurstaða að virk samkeppni ríki á viðkomandi markaði jafngildir því að enginn rekstraraðili hafi yfirburðastöðu, hvorki einn sér né ásamt öðrum rekstraraðila. Þess vegna merkir virk samkeppni, að því er varðar beitingu nýju rammaákvæðanna, að ekkert fyrirtæki á viðkomandi markaði njóti yfirburðastöðu eitt og sér eða ásamt öðru fyrirtæki.“

²⁰ Sjá bls. 22 í viðauka B (Niðurstöður úr samráði við frumdrögum að greining á markaði 12).

Vodafone væri fyrir. Vodafone gæti því notað búnað sem væri í eigu IP-fjarskipta til frekari uppbyggingar á landsvísu án verulegs stofnkostnaðar. Eins og rakið væri í 40. mgr. í viðauka A við ákvörðun PFS væru önnur kerfi mjög lítil og staðbundin. Ef gengið væri út frá því að dreifikerfi Vodafone næði til þeirra svæða sem lýst væri í 38. mgr. umrædds viðauka næði það til um 85% þjóðarinnar.

PFS telur að það hefði hentað Og fjarskiptum mun betur ef kerfi IP-fjarskipta hefðu verið á stöðum þar sem Og fjarskipti væri ekki með kerfi. Ekki verður séð hvernig sú staðreynd að Og fjarskipti hafi tvö kerfi á höfuðborgarsvæðinu ætti eitt og sér að auðvelda fyrirtækinu uppbyggingu á landsvísu án verulegs stofnkostnaðar. Auk þess felst í skilyrðum samrunans að Tal skuli rekin sem sjálfstæður lögaðili og að fullur rekstrar- og stjórnunarlegur aðskilnaður skuli vera á milli Vodafone og Tals. Fram kemur samstarf Tals og Vodafone skuli heimilt varðandi fjarskipti og fjarskiptakerfi (fyrir utan hverskonar samvinnu eða samstilltra aðgerða um viðskipta- og samkeppnismál) en viðskiptin skuli vera eins og viðskipti milli óskyldra aðila, en í því felst m.a. að öll viðskipti milli Vodafone og Tals skuli vera verðlögð á markaðsverði. Vodafone hefur því alls ekki heimild til að ráðskast með fjarskiptakerfi Tals að vild.

PFS telur að samkeppnisvandamál þau sem greind hafa verið á viðkomandi markaði kristallist í þeirri staðreynd að svo virðist sem ekki sé rekstrargrundvöllur fyrir mörg bitastraumskerfi á sama stað á íslenskum markaði. Markaðsgreining PFS leiddi í ljós að töluverðar aðgangshindranir, skortur á mögulegri samkeppni og veruleg samkeppnisvandamál eru til staðar á viðkomandi markaði, sem einkennist af lóðrétttri samþættingu Símans og Símasamstæðunnar sem þjónar öllum þáttum viðkomandi markaðs frá heildsölu til smásölu. Því þótti edlilegt að svo stöddu að hvetja til þjónustusamkeppni til að reyna að efla samkeppnina. Í hnotskurn er vandamálið á viðkomandi markaði það að skortur er á fleiri sjálfstæðum þjónustuaðilum en ekki endilega fleiri bitastraumskerfum. Þjónustusamkeppni sem byggð er á stýrðum aðgangi á kostnaðartengdu verði getur svo til lengri tíma verið tæki til að koma á samkeppni í endurgerð fjarskiptaneta.

Í ákvörðun PFS væri ekki birt markaðshlutdeild hvers fyrirtækis um sig. Síminn væri sagður með um 60% hlutdeild en aðrir minna en 25% hlutdeild. Það væri líklega nærri lagi að markaðshlutdeild Símans í dag lægi á bilinu 55-60%, hlutdeild Vodafone lægi á bilinu 35-40% og sameiginleg hlutdeild allra annarra fyrirtækja sem rækju ADSL þjónustu lægi á bilinu 2-5%. Við þetta væri að bæta að Tal (áður Hive) hafi veitt internetþjónustu yfir ADSL kerfi Símans utan höfuðborgarsvæðisins þar sem félagið hafði ekki hafið uppbyggingu. Ljóst væri að þeir viðskiptavinir yrðu fluttir yfir á kerfi Vodafone sem myndi styrkja hlutdeild Vodafone um ca. 2% og veikja hlutdeild Símans að sama skapi.

Markaðshlutdeild á viðkomandi markaði sem samanstandur af xDSL tengingum um koparheimtaugar um áramótin 2007/2008 kemur fram í fylgiskjali 2 með bréfi þessu. Ljóst er að Síminn vanmetur eigin markaðsstyrk töluvert með ofangreindum ályktunum. Síminn er með um 61% markaðshlutdeild, Vodafone 29%, Hive 9% og aðrir með um 1%. Samanlagt er Vodafone og Hive með um 38% markaðshlutdeild, en eins og fyrr greinir hafa samrunaaðilar undirgengist ströng skilyrði sem tryggja á að samruninn raski ekki samkeppni. Ef samruninn hefði ekki orðið að veruleika og Hive hefði hrökklast af markaði vegna rekstrarerfiðleika hefði samkeppnin raskast verulega, ekki síst Símasamstæðunni í hag, að mati SE.

Ekki er sjálfgefið að þeir viðskiptavinir sem hafa verið hjá Hive á landsbyggðinni í gegnum kerfi Símans færast yfir á kerfi Vodafone að öllu leyti. Síminn telur að um 2% sveiflu geti verið að ræða. Hið rétta er að um 1.550 viðskiptavini er að ræða af um 100.000 sem væri um 1,5% ef allir flyttust yfir. Hins vegar er ekki ljóst hvort allir viðskiptavinir sem hafa verið hjá Hive sætti sig við flutning til Tals og gæti hluti þeirra því valið Símann eða annan þjónustuveitanda. Þá er mestur hluti þessara viðskiptavina á svæðum þar sem Síminn einn er með bitastraumskerfi. Því er ljóst að um óverulegar sveiflur er að ræða vegna þessa atriðis. Hins vegar myndi nýting á bitastraumskerfi Símans væntanlega aukast ef hin kærða ákvörðun PFS stendur en hún skapar heildsölumarkað á bitastraumsaðgangi sem ekki hefur verið í boði fram að þessu hjá Símanum.

Í stuttu máli væri hægt að lýsa stöðunni á markaði 12 þannig að þar kepptu fyrst og fremst tvö fyrirtæki, Síminn og Vodafone, með tvö landsdekkandi ADSL kerfi. Sameiginleg markaðshlutdeild þeirra væri um 95-98%. ADSL kerfi Símans næði til um 94% landsmanna en kerfi Vodafone næði til um 85% landsmanna. Samruni IP-fjarskipta við Teymi og kaup Vodafone á ADSL kerfi IP-fjarskipta gerði það að verkum að Vodafone gæti ráðist í frekari uppbyggingu á landsvísu með óverulegum tilkostnaði.

PFS fær ekki séð hvernig sú ályktun Símans um að umræddur samruni muni einn og sér auðvelda Vodafone frekari uppbyggingu á landsvísu með óverulegum tilkostnaði. Eins og áður segir eru kerfi Hive og Vodafone á sömu stöðum. Ennþá verður jafn óarðbært að byggja upp fleira en eitt kerfi í strjálbýlinu burtséð frá því hvort umræddur samruni verði að veruleika eða ekki.

Á Íslandi eru flestar breiðbandstengingar byggðar á stafrænum notendalínum eða xDSL um koparheimtaugar og eru þær í boði á öllu höfuðborgarsvæðinu og í flestum bæjarfélögum úti á landi. Míla, systurfélag Símans, á og starfrækir nær allar koparheimtaugar á landinu. Síminn rekur DSLAM búnaðinn og selur xDSL teningar til fyrirtækja og einstaklinga en leigir til þess koparheimtaugar af Mílu. Koparheimtaugakerfi Mílu og bitastraumskerfi Símans nær til a.m.k. 95% landsmanna. Ljóst er að kerfi Símans er mun útbreiddara en kerfi Vodafone og nær til mun fleiri smærri byggðarlaga og dreifðari svæða en kerfi Vodafone. Ekki virðist hagkvæmt að byggja upp og reka fleiri en eitt bitastraumskerfi á slíkum svæðum.

Aðstæður á markaði 12 væru í grundvallaratriðum aðrar en þær sem lýst væri í ákvörðun PFS. Í ákvörðun PFS væri látið hjá líða að rannsaka styrkleika keppinauta Símans vegna þess að þeir hefðu allir minni markaðsstyrk en 25% hlutdeild þegar raunin væri að einvörðungu væri hægt að tala um einn raunverulegan keppinaut með um 40% hlutdeild. Yrði ekki unað við það af hálfu Símans að á markaði þar sem slíkt jafnvægi ríkti skyldi annað fyrirtækið látið bera allar skyldurnar en hitt starfaði án nokkurra kvaða af hálfu eftirlitsaðila. Slíkur aðstöðumunur ynni gegn markmiðum fjarskiptalaga og samkeppnislaga um heilbrigða samkeppni og jafnræði samkeppnisaðila.

Þar sem SE samþykkti umræddan samruna með mjög ströngum skilyrðum, eins og áður hefur verið gert grein fyrir, breytist samkeppnisumhverfið á viðkomandi markaði ekki verulega, a.m.k. ekki í neinum grundvallaratriðum. Eins og áður greinir tryggja

umrædd skilyrði áframhaldandi samkeppnislegt sjálfstæði Hive (nú Tal). Samkeppnisvandamál þau sem PFS greindi á viðkomandi markaði leysast augljóslega ekki með umræddum samruna og staða Símans er áfram ofursterk.

PFS hafnar því að staða og styrkleikar Vodafone og Hive hafi ekki verið rannsakaðir í hinni kærðu ákvörðun og viðaukum hennar. Um þekktar stærðir er að ræða þar sem staða og styrkur Og fjarskipta og IP-fjarskipta er tilgreindur á ýmsum stöðum í markaðsgreiningu PFS, m.a. varðandi markaðshlutdeild, heildarstærð fyrirtækja, bitastraumskerfum sem þau ráða yfir, stærðarhagkvæmni, breiddarhagkvæmni og tæknilega stöðu. Þá er greinargóð lýsing á samkeppni milli starfandi fyrirtækja á viðkomandi markaði og lýsing á mögulegri samkeppni. Því er einfalt mál að lesa í umrædda markaðsgreiningu með umræddan samruna í huga en hafa verður í huga þau ströngu skilyrði sem SE setti fyrir samrunanum. Það væri frekar grundvallarbreyting á aðstæðum á markaði ef nýtt öflugt fjarskiptafyrirtæki hæfi rekstur á viðkomandi markaði eða ef ný tækni liti dagsins ljós sem myndi veita xDSL um heimtaugar öflugra staðgöngu.

Eins og fram kom í markaðsgreiningu PFS²¹ var óvíst á þeim tímapunkti þegar ákvörðun var tekin hvort af umræddum samruna yrði eða hvaða skilyrðum hann yrði háður. Því taldi PFS ekki verjandi miðað við þau miklu samkeppnisvandamál sem greind höfðu verið á viðkomandi markaði og stöðu minni þjónustuveitenda og væntanlegra þjónustuveitenda að bíða með málið og breyta markaðsgreiningu sinni að svo stöddu á meðan samrunamálið væri til meðferðar hjá Samkeppniseftirlitinu, en slík mál geta tekið allt að fjórum mánuðum. Því lá fyrir í byrjun mars að málið gæti tafist vel fram á haustið eða seinni hluta ársins 2008 ef hinkra þyrfti eftir niðurstöðu samrunamálsins. Þá kom fram að PFS myndi greina markaðinn að nýju eftir 2-3 ár, eða fyrr ef ástæða þætti til. Þessa afstöðu studdi ESA alfarið.

Síminn teldi að PFS hafi brotið gegn rannsóknarreglu stjórnisýsluréttarins og rannsóknarskyldum sem leiða af EES-reglum að valdi ógildingu ákvörðunar PFS. Í 10. gr. stjórnisýslulaga segði að stjórnvald skyldi sjá til þess að mál væri nægjanlega upplýst áður en ákvörðun yrði tekin í því. Í skýringarriti Páls Hreinssonar með stjórnisýslulögunum segði m.a. að mál teldist nægilega rannsakað þegar þeirra upplýsinga hefði verið aflað sem nauðsynlegar væru til þess að hægt væri að taka efnislega rétta ákvörðun í því og að veruleg vanræksla á rannsókn máls gæti leitt til þess að ákvörðun yrði talin ógildanleg.

PFS telur það ótvírætt, miðað við styrk Símans á viðkomandi markaði og þau samkeppnisvandamál sem þar hafa verið greind, að Síminn hefði ávallt verið útnefnt fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk á viðkomandi markaði, burtséð frá umræddum samruna, en áhrif hans voru ekki þekkt í mars þegar PFS sendi drög að ákvörðun til ESA og ekki heldur þegar ákvörðun var tekin um miðjan apríl. Því telur PFS að málið hafi verið nægilega upplýst af hálfu stofnunarinnar áður en ákvörðun var tekin miðað við það óvissuástand sem umræddur samruni hafði í för með sér á meðan Samkeppniseftirlitið fjallaði um samkeppnisleg áhrif hans. Því hafi verið rétt að senda drög að ákvörðun í samráð til ESA í mars og miðað við viðbrögð ESA hafi efnislega rétt ákvörðun verið tekin þann 18. apríl s.l. með ákvörðun PFS á markaði 12. Hafa þarf í huga að markaðsgreiningar eru viðvarandi verkefni PFS sem ber að framkvæma á a.m.k. 2-3 ára fresti og fyrr ef markaðsaðstæður breytast í millitíðinni.

²¹ Sjá t.d. neðanmálsgrein 2 á bls. 2 í viðauka A (Markaðsgreining á markaði 12).

Ef ávallt þyrfti að rannsaka mál með ítarlegri þætti og jafnvel að leggja í annað innanlandssamráð, vegna allra breytinga sem eiga sér stað á fjarskiptamörkuðum (sem eru í mjög hraðri þróun), væri ljóst að markaðsgreiningar yrðu aldrei kláraðar með formlegri ákvörðun. Einnig þarf að hafa málshraðareglu stjórnisýsluréttarins í huga, ásamt hagsmunum minni fjarskiptafyrirtækja og hugsanlegra nýrra samkeppnisaðila sem hasla vilja sér völl á viðkomandi fjarskiptamarkaði.

Í leiðbeiningum ESA um markaðsgreiningu og mat á umtalsverðum markaðsstyrk frá 14. júlí 2004 væri víða vikið að mikilvægi vandaðrar rannsóknar í markaðsgreiningu og sérstaklega þeirrar skyldu fjarskiptaeftirlitsstofnana að meta stöðuna á markaði til framtíðar.

PFS telur sig hafa vandað mjög til rannsóknar við markaðsgreiningu á viðkomandi markaði eins og umfang viðauka ákvörðunarinnar ber með sér. Um er að ræða 130-140 blaðsíður um einn markað. PFS hefur lýst þróun viðkomandi markaðs, hegðun markaðsaðila í fortíð og nútíð og horft til framtíðar varðandi lausn á þeim verulegu samkeppnisvandamálum sem greind hafa verið. Kvaðirnar sem PFS leggur á Símann eru sérstaklega hliðhollar minni fjarskiptafyrirtækjum og opna möguleika fyrir ný fjarskiptafyrirtæki að hasla sér völl á viðkomandi markaði og tengdum mörkuðum. PFS lagði því fremur áherslu á þjónustusamkeppni en samkeppni í uppbyggingu fleiri neta að svo stöddu. Hins vegar var ógerlegt fyrir PFS að meta áhrif nýtilkomins samruna sem var til umfjöllunar hjá Samkeppniseftirlitinu. Ekkert benti þó til þess að hin miklu samkeppnisvandamál leystust með umræddum samruna einum og sér.

Þegar ákvörðun PFS var tekin hefðu legið fyrir upplýsingar um samrunann. Í stað þess að fara að skyldu sinni, rannsaka ítarlega áhrif samrunans á markaðinn og leggja mat á stöðuna að fengnum þeim upplýsingum í fyrirsjáanlegri framtíð hefði PFS kosið að láta sem samruninn hefði ekki átt sér stað en tilkynnt að málið yrði rannsakað í nýrri markaðsgreiningu að 2-3 árum liðnum. PFS hefði brotið svo gróflega gegn rannsóknarreglu stjórnisýsluréttarins auk rannsóknarskyldna sem hvíla á PFS í leiðbeiningum ESA að ógilda bæri ákvörðunina.

Vísað er til fyrri umfjöllunar PFS hér að framan. PFS leit ekki svo á að samruninn hefði aldrei átt sér stað. Hins vegar gat PFS um að samruninn væri til skoðunar hjá Samkeppniseftirlitinu sem legði samkeppnislegt mat á áhrif samrunans og gæti jafnvel ógilt hann eða sett honum skilyrði. Niðurstaða Samkeppniseftirlitsins gæti því haft veruleg áhrif á markaðsgreiningu á viðkomandi markaði í framtíðinni. Það er ekki rétt hjá Símanum að PFS hafi sagst ætla að rannsaka viðkomandi markað að nýju að 2-3 árum liðnum. Hið rétt er að PFS sagðist vegna umræddra óvissu um niðurstöðu samrunamálsins ekki myndu breyta markaðsgreiningunni að svo stöddu en stofnunin myndi endurskoða þessa afstöðu sína þegar viðkomandi markaður yrði greindur aftur, þ.e.a.s. eftir 2-3 ár, eða fyrr ef ástæða þætti til²².

Nokkuð ljóst er að Síminn yrði útnefnt sem fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk ef markaðsgreining yrði framkvæmd að nýju, miðað við núverandi samkeppnisumhverfi á viðkomandi markaði, þrátt fyrir umræddan samruna og því er óþarfi að ógilda ákvörðunina vegna formgalla þegar efnisleg niðurstaða varðandi stöðu Símans er augljós. Síminn heldur því ekki fram í kærnu sinni að umræddur

²² Sjá t.d. umfjöllun í neðanmálsgrein á bls. 2 í viðauka A.

samruni hafi gert það að verkum að félagið sé ekki lengur með umtalsverðan markaðsstyrk á viðkomandi markaði, einungis að annar aðili sé hugsanlega einnig kominn í þá stöðu með Símanum. Slíkt er vægast sagt ólíklegt miðað við þau ströngu skilyrði sem SE og samrunaaðilar komu sér saman um.

Það væri Símanum mjög í hag ef úrskurðarnefnd ógildir hina kærðu ákvörðun vegna hugsanlegra formgalla þar sem Síminn fengi enn meiri tíma til að synja öðrum fjarskiptafyrirtækjum um eðlileg heilðsöluverð, en að sama skapi myndi samkeppnin skaðast sem á endanum bitnar á hinum almenna neytanda. Slíkt myndi án efa tefja enn frekar innkomu sjálfstæðra þjónustuaðila sem gætu eflst samkeppnina. Langmikilvægasta atriðið fyrir samkeppnina á þessum markaði er að koma á heilðsölumarkaði sem fyrst. Þess má geta að fjarskiptafyrirtæki í Evrópu sem eru í svipaðri stöðu og Síminn (fyrrum einkaleyfishafar) fengu flest á sig kvaðir á viðkomandi markaði þegar á árinu 2004.

Brot gegn andmælarétti – Síminn fékk ekki að tjá sig um samruna Teymis og IP-fjarskipta

Það yrði að teljast sjálfstætt brot á andmælarétti Símans að fá ekki tækifæri til að tjá sig um áhrif samruna Teymis og IP-fjarskipta.

Í febrúar síðastliðnum þegar fyrir lá að senda ESA drög að ákvörðun á markaði 12 í samráð bárust fréttir af umræddum samruna. PFS mat það vandlega hvort bíða skyldi eftir niðurstöðu Samkeppniseftirlitsins og uppfæra síðan markaðsgreininguna í kjölfarið ef niðurstaða eftirlitsins gæfi tilefni til. Ljóst var að málið myndi teffast um marga mánuði ef þessi leið yrði farin. Því ákvað PFS að senda drög að ákvörðun til ESA til að fá afstöðu þeirrar stofnunar til þessa álitaefnis. Eins og kunnugt er getur ESA synjað PFS um að taka ákvörðun um útnefningu fyrirtækis með umtalsverðan markaðsstyrk telji stofnunin markaðsgreiningu ófullnægjandi. ESA studdi hins vegar afstöðu PFS heilshugar við þessar aðstæður. Því ákvað PFS að taka formlega ákvörðun um miðjan apríl í stað þess að bíða með málið í óvissu mánuðum saman sem myndi án efa skaða samkeppnina á viðkomandi markaði.

Þar sem umræddur samruni var heimilaður af hálfu SE með þeim ströngu skilyrðum sem um getur fyrir hér að framan telur PFS að ekki sé tilefni til þess að hefja markaðsgreiningu að nýju þegar í stað. Þegar ný markaðsgreining hefst hins vegar að nýju, væntanlega á næsta ári eða á árinu 2010, fer að sjálfsögðu fram nýtt innanlandssamráð þar sem Síminn og önnur fjarskiptafyrirtæki fá tækifæri til að tjá sig um umræddan samruna og áhrif hans á samkeppnisstöðuna á viðkomandi markaði.

Brot á reglunni um misbeitingu valds við val á leiðum til úrlausnar máls

Ákvörðun um að rannsaka ekki til hlítar áhrif Teymis á IP-fjarskiptum fæli í sér brot gegn reglunni um bann við misbeitingu valds við val á leiðum til úrlausnar máls (d. procedurefordrejning). Þegar samruni IP-fjarskipta og Teymis lá fyrir hefði PFS borið að framkvæma ítarlega rannsókn á áhrifum samrunans á viðkomandi markað. Þess í stað hefði PFS látið hjá líða að fara að þeirri málsmeðferð en valdi þess í stað einfaldari málsmeðferð eins og samruninn hefði ekki átt sér stað, en slíkt sjónarmið væri ómálefnanlegt. Sé efni ákvörðunar ákveðið á grundvelli slíks sjónarmiðs hefði

stjórnvald misbeitt valdi sínu við val á leið til úrlausnar máls. Slíkt væri talið verulegur annmarki á stjórnvaldsákvörðun sem bæri að ógilda af þeim sökum.

Eins og fram hefur komið eru markaðsgreiningar viðvarandi verkefni PFS. Reiknað er með að þær séu endurskoðaðar á 2-3 ára fresti eða fyrr ef ástæða þykir til, t.d. ef markaðsaðstæður breytast verulega á stuttum tíma. PFS hefur hér að framan gert útarlega grein fyrir ástæðum þess að ákveðið var að taka ákvörðun um leið og álit ESA lá fyrir. Þær helstu eru að slíkt hefði tafið málið um nokkra mánuði, málshraðaregla stjórnarsýslulaga setur málsmeðferð PFS skordur og samkeppnisvandamálin á viðkomandi markaði kölluðu á skjóta úrlausn málsins.

PFS lýsti því yfir í hinni kærðu ákvörðun að stofnunin hygðist þegar í stað hefja markaðsgreiningu að nýju ef niðurstaða Samkeppniseftirlitsins varðandi samrunamálið gæfi tilefni til þess. Eins og fram hefur komið telur PFS niðurstöðu SE ekki kalla á tafarlausa endurskoðun markaðsgreiningar á viðkomandi markaði. Því er fullkomlega óþarft að ógilda hina kærðu ákvörðun vegna meintra brota á málsmeðferðarreglum sem PFS reyndar mótmælir að sé raunin. Það hafi a.m.k. sýnt sig núna með ákvörðun SE að ákvörðun PFS frá því um miðjan apríl var fullkomlega rétt og eðlileg.

Brot gegn andmælarétti – Síminn fékk ekki að tjá sig um drög að ákvörðun áður en hún var send ESA

PFS hefði að mati Símans brotið gegn andmælarétti stjórnarsýslulaga og sérákvæði 6. gr. laga um Póst- og fjarskiptastofnun með því að PFS hefði ekki veitt Símanum færi á að tjá sig um drög að ákvörðun um leið og hún hafi verið send ESA til umsagnar. Sú regla gildi varðandi samráð við hagsmunaaðila að fyrst sendi PFS frumniðurstöðu markaðsgreiningar til hagsmunaaðila til umsagnar þegar hún lægi fyrir en eftir að PFS hefði yfirfarið athugasemdir fjarskiptafyrirtækja skyldi stofnunin gera drög að ákvörðun. Þetta væri sú framkvæmd sem PFS hefði viðhaft við greiningu á öðrum fjarskiptamörkuðum og í samræmi við kynningu PFS á því hvernig lögbundnu samráði skyldi háttáð, sbr. kynningarrit PFS frá 2003 og 2005. Með framangreindri aðgerð hefði PFS einhliða og án frekari skýringa afnumið hinn lögbundna andmælarétt Símans. Slíkur formgalli einn og sér væri nægjanlegur til að ákvörðun stjórnvalds teldist ógildanleg, sér í lagi þegar um jafn viðurhlutamikla og íþyngjandi ákvörðun væri að ræða. Í umsögn Símans við frumdrög PFS hefði af þessum sökum verið áskilinn réttur til að koma að andmælum á síðari stigum málsins.

Það er rétt hjá Símanum að það fórst fyrir hjá PFS að birta upphaf samráðs við ESA á heimasíðu PFS eins og gert hefur verið hingað til. PFS mun sjá til þess að slík yfirsjón endurtaki sig ekki.

Það er af og frá að slík minniháttar yfirsjón valdi ógildingu málsins. Ekki er um að ræða andmælarétt á þessu stigi heldur var hugsunin einungis að stuðla að gagnsærri stjórnarsýslu. Slík tilkynning er umfram lagaskyldu og ekki er kveðið sérstaklega á um slíkt fyrirkomulag í fjarskiptatilskipunum ESB eða tilmælum ESA um tilkynningar, fresti og samráð frá árinu 2004. Auk þess birtist tilkynning um upphaf samráðsins á heimasíðu ESA²³ þann 18. mars s.l., en sá dagur markaði upphaf samráðsins. Um

²³ <https://eea.eftasurv.int/portal/>

opna heimasíðu er að ræða þar sem allir sem áhuga hafa geta fylgst með framgangi þeirra markaðsgreininga sem í gangi eru hjá EES-ríkjunum. Gera má ráð fyrir að Símanum sé kunnugt um heimasíðu þessa.

Í viðauka B²⁴ með hinni kærðu ákvörðun hafnaði PFS þeim áskilnaði Símans að félagið fengi að tjá sig sérstaklega um athugasemdir annarra markaðsaðila áður en PFS tæki lokaákvörðun þar sem umræddar athugasemdir hefðu ekki leitt til breytinga á þeirri niðurstöðu að Síminn teldist einn vera fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk á viðkomandi markaði, né hefðu umræddar athugasemdir leitt til þess að álagning fyrirhugaðra kvaða hefðu tekið breytingum frá frumdrögum. Ljóst er að ef stjórnvöld væru bundin af slíkum áskilnaði málsaðila gætu mál dregist út í hið óendanlega ef báðir eða allir málsaðilar færu ávallt fram á að tjá sig um athugasemdir gagnaðila. PFS hefði að sjálfsögðu hafð annað innanlandssamráð ef athugasemdir markaðsaðilar hefðu leitt til efnislegra breytinga á markaðsgreiningunni en þar sem svo var ekki telur PFS óþarft að verða við ofangreindum áskilnaði Símans.

Innri og ytri velta

Víða í ákvörðun PFS væri því haldið fram að það styrkti yfirburðastöðu Símans að Síminn hefði 90% markaðshlutdeild í ytri sölu á heildsölustigi. Sú röksemd yrði að teljast fallin þegar á það væri litið að það yrði einungis á tæplega 10% landsins sem þetta ætti við og því um tiltölulega litla hagsmuni að ræða í heildarsamhenginu auk þess sem um óarðbærustu svæðin væri að ræða.

PFS nefnir þetta í markaðsgreiningu sinni enda um staðreynd að ræða. Síminn selur langsamlega stærsta hluta þess bitastraumsaðgangs sem seldur er á milli fjarskiptafyrirtækja. Þetta á við þó svo Síminn hafi selt umræddan straum í smásölu og synjað fjarskiptafyrirtækjum um heildsöluverð. Vissulega er stærsti hluti ytri sölu vegna bitastraums á landsbyggðinni en það breytir ekki þessari staðreynd. PFS lagði áherslu á að skapa skilyrði fyrir þjónustusamkeppni á viðkomandi markaði og komi nýr eða nýir aðilar á markað gæti ytri sala Símans (og jafnvel annarra fjarskiptafyrirtækja sem á hafa verið lagðar kvaðir um eftirlit með gjaldskrá) aukist verulega.

Brot gegn meðalhófsreglu og rannsóknarreglu – Kvöð um eftirlit með gjaldskrá

Varðandi álagningu kvaðar um eftirlit með gjaldskrá teldi Síminn að PFS hefði farið gegn meðalhófsreglu stjórnsýslulaga auk þess að brjóta gegn rannsóknarreglu. Í hinni kærðu ákvörðun væri lögð á kvöð um að gjaldskrá fyrir heildsöluáðgang að ADSL þjónustu Símans skyldi fundin með smásölu mínus aðferð og skyldu veittur afsláttur vera 35% af smásöluverði. Eftir að frumdrög PFS lágu fyrir hefði verið stofnaður vinnuhópur milli Símans og PFS til að skiptast á upplýsingum um þá markaði sem búið var að markaðsgreina og þar sem vinna PFS við greininguna stæði yfir. Í vinnuhópnum hefði Síminn kynnt hver afkoman væri af ADSL þjónustunni og að ef fyrirætlanir PFS yrðu að veruleika myndi verða tap á þjónustunni. PFS hefði því verið fullljóst að ákvörðun um smásölu mínus 35% gengi lengra en meðalhófsreglan

²⁴ Sjá bls. 5 í viðauka B (Niðurstöður úr samráði PFS við frumdrögin að greiningu á markaði 12).

heimilaði. Hefði PFS efast um að upplýsingar Símans væru réttar hefði stofnuninni verið í lófa lagið að óska eftir gögnum og rannsaka hver afkoman væri.

Það er ljóst samkvæmt fyrri úrskurðum úrskurðarnefndar að mögulegir agnúar á útfærslu kvaða ógilda ekki ákvörðun í heild, þ.m.t. útnefningu fyrirtækis með umtalsverðan markaðsstyrk.

Umræddur vinnuhópur var settur á laggirnar sem óformlegur samráðsvettvangur PFS og Símans í tengslum við eftirfylgni kvaða sem lagðar hefðu verið á félagið með markaðsgreiningum, sérstaklega varðandi kostnaðargreiningar á markaði 15. Samráðsvettvangur þessi var á engan hátt hugsaður til að PFS og Síminn ættu með sér samráð um markaðsgreiningar í vinnslu. Slíkt færi í bága við fjarskiptalög og fjarskiptaregluverk ESB enda skýrt kveðið á um hvernig viðhafa skuli samráð. Þar eiga allir að hafa jöfn tækifæri til að koma að sjónarmiðum sínum. Umræddar upplýsingar sem Síminn vísar til voru bornar fram að frumkvæði Símans og hafði fulltrúi PFS engar forsendur til að leggja mat á þær á staðnum. Auk þess byggir smásala mínus aðferð ekki á beinni kostnaðargreiningu og aðeins var um bráðabirgðakvöð að ræða.

Síminn vísaði einnig til lokamálsliðar 1. mgr. 32. gr. fjarskiptalaga þar sem fram kæmi að við ákvörðun um eftirlit með gjaldskrá bæri að taka tillit til fjárfestinga fjarskiptafyrirtækis og hæfilegrar arðsemi af bundnu fjármagni með hliðsjón af áhættu við fjárfestinguna. Þessi málsliður fengi enga umfjöllun í ákvörðun PFS og yrði það eitt og sér að teljast brot gegn lagaákvæðinu auk brots á rannsóknarreglu og meðalhófsreglu.

Hér fer Síminn með rangt mál því víða í ákvörðun PFS er fjallað um ofangreint. Benda má m.a. á mgr. 227 í viðauka A. Smásala mínus afslátturinn felur í sér bráðabirgðakvöð sem á að gilda þar til PFS hefur samþykkt kostnaðargreinda gjaldskrá Símans. Það er að mestu leyti undir Símanum sjálfum komið hve lengi bráðabirgðakvöðin gildir en Símanum varð fyrst kunnugt um að PFS hefði í hyggju að leggja á umrædda bráðabirgðakvöð í ágúst 2007 þegar drög að ákvörðun fóru í innanlandssamráð. Síminn hefur því haft töluverðan tíma til að leggja fram kostnaðargreinda gjaldskrá.

Brot á rannsóknarreglu - Markaður 12 hjá OFCOM og skýrsla LECG varðandi áhrif verðlagskvaðar

Í umsögn Símans um frumdrög PFS byggði Síminn m.a. á samráði hjá breska fjarskiptaeftirlitinu, OFCOM, vegna markaðsgreiningar þeirrar stofnunar á markaði 12. Ákvörðun lægi nú fyrir og væri á þá leið að ekki hefði verið beitt samsvarandi verðlagseftirliti og PFS þar sem það drægi úr hvata til fjárfestinga. Þá benti Síminn einnig á skýrslu LECG í umsögn sinni sem vísaði í sömu átt. PFS hefði algjörlega látið hjá líða að rannsaka hvort ákvörðun um verðlagseftirlit drægi úr fjárfestingarhvata.

Þessum athugasemdum var útarlega svarað í viðauka B á bls. 45-48 og er vísað til þeirrar umfjöllunar.

Varðandi tilvísun til máls hjá OFCOM er það að segja að sú stofnun markaðsgreindi viðkomandi markað á árinu 2004 og útnefndi British Telecom (BT) sem fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk og lagði kvaðir á félagið, m.a. um eftirlit með gjaldskrá. Nú á árinu 2008 lauk OFCOM markaðsgreiningu á viðkomandi markaði að nýju og lagði ekki kvöð á BT um eftirlit með gjaldskrá. Á þeim fjórum árum sem kvöðin um eftirlit með gjaldskrá gildi þróaðist breski markaðurinn með undraverðum hætti og eru verð í Bretlandi fyrir internethjónustu í dag meðal þeirra hagstæðustu í Evrópu. Þá er mikilvægt að hafa í huga að BT skuldbatt sig að eigin frumkvæði á árinu 2006 gagnvart markaðsaðilum og OFCOM að lækka heildsöluverð sín fyrir breiðbandsaðgang árlega til ársins 2010. Þar sem BT hefur staðið við þessar verðlækkningar þótti OFCOM óþarft að leggja kvaðir á BT um eftirlit með gjaldskrá. Samkvæmt ofangreindu er staðan á viðkomandi markaði á Íslandi og Bretlandi gjörólík og ekki síður markaðshegðun BT og Símans.

Varðandi skýrslu LECG þáð hefur PFS kynnt sér niðurstöður skýrslunnar og komist að þeirri niðurstöðu að hún breytti engu um þá markaðsgreiningu sem hér er til umfjöllunar miðað við ríkjandi stöðu á viðkomandi markaði og þau miklu samkeppnisvandamál sem greind hafa verið. Eins og fram kemur í ákvörðun PFS lagði stofnunin áherslu á þjónustusamkeppni að þessu sinni fremur en samkeppni í rekstri neta.

Meðalverð um allt land – Kvöð um eftirlit með gjaldskrá

Í ákvörðun PFS um eftirlit með gjaldskrá væri kveðið á um að verðin skyldu gilda sem meðalverð fyrir landið allt. Síminn legði áherslu á að þessum hluta ákvörðunar PFS yrði hafnað þar sem lagaheimild væri nauðsynleg til að taka íþyngjandi ákvörðun um að sama verð skyldi gilda um allt land. PFS skorti lagaheimildir til slíkrar ákvörðunar þar sem eina lögbundna úrræðið sem PFS hefði væri í 2. mgr. 20. gr. fjarskiptalaga sem kvæði á um að sama verð skyldi gilda fyrir alþjónustu um allt land. Ákvæði 32. gr. fjarskiptalaga veitti ekki jafn víðtæka heimild enda væri það meginreglan að miða skyldi við kostnað og ef kostnaður væri mismunandi eftir landssvæðum ætti fjarskiptafyrirtæki að vera heimilt að láta það endurspeglast í verðlagningu.

Það er ljóst samkvæmt fyrri úrskurðum úrskurðarnefndar að mögulegir agnúar á útfærslu kvaða ógilda ekki ákvörðun í heild, þ.m.t. útnefningu fyrirtækis með umtalsverðan markaðsstyrk.

Niðurstaða markaðsgreiningar PFS á viðkomandi markaði var á þá leið að um einn landfræðilegan markað væri að ræða. Af því leiðir að kvaðirnar sem lagðar eru á félagið gilda um land allt. Kostnaðartengt verð Símans fyrir bitastraumsaðgang skal byggjast á þeim kostnaði sem felst í rekstri kerfisins á landsvísi að teknu tilliti til hæfilegs hagnaðar og eðlilegs endurgjalds vegna bundins fjármagns í rekstrinum. Það verð sem fæst út úr þessum útreikningum skal vera meðalverð fyrir landið allt. Síminn tapar undir engum kringumstæðum á þessu fyrirkomulagi. Þetta fyrirkomulag kemur hins vegar í veg fyrir þann möguleika að Síminn ofmeti verð á landsbyggðinni á kostnað höfuðborgarsvæðisins og reyni þannig að koma í veg fyrir eðlileg heildsöluverð á þeim svæðum á landsbyggðinni sem önnur fyrirtæki hafa ekki eigin kerfi og hindri þannig aðgang að ákveðnum svæðum með hærri verðlagningu. Þetta fyrirkomulag er einnig mun einfaldara og ætti að koma í veg fyrir ágreiningsmál um

hvernig kostnaðartengd gjaldskrá með mörgum misunandi verðum á að vera samansett. Þá má geta þess að sama xDSL gjaldskrá gildir hjá öllum fjarskiptafyrirtækjum um allt land og hefur ávallt gert, enda er þetta meginreglan varðandi verðlagningu fjarskiptaþjónustu, t.d. talsímaþjónustu og farsímaþjónustu.

Varakrafa Símans um að úrskurðarnefnd breyti ákvörðun PFS, eftir atvikum með sjálfstæðri rannsókn.

Kæmist úrskurðarnefnd að þeirri niðurstöðu að ákvörðun PFS væri ekki ógildanleg væri þess krafist að nefndin breytti ákvörðun PFS og framkvæmdi sjálfstæða markaðsgreiningu eftir því sem hún teldi þörf á.

PFS mótmælir alfarið varakröfu Símans. PFS telur það ekki standast lög að úrskurðarnefnd sem er úrskurðaraðili og á að hafa eftirlit með ákvörðunum PFS framkvæmi sjálfstæða markaðsgreiningu enda gengur það gegn meginreglunni um tvö stjórnsýslustig sem er lögfest skipan samkvæmt fjarskiptalögum. Markaðsgreiningar eru tímafreakar og krefjast mikillar sérhæfingar og mannafla. Það er lögbundið hlutverk PFS að greina samkeppni á fjarskiptamörkuðum, sbr. V. kafla fjarskiptalaga. Fjarskiptalög gera því ekki ráð fyrir að önnur stjórnvöld en PFS framkvæmi markaðsgreiningar og hafi lögbundið samráð og samskipti við Samkeppniseftirlitið og ESA í tengslum við framkvæmd þeirra. Ekki verður séð að úrskurðarnefnd sé bært stjórnvald til að sinna samráði og samskiptum við þá aðila á vinnslutíma markaðsgreininga.

Úrskurðarnefnd getur hins vegar metið hvort vinnubrögð PFS séu forsvaranleg efnislega eða að forminu til. Ljóst er að brot á formreglum þurfa að vera veruleg til að ógilda beri ákvörðun stjórnvalds. Þá verður að telja að það sé ekki í verkahring úrskurðarnefndar að breyta ákvörðun PFS efnislega vegna meintra brota gegn formreglum ef nefndin kemst að þeirri niðurstöðu að PFS hafi ekki fylgt ýtrustu málsmeðferðarreglum stjórnsýsluréttarins.

Í fyrsta lagi væri þess krafist að úrskurðarnefnd rannsakaði og legði sjálfstætt mat á samkeppnismarkað í ADSL þjónustu þar sem aðeins tvö fjarskiptafyrirtæki byðu í raun ADSL þjónustu á Íslandi. Að mati Símans væri markaðshlutdeild félagsins tæplega 60% en hlutdeild Vodafone um 40%. Úrskurðarnefnd yrði því að taka sjálfstæða afstöðu til þess hvort um fákeppnismarkað væri að ræða eða hvort aðstæður væru með þeim hætti að markaðsyfirráð væru sameiginleg með þessum fyrirtækjum.

PFS ítrekar að það sé ekki í verkahring úrskurðarnefndar að framkvæma markaðsgreiningar og hlutast til um samráð og samskipti við Samkeppniseftirlitið og ESA.

Til að leiðrétta misskilning má ítreka það að Síminn hefur 61% markaðshlutdeild, Vodafone 29% og Hive (nú Tal) 9%.

PFS telur edlilegast að úrskurðarnefnd staðfesti hina kærðu ákvörðun PFS og taki undir þau sjónarmið sem fram hafa komið í greinargerð þessari að ekki sé tilefni til að PFS hefji tafarlaust nýja markaðsgreiningu, þar sem umrædd ákvörðun SE gefur ekki tilefni til þess. Meti úrskurðarnefnd það svo að umræddur samruni og ákvörðun SE gefi tilefni til þess að PFS hefji þegar í stað nýja markaðsgreiningu er samt sem

áður mikilvægt fyrir samkeppnina að úrskurðarnefnd staðfesti hina kærðu ákvörðun en beini þeim tilmælum til PFS að hefja þegar í stað markaðsgreiningu á viðkomandi markaði. Ekki er eðlilegt með tilliti til hlutverks úrskurðarnefndar að nefndin framkvæði mat á mögulegum sameiginlegum markaðsyfírráðum frá grunni. PFS hefur ekki framkvæmt slíkt mat ennþá en það krefst samráðs við markaðsaðila, Samkeppniseftirlit og ESA.

Teldi úrskurðarnefnd ekki forsendur til að ógilda ákvörðun PFS að því er varðaði eftirlit með gjaldskrá væri þess krafist að úrskurðarnefnd tæki sjálfstæða ákvörðun um hvort eftirlit með gjaldskrá ætti rétt á sér og þá með hvaða hætti.

PFS telur að vísa verði þessum kröfulið frá þar sem hann er algjörlega órökstuddur. Þetta jafngildir því að kærandi krefjist þess að nefndin finni eitthvað að eigin vali til að gagnrýna í ákvörðun PFS sem Síminn hefur ekki gert sérstaka kröfu um og rökstutt með fullnægjandi hætti.

Vísast að öðru leyti til hinnar kærðu ákvörðunar og fylgigagna.

5.0 Niðurstaða.

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

Síminn hf. byggir aðalkröfu sína um ógildingu ákvörðunar PFS á því að brot stofnunarinnar gegn meginreglum stjórnisýsluréttar við töku ákvörðunarinnar séu svo alvarleg að það valdi ógildingu hennar. Umræddir annmarkar á ákvörðuninni eru að sögn Símans hf. brot gegn rannsóknarreglu 10. gr. stjórnisýslulaga, brot á andmælarétti 13. gr. stjórnisýslulaga, brot gegn reglunni um bann við misbeitingu valds við val á leiðum til úrlausnar máls, brot gegn meðalhófsreglu 12. gr. stjórnisýslulaga og brot á lögætisreglu með því að lagagrunn skorti fyrir að miðað sé við meðalverð á landinu í kvöð um eftirlit með gjaldskrá.

Innan íslenskrar stjórnisýslu er það regla að ákvörðun sé því aðeins ógildanleg að hún sé haldin form- eða efnisannmarka að lögum, að sá annmarki geti talist verulegur og ekki mæli önnur veigamikil rök gegn því að ógilda ákvörðunina.

Slík rök geta til dæmis verið hagsmunir þriðja manns/aðila eða réttmætar væntingar, annaðhvort aðila eða þriðja manns. Verkefni nefndarinnar er því að ganga úr skugga um hvort um slíka annmarka sé að ræða og þá, hvort þeir séu verulegir.

Síminn hf. byggir á því að PFS hafi brotið gegn rannsóknarreglu stjórnisýslulaga þar sem ákvörðunin hafi byggst á upplýsingum sem aflað hafi verið á árunum 2004 og 2005. Nýjustu upplýsingar sem PFS byggði á væru frá árslokum 2006 en aðstæður á markaði hefðu breyst það mikið frá þeim tíma að álagning kvaða á grundvelli upplýsinga frá þeim tíma fullnægði ekki þeim ríku rannsóknarskyldum sem hvíla á PFS og skyldum um að meta aðstæður á grundvelli nýjustu fánlegra upplýsinga til framtíðar.

Ennfremur hafi síðastliðinn febrúar orðið breyting á aðstæðum á markaði fyrir breiðbandsaðgang. Teymi ehf. keypti meirihluta í Hive og sameinaði það SKO. Störfuðu félögin nú saman undir merki Tals. Teymi ehf. væri því móðurfélag tveggja helstu keppinauta Símans á markaði fyrir internetþjónustu og ADSL markaði og bæri að líta á þá sem einn aðila þar sem um fyrirtækjasamstæðu væri að ræða í skilningi samkeppnisréttar.

Í umsögn Símans hf. um frumdrög PFS byggði Síminn hf. m.a. á samráði hjá breska fjarskiptaeftirlitinu, OFCOM, vegna markaðsgreiningar þeirrar stofnunar á markaði 12. Ákvörðun lægi nú fyrir og væri á þá leið að ekki hefði verið beitt samsvarandi verðlagseftirliti og PFS þar sem það drægi úr hvata til fjárfestinga. Þá benti Síminn hf. einnig á skýrslu LECG í umsögn sinni sem vísaði í sömu átt. PFS hefði algjörlega látið hjá líða að rannsaka hvort ákvörðun um verðlagseftirlit drægi úr fjárfestingarhvata.

Síminn hf. telur þannig að PFS hafi brotið gegn rannsóknarreglu stjórnisýsluréttarins og rannsóknarskyldum sem leiða af EES-reglum og að brotið sé það alvarlegt að valdi ógildingu ákvörðunar PFS. Í 10. gr. stjórnisýslulaga segi að stjórnvald skuli sjá til þess að mál sé nægjanlega upplýst áður en ákvörðun er tekin í því. Í skýringarriti Páls Hreinssonar með stjórnisýslulögunum segir m.a. að mál teljist nægilega rannsakað þegar þeirra upplýsinga hefði verið aflað sem nauðsynlegar eru til þess að hægt sé að taka efnislega rétta ákvörðun í því og að veruleg vanræksla á rannsókn máls geti leitt til þess að ákvörðun verði talin ógildanleg.

Að mati nefndarinnar eru markaðsgreiningar yfirleitt undir þá sök seldar að upplýsingar þær sem byggt er á eru sjaldnast alveg nýjar. Vinna við markaðsgreiningu er tímafrek og umfangsmikil og enda þótt gögn þau sem greind eru kunni að vera þau nýjustu sem liggja fyrir þegar hún hefst eru þau orðin gömul þegar ákvörðun er tekin. Eðli málsins samkvæmt er því ekki tækt að ógilda ákvörðun um markaðsgreiningu eingöngu vegna þess að til eru nýrri gögn en þau sem stuðst er við. Sýna verður fram á að slík gögn hefðu haft veruleg áhrif á niðurstöðu markaðsgreiningar og að mögulegt hefði verið að taka mið af þeim við töku ákvörðuninnar án þess að mikilvægari hagsmunir færu forgörðum.

Greining á fjarskiptamörkuðum hér á landi er viðvarandi verkefni PFS sem ekki sér fyrir endan á. Ávallt er um að ræða ákveðna togstreitu á milli skyldu stofnunarinnar til þess að hraða málsmeðferð sinni eins og unnt er og að rannsaka mál ofan í kjölinn.

Ef stofnunin kys að taka ekki ákvörðun vegna þess að ætlunin er að bíða tíðinda sem mögulegt er að hafa áhrif á niðurstöðuna er alltaf hættu að hagsmunir annara fari forgörðum á meðan beðið er. Í tilvikum sem slíkum, þegar meginreglur stjórnisýslureglurnar stangast að einhverju leyti á, verður stjórnvald að beita mati til þess að skera úr um hvernig best megi uppfylla kröfur stjórnisýsluréttar.

Rannsókn PFS virðist ekki hafa verið síðri en gengur og gerist hér á landi eða í þeim löndum sem við berum okkur saman við. Síminn hf. er ekki sammála mati stofnunarinnar á ýmsum atriðum, en það er ekki þar með sagt að PFS hafi ekki rannsakað þau atriði eða tekið þau til greina í ákvörðun sinni.

Þær breytingar sem verða á fjarskiptarekstri hér á landi við kaup Teymis ehf. á Hive virðast nefndinni ekki breyta stöðu á markaðinum nægilega til þess að Síminn hf. teljist ekki með umtalsverðan markaðsstyrk. Þau atriði sem lágu til grundvallar greiningu PFS á markaðinum breyttust ekki við umræddan samruna og að mati stofnunarinnar er ekki um virka samkeppni að ræða á markaði 12. Tölur um markaðshlutdeild benda ótvírætt til þess að hvort sem um er að ræða einn aðila eða fleiri sem keppa við Símann hf. á þessu sviði er Síminn hf. eins og stendur í lykilstöðu. Ekki er óvarlegt að telja löglíkur fyrir því að u.þ.b. 61% markaðshlutdeild Símans hf. nægji til þess að fullyrða að um sé að ræða aðila með umtalsverða markaðshlutdeild. Enda þótt lögð sé saman hlutdeild Hive og Vodafone er ljóst að þegar litið er á þau skilyrði sem félögin gengu undir við sameiningu er ekki um að ræða aðila sem jafnast á við umsvið Símans hf. á markaði 12.

Vel kann að vera að þróun í framtíðinni verði í aðra átt, en markaðsgreining PFS getur ekki byggt á mögulegum framtíðarspám, heldur verður að byggja á þeim gögnum sem liggja fyrir. Rétt er að sjálfsögðu að ný greining liggi fyrir eins fljótt og mögulegt er, en möguleiki á breytingum í framtíðinni nægir ekki til ógildingar þeirrar ákvörðunar sem nú er fyrir nefndinni á grundvelli brots á rannsóknarreglu.

Að mati Símans hf. hefur PFS einnig brotið gegn andmælarétti stjórnarsýslulaga og sérákvæði 6. gr. laga um Póst- og fjarskiptastofnun með því að veita ekki Símanum hf. færi á að tjá sig um drög að ákvörðun um leið og hún var send ESA til umsagnar. Sú regla hefur að mati Símans hf. gilt varðandi samráð við hagsmunaaðila að fyrst sendir PFS frumniðurstöðu markaðsgreiningar til hagsmunaaðila til umsagnar. Þegar PFS hefði yfirfarið athugasemdir fjarskiptafyrirtækja gerir stofnunin drög að ákvörðun. Þetta væri sú framkvæmd sem PFS hefði viðhaft við greiningu á öðrum fjarskiptamörkuðum og í samræmi við kynningu PFS á því hvernig lögbundnu samráði skyldi háttað, sbr. kynningarrit PFS frá 2003 og 2005. Er það álit Símans hf. að með framangreindri aðgerð hafi PFS einhliða og án frekari skýringa afnumið hinn lögbundna andmælarétt félagsins. Slíkur formgalli einn og sér væri nægjanlegur til að ákvörðun stjórnvalds teldist ógildanleg, sér í lagi þegar um jafn viðurhlutamikla og íþyngjandi ákvörðun væri að ræða.

PFS viðurkennir í málatilbúnaði sínum að um mistök hefði verið að ræða að birta ekki drög að töku ákvörðunar á heimasíðu sinni þegar þau vori send til ESA til umsagnar. Hafnað er hinsvegar í málflutningi stofnunarinnar að slík mistök séu verulegur annmarki á töku ákvörðunarinnar eða að það að aðilar fengu ekki tækifæri til þess að tjá sig á þessu stigi málsins teljist brot á andmælarétti þeirra.

Nefndin felst á þá röksemdafærslu og tekur fram að afstaða aðila hafði komið fram á fyrri stigum málsins og ekki verður séð að skylda stjórnvalds til þess að leyfa aðila að tjá sig um málið áður en ákvörðun er tekin sé svo víðtæk að ekki sé leyfilegt að senda málið til umsagnar án þess að haft sé samráð við aðila.

Síminn hf. telur ennfremur að það teljist sjálfstætt brot á andmælarétti Símans hf. að fá ekki tækifæri til að tjá sig um áhrif samruna Teymis og IP-fjarskipta.

Áður hefur verið vikið að því að PFS stóð frammi fyrir því að þurfa að gera upp á milli þeirra hagsmuna aðila á markaði sem gætu tapast af því draga ákvarðanatöku og þeim hagsmunum sem fólust í því að bíða þar til ljóst væri hvaða áhrif samruni Teymis ehf. og IP fjarskipta ehf. hefði á markaðinn sem greindur var. PFS tók þá ákvörðun að ómögulegt væri að segja til um endanleg áhrif umrædds samruna fyrr en að löngum tíma liðnum og því væri réttara að láta það bíða næstu umferðar í markaðsgreiningum. Í þeirri umferð mun Símanum hf. gefast tækifæri á að tjá sig um samrunan og þau áhrif sem félagið telur hann munu hafa á markað 12.

Ein málsástæða Símans hf. er að ákvörðun um að rannsaka ekki til hlítar áhrif kaups Teymis ehf. á IP-fjarskiptum ehf. fæli í sér brot gegn reglunni um bann við misbeitingu valds við val á leiðum til úrlausnar máls (d. procedurefordrejning). Þegar samruni IP-fjarskipta ehf. og Teymis ehf. lá fyrir hefði PFS borið að framkvæma ítarlega rannsókn á áhrifum samrunans á viðkomandi markað. Þess í stað hefði PFS látið hjá líða að fara að þeirri málsmeðferð en valdi þess í stað einfaldari málsmeðferð eins og samruninn hefði ekki átt sér stað, en slíkt sjónarmið væri ómálefnanlegt. Sé efni ákvörðunar ákveðið á grundvelli slíks sjónarmiðs hefði stjórnvald misbeitt valdi sínu við val á leið til úrlausnar máls. Slíkt telur Síminn hf. verulegan annmarka á stjórnvaldsákvörðun sem bæri að ógilda af þeim sökum.

Eins og fyrr getur telur nefndin það ekki ómálefnalegt sjónarmið að taka tillit til hagsmuna annara aðila á fjarskiptamarkaði og málshraðareglu 9. gr. stjórnsýslulaga. Samkvæmt lögum ber PFS einnig að stuðla að samkeppni á sviði póst- og fjarskiptáþjónustu og koma í veg fyrir óréttmæta viðskiptahætti með því vinna gegn röskun eða takmörkun samkeppni á mörkuðum fjarskipta- og póstþjónustu. Auk þess ber stofnuninni að taka þátt í þróun markaðar fyrir fjarskipta- og póstþjónustu og upplýsingatækni með því vinna gegn hindrunum í vegi framboðs á fjarskiptanetum, aðstöðu og þjónustu sem þeim tengist og fjarskipta- og póstþjónustu.

Varðandi álagningu kvaðar um eftirlit með gjaldskrá taldi Síminn hf. að PFS hefði farið gegn meðalhófsreglu stjórnsýslulaga auk þess að brjóta gegn rannsóknarreglu. Í hinni kærðu ákvörðun væri lögð á kvöð um að gjaldskrá fyrir heildsöluáfgang að ADSL þjónustu Símans hf. skyldi fundin með smásölu mínus aðferð og skyldu veittur afsláttur vera 35% af smásöluverði. Eftir að frumdrög PFS lágu fyrir hefði verið stofnaður vinnuhópur milli Símans hf. og PFS til að skiptast á upplýsingum um þá markaði sem búið var að markaðsgreina og þar sem vinna PFS við greininguna stæði yfir. Í vinnuhópnum hefði Síminn hf. kynnt hver afkoman væri af ADSL þjónustunni og að ef fyrirætlanir PFS yrðu að veruleika myndi verða tap á þjónustunni. PFS hefði því verið fullljóst að ákvörðun um smásölu mínus 35% gengi lengra en meðalhófsreglan heimilaði. Hefði PFS efast um að upplýsingar Símans hf. væru réttar hefði stofnuninni verið í lófa lagið að óska eftir gögnum og rannsaka hver afkoman væri.

Síminn hf. vísaði einnig til lokamálsliðar 1. mgr. 32. gr. fjarskiptalaga þar sem fram kemur að við ákvörðun um eftirlit með gjaldskrá beri að taka tillit til fjárfestinga fjarskiptafyrirtækis og hæfilegrar arðsemi af bundnu fjármagni með hliðsjón af áhættu við fjárfestinguna. Þessi málsliður hefði ekki fengið umfjöllun í ákvörðun PFS og teldist það eitt og sér brot gegn lagaákvæðinu auk brots á rannsóknarreglu og meðalhófsreglu.

Ávallt má finna að aðferðarfræði og telja eina aðferð betri en aðra. Engu að síður virðist nefndinni ekki að PFS hafi farið fram úr meðalhófi þegar kvaðir voru lagðar á Símann hf. í samræmi við markaðsgreiningu á markaði 12. Smásala mínus aðferðin kann að vera ónákvæm en nefndin hefur áður fallist á sambærilegar aðferðar sem bráðabirgðakvaðir. Ennfremur var ekki ætlunin með umræddum samstarfshópi að hafa samráð um markaðsgreiningar sem voru í vinnslu, einungis eftirfylgni með kröfum sem þegar hafði verið lagðar á.

Í ákvörðun PFS um eftirlit með gjaldskrá væri kveðið á um að verðin skyldu gilda sem meðalverð fyrir landið allt. Síminn hf. legði áherslu á að þessum hluta ákvörðunar PFS yrði hafnað þar sem lagaheimild væri nauðsynleg til að taka íþyngjandi ákvörðun um að sama verð skyldi gilda um allt land. PFS skorti lagaheimildir til slíkrar ákvörðunar þar sem eina lögbundna úrræðið sem PFS hefði væri í 2. mgr. 20. gr. fjarskiptalaga sem kvæði á um að sama verð skyldi gilda fyrir alþjónustu um allt land. Ákvæði 32. gr. fjarskiptalaga veitti ekki jafn víðtæka heimild enda væri það meginreglan að miða skyldi við kostnað og ef kostnaður væri mismunandi eftir landssvæðum ætti fjarskiptafyrirtæki að vera heimilt að láta það endurspeglast í verðlagningu.

Að mati nefndarinnar er það eðlileg afleiðing af því að allt landið sé sama markaðssvæði að miða skuli við sama kostnað fyrir það allt. Hér fer því PFS ekki fram úr lagaheimildum sínum.

Varakrafa Símans hf. byggir að miklu leyti á sömu röksemdum og aðalkrafan. Mjög sterk rök þarf til þess að slík krafa sé tekin til greina, með því að þá væri nefndin í raun að taka ákvörðun á einu stjórnarsýslustigi. Ekki er neitt í þessu máli sem réttlætir að þannig sé farið fram hjá íslenskri stjórnarsýsluvenju og öryggisreglum sem ætlað er að tryggja rétta niðurstöðu.

Að vandlega ígrunduðu máli telur nefndin því ekki efni til þess að ógilda eða breyta ákvörðun PFS vegna þeirra annmarka sem Síminn hf. telur að séu á henni. Er því ákvörðun PFS nr. 8/2008 um útnefningu fyrirtækis með umtalsverðan markaðsstyrk og álagningu kvaða á heildsölumarkaði fyrir breiðbandsaðgang staðfest með vísun til forsendna hennar og rökstuðnings nefndarinnar. Lagt er að PFS að taka umrædda markaðsgreiningu til endurskoðunar eins fljótt og auðið er, enda er óumdeilt að nokkrar breytingar hafa orðið á þessum markaði frá því að síðustu gögn lágu fyrir.

6.0 Úrskurðarorð

Hin kærða ákvörðun PFS nr. 8/2008 frá 18. apríl 2008 um útnefningu fyrirtækis með umtalsverðan markaðsstyrk og álagningu kvaða á heildsölumarkaði fyrir breiðbandsaðgang er staðfest með vísun til forsendna PFS og nefndarinnar.

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

Reykjavík, 17. október 2008

Ólafur Garðarsson, hrl., formaður

Guðjón Kárason, verkfr.

Heimir Haraldsson, endursk.