

Úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála

Þann 1. júlí 2008 er úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála saman komin að Borgartúni 25, Reykjavík, til þess að kveða upp úrskurð í ágreiningsmáli nr. 6/2007.

Síminn hf.

gegn

Póst- og fjarskiptastofnun

og

Og fjarskiptum ehf.

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

Fyrir nefndinni liggur kæra frá Símanum hf. dags. 12. febrúar 2007, þar sem kærð er ákvörðun Póst- og fjarskiptastofnunar (PFS), dags. 14. september 2007 um útnefningu fyrirtækja með umtalsverðan markaðsstyrk og álagningu kvaða á smásöllumarkaði fyrir lágmarksframboð af leigulínum (markaður 7), heildsöllumarkaði fyrir lúkningarhluta leigulína (markaður 13) og heildsöllumarkaði fyrir stofnlínuhluta leigulína (markaður 14).

Aðalkrafa Símans hf. er að ákvörðun PFS frá 14. september 2007 hvað varðar markaðsgreiningu á markaði fyrir lúkningarhluta leigulína (markað 13) sé felld úr gildi.

Til vara krefst Síminn hf. þess að ákvörðun PFS verði breytt á þann veg að skilgreiningu á hugtakinu “leigulínu” verði breytt og álagðar kvaðir nái einungis til hinnar venjuhelguðu og viðurkenndu skilgreiningar á leigulínum. Einnig að úrskurðarnefnd kveði á um að ekki verði lagðar á kvaðir um afskipti af verðlagningu fyrir aðgang að leigulínum auk þess sem dregið verði úr öðrum kvöðum í samræmi við meðalhóf.

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

Krafa PFS er að hin kærða ákvörðun sé staðfest.

Þann 22. janúar s.l. fór fram munnlegur málflutningur fyrir nefndinni, þar sem mættir voru fyrir hönd fyrir hönd PFS Óskar Hafliði Ragnarsson, fyrir hönd Símans hf. Hallmundur Albertsson hdl., fyrir hönd Mílu ehf. Auður Inga Ingvarsdóttir hdl. og fyrir hönd Og fjarskipta ehf. Jóhanna Helga Halldórsdóttir hdl. Gerðu aðilar þar grein fyrir málalíbúnaði sínum og kröfum, fengu tækifæri til þess að koma á framfæri sínum sjónarmiðum varðandi málflutning gagnaðila og svöruðu spurningum þeim er nefndarmenn höfðu. Að því loknu var ágreiningsmálið tekið til úrskurðar. Úrskurður

hefur dregist vegna umfangs þessa máls og annara kærumála sem nefndin hefur haft til meðferðar.

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 þau með umtalsverðan markaðsstyrk og leggja á þau viðeigandi kvaðir sem um er fjallað í VII. kafla fjarskiptalaga. PFS ber að leggja a.m.k. eina kvöð á fyrirtæki sem hefur verið útnefnt. 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 markaðsgreininga. 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 af framkvæmdastjórn ESB þar sem þeir eru taldir til þess fallnir að leggja þurfi á þá fyrirfram kvaðir. Þessi 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 hlutverk PFS sé að skilgreina þessa 18 markaði í samræmi við aðstæður sem eru á Íslandi.

Markaðsgreining á leigulínumörkuðum 7, 13 og 14 hófst fljótlega eftir að greining hófst á farsímamörkuðum 15 og 16. Undirbúningur fyrir markaðsgreiningu reyndist mjög tímafekur þar sem byrja þurfti á því að safna tölfræðilegum upplýsingum 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 og nýja aðferðafræði tók vinna við markaðsgreininguna mun lengri tíma en áætlað var í upphafi og er það í samræmi við reynslu annarra eftirlitsstofnana á Evrópska efnahagssvæðinu (EES). Reynsla annarra þjóða hefur sýnt að leigulínumarkaðirnir eru (meðal flóknustu hinna) með þeim flóknustu af hinum 18 mörkuðum og taka einna mesta tímamann í vinnslu. Auk þess tafði það að sögn PFS töku endanlegrar ákvörðunar í máli þessu að í mars 2007 fór fram skipulagsbreyting Skipta hf., Símans hf. og Mílu ehf.

Meðferð þessa máls hófst formlega með gagnaöflun í júlí 2004. Hin kærða ákvörðun byggir á greiningu á mörkuðum 7, 13 og 14 sem lögð var fram til samráðs með bréfi, dags. 15. júní 2006, 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), Fjarski ehf. og Samkeppniseftirlitið. Greining á viðkomandi mörkuðum var uppfærð í samræmi við þær athugasemdir sem teknar voru til greina, auk þess sem öll tölfræði var uppfærð í samræmi við nýjustu tölur, þ.e. miðað við áramótin 2005/2006. Athugasemdirnar voru flokkaðar og þeim svarað í viðauka B með ákvörðun PFS nr. 20/2007 um markaði 7, 13 og 14.

Með bréfi, dags. 23. febrúar 2007, tilkynnti PFS til Eftirlitsstofnunar EFTA (ESA) drög að ákvörðun um markaði 7, 13 og 14 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. Með bréfi, dags. 26. mars 2007, barst PFS álit ESA á framangreindum drögum. ESA heimilaði stofnuninni að taka umrædda ákvörðun en gerði athugasemd við að landfræðileg skipting PFS á markaði 14, í höfuðborgarsvæðið og landsbyggðina, væri ekki studd nægum tölfræðilegum gögnum. ESA benti á að landfræðileg skipting á markaði 14 þyrfti að vera studd viðeigandi tölfræðilegum gögnum, sérstaklega verðsamanburði sem styddi slíka landfræðilega skiptingu. Hins vegar taldi ESA að skipting PFS á markaði 14 í tvo landfræðilega markaði breytti ekki þeirri niðurstöðu að Síminn hf. væri með umtalsverðan markaðsstyrk á báðum mörkuðum. Ennfremur benti ESA á að niðurstöður um kvaðir sem leggjast ættu á Símann væru þær sömu þrátt fyrir landfræðilega skiptingu markaðs 14. Hins vegar bauð ESA PFS að safna saman og greina tölfræði fyrir markað 14 til að styðja niðurstöður um landfræðilega skiptingu á markaði 14. Í ljósi þess að niðurstöður greiningar á markaði 14 væru þær sömu hvort sem landfræðileg afmörkun markaðarins er landið allt eða höfuðborgarsvæðið og landsbyggðin þá taldi PFS ekki nauðsynlegt að endurskoða niðurstöður sínar um landfræðilega afmörkun á markaði 14 að svo stöddu. PFS tók hins vegar fram að stofnunin myndi taka tillit til framangreindrar athugasemdar ESA þegar greining á markaði 14 yrði endurskoðuð.

Eftir að drög að ákvörðun um markaði 7, 13 og 14 ásamt viðaukum var tilkynnt til ESA var gerð skipulagsbreyting á Símanum hf. sem hafði ákveðin áhrif á niðurstöður greiningar á viðkomandi mörkuðum. Á aðalfundi Símans hf. þann 15. mars 2007 samþykktu hluthafar félagsins skipulagsbreytingar á samstæðu Símans hf. Stofnað var sérstakt móðurfélag, Skipti hf., kt. 460207-0880, sem fer með eignarhald á dótturfyrirtækjum sem sem áður heyrðu undir samstæðu Símans hf. Undir Skipti hf. heyrir nú Míla ehf., kt. 460207-1690, sem sér um rekstur fjarskiptanetsins, Síminn hf., kt. 500269-6779, sem einnig hefur fjarskiptastarfsemi með höndum og

fasteignafélagið Jörfi ehf. Fjarskiptarekstur Símasamstæðunnar skiptist því nú á milli dótturfélaga Skipta hf., Símans hf. og Mílu ehf.

Vegna ofangreindra skipulagsbreytinga taldi PFS nauðsynlegt að upplýst yrði með skýrum hætti hvaða félag eða félög færu með stjórn á þeirri þjónustu sem félli undir framangreinda markaði, í samræmi við markaðsskilgreiningu stofnunarinnar í greiningu á ofangreindum mörkuðum. Óskað var eftir umræddum gögnum með bréfi til Símans hf., dags. 3. apríl 2007, en svörin reyndust ófullnægjandi. Með bréfi til Símans hf., dags. 20. apríl 2007, óskaði PFS eftir upplýsingum um hvort Síminn hf. eða Míla ehf. réði yfir og seldi aðgang að ATM neti og IP(MPLS) neti. Í svarbréfi Símans hf., dags. 4. maí 2007, komu heldur ekki fram fullnægjandi upplýsingar um þessi atriði. Því sendi PFS Símanum hf. og Mílu ehf. bréf, dags. 20. júní 2007, þar sem fyrirhuguð ákvörðun var boðuð, m.t.t. áðurgreindra skipulagsbreytinga.

Í síðastgreindu bréfi PFS kom fram að stofnunin teldi að fyrrgreindar skipulagsbreytingar hefðu ekki áhrif á markaðsstyrk samstæðunnar. Því ætti sú greining sem fram fór á markaðsstyrk Símans fyrir skipulagsbreytinguna ennþá við fullu leyti. Það væri skoðun stofnunarinnar að samstæða þeirra fyrirtækja sem áður var Síminn hf. hefði ennþá umtalsverðan markaðsstyrk á viðkomandi mörkuðum og hefði stofnunin því í hyggju að útnefna fyrirtækin með umtalsverðan markaðsstyrk á viðkomandi mörkuðum og leggja á þau þær kvaðir sem fram komu í drögum að ákvörðun sem send var ESA til umsagnar þann 23. febrúar 2007. Þá kom fram að fengi PFS ekki skýrari upplýsingar en áður um hvar rekstur einstakra flutningsmiðla og samskiptaregla færi fram væri stofnuninni nauðugur sá kostur að útnefna bæði fyrirtækin með umtalsverðan markaðsstyrk á mörkuðum 13 og 14 og leggja kvaðir á þau bæði. Þá hygðist PFS útnefna Símann hf. einan með umtalsverðan markaðsstyrk á markaði 7 og leggja viðeigandi kvaðir á félagið.

Engar athugasemdir bárust frá Mílu ehf. en athugasemdir bárust frá Símanum hf. með bréfi, dags. 27. júlí 2007. Svör PFS við athugasemdunum koma fram í viðauka E við hina kærðu ákvörðun. Fram kom að mati PFS í svörum Símans hf. að bæði Síminn hf. og Míla ehf. byðu þjónustu á mörkuðum 13 og 14 eins og PFS hafði skilgreint þá þjónustumarkaði. Flutningsmiðlarnir væru hjá Mílu ehf. (*og samskiptareglurnar SDH/PDH, Ethernet og DWDM*) og samskiptareglurnar hjá Símanum hf. (*Frame Relay, ATM og IP/MPLS*). Því útnefndi PFS bæði félög með umtalsverðan markaðsstyrk á mörkuðum 13 og 14 og lagði sömu kvaðir á bæði félög á umræddum mörkuðum, þar sem að mati stofnunarinnar væru eigna-, stjórnunar- og fjárhagsleg tengsl félaganna ótvíræð. Umræddar upplýsingar frá Símanum hf. leiddu því ekki til breytinga á markaðsgreiningu á mörkuðum 7, 13 og 14.

Það var því mat PFS í ákvörðuninni frá 14. september 2007. að ofangreind skipulagsbreyting á samstæðu Símans hf. hefði engin áhrif á greiningu á mörkuðum 7, 13 og 14 eða mat á umtalsverðum markaðsstyrk að öðru leyti en því að ákvörðun um viðkomandi markaði beindist að þeim dótturfélögum Skipta hf. sem færu með yfirráð yfir þeirri þjónustu sem félli undir viðkomandi markaði. Greiningu og niðurstöðum á viðkomandi mörkuðum var því breytt í samræmi við það. Í ljósi þess að móðurfélagið Skipti hf. og dótturfélög þess, Síminn hf. og Míla ehf., væru í eigu sömu aðila og áður áttu Símann hf. leit PFS svo á að mat á markaðsstyrk samstæðu Símans hf. á fjarskiptamarkaði hefði ekki breyst við það að ákveðnar rekstrareiningar væru nú reknar sem dótturfélög Skipta hf. Staða fjarskiptafélaga þeirra sem tilheyrðu Skiptum

hf. voru því metin sem ein efnahagsleg heild þar sem eignarhalds-, stjórnunarleg- og fjárhagsleg tengsl milli félaganna væru ótvíræð.

Þann 12. október 2007 kærði Síminn hf. ákvörðunina hvað varðar markað 13. Sú kæra er hér til meðferðar.

2.0 Málsástæður kæranda.

Í kæru Símans hf. koma fram eftirfarandi sjónarmið um efnishlið málsins:

3.1 Aðalkrafa um ógildingu ákvörðunar

Aðalkrafa um ógildingu ákvörðunar PFS byggir á því að rangar forsendur séu lagðar til grundvallar ákvörðun stofnunarinnar, sérstaklega með því að skilgreining stofnunarinnar á leigulínu er ekki rétt. Þar sem um er að ræða markaðsgreiningu á leigulínumörkuðum er það grundvallaratriði að rétt skilgreining sé lögð til grundvallar. Röng skilgreining á leigulínu leiðir til þess að vöru-/þjónustumarkaðurinn telst ekki rétt skilgreindur. Markaðsgreiningin sem byggir á skilgreiningu á leigulínu er því í raun ónýtt í heild sinni þar sem rangar forsendur eru lagðar til grundvallar.

Síminn byggir jafnframt á því að meginreglur stjórnsluréttarins hafi verið brotnar. Vegur þar þyngst að málið telst ekki nægilega upplýst í samræmi við 10. gr. stjórnslulaga nr. 37/1993 (SSL.) og brotið er gegn meðalhófi, sbr. 12. gr. sömu laga.

3.1.1 Röng skilgreining leigulínu

Í ákvörðun PFS er stuðst við skilgreiningu á leigulínu úr tilskipun 97/51/EB sem er svohljóðandi:

„Leased lines shall mean the telecommunications facilities which provide for transparent transmission capacity between network termination points and which do not include on-demand switching (switching functions which the user can control as part of the leased line provision).”

Þýðing PFS á ofangreindri skilgreiningu er eftirfarandi:

„Leigulínur skulu tákna fjarskiptaaðstöðu sem gefur kost á gagnsærri flutningsgetu milli nettengipunkta og innifelur ekki skiptingu lína að ósk notenda.”

Þrátt fyrir að skilgreining á leigulínum sé skýr að mati Símans hefur PFS útvíkkað verulega hina fyrirfram gefnu og almennt viðurkenndu skilgreiningu á leigulínu.

Síminn byggir á því að skilgreining PFS á hugtakinu leigulína sé röng. Síminn heldur því fram að það sé skilgreiningaratriði fyrir leigulínu að hún sé milli tveggja nettengipunkta á meðan PFS segir leigulínu geta verið á milli margra nettengipunkta. Þá telur Síminn skilgreiningaratriði að leigulína þurfi að vera með tryggða flutningsgetu sem einungis er til reiðu fyrir leigjanda línunnar (kaupanda þjónustunnar). Í því felst jafnframt að með því geta svokölluð leiðargreiningarkerfi

eins og ATM og MPLS ekki talist til leigulínu þar sem flutningsgeta í þeim netum er ekki tryggð.

Verður nú farið yfir þessi atriði lið fyrir lið.

3.1.1.1 Tenging eða samband milli tveggja nettengipunkta

Í fyrsta lagi byggir Síminn á því að það sé grundvallaratriði varðandi skilgreiningu á leigulínu að um sé að ræða tengingu milli tveggja nettengipunkta.

Í a) og b) lið 1. gr. tilmæla framkvæmdastjórnar ESB frá 29. mars 2005 um verðlagningu á leigulínum í heildsölu er leigulína skilgreind sem tenging milli tveggja nettengipunkta.¹

Í skýringarriti (e. explanatory memorandum) með tilmælum framkvæmdastjórnar ESB um viðeigandi fjarskiptamarkaði kemur það sama fram á bls. 18.²

Í þeim gögnum sem PFS ber að taka mið af á grundvelli EES-samningsins er það stafað með ótvíræðum hætti að til að um leigulínu sé að ræða þurfi að vera um að ræða tryggða flutningsgetu milli tveggja fastra punkta.

Það liggur því fyrir að í öllum skýringargögnum sem stafa frá ESB og PFS ber að taka mið af vegna EES-samningsins er það skilgreiningaratriði að leigulína sé á milli tveggja fastra nettengipunkta.

3.1.1.2 Tryggt samband/flutningsgeta (e. dedicated connections and capacity)

Síminn vísar til þess að það sé skilgreiningaratriði fyrir leigulínu að um gagnsæja flutningsgetu sé að ræða, með öðrum orðum að tryggja bandbreidd/flutningsgetu. Í tilvitnuðu skýringarskjali framkvæmdastjórnar ESB með tilmælum um viðeigandi markaði kemur skýrt fram í umfjöllun um leigulínur að til þess að um leigulínu sé að ræða þurfi bandbreidd að vera tryggð, sbr. umfjöllun í kafla 4.2.3. á bls. 27-28 í kafla sem ber heitið tryggð bandbreidd og flutningsgeta (leigulínur).³

¹ Sjá nánar: Recommendation on the provision of leased lines in the European Union (Part 2 - Pricing aspects of wholesale leased lines part circuits). (C(2005) 951 final). Skilgreiningin hljóðar svona:

a), „leased line part circuit” (LLPC) means the dedicated link between the customer premises and the point of interconnection of the other authorised operator at (or close to) the network node of the notified operator, and should be regarded as a particular type of a wholesale leased line which can be used by the other authorised operator to provide services to retail users, other operators or for its own use such as, but not limited to, leased lines, connections to the switched telephone network, data services or broadband access.”

b), „Line length” means the radial distance between the locations of the two ends of the line, i.e. from the point of interconnection to the customer premises.”

² Sjá nánar: Recommendation on Relevant Markets. Commission Recommendation On Relevant Product and Service Markets within the electronic communications sector susceptible to ex ante regulation in accordance with Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council on a common regulatory framework for electronic communication networks and services. C(2003)497. Á bls. 18 segir:

„This is a different product from say the provision of dedicated capacity of itself, even if some transit services are provided over leased circuits or links. The difference is that leased lines provide dedicated capacity between two fixed points whereas transit refers instead to switched calls on the public telephone network provided at a fixed location.”

³ Textinn á ensku er svohljóðandi:

„4.2.3. Dedicated connections and capacity (leased lines)

The markets related to dedicated connections and capacity have a link to some of the markets defined with respect to access at fixed locations and the provision of services at fixed locations. For example dedicated connections may be an alternative to unbundled local loops and vice versa in certain circumstances. Also dedicated trunk or long distance connections may be an alternative to long distance call conveyance.

Framangreind umfjöllun sýnir það svo ekki verður um villst að það er skilgreiningaratriði fyrir leigulínu að um tryggða flutningsgetu sé að ræða. Talað er um tryggt samband og flutningsgetu (e. dedicated connections and capacity) og leigulínu sem eitt og það sama. Virðist því í raun fráleitt annað en að með leigulínu sé átt við línu sem er með tryggðri flutningsgetu sem ávallt er til staðar fyrir kaupanda þjónustunnar (leigjanda línunnar).

3.1.1.3 Leiðargreiningarkerfi (e. on-demand switching functions)

Loks heldur Síminn því fram að þriðja skilgreiningaratriði leigulínu sé að leiðargreining eða umferðarstýring (e. on-demand switching functions) falli ekki undir leigulínu. Á það m.a. við um ATM og MPLS net Símans.

Hér er einnig um grundvallaratriði að ræða og er nauðsynlegt að eyða stuttu máli í að útskýra hverju þetta skiptir.

Eðli leigulínu er að bandbreidd milli tveggja staða er tryggð. Fjarskiptafyrirtæki geta síðan endurselt leigulínuna margfalt með leiðargreiningarkerfum sem forgangsraða gögnum o.s.frv. Með því að veita aðgang að þeim og gera þau að heildsölvöru í stað þess að leyfa fjarskiptafyrirtækjum að keppa í framboði á virðisaukandi þjónustu ofan á leigulínu er PFS að óþörfu að koma í veg fyrir samkeppni í framboði á leiðargreiningarkerfum.

Í sumum löndum hefur verið lögð kvöð á fjarskiptafyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk að bjóða það sem mætti kalla leigulínuhermun. Dæmi um það er tveggja nettengipunkta MPLS eða ATM tenging með 100% tryggðri bandbreidd. Slík sambönd hafa þá einkenni leigulínu sem rakin hafa verið hér að framan, þ.e. um er að ræða tengingu milli tveggja nettengipunkta með gagnsærri, tryggðri flutningsgetu án leiðargreiningar. Síminn býður ekki slíka þjónustu.

Dedicated capacity or leased lines may be required by end users to construct networks or link locations or be required by undertakings that in turn provide services to end users. Therefore it is possible to define retail and wholesale markets that are broadly parallel.

The key elements in the demand and supply for dedicated connections are bandwidth, distance and the location or locations to be served. There may also be qualitative characteristics because in some cases distinctions are still made between voice grade and data grade circuits.

At the retail level, specific reference is made in the Universal Service Directive to the provision of the minimum set of leased lines. The minimum set of leased lines refers to specified leased circuits with harmonised characteristics that must be made available under particular conditions throughout the national territory. Therefore this minimum set of leased lines is identified in the Recommendation as a specific set of retail markets. It is not felt necessary to identify specific markets for each category of leased line in the minimum set since it is likely that the market structure will be similar for each sub-set. It is not necessary to expand the retail leased line categories to capacities beyond the minimum set since there must always be a presumption that an intervention at a wholesale level will be sufficient to address any problems that arise. There is no a priori reason to believe that this would not be the case in a leased line context.

At the wholesale level, it is possible to distinguish separate markets, in particular between the terminating segments of a leased circuit (sometimes called local tails or local segments) and the trunk segments. What constitutes a terminating segment will depend on the network topology specific to particular Member States and will be decided upon by the relevant NRA. In addition while many trunk segment markets on major routes are likely to be effectively competitive in certain geographic areas in Member States, trunk segments may not support alternative suppliers. For this reason trunk segments are also identified. Additional market segmentation is possible between high and low capacity leased lines.

Conclusion

Therefore it is considered that the following specific markets related to the provision of dedicated connections and capacity (leased lines) should be included in the Recommendation.”

Í hefðbundnu ATM eða MPLS neti gilda hins vegar allt önnur lög mála. Þar velur viðskiptavinur fjölda nettengipunkta og flutningsgetan er ekki tryggð. Munurinn felst ekki síst í því að þegar sambönd yfir ATM og MPLS eru seld er flutningsgetan allt að ákveðnum hraða. Viðskiptavinur sem kaupir 100 Mb/s ATM samband fær því allt að 100 Mb/s og er flutningsgetan breytileg frá einum tíma til annars og getur minnkað verulega. Ef hins vegar er um leigulínu að ræða er alltaf um tryggt 100 Mb/s samband að ræða.

Ljóst er þó að ef PFS leggur á kvaðir á Símann um að bjóða leigulínuhermun þurfi að vera um tryggða bandbreidd að ræða og allir eiginleikar þeir sömu og þegar um leigulínu er að ræða. Liggur þá í augum uppi að leiguverð fyrir línu með leigulínuhermun mun verða hærra en á hefðbundinni leigulínu því Síminn þarf að greiða fyrir leigulínu sem undirlag og bæta síðan við kosntaði af IP/MPLS netinu ofan á það verð.

Auk framangreindrar umfjöllunar vísar Síminn til álitsgerðar Admon ehf. um Netkerfi og leigulínur. Er þar komist að þeirri niðurstöðu að skilgreining PFS á leigulínum stenst ekki. Álitsgerðin stendur sjálfstætt og er vísað til hennar sem hluta af málatilbúnaði Símans og verður gerð nánari grein fyrir henni við munnlegan flutning málsins fyrir nefndinni eftir atvikum.

Til viðbótar við framangreint er bent á það að útvíkkun á skilgreiningu leigulínu felur í sér að ákvörðun PFS verður meira íþyngjandi en ella. Gildir þá sú regla að allan vafa ber að skýra aðila máls sem ákvörðunin beinist gegn í hag. Jafnframt á hin íþyngjandi ráðstöfun PFS sér ekki stoð í lögum eða afleiddum réttargerðum, íslenskum eða EES-gerðum, og eru skilyrði lögætisreglu stjórnsýsluréttarins því ekki uppfyllt.

Með vísan alls þess sem að framan er rakið telur Síminn að röng skilgreining á leigulínum leiði til þess að ekki verði komist hjá því að fella ákvörðun PFS úr gildi.

3.1.2 Rannsóknarregla brotin

Síminn telur að PFS hafi brotið gegn rannsóknarreglu stjórnsýsluréttar, sbr. 10. gr. laga nr. 37/1993.

Rannsóknarreglan felur það í sér að stjórnvald skal sjá til þess að mál sé nægjanlega upplýst áður en ákvörðun er tekin í því.

Rannsóknarreglan gildir einnig í EES-rétti og er orðuð þannig í 3. málslíð 79. mgr. leiðbeininga Eftirlitsstofnunar EFTA um markaðsgreiningu, frá 14. júlí 2004, að eftirlitsstjórnvöldum í EFTA-ríkjunum beri að rannsaka efnahagsleg einkenni viðkomandi markaðar á ítarlegan og yfirgripsmikinn hátt áður en þau úrskurða að fyrirtæki hafi þar umtalsverðan markaðsstyrk.

Síminn telur upplýsingaöflun og þær forsendur sem PFS byggir ákvörðun sína á ófullnægjandi. Svo verulega skortir á nægjanlega rannsókn að forsendur ákvörðunar eru á tíðum þversagnarkenndar og allt að því óskiljanlegar.

Grundvöllur að ákvörðun PFS byggir á rannsókn sem fór fram á árunum 2004 og 2005. Tölulegar staðreyndir og aðstæður á markaðnum eru því búnar að ná þeim

aldri að upplýsingarnar eru orðnar úreltar enda miðað við það að endurskoðun á markaðsgreiningu fari fram á 2-3 þriggja ára fresti.

Síminn telur verulega skorta á að starfsemi Orkuveitu Reykjavíkur sf. (OR) undir merkjum Gagnaveitu Reykjavíkur ehf. (GOR) hafi verið rannsökuð sem skildi og nægilegra gagna aflað. Í nýlegu verðmati sem Landsbanki Íslands hf. gerði fyrir OR um mat á verðmæti GOR kemur fram að ljósleiðaranetið er metið á 10 milljarða króna í dag og að það muni þrefaldast á næstu þremur árum, sbr. frétt í Morgunblaðinu, 23. september sl., sem fylgir hjálagt. Það verð er nærri helmingur af söluverði Símans við einkavæðingu fyrirtækisins. Er því ekki hægt að láta hjá líða að rannsaka fjarskiptanet OR og áhrif þess á leigulínumarkaði. Í ákvörðun PFS er fjallað um OR/GOR í kafla 3.5.3. Eina heimildin sem vitnað er til um uppbyggingu ljósleiðaranets félagsins er frétt í Morgunblaðinu 8. júlí 2005. Síminn telur verulega skorta á nægilega rannsókn með því að PFS hafi ekki aflað útarlegra gagna um það að eigin frumkvæði hversu víðfemt ljósleiðaranet félagsins er nú þegar og um uppbyggingu þess í nánustu framtíð. Sú rannsókn skiptir höfuðmáli við mat á því hvort um aðgangshindranir er að ræða á markaðnum og við mat á samkeppni almennt. Fjárfesting OR í ljósleiðaraneti á höfuðborgarsvæðinu og sveitarfélögum þar í kring sýnir að ekki eru aðgangshindranir á markaði 13 á því svæði. Verður að telja þetta verulegan annmarka á rannsókn PFS.

Í 2. málslið 56. mgr. leiðbeininga ESA kemur fram að fjarskiptaeftirlitsstofnanir geti ekki metið á viðhlítandi hátt hvort á markaðnum eru fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk fyrr en landamerki markaðarins hafa verið dregin.

Í 57. mgr. segir:

„Samkvæmt viðtekinni dómaframkvæmd er landsvæði viðkomandi markaðar svæði þar sem hlutaðeigandi fyrirtæki taka þátt í framboði og eftirspurn eftir viðkomandi vöru eða þjónustu og þar sem samkeppnisskilyrði eru hin sömu eða nægilega svipuð; jafnframt þarf að vera unnt að greina svæðið frá nærliggjandi svæðum sem búa að verulegu leyti við önnur samkeppnisskilyrði. Þegar landamerki markaðar eru dregin er ekki nauðsynlegt að samkeppnisskilyrði þjónustusala eða þjónustuveitenda séu nákvæmlega hin sömu. Nægilegt er að þau séu svipuð eða nægilega lík og því er það aðeins svæði þar sem samkeppnisskilyrði eru „ólík“ sem geta ekki talist mynda einsleitan markað.“

Samkvæmt a) lið 60. mgr. ber að draga landamerki markaðarins eftir því svæði sem netkerfið nær til og skipta mörkuðum eftir landamerkjum í staðbundna markaði samkvæmt því.

Eins og áður segir hefur PFS ekki rannsakað uppbyggingu ljósleiðaranets OR frá árinu 2005 en einmitt frá þeim tíma hefur viðamikil uppbygging átt sér stað. Sú uppbygging nær til lúkningahluta leigulína þar sem OR mun leggja ljósleiðara inn í hverja byggingu á höfuðborgarsvæðinu og sveitarfélögum í kring. Rannsókn PFS dregur því ekki upp rétta mynd af markaðsaðstæðum. Meðan svo er getur ákvörðunin ekki talist fullnægja skilyrðum rannsóknarreglu stjórnsýslulaga.

Evrópusambandið hefur það nú til skoðunar hvort rétt sé að leggja þær kvaðir á fjarskiptafyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk að skilið verði á milli

fastlínunetsins og annarrar starfsemi. Það muni bæta samkeppnisumhverfið á fjarskiptamörkuðum. Nú þegar hefur verið skilið með fyrirtækjaaðskilnaði á milli Símans og Mílu. Ekkert er hins vegar fjallað um áhrif þess á fjarskiptamarkaðinn, þ.m.t. markað fyrir leigulínur. Er því um ónóga rannsókn að þessu leyti að ræða hjá PFS.

3.1.3 Meðalhófsregla brotin

Ákvörðun um að leggja kvaðir á Símann er íþyngjandi stjórnvaldsákvörðun. Ákvörðun um hvort og hvaða kvaðir eigi að leggja á fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk byggir að mestu leyti á mati PFS. Þegar bæði er um íþyngjandi og matskenndar stjórnvaldsákvæðanir að ræða eru gerðar strangari kröfur en ella til þess að gætt sé ítrustu stjórnslureglna.

PFS bera að gera grein fyrir tilgangi með hverri og einni kvöð sem lögð er fyrir Símann og rökstyðja hvers vegna nauðsynlegt er að leggja þær á og hvaða samkeppnislegu vandamál þetta muni leysa. Slíkt mat hefur ekki farið fram í markaðsgreiningu PFS heldur velur PFS að leggja á allar mögulegar kvaðir án þess að ganga rækilega úr skugga um að nauðsyn beri til að beita að ganga eins langt og mögulegt er í hverju einstöku tilviki. Er því bæði brotið gegn meðalhófsreglu og rannsóknarreglu í þessu tilviki.

Við ákvörðun um að leggja á kvaðir þess eðlis að eign í eigu eins fyrirtækis er veitt til afnota fyrir önnur fyrirtæki verður að gæta þess að ekki sé gengið lengra í skerðingu á friðhelgum stjórnarskrárvörðum eignarréttindum en almenningsþörf krefst og fullt verð komi fyrir.

Samkvæmt b. lið 2. tl. 1. mgr. 3. gr. laga um Póst- og fjarskiptastofnun nr. 69/2003 er eitt af meginverkefnum PFS að stuðla að samkeppni á fjarskiptamörkuðum með því að hvetja til fjárfestinga í innviðum fjarskipta og stuðla að nýsköpun. Með ákvæðinu er innleidd 2. mgr. 8. gr. rammatilskipunar ESB.

Samkvæmt 3. mgr. 28. gr. FL skal PFS við ákvörðun um að leggja á skyldur um aðgang taka mið af því hvort það sé:

- a. tæknilega og fjárhagslega raunhæft að nota eða setja upp eigin aðstöðu í samkeppni með hliðsjón af markaðspróun og eðli og gerð samtengingar og aðgangs sem um ræðir,
- b. framkvæmanlegt að veita þann aðgang sem tillaga er um,
- c. forsvaranlegt með hliðsjón af upphaflegri fjárfestingu eiganda aðstöðunnar og áhættu sem tekin var með fjárfestingunni,
- d. í þágu samkeppni til lengri tíma litið,
- e. óheppilegt með hliðsjón af vernd hugverkaréttinda,
- f. til þess fallið að auka framboð þjónustu.

Síminn telur sérstaklega ámælisvert að ekkert raunverulegt mat fer fram á því hvort álagðar kvaðir á Símann hvetji til fjárfestinga í innviðum fjarskipta og efla nýsköpun. Þá er engin efnisleg umfjöllun um það hvort það sé forsvaranlegt að ganga eins langt og raun ber vitni með hliðsjón af upphaflegri fjárfestingu Símans og þeirri áhættu sem tekin var með fjárfestingunni og hvort hinar álögðu kvaðir þjóni samkeppninni til lengri tíma litið.

Hinar álögðu kvaðir Símans ganga eins langt og mögulegt er við beitingu úrræða fjarskiptalaga. Reyndar telur Síminn PFS ganga lengra en lagaheimild er fyrir í sumum tilvikum. Virðist aðferðafræði PFS vera sú að leggja allar kvaðir á Símann og við útfærslu á einstökum kvöðum er gengið eins hart fram og mögulegt er. Er því ljóst að meðalhófsregla 12. gr. SSL hefur verið brotin.

Gaukur Jörundsson var fyrstur manna til að nefna meðalhófsregluna hér á landi. Hann rökstuddi nafngjöfina með því að reglan fæli annars vegar í sér að stjórnvöld yrðu að gæta hófs í meðferð valds síns, og hins vegar að við beitingu valdheimilda sinna yrðu stjórnvöld að taka tillit til andstæðra hagsmuna og fara þar ákveðinn meðalveg.⁴ Vandséð er að ákvörðun PFS rati meðalveginn.

Síminn telur að meðalhófsregla 12. gr. stjórnsýslulaga hafi verið brotin við fyrirhugaða álagningu kvaða á Símann. Í fyrsta lagi er óljóst að ákvörðunin nái því markmiði sem að er stefnt með henni þar sem eiginlegt mat fer ekki fram. Í öðru lagi hyggst PFS velja hörðustu úrræði sem völ er á við val á kvöðum sem stofnunin hyggst leggja á Símann. Í þriðja lagi gætir PFS ekki hófs í beitingu þeirra úrræða sem valin eru. Beiting PFS á álögðum kvöðum er því harkalegri en nauðsyn ber til. Á það sérstaklega við um fyrirætlanir um verðlagseftirlit PFS.

Ákvæði 1. mgr. 32. gr. fjarskiptalaga nr. 81/2003 um eftirlit með gjaldskrá er svohljóðandi:

„Þegar markaðsgreining gefur til kynna að skortur á virkri samkeppni hafi í för með sér að fjarskiptafyrirtæki með [umtalsverðan markaðsstyrk]¹⁾ krefjist of hárra gjalda eða að óeðlilega lítill munur sé á heildsölu- og smásöluverði getur Póst- og fjarskiptastofnun lagt kvaðir á fjarskiptafyrirtæki um kostnaðarviðmiðun gjaldskrár og kvaðir um kostnaðarbókhald á ákveðnum tegundum samtengingar eða aðgangs. Taka skal tillit til fjárfestinga fjarskiptafyrirtækisins og hæfilegrar arðsemi af bundnu fjármagni með hliðsjón af áhættu við fjárfestinguna.”

Til að ákvæði 32. gr. fjarskiptalaga um eftirlit með gjaldskrá verði beitt þarf annað skilyrði af tveimur að vera uppfyllt. Fjarskiptafyrirtæki þarf að hafa krafist of hárra gjalda eða óeðlilega lítill munur þarf að vera á heildsölu- og smásöluverði. Í markaðsgreiningu PFS er ekki að finna neina rannsókn sem leiðir það í ljós að Síminn krefjist of hárra gjalda eða óeðlilega lítill munur sé á heildsölu- og smásöluverði. Rök PFS eru þau að það sé mögulegt að munur á heildsölu- og smásöluverðum Símans verði of lítill. Þá er talið að kostnaðareftirlit sé nauðsynlegt til að koma í veg fyrir að verðlagt sé umfram kostnað. Þessi nálgun stenst ekki skoðun. Síminn telur að þegar um jafn íþyngjandi ákvörðun er að ræða eins og í þessu máli, sem varðar verð fyrir aðgang að eignum fyrirtækis og því friðhelg stjórnarskrárvarin eignarréttindi undir, geti möguleikar á broti gegn lagaákvæði ekki talist grundvöllur jafn íþyngjandi ákvörðunar. Slík niðurstaða myndi brjóta gegn 72. gr. stjórnarskrárinnar og meðalhófsreglu stjórnsýsluréttarins. Það myndi horfa allt öðru vísi við ef PFS hefði leitt það í ljós með rannsókn sinni að Síminn hefði brotið gegn öðru af skilyrðum fyrir álagningu verðlagseftirlits. Er í þessu sambandi vísað til

⁴ Sjá nánar: Gaukur Jörundsson: „Meðalhófsreglan í stjórnskipunarrétti og stjórnsýslurétti.” Afmælisrit, Gizur Bergsteinnsson níræður 18. apríl 1992, bls. 222. Reykjavík 1992.

meginreglunnar um að allan vafa beri að skýra þeim sem ákvörðunin beinist gegn í hag auk þess sem PFS hefur lagaúrræði til þess að rannsaka slíkt ofan í kjölinn.

3.1.4 Önnur sjónarmið sem skipta máli

Síminn telur auk ofangreinds að verulega skorti á að aðrar meginreglur stjórnsýsluréttarins séu uppfylltar en þær sem nefndar eru hér að framan. Telur Síminn verulega skorta á það að ákvörðun PFS sé nægilega skýr og skiljanleg. Er skorað á úrskurðarnefnd að mynda sér sjálfstæða skoðun á því hvort ákvörðunin haldi að því leyti.

Síminn telur einnig að ákvörðunin uppfylli ekki ákvæði 22. gr. SSL um efni rökstuðnings.

Síminn telur orka tvímælis hvort sumar að þeim kvöðum sem lagðar eru á Símann samræmist lögætisreglu stjórnsýsluréttarins.

Loks telur Síminn það koma til álita hvort PFS hafi brotið gegn reglunni um val á leið til úrlausnar máls (d. procedurefordrejning).

Er áskilinn réttur til frekari umfjöllunar um framangreindar reglur stjórnsýsluréttarins auk annarra reglna eftir atvikum á síðari stigum þessa máls.

3.2 Varakrafa um breytta ákvörðun

Fallist úrskurðarnefnd ekki á aðalkröfu Símans um ógildingu ákvörðunar PFS er þess krafist að nefndin breyti ákvörðun PFS á þann veg að hin almennt viðurkennda skilgreining á leigulínum sem vísað er til í málatilbúnaði Símans verði lögð til grundvallar. Jafnframt er þess krafist að dregið verði úr álagningu kvaða á Símann. Á það sérstaklega við um álagningu kvaðar um eftirlit með gjaldskrá en telja verður að álagning þeirrar kvaðar standist ekki lög eins og að framan er rakið. Um rökstuðning fyrir varakröfu vísast til umfjöllunar hér að framan eftir því sem við á.

1.0. Tilvísun í málatilbúnað Símans á fyrri stigum

Að öðru leyti en því sem að framan er rakið vísast til málatilbúnaðar Símans á fyrri stigum, sérstaklega bréfa Símans til PFS, dags. 5. september 2006 og 27. júlí 2007.

Vísast að öðru leyti í kærur félagsins og önnur fylgigögn.

3.0 Málsástæður Og fjarskipta ehf.

Eftirfarandi kemur fram í athugasemdum Og fjarskipta ehf. dags. 17. desember 2007:

I. Almenn um kærur Símans hf. og Mílu ehf.

Þrátt fyrir að Síminn og Míla hafi hvort um sig kært umrædda ákvörðun PFS þá er það mat Vodafone að eðlilegast sé að um þessar kærur sé fjallað sameiginlega. Vodafone tekur undir það mat sem fram kom í hinni kærðu ákvörðun að skipulagsbreyting á samstæðu Símans, nú Skipta hf., hafi engin áhrif á greiningu á mörkuðum 7, 13 og 14 að öðru leyti en því að ákvörðunin beinist að tveimur félögum í samstæðunni, Mílu ehf. og Símanum hf. eftir því sem við á, í stað þess að beinast

eingöngu að Símanum hf. eins og var fyrir umrædda skipulagsbreytingu. Það er rétt sem PFS bendir á að móðurfélagið Skipti hf. og dótturfélögin Síminn hf. og Míla ehf. eru í eigu sömu aðila og áttu Símann hf. fyrir skipulagsbreytinguna, þannig að eignarhaldið er það sama auk þess sem stjórnunar- og fjárhagsleg tengsl milli þessara félaga eru ótvíræð. Markaðsstyrkur samstæðunnar á fjarskiptamarkaði, þ.á.m. leigulínumarkaði, breytist ekki þó ákveðnar rekstrareiningar séu reknar sem dótturfélög.

Fyrir liggur að bæði Síminn og Míla bjóða þjónustu á mörkuðum 13 og 14 og því er eðlilegt að útnefna bæði félögin með umtalsverðan markaðsstyrk og leggja sömu kvaðir á þau. Að mati Vodafone er nauðsynlegt að lagðar séu kvaðir á bæði Símann og Mílu á viðkomandi leigulínumörkuðum svo að tryggt sé að kvaðirnar nái þeim tilgangi sem þeim er ætlað að ná og hægt sé að skapa aðstæður fyrir virkari samkeppni á fjarskiptamörkuðum.

Vodafone mun haga eftirfarandi athugasemdum sínum með þeim hætti að kæru Símans vegna markaðs 7 verður svarað sérstaklega og kærum Símans og Mílu vegna markaða 13 og 14 verður svarað sameiginlega enda sömu kröfur hjá báðum félögum og sami rökstuðningur hjá Símanum fyrir báða markaði.

[...]

II. Markaður 13 – heildsölumarkaður fyrir lúkningu leigulína og markaður 14 – heildsölumarkaður fyrir stofnlínuhluta leigulína

Bæði markaður 13 og 14 eru einnig hluti af þeim 18 mörkuðum sem Eftirlitsstofnun EFTA (ESA) hefur í gildandi tilmælum sínum um viðkomandi markaði⁵ mælt fyrir um að eftirlitsstofnanir í EFTA ríkjunum skulu greina samkeppnina á og hugsanlega leggja á fyrirfram (ex-ante) kvaðir. Þessi tilmæli ESA eru enn í fullu gildi og því er PFS skylt að greina samkeppnina á framangreindum mörkuðum og leggja eina eða fleiri kvaðir á það eða þau fyrirtæki sem eru með umtalsverðan markaðsstyrk á þeim.

Athugasemdir Mílu beinast annars vegar að útnefningu félagsins með umtalsverðan markaðsstyrk á viðkomandi mörkuðum og hins vegar að álagningu kvaða á meðan athugasemdir Símans beinast aðallega að skilgreiningu PFS á þjónustumarkaði og álagningu kvaðar um aðgang og kvaðar um eftirlit með gjaldskrá. Í ljósi athugasemda Símans verður að gera ráð fyrir því að félagið véfengi ekki þá ákvörðun PFS að útnefna félagið með umtalsverðan markaðsstyrk á báðum mörkuðum.

Þá liggur fyrir að Síminn hefur með bréfi, dags. 5. desember sl., farið fram á að PFS afturkalli hina kærðu ákvörðun PFS nr. 20/2007. Sú krafa byggir á áður framkomnum röksemdum um að skilgreining PFS á leigulínunum standist ekki. Máli sínu til stuðnings vísar Síminn í drög að sameiginlegri afstöðu samtaka evrópskra eftirlitsstofnana (ERG) um bestu starfsvenjur í álagningu kvaða á fyrirtæki með umtalsverðan

⁵ Tilmæli Eftirlitstofnunar EFTA frá 14. júlí 2004 um viðkomandi vöru- og þjónustumarkaði á sviði fjarskipta sem ástæða kann að vera til að fella undir fyrirframkvaðir í samræmi við tilskipun Evrópuþingsins og ráðsins 2002/21/EB um sameiginlegan regluramma um rafræn fjarskiptanet og – þjónustu, í þeirri mynd sem hún var felld inn í samninginn um Evrópska efnahagssvæðið, EES-viðbætur nr. 21, frá 27.4.2006 (íslensk útgáfa).

markaðsstyrk á viðkomandi heildsölumörkuðum fyrir leigulínur⁶. Þessi drög ERG sem Síminn byggir á voru til umsagnar þar til 23. nóvember sl. og var öllum hagsmunaaðilum gefin kostur á að gera athugasemdir. Það er að sjálfsögðu hvorki búíð að taka tillit til framkominna athugasemda né birta endanlega afstöðu og þ.a.l. fullsnemmt að byggja á þessu sem einhverju sönnunargagni sem geti umbylt niðurstöðu PFS. Þar að auki þá fjalla þessi umræddu drög fyrst og fremst um hvaða kvaðir sé best að leggja á þau fyrirtæki sem útnefnd eru með umtalsverðan markaðsstyrk á leigulínumörkuðum en ekki um hvernig eigi að skilgreina leigulínumarkaðina.

Meginröksemdir Símans byggja á því að skilgreining PFS á leigulínum hafi verið röng. Það sem Síminn kýs hins vegar að horfa framhjá er það að fleiri þjónustur geta fallið undir viðkomandi leigulínumarkaði en bara hefðbundnar leigulínur. Nauðsynlegt er að taka tillit til við skilgreiningu á viðkomandi leigulínumörkuðum hvort það sé til önnur þjónusta geti komið í stað leigulína, staðgönguþjónusta. Að mati Vodafone er skilgreining PFS á mörkuðum 13 og 14 bæði rétt og vel rökstudd. Það er alveg ljóst að PFS er skylt að taka tillit til staðgönguþjónustu við skilgreiningu á viðkomandi mörkuðum og er í þeim tilgangi fyrst og fremst kannað hvort notagildi er hið sama⁷. PFS hefur komist að þeirri niðurstöðu að ATM og IP-MPLS veiti staðgöngu við hefðbundnar leigulínur skv. meginreglum samkeppnisréttar sem beita beri við markaðsgreiningar skv. leiðbeiningum ESA og 16. gr. fjarskiptalaga nr. 81/2003. Að mati Vodafone hefur Símanum ekki tekist að hrekja þá niðurstöðu. Eins og PFS bendir á í viðauka E með hinni kærðu ákvörðun⁸ þá hefði ESA gert athugasemdir eða jafnvel stöðvað fyrirhugaða ákvörðun PFS hefði ESA talið að vafi léki á því að skilgreining á viðkomandi mörkuðum væri ekki rétt. Í tilmælum ESA um tilkynningu skv. 7. gr. rammatilskipunar⁹ segir í 7. gr.:

Þegar markaður, sem notaður er við markaðsgreiningu, er skilgreindur á annan hátt í drögum að fyrirhugaðri ráðstöfun en í tilmælunum um viðkomandi markaði ber eftirlitsyfirvöldum í EFTA-ríkjunum að rökstyðja á fullnægjandi hátt viðmiðin sem ráða þeirri skilgreiningu.

ESA var kunnugt um þær athugasemdir sem Síminn hafði gert við skilgreiningu PFS á mörkuðum 13 og 14 þar sem um þær er fjallað í viðauka B og E við hina umrædda ákvörðun. Það er ljóst að ESA hefur ekki talið tilefni til að gera athugasemdir skilgreiningu PFS á leigulínumörkuðum. Í ljósi þess telur Vodafone ekki hægt að fallast á fullyrðingar Símans um að rangar forsendur séu lagðar til grundvallar ákvörðun PFS.

Vodafone er sammála þeim niðurstöðum sem PFS hefur komist að á mörkuðum 13 og 14. Það fer ekki á milli mála að Síminn og Míla eru réttilega útnefnd með umtalsverðan markaðsstyrk á mörkuðum 13 og 14. Markaðshlutdeild félaganna á

⁶ ERG Common Position on best practice in remedies imposed as a consequence of a position of significant market power in the relevant markets for wholesale leased lines

⁷ Sjá í þessu sambandi kafla 2.2.1 í leiðbeiningum Eftirlitstofnunar EFTA frá 14. júlí 2004 um markaðsgreiningu og mat á verulegum markaðsstyrk samkvæmt rammaákvæðum um rafræn fjarskiptanet og -þjónustu sem um getur í XI. viðauka samningsins um Evrópskt efnahagssvæði, EES-viðbætur nr. 21, frá 27.4.2006 (íslensk útgáfa).

⁸ Sjá bls. 4 í viðauka E með ákvörðun PFS nr. 20/2007.

⁹ Tilmæli Eftirlitsstofnunar EFTA frá 14. júlí 2004 um tilkynningar, fresti og samráð sem kveðið er á um í 7. gr. tilskipunar Evrópuþingsins og ráðsins 2002/21/EB um sameiginlegan regluramma um rafræn fjarskiptanet og -þjónustu (nr. 193/04/COL), EES-viðbætur nr. 21, frá 27.4.2006 (íslensk útgáfa).

Þessum mörkuðum er það há, yfir 70% eftir tekjum, að útilokað er að komast að annarri niðurstöðu. Aðgangshindranir eru verulegar á þessum mörkuðum og því er möguleg samkeppni á þessum mörkuðum verulega takmörkuð. Vodafone tekur undir þær niðurstöður PFS að lóðrétt samþætting í rekstri Símans auki markaðsstyrk félagsins á mörkuðum fyrir fastlínutalsíma-, farsíma- og gagnaflutningsþjónustu og víðtækt eignarhald Símans á fjarskiptabúnaði til að veita sambærilega fjarskiptaþjónustu með ólíku fjarskiptakerfi, t.d. IP kerfi, geti skapað möguleika hjá fyrirtækinu til að hindra samkeppni á viðkomandi mörkuðum. Að mati Vodafone munu breytingar á leigulínumörkuðum ekki eiga sér stað nema með markaðseftirliti PFS og álagningu kvaða á Símann og Mílu.

Þá telur Vodafone það mjög mikilvægt að ATM og IP-MPLS falli undir viðkomandi markaði og að mælt sé fyrir um heildsöluaðgang að þeirri þjónustu þar sem aðgangur hefðbundnum leigulínum nægir ekki til að leysa þau vandamál sem fjarskiptaþjónustur standa frammi fyrir sem þurfa kaupa samband af Mílu. Útbreiðsla IP-MPLS og ATM kerfis Símans er mikil og tekur upp stóran hluta af bandvídd leigulína Mílu. Síminn hefur hingað til ekki veitt aðgang að ATM og IP netinu og haft það einungis til eigin nota. Vodafone hefur lengi reynt að kaupa aðgang að þessari þjónustu án árangurs og hefur því þurft að búa við þá aðstöðu að mjög erfitt er að komast inn á litla og meðalstóra staði þar sem gríðarlega dýrt er að kaupa hreint (unshared) stofnlínusamband af Mílu aðeins fyrir fáeina viðskiptavinum. Það gerir það að verkum að ekki er hægt að bjóða samkeppnishæf verð á meðan verið er að vinna upp markaðshlutdeild á svæðinu. Að auki kemur sú staða oft upp að ekki er til nægjanleg bandvídd hjá Mílu á suma staði til að afgreiða það samband sem óskað er eftir af notanda. Þá er biðin löng eftir uppfærslum ef þær eru þá mögulegar. Þetta hefur einnig áhrif á möguleika á varasamböndum fyrir stofnlínur en það er í fáum tilvikum hægt að fá varasamband t.d. við Vestfirði, þar sem sú litla bandvídd sem er til aflögu er mjög dýr.

Aðgangur að IP-MPLS og ATM hefur einnig áhrif möguleika fjarskiptaþjónustur til að bjóða ADSL þjónustu. Á mörgum stöðum úti á landi er eini möguleikinn til að veita ADSL þjónustu til notenda sá að kaupa ADSL tengingar hjá Símanum til endursölu. Eiginleikar þessara ADSL tenginga eru hins vegar takmarkaðir. Þessar tengingar eru mest með 1 Mbps hraða frá notanda sem er alls ekki nóg fyrir nútímaþarfir, sérstaklega fyrirtækja. Í flestum tilvikum er ADSL tengingin notuð fyrir Internetþjónustu en þó er hægt að búa til einkanet með ADSL+ tengingu sem er yfir ATM kerfi Símans sem og með því að láta hóp notenda auðkenna sig með sérstöku léni og samtengja sérstaklega við eigið net. Á IP-MPLS neti Símans er hins vegar boðið upp á mörg önnur tengisnið með meira vali um hámarks hraða og drægni t.d. ATM og Frame Relay, X.21, SHDSL og ljósleiðara. IP-MPLS og ATM kerfin eru margpunkta og því er stysta leið samtengingar valin hverju sinni í stað þess að samskipti fari alltaf í gegnum eina miðju. Gæði sambanda eru einnig mikilvægt atriði en ekki er hægt að tryggja gæði sambanda með ADSL tengingum Símans, allavega er ekki boðið upp á þá þjónustuleið. Nauðsynlegt er að hægt sé að vita með vissu hvaða bandvídd verið er að vinna með hverju sinni þannig að hægt sé að lofa viðskiptavinum ákveðnu þjónustustigi. Gæði þjónustu er lykilatriði fyrir hvers kyns virðisaukandi þjónustu á einkanetinu og IP-MPLS og ATM kerfi eru best til þess fallin að geta boðið upp á mismunandi þjónustustig. Viðskiptavinir gera oft á tíðum slíkar kröfur og því er það samkeppnishamlandi að geta aðeins boðið upp á ADSL tengingar frá Símanum.

Vodafone telur að PFS hafi með langri og ítarlegri greiningu á samkeppni á mörkuðum 13 og 14 og stöðu Símanns og Mílu á þeim sýnt fram á í hinni kærðu ákvörðun að þær kvaðir sem lagðar eru á Símann og Mílu séu bæði nauðsynlegar og til þess fallnar að bæta úr þeim samkeppnishindrunum sem fyrir eru á þessum mörkuðum. Að mati Vodafone kalla aðstæður á viðkomandi mörkuðum á þær kvaðir sem PFS hefur mælt fyrir um í hinni kærðu ákvörðun. Vodafone er ekki sammála því að PFS hafi gengið lengra við álagningu kvaða en nauðsynlegt og edlilegt er. Í nánast öllum tilvikum þegar fyrirtæki eru útnefnd með umtalsverðan markaðsstyrk, hvort sem það er hér á landi eða í öðrum ríkjum EES, eru lagðar á allar kvaðir sem heimilt er að leggja á skv. lögum¹⁰.

Það er alveg ljóst að grundvallarforsenda þess að skapa aðstæður fyrir samkeppni á leigulínumörkuðum sem og öðrum fjarskiptamörkuðum er sú að það sé lögð á Símann og Mílu kvöð um að veita heildsöluaðgang. Til að tryggja jafnræði og gagnsæi þarf að leggja á kvaðir um það einnig. Það er forsenda þess að kaupendur heildsöluþjónustunnar geti gengið úr skugga um hvað sé í boðið og að ekki sé verið að mismuna þeim.

Að mati Vodafone er nauðsynlegt að leggja á Símann kvöð um eftirlit með gjaldskrá enda eru verð í mörgum tilfellum meginorsök samkeppnisvandamála og því verður að telja að kvöð um eftirlit með gjaldskrá sé árangursríkasta leiðin til að taka á slíku máli. Telja verður að aðrar kvaðir séu ekki nægjanlegar til að skapa aðstæður til að virkja samkeppni á viðkomandi mörkuðum og ryðja úr vegi samkeppnishindrunum. Reynslan hefur sýnt að það er nauðsynlegt að leggja á kvöð um eftirlit með gjaldskrá til að tryggja að Símann og Míla bjóði edlileg og sanngjörn verð. Að auki er nauðsynlegt að hafa eftirlit með verðum á IP-MPLS og ATM þjónustu þar sem verið er að mæla fyrir um aðgang þjónustu sem ekki hefur verið í boði áður á heildsölustigi.

Þar sem Símann hefur krafist þess að byggt verði á framangreindum drögum ERG um kvaðir á leigulínemarkaði þá verður ekki hjá því komist að benda á að þau drög mæla fyrir um auknar og ítarlegri kvaðir en PFS hefur lagt á Símann og Mílu í hinni kærðu ákvörðun auk þess sem lagt er til að lagðar séu á fullt sett af kvöðum. Þær tillögur sem drögin mæla fyrir um eru til þess fallnar að reyna að koma í veg fyrir samkeppnishamlandi hegðun og aðferðir t.a.m. seinkun á afgreiðslu, takmörkun á þjónustu og verðþrýsting (price squeeze) svo eitthvað sé nefnt. Það er ljóst við skoðun á umræddum drögum að PFS hefði getað gengið mun lengra í álagningu kvaða á Símann og Mílu í hinni kærðu ákvörðun. Það er því engan veginn hægt að fallast á það með Símanum og Mílu að of langt hafi verið gengið í hinni kærðu ákvörðun.

Vísast að öðru leyti í málflutning félagsins fyrir nefndinni.

4.0 Málsástæður PFS.

Málsástæður PFS koma fram í greinargerð stofnunarinnar frá 17. desember 2007 og fer viðeigandi kafli hennar hér á eftir:

¹⁰ Sjá í þessu sambandi ákvörðun PFS á markaði 16, dags. 20. júlí 2006, og ákvörðun PFS nr. 4/2007 á markaði 15, dags. 5. febrúar 2007.

4. Athugasemdir við kærú Símans á markaði 13 og 14

Símínn krefst þess aðallega að ákvarðanir PFS um markaðsgreiningar á mörkuðum fyrir lúkningarluta leigulína og stofnlínuhluta leigulína verði felldar úr gildi.

Til vara krefst Síminn þess að ákvörðunum PFS verði breytt á þann veg að skilgreiningu á hugtakinu “leigulínu” verði breytt og álagðar kvaðir nái einungis til hinnar venjuhelguðu og viðurkenndu skilgreiningar á leigulínum. Einnig að úrskurðarnefnd kveði á um að ekki verði lagðar á kvaðir um afskipti af verðlagningu fyrir aðgang að leigulínum auk þess sem dregið verði úr öðrum kvöðum í samræmi við meðalhóf.

4.1. Almenn

Þegar litið er til kröfugerða Símans í ofangreindum kærúm vegna viðkomandi markaða kemur í ljós að þær eru keimlíkar. PFS mun því fjalla um kærurnar sameiginlega hér í 4. kafla. Fjallað verður sérstaklega um þau örfáu atriði sem mismunandi eru í viðeigandi undirköflum hér að neðan.

Að mati PFS einkennast athugasemdir kæranda að miklu leyti á röngum fullyrðingum um greiningu og ákvarðanir PFS á mörkuðum 13 og 14. PFS telur rétt að svara og leiðrétta helstu athugasemdir sem fram koma í kærúnum og draga fram þau aðalatriði sem PFS telur að skipti máli í þessu sambandi.

Aðalkrafa Símans er orðuð á þá leið að ákvörðun PFS um markaðsgreiningu á viðkomandi mörkuðum verði felldar úr gildi. Ekki er alveg ljóst hvað við er átt með “ákvörðun um markaðsgreiningu”. PFS ber að framkvæma markaðsgreiningar á 18 fyrirfram ákveðnum mörkuðum. Markaðsgreiningin er grundvöllur ákvörðunar um útnefningu fyrirtækis með umtalsverðan markaðsstyrk. Komist PFS að þeirri niðurstöðu að tiltekið fyrirtæki njóti umtalsverðs markaðsstyrks og sé þar með útnefnt ber að leggja kvaðir á það fyrirtæki, eina eða fleiri, allt eftir eðli þeirra samkeppnisvandamála sem uppi eru á viðkomandi markaði. Svo virðist því sem aðalkrafa Símans varði ógildingu á ákvörðun um útnefningu Símans sem aðila með umtalsverðan markaðsstyrk á viðkomandi mörkuðum. Verði sú krafa tekin til greina leiðir af eðli máls að álagðar kvaðir falla einnig niður.

Síminn hefur lagt fram ný gögn í málinu, sbr. skýrslu frá Admon sem ber heitið “Netkerfi og leigulínur; Lýsing á tækniþáttum og þjónustu.” Almenn má telja að óheppilegt sé að kærandi leggi fram ný og umfangsmikil gögn á kærustigi máls. Mál það sem kært hefur við til úrskurðarnefndar var til vinnslu hjá PFS í þrjú ár og hafði Síminn fjölmörg tækifæri til að koma sjónarmiðum og gögnum sínum á framfæri við meðferð málsins.

Ljóst er að ofangreind skýrsla breytir engu um niðurstöður málsins. Um er að ræða ágæta samantekt á tæknilegum þáttum er varða hefðbundnar leigulínur og þær samskiptareglur sem PFS hefur talið að veiti hinum hefðbundnu leigulínum staðgöngu samkvæmt meginreglum samkeppnisréttar. Að ýmsu leyti styrkir skýrslan málatilbúnað PFS en gera verður fyrirvara við niðurstöðu skýrslunnar og ýmsar fullyrðingar sem orka tvímælis.

Þegar efni skýrslunnar er skoðað kemur fram að með MPLS neti er mögulegt að veita ígildi hefðbundinna leigulína. Þá kemur fram að Síminn veiti hins vegar ekki slíkar hermaðar (e. emulated) leigulínur yfir MPLS netið. Algengt væri að bjóða IP þjónustu með MPLS sem undirlag og því væri algengt að tala um IP-MPLS net.¹¹ Þarna er tekið fram að með MPLS neti sé mögulegt að veita ígildi leigulína sem styður niðurstöðu PFS um að staðganga sér fyrir hendi. Fullkomlega eðlilegt er að Síminn reyni að verja sína stöðu en PFS hefur komist að þeirri niðurstöðu í kjölfar markaðsgreiningar að Síminn og Míla séu fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk. Mikil samkeppnisvandamál eru til staðar á viðkomandi heildsölumörkuðum sem PFS leitast við að leysa með þeim kvöðum sem lagðar hafa verið á Símann og Mílu.

Þá er í skýrslunni gefið í skyn að leigulínur séu eingöngu á milli tveggja punkta en við nánari lestur skýrslunnar kemur í ljós að það er mikil einföldun. Mikilvægt er að átta sig á því að IP-MPLS net Símans er byggt upp á hinu hefðbundna SDH/PDH leigulínukerfi. Þegar MPLS kerfi er sett upp þarf því fyrst að setja upp hinar hefðbundnu leigulínur.¹² MPLS og ATM eru tæknilausnir sem veitir samstæðu Símans möguleika á að auka afköst hins hefðbundna leigulínukerfis. Notandanum varðar einungis um notkunareiginleika og verð sambandsins en ekki hina tæknilegu útfærslu sem Síminn eða Míla byggir á.

Fram kemur að tilgangur skýrslunnar sé að lýsa tæknipáttum netkerfa og leigulína. Niðurstöðuorð skýrsluhöfunda eru: “að IP þjónusta **geti vart talist** staðgönguþjónusta leigulína. Áherslur eru talsvert ólíkar og þegar grunnskilgreiningar ESB eru hafðar til hliðsjónar er niðurstaðan ótvíræð.” (leturbr. undirritaðs). Niðurstaðan skýrsluhöfunda er sú að mjög sterk rök hnígi að því að IP þjónusta geti vart talist staðgönguþjónusta leigulína útfrá tæknilegri greiningu. Þarna er ekki mjög afdráttarlaust til orða tekið. Skýrsluhöfundar, sem ekki búa yfir neinni sérstakri kunnáttu í lögfræði eða samkeppnisrétti, virðast ekki treysta sér til að fullyrða um þetta. Þá má geta þess að skýrsla þessi er mjög tæknilegs eðlis og er staðganga metin með tilliti til tæknilegra þátta. Hins vegar er ekki fjallað um staðgöngu út frá samkeppnisréttarsjónarmiðum eins og kveðið er skýrt á um í 16. gr. fjarskiptalaga að eigi að gera. Þar segir að PFS skuli skilgreina þjónustu- eða vörumarkaði og landfræðilega markaði í samræmi við meginreglur samkeppnisréttar og skuldbindingar samkvæmt EES-samningnum. Þá má benda á að eitt meginsjónarmiðið að baki fjarskiptalöggjöf ESB, sem innleidd hefur verið í íslenskan rétt, er að löggjöfin sé tæknilega hlutlaus (e. technological neutral).¹³ Hugsunin með því er að beiting fjarskiptalöggjafarinnar sé óháð tæknibreytingum enda myndi löggjöfin fljótt úreldast ef hún væri ekki tæknilega hlutlaus. Bent er á að markaðsskilgreining á viðkomandi þjónustumörkuðum hefur verið borin undir ESA.

¹¹ Bls. 17 í skýrslunni.

¹² Sjá t.d. myndir 5 og 6 á bls. 21 og 22 í skýrslu Admons. Þar kemur fram að IP-MPLS kerfið er mjög svipað hinu hefðbundna leigulínukerfi hvað notkunareiginleika og upplifun notanda varðar. Því komst PFS að þeirri niðurstöðu að um staðgöngu væri að ræða.

¹³ Síminn er sammála því að fjarskiptalöggjöf ESB sé tæknilega hlutlaus. Í athugasemdum félagsins við frumdrög að markaðsgreiningu á markaði 12 (breiðbandsaðgangur), dags. 8. október 2007, staðfesti Síminn þetta. Í kafla 3.2. (þjónustumarkaðurinn) gefur að líta eftirfarandi umfjöllun: „Í frumdrögum PFS er markaður fyrir breiðbandsaðgang í heildsölu aðeins látinn ná yfir xDSL tækni um koparheimtaugar. Með því er farið gegn grundvallarreglu fjarskiptaréttar ESB um tæknilegt hlutleysi sem fram kemur m.a. í 1. mgr. 8. gr. rammatilskipunar.” (leturbr. undirritaðs).

Minnt skal á að mál það sem nú hefur verið kært til úrskurðarnefndar hófst sumarið 2004 með gagnaöflun. PFS sendi þá markaðsaðilum spurningalista með það í huga að afmarka leigulínumarkaðina. Markaðsaðilar voru sammála um að staðganga væri á milli leigulínu og ATM og IP þjónustu. PFS varð þess fyrst áskynja að afstaða Símans varðandi umrædda staðgöngu hefði breyst þegar stofnuninni barst athugasemdabréf félagsins, dags. 5. september 2006, vegna ákvörðunardraga PFS varðandi leigulínumarkaðina frá því júní s.á. Eftir það bréf hefur Síminn ekki tjáð sig um staðgönguna sem slíka heldur einblínt á tæknilega skilgreiningu á hugtakinu “leigulína.” Hér að neðan verða nefnd tvö dæmi um þennan viðsnúning á afstöðu Símans, ásamt dæmi sem sýnir fram á að félagið haldi fram mun þrengri skilgreiningu á leigulínuhugtakinu gagnvart PFS en gagnvart kaupendum á leigulínumarkaði:

1. Svar Símans í kjölfar ofangreindrar gagnaöflunar PFS barst með bréfi, dags. 22. október 2004. Þar bar PFS undir Símann þá skilgreiningu á leigulínunum sem stofnunin hygðist leggja til grundvallar við markaðgreiningu á leigulínumörkuðunum. Geta skal um nokkur svör Símans. Orðrétt segir á bls. 7 í umræddu svari: Síminn telur að flutningur um t.d. IP og ATM net eigi ekki að falla undir leigulínur, en hins vegar **má líta á að sú þjónusta sé staðganga fyrir leigulínur**”. Á bls. 10 segir: „Þó Síminn telji að ATM, FR, IP og aðrir flutningsmiðlar séu ekki hluti af þessum markaði eru veruleg staðgönguáhrif á milli þeirra og leigulína.” Á bls. 11 segir: „Síminn telur að ekki eigi að skipta markaðinum eftir flutningsmiðlum. Það er undir fjarskiptafyrirtækjum komið hvaða flutningsmiðill er í boði þar sem staðganga er á milli flutningsmiðla.” Á bls. 17 segir: „Já, telja verður að samkeppni sé virk þar sem staðgönguáhrif frá öðrum flutningsmiðlum er mikil, t.d. frá IP, SHDSL, svörtum ljósleiðurum o.fl.” Á bls. 18 segir: „Aðal ástæðan fyrir fækkun viðskiptavina með leigulínur er vegna tilfærslu yfir í t.d. IP og ATM tengingar. Gert er ráð fyrir að leigulínunum í smásölu muni fækka um [xx%]¹⁴ á næstu árum.” Á bls. 19 segir: „Já, telja verður að samningsstyrkur kaupenda sé fyrir hendi þar sem mikil staðgönguáhrif er frá öðrum flutningsmiðlum, t.d. frá IP, SHDSL, svörtum fiber og fl.” Á bls. 19-20 segir: „Já, Síminn telur að það stafi mikil samkeppni frá staðgönguvörum fyrir leigulínur. Á undanförunum árum hefur verið mikill flutningur frá leigulínunum yfir í aðrar lausnir. Í meðfylgjandi línuriti kemur fram að frá því að Síminn byrjaði að bjóða nýjar lausnir eins og ATM og IP fór leigulínunum hratt fækkandi.” Í kjölfar skilgreiningar á viðkomandi þjónustumörkuðum komst PFS að þeirri niðurstöðu að ATM og IP net væri staðgönguþjónusta hefðbundinna leigulína. PFS féllst því á ofangreinda afstöðu Símans sem var í samræmi við afstöðu annarra markaðsaðila. PFS hefur ekki haldið því fram að ATM og IP þjónusta sé hefðbundin leigulínuþjónusta heldur að staðganga sé á milli umræddra þjónustutegunda í skilningi samkeppnisréttar og að saman myndi þær viðkomandi þjónustumarkaði. Því beri ekki að einblína á tæknilega skilgreiningu á leigulínuhugtakinu enda skiptir slíkt væntanlega kaupendum þjónustunnar engu máli. Þeim er einungis umhugað um að fá þjónustu sem hefur sömu eiginleika og hefðbundin leigulínuþjónusta með sem bestum gæðum og á sem bestum verðum.

¹⁴ Fellt brott vegna trúnaðar.

2. PFS hefur undir höndum bréf frá Símanum til Samkeppnisstofnunar, dags. 8. júlí 2002, er tengist máli sem sú stofnun hafði til meðferðar og tengdist skoðun á mörkuðum fyrir gagnaflutningsþjónustu og Síminn var aðili að. Þar fullyrti Síminn að verðsamkeppni ríkti milli hefðbundinnar leigulínuþjónustu og ATM og IP þjónustu. Orðrétt segir í bréfi Símans: „Innri samkeppni: **Það má færa rök fyrir því að leigulínur séu í samkeppni við ATM og IP net.** Hins vegar er hér um að ræða algjöra grunnþjónustu sem notuð er til gagnaflutningstenginga milli tveggja staða og er keypt bandvídd frátekin fyrir þann sem kaupir hana hvort sem hann notar hana eða ekki. ATM og IP net hins vegar hafa þann eiginleika að bandvídd er samnýtt með öllum sem nota netið en viðskiptavinum er þó tryggð ákveðin þjónustugæði sem þeir greiða í samræmi við það fyrir. Auk þessa er mögulegt að bjóða mun betri þjónustu með ATM og IP neti en með leigulínum.” (leturbr. undirritaðs). PFS er sammála Símanum um að með ATM og IP þjónustu sé hægt að veita sambærilega þjónustu á við hefðbundnar leigulínur þar sem greitt er að öðru leyti í samræmi við þjónustugæði. Þá telur PFS að notkunareiginleikar ATM og IP annars vegar og hefðbundinna leigulína hins vegar geti verið sambærilegir. Markaðsaðilar voru allir sammála PFS um að notkun á leigulínumörkuðum stefndu sífellt meira í átt að hagnýtingu IP-MPLS. Það væri því ótæk niðurstaða að útiloka að slík tækni veitti hefðbundnari leigulínukerfum staðgöngu. Með nýjum markaðsaðilum og þriðju kynslóðar kerfum kemur eftirspurn eftir IP tengingum til með að aukast og yrði það mjög samkeppnishamlandi ef Síminn eitt fyrirtækja hefði aðgang að kerfinu og gæti verðlagt umrædda þjónustu út af markaðinum. Eins og fram kom í hinum tilvitnaða texta hér að ofan taldi Síminn árið 2002 að færa mætti rök fyrir því að leigulínur væru í samkeppni við ATM og IP net. Síminn leit þá svo á að möguleg staðganga gæti verið fyrir hendi. Þarna var verið að lýsa fimm ára gömlu aðstæðum á markaði og hefur þróunin síðan öll verið í átt að meiri hagnýtingu IP þjónustu á kostnað hefðbundinna leigulínukerfa. Því eru enn meiri líkur fyrir að staðganga sé fyrir hendi í dag en árið 2002. Þess má einnig geta að í umræddu bréfi Símans til Samkeppnisstofnunar frá árinu 2002 kom fram að ATM net Símans hefði styrkt félagið í að bjóða gagnaflutning sem einkenndist af öryggi og hagkvæmni, einsleitu umhverfi og tryggðri bandvídd með sveigjanlegri hætti en áður þekktist. Einnig kom fram að frá því að ATM netið hefði verið tekið í notkun um mitt ár 1998 hefði það vaxið hratt. Með tilkomu IP-MPLS netsins væri ljóst að hlutverk ATM netsins myndi breytast verulega og draga myndi úr vaxtarhraða þess. ATM netið myndi áfram þjóna tilgangi sem burðarnet fyrir aðra þjónustu eins og ADSL tengingar og IP netið. Þá segir orðrétt: Innri verðsamkeppni við ATM netið hefur aðallega komið frá leigulínum sem henta fyrirtækjum betur, ef tengja á saman fáa staði sem stutt er á milli. ... IP-MPLS net Símans er auk þess í samkeppni við ATM net.” Þetta bendir til þess að Síminn líti svo á að samkeppni sé mikil á milli hefðbundinna leigulína, ATM nets og IP-MPLS nets. Styrkir þetta óneitanlega þá niðurstöðu PFS að um staðgöngu sé þarna að ræða á milli þessara tæknilausna við gagnaflutninga. Þá segir í umræddu bréfi Símans: „Óbein samkeppni er frá ATM þjónustu Íslandssíma og IP þjónustu Línu.Net. Þó má segja að leigulínur séu barns síns tíma og er þjónustan deyjandi sem stofnlínur.” Þarna á árinu 2002 viðurkennir Síminn að hefðbundnar leigulínur séu deyjandi þjónusta gagnvart ATM og IP-MPLS þjónustu. Þetta styrkir þá skoðun PFS að ótækt sé að undanskilja þá

síðastgreinda þjónustu frá skilgreiningu á þjónustumarkaðinum. Að lokum segir í umræddu bréfi Símans: „... Við greiningu á þessum upplýsingum liggur nú fyrir Samkeppnisstofnun að meta hverjir einstakir undirmarkaðir í gagnaflutningsþjónustu eru **að teknu tilliti til eftirspurnar- og framboðsstaðgöngu**, auk annarra þátta sem skipta máli ...”. (leturbr. undirritaðs).

3. Síminn (nú Míla) gaf út verðskrá fyrir leigulínur í heildsölu á apríl 2006 sem ennþá er í gildi. Þar virðist Síminn leggja allt annan og víðtækari skilning í það hvað leigulínur eru en félagið heldur nú fram. Í fyrsta kafla verðskrárinnar segir orðrétt: “Míla ehf. starfrækir fjarskiptanet og bíður fram leigulínur. Leigulínur gera viðskiptavinum mögulegt að tengjast sírstöð og eins að tengja saman tvo eða fleiri nettengipunkta.” Þessi skilgreining hefur verið notuð af hálfu Símans í mörg ár. Umræddri verðskrá er beint að kaupendum (og mögulegum kaupendum) að leigulínunum. Því virðist Síminn/Míla líta svo á að kaupendur leigulína geti haft áhuga á leigulínunum sem tengja saman fleiri en tvo nettengipunkta. Því ætti Símanum að vera fulljóst að um staðgöngu gæti verið að ræða milli hefðbundinna leigulína og ATM og IP þjónustu. Símanum er hins vegar mjög umhugað um að halda síðastgreindu þjónustunum utan heildsölugjaldskrár en virðast alveg vera til í að selja gamalgrónari leigulínuþjónustu hvort sem hún sé á milli tveggja eða fleiri nettengipunkta, t.d. SDH/PDH, Ethernet, og Frame Relay. Ljóst má vera að ef viðkomandi heildsölumarkaðir leigulína eiga aðeins við um samband milli tveggja punkta falla nær engar leigulínur á Íslandi í dag undir þann flokk. Markaðsgreining sem yrði svo þröng myndi engin samkeppnisvandamál leysa.

Það er alþekkt í samkeppnisrétti að slíkt ósamræmi milli málatilbúnaðar aðila gagnvart samkeppnisstjórnvöldum/fjarskiptaeftirlitsstjórnvöldum og þeim staðreyndum og sjónarmiðum sem fyrirtækin halda fram út á við gagnvart fjárfestum, almenningi eða viðskiptamönnum sé metið aðilum sem til skoðunar eru í óhag þar sem slíkt veikir verulega málatilbúnað þeirra og trúverðugleika. Við rannsóknir samkeppnismála finnast oft gögn sem benda til þess að fyrirtækin séu í raun og veru á annarri skoðun varðandi tiltekin atriði en þau hafa haldið fram gagnvart yfirvöldum. Hér má nefna þrjú dæmi um þetta.

1. Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 11/2007 (Icelandair og Iceland Express) hélt Icelandair því fram að fyrirtækið væri ekki með markaðsráðandi stöðu á flugleiðunum Keflavík – Kaupmannahöfn og Keflavík – London þrátt fyrir um 70% markaðshlutdeild og fjölda annarra atriða sem bentu til slíkrar markaðsráðandi stöðu. SE vísaði til þess að á fjárfestafundum og í fjölmiðlum hafi forstjóri FL Group (móðurfélags Icelandair) lýst því yfir að félagið hefði nánast einokunarstöðu (e. near monopoly) í farþegaflugi til og frá Íslandi.
2. Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 17/2007 kemur fram að í bréfi frá desember 2004 hefði Síminn haldið því fram að fyrirtækið væri ekki markaðsráðandi í farsímaþjónustu m.a. með vísad til þess að litlar aðgangshindranir væri að þeim markaði. Í bréfi félagsins frá janúar 2007 væri hins vegar á því byggt að aðgangshindranir væru að markaðinum og væri í því sambandi vísad til þess að nýr keppinautur þyrfti að koma sér upp

fjarskiptakerfi eða gera samning um aðgang að kerfum Símans eða Vodafone. Væri að þessu leyti ósamræmi í málflutningi Símans.

3. *Ákvörðun framkvæmdastjórnar EB frá 16. júlí 2003 (Wanadoo Interactive) og dómur undirréttar EB frá 30. janúar 2007 í máli nr. T-340/03 (France Telecom (áður Wanadoo) gegn framkvæmdastjórninni). Wanadoo hélt því fram að þjónustumarkaður málsins væri internettengingar fyrir almenning þannig að bæði háhraða (ADSL) og láhraða (ISDN) internettengingar tilheyrðu viðkomandi markaði. Framkvæmdastjórnin komst að þeirri niðurstöðu að háhraða internettengingar til almennings tilheyrðu sérstökum markaði. Undirrétturinn staðfesti þá markaðsskilgreiningu. Mörg atriði leiddu til þess að niðurstaðan varð þess. Eitt af þeim var að innri gögn frá Wanadoo gáfu til kynna að fyrirvarsmenn fyrirtækisins litu á háhraðatengingar sem sérstakan markað.*

4.2. Hugtakið “leigulína”

Kærandi byggir á því að rangar forsendur séu lagðar til grundvallar ákvörðunum PFS, sérstaklega með því að skilgreining stofnunarinnar á leigulínu sé ekki rétt. Þar sem um væri að ræða markaðsgreiningu á leigulínumörkuðum væri það grundvallaratriði að rétt skilgreining væri lögð til grundvallar. Röng skilgreining á leigulínu leiddi til þess að þjónustumarkaðurinn teldist ekki rétt skilgreindur. Markaðsgreining sem byggði á skilgreiningu á leigulínu væri því í raun ónýt í heild sinni þar sem rangar forsendur væru lagðar til grundvallar.

Í ákvörðun PFS væri stuðst við skilgreiningu á leigulínu úr tilskipun 97/51/EB sem í íslenskri þýðingu hljóðar svo: „**Leigulínur skulu tákna fjarskiptaaðstöðu sem gefur kost á gagnsæri flutningsgetu milli nettengipunkta og innifelur ekki skiptingu lína að ósk notenda.**” Þrátt fyrir að skilgreining á leigulínum væri skýr að mati Símans hefði PFS útvíkkað verulega hina fyrirfram gefnu og almennt viðurkenndu skilgreiningu á leigulínu. Síminn byggir á því að skilgreining PFS á hugtakinu leigulína sé röng. Það væri skilgreiningaratriði fyrir leigulínu að hún væri milli tveggja nettengipunkta á meðan PFS teldi leigulínu geta verið á milli margra nettengipunkta. Þá væri það skilgreiningaratriði að leigulína þyrfti að vera með tryggða flutningsgetu sem einungis væri til reiðu fyrir leigjanda línunnar. Í því fælist jafnframt að með því gætu leiðargreiningarkerfi eins og ATM og MPLS ekki talist til leigulínu þar sem flutningsgeta í þeim netum væri ekki tryggð.

Útvíkkun á skilgreiningu leigulínu felur að mati kærandi í sér að ákvarðanir PFS verða meira íþyngjandi en ella. Gilti þá sú regla að allan vafa bæri að skýra aðila máls sem ákvarðanirnar beindust að í hag. Jafnframt ætti hin íþyngjandi ráðstöfun PFS sér ekki stoð í lögum eða afleiddum réttargerðum, íslenskum eða EES-gerðum, og væru skilyrði lögmætisreglu stjórnisýsluréttarins því ekki uppfyllt. Hin ranga skilgreining á leigulínum gæti ekki leitt til annars en að fella bæri hinar kærðu ákvarðanir PFS úr gildi.

Ofangreindar athugasemdir Símans komu fyrst fram eftir að frumdrög PFS að markaðsgreiningu á viðkomandi leigulínumörkuðum voru kynntar. Afstaða PFS kemur fram í viðauka B með hinni kærðu ákvörðun. Umræddar athugasemdir Símans og afstaða PFS til þeirra voru meðal þeirra gagna sem send voru ESA 23. febrúar s.l.

ESA gerði engar athugasemdir við afstöðu PFS né niðurstöðu greiningarinnar að þessu leyti og samþykkti ESA því greiningu PFS og álagningu kvaða á samstæðu Símanum varðandi ATM og IP- MPLS þjónustu. Í tilefni af skipulagsbreytingum á Símanum gafst Símanum og Mílu kostur á að gera athugasemdir við fyrirhugaða ákvörðun PFS. Þar ítrekaði Síminn ofangreindar athugasemdir. Afstaða PFS var ítrekuð í viðauka E, dags. 14. september s.l.

Í skilgreiningu á þjónustumarkaði fyrir leigulínur í heildsölu tók PFS mið af notagildi þjónustunnar eins og hún snýr að neytendum, þ.e. öðrum fjarskiptafyrirtækjum, en einblíndi ekki á tilteknar tæknilausnir eða tæknibúnað. Tæknilegt hlutleysi (e. technological neutrality) er einmitt ein af meginstöðum hins evrópska fjarskiptaréttar. Eins og fram kemur í leiðbeiningum ESB og ESA um markaðsgreiningu getur ýmis þjónusta talist til þjónustumarkaðar fyrir leigulínur í heildsölu ef eftirspurnar- og/eða framboðsstaðganga er fyrir hendi. Ýmis flutningstækni getur þannig verið notuð til að koma á sambandi milli tveggja staða sem getur í eðli sínu haft sambærilegt notagildi og hefðbundin leigulína. PFS hafnar því að grundvallarmisskilnings gæti í skilgreiningu stofnunarinnar á “leigulínum” enda er hún í samræmi við skilgreiningu ESB um leigulínur. Það sem skiptir meginmáli er að PFS beitir þeim aðferðum við skilgreiningu þjónustumarkaða sem ESB og ESA mæla fyrir um í leiðbeiningum sínum og kveðið er á um í 16. gr. fjarskiptalaga. Um er að ræða meginreglur samkeppnisréttar þar sem meta þarf staðgöngu.

Leigulínur eru notaðar til að flytja tal og gögn á milli stöðva í fjarskiptanetum. PFS komst að þeirri niðurstöðu að hefðbundnar leigulínur ásamt flutningi á rásum í fjölrása flutningskerfum samkvæmt ýmsum samskiptareglum, sem hafa sama notagildi og hinar hefðbundnari leigulínur frá sjónarhóli neytenda, féllu undir viðkomandi þjónustumarkaði á mörkuðum 13 og 14. Taldi PFS þessa miðla jafngilda þar sem þeir hefðu bæði eftirspurnar- og framboðsstaðgöngu sín á milli. Notandinn gæti ekki beint flutningi merkja á aðra nettengipunkta en þá sem tilgreindir eru við pöntun leigulínunnar (eða staðgönguþjónustunnar).

Ef eingöngu er tekið mið af hefðbundnum leigulínum á viðkomandi mörkuðum væri aðeins verið að skoða hluta markaðarins þar sem Síminn myndi vera allsráðandi. Ný fyrirtæki hafa aðallega komið inn á viðkomandi markaði með aðrar samskiptareglur en SDH/PDH enda stefnir þróunin sífellt meira í átt að IP lausnum. Síminn hefur staðfest að þróunin sé þessi og hefur jafnframt lýst því yfir að hinar hefðbundnu leigulínur séu deyjandi þjónusta.¹⁵ Gera má fastlega ráð fyrir því að markaðsgreining sem eingöngu tæki mið af hinum “deyjandi” hefðbundnu leigulínum hefði, miðað við aðstæður hér á landi, ekki fengið samþykki hjá ESA.

Markaðsgreining þýska fjarskiptaeftirlitsstjórnvaldsins á mörkuðum 13 og 14 sem byggði einungis á hinum hefðbundnu leigulínum fékk alvarlegar athugasemdir frá framkvæmdastjórn ESB árið 2006. Framkvæmdastjórnin taldi að þýska stjórnvaldið hafi ekki metið hvort Ethernet lausnir veittu hinum hefðbundnu leigulínum staðgöngu. Þýska stjórnvaldið afturkallaði markaðsgreininguna og hóf greiningu að nýju m.t.t. athugasemda framkvæmdastjórnarinnar. Ný markaðsgreining var tilkynnt framkvæmdastjórninni á árinu 2007 þar sem Ethernet lausnir voru taldar veita

¹⁵ Bréf Símanum til Samkeppnisstofnunar frá 8. júlí 2002.

hefðbundnum leigulínum staðgöngu. Framkvæmdastjórnin samþykkti þær ákvarðanir sem þýska stjórnvaldið tók á grundvelli hinnar nýju markaðsgreiningar.

Leggja ber áherslu á að ekki má rugla saman flutningsmiðlum og samskiptareglum. Flutningamiðlar eru t.d. kopar, ljósleiðari, rásir í fjölrásakerfum í stofnlínum og þráðlaus sambönd. Samskiptareglur er t.d. SDH/PDH, DWDM, Ethernet, Frame Relay, ATM og IP-MPLS. Leigulína er í raun þjónusta sem felst í samböndum sem notað er til að flytja tal og gögn á milli stöðva í fjarskiptanetum. Leigulína er því ekki annaðhvort flutningsmiðill eða samskiptareglur heldur þarf að notast við hvoru tveggja til að koma á því sambandi sem kallað er leigulína. ATM og IP-MPLS sambönd byggja á hefðbundnum leigulínum. Afkastamiklar hefðbundnar leigulínur eru brotnar upp í margar afkastaminni ATM og IP tengingar til að ná fram aukinni afkastagetu þeirra.

Eins og fram kemur í skilgreiningu á leigulínu er almennt um að ræða sambönd fyrir flutningsgetu sem er samhverf, þ.e. sama flutningsgeta er fyrir hendi í báðar áttir. Það er síðan undir notandanum komið að ákveða samsetningu þess sem flutt er um línuna. Hægt er að haga flutningsgetu milli punkta í stofnlínuneti, sem ekki er sérstaklega tileinkuð einum notanda, með þeim hætti að hún sé frá sjónarhóli notandans sambærileg og flutningsgeta sem veitt er með hefðbundinni leigulínu. Fyrirkomulag þar sem notandi sendir gögn sem beina á til ákvörðunarstaða sem ekki eru tilgreindir við pöntun línunnar, eins og getur átt sér stað í IP-VPN þjónustu, fellur ekki undir leigulínuhugtakið og er ekki heldur staðgönguþjónusta. Leigulína samsvarar því flutningsgetu milli fastra staða sem ákveðnar eru við pöntun línunnar, annað hvort starfsstöðva notanda eða milli notanda og þjónustuaðila. Í báðum tilvikum er línun tileinkuð viðkomandi notanda. Það sem skiptir notandann máli eru notkunareiginleikar flutningsgetunnar og verðið. Tæknileg útfærsla er algjört aukaatriði í hans huga.

Hægt er að setja upp leigulínur í fjölrásabúnaði í aðgangskerfum og á stofnlínunetum. PFS telur að þegar leigulínur eru tengdar frá einum nettengipunkti í marga falli þær undir viðkomandi þjónustumarkaði svo framarlega sem notandinn getur ekki skipt um ákvörðunarstað fyrir hverja einstaka línu. Þetta á t.d. við um flutningsgetu á ATM sýndarrásum ef sýndarrásirnar eru ákveðnar við uppsetningu leigulínanna. Nokkuð öðru máli gegnir um IP net þar sem ákvörðunarstaðurinn ákvarðast hverju sinni af IP netfangi sem notandinn hefur valið. Slík notkun fellur ekki undir viðkomandi þjónustumarkaði. Undir viðkomandi þjónustumarkaði fellur hins vegar flutningur á línu samkvæmt IP staðli þegar hún tengist eingöngu föstum nettengipunktum. Fram hefur komið að Síminn getur veitt samhverfan hraða milli tiltekinnar nettengipunkta á IP neti sínu. Slík þjónusta veitir hefðbundinni leigulínuþjónustu staðgöngu. Síminn rekur ATM og IP netið sem eina heild þar sem erfiðlega hefur reynst að skilja á milli þessara neta. Þannig má gera ráð fyrir að hægt sé að bæta upp ósamhverfan hraða í samhverfan á heildsölustigi með tiltölulega einföldum aðgerðum, reynist þess þörf.

Það að flutningsgeta er tileinkuð merkir að aðeins einn viðskiptavinur getur notað hana og að flutningsgetan er aðgengileg þegar viðskiptavinurinn þarf á henni að halda. Einnig má segja að flutningageta sé tileinkuð þegar hún er úthlutuð viðskiptavininum einum. Í ATM er hægt að stjórna fyrirkomulagi þannig að viðskiptavinurinn telur sig fá tileinkaða rás án þess að viðvarandi úthlutun hafi farið

fram á fastri flutningsgetu. Upplifun og reynsla viðskiptavinarins af þjónustunni skiptir meira máli en tæknilegar útfærslur. Þá er hugsanlegt að viðskiptavinurinn krefjist ekki alltaf hámarksafnota af allri flutningsgetunni. Tileinkuð flutningsgeta getur samsvarað þeim hluta sem alltaf er til reiðu. Þannig veitir ATM þjónusta sem frá notkunarsjónarmiði er jafngild hefðbundinni leigulínu og er því um staðgönguþjónustu að ræða.

Í IP netum er ákvörðunarstaður sendingar yfirleitt ekki skilgreindur á upphafsstað eða við úthlutun flutningsgetu þegar kemur að aðgangstengipunkti heldur fer eftir IP vistfangi. Til eru nokkrar gerðir IP neta en þeirra öflugast og sem hefur bestu gæðastýringuna er MPLS eins og Síminn býður upp á. **IP net má setja upp þannig að einskonar göng myndist um netið sem gefa möguleika á viðvarandi sýndarleið milli tveggja nettengipunkta.** Sýndarleiðin er eftirlíking af flutningsgetu milli nettengipunktanna. Þegar IP er þannig notað til að koma á tengimöguleika milli nettengipunkta er það skoðað sem jafngildi hefðbundinnar leigulínu hvað notkunargildi snertir. Því er um staðgönguþjónustu að ræða.

Við mat á því hvort önnur “stýrð þjónusta” en hefðbundnar leigulínur tilheyrðu viðkomandi leigulínuheildsölumörkuðum kannaði PFS hvort slík þjónusta myndi veita hinum hefðbundnu leigulínum samkeppnislegt aðhald hjá ímynduðu fyrirtæki í einokunaraðstöðu. Við markaðsgreiningu sína tók PFS m.a. mið af 8. gr. rammatilskipunarinnar um að eftirlitsstofnanir skuli taka ákvarðanir sínar óháð tækni, þ.e að ekki skuli gera greinarmun á tækni svo framarlega sem ekki er munur á notkunareiginleikum og verðum. Verðsamanburður sýndi að verð var sambærilegt og nátengt, þar sem verð fyrir ATM og IP-MPLS byggir á undirliggjandi kostnaði á hefðbundnum leigulínum.

Þegar þjónustumarkaðir á viðkomandi mörkuðum eru skilgreindir þarf einnig að taka tillit til staðgönguþjónustu. Þetta á við um viðkomandi markaði eins og alla aðra markaði sem skilgreindir eru með aðferðum samkeppnisréttarins. Staðgönguþjónusta er skilgreind sem þjónusta sem að fullu eða að verulegu leyti getur komið í stað annarrar, ekki aðeins á grundvelli hlutlægra eiginleika þjónustunnar, fyrirhugaðri notkun kaupanda að henni og verði, heldur einnig með tilliti til samkeppnis skilyrða og/eða skilyrða eftirspurnar og framboðs. Þær þjónustur sem veitt geta hverri annarri samkeppnislegt aðhald eru því nefndar staðgönguþjónustur og samanstandur hver markaður af þjónustum sem hafa innbyrðis staðgengi. Þjónustur sem geta aðeins að litlum hluta komið í stað hvor annarrar eru ekki hluti af sama markaði. Niðurstaða greiningar PFS á þjónustumarkaði á viðkomandi mörkuðum var m.a. sú að ATM og IP-MPLS þjónusta veitti hefðbundinni leigulínuþjónustu staðgöngu og tilheyrðu þar af leiðandi viðkomandi heildsölumörkuðum. Síminn var sammála þessu mati PFS þar til stofnunin birti drög að ákvörðun í málinu. Síðan þá hefur Síminn ekki minnst einu orði á staðgöngu eða aðrar meginreglur samkeppnisréttar sem beita ber við markaðsgreiningar heldur einblínt á tæknileg atriði og hártoganir varðandi skilgreiningu á leigulínuhugtakinu. Þetta virðist benda til þess að Síminn hafi ekki fram að færa efnislegar athugasemdir við aðferðafræði PFS við umrædda markaðsgreiningu og beitingu meginreglna samkeppnisréttar.

Varðandi almenn sjónarmið sem við eiga um skilgreiningu á þjónustumarkaðinum (vörumarkaðinum) má benda á ákvörðun Samkeppniseftirlitsins (SE) nr. 9/2006 (Flugþjónustan á Keflavíkurflugvelli). Fram kom að með viðkomandi vörumarkaði væri átt við markað fyrir allar vörur og þjónustu sem **neytendur** líta á sem

staðgönguvörur eða staðgönguþjónustu vegna eiginleika, verðs og áformaðrar notkunar. Staðgönguvara væri vara sem að fullu eða verulegu leyti gæti komið í stað annarrar vöru, sbr. 4. gr. samkeppnislaga.¹⁶ Þá segir: „hafa verður þó í huga að **markaðsskilgreiningar í samkeppnisrétti geta aldrei orðið nákvæmar og eru aðeins notaðar til viðmiðunar**, sbr. úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 17-18/2003 (Icelandair ehf. og Iceland Express ehf. gegn samkeppnisráði).”¹⁷ (leturbr. undirritaðs).

PFS rökstyður ítarlega niðurstöðu sína varðandi staðgönguáhrif á viðkomandi mörkuðum sem leiddu til þess að ATM og IP þjónusta var talin veita hefðbundnum leigulínum staðgöngu. Síminn hefur ekki gagnrýnt rannsókn PFS eða niðurstöðu að þessu leyti heldur einblínir á skilgreiningu á hugtakinu “leigulína” en ekki verður séð að sú nákvæma skilgreining á því hugtaki skipti kaupendum leigulínuþjónustu nokkru máli, hvað þá niðurstöðu markaðsgreiningarinnar. Ekki verður séð að Síminn og PFS séu ósammála um hvað hefðbundin leigulína er en Síminn virðist ekki til umræðu í seinni tíð um þær aðferðir samkeppnisréttar sem beita ber við markaðsgreiningar, og þá sérstaklega að því er varðar staðgönguáhrif.

PFS minnir enn og aftur á að umrædd skilgreining þjónustumarkaðarins var samþykkt athugasemdalaust af Samkeppniseftirlitinu og ESA. Til að sýna á hvaða villigötum Síminn er með málflutning sinn og þögn varðandi aðferðafræði samkeppnisréttarins við markaðsskilgreiningar og markaðsgreiningar má benda á athugasemdir framkvæmdastjórnar ESB vegna markaðsgreiningar Möltu á leigulínumörkuðunum, dags. 19. maí 2006. Varðandi heildsölumarkaði fyrir leigulínur kom fram að MCA¹⁸ hefði komist að þeirri niðurstöðu að sú ATM og Ethernet þjónusta sem hefði sambærilega notkunareiginleika og hefðbundnar leigulínur tilheyrði viðkomandi markaði til viðbótar við hefðbundnar leigulínur þar sem um staðgöngu væri að ræða.¹⁹ Framkvæmdastjórn ESB gerði engar athugasemdir við markaðsskilgreiningar Möltu á leigulínumörkuðunum. Ekki er minnst einu orði á skilgreiningu á hugtakinu “leigulína” sem verður að teljast formsatriði við markaðsskilgreiningar. Það eru efnisatriðin sem skipta höfuðmáli og þau varða beitingu meginreglana samkeppnisréttar. Aðstæður á leigulínumörkuðum eru mjög mismunandi á milli landa. Aðstæður á Íslandi hafa verið greindar í hinni kærðu ákvörðun og viðaukum með henni. ESA hefur samþykkt skilgreiningu PFS á viðkomandi þjónustumörkuðum. PFS telur sig alls ekki geta endurskoðað það mat ESA á þeim forsendum sem Síminn gerir hér kröfu um og lýsir efasemdum sínum um að úrskurðarnefnd fjarskipta- og póstmála geti það heldur. Vangaveltur um

¹⁶ Sjá einnig úrskurð áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 6/2006 (DAC ehf., Lyfjaver ehf. og Lyf & heilsa ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu). Um var að ræða samrunamál. Þar sagði m.a. um skilgreiningu vörumarkaðar á bls. 31-32: „Tilgangurinn með því að skilgreina markaði og staðgönguvörur eða staðgönguþjónustu í samrunamálum er að **skilgreina þau svið viðskipta sem samruninn getur haft áhrif á**. Af þessu leiðir að skilgreina ber markaðinn bæði út frá staðgönguþjónarmiðum og landfræðisjónarmiðum. **Skilgreiningar á markaði geta þó aldrei orðið nákvæmar og verða því aðeins notaðar til viðmiðunar**. Verður svo gert í máli þessu.” (leturbr. undirritaðs).

¹⁷ Tilvitnun á bls. 29 í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 9/2006.

¹⁸ MCA er fjarskiptaeftirlitsstjórnvaldið á Möltu.

¹⁹ Sjá bls. 3: „The MCA then analyses whether wholesale leased lines and end-to-end ATM and Ethernet services are substitutable products. The MCA concludes that those ATM and Ethernet products offering capacity and connectivity functionally equivalent to those provided by wholesale traditional leased lines fall within the same relevant market.”

bókstaflega túlkun á hugtakinu “leigulína” hefur einfaldlega ekki þótt skipta máli í þeim fjölmörgu markaðsgreiningum sem framkvæmdar hafa verið hjá hinum ýmsu fjarskiptaeftirlitsstjórnvöldum aðildarríkja ESB og EES og samþykktar hafa verið af framkvæmdastjórn ESB eða ESA.

4.3. Brot á rannsóknarreglu

4.3.1. Rannsókn á efnahagslegum einkennum viðkomandi markaða

Síminn telur að PFS hafi brotið gegn rannsóknarreglu stjórnsýsluréttar. Reglan feli á sér að stjórnvald skuli sjá til þess að mál sé nægjanlega upplýst áður en ákvörðun er tekin í því. Rannsóknarreglan gildi einnig í EES-rétti og væri orðuð þannig í 79. mgr. leiðbeininga ESA um markaðsgreiningu að PFS bæri að rannsaka efnahagsleg einkenni viðkomandi markaða á ítarlegan og yfirgripsmikinn hátt áður en ákvörðun væri tekin um að fyrirtæki hefði umtalsverðan markaðsstyrk. Síminn teldi upplýsingaöflun og þær forsendur sem PFS byggði ákvarðanir sínar á ófullnægjandi. Svo verulega skorti á nægjanlega rannsókn að forsendur ákvarðananna væru á tíðum þversagnarkenndar og allt að því óskiljanlegar.

Að mati PFS fullnægir rannsókn málsins skilyrðum 10. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993. Jafnframt var þess gætt að Símanum og síðar Mílu gæfist kostur á að koma á framfæri andmælum sínum við fyrirhugaða ákvörðun PFS samkvæmt 13. gr. sömu laga. Eru engir þeir hnökrar á rannsókninni að leiði til ógildingar hinnar umþrættu ákvörðunar PFS. PFS mótmælir sem órökstuddum þeim fullyrðingum Símans að upplýsingaöflun og þær forsendur sem PFS byggði ákvarðanir sínar á séu ófullnægjandi. Um er að ræða mjög almenna fullyrðingu sem erfitt er fyrir stofnunina að svara nema með almennum hætti og vísa til rökstuðnings í hinni kærðu ákvörðun og viðaukum með henni. Þá eru engin dæmi nefnd þeirri fullyrðingu til stuðnings að forsendur ákvarðana PFS séu á tíðum þversagnarkenndar og allt að því óskiljanlegar. PFS mótmælir þessari fullyrðingu sem órökstuddri.

Ákvörðun PFS og viðaukar með henni niðurstaða þriggja ára rannsókna á viðkomandi mörkuðum. PFS telur sig hafa rannsakað efnahagsleg einkenni viðkomandi heildsölumarkaða með fullnægjandi hætti. Vísað er til umfjöllunar í markaðsgreiningu um stöðu aðila á markaði og þá sérstaklega Símans og Gagnaveitu Reykjavíkur. Takmörk eru fyrir því hve ítarlega beri að rannsaka efnahagsleg einkenni markaða sem bera eins óræk merki fákeppnismarkaða og umræddir leigulínumarkaðir. Síminn hefur borið höfuð og herðar yfir aðra aðila á umræddum mörkuðum þrátt fyrir að kvaðir hafi hvílt á fyrirtækinu á umræddum mörkuðum árum saman. Um er að ræða þroskaða markaði þar sviptingar eru sáralitlar á milli ára. Nýtur Síminn þess að vera fyrrum einkaleyfishafi sem byggði kerfi sitt upp hægt og rólega í skjóli einkaréttar og hafa verið fyrstur á markaðinn. Fjárfesting Símans er að töluverðu leyti afskrifuð. Gagnaveita Reykjavíkur (áður Orkuveita Reykjavíkur og Lína.Net) hefur náð sæmilegri markaðshlutdeild á stofnlínumarkaði leigulína á höfuðborgarsvæðinu. Þrátt fyrir gríðarlega sterkan bakhjarl hefur því fyrirtæki ekki enn tekist að veita samstæðu Símans öflugri samkeppni en raun ber vitni þrátt fyrir áralanga uppbyggingu ljósleiðaranets og háleit markmið.

4.3.2. Tölulegar staðreyndir úrehtar

Grundvöllur að ákvörðunum PFS byggði á rannsókn sem fram hefði farið á árunum 2004 og 2005. Tölulegar staðreyndir og aðstæður á markaðinum væru því búnar að ná þeim aldri að upplýsingarnar væru orðnar úreltar enda miðað við það að endurskoðun á markaðsgreiningu færi fram á 2-3 ára fresti.

PFS bendir á umfjöllun í málsgrein 71 og 72 í leiðbeiningum ESA um markaðsgreiningu þar sem borin eru saman verkefni samkeppnisyfirvalda og fjarskiptaeftirlitsstofnana hvað varðar greiningu á samkeppni. Í samkeppnisréttingum eru markaðir yfirleitt skilgreindir eftir á og greining á þeim miðast við atburði sem þegar hafa orðið á markaðinum. Fjarskiptaftirlitsstofnanir þurfa hins vegar að horfa fram á við og um það segir í leiðbeiningunum að þó að markaðsspá eftirlitsaðila gangi ekki eftir í ákveðnu tilviki þurfi það ekki að þýða að ákvörðun þeirra hafi verið andstæð rammatilskipuninni þegar hún var tekin. Eftirlitsyfirvöld, sem eiga að beita hugtakinu “umtalsverður markaðsstyrkur” fyrirfram, verða að hafa ákvörðunarvald sem er í samræmi við hina flóknu efnahagsþætti, málsatvik og lagaatriði sem meta þarf. Samkvæmt ákvæðum rammatilskipunarinnar eiga eftirlitsyfirvöld að framkvæma markaðsgreiningu með reglulegu millibili. Það gefur þeim færi á að bregðast reglulega við þróun markaðarins og gera þær ráðstafanir sem þurfa þykir.

Töluleg gögn voru uppfærð jafnóðum á meðan markaðsgreining á viðkomandi leigulínumörkuðum var í vinnslu. Gögnin sem PFS byggir á ná til ársloka 2005 og voru þannig um eins og hálfis árs gömul þegar PFS tók ákvörðun. Gögnin voru rétt rúmlega árs gömul í mars s.l. þegar drög að ákvörðun var send til ESA. Það er alkunna að töluleg gögn sem markaðsgreiningar byggjast á séu um og yfir eins árs gömul þegar greiningar eru senda til ESA eða framkvæmdastjórnar ESB. ESA gerði enda ekki athugasemdir við aldur hinna tölulegu gagna.

Ef miðað er við að líftími markaðsgreiningar geti orðið þrjú ár er ljóst að á annað ár er eftir að líftíma þeirrar markaðsgreiningar sem hér er til umfjöllunar. PFS safnar reglulega upplýsingum á leigulínumörkuðum og leggur mat á þær jafnóðum og þær berast. Í nóvember 2007 var kallað eftir nákvæmum upplýsingum á viðkomandi leigulínumörkuðum fyrir rekstrarárið 2006 og má búast við að gögn berist um miðjan janúar 2008. Þess má geta að það er reynsla PFS að það hefur tekið nokkra mánuði og allt upp í hálfu ár að fá fullnægjandi tölulegar upplýsingar á leigulínumörkuðunum. Það flækir þessa upplýsingaöflun að fjarskiptaafyrirtækin greina almennt ekki á milli lúkningshluta og stofnlínuhluta leigulínemarkaða. Á vormánuðum 2008 hyggst PFS síðan kalla eftir upplýsingum fyrir rekstrarárið 2007. Það ætti því að liggja fyrir um mitt næsta ár hvort verulegar breytingar hafa átt sér stað á viðkomandi mörkuðum á árunum 2006 og 2007 sem kalla á nýja markaðsgreiningu á viðkomandi mörkuðum strax á næsta ári. Þar sem gagnaöflun og greining á gögnum á viðkomandi mörkuðum geta tekið marga mánuði taldi PFS ekki verjandi að draga málið enn frekar á langinn í september þegar upplýsingar höfuð loks fengist frá Símanum og Mílu um verkaskiptingu félaganna varðandi rekstur á leigulínunum og samskiptareglum. PFS þótti mikilvægt að taka á þeim samkeppnisvandamálum sem greind höfuð verið á viðkomandi mörkuðum enda bentu tölfraðileg gögn sem PFS hafði undir höndum²⁰ ekki til verulegra breytinga á markaðshlutdeild né skipulagi á umræddum mörkuðum.

²⁰ Um var að ræða veltutölur á leigulínumörkuðum í heild fyrir rekstrarárið 2006 sem ekki eru sundurgreind á markaði 7, 13 og 14 og tölur um fjölda tenginga heimila og fyrirtækja við ljósleiðarakerfi Gagnaveitunnar.

Eins og kom fram hér að framan í 2. kafla (Málavextir) tók það PFS um fjóra mánuði að fá svör frá Símanum og Mílu við ítrekuðum fyrirspurnum um hvernig skiptingu rekstrar flutningsmiðla og samskiptareglna væri háttað hjá samstæðu Símans. PFS telur eðlilegt að Síminn og Míla beri hallann af tölum þessum en ekki önnur fjarskiptafyrirtæki á viðkomandi mörkuðum sem höfuð ekkert um þessar tafir að segja. PFS taldi mikilvægt að fá umræddar upplýsingar til að uppfylla rannsóknaskyldu sína í kjölfar skipulagsbreytingarinnar á samstæðu Símans. Skipulagsbreytingarnar breyttu að mati PFS ekki efnislegri niðurstöðu málsins.

4.3.3. Rannsókn ófullnægjandi á starfsemi Gagnaveitu Reykjavíkur

Síminn telur verulega skorta á að starfsemi OR undir merkjum Gagnaveitu Reykjavíkur hafi verið rannsökuð sem skildi og nægilegra gagna aflað. Vísað væri til nýlegs verðmats á Gagnveitunni þar sem fram kæmi að verðmæti ljósleiðaranetsins væri metið á 10 milljarða króna í dag og að það myndi þrefaldast á næstu 3 árum. Það væri nærri helmingur af söluverðmæti Símans við einkavæðingu fyrirtækisins. Væri því ekki hægt að láta hjá líða að rannsaka fjarskiptanet Gagnaveitunnar og áhrif þess á leigulínnumarkaði í ljósi þess að hversu víðfeðmt ljósleiðaranet félagsins væri nú þegar og hver uppbygging þess yrði í nánustu framtíð. Sú rannsókn skipti höfuðmáli við mat á því hvort um aðgangshindranir væri að ræða á markaðinum og við mat á samkeppni almennt. Fjárfesting OR í ljósleiðaraneti á höfuðborgarsvæðinu og nágrenni sýndi að ekki væru aðgangshindranir á markaði 13 á því svæði. Yrði að telja þetta annmarka á rannsókn PFS.

PFS mótmælir því að starfsemi Gagnaveitu Reykjavíkur hafi ekki verið rannsökuð með viðhlítandi hætti í málinu. Áætlanir félagsins um uppbyggingu ljósleiðarakerfisins hafa verið teknar til skoðunar ásamt áhrifum netsins á leigulínnumarkaðina. Vísað er til ítarlegrar umfjöllunar um Orkuveitu Reykjavíkur (nú Gagnaveitunnar) og ljósleiðaranets þess sem áður var rekið á vegum dótturfélags Orkuveitunnar Línu.Nets ehf. Umrætt ljósleiðaranet hefur verið í uppbyggingu og þróun í áraraðir og hefur markið yfirleitt verið sett hátt. Árangurinn í samkeppninni við samstæðu Símans hefur verið minni en áætlanir gerðu ráð fyrir. Mikill kostnaður fylgir því að tengja ljósleiðarakerfið við hífli fólks og er það mjög tímafrekt. Reynslan sýnir að umrædd uppbygging taki engum stökkbreytingum á milli ára. Breytingar á markaðshlutdeild hafa verið litlar á milli ára enda um mjög þroskaðan markað að ræða. Gögn sem PFS hefur undir höndum og vísað er til í kafla 4.3.2. hér að framan benda ekki til mikillar aukningar á markaðshlutdeild Gagnaveitunnar á leigulínnumörkuðum á árinu 2006.

Ekki verður séð hvaða áhrif verðmat á Gagnaveitunni sem fjallað er um í fjölmiðlum eftir að PFS tók hina kærðu ákvörðun á að hafa í kærumáli þessu. Umrætt verðmat hefur ekki verið birt opinberlega og fréttaflutningur af því átti sér stað í kjölfar pólitískra væringa í ótengdu máli. Markaðshlutdeild er metin út frá tekjum af viðkomandi leigulínnumarkaði en ekki óstaðfestu verðmati á ætluðu framtíðarvirði tiltekinna eigna. PFS er ekki viss um að uppbygging á ljósleiðarakerfi Orkuveitu Reykjavíkur sé gott dæmi um að ekki séu fyrir hendi aðgangshindranir á viðkomandi leigulínnumarkaði. Það er a.m.k. staðreynd að önnur fjarskiptafyrirtæki hafa átt mjög á brattann að sækja á viðkomandi mörkuðum.

4.3.4. Ófullnægjandi rannsókn á landfræðilegri skiptingu viðkomandi markaða

Fram kæmi í 56. mgr. leiðbeininga ESA að fjarskiptaeftirlitsstofnanir gætu ekki metið á viðhlítandi hátt hvort á markaðnum væru fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk fyrir en landamerki markaðarins hefðu verið dregin. Samkvæmt a-lið 60. mgr. umræddra leiðbeininga bæri að draga landamerki markaðarins eftir því svæði sem netkerfið nær til og skipta mörkuðum eftir landamerkjum í staðbundna markaði samkvæmt því. PFS hefði ekki rannsakað uppbyggingu ljósleiðaranets Gagnaveitunnar frá árinu 2005 en einmitt frá þeim tíma hefði viðamikil uppbygging átt sér stað. Sú uppbygging næði til lúkningarluta leigulína (M13) þar sem Gagnaveitan kæmi til með að leggja ljósleiðara inn í hvert heimili á höfuðborgarsvæðinu og þar í kring. Rannsókn PFS drægi því ekki upp rétta mynd af markaðsaðstæðum og fullnægði því ekki skilyrðum rannsóknarreglunnar. Síminn sé sammála landfræðilegri skiptingu markaðar 14. Hins vegar teldi Síminn að ónóg rannsókn hefði farið fram á markaðinum og á þeirri samkeppni sem væri á höfuðborgarsvæðinu. Ummæli ESA staðfesta að ályktun PFS væri órökstudd og órannsökuð. Staðfesti það þær brotalamir sem væru á rannsókn PFS á umræddum markaði.

PFS skoðaði uppbyggingu OR/Gagnaveitunnar og skoðaði hvort skipta ætti markaði 13 landfræðilega. Niðurstaðan var sú að það væri ekki eðlilegt miðað við markaðsaðstæður á þeim markaði. Samkeppniseftirlitið og ESA hafa staðfest þá niðurstöðu PFS. Rétt er að benda á að uppbygging neta myndar ekki markaðsstyrk eitt og sér. Að sjálfsögðu verður áfram fylgst með uppbyggingu Gagnaveitunnar og áhrif þeirrar uppbyggingar á viðkomandi markað. Sjálfsagt er að skoða þetta atriði aftur í næstu umferð markaðsgreiningar á markaði 13. Að öðru leyti vísar PFS til rökstuðnings í markaðsgreiningu á viðkomandi markaði varðandi landfræðilega skilgreiningu á markaði 13. Varðandi tilvísun til uppbyggingar ljósleiðarakerfis Gagnaveitunnar vísast til kafla 4.3.3. hér að framan.

PFS lítur svo á að ummæli ESA um landfræðilega afmörkun markaðar 14 sé algjörlega afmarkað aðfinnsluefni sem í raun hefur engin áhrif á niðurstöðu greiningarinnar eða þær kvaðir sem leggja ber á fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk á viðkomandi markaði. PFS fór að kröfu Símans og byggði á umræddri skiptingu landfræðilega markaðarins. Sú ákvörðun var Símanum mjög í hag þar sem markaðshlutdeild samstæðu Símans lækkaði úr tæpum 90% á landsvísu á markaði 14 í rúm 70% á höfuðborgarsvæðinu, sem þó er algjör yfirburðarstaða í sjálfu sér. PFS mun skoða forsendur umræddrar skiptingar betur í næstu umferð markaðsgreiningar á viðkomandi markaði. ESA gaf ekkert í skyn um ógildi ákvörðunarinnar og hefði getað beitt neitunarvaldi (veto) ef stofnunin hefði talið þetta atriði mikilvægt fyrir niðurstöðu málsins. Því er ljóst að ESA heimilaði PFS að taka endanlega ákvörðun í málinu byggða á ákvörðunardrögum frá 23. febrúar s.l. og samþykkti þar með greiningu PFS á markaði 14 með umræddri minniháttar athugasemd. PFS sendi ESA ákvörðun sína frá 14. september s.l. í enskri þýðingu nokkrum dögum eftir að formleg ákvörðun var birt hér á landi.

PFS er ósammála Símanum um að draga megi þá ályktun út frá þessari athugasemd ESA að vinnubrögð PFS að öðru leyti hafi á einhvern hátt verið ófullnægjandi. Ef svo hefði verið hefði ESA fjallað um það enda hefur stofnunin heimild til að beita neitunarvaldi gagnvart fyrirhuguðum ákvörðunum PFS í kjölfar markaðsgreiningar.

Það gerði ESA ekki sem bendir til þess að stofnunin hafi verið sáttt við málsmeðferð PFS og sammála niðurstöðunni.

4.3.5. Fyrirtækjaaðskilnaður (e. functional separation)

Evrópusambandið hefði það nú til skoðunar hvort rétt væri að leggja þær kvaðir á fjarskiptafyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk að skilið yrði á milli fastlínunetsins og annarrar starfsemi. Það myndi bæta samkeppnisumhverfið á fjarskiptamörkuðum. Nú þegar hefði verið skilið á milli Símans og Mílu með fyrirtækjaaðskilnaði. Ekkert væri hins vegar fjallað um áhrif þess á fjarskiptamarkaðinn, þ.m.t. fyrir leigulínur. Væri því um ónóga rannsókn að þessu leyti að ræða hjá PFS.

Síminn og Míla er hluti af sömu fyrirtækjasamstæðu og eru því ekki sjálfstæð fyrirtæki gagnvart hvort öðru eða í skilningi samkeppnisréttar. Þau mynda “eina efnahagslega einingu” (e. single economic unit) eins og ítarlega verður gerð grein fyrir í kafla 5.2. hér að aftan. Þess ber að geta að lykilstarfsmenn Símans og Skipta sitja í stjórn Mílu og er Míla að fullu í eigu Skipta sem einnig á Símann að fullu. Eru stjórnunar- og eignartengslin því ótvíræð.

4.4. Brot á meðalhófsreglu

4.4.1. Almenn

Ákvörðun um að leggja kvaðir á Símann væri íþyngjandi stjórnvaldsákvörðun. Ákvörðun um hvort og hvaða kvaðir ætti að leggja á fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk byggði að mestu leyti á mati PFS. Þegar bæði væri um íþyngjandi og matskenndar stjórnvaldsákvæðanir að ræða væru gerðar strangar kröfur en ella til þess að gætt væri ýtrustu stjórnsýslureglna. PFS bæri að gera grein fyrir tilgangi með hverri og einni kvöð sem lögð væri fyrir Símann og rökstyðja hvers vegna nauðsynlegt væri að leggja þær á og hvaða samkeppnislegu vandamál þetta muni leysa. Slíkt mat hefði ekki farið fram í markaðsgreiningu PFS heldur legði stofnunin á allar mögulegar kvaðir án þess að ganga rækilega úr skugga um að nauðsyn bæri til að ganga eins langt og mögulegt væri í hverju tilviki. Væri því bæði brotið gegn meðalhófsreglu og rannsóknarreglu í þessu tilviki.

PFS ber samkvæmt 12. gr. stjórnsýslulaga að gæta meðalhófs við meðferð mála og álagningu kvaða í kjölfar útnefningar fyrirtækis með umtalsverðan markaðsstyrk. Þannig ber PFS að grípa ekki til ríkari kvaða en nauðsyn krefur í hverju tilviki m.t.t. þess samkeppnisvandamáls sem greint hefur verið hverju sinni. Álagðar kvaðir verða að vera til þess fallnar að bæta úr hinu greinda samkeppnisvandamáli.

Telja verður að ofangreindar fullyrðingar Símans séu mjög almennar og því erfitt að svara þeim nema með almennum hætti. Fjallað verður sérstaklega um aðgangskvöðina hér í kafla 4.4.2. og ítarlega verður fjallað um kvöð um eftirlit með gjaldskrá í kafla 4.4.3. PFS vísar til ítarlegrar umfjöllunar og rökstuðnings fyrir sérhverri kvöð í markaðsgreiningu á viðkomandi mörkuðum í viðauka A. Þar er gerð grein fyrir tilgangi með sérhverri kvöð og það rökstutt hvers vegna nauðsynlegt var að leggja umrædda kvöð á Símann og Mílu. Þá er gerð grein fyrir því hvaða samkeppnislegu vandamál sérhverri kvöð er ætlað að leysa og með hvaða hætti.

PFS greindi mjög alvarleg samkeppnisvandamál á viðkomandi mörkuðum. Staðan er þeim mun alvarlegri fyrir þá sök að á Símanum hafa hvílt kvaðir á umræddum mörkuðum um árabíl. Staðan á umræddum mörkuðum virðist breytast mjög hægt enda um þroskaða markaði að ræða. Ábyrgð sú sem hvílir á fyrirtæki með markaðsráðandi stöðu er þeim mun meiri eftir því sem markaðsráðandi staða er sterkari. Einnig er líklegra að markaðsráðandi fyrirtæki misnoti yfirburði sína þeim mun sterkari sem staða þess er. Þannig er líklegra að fyrirtæki sem nýtur markaðsstyrks sem jafnar við einokun misnoti markaðsstyrk sinn fremur en fyrirtæki sem er á mörkum þess að vera markaðsráðandi.²¹ Benda má á að Síminn viðurkenni að hafa stundað ólöglegt samráð á stofnlínemarkaði fyrir leigulínur með samningi um kaup á ljósleiðurum Fjarska ehf. af Landsvirkjun og samvinnu fyrirtækjanna á sviði fjarskiptahjónustu.²² Þess má geta að ólöglegt samráð er alvarlegasta brotið gegn samkeppnislögunum. Að mati SE fól umræddur samningur í sér markaðsskiptingu á milli Fjarska og Símans en fyrirtækin eru meðal hinna örfáu fyrirtækja sem keppa á stofnlínemarkaði fyrir leigulínur. Síminn þurfti að greiða háa fjársekt vegna þessa enda var félagið talið leiðandi aðili í hinu ólöglega samráði.

Ekki verður séð hvernig PFS hefði getað dregið úr kvöðum á samstæðu Símans miðað við þau alvarlegu samkeppnisvaldamál sem greind hafa verið á umræddum mörkuðum. Ljóst er að til að draga úr þeim samkeppnislegu vandamálum sem uppi er á viðkomandi mörkuðum þarf að leggja árangursríkar og viðeigandi kvaðir á samstæðu Símans. Líta ber á hinar álögðu kvaðir í samhengi þar sem hinar ýmsu kvaðir vinna oft saman og eru í raun forsendur fyrir virkni hvorrar annarrar. PFS telur sig hafa gætt að meðalhófi við álagningu kvaða á samstæðu Símans.

4.4.2. Aðgangskvöð

Við ákvörðun um að leggja á kvaðir þess eðlis að eign í eigu eins fyrirtækis væri veitt til afnota fyrir önnur fyrirtæki yrði að gæta þess að ekki væri gengið lengra í skerðingu á friðhelgum stjórnarskrávorðum eignarréttindum en almenningsþörf krefðist og fullt verð kæmi fyrir. Samkvæmt 3. gr. laga um PFS væri eitt af meginverkefnum PFS að stuðla að samkeppni á fjarskiptamörkuðum með því að hvetja til fjárfestinga í innviðum fjarskipta og stuðla að nýsköpun. Samkvæmt 3. mgr. 28. gr. fjarskiptalaga bæri PFS við ákvörðun um að leggja á skyldur um aðgang taka mið af nánar tilgreindum atriðum. Síminn teldi sérstaklega ámælisvert að ekkert raunverulegt mat hefði farið fram á því hvort álagðar kvaðir á Símann hvettu til fjárfestinga í innviðum fjarskipta og eflði nýsköpun. Þá væri engin efnisleg umfjöllun um það hvort það væri forsvaranlegt að ganga eins langt og raun bæri vitni með hliðsjón af upphaflegri fjárfestingu Símans og þeirri áhættu sem tekin væri með fjárfestingunni og hvort hinar álögðu kvaðir þjónuðu samkeppni til lengri tíma litið.

Ákvörðun PFS um markað 13 og 14 er margþætt. Í fyrsta lagi er um að ræða ákvörðun um að útnefna Símann og Mílu sem fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk og í öðru lagi hefur hún að geyma ákvarðanir um álagningu kvaða á fyrirtækin, þar á meðal kvöð um að veita aðgang skv. 28. gr. fjarskiptalaga.

²¹ Richard Whish, Competition Law, fifth edition, 2005, bls. 189: „It would appear to be the case that the responsibility of a dominant firm becomes greater, so that a finding of abuse becomes more likely, where the firm under investigation is not merely dominant, but rather ‘enjoys a position of dominance approaching a monopoly.’”

²² Sjá ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 6/2007.

Rökstuðning fyrir öllum þessum ákvörðunum er að finna í greiningu á viðkomandi mörkuðum og öðrum viðaukum með ákvörðuninni. Ekki er hægt að fallast á það að annmarki á mati skv. 3. mgr. 28. gr. valdi ógildingu á allri ákvörðun PFS um viðkomandi markaði þar sem matið á aðeins við um álagningu skyldna skv. 1. mgr. 28. gr., þ.e. um að veita aðgang að netum og þjónustu. Auk þess hvílir sú skylda PFS að tryggja að a.m.k. eitt fjarskiptafyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk bjóði fram leigulínur í heildsölu og smásölu, sbr. 33. gr. fjarskiptalaga. Þessi ótvíræða lagaskylda hlýtur eðli málsins samkvæmt að takmarka umrætt mat samkvæmt 3. mgr. 28. gr. laganna. Raunar er ekki lögð sú skylda á PFS að framkvæma formbundið mat á umræddum atriðum í 3. mgr. 28. gr. heldur ber stofnuninni að “taka mið af” umræddum atriðum.

Í kærú á markaði 15 krafðist Síminn þess að skortur á rökstuðningi PFS fyrir beitingu 3. mgr. 28. gr. fjarskiptalaga leiddi til ógildingar ákvörðunarinnar. Um þetta segir úrskurðarnefnd:

„Þá er það mat nefndarinnar að rökstuðningur PFS á ákvörðun sinni sé ekki þeim annmörkum háður að varði ógildingu. Auk þess felst nefndin á það mat PFS að jafnvel þó að komist væri að þeirri niðurstöðu að mat á grundvelli 3. mgr. 28. gr. fjarskiptalaga sé ekki nægilega vel rökstutt varði það ekki ógildingu ákvörðunarinnar í heild, þar sem mat þetta lýtur eingöngu að álagningu kvaða en ekki að útnefningu félaga sem fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk. Er því kröfu um ógildingu í heild byggt á þeirri röksemd einnig hafnað.“

Nefndin hafnaði því að ógilda umrædda ákvörðun á þessum rökum og ekki verður heldur séð að nefndin hafi talið þetta atriði skipta máli varðandi mat á kvöðum þeim sem PFS lagði á Símann í umræddu máli. Varðandi kærú Símans um að dregið yrðu úr álagningu kvaða á félagið komst nefndin svo að orði:

„Lokakrafa Símans hf. er að dregið sé úr álagningu kvaða á félagið og þeim fækkað. Byggist krafa þessi á röksemdafærslu félagsins fyrir öðrum kröfum í málatilbúnaði sínum, auk þess að byggjast á meintum brotum gegn meðalhófsreglu 12. gr. stjórnsýslulaga nr. 37/1993. Að mati Símans hf. er álagning kvaða óþörf og þær of þungar.“

Í samræmi við það að nefndin fellst á meginsjónarmið PFS í greiningu sinni og þau rök sem færð eru fyrir útnefningu Símans hf. sem fyrirtæki með umtalsverða markaðshlutdeild telur nefndin einnig að álagning kvaða hafi verið í samræmi við þau markmið sem stefnt var að. Hlutverk PFS, skv. 3. gr. laga nr. 69/2003 um PFS er m.a. að tryggja virka samkeppni á fjarskiptamarkaði hér á landi. Álagning kvaða um aðgang að GSM-neti, jafnræði, gagnsæi, bókhaldslegan aðskilnað og eftirlit með gjaldskrá gengur ekki lengra en efni standa til að mati nefndarinnar og túlkun PFS á ákvæðum fjarskiptalaga til samræmis við alþjóðlegar skuldbindingar er ekki í andstöðu við túlkunarvenjur og réttarheimildir hér á landi.“

Úrskurðarnefnd hafnaði því þeirri kröfu Símans um að kvaðir yrðu felldar niður eða þær mildaðar á ofangreindum forsendum. PFS telur að sömu sjónarmið eigi við um álagningu kvaða á mörkuðum 13 og 14. Algjörlega sambærileg vinnubrögð voru viðhöfð við markaðsgreiningu á viðkomandi mörkuðum og markaði 15 og er rökstuðningur fyrir álagningu kvaða sambærilegur í þessum tilvikum. Því væri afar óeðlilegt ef úrskurðarnefnd úrskurðaði með öðrum hætti í sambærilegu máli nú.

4.4.3. Kvöð um eftirlit með gjaldskrá

Til að ákvæði 32. gr. fjarskiptalaga um eftirlit með gjaldskrá verði beitt þarf annað skilyrðið að tveimur að vera uppfyllt, þ.e. að krafist sé of hárra gjalda eða að óeðlilega lítil munur sé á heildsölu- og smásöluverði. Í markaðsgreiningu PFS væri ekki að finna neina rannsókn sem leiddi það í ljós að Síminn krefðist of hárra gjalda eða að

óeðlilega lítill munur væri á heildsölu- og smásöluverðum. Rök PFS væri þau að það væri mögulegt að munur á umræddum verðum yrði of lítill. Þá væri talið að kostnaðareftirlit væri nauðsynlegt til að koma í veg fyrir að verðlagt væri umfram kostnað. Síminn teldi að þegar um jafn íþyngjandi ákvörðun væri að ræða, sem varðaði verð fyrir aðgang að eignum fyrirtækisins og því friðhelg stjórnarskrárvárin eignarréttindi undir, gætu möguleikar á broti gegn lagaákvæði ekki talist grundvöllur jafn íþyngjandi ákvörðunar. Það hefði horfið allt öðru vísi við ef PFS hefði brotið gegn öðru af skilyrðunum fyrir álagningu verðlagseftirlits.

PFS vísar til umfjöllunar um sambærilega kröfu Símans í kafla 3.2. er varðaði markað 7. Að breyttu breytanda á sú umfjöllun einnig við um markaði 13 og 14.

4.5. Brot á öðrum stjórnslureglum

Síminn teldi auk ofangreinds að verulega skorti á að aðrar meginreglur stjórnsluréttarins væru uppfylltar en þær sem nefndar væru hér að framan. Teldi Síminn verulega skorta á það að ákvarðanir PFS væri nægilega skýrar og skiljanlegar. Væri skorað á úrskurðarnefnd að mynda sér sjálfstæða skoðun á því hvort ákvarðanirnar héldi að því leyti. Einnig teldi Síminn að ákvarðanirnar uppfylltu ekki ákvæði 22. gr. um efni rökstuðnings. Síminn teldi orka tvímælis hvort sumar að þeim kvöðum sem lagðar hefðu verið á félagið samræmdust lögmatísreglu stjórnsluréttar. Einnig teldi Síminn það koma til álita hvort PFS hefði brotið gegn reglunni um val á leið til úrlausnar máls.

Telja verður að ofangreindar fullyrðingar Símans sé algjörlega órökstuddar og allt of almennar til að vera teknar til greina í kærumáli. Um er að ræða mjög stórt mál sem unnið hefur verið að í rúm þrjú ár með aðkomu fjölda starfsmanna PFS. Málið hefur verið lagt fyrir Samkeppniseftirlitið og ESA og hafa báðar þessar stofnanir lagt blessun sína á ákvörðunardrög PFS. Vísa ber þessum fullyrðingum frá sem órökstuddum með sama hætti og úrskurðarnefnd hefur gert með svipaðar fullyrðingar vegna kæra á mörkuðum 15 og 16.

4.6. Drög að nýjum tilmælum ESB um fyrirfram skilgreinda fjarskiptamarkaði

Skylda PFS til markaðsgreiningar á fjarskiptamörkuðum byggði á tilmælum ESB um fyrirfram skilgreinda markaði sem fjarskiptaeftirlitsstjórnvaldi í hverju landi bæri að fara eftir. Ísland væri skuldbundið á grundvelli EES-samningsins til að taka mið af tilmælunum og í raun væru það þessi tilmæli sem markaðsgreining PFS byggði á. Endurskoðun fjarskiptalöggjafar ESB stæði nú yfir. Í drögum að nýjum tilmælum sem myndu leysa gildandi tilmæli af hólmi væri gert ráð fyrir því að markaður fyrir stofnlínuhluta leigulína féllu út af lista yfir þá markaði sem PFS bæri að framkvæma markaðsgreiningu á. M.ö.o. væri það niðurstaða framkvæmdastjórnar ESB að umræddur markaður væri almennt þannig að þar ríkti samkeppni og því ekki þörf á markaðsgreiningu. Í flestum ríkjum Evrópu hefði niðurstaðan verið sú að virk samkeppni væri á markaðinum. Því mætti halda fram að markaðsgreining á markaði 14 yrði úrelt innan skamms þar sem ekki væri ætlast til þess að fjarskiptaeftirlitsstofnanir hefðu afskipti af honum því almennar samkeppnisreglur dygðu til að leysa samkeppnisvandamál væru þau til staðar. Yrði því að teljast afar hart fyrir Símann ef lagðar yrðu á kvaðir á fyrirtækið á markaði sem almennt væri talið óþarft að framkvæma markaðsgreiningu á og flest ríki hefðu talið um virka

samkeppni að ræða. Væri skorað á úrskurðarnefnd að taka mið af þessu við meðferð málsins.

PFS vísar til umfjöllunar í kafla 3.4. hér að framan.

4.7. Varakrafa um breytta ákvörðun – Byggt á hefðbundinni skilgreiningu á leigulínu og dregið úr kvöðum

Féllist úrskurðarnefnd ekki á aðalkröfu Símans um ógildingu ákvörðunar PFS væri þess krafist að nefndin breytti ákvörðun PFS á þann veg að hin almennt viðurkennda skilgreining á leigulínunum sem vísað hefði verið til í málatilbúnaði Símans yrði lögð til grundvallar. Jafnframt væri þess krafist að dregið yrði úr álagningu kvaða á Símann. Ætti það sérstaklega við um álagningu kvaðar um eftirlit með gjaldskrá en telja yrði að álagning þeirrar kvaðar stæðist ekki lög. Um rökstuðning fyrir varakröfu vísaðist til umfjöllunar á öðrum stöðum í kærnunum eftir því sem við ætti.

PFS telur að úrskurðarnefnd beri að hafna varakröfu Símans með sömu rökum og PFS hefur gert grein fyrir varðandi sömu atriði sem Síminn byggði á í aðalkröfu sinni.

Vísast að öðru leyti á rökstuðning hinnar kærðu ákvörðunar og málflutning PFS fyrir nefndinni.

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. telur að PFS hafi brotið gegn rannsóknarreglu stjórnarsýsluréttar. Að mati félagsins felur reglan í sér að stjórnvald skuli sjá til þess að mál sé nægjanlega upplýst áður en ákvörðun er tekin í því. Rannsóknarreglan gildir einnig í EES-rétti og er orðuð þannig í 79. mgr. leiðbeininga ESA um markaðsgreiningu að PFS bæri að rannsaka efnahagsleg einkenni viðkomandi markaða á ítarlegan og yfirgripsmikinn hátt áður en ákvörðun væri tekin um að fyrirtæki hefði umtalsverðan markaðsstyrk. Síminn hf. telur upplýsingaöflun og þær forsendur sem PFS byggir ákvarðanir sínar á ófullnægjandi. Svo verulega skorti á nægjanlega rannsókn að forsendur ákvarðananna væru á tíðum þversagnarkenndar og allt að því óskiljanlegar.

Síminn hf. telur einnig verulega skorta á að starfsemi OR undir merkjum Gagnaveitu Reykjavíkur hafi verið rannsökuð sem skildi og nægilegra gagna aflað. Vísað væri til nýlegs verðmats á Gagnaveitunni þar sem fram kæmi að verðmæti ljósleiðaranetsins væri metið á 10 milljarða króna í dag og að það myndi þrefaldast á næstu 3 árum. Það væri nærri helmingur af söluverðmæti Símans við einkavæðingu fyrirtækisins. Væri því ekki hægt að láta hjá líða að rannsaka fjarskiptanet Gagnaveitunnar og áhrif þess á leigulínemarkaði í ljósi þess að hversu víðfeðmt ljósleiðaranet félagsins væri nú þegar og hver uppbygging þess yrði í nánustu framtíð. Sú rannsókn skipti höfuðmáli við mat á því hvort um aðgangshindranir væri að ræða á markaðinum og við mat á samkeppni

almennt. Fjárfesting OR í ljósleiðaraneti á höfuðborgarsvæðinu og nágrenni sýndi að ekki væru aðgangshindranir á markaði 13 á því svæði. Yrði að telja þetta annmarka á rannsókn PFS.

Fram kæmi í 56. mgr. leiðbeininga ESA að fjarskiptaeftirlitsstofnanir gætu ekki metið á viðhlítandi hátt hvort á markaðnum væru fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk fyrr en landamerki markaðarins hefðu verið dregin. Samkvæmt a-lið 60. mgr. umræddra leiðbeininga bæri að draga landamerki markaðarins eftir því svæði sem netkerfið nær til og skipta mörkuðum eftir landamerkjum í staðbundna markaði samkvæmt því. PFS hefði ekki rannsakað uppbyggingu ljósleiðaranets Gagnaveitunnar frá árinu 2005 en einmitt frá þeim tíma hefði viðamikil uppbygging átt sér stað. Sú uppbygging næði til lúkningarluta leigulína (M13) þar sem Gagnaveitan kæmi til með að leggja ljósleiðara inn í hvert heimili á höfuðborgarsvæðinu og þar í kring. Rannsókn PFS drægi því ekki upp rétta mynd af markaðsaðstæðum og fullnægði því ekki skilyrðum rannsóknarreglunnar. Síminn sé sammála landfræðilegri skiptingu markaðar 14. Hins vegar teldi Síminn hf. að ónóg rannsókn hefði farið fram á markaðinum og á þeirri samkeppni sem væri á höfuðborgarsvæðinu. Ummæli ESA staðfesta að ályktun PFS væri órökstudd og órannsókuð. Staðfesti það þær brotalamir sem væru á rannsókn PFS á umræddum markaði.

Þrátt fyrir athugasemd ESA um landfræðilega aðgreiningu heimilaði stofnunin PFS að taka endanlega ákvörðun í málinu byggða á ákvörðunardrögunum frá 23. febrúar 2007 og samþykkti þar með greiningu PFS á markaði 14. Einnig verður ekki annað séð en að sú landfræðilega aðgreining sem PFS lagði til grundvallar í ákvörðun sinni hafi verið Símanum hf. í hag. Verður ekki séð hvernig það að fallist hafi verið á röksemdir Símans hf. í samráði við hagsmunaaðila sé vísbending um það að brotalamir hafi verið á rannsókn PFS.

Rannsókn PFS hvað varðar Gagnaveituna virðist ekki hafa verið ófullnægjandi miðað við sambærilegar markaðsgreiningar í löndum sem við berum okkur saman við. Markaðshlutdeild Gagnaveitunar var ekki svo há að það kallaði á ítarlegri greiningu á starfsemi þeirra. Varhugavert er að byggja á spádómum um umsvif þeirra í framtíðinni enda geta þeir ekki breytt stöðunni eins og hún er í dag.

Ákvörðun PFS er tekin eftir þriggja ára rannsókn á íslenskum markaði. Fullt samráð var haft við hagsmunaaðila og var rannsóknin að mörgu leyti nákvæmari en tíðkast í sumun nágrannalöndum okkar. Liggur ekki fyrir í gögnum málsins neitt sem gefur til kynna að PFS hafi ekki sinnt rannsóknarskyldu sinni. Eru að mati nefndarinnar engir þeir hnökror á rannsókninni að leiði til ógildingar hinnar kærðu ákvörðunar PFS.

Það er ein málsástæða kæranda Símans hf. að grundvöllur að ákvörðunum PFS byggði á rannsókn sem fram hefði farið á árunum 2004 og 2005. Tölulegar staðreyndir og aðstæður á markaðinum væru því búnar að ná þeim aldri að upplýsingarnar væru orðnar úreltar enda miðað við það að endurskoðun á markaðsgreiningu fari fram á 2-3 ára fresti.

Að mati nefndarinnar eru röksemdir PFS um rannsóknin hafi verið uppfærð jafnóðum og nýjar upplýsingar bárust sannfærandi Einnig tíðkast við markaðsgreiningar í

nágrannalöndum að jafnlangt líði frá rannsókn að ákvörðun. Fellst nefndin ekki á að hægt sé að ógilda ákvörðun PFS á grundvelli ofangreinds.

Að mati Símans hf. hefði það þýðingu fyrir umrædda ákvörðun að Evrópusambandið hefði það nú til skoðunar hvort rétt væri að leggja þær kvaðir á fjarskiptafyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk að skilið yrði á milli fastlínunetsins og annarrar starfsemi. Það myndi bæta samkeppnisumhverfið á fjarskiptamörkuðum. Nú þegar hefði verið skilið á milli Símans hf. og Mílu ehf. með fyrirtækjaaðskilnaði. Ekkert væri hins vegar fjallað um áhrif þess á fjarskiptamarkaðinn, þ.m.t. fyrir leigulínur. Væri því um ónóga rannsókn að þessu leyti að ræða hjá PFS.

Að mati nefndarinnar hefur það að Síminn hf. og Míla ehf. séu hluti af sömu fyrirtækjasamstæðu í skilningi samkeppnisréttar þá þýðingu að ekki sé hægt að tala um þau sem algerlega sjálfstæð fyrirtæki í samkeppni gagnvart hvort öðru á umræddum markaði. Þau mynda “eina efnahagslega einingu” (e. single economic unit) eins og áður hefur verið vikið að. Því á ekki við að ræða um skilyrði sameiginlegrar útnefningar um umtalsverðan markaðsstyrk (e. collective dominance). Rannsókn PFS tók til skipulagsbreytingar Skipta hf. Símans hf. og Mílu ehf. og var það mat PFS að félögin hefðu sem ein heild umtalsverðan markaðsstyrk á umræddum markaði. Er þessari röksemd kæranda því hafnað.

Það er málsástæða kæranda að ákvörðun um að leggja kvaðir á Símann hf. sé íþyngjandi stjórnvaldsákvörðun. Ákvörðun um hvort og hvaða kvaðir ætti að leggja á fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk byggði að mestu leyti á mati PFS. Þegar bæði væri um íþyngjandi og matskenndar stjórnvaldsákvörðanir að ræða væru gerðar strangari kröfur en ella til þess að gætt væri ýtrustu stjórnsýslureglna. PFS bæri að gera grein fyrir tilgangi með hverri og einni kvöð sem lögð væri á Símann og rökstyðja hvers vegna nauðsynlegt væri að leggja þær á og hvaða samkeppnislegu vandamál það muni leysa. Slíkt mat hefði ekki farið fram í markaðsgreiningu PFS heldur legði stofnunin á allar mögulegar kvaðir án þess að ganga rækilega úr skugga um að nauðsyn bæri til að ganga eins langt og mögulegt væri í hverju tilviki. Væri því bæði brotið gegn meðalhófsreglu og rannsóknarreglu í þessu tilviki.

Síminn hf. tekur fram að við ákvörðun um að leggja á kvaðir þess eðlis að eign í eigu eins fyrirtækis væri veitt til afnota fyrir önnur fyrirtæki yrði að gæta þess að ekki væri gengið lengra í skerðingu á friðhelgum stjórnarskrárvörðum eignarréttindum en almenningsþörf krefðist og fullt verð kæmi fyrir. Samkvæmt 3. gr. laga um PFS væri eitt af meginverkefnum PFS að stuðla að samkeppni á fjarskiptamörkuðum með því að hvetja til fjárfestinga í innviðum fjarskipta og stuðla að nýsköpun. Samkvæmt 3. mgr. 28. gr. fjarskiptalaga bæri PFS við ákvörðun um að leggja á skyldur um aðgang að taka mið af nánar tilgreindum atriðum. Síminn hf. teldi sérstaklega ámælisvert að ekkert raunverulegt mat hefði farið fram á því hvort álagðar kvaðir á Símann hf. hvettu til fjárfestinga í innviðum fjarskipta og eflði nýsköpun. Þá væri engin efnisleg umfjöllun um það hvort það væri forsvaranlegt að ganga eins langt og raun bæri vitni með hliðsjón af upphaflegri fjárfestingu Símans hf. og þeirri áhættu sem tekin væri með fjárfestingunni og hvort hinar álögdðu kvaðir þjónuðu samkeppni til lengri tíma litið.

Nefndinni þykja fullyrðingar kæranda um að ekki hafi verið gætt meðalhófs ekki hafa nægilega stöð í gögnum málsins til þess að ógilda megi ákvörðun PFS á þeim

grundvelli. Verður ekki séð að gengið hafi verið lengra en í sambærilegum málum hjá íslenskum samkeppnisyfirvöldum og eftirlitsstofnunum í öðrum Evrópulöndum. Stefnt er að lögbundnu takmarki PFS og virðist val og beiting á aðferð hafa verið í fullu samræmi við 12. gr. stjórnsýslulaga.

Það er einnig málsástæða kæranda að til þess að ákvæði 32. gr. fjarskiptalaga um eftirlit með gjaldskrá verði beitt þurfi annað skilyrðið af tveimur að vera uppfyllt, þ.e. að krafist sé of hárra gjalda eða að óeðlilega lítill munur sé á heildsölu- og smásöluverði. Í markaðsgreiningu PFS væri ekki að finna neina rannsókn sem leiddi það í ljós að Síminn krefðist of hárra gjalda eða að óeðlilega lítill munur væri á heildsölu- og smásöluverðum. Rök PFS væri þau að það væri mögulegt að munur á umræddum verðum yrði of lítill. Þá væri talið að kostnaðareftirlit væri nauðsynlegt til að koma í veg fyrir að verðlagt væri umfram kostnað. Síminn hf. telur að þegar um jafn íþyngjandi ákvörðun sé að ræða, sem varðar verð fyrir aðgang að eignum fyrirtækisins og því friðhelg stjórnarskrárvarin eignarréttindi undir, gætu möguleikar á broti gegn lagaákvæði ekki talist grundvöllur jafn íþyngjandi ákvörðunar. Það hefði horfið allt öðru vísi við ef Síminn hf. hefði brotið gegn öðru af skilyrðunum fyrir álagningu verðlagseftirlits.

Markaðsgreining PFS á viðkomandi markaði leiddi að mati nefndarinnar í ljós verulegar aðgangshindranir og umtalsverðan samningsstyrk Símans hf. sem langstærsta seljanda leigulína í smásölu hér á landi. Slíkur seljandastyrkur getur haft veruleg áhrif á verðmyndun á markaðinum og aukið möguleika slíks aðila til að verðleggja þjónustu umfram það sem annars væri á virkum samkeppnismarkaði. Slíkur samningsstyrkur getur einnig virkað sem aðgangshindrun gagnvart nýjum fyrirtækjum sem vilja hefja rekstur á viðkomandi markaði. Þá leiddi markaðsgreiningin í ljós að kaupendastyrkur væri ekki mikill á viðkomandi markaði og hefði ekki teljandi áhrif á markaðsstyrk Símans.

Þegar hin kærða ákvörðun var tekin hvíldu á Símanum hf. kvaðir sky. fyrri fjarskiptalögum nr. 107/1999 sem ætlað var að tengja gjöldtöku kostnaði. Áður en slíkar kvaðir voru lagðar á félagið var verðlag á leigulínum nokkuð umfram þá kostnaðargreiningu sem PFS gerði. Ekki hafa orðið slíkar breytingar á stöðu Símans hf. að ástæða væri til að ætla að aflétta mætti kvöð um eftirlit án þess að verðlag færi í sama horf aftur. Það var mat PFS að til að koma í veg fyrir að Síminn hf. verðlegði umfram kostnað á viðkomandi markaði væri eftirlit með gjaldskrá félagsins nauðsynlegt úrræði til að fyrirbyggja að slík staða kæmi upp. Fellst nefndin á þetta mat PFS.

Síminn hf. telur auk ofangreinds að verulega skorti á að aðrar meginreglur stjórnsýsluréttarins séu uppfylltar en þær sem nefndar væru hér að framan. Telur Síminn hf. verulega skorta á það að ákvarðanir PFS séu nægilega skýrar og skiljanlegar. Einnig telur Síminn hf. að ákvarðanirnar uppfylli ekki ákvæði 22. gr. um efni rökstuðnings. Síminn hf. telur það orka tvímælis hvort sumar að þeim kvöðum sem lagðar hefðu verið á félagið samræmdust lögmætisreglu stjórnsýsluréttar. Einnig telur Síminn hf. það koma til álita hvort PFS hefði brotið gegn reglunni um val á leið til úrlausnar máls.

Að mati nefndarinnar eru þessar röksemdir Símans hf. ekki nægilega vel studdar í gögnum málsins. Ákvörðun PFS, dags. 14. september 2007 um útnefningu fyrirtækja

með umtalsverðan markaðsstyrk og álagningu kvaða á smásölumarkaði fyrir lágmarksframboð af leigulínum (markaður 7), heildsölumarkaði fyrir lúkningarhluta leigulína (markaður 13) og heildsölumarkaði fyrir stofnlínuhluta leigulína (markaður 14) er eins skýr og skiljanleg og gera má ráð fyrir af ákvörðun um svo sérhæft umfjöllunarefni.

Að mati nefndarinnar veltur aðalágreiðingsefni málsins á skilgreiningu á hugtakinu leigulína. Kærandi byggir á því að rangar forsendur séu lagðar til grundvallar ákvörðunum PFS, sérstaklega með því að skilgreining stofnunarinnar á leigulínu sé ekki rétt. Þar sem um væri að ræða markaðsgreiðingu á leigulínumörkuðum væri það grundvallaratriði að rétt skilgreining væri lögð til grundvallar. Röng skilgreining á leigulínu leiddi til þess að þjónustumarkaðurinn teldist ekki rétt skilgreindur. Markaðsgreiðing sem byggði á skilgreiningu á leigulínu væri því í raun ónýtt í heild sinni þar sem rangar forsendur væru lagðar til grundvallar.

Fram kemur í lýsingu tilmæla ESB (*e. explanatory memorandum*) á leigulínum (málgrein 4.2.3):

The markets related to dedicated connections and capacity have a link to some of the markets defined with respect to access at fixed locations and the provision of services at fixed locations. For example dedicated connections may be an alternative to unbundled local loops and vice versa in certain circumstances. Also dedicated trunk or long distance connections may be an alternative to long distance call conveyance.

Dedicated capacity or leased lines may be required by end users to construct networks or link locations or be required by undertakings that in turn provide services to end users. Therefore it is possible to define retail and wholesale markets that are broadly parallel.

The key elements in the demand and supply for dedicated connections are bandwidth, distance and the location or locations to be served. There may also be qualitative characteristics because in some cases distinctions are still made between voice grade and data grade circuits.

At the retail level, specific reference is made in the Universal Service Directive to the provision of the minimum set of leased lines⁴⁰. The minimum set of leased lines refers to specified leased circuits with harmonised characteristics that must be made available under particular conditions throughout the national territory. Therefore this minimum set of leased lines is identified in the Recommendation as a specific set of retail markets. It is not felt necessary to identify specific markets for each category of leased line in the minimum set since it is likely that the market structure will be similar for each sub-set. It is not necessary to expand the retail leased line categories to capacities beyond the minimum set since there must always be a presumption that an intervention at a wholesale level will be sufficient to address any problems that arise. There is no a priori reason to believe that this would not be the case in a leased line context.

At the wholesale level, it is possible to distinguish separate markets, in particular between the terminating segments of a leased circuit (sometimes called local tails or local segments) and the trunk segments. What constitutes a terminating segment will

depend on the network topology specific to particular Member States and will be decided upon by the relevant NRA.

In addition while many trunk segment markets on major routes are likely to be effectively competitive in certain geographic areas in Member States, trunk segments may not support alternative suppliers. For this reason trunk segments are also identified. Additional market segmentation is possible between high and low capacity leased lines.

Hér er vísað til tileinkaðrar flutningsgetu sem tengir tvo punkta sem meginhluta skilgreiningu á hinum hefðbundnu leigulínunum. Er það mat PFS að flutningsgetu milli punkta í stofnlínuneti sem ekki er sérstaklega tileinkuð einum notanda sé hægt að haga með þeim hætti að það uppfylli skilyrði þess að flokka með hefðbundnum leigulínunum. Flutningsmiðlar fyrir leigulínur geta ýmist verið koparstrengir, ljósleiðarar eða radíósambönd í aðgangsnetum eða rásir í fjölrásakerfum á stofnlínunum. Leigulínur geta verið annað hvort hliðrænar eða stafrænar. Sjónarmið PFS er að regluverk eftirlitsstofnanna eigi að vera tæknilega hlutlaust eftir því sem framast verður unnt.

Skilgreining sú sem PFS birtir í hinni kærðu ákvörðun, úr tilskipun 97/51/EB, hljómar svo á ensku: *“Leased lines shall mean the telecommunications facilities which provide for transparent transmission capacity between network termination points and which do not include on-demand switching (switching functions which the user can control as part of the leased line provision).”* Þetta túlkar PFS þannig að „leigulínur“ skuli tákna fjarskiptabúnað sem gefur kost á gagnsærri flutningsgetu milli nettengipunkta og innifelur ekki skiptingu lína að ósk notenda. Samkvæmt stofnunninni er sum þjónusta sem veitt eru yfir staðlana IP – MPLS, Frame Relay, Ethernet, SDH/PDH (einnig hliðrænar línur) og svartur ljósleiðari leigulínur eða staðgengilþjónusta við leigulínur. Samskiptastaðlarnir IP einkasýndarnet (VPN), ATM, Frame Relay, Ethernet og DWDM geta veitt sambærilega gagnaflutningsþjónustu milli nettengipunkta á við hefðbundnar leigulínur.

Aðrar tæknilausnir eins og ADSL teljast ekki geta veitt þjónustu sem sé staðgengilþjónusta við hefðbundnar leigulínur. Stafar þetta m.a. af því að ekki er uppfyllt skilyrði um gagnsæi flutningsgetu.

PFS gengur út frá því í hinni kærðu ákvörðun að hefðbundnar leigulínur séu bein sambönd milli tengipunkta en samkvæmt leiðbeiningu um markaðsgreiningu þarf einnig að taka tillit til staðgönguvara í skilgreiningu á vörumarkaði. Staðgönguvara og staðgönguþjónusta eru skilgreind sem vara eða þjónusta, sem að fullu eða verulegu leyti getur komið í stað annarrar, ekki aðeins á grundvelli hlutlægra eiginleika vörunnar, fyrirhugaðri notkun kaupanda á henni og verði, heldur einnig með tilliti til samkeppnisskilyrða og/eða skilyrða eftirspurnar og framboðs. Þær vörur sem veitt geta hverri annarri samkeppnislegt aðhald eru því nefndar staðgönguvörur og samanstandur hver markaður af vörum sem hafa innbyrðis staðgengi. Niðurstaða greiningar PFS á vörumarkaði á viðkomandi mörkuðum var að m.a. að IP-MPLS veitir staðgöngu við hefðbundnar leigulínur og tilheyrir þar af leiðandi viðkomandi heildsölumörkuðum.

Að mati PFS skiptast leigulínur í tvo hluta, þ.e. samskiptareglur (e. Protocols) sem eru hugbúnaður annars vegar en flutningsmiðla sem er netverk hefðbundinna leigulína hins vegar og eru ýmist koparstrengir, ljósleiðarar og radíósambönd í aðgangsnæti eða rásir í fjölrásakerfum á stofnlínum. Ef gagnaflutningsþjónusta veitir staðgöngu við þá þjónustu sem fengin er með hefðbundnum leigulínum þá tilheyrir sú gagnaflutningsþjónusta viðkomandi vörumarkaði leigulína.

Síminn hf. og Míla ehf. halda því fram að PFS hafi ekki lagt til grundvallar rétta skilgreiningu á leigulínuhugtakinu. Það væri skilgreiningaratriði fyrir leigulínu að hún væri milli tveggja nettengipunkta (en ekki margra eins og PFS héldi fram), að um tryggða flutningsgetu væri að ræða og að leiðargreining eða leiðargreiningarkerfi, eins og ATM og IP/MPLS net Símans hf., félli ekki undir leigulínur.

Að mati nefndarinnar eru leigulínur notaðar til að flytja tal og gögn á milli stöðva í fjarskiptanæti. Nefndin fellst á þá niðurstöðu PFS að hefðbundnar leigulínur ásamt flutningi á rásum í fjölrása flutningskerfum samkvæmt ýmsum samskiptareglum, sem hafa sama notagildi og hinar hefðbundnari leigulínur frá sjónarhóli neytenda, falli undir viðkomandi þjónustumarkaði á markaði 13. Þessir miðlar séu jafngildir þar sem þeir hefðu bæði eftirspurnar- og framboðsstaðgöngu sín á milli. Notandinn getur ekki beint flutningi merkja á aðra nettengipunkta en þá tvo sem tilgreindir eru við pöntun þeirrar þjónustu sem um ræðir, hvort sem um er að ræða hefðbundna leigulínu eða staðgönguþjónustu.

Það er mat nefndarinnar að þar sem sú þjónusta sem er samrýmanleg skilgreiningu leigulína sé greind innan umræddra markaða, þ.e. að gagnsæ flutningsgeta milli tveggja punkta sé tileinkuð notandanum, eða hefur staðgöngu við slíka þjónustu hafi PFS réttilega markaðsgreint íslenskan fjarskiptamarkað.

Af þessum ástæðum telur úrskurðarnefndin rétt að staðfesta ákvörðun PFS nr. 20/2007 frá 14. september 2007 um útnefningu fyrirtækja með umtalsverðan markaðsstyrk og álagningu kvaða á smásöllumarkaði fyrir lágmarksframboð af leigulínum (markaður 7), heildsöllumarkaði fyrir lúkningarluta leigulína (markaður 13) og heildsöllumarkaði fyrir stofnlínuhluta leigulína (markaður 14) með vísun til forsendna sinna og frekari rökstuðnings sem fram hefur komið í málflutningi stofnunarinnar fyrir nefndinni.

6.0 Úrskurðarorð

Hin kærða ákvörðun PFS nr. 20/2007 frá 14. september 2007 um útnefningu fyrirtækja með umtalsverðan markaðsstyrk og álagningu kvaða á smásöllumarkaði fyrir lágmarksframboð af leigulínum (markaður 7), heildsöllumarkaði fyrir lúkningarluta leigulína (markaður 13) og heildsöllumarkaði fyrir stofnlínuhluta leigulína (markaður 14) er staðfest með vísun til forsendna sinna 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, 1. júlí 2008

Ólafur Garðarsson, hrl., formaður

Guðjón Kárason, verkfr.

Heimir Haraldsson, endursk.