

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. 8/2007.

Míla ehf.

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 smásölumarkaði fyrir lágmarksframboð af leigulínum (markaður 7), heildsölumarkaði fyrir lúkningarluta leigulína (markaður 13) og heildsölumarkaði fyrir stofnlínuhluta leigulína (markaður 14).

Krafa Mílu ehf. er að ákvörðun PFS frá 14. september 2007 sem varðar markaði 13 og 14 verði felld úr gildi og eftir því sem við á vísað aftur til PFS til meðferðar og ákvörðunar að nýju. Sérstaklega er þess krafist að ákvörðunin sem lýtur að svörtum ljósleiðara sé felld úr gildi og vísað aftur til PFS.

Jafnframt er þess krafist að ákvörðun PFS um álagningu kvaða um aðgang í 2.2.1 (markaður 13) og 2.3.1 (markaður 14), eftirlit með gjaldskrá Mílu ehf. og bókhaldslega aðgreiningu, sbr. grein 2.2.5 og 2.2.4 (markaður 13) og 2.3.5 og 2.3.4 (markaður 14) verði felld úr gildi til meðferðar og ákvörðunar að nýju.

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 tímafrekur 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 tímann 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 að 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 samskiptareglna 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.

Pann 12. október 2007 kærði Míla ehf. ákvörðunina til Úrskurðarnefndar fjarSKIPTA- og póstmála. Sú kæra er hér til meðferðar.

2.0 Málsástæður kæranda.

Í kæru Mílu ehf. koma fram eftirfarandi sjónarmið um efnishlið málsins:

IV.1 Annmarkar á hinni kærðu ákvörðun:

Að mati kæranda eru verulegir annmarkar á hinni kærðu ákvörðun.

Kærandi telur að ákvörðun PFS um markaðsgreiningu og álagningu kvaða um aðgang að tilteknum vörum og þjónustupáttum, eftirlit með gjaldskrá og bókhaldslegan aðskilnað ekki vera rökstudda með fullnægjandi hætti. Að mati kæranda hefur PFS ekki gætt meðalhófs við ákvörðun og álagningu kvaðanna. Jafnframt telur kærandi að málið hafi ekki verið rannsakað nægilega vel. Einnig er ákvörðunin að mati kæranda ekki nægilega skýr til þess að uppfylla reglur stjórn-sýslulaga um skýrleika ákvörðunar. Er hér um verulega ágalla að ræða á hinni kærðu ákvörðun sem varða ógildi hennar.

Kærandi telur rökstuðningi framangreindrar ákvörðunar PFS haldna miklum ágöllum. Tilgangurinn með rökstuðningi stjórnvaldsákvörðunar er að aðili máls geti áttað sig á forsendum ákvörðunar, hvers vegna stjórnvaldið komst að þessari niðurstöðu og þannig tekið afstöðu til hennar. Miða verður við að rökstuðningur leiði til þess að málsaðili geti skilið ákvörðunina og metið réttarstöðu sína. Af rökstuðningi á þannig að vera hægt að greina hvaða málsatvik, réttarheimildir og sjónarmið niðurstaðan byggðist á. Þar sem rökstuðningurinn í hinni kærðu ákvörðun beinist ekki sérstaklega að kæranda eins og staða hans er þegar ákvörðun er tekin, þá er mjög erfitt fyrir kæranda að átta sig á hvers vegna þessi niðurstaða varð gagnvart honum. Í viðaukum A-E þar sem fram eiga að koma meginsjónarmið og rökstuðningur fyrir hinni kærðu ákvörðun er yfirleitt eingöngu vísað til þess ástands sem var áður en skipulagsbreytingar urðu hjá Símanum sem urðu til þess að kærandi varð til sem sjálfstætt félag.

Kærandi telur PFS ekki hafa uppfyllt áskilnað um nægilega rannsókn máls, sbr. 10. gr. stjórn-sýslulaga. Umboðsmaður Alþingis hefur í allmörgum úrskurðum talið leiða af rannsóknarreglu stjórn-sýslulaga að stjórnvaldi beri skylda til að sjá til þess að eigin frumkvæði að atvik máls séu nægilega upplýst áður en ákvörðun er tekin. Veruleg vanræksla á rannsókn máls getur leitt til þess að ákvörðun verði talin ógildanleg. Á þetta ekki síst við um íþyngjandi ákvörðun.¹

Að því er snýr að greiningu á mörkuðum 13 og 14 er það mati kæranda verulegur annmarki að ekki hafa verið rannsökuð með fullnægjandi hætti áhrif af uppbyggingu annarra neta í samkeppni við net kæranda á mörkuðum 13 og 14. Hér er einkum vísað til þeirrar miklu uppbyggingar sem orðið hefur á ljósleiðaraneti Gagnaveitu Reykjavíkur (áður net byggt upp Orkuveitu Reykjavíkur) frá því að tölfraðileg gagnaöflun á mörkuðum 13 og 14 fór fram. Fram kemur í viðauka E við hina kærðu ákvörðun PFS að tölfraðilegar upplýsingar um markaðinn byggja á gögnum sem eru

¹ Páll Hreinsson, Stjórn-sýslulögin. Skýringarrit, Reykjavík [1994], bls. 115-116

eins og hálfis árs gamlar þegar ákvörðun er tekin. Það er að mati kæranda ljóst að einmitt á þessum tíma hefur Gagnaveita Reykjavíkur ehf. dótturfélag Orkuveitunnar aukið útbreiðslu nets síns og sókn inn á báða umrædda markaði, á höfuðborgarsvæðinu og nágrannasveitarfélögum. Vísast þar til fréttatilkynninga frá fyrirtækinu og heimasíðu Gagnaveitunnar ehf.² Einnig liggur fyrir verðmat tveggja banka á Gagnaveitu Reykjavíkur þar sem fyrirtækið er í dag metið á 10 milljarða og spáð því að verðmæti fyrirtækisins þrefaldist á næstu þremur árum. Þetta bendir til þess að mjög öflugrar samkeppni við Mílu á leigulínumarkaði. Einnig hafa veitur í ýmsum sveitarfélögum úti á landi hafið uppbyggingu á ljósleiðaraneti, sbr. Gagnaveita Skagafjarðar. Að mati kæranda bar PFS að rannsaka þennan þátt ítarlega. Sérstaklega skortir á að rökstudd niðurstaða byggð á rannsókn á markaðnum liggi fyrir um svo nefndan “svartan fiber” en það er ekkert í gögnum málsins sem bendir til þess að Míla hafi umtalsverða markaðshlutdeild í leigu á svörtum fiber á hvort heldur er á markaði 13 eða markaði 14. Svartur fiber er einmitt verulegur hluti af þjónustuframboði Gagnaveitunnar ehf. Þessi skortur á rannsókn á mikilvægum þáttum umræddra markaða varðar að mati að mati kæranda ógildingu ákvörðunarinnar í heild. Kærandi byggir á því að brotið hafi verið gegn 10. gr. stjórnisýslulaga nr. 37/1993 með því að rannsaka þennan þátt ekki með tilhlýðilegum hætti.

IV.2 Annmarkar á álagningu kvaða:

Að því er varðar grundvöll og rökstuðning fyrir álagningu kvaðar um eftirlit með gjaldskrá og kvaðar um bókhaldslega aðgreiningu eru einnig alvarlegir annmarkar, eins og nánar verður rakið hér á eftir.

Þá er ekki á nokkurn hátt rannsakað af hálfu PFS hvaða áhrif skipulagsbreytingar þær sem samþykktar voru á aðalfundi Símans í mars s.l. og urðu til þess að fjarskiptanetið er nú rekið í sérstöku hlutafélagi hafa á þær kvaðir sem nauðsynlegt er að leggja á. Að mati kæranda veldur þessi skipulagsbreyting því að létta ber á kvöðum sem lagðar eru á kæranda. Það er að minnsta kosti lágmarkskrafa að PFS rannsaki að eigin frumkvæði og fari í gegnum rökstudda greiningu á því hvort og hvernig þessi skipulagsbreyting hafi áhrif á nauðsyn álagningar einstakra kvaða. Skortur á rannsókn og rökstuðningi hér varðar að mati kæranda ógildi ákvörðunarinnar að því er varðar kvaðir á kæranda. Kærandi byggir á því að hér hafi verið brotið gegn ákvæðum stjórnisýslulaga að því er varðar rannsókn og meðalhöf, sbr. 10. og 12. gr. laga nr. 37/1993.

Kærandi byggir einnig á því að álagning kvaða samkvæmt fsl. og tilskipunum ESA og almennum reglum stjórnisýsluréttarins er háð verulegum takmörkunum. Það er viðurkennt að um er að ræða íþyngjandi ákvörðun sem snertir verulega hagsmuni og varðar réttindi sem vernduð eru af 72. gr. stjórnarskrár íslenska lýðveldisins. Samkvæmt tilskipunum ESA ber að leggja a.m.k. eina kvöð á fjarskiptafyrirtæki sem útnefnd hafa verið með umtalsverðan markaðsstyrk á viðkomandi markaði. Kvaðir mega ekki ganga lengra en nauðsynlegt er og mega ekki leggja þyngri byrðar á fyrirtækin en nauðsyn krefur.³ Við álagningu kvaða ber eftirlitsstofnuninni að sýna fram á að kvaðir byggi á eðli þeirra samkeppnishindrana sem stofnunin hefur greint,

² <http://www.gagnaveita.is>, sjá td.

<http://www.gagnaveita.is/Forsida/Ljosleidariheimtilthin/Kynning/>

³ Sjá 8. gr. rammatilskipunar

að gætt sé meðalhófs og að unnt sé að réttlæta kvaðirnar í ljósi þeirra meginmarkmiða sem fram eru sett Rammatilskipuninni.⁴ Einnig eru lögbundin sjónarmið sem hafa skal í huga við ákvörðun um aðgang að fjarskiptaneti, sbr. 3. mgr. 28. gr. fsl.

Álagðar kvaðir eru slíkt inngríp í rekstur fyrirtækja og skerðing á grundvallarreglu laga um samningafrelsi að þær þurfa að vera studdar mjög sterkum rökum. Kvaðir sem lagðar eru á kæranda í hinnu kærðu ákvörðun eru ekki rökstuddar með þeim hætti að það réttlæti álagningu svo íþyngjandi og yfirgripsmikilla kvaða. Ákvörðunin er því órökstudd þar sem ákvörðunin byggir ekki á rannsókn á staðreyndum málsins og brýtur reglur um meðalhóf og sérstakar reglur ESA um að ekki skuli beita þyngri kvöðum en nauðsyn ber til. Kærandi telur að rannsóknarregla stjórnsýslulaga, sbr. 10. gr. 1. nr. 37/1993 og meðalhófsregla í 12. gr. sömu laga hafi verið brotnar og að það sé svo verulegur ágalli á ákvörðuninni að varði ógildingunni hennar.

IV.2.1 Kvöð um aðgang.

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

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

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

Þessi skortur á rökstuðningi og umfjöllun um lögbundin sjónarmið í ákvörðuninni er svo verulegur ágalli á ákvörðun PFS að þess er krafist af hálfu kæranda að það varði ógildingunni ákvörðunarinnar.

IV.2.2. Kvöð um bókhaldslegan aðskilnað.

⁴ Bls. 14 í Tilmælunum segir: ...in order to establish that a proposed remedy is compatible with the principle of proportionality, the action taken must pursue a legitimate aim and the means employed to achieve the aim must be both necessary and the least burdensome, i.e. it must be the minimum necessary to achieve the aim.”

Kærandi krefst þess að kvöð um bókhaldslegan aðskilnað verði felld úr gildi. Kærandi byggir á því að tilgangurinn með þessari kvöð að koma í veg fyrir að blandað sé saman heildsölu og smásölu og ólíkum þjónustupáttum. Eins og skipulagi og starfsemi kæranda er háttað er þessi kvöð algjörlega óþörf og ofaukið.

IV.2.3. Kvöð um eftirlit með gjaldskrá.

Kærandi krefst þess að kvöð um eftirlit með gjaldskrá í gr. 2.2.5 (á markaði 13) og 2.3.5 (á markaði 14) verði felld úr gildi.

Kærandi byggir á því að heimild PFS til að leggja á kvöð um eftirlit með gjaldskrá er að finna í 32. gr. fsl. Samkvæmt skýru orðalagi 1. mgr. 32. gr. fsl. er það **skilyrði** að það sé eingöngu þegar markaðsgreining gefur til kynna að skortur á virkri samkeppni hafi í för með sér að fjarskiptafyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk krefjist of hárra gjalda eða að óeðlilega lítill munur sé á heildsölu- og smásöluverði geti Póst- og fjarskiptastofnun lagt kvaðir á fjarskiptafyrirtæki um kostnaðarviðmiðun gjaldskrár. Samkvæmt markaðsgreiningu PFS er ekki að finna slíka greiningu eða rannsókn sem leiðir eða getur leitt til þeirrar niðurstöðu að kærandi krefjist of hárra gjalda eða að óeðlilega lítill munur sé á heildsölu- og smásöluverði. Með því að starfsemi kæranda er eingöngu á heildsölumarkaði þá er ekki hægt að komast að þeirri niðurstöðu að hann sé í nokkurri aðstöðu til að hlutast til um smásöluverð og ekki hefur verið sýnt fram á að kærandi krefjist of hárra gjalda. Að öðru leyti vísast til almennra sjónarmiða takmörkun á álagningu íþyngjandi kvaða hér að framan.

Kvöð um eftirlit með gjaldskrá er því andstæði skýru lagaákvæði, ónauðsynleg og ofaukið og í andstöðu við rannsóknarreglu stjórnsýslulaga, reglur um meðalhóf og fyrir mælum um að kvaðir eigi einungis að leggja á í því tilviki að um raunveruleg samkeppnisvandamál sé að ræða.

V. Áhrif kærðrar ákvörðunar.

Kærandi leggur áherslu á að verði ákvörðun þessi látin standa að öllu leyti, þá mun það réttarástand vara a.m.k. næstu 3 árin. Málið varðar mikilsverða hagsmuni kæranda. Það er hins vegar ljóst að á báðum mörkuðum 13 og 14 er grundvöllur fyrir landfræðilegri aðgreiningu markaða þar sem virk samkeppni frá öðrum fjarskiptanetum sem byggð hafa verið upp á s.l. árum og eru enn í stöðugri uppbyggingu er staðreynd. Undir þetta er tekið víða í ákvörðun PFS en talið að bíða eigi með rannsókn á áhrifum þessa fram að næstu markaðsgreiningu. Þetta telur kærandi óásættanlegt. Það er því mikilvægt að fá úrskurð um að PFS beri að rannsaka þessa markaði betur og miða við það ástand sem er á markaðnum í dag. Það er einnig vert að benda á að samkvæmt drögum að nýjum tilmælum framkvæmdastjórnarinnar sem munu taka við af gildandi tilmælum er gert ráð fyrir því að markaður fyrir stofnlínuhluta leigulína (markaður 14) falli út af lista yfir þá markaði sem PFS ber að framkvæma markaðsgreiningu á.

Eftirfarandi bókun Mílu ehf. var lögð fram við munnlegan flutning málsins þann 22. janúar 2008:

Míla óskar eftir því að það verði bókað að þess sé krafist af hálfu Mílu að úrskurðarnefndin felli úr gildi ákvörðun PFS þess efnis að svartur ljósleiðari tilheyri

markaði 13 og 14. Byggir það á því að svartur ljósleiðari er ekki leigulína samkvæmt rétttri skilgreiningu á leigulínu. Vísast í skilgreiningu á leigulínu til þess sem fram hefur komið í máli Símans frá því rannsókn á þessu máli hófst og til þessa dags. Míla óskar eftir að fá að leggja fram gögn sem styðja það að hvergi í ESB hefur svartur ljósleiðari verið skilgreindur sem leigulína nema í Noregi. Í Noregi byggir sú skilgreining á sérstöku lagaákvæði í norskum lögum.

Míla vísar til þess að skilgreiningu á leigulínu hefur verið mótmælt af hálfu Símans/Mílu frá því rannsókn á mörkuðum 13 og 14 hófst. Fallist nefndin á það með Símanum að skilgreining PFS á leigulínu sé röng þá krefst Míla þess að viðurkennt verði að skilgreining á svörtum ljósleiðara sem leigulínu sé röng og verði ákvörðun PFS því felld úr gildi að því er varðar svartan ljósleiðara.

Ef sú niðurstaða verður að ákvörðun um að svartur ljósleiðari falli undir skilgreiningu á leigulínu þá er það beinlínis í andstöðu við grundvallarreglu EES réttarins um einsleitni á svæðinu.

Vísast að öðru leyti í kærur félagsins og fylgigögn fyrir nefndinni.

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 kærur Símans vegna markaðs 7 verður svarað sérstaklega og kærur 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 leigulínum 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 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 búið 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 kys 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

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).

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

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.:

Pegar 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 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

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).

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 bandvidd 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 bandvidd sem er til aflögu er mjög dýr.

Aðgangur að IP-MPLS og ATM hefur einnig áhrif möguleika fjarskiptafyrirtækja 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 nútímaparfir, 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 hámarkshraða 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 bandvidd 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 Símans 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 grundvallar forsenda 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

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.

heildsölupjónustunnar 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 Síminn og Míla bjóði eðlileg 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 Síminn hefur krafist þess að byggt verði á framangreindum drögum ERG um kvaðir á leigulínnumarkaði þá verður ekki hjá því komist að benda á að þau drög mæla fyrir um auknar og útarlegri 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:

5. Athugasemdir við kæru Mílu á mörkuðum 13 og 14

Míla krefst þess að ákvarðanir PFS á mörkuðum 13 og 14 verði felldar úr gildi og eftir því sem við á vísað aftur til PFS til meðferðar og ákvörðunar að nýju. Sérstaklega er þess krafist að ákvörðun er lýtur að svörtum ljósleiðara verði felld úr gildi og vísað aftur til PFS.

Þá er þess krafist að ákvarðanir PFS um álagningu kvaða um aðgang, bókhaldslega aðgreiningu og eftirlit með gjaldskrá Mílu verði felld úr gildi til meðferðar og ákvörðunar að nýju.

5.1. Almenn

PFS lítur svo á að aðalkrafa Mílu sé á þá leið að ákvarðanir PFS um að útnefna Mílu sem fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk á viðkomandi mörkuðum verði felldar úr gildi. Það leiðir af eðli máls að fallist úrskurðarnefndin á þá kröfu Mílu falla allir álagðar kvaðir niður. Einhvers konar varakrafa virðist felast í kröfu Mílu um að þess sé sérstaklega krafist á ákvarðanir PFS verði felldar úr gildi að því er varðar svarta

ljósleiðara. Prautavarakrafa Mílu virðist vera á þá leið að úrskurðarnefnd felli úr gildi ákvarðanir PFS um álagningu kvaða varðandi aðgang, bókhaldslegan aðskilnað og eftirlit með gjaldskrá ef nefndin verður ekki við aðalkröfu Mílu.

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 kærnunum og draga fram þau aðalatriði sem PFS telur að skipti máli í þessu sambandi.

5.2. Ógilding ákvörðunar vegna skorts á rökstuðningi

Kærandi telur rökstuðningi ákvarðana PFS haldna miklum ágöllum. Tilgangurinn með rökstuðningi stjórnvaldsákvörðunar sé að aðili máls geti áttað sig á forsendum ákvörðunar, hvers vegna stjórnvaldið komst að tiltekinni niðurstöðu og þannig tekið afstöðu til hennar. Af rökstuðningi eigi að vera hægt að greina á hvaða málsatvikum, réttarheimildum og sjónarmiðum niðurstaðan hafi byggst á. Þar sem rökstuðningurinn í hinni kærðu ákvörðun hafi ekki beinst sérstaklega að Mílu eins og staða hans hafi verið þegar hin kærða ákvörðun hafi verið tekin sé mjög erfitt fyrir kæranda að átta sig á hvers vegna þessi niðurstaða hafi orðið gagnvart honum. Í viðaukunum þar sem meginsjónarmið og rökstuðningur fyrir hinni kærðu ákvörðun ættu að koma fram væri eingöngu vísað til þess ástands sem hefði verið fyrir skipulagsbreytingarnar hjá Símanum sem leiddu til þess að kærandi varð sjálfstætt félag.

Ofangreind krafa Mílu er að stórum hluta almenns eðlis og órökstudd. Reynt er að gera lítið úr ítarlegum rökstuðningi PFS sem fram kemur í viðauka A með hinni kærðu ákvörðun. Slíkar almennar órökstuddar tilvitnanir Símans varðandi meint brot PFS á málsmeðferðarreglum stjórn-sýslulaga hafa ekki dugað Símanum í kærnum á mörkuðum 15 og 16. Með samanburði við markaðsgreiningar fjarskiptaeftirlitsstjórnvalda á EES-svæðinu getur PFS fullyrt að rökstuðningur með ákvörðun PFS á mörkuðum 13 og 14 er alls ekki síðri en tíðkast hjá öðrum fjarskiptaeftirlitsstofnunum og í mörgum tilvikum mun ítarlegri. Markaðsgreining á viðkomandi leigulínumörkuðum var unnin með nákvæmlega sama hætti og sömu aðferðafræði og viðhöfð var við markaðsgreiningar á mörkuðum 15 og 16.

Öðrum þræði byggir Míla á því að markaðsgreining sú sem hin kærða ákvörðun byggir á hafi ekki verið rökstudd nægilega gagnvart Mílu ehf. og taki greiningin mið af því ástandi sem var við líði fyrir skipulagsbreytingarnar á samstæðu Símans sem leiddu til þess að Míla varð “sjálfstætt” félag. Þetta sjónarmið Mílu þarfnast nánari skýringa. Hér að neðan verður gerð grein fyrir því hvernig tengd félög eru meðhöndluð í samkeppnisréttinum en PFS ber að beita meginreglum samkeppnisréttar og EES-réttar við markaðsskilgreiningar og markaðsgreiningar sínar. Eftir almenna umfjöllun þar sem vitnað er í bækur helstu fræðimanna á sviði samkeppnisréttar í Evrópu verða nokkrar úrlausnir samkeppnisyfirvalda sem taka á umræddu atriði reifaðar.

Í samkeppnisrétti hefur verið litið svo á að til að um ólögmeitt samráð fyrirtækja geti verið að ræða þurfi a.m.k. tvö fyrirtæki að vera aðilar að samráði. Hins vegar ber undir vissum kringumstæðum að meðhöndla tvo eða fleiri lögaðila sem eitt fyrirtæki ef tengsl þeirra benda til að þau myndi “eina efnahagslega einingu” (e. the single

economic unit doctrine).¹¹ Í slíkum tilvikum geta samningar milli slíkra aðila (jafnvel þótt löglegir séu og aðfararhæfir) ekki orðið grundvöllur ólögmeats samráðs í skilningi samkeppnisréttar. Litið er á slíka samninga fyrirtækja innan sömu fyrirtækjasamstæðu sem einhvers konar verkaskiptingu innan hinnar efnahagslegu einingar. Bæði einstök fyrirtæki innan fyrirtækjasamstæðu eða fyrirtækjasamstæðan sem slík geta hins vegar misnotað markaðsráðandi stöðu. Við tilteknaðar aðstæður er unnt er að meðhöndla tvo eða fleiri lögaðila sem einn þar sem eitt fyrirtæki tekið við af öðru t.d. í kjölfar skiptingar. Ábyrgð sem hvíldi á hinu síðarnefnda getur því flust yfir á hið fyrrnefnda.¹²

Fram kom í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 9/2006 að IGS og systurfélagið Icelandair væru hluti af FL Group (áður Flugleiðir) samstæðunni. Hafi þessi samstæða um áratugaskeið haft mjög sterka stöðu í áætlunarflugi til og frá landinu og á skyldum mörkuðum. Að mati SE njóti IGS óhjákvæmilega þessara tengsla. Varðandi umrædd tengsl félaganna segir:

„.. skiptir höfuðmáli að IGS og Icelandair eru ekki ótengd og sjálfstæð fyrirtæki heldur systurfélög sem lúta yfirráðum móðufélags síns. Samskipti þessara fyrirtækja hljóta því að ráðast af heildarhagsmunum fyrirtækjasamstæðu FL Group sem hefur veruleg umsvif á skyldum mörkuðum. ... Í þessu samhengi dugur ekki fyrir IGS að staðhæfa að rekstur félagsins og Icelandair sé aðskilinn og að viðskiptaskilmálar séu með sama hætti og milli óskyldra aðila. IGS sé þannig skuldbundið að veita Icelandair þjónustu fyrir samkeppnishæft verð. Eftir sem áður eru þessi fyrirtæki ekki sjálfstæð í skilningi samkeppnislaga heldur hluti af sömu fyrirtækjasamstæðu sem lýtur einni stjórn. ... Með hliðsjón af þessu er ljóst í málinu að Icelandair er ekki fyrirtæki með sjálfstæða viðskiptahagsmunum gagnvart IGS.”¹³ (leturbr. undirritaðs).

Í ákvörðun samkeppnisráðs nr. 7/2001 (erindi Landssíma Íslands hf. vegna samnings Fræðslumiðstöðvar Reykjavíkur við Línu.Net ehf.) var fjallað um erindi Landssímans sem taldi að tiltekinn samningur færi gegn tilteknum ákvæðum samkeppnislaga. Því var haldið fram af Landssímanum að líta bæri á Línu.Net og Orkuveitu Reykjavíkur sem fyrirtækjasamstæðu í skilningi 4. gr. samkeppnislaga. Lína.Net væri dótturfyrirtæki Orkuveitunnar og því væri um eina samkeppnislega einingu að ræða. Niðurstæða samkeppnisráðs var á þá leið að um eina efnahagslega einingu (e. single economic unit) væri að ræða þegar dótturfyrirtæki eða fyrirtæki innan sömu fyrirtækjasamstæðu hefði ekki raunverulegt frelsi til þess að ákveða aðgerðir sínar á markaði. Ef samband t.d. dótturfyrirtækis við móðurfyrirtæki væri þannig að móðurfélagið hefði boðvald yfir dótturfélaginu og það væri í raun ígildi deildar innan

¹¹ Sjá t.d. Faull & Nikpay, The EC law of competition, Oxford 2007, bls. 206-210 og Richard Whish, Competition Law, fifth edition, 2005, bls. 87-88. Sjá t.d. joined cases C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P *Aalborg Portland A/S and others v Commission* [2004] ECR I-123. Þar var leyst úr því ágreiningsefni hvort framkvæmdastjórn ESB gæti gert fyrirtæki ábyrgt fyrir samkeppnisréttarbrotum annars fyrirtækis sem áttu sér stað fyrir stofnun þess fyrrnefnda í kjölfar skipulagsbreytinga. Það var talið unnt, sbr. „... the undertaking run by Aalborg from 1990 was the same as that previously run by Aktieselskabet and the fact that Aktieselskabet still existed as a legal entity did not invalidate that finding.”

¹² Sjá Richard Whish, Competition Law, fifth edition, 2005, bls. 90-91: „Separate undertakings may be treated as one and the same where one undertaking succeeds another, so that the liabilities of the latter may be attributed to the former. In *Compagnie Royale Austrienne des Mines SA and Rheinzink GmbH v Commission* the ECJ held that ‘a change in the legal form and name of an undertaking does not create a new undertaking free of liability for the anti-competitive behaviour of its predecessor when, from an economic point of view, the two are identical.’”

¹³ Tilvitnun á bls. 35 í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 9/2006.

móðurfélagsins væri um eina efnahagslega einingu að ræða. Samningar milli þessara aðila væru ekki samningar milli sjálfstæðra keppinauta heldur frekar innri ráðstafanir sama fyrirtækis. Þegar móður- og dótturfyrirtæki mynduðu eina efnahagslega einingu gætu aðgerðir þeirra fallið undir ákvæði samkeppnislaga um bann við misnotkun á markaðsráðandi stöðu. Þar sem fyrirtækin störfuðu á ólíkum mörkuðum, þ.e. Orkuveitan aflaði, dreifði og seldi vatn og rafmagn meðan Lína.Net veitti almenna fjarskipta- og gagnaflutningsþjónustu, væri aftur á móti ljóst að fyrirtækin störfuðu ekki á sama markaði. Þar að leiðandi var ekki litið frekar til Orkuveitunnar í tengslum við stöðu Línu.Nets í umræddu máli.¹⁴

Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 51/2007 þurfti Samkeppniseftirlitið að meta samkeppnisleg áhrif yfirtöku Reynimels ehf. á Kynnisferðum ehf. Það var mat SE að við það mat yrði að horfa á **sameiginlega stöðu Hagvagna/Hópbíla ehf., SBA-Norðurleiðar ehf. og Kynnisferða ehf.** á hinum skilgreinda rútumarkaði þar sem um fyrirtækjasamstæðu væri að ræða.

Með úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 6/2006 (DAC ehf, Lyfjaver ehf. og Lyf & heilsa ehf. gegn Samkeppniseftirlitinu) var ákvörðun SE nr. 28/2006 staðfest. DAC ehf., sem var systurfélag Lyfja & heilsu ehf., keypti allt hlutafé í Lyfjaveri ehf. og tilkynnti um samrunann til SE. SE ógilti umræddan samruna þar sem hann var talinn hindra virka samkeppni á tilteknum undirmarkaði lyfjamarkaðarins. Fyrirtækin bentu á að hvert einkahlutafélag væri samkvæmt íslenskum rétti ávallt sjálfstæður lögaðili með lagalegt og fjárhagslegt sjálfstæði. Stjórnvald gæti þannig ekki ákvarðað á neinn hátt um stöðu félags á grundvelli þess að mál varðaði systurfélag þess sem væri ekki til meðferðar hjá því. Jafnvel þótt Lyf & heilsa ehf. tengdist aðila samrunamálsins, þ.e. DAC ehf., sem systurfélag hefðu sjónarmið fyrrnefnda félagsins ekki komist að í málinu. SE vísaði til þess að Lyf & heilsa ehf. og DAC ehf. væri hluti af sömu fyrirtækjasamstæðu og einni efnahagslegri einingu. Væri Lyf & heilsa ehf. því ekki sjálfstætt fyrirtæki í skilningi samkeppnisréttar og væru hagsmunir félagsins hinir sömu og fulltrúi samstæðunnar, DAC ehf., hafi gætt í málinu. Teldust hagsmunir einstakra fyrirtækja innan samstæðunnar til hagsmuna samstæðunnar sem slíkrar. Að mati SE jafngiltu kaup DAC ehf. á öllu hlutafé í Lyfjaveri ehf. samruna Lyfja & heilsu ehf. og Lyfjavers ehf. í skilningi samkeppnisréttar.

Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 11/2007 (Icelandair/Iceland Express) kom fram að í athugasemdum Icelandair til SE hafi komið fram að félagið fengi ekki séð hvaða áhrif staða systurfélaga Icelandair hefði í málinu þar sem félögin væru rekin sem sjálfstæðar og aðskildar einingar, óháðar Icelandair. SE féllst ekki á þetta sjónarmið Icelandair og vísaði m.a. til þess samkeppnislega forskots sem “viðstuðningsfyrirtæki” Icelandair veittu félaginu. Fram kom að jafnvel þótt hvert dótturfélag Icelandair Group á sviði flugreksturs og ferðaþjónustu hefði verið rekið

¹⁴ Ákvörðun samkeppnisráðs var skotið til áfrýjunarnefndar samkeppnismála sem staðfesti ákvörðunina að þessu leyti, sbr. úrskurður nefndarinnar í máli nr. 12/2001. Þar segir m.a. á bls. 9: „Þá þykir einnig mega leggja til grundvallar, með þeim rökum sem fram koma í hinum kærða úrskurði, að Orkuveitan og Lína.Net myndi eina efnahagslega heild í skilningi samkeppnislega en að fyrirtækin starfi samt sem áður á ólíkum mörkuðum og fjárhagslega og stjórnunarlega aðskilin. **Af því leiðir að aðeins ber að líta til stöðu fyrirtækisins Línu.Nets við úrlausn máls þessa.** Verður ekki talið að Lína.Net hafi efnahagslegan styrkleika til að geta hindrað virka samkeppni á hinum skilgreinda markaði.” (leturbr. undirritaðs).

sem sjálfstæð eining breytti það ekki þeirri staðreynd að öll þessi félög að Icelandair meðtöldu hefðu lotið (nú sem áður) sama eignarhaldi og teldust því til sömu fyrirtækjasamstæðu í skilningi 4. gr. samkeppnislaga. Þá væri ljóst að stjórnunartengsl dótturfélaga Icelandair Group hefðu verið mjög náin en stjórnir þeirra væru jafnan skipaðar framkvæmdastjórum eða starfsmönnum systurfélaga. Ennfremur væri ljóst að samstarf félaga innan samstæðunnar hefði verið mjög mikið og í mörgum tilvikum væri stærstur hluti viðskipta dótturfélaganna tilkominn vegna viðskipta við systurfélag.

Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 5/1999 var skorið úr því ágreiningsefni hvort Landssími Íslands hf. og Skíma ehf., sem var í 100% eigu Landssímans, mynduðu eina samkeppnislega einingu á internetmarkaði. Samkeppnisstofnun komst að þeirri niðurstöðu í ákvörðun sinni að svo væri og skutu fyrirtækin þeirri niðurstöðu til áfrýjunarnefndar. Fyrirtækin byggðu á því að ekki væri lagastöð í reglum samkeppnisréttar fyrir því að slegið væri saman markaðshlutdeild fyrirtækjanna á internetmarkaði. Þó svo fyrirtækin teldust fyrirtækjasamstæða væri ósannað að fyrirtækin mynduðu “eina samkeppnislega einingu” þannig að líta mætti svo á að sameiginlega væri um markaðsráðandi stöðu að ræða. Orðrétt segir í úrskurði áfrýjunarnefndar:

„Samkeppnisráð telur að líta beri á áfrýjendur sem eitt fyrirtæki í skilningi samkeppnislaga og að áfrýjendur hafi markaðsráðandi stöðu á internetmarkaðnum. Samkeppnisráð kveður aðalatriðið vera að Skíma ehf. sé 100% í eigu Landssímans og saman myndi fyrirtækin því fyrirtækjasamstæðu ... Samkeppnislögin líti á móður- og dótturfélög sem ígildi eins fyrirtækis og þá verði að leggja saman hlutdeild slíkra fyrirtækja þegar verið er að meta stöðu þeirra á markaðnum.”

Áfrýjunarnefnd sagði ennfremur að sökum 100% eignarhluta Landssímans í Skímu gæti Skíma ekki notið raunverulegs sjálfstæðis í markaðsstarfi sínu gagnvart eiganda sínum. Þá kom fram að í athugasemdum við 1. mgr. 14. gr. frumvarps til samkeppnislaga, sem varð að lögum nr. 8/1993, kæmi einnig fram að fyrirtæki undir sömu eignaraðild gætu vart talist keppinautar og væri þeim veitt undanþága frá bannreglum samkeppnislaga sem giltu um samstarf keppinauta. Að mati áfrýjunarnefndar bæri því að líta á Landssímamann og Skímu sem **eina samkeppnislega einingu**.

Af þessari umfjöllun má ljóst vera að Síminn hf. og Míla ehf. mynda eina efnahagslega einingu ásamt Skiptum hf. Óumdeilt er að eignartengslin eru algjör og stjórnunartengslin eru augljós þar sem lykilstarfsmenn Símans og Skipta eru í stjórn Mílu. Samskipti Símans og Mílu ráðast því fyrst og fremst af heildarhagsmunum fyrirtækjasamstæðunnar og teljast hagsmunir einstakra fyrirtækja innan fyrirtækjasamstæðunnar til hagsmuna samstæðunnar sem slíkrar. Félögin eru því ekki sjálfstæði í skilningi samkeppnisréttar. Vísað var til fordæmis þar sem Landssíminn og Skíma voru talin mynda eina efnahagslega einingu og annars fordæmis þar sem Síminn krafðist þess að Orkuveita Reykjavíkur og Lína.Net mynduðu eina efnahagslega einingu og féllust samkeppnisyfírvöld á þá kröfu Símans. Því er ljóst að Símanum og Mílu eigi að vera fullkunnugt um hvernig meta beri tengsl félaganna í samkeppnislegu tilliti. Því virðist sem Míla sé að reyna að slá ryki í augun á úrskurðarnefnd. Er þetta enn eitt dæmið um það ósamræmi sem er í málalátibúnaði samstæðu Símans milli mála. Ekki stóðar að framkvæma skipulagsbreytingar á fyrirtækjum eða fyrirtækjasamstæðum til að losna undan kvöðum samkvæmt

fjarskiptalögum fremur en að það sé unnt til að losna undan ábyrgð vegna ólögmæts samráðs eða misnotkunar á markaðsráðandi stöðu samkvæmt samkeppnislögum.

Samkvæmt þessu geta Síminn og Míla, sem eru undir sömu eignaraðild, ekki talist keppinautar á viðkomandi leigulínumörkuðum heldur mynda félögin eina efnahagslega einingu. Í stað þess að staðfesta fyrirhugaða ákvörðun sína í mars s.l., sem fengið hafði staðfestingu ESA, hóf PFS rannsókn á því hvaða áhrif skipulagsbreytingar á Símanum höfðu, en þær komu til framkvæmdar um svipað leyti. Samkvæmt upplýsingum frá Símanum bjóða bæði fyrirtækin upp á þjónustu sem fellur undir þjónustumarkaði á mörkuðum 13 og 14. Markaðshlutdeild samstæðunnar er sú sama og áður og staðan á umræddum mörkuðum sú sama og fyrir skipulagsbreytingarnar. Bæði fyrirtækin starfa á umræddum mörkuðum og því bar að útnefnda bæði félögin sem fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk á viðkomandi mörkuðum og leggja kvaðir á þau bæði. Kvaðirnar ná þá til þeirrar þjónustu sem hvort félag um sig veitir á viðkomandi mörkuðum.

Það er fráleitt að unnt sé að taka undir það sjónarmið Mílu að umrædd skipulagsbreyting ætti að leiða til þess að hefja þyrfti markaðsgreiningu á viðkomandi mörkuðum að nýju frá grunni. Ljóst er að niðurstaðan yrði nákvæmlega sú sama. Slíkt myndi einungis verða til þess að enn frekari tafir yrðu á að unnt verði að vinda ofan af þeim djúpstæðu samkeppnisvandamálum sem rannsókn PFS sýnir fram á að ríki á viðkomandi mörkuðum.

Ekki verður talið að staða Símans og Mílu á heildsölumörkuðum fyrir leigulínur hafi kallað á rannsókn á hugsanlegum sameiginlegum markaðsyfírráðum. Ástæðan er sú að félögin mynda sameiginlega efnahagslega einingu ásamt Skiptum hf. og eru því ekki sjálfstæð innbyrðis.¹⁵ Þá þarf almennt ekki að skoða sameiginleg markaðsyfírráð þegar eitt félag (eða fyrirtækjasamstæða) er augljóslega með umtalsverðan markaðsstyrk eins og samstæða Símans í þessu máli.

5.3. Ógilding ákvörðunar vegna ófullnægjandi rannsóknar máls

Kærandi telur PFS ekki hafa uppfyllt áskilnað um nægilega rannsókn máls, sbr. 10. gr. stjórnsýslulaga. Stjórnvaldi beri að sjá til þess að eigin frumkvæði að atvik máls séu nægilega upplýst áður en ákvörðun sé tekin. Veruleg vanræksla á rannsókn málsins gæti leitt til þess að ákvörðun yrði talin ógildanleg. Ætti þetta ekki hvað síst við um íþyngjandi ákvörðun. Það væri mat Mílu að það væri verulegur annmarki að áhrif af uppbyggingu annarra neta í samkeppni við net kæranda hefðu ekki verið rannsökuð með fullnægjandi hætti. Hér væri einkum vísað til þeirrar miklu uppbyggingar sem orðið hefði á ljósleiðaraneti Gagnaveitu Reykjavíkur frá því að tölfræðileg gagnaöflun hefði farið fram á viðkomandi mörkuðum. Það væri mat kæranda að Gagnaveitan hefði á þessu eina og hálfu ári einmitt aukið útbreiðslu nets síns og sókn inn á báða umrædda markaði, á höfuðborgarsvæðinu og í nágrennasveitarfélögum. Vísað væri til nýlegs fréttaflutnings um hátt verðmat Gagnaveitunnar og að það myndi þrefaldast á næstu þremur árum. Þetta benti til mjög

¹⁵ Richard Whish, Competition Law, fifth edition, 2005, bls. 191: „An important issue in Community competition law has been whether Article 82 is capable of application not only to ‘single firm dominance’, where one firm or groups of firms comprising a single economic unit enjoys a dominant position, but also so-called ‘collective’ or ‘joint dominance’, where two or more **independent** firms enjoy power over the market.” (leturbr. undirritaðs)

öflugrar samkeppni við Mílu á leigulínnumarkaði. Einnig hefðu veitur í ýmsum sveitarfélögum úti á landi hafið uppbyggingu á ljósleiðaraneti. Að mati kæranda hafi PFS borið að rannsaka þennan þátt ítarlega. Sérstaklega hafi skort á að rökstudd niðurstaða, byggð á rannsókn á markaðnum, lægi fyrir um “svartan ljósleiðara” en það væri ekkert í gögnum málsins sem benti til þess að Míla hafi umtalsverða markaðshlutdeild í leigu á honum. Svartur ljósleiðari væri einmitt verulegur hluti af þjónustuframboði Gagnaveitunnar. Ofangreindur skortur á rannsókn valdi að mati kæranda ógildi ákvarðana PFS á viðkomandi mörkuðum í heild.

Ofangreind kröfugerð Mílu er mjög almenns eðlis og lítt rökstudd. Aðeins er sérstaklega vísað til skorts á rannsókn á Gagnaveitu Reykjavíkur og félagið hafi ekki markaðsráðandi stöðu í þjónustu á svörtum ljósleiðara. Að mati PFS fullnægir rannsókn málsins skilyrðum 10. gr. stjórnisýslulaga 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.

Varðandi svartan ljósleiðara er það að segja að sú þjónusta er ein af mörgum sem tilheyra umræddum heiltsölumörkuðum leigulína samkvæmt niðurstöðum skilgreiningar PFS á þjónustumörkuðum. Síminn eða Míla hefur ekki borið þetta atriði fyrir sig fyrr við meðferð þessa máls. Verður að telja að slík málsástæða sé fullseint fram komin á kærustigi málsins. Hafna ber umræddri kröfu þar sem markaðshlutdeild á viðkomandi þjónustumörkuðum er reiknuð sem heildarvelta af sölu á þeim þjónustubáttum sem falla undir viðkomandi þjónustumarkaði. Ekki er unnt að taka einn þjónustubátt út úr dæminu og vísa til þess að markaðshlutdeild samstæðu Símans sé eitthvað lægri varðandi þá þjónustu en á markaðinum í heild.

PFS vísar til umfjöllunar um rannsókn á Gagnaveitu Reykjavíkur í kafla 4.3.3. PFS telur að sú rannsókn hafi verið fullnægjandi miðað við þá markaðshlutdeild sem samstæða Símans nýtur og skipulag markaðarins að öðru leyti. Ekkert hefur komið fram á undanförunum mánuðum sem bendir til þess að staða Símans og Mílu annars vegar og Gagnaveitu Reykjavíkur hins vegar hafi breyst verulega frá því um áramótin 2005/2006 og að samstæða Símans sé því ekki lengur í ráðandi stöðu á viðkomandi heiltsölumörkuðum fyrir leigulínur. Þess má geta að töluleg gögn sem lögð eru til grundvallar geta aldrei verið rauntímagögn. Það þarf að gera upp hvert ár fyrir sig enda um flókna upplýsingagjöf að ræða. Þegar endanlegar ákvarðanir eru tekar um útnefningu fyrirtækja með umtalsverðan markaðsstyrk og um viðeigandi kvaðir á þau fyrirtæki er algengt að töluleg gögn sem markaðsgreiningar byggjast á séu um og yfir eins árs gömul. Umræddar markaðsgreiningar eru viðvarandi verkefni sem þarf að framkvæma með fárra ára millibili eða strax og aðstæður breytast verulega.

Eðli málsins samkvæmt hefði “tvísýnni” markaður, þar sem minni munur hefði verið á markaðshlutdeild, kallað á ítarlegri rannsókn á þeim aðila sem er næststærstur á markaði. Þá hefði þurft að kanna hvort slíkur aðili með umtalsverðan markaðsstyrk á viðkomandi mörkuðum eða jafnvel sameiginlega markaðsráðandi stöðu með samstæðu Símans. Gagnaveitan var næststærsti aðilinn á markaði 13 í árslok 2005 með vel undir 20% markaðshlutdeild á meðan Síminn var með yfir 70% markaðshlutdeild. Ljóst er að ekki þarf að leggjast í mjög ítarlegar rannsóknir á aðila sem nýtur jafnlítillar markaðshlutdeildar og Gagnaveitan á þeim markaði.

Á markaði 14 naut samstæða Símans tæplega 90% markaðshlutdeildar á landsvísu og aðrir aðilar að sama skapi mun minni hlutdeildar. Þegar þeim markaði var skipt landfræðilega í höfuðborgarsvæðið og landið að öðru leyti kom í ljós að Síminn var með rúmlega 70% markaðshlutdeild en Gagnaveitan tæplega 30%. Reynslan hefur sýnt að engar stökkbreytingar verða á markaðshlutdeildarhlutföllum á þessum markaði á milli ára. Í mesta lagi hafa 2-3% flust milli þessara aðila á ári. Töluleg gögn sem PFS hefur undir höndum fyrir rekstrarárið 2006 benda ekki til verulegra breytinga á tekjum á milli þessara aðila. Til skýringar telur PFS rétt að reifa nokkrar úrlausnir samkeppnisyfirvalda og almenn sjónarmið sem varpa geta ljósi á þær kröfur sem eðlilegt er að gera til rannsókna fjarskiptaeftirlitsstjórnvalda og/eða samkeppnisyfirvalda.

Í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 17/2007¹⁶ kom fram að ekkert hefði komið fram í því máli sem benti til þess að staða Símans hefði breyst verulega og félagið væri því ekki í ráðandi stöðu á farsímamarkaði. Það mál hófst í kjölfar erindis frá Og fjarskiptum, dags. 8. nóvember 2004, og lauk með úrskurði 23. apríl 2007. Byggt var á gögnum um markaðshlutdeild áranna 2003 og 2004. Fram kemur að markaðshlutdeild Símans hafi verið 65-70%. Þá segir: „Þessi háa markaðshlutdeild gefur, ein og sér, ótvíræða vísbendingu um markaðsráðandi stöðu Símans ...”.

Fram kemur í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 9/2006 að í dómum dómstóls EB hefði komið fram að markaðshlutdeild væri ein veigamesta vísbendingin um hvort viðkomandi fyrirtæki hefði markaðsráðandi stöðu.¹⁷ Þótt dómstóllinn hefði ekki sett fram neina skýra reglu um hvaða hlutdeild dugi til þess að fyrirtæki teljist hafa slíka stöðu mætti telja að niðurstöður dómstólsins bentu til að því hærri sem hlutdeildin væri þeim mun líklegra væri að um markaðsráðandi stöðu væri að ræða. Einnig skipti máli hver hlutdeild keppinauta væri. Ef talsverður munur væri á hlutdeild þeirra og viðkomandi fyrirtækis væri það talin vera vísbending um markaðsráðandi stöðu. Dómstóll EB hefði hins vegar litið svo á að mjög há markaðshlutdeild gæti ein og sér sýnt markaðsráðandi stöðu fyrirtækis. Þannig hefði verið talið að 70% markaðshlutdeild sýndi ótvírætt fram á markaðsráðandi stöðu.¹⁸ Í dómi dómstóls EB í AKZO-málinu kæmi skýrt fram að 50% hlutdeild eða meira sem fyrirtæki hefði haft í **ákveðinn tíma** teldist ein og sér sýna fram á markaðsráðandi stöðu nema fyrir hendi væru sérstakar eða einstakar kringumstæður (e. *exceptional circumstances*) sem bentu til annars.¹⁹ Undirréttur EB hefur sagt að 60% markaðshlutdeild gefi sterkt til kynna markaðsráðandi stöðu.²⁰ Þá geta fyrirtæki einnig verið í markaðsráðandi stöðu þrátt fyrir að hafa lægri hlutdeild en 50% á viðkomandi markaði. Í úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 5/1999 (Landssími Íslands hf. og Skíma

¹⁶ Tilvísun á bls. 30 í ákvörðun SE nr. 17/2003.

¹⁷ Sjá t.d. mál nr. 85/76, Hoffman-La Roche v Commission [1979] ECR 461.

¹⁸ Sjá dóm undirréttar EB í máli nr. 30/89 Hilti v Commission [1992] ECR II-1439: „With particular reference to market shares, the Court of Justice has held ... that very large shares are in themselves, and save in exceptional circumstances, evidence of a dominant position ... In this case it is established that Hilti holds a share of between 70% and 80% in the relevant market. Such a share is, in itself, a clear indication of the existence of a dominant position in the relevant market.”

¹⁹ Tilvitnun á bls. 33 í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 9/2006.

²⁰ Sbr. bls. 25 í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 17/2007 (Erindi Og fjarskipta ehf. vegna meintrar misnotkunar Landssíma Íslands á markaðsráðandi stöðu á farsímamarkaði). Sjá dóm undirréttar EB í sameinuðum málum nr. T-191/98 *Atlantic Container Lines v Commission* [2003] ECR II-3257: „... a market share of 60% on the trade in question gave rise to a strong presumption of a dominant position.”

ehf. gegn samkeppnisráði) var litið svo á að Landssíminn væri markaðsráðandi á Internetmarkaðnum með 37% markaðshlutdeild. Var í því máli einnig horft m.a. til styrkrar stöðu Símans á tengdum mörkuðum. Framkvæmdastjórn ESB lítur almennt svo á að markaðsráðandi staða verði til þegar fyrirtæki hafi náð á milli 40-45% hlutdeild á viðkomandi markaði að uppfylltum ákveðnum skilyrðum.²¹

Þá segir í ofangreindri ákvörðun:

„Sé stuðst við framangreind viðmið má vera ljóst að markaðshlutdeild IGS á skilgreindum markaði er það há að hún gefi, ein og sér, ótvírætt til kynna að fyrirtækið sé í markaðsráðandi stöðu. Jafnframt skiptir hér máli að IGS hefur **lengi haft yfirburði** á þessum markaði. ... Samkvæmt þessu hafði IGS um langt skeið einokunarstöðu á hinum skilgreinda markaði og **gat því byggt upp starfsemi sína í skjóli opinberrar verndar**. Önnur atriði í málinu styðja enn frekar það mat að IGS njóti yfirburða á hinum skilgreinda markaði.“²² (*leturbr. undirritaðs*).

IGS hélt því fram í málinu að fyrirtækið Suðurflug væri einnig keppinautur á hinum skilgreinda markaði. Um þetta sagði SE að miðað við gögn málsins væri umfang starfsemi Suðurflugs það lítið að það hefði mjög lítil áhrif á markaðshlutdeild IGS. Yrðu tekjur Suðurflugs teknar með í reikninginn væri ljóst að IGS væri engu að síður með 85-90% markaðshlutdeild. Að mati SE sýndi þetta að vangaveltur um hlutdeild Suðurflugs í málinu skiptu engu varðandi niðurstöðu um yfirburðastöðu IGS á markaðnum. SE komst að þeirri niðurstöðu að IGS væri í einstakri yfirburðastöðu á viðkomandi markaði (e. super dominance).²³

Sú staða á markaði sem uppi var í ofangreindu máli er að mörgu leyti mjög hliðstæð þeirri stöðu sem uppi er á viðkomandi heildsölumörkuðum fyrir leigulíður. Þó er markaðshlutdeild samstæðu Símans aðeins lægri á höfuðborgarsvæðinu á markaði 14 en samt yfir 70%. Samkvæmt þeim viðmiðunum sem dómstóll EB hefur sett með fordæmum sínum og rakin voru hér að ofan leiðir slík markaðshlutdeild venjulega ein og sér til markaðsráðandi stöðu nema mjög sérstakar aðstæður leiði til annars. Slíkar aðstæður eru alls ekki fyrir hendi í þessu máli, enda hefur samstæða Símans ekki bent á neinar slíkar aðstæður. Mjög ítarleg og tímafrek rannsókn á stöðu og markaðshlutdeild Gagnaveitunnar hefði aldrei getað breytt þessu hlutföllum svo nokkru nemi. Vera kann að í framtíðinni verði staðan önnur en svo er ekki raunin nú.

Með ofangreindri ákvörðun nr. 9/2006 komst Samkeppniseftirlitið að þeirri niðurstöðu að IGS hefði misnotað markaðsráðandi stöðu sinni á viðkomandi markaði.²⁴ Áfrýjunarnefnd samkeppnismála staðfesti umrædda ákvörðun með úrskurði nr. 3/2006. Þar kom m.a. fram að það væri viðtekin venja í samkeppnisrétti að skilgreina markaðinn út frá sjónarmiðum neytenda með hliðsjón af eiginleikum vöru eða þjónustu, verði og notkun. Þar kom einnig fram að skilgreiningar á vörumarkaði (og þjónustumarkaði) og landfræðilegum markaði gætu aldrei orðið

²¹ Í tíundu skýrslu framkvæmdastjórnarinnar um samkeppnismál segir m.a.: „A dominant position can generally be said to exist once a market share to the order of 40% to 45% is reached”.

²² Tilvitnun á bls. 33 í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 9/2006.

²³ Tilvitnun á bls. 35-36 í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 9/2006.

²⁴ Sama niðurstaða varð í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 11/2007 þar sem Icelandair ehf. var talið hafa misnotað markaðsráðandi stöðu sína gagnvart Iceland Express á markaði fyrir farþegaflug frá Keflavík til Kaupmannahafnar og London. Markaðshlutdeild í því máli var þannig Icelandair var með ca. 70% en Iceland Express með ca. 30%.

nákvæmar og yrðu því aðeins notaðar til viðmiðunar. Þá kemur fram að IGS og Icelandair séu systurfélög og samkvæmt því væri ekki unnt að gera ráð fyrir því að Icelandair hefði nægt sjálfstæði til að ryðja burt eða gera að engu markaðsstyrk IGS. Þá yrði að líta til þess að viðskipti IGS við systurfélagið veittu IGS mikinn styrk þrátt fyrir að félögin væru ekki sjálfstæð í skilningi samkeppnisréttar. Úrskurður samkeppnisráðs var staðfestur með dómi Héraðsdóms Reykjavíkur, dags. 24. september 2007, í máli nr. E-7816/2006.

Í ofangreindri ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 17/2007 kom fram að tekjur Símans á farsímamarkaði á árunum 2003 og 2004 og þar með markaðshlutdeild hafi verið nokkuð stöðug þessi ár eða í kringum 65-70%. Vodafone hafi haft um 30-35% markaðshlutdeild. Á bls. 28 í umræddri ákvörðun er fjallað um aðra þætti en markaðshlutdeild sem máli skipta við mat á stöðu Símans. Þar segir að þegar framangreind markaðshlutdeild fyrirtækjanna sé metin væri jafnframt nauðsynlegt að líta til skipulags og þróunar á þeim mörkuðum sem um ræddi. Þar kom m.a. fram að Síminn hafði um áratugaskeið haft einokunaraðstöðu í fjarskiptarekstri og hefði í skjóli þeirrar stöðu byggt traust fjarskiptakerfi án þess að nokkur samkeppni hefði ríkt.²⁵ Auk þessa væri Síminn eina fyrirtækið sem starfaði á öllum sviðum fjarskiptamarkaðarins og **hefði markaðsráðandi stöðu á öllum helstu undirmörkuðum fjarskiptaþjónustu**, sbr. m.a. ákvörðun samkeppnisráðs nr. 21/2005. Síminn væri eigandi og rekstraraðili grunnfjarskiptakerfisins og væri þar af leiðandi óumflýjanlegur viðskiptavinur keppinauta sinna og hefði tekjur af starfsemi þeirra.

Þá 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 þessum 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. Samkeppniseftirlitið teldi ljóst að **töluverðar aðgangshindranir væru fyrir nýja aðila á flesta undirmarkaði fjarskiptamarkaðar**, þ.m.t. markaðinn fyrir farsímaþjónustu, einkum í formi óendurkræfs kostnaðar (e. sunk cost) við uppbyggingu fjarskiptakerfa. Orðrétt segir svo á bls. 29 í umræddri ákvörðun SE: „Samkvæmt framansögðu er það mat Samkeppniseftirlitsins að aðgangshindranir og yfirburðastaða Símans á öllum helstu undirmörkuðum fjarskipta hafi þýðingu við mat á markaðsstöðu félagsins í þessu máli.” (leturbr. undirritaðs).

Aðstæður á viðkomandi heildsölumörkuðum leigulína er síst betri í samkeppnislegu tilliti en á farsímamörkuðum, raunar mun verri. Í þessari nýju ákvörðun frá árinu 2007 staðhæfir Samkeppniseftirlitið að töluverðar aðgangshindranir væru fyrir nýja aðila á flesta undirmarkaði fjarskiptamarkaðar og að Síminn hefði yfirburðastöðu á öllum helstu undirmörkuðum fjarskipta. Þessi sjónarmið eiga án efa við um

²⁵ Þá segir orðrétt á bls. 28 í ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 17/2007: „Að mati Samkeppniseftirlitsins verður að líta sérstaklega til þess að íslenska ríkið hafði áður fyrir einkarétt á að eiga og reka almennt fjarskiptanet á Íslandi þar með talin kerfi fyrir farsímaþjónustu. Jafnframt hafði íslenska ríkið einkarétt á að veita talsíma- og farsímaþjónustu og annaðist Póst- og símamálastofnun framkvæmd þessa. Með lögum nr. 103/1996 var Póst- og símamálastofnun breytt í hlutafélag í eigu ríkisins. Póst og sími hf. (nú Landssími Íslands hf./Síminn hf. og Íslandspóstur hf.) tók yfir rekstur stofnunarinnar þann 1. janúar 1997. Síminn og forverar hans höfðu því um árabíl lögbundið einkaleyfi til að veita fjarskiptaþjónustu á Íslandi, eða allt til 1. janúar 1998.”

viðkomandi leigulínemarkaði og flest þau sjónarmið sem fram koma í ofangreindri ákvörðun eiga við á leigulínumörkuðunum.

Við rannsókn máls og þar með ákvörðun um hve ítarlega þarf að rannsaka minni keppinauta markaðsráðandi aðila á markaði þarf einnig að horfa til fjölda og styrks keppinautanna. Varðandi styrk keppinauta ber að hafa í huga að í EES/EB-samkeppnisrétti er litið svo á að það sé vísbending um markaðsráðandi stöðu ef talsverður munur er á markaðshlutdeild viðkomandi fyrirtækis og keppinauta þess.²⁶ Litið er svo á að meira en 20% munur á markaðshlutdeild hins ætlaða ráðandi fyrirtækis og næst stærsta keppinautarins sé sterk vísbending um ráðandi stöðu, sérstaklega ef sá munur hefur verið fyrir hendi í nokkurn tíma.²⁷ Þessi atriði eiga bæði við um samstæðu Símans, þ.e. að munur á markaðshlutdeild er vel yfir 20% og að sú staða hafi lengi verið við líði. Er þetta því vísbending um að ekki þurfi að rannsaka stöðu minni aðila með jafn ítarlegum hætti og í “tvísýnni” málum.

Þá ber að hafa í huga að í hugtakinu markaðsráðandi staða felst ekki krafa um að engin samkeppni ríki á viðkomandi markaði.²⁸ Um markaðsráðandi stöðu getur þannig verið að ræða þrátt fyrir líflega samkeppni á viðkomandi markaði.²⁹ Jafnvel þótt markaðshlutdeild viðkomandi fyrirtækis minnki á því tímabili sem til skoðunar er telst það markaðsráðandi ef hlutdeildin er eftir sem áður há.³⁰

Hvorki Síminn né Míla hafa sýnt fram á það í máli því sem hér er til kærumeðferðar, þar sem samstæða Símans hefur minnst 70% markaðshlutdeild, að sérstakar aðstæður leiði til þess að ekki sé um markaðsráðandi stöðu að ræða. Önnur atriði en markaðshlutdeild styrkja enn frekar þær vísbendingar sem hin háa markaðshlutdeild segir til um, svo sem að um fyrrum einkaleyfishafa er að ræða, markaðshlutdeild hefi lengi verið há, samstæðan er fjárhagslega sterk, samstæðan sé starfandi á flestum ef ekki öllum undirmörkuðum fjarskipta og nýtur markaðsráðandi stöðu þar. Auk þessa er kaupastyrkur ekki mikill á leigulínumörkuðum. Það skiptir því ekki meginmáli að rannsaka málið ofan í kjölinn og uppfæra markaðshlutdeildartölur miðað við áramótin 2006/2007. Nákvæm tölfræðigögn fyrir árið 2006 er væntanleg í janúar 2008. Tölfræðileg gögn sem PFS safnar reglulegar benda ekki til neinna verulegra breytinga á markaðshlutdeild á heildsölumörkuðum fyrir leigulínur. Á markaði 14 skiptir t.d. ekki neinu máli fyrir niðurstöðuna hvort Gagnaveita Reykjavíkur hafi aukið markaðshlutdeild sína á höfuðborgarsvæðinu um örfá prósentustig á kostnað Símans. Til þess er markaðshlutdeild Símans alltof há og skipulag markaðarins að öðru leyti Símanum í hag.

²⁶ Sjá t.d. Van Bael & Bellis, Competition Law of the European Community, fjórða útgáfa bls. 125:

„When there is a significant gap between the market share of the potentially dominant undertaking and the market shares of its competitors, this element may be considered as confirmation of the existence of a dominant position.”

²⁷ Sjá t.d. ákvörðun framkvæmdastjórnar EB í máli nr. COMP/M.1741 MCI/WorldCom/Sprint. Sjá einnig ákvörðun framkvæmdastjórnarinnar í Tetra Pak II málinu, OJ 1992 L72/1. Til stuðnings því að Tetra Pak væri markaðsráðandi var m.a. vísað til þess að Tetra Pak hefði 55% markaðshlutdeild en helstu keppinautarnir höfðu hins vegar 27% og 11% markaðshlutdeild.

²⁸ Sjá t.d. dóm dómstóls EB í máli nr. 85/76 Hoffman-La Roche v Commission [1979] ECR 3451.

²⁹ Sjá dóm dómstóls EB í máli nr. 27/6 United Brands v Commission [1978] ECR 207. Sjá einnig dóm undirréttar EB frá 30. janúar 2007 í máli nr. T-340/03 France Télécom v Commission. „Even the existence of lively competition on a particular market does not rule out the possibility that there is a dominant position on the market ...”

³⁰ Sjá t.d. dóm undirréttar EB í sameinuðum málum nr. m.a. T-24/93 Compagnie Maritime Belge v Commission [1996] ECR II-1201.

Varðandi svartan ljósleiðara má benda á að slíkum vöruflokkur hefur verið hluti af leigulínugjaldskrá Símans (nú Mílu) um árabíl. Markaðsgreiningin er ekki brotin niður á hvern vöruflokk heldur er fundin út markaðshlutdeild hvers fyrirtækis með tilliti til heildarvörufraðboðs.

Þegar brotið hefur verið í bága við réttarreglu stjórnvæðingarréttarins við töku stjórnvaldsákvæðunar, hefur sú regla verið lögð til grundvallar að ákvæðunin sé ógildanleg ef 1) hún er haldin form- eða efnisannmarka að lögum 2) sem talist getur verulegur, 3) enda mæli veigamikil rök ekki gegn því að ógilda hana, t.d. réttmætar væntingar og góð trú.³¹ Málsmeðferðarreglur stjórnvæðingarréttarins, eins og t.d. rannsóknarreglan, eru formreglur. Brot gegn formreglum stjórnvæðingarréttarins leiða aðeins stundum til ógildingar stjórnvaldsákvæðunar á meðan brot gegn efnisreglum gera það iðulega. Inntak rannsóknarreglu 10. gr. stjórnvæðingarréttarins er að stjórnvald skuli sjá til þess að mál sé nægilega upplýst áður en ákvæðun er tekin í því. Rannsóknarreglan tengist náði andmælarétti þar sem mál verða oft ekki nægjanlega upplýst nema aðila hafi verið gefinn kostur á að kynna sér gögn máls svo að koma að frekari upplýsingum um málsatvik. Ljóst er að PFS hefur við málsmeðferð sína farið eftir þeim málmeðferðarreglum sem um markaðsgreiningar gilda. Hefur fyrirtækjum í samstæðu Símans, þ.e. Símanum og síðar Mílu, verið gefinn kostur á að tjá sig um rannsókn PFS og koma á framfæri sjónarmiðum sínum. Hið meinta brot á rannsóknarreglu (sem PFS er ósammála Mílu um að hafi átt sér stað) væri í öllu falli ekki verulegt og hefði ekki haft áhrif á niðurstöðu málsins. Fallist nefndin á það með Mílu að PFS hafi ekki virt rannsóknarreglu stjórnvæðingarréttarins að öllu leyti mæla veigamikil rök gegn ógildingu, þ.e. hagsmunir neytenda af virkri samkeppni.

5.4. Annmarkar á álagningu kvaða

5.4.1. Almenn

Að mati kæranda væri ekki á nokkurn hátt rannsakað af hálfu PFS hvaða áhrif skipulagsbreytingarnar á Símanum, sem urðu til þess að fjarskiptanetið væri nú rekið í sérstöku félagi, hefðu á þær kvaðir sem nauðsynlegt væri að leggja á. Að mati kæranda ætti skipulagsbreytingin að leiða til þess að létta bæri á kvæðum sem leggja bæri á kæranda. Það væri að minnsta kosti lágmarkskrafa að PFS rannsakaði að eigin frumkvæði og færi í gegnum rökstudda greiningu á því hvort og hvernig skipulagsbreytingin hefði áhrif á nauðsyn álagningar einstakra kvaða. Skortur á rannsókn og rökstuðningi varðaði ógildi ákvarðananna um kvaðir á kæranda. Væri þannig brotið gegn ákvæðum stjórnvæðingarréttarins um rannsókn og meðalhóf. Álagðar kvaðir væru slíkt inngríp í rekstur fyrirtækja og skerðing á grundvallarreglu laga um samningafrelsi að þær þurfa að vera studdar mjög sterkum rökum. Kvaðir sem lagðar hefðu verið á kæranda væru ekki rökstuddar með þeim hætti að það réttlætti álagningu svo íþyngjandi og yfirgripsmikilla kvaða. Væri því verið að leggja á þyngri kvaðir en nauðsyn bæri til.

PFS mótmælir þeim fullyrðingum Mílu að ekki hafi verið gætt meðalhófs við álagningu kvaða á Símann og Mílu og að rökstuðning skorti fyrir álagningu kvaðanna eða að málið hafi ekki verið rannsakað með fullnægjandi hætti. Um mjög

³¹ Skýrsla nefndar um starfsskilyrði stjórnvalda o.fl., Forsætisráðuneytið 1999, bls. 112.

almennar fullyrðingar er að ræða sem ekki er fótur fyrir. Vísast til markaðsgreiningarinnar því til stuðnings.

PFS minnir á að þegar álit ESA barst voru umræddar skipulagsbreytingar nýorðnar að veruleika. PFS frestaði því að taka ákvörðun, sem annars hefði ekkert verið að vanbúnaði að taka, og ákvað að rannsaka málið betur til að fá úr því skorið hvort umrædd skipulagsbreyting hefði áhrif á útnefningu fyrirtækja með umtalsverðan markaðsstyrk eða áhrif á nauðsyn þess að leggja á einstakar kvaðir. Niðurstaða PFS var á þá leið að bæði fyrirtækin stunduðu starfsemi á mörkuðum 13 og 14 og samanlagt væru fyrirtækin með umtalsverðan markaðsstyrk á viðkomandi mörkuðum. Því þótti ekki annað fært en að útnefna bæði félögin með umtalsverðan markaðsstyrk því annars hefði skapast óviðunandi staða á viðkomandi mörkuðum þrátt fyrir að ekkert hefði breyst nema verkaskipting innan samstæðunnar. Þá mat PFS það svo að allar þær kvaðir PFS hafði haft í hyggju að leggja á þyrfti að leggja á bæði félögin til að tryggja að tekið yrði á þeim samkeppnisvandamálum sem greind höfðu verið. Hinar álögðu kvaðir eru nauðsynlegar og studdar sterkum rökum í markaðsgreiningunum. Álagðar kvaðir eru rökstuddar með þeim hætti að ekki fer á milli mála að þær eru réttlætanagerleg miðað við greind samkeppnisvandamál. Aðferðafræði PFS við álagningu kvaða á viðkomandi mörkuðum er sambærileg þeirri sem beitt var á mörkuðum 15 og 16, en þær ákvarðanir PFS hefur úrskurðarnefnd staðfest.

Varðandi meint “sjálfstæði” Mílu ehf. gagnvart öðrum aðilum í samstæðu Símans vísast til ítarlegrar umfjöllunar í kafla 5.2. Þar kemur fram að Síminn og Míla myndi eina efnahagslega einingu og hagsmunir félaganna samsvari hagsmunum samstæðunnar. Míla er því ekki sjálfstætt félag í skilningi samkeppnisréttar. Umrædd skipulagsbreyting ein og sér breytir engu um þau samkeppnislegu vandamál sem skilgreind hafa verið á viðkomandi leigulínumörkuðum. Hin sterka staða samstæðu Símans hefur síst minnkað eða staða keppinauta samstæðunnar styrkst. Umræddar skipulagsbreytingar voru gerðar að frumkvæði samstæðu Símans og ekki í neinu samráði við PFS. Þess má geta að BT³² stofnaði í fyrra OpenReach sem er deild innan fyrirtækisins sem sér um rekstur grunnnets félagsins. Þetta var gert í góðu samstarfi við OFCOM, bresku fjarskiptaeftirlitsstofnunina. Í OpenReach sitja m.a. fulltrúar OFCOM og keppinauta í nokkurs konar ráðgjafastjórn sem hefur aðgang að öllum upplýsingum sem varða aðgang og skilmála fyrir slíkum aðgangi. Þetta fyrirkomulag hefur bindandi réttaráhrif í för með sér fyrir BT (e. legally binding) þannig að það hefur tiltekna afleiðingar í för með sér fyrir BT ef út af er brugðið. Slíku er ekki fyrir að fara hjá samstæðu Símans. Gagnvart keppinautum Símans er því ógagnsæið enn það sama og möguleikar samstæðunnar á að gæta ekki jafnræðis milli tengdra og ótengdra aðila enn þeir sömu.

5.4.2. Aðgangskvöð

Nægilegt væri að leggja á eina kvöð til þess að ná fram meginmarkmiðum. Meðalhófsregla stjórnslulaganna mælti einnig fyrir um að stjórnvaldi bæri því aðeins að taka íþyngjandi ákvörðun þegar markmiði sem að er stefnt yrði ekki náð með öðru og vægara móti. Aðgangskvöðin væri nægileg til þess að ná fram því markmiði sem að væri stefnt. Nægilegt væri að fyrirtækin semdu um aðgang á viðskiptalegum grundvelli með hliðsjón af almennum samkeppnisreglum. Það væri

³² British Telecom.

aðeins ef í ljós kæmi að samningar næðust ekki á viðskiptalegum grundvelli að inngríp PFS væri réttlæt看legt. PFS bæri einnig að líta til þess hvort 3. mgr. 28. gr. fjarskiptalaga ætti við. Verulegur misbrestur hefði verið á því að PFS hefði farið í gegnum greiningu á því í ákvörðunum sínum hvort þau skilyrði ættu við. PFS hefði ekki fjallað um það hvort kvöð um aðgang væri forsvaranleg með hliðsjón af upphaflegri fjárfestingu eigenda aðstöðunnar og áhættu sem tekin væri með fjárfestingunni. Enga heildstæða umfjöllun um lögbundin sjónarmið í 3. mgr. 28. gr. fjarskiptalaga væri að finna í ákvörðunum PFS. Væri þessi skortur á rökstuðningi og umfjöllun um lögbundin sjónarmið svo verulegur ágalli á ákvörðunum PFS að ógildingur varðaði.

PFS vísar til kafla 4.4.2. varðandi umfjöllun um aðgangskvöð í tengslum við kærur Símans. Miðað við hin alvarlegu samkeppnislegu vandamál sem greind voru á viðkomandi leigulínumörkuðum er aðgangskvöðin ein og sér algjörlega ófullnægjandi til að ná þeim markmiðum sem PFS stefnir að og fram koma í hinni kærðu ákvörðun og viðaukum með henni. Í köflum 5.4.3. og 5.4.4. verður gerð grein fyrir kvöðum um bókhaldslegan aðskilnað og kvöð um eftirlit með gjaldskrá. Ekki þarf að hafa mörg orð um það hvers vegna mikilvægt er að leggja kvæðir um gagnsæi og jafnræði á Símann og Mílu. Kvöð um jafnræði er sett til að tryggja að uppi séu þær aðstæður að ótengdir aðilar fá sömu kjör og aðilar innan samstæðu Símans. Þetta er grundvallaratriði þegar reynt er að efla samkeppni á markaði þar sem virk samkeppni er ekki við líði líkt og á viðkomandi leigulínumörkuðum. Þá er krafan um gangsæi mikilvæg til að keppinautar og mögulegir keppinautar markaðsráðandi aðila geti séð með góðu móti hvaða þjónusta og kjör eru í boði og forðast það að greiða fyrir þjónustu sem viðkomandi fyrirtæki þarf ekki á að halda.

5.4.3. Kvöð um bókhaldslegan aðskilnað

Kærandi krefðist þess að kvöð um bókhaldslegan aðskilnað yrði felld úr gildi. Tilgangurinn með þessari kvöð væri að koma í veg fyrir að blandað væri saman heildsölu og smásölu og ólíkum þjónustubáttum. Eins og skipulagi og starfsemi kæranda væri háttáð væri þessi kvöð algjörlega óþörf og ofaukið.

Samkvæmt 31. gr. fjarskiptalaga getur PFS lagt skyldur á fjarskipta-fyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk um bókhaldslegan aðskilnað milli starfsemi sem tengist samtengingu og aðgangi og annarrar starfsemi þannig að hægt verði að skipta öllum tekjum og kostnaði niður á rekstrareiningar sem tengja má mismunandi þjónustu. Að auki getur stofnunin krafist þess af fyrirtæki sem rekur bæði fjarskiptanet og fjarskiptaþjónustu að heildsöluverð þess og verð innan fyrirtækisins sé gagnsætt, m.a. til að koma í veg fyrir óréttmætar niðurgreiðslur.

Tilgangurinn með aðskildu bókhaldi er m.a. að geta greint upplýsingar úr bókhaldi til að sýna eins nákvæmlega og unnt er útkomu einstakra hluta rekstrarins eins og um aðskilin fyrirtæki væri að ræða. Þá dregur sundurgreining á kostnaði úr möguleikum fyrirtækja á að innheimta fyrir kostnaði sem ekki tengist tiltekinni þjónustu. Þannig væri viðkomandi þjónusta rekstrarlega aðgreind frá óskyldri þjónustu, hvort sem um lóðréttu eða láréttu þjónustu væri að ræða. Það er skoðun PFS að kvöðin um bókhaldslegan aðskilnað sé nauðsynleg á viðkomandi mörkuðum, m.a. til þess að mögulegt sé að greina kostnað við lúkningarluta leigulína til endanotenda. Fram kemur í hinni kærðu ákvörðun PFS að bókhaldsleg aðgreining skuli að lágmarki fela í

sér að annars vegar heildsala og hins vegar smásala leigulína sé bókhaldslega aðskilin frá öðrum rekstri. Ekki er um tæmandi talningu að ræða. Míla þarf m.a. að aðskilja bókhaldslega rekstur lúkningarluta leigulína, stofnlínuhluta leigulína, heimtauga o.s.frv.

Kvöð um bókhaldslegan aðskilnað tengist öðrum kvöðum oft órjúfanlegum böndum. Til þess að krafa um jafnræði í verðum hafi tilhlýðileg áhrif er oft nauðsynlegt að leggja einnig á kvöð um bókhaldslegan aðskilnað. Þá er bókhaldslegur aðskilnaður forsenda þess að hægt sé að nota bókhaldsgögn frá fyrirtæki við greiningu á sögulegum kostnaði þegar kvöð um eftirlit með gjaldskrá er lögð á.

5.4.4. Kvöð um eftirlit með gjaldskrá

Kærandi krefðist þess að kvöð um eftirlit með gjaldskrá yrði felld úr gildi. Heimild PFS til að leggja umrædda kvöð á væri að finna í 32. gr. fjarskiptalaga. Samkvæmt skýru orðalagi 1. mgr. væri það **skilyrði** að það væri eingöngu þegar markaðsgreining gæfi til kynna að skortur á virkri samkeppni hefði í för með sér að fjarskiptafyrirtæki með umtalsverðan markaðsstyrk krefðust of hárra gjalda eða að óeðlilega mikill munur væri á heildsölu- og smásöluverði gæti PFS lagt kvaðir á fjarskiptafyrirtæki um kostnaðarviðmiðun gjaldskrár. Samkvæmt markaðsgreiningu PFS væri ekki að finna slíka greiningu eða rannsókn sem sýndi fram á að kærandi uppfyllti annaðhvort skilyrðið. Þar sem starfsemi kæranda væri eingöngu á heildsölumarkaði væri ekki hægt að komast að þeirri niðurstöðu að hann væri í nokkurri aðstöðu til að hlutast til um smásöluverð og ekki hefði verið sýnt fram á að kærandi krefðist of hárra gjalda. Kvöðin væri því andstæð skýru lagaákvæði, ónauðsynlegt, ofaukið og í andstöðu við rannsóknarreglu stjórnisýslulaga, reglur um meðalhóf og fyrirmæli um að kvaðir eigi einungis að leggja á í því tilviki að um raunveruleg samkeppnisvandamál sé að ræða.

Vísað er til umfjöllunar PFS í kafla 4.4.3. hér að framan. Þar var fjallað um sambærilega málsástæðu Símans og telur PFS því eðlilegt að hafna ofangreindri kröfu Mílu.

5.5. **Áhrif kærðrar ákvörðunar**

Kærandi legði áherslu á að yrðu ákvarðanirnar látnar standa að öllu leyti myndi það réttarástand vara a.m.k. næstu 3 árin. Málið varðaði mikilsverða hagsmuni kæranda. Það væri hins vegar ljóst að á báðum viðkomandi mörkuðum væri grundvöllur fyrir landfræðilegri aðgreiningu markaða þar sem virk samkeppni frá öðrum fjarskiptanetum sem byggð hefðu verið upp á s.l. árum og væru enn í stöðugri uppbyggingu væri staðreynd. Undir þetta væri víða tekið í ákvörðunum PFS en talið að bíða ætti með rannsókn á áhrifum þessa fram að næstu markaðsgreiningu. Þetta teldi kærandi óásættanlegt. Það væri því mikilvægt að fá úrskurð um að PFS bæri að rannsaka þessa markaði betur og miða við það ástand sem væri á markaðnum í dag.

PFS hefur ekki haldið því fram að næsta greining taki gildi í fyrsta lagi eftir þrjú ár. Þegar PFS tók hina kærðu ákvörðun voru töluleg gögn um eins og hálf árs gömul. Því gæti verið annað eins eftir af líftíma ákvörðunarinnar ef ekkert óvænt kallar á endurskoðun fyrir þann tíma. PFS hefur kallað eftir upplýsingum fyrir rekstrarárið 2006 og er von á þeim upplýsingum í janúar 2008. Á vordögum 2008 mun PFS kalla eftir upplýsingum fyrir rekstrarárið 2007. Um mitt næsta ár ætti að liggja fyrir hvort það sé aðkallandi að taka nýja ákvörðun á því ári eða hvort eðlilegt sé að hinkra með

það fram á árið 2009. Það fer allt eftir því hvort markaðshlutföll og skipulag á umræddum mörkuðum að öðru leyti hefur breyst verulega.

PFS bendir á að það eru fleiri en Síminn og Míla sem hafa hagsmuni af ákvörðun þessari. Liðin eru rúm þrjú ár síðan málið hófst hjá PFS. Önnur EES-ríki hafa fyrir löngu síðan lokið öllum sínum markaðsgreiningum og flest ríki eru að vinna í annarri umferð eða jafnvel búin með aðra umferð á viðkomandi mörkuðum. PFS lítur svo á að umrædd ákvörðun sé forsenda fyrir virkri samkeppni á viðkomandi mörkuðum í framtíðinni. Heildsölumarkaðir fyrir leigulínur eru grundvallarmarkaðir í fjarskiptum og tengjast ídulega öðrum undirmörkuðum fjarskipta, t.d. farsímamörkuðum o.fl. Farsímasendar eru t.d. tengdir saman með leigulínum. Því skiptir miklu máli að virk samkeppni ríki á leigulínumörkuðum. Slíkt myndi smita út frá sér yfir á aðra undirmarkaði fjarskipta og geta stuðlað að lægra verði fyrir endanlega notendur fjarskiptaþjónustu.

Varðandi umfjöllun Mílu um landfræðilega skiptingu er ljóst að PFS byggði á landfræðilegri skiptingu á markaði 14 eins og Síminn hafði krafist. Sú skipting gæti komið samstæðu Símans til góða síðar meir ef munur á markaðshlutdeild minnkar verulega miðað við núverandi stöðu. Varðandi landfræðilega skiptingu á markaði 13 hefur sú krafa ekki komið fram áður og verður að telja hana fullseint fram komna nú á kærustigi. PFS vísar til rökstuðnings í markaðsgreiningu fyrir skilgreiningu á landfræðilega markaðinum á markaði 13. Þetta atriði verður án efa tekið til skoðunar í næstu umferð eins og ávallt ber að gera þegar markaðir eru skilgreindir.

Varðandi umfjöllun Mílu um stöðuga uppbyggingu ljósleiðaranets Gagnaveitunnar nú um stundir bendir PFS á að áætlanir forvera Gagnaveitunnar hafa ekki ávallt reynst vera í samræmi við raunveruleikann. Oftast hafa slíkar áætlanir reynst fjarri raunveruleikanum og uppbyggingin tekið mikið mun lengri tíma en áætlanir og fréttáflutningur hefur gefið í skyn. Veltutölur og þróun þeirra síðustu árin tala sínu máli. Markaðurinn hefur stækkað þannig að auknar tekjur Gagnaveitunnar þurfa ekki að þýða minnkandi tekjur samstæðu Símans. Þetta er meðal annars ástæða þess að markaðshlutdeild samstæðu Símans lækkar hægt ár frá ári. Fjarskiptanet sem eru í uppbyggingu skila ekki endilega miklum tekjum fyrst um sinn. Hins vegar er gott fyrir samkeppnina að uppbygging sé í slíkum netum. Það leiðir e.t.v. til þess að virkari samkeppni verði á viðkomandi leigulínumörkuðum í framtíðinni. Það er hins vegar ekki staðreyndin í dag.

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.

Málsástæða Mílu ehf. er að rökstuðningur ákvarðana PFS sé haldin miklum ágöllum. Tilgangurinn með rökstuðningi stjórnvaldsákvörðunar sé að aðili máls geti áttað sig á forsendum ákvörðunar, hvers vegna stjórnvaldið komst að tiltekinni niðurstöðu og þannig tekið afstöðu til hennar. Af rökstuðningi eigi að vera hægt að greina á hvaða

málsatvikum, réttarheimildum og sjónarmiðum niðurstaðan hafi byggst á. Þar sem rökstuðningurinn í hinni kærðu ákvörðun hafi ekki beinst sérstaklega að Mílu ehf. eins og staða fyrirtækisins hafi verið þegar hin kærða ákvörðun hafi verið tekin sé mjög erfitt fyrir kæranda að átta sig á hvers vegna þessi niðurstaða hafi orðið gagnvart honum. Í viðaukunum þar sem meginsjónarmið og rökstuðningur fyrir hinni kærðu ákvörðun ættu að koma fram væri eingöngu vísað til þess ástands sem hefði verið fyrir skipulagsbreytingarnar hjá Símanum hf. sem leiddu til þess að kærandi varð sjálfstætt félag.

Ekki verður séð að slíkir annmarkar séu á rökstuðningi PFS að varði ógildingu ákvörðunar. Nefndinni virðist sem haft hafi verið samráð við þá aðila sem ákvörðunin varðaði og forsendur ákvörðuninnar legið fyrir. Rökstuðningur beinist vissulega einkum að Símanum hf. en nefndin metur sem sannfærandi þá útskýringu PFS að þar sé fylgt venju í íslenskum samkeppnisrétti um að fyrirtækjasamstæður skuli meðhöndla sem eina efnislega einingu, sbr. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 9/2006, ákvörðun samkeppnisráðs nr. 7/2001, ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 51/2007, úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 6/2006, ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 11/2007 og úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 5/1999.

Ennfremur telur kærandi Míla ehf. PFS ekki hafa uppfyllt áskilnað um nægilega rannsókn máls, sbr. 10. gr. stjórnsýslulaga. Stjórnvaldi beri að sjá til þess að eigin frumkvæði að atvik máls séu nægilega upplýst áður en ákvörðun sé tekin. Veruleg vanræksla á rannsókn málsins gæti leitt til þess að ákvörðun yrði talin ógildanleg. Ætti þetta ekki hvað síst við um íþyngjandi ákvörðun. Það væri mat Mílu að það væri verulegur annmarki að áhrif af uppbyggingu annarra neta í samkeppni við net kæranda hefðu ekki verið rannsökuð með fullnægjandi hætti. Hér væri einkum vísað til þeirrar miklu uppbyggingar sem orðið hefði á ljósleiðaraneti Gagnaveitu Reykjavíkur frá því að tölfraðileg gagnaöflun hefði farið fram á viðkomandi mörkuðum. Það væri mat kæranda að Gagnaveitan hefði á þessu eina og hálfu ári einmitt aukið útbreiðslu nets síns og sókn inn á báða umrædda markaði, á höfuðborgarsvæðinu og í nágrannasveitarfélögum. Vísað væri til nýlegs fréttaflutnings um hátt verðmat Gagnaveitunnar og að það myndi þrefaldast á næstu þremur árum. Þetta benti til mjög öflugrar samkeppni við Mílu á leigulínnumarkaði. Einnig hefðu veitur í ýmsum sveitarfélögum úti á landi hafið uppbyggingu á ljósleiðaraneti. Að mati kæranda hafi PFS borið að rannsaka þennan þátt ítarlega. Sérstaklega hafi skort á að rökstudd niðurstaða, byggð á rannsókn á markaðnum, lægi fyrir um “svartan ljósleiðara” en það væri ekkert í gögnum málsins sem benti til þess að Míla hafi umtalsverða markaðshlutdeild í leigu á honum. Svartur ljósleiðari væri einmitt verulegur hluti af þjónustuframboði Gagnaveitunnar. Ofangreindur skortur á rannsókn valdi að mati kæranda ógildi ákvarðana PFS á viðkomandi mörkuðum í heild.

Rannsókn málsins virðist nefndinni ekki hafa brotið gegn 10. gr. stjórnsýslulaga. 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. Mat PFS á ástandinu virðist því vera byggt á nægilegum gögnum.

Hvað varðar svartan ljósleiðara er markaðshlutdeild á viðkomandi þjónustumörkuðum reiknuð sem heildarvelta af sölu á þeim þjónustubáttum sem falla undir viðkomandi þjónustumarkaði. Enda þótt markaðshlutfull hvað varðar einn þjónustubátt kunni að vera að einhverju leyti ólíkt heildarhlutfalli á markaði hefur það þó ekki þau áhrif að greiningin sé þarafleiðandi röng.

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 leigulínunum (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 radiósambönd í aðgangsnnetum 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 samanstendur 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 aðgangsnæmum 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 fjarskiptanetum. 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 mörkuðum 13 og 14. 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. Enda þótt að önnur lönd hafi kosið að fara aðra leið en PFS, að fella notkun á svörtum ljósleiðara ekki undir staðgönguþjónustu við hefðbundnar leigulínur, er ljóst að hvern fjarskiptamarkað verður að greina eftir þeim aðstæðum sem á honum ríkjá. Rétt niðurstaða í hverju máli verður að vera mikilvægari en einsleitni á EES-svæði ef upp kemur sú staða að velja verður á milli þess að fylgja erlendum fordæmum eða taka tillit til sérstakra aðstæðna hér á landi.

Að mati Mílu ehf. var ekki á nokkurn hátt rannsakað af hálfu PFS hvaða áhrif skipulagsbreytingarnar á Símanum hf., sem urðu til þess að fjarskiptanetið væri nú rekið í sérstöku félagi, hefðu á þær kvaðir sem nauðsynlegt væri að leggja á. Að mati kæranda ætti skipulagsbreytingin að leiða til þess að létta bæri á kvöðum sem leggja bæri á kæranda. Það væri að minnsta kosti lágmarkskrafa að PFS rannsakaði að eigin frumkvæði og færi í gegnum rökstudda greiningu á því hvort og hvernig skipulagsbreytingin hefði áhrif á nauðsyn álagningar einstakra kvaða. Skortur á rannsókn og rökstuðningi varðaði ógildi ákvarðananna um kvaðir á kæranda. Væri þannig brotið gegn ákvæðum stjórnarsýslulaga um rannsókn og meðalhöf. Álagðar kvaðir væru slíkt inngríp í rekstur fyrirtækja og skerðing á grundvallarreglu laga um samningafrelsi að þær þurfa að vera studdar mjög sterkum rökum. Kvaðir sem lagðar hefðu verið á kæranda væru ekki rökstuddar með þeim hætti að það réttlætti álagningu svo íþyngjandi og yfirgripsmikilla kvaða. Væri því verið að leggja á þyngri kvaðir en nauðsyn bæri til.

Nefndin telur að í ljósi áður rakinna fordæma, þ.e. ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 9/2006, ákvörðun samkeppnisráðs nr. 7/2001, ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 51/2007, úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála í máli nr. 6/2006, ákvörðun Samkeppniseftirlitsins nr. 11/2007 og úrskurði áfrýjunarnefndar samkeppnismála nr. 5/1999 og meginreglu samkeppnisreglna að fara skuli með fyrirtækjasamsteypu sem eina efnislega einingu að full ástæða hafi verið að leggja umræddar kvaðir á þrátt fyrir skipulagsbreytingar Símans hf.

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.

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.